

EN TORNO DE LA IMPUTABILIDAD PENAL

Álvaro BUNSTER

SUMARIO: *Introducción. I. 1. La imputabilidad en el Código de Martínez de Castro. 2. El sistema del Código de Almaraz. 3. El sistema del Código de 1931. 4. El restablecimiento de la responsabilidad por la culpabilidad. II. 5. La nueva fórmula legal de la inimputabilidad. 6. El momento de la imputabilidad. 7. Ausencia de acto e inimputabilidad. 8. El desarrollo intelectual retardado. 9. El trastorno mental. 10. El trastorno mental transitorio. 11. La segunda parte de la fórmula. 12. La medida aplicable y la imputabilidad disminuida.*

INTRODUCCIÓN

Modernamente el principio de culpabilidad ha tenido por efecto excluir de la pena a los menores y a quienes padecen trastorno mental, ha desplazado del derecho punitivo la responsabilidad por el mero resultado y por el *versari in re illicita*, y tiende de *lege ferenda*, donde ya no lo ha impuesto así de *lege lata*, a que la medida de la pena no exceda la medida de la culpabilidad.¹

Sólo en época reciente ha recobrado el Código penal mexicano la regularidad de sus contornos como un sistema penal de culpabilidad. Si hoy se tiene por culpable al agente imputable de un hecho típico doloso o culposo a quien fue posible conocer su carácter injusto y realizarlo sin grave detrimento de su autonomía de decisión, no cabe duda de que al menos algunos de los extremos que ese enunciado implica habían tenido ya consagración inmovible en el decurso histórico de la legislación penal mexicana. Puede ello afirmarse, desde luego, del presupuesto de que el hecho a que se refiere el juicio de culpabilidad que se pronuncie sobre su agente sea atribuible a éste a lo menos a título de culpa, y de la autonomía decisoria como *conditio sine qua non* de la culpabilidad. Aquel presupuesto se divisa en la inclusión del caso fortuito entre las causales excluyentes de responsabilidad ya desde el Código de 1871 (a. 34 fr. 13), inclusión que subsiste en el de 1929 (a. 45 fr. VIII) y en el vigente (a. 15 fr. XI). La exigencia de la autonomía decisoria se contiene, a su vez, aunque limitadamente, en la exención de respon-

¹ ROXIN, C., "Zur Problematik des Schuldstrafrechts", en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 96 (1984), Heft 3, p. 641.

sabilidad por efecto de la fuerza moral (C. de 1871, a 34 fr. 10; C. de 1929, a. 45 fr. V, y C. vigente, a. 15 fr. IV).

La posibilidad de conocer el carácter injusto del hecho, otro de los sillares del moderno concepto de culpabilidad, sólo ha tenido admisión legal expresa en virtud de la reforma de 1984. Por lo que hace a la imputabilidad, ella ha experimentado las vicisitudes legislativas de que da cuenta el presente artículo (I), que es también, sin recargo de aparato erudito, un primer intento por precisar el alcance que debe atribuirse a la imputabilidad, tras su reaparición ese mismo año en la fr. II del a. 15 del Código penal (II).

I

1. En el Código penal de 1871, llamado de Martínez de Castro, la imputabilidad, esto es, la capacidad, condicionada por la madurez y salud mentales, de comprender el carácter antijurídico de la propia acción u omisión y de determinarse de acuerdo a esa comprensión, surge claramente de varios preceptos que no expresan de manera positiva los factores que la conforman, pero que permiten delinearla a través de las causas que la excluyen. La dicotomía de carencia de madurez mental y de carencia de salud mental se expresa en la exclusión de responsabilidad acordada por la ley a los menores (a. 34 fr. 7a.), por una parte, y al enajenado mental (a. 34 fr. 1a.), por otra, a quien se equiparan para estos efectos el "loco intermitente que haya obrado durante una intermitencia" (a. 34 fr. 2a.), el "decrépito que haya perdido enteramente la razón" (a. 34 fr. 4a.), y el agente en estado de embriaguez no habitual completa, privativa por entero de la razón (a. 34 fr. 3a.). Es un cuadro asaz completo de las causas de inimputabilidad, vale decir, de incapacidad de ser culpable.

En cuanto a las medidas susceptibles de aplicarse a las diversas categorías de inimputables, el Código de 1871 prevenía, 1. respecto de los menores, que la reclusión preventiva en establecimientos de educación correccional era aplicable: a) a los acusados menores de nueve años, cuando esa medida se creyera necesaria, ya por no ser idóneas para darles educación las personas que los tenían a su cargo, o ya por la gravedad de la infracción en que ellos habían incurrido, y b) a los menores de catorce años y mayores de nueve que, sin discernimiento, hubieren infringido una ley penal (a. 157); 2. respecto de los sordomudos que transgredieran una ley penal sin discernimiento, que debían ser entregados a su familia o ser enviados a la escuela de sordomudos si fueren menores, por el término necesario para su educación (a. 163); y 3. respecto de los locos (incluidos los "intermitentes") y los de-

crépitos, que debían entregarse a las personas que los tuvieran a su cargo si con fiador abonado o bienes raíces caucionaren suficientemente, a juicio del juez, el pago que éste señalare como multa antes de otorgarse la obligación, para el caso de que los acusados volvieran a causar algún daño, por no haber tomado todas las precauciones necesarias. Al no darse la garantía, o estimarla el juez insuficiente para asegurar el interés de la sociedad, decretaría éste que se les enviara al hospital respectivo, recomendando mucho una vigilante custodia (a. 164).

Estas categorías de personas plenamente inimputables no quedan, pues, sujetas a pena, sino, todo lo más, a medidas educativas o asegurativas que más tarde pasarían a conocerse con el nombre genérico de medidas de seguridad.

No hace al caso consignar aquí las medidas susceptibles de aplicarse, conforme al Código de 1871, a los sujetos de imputabilidad disminuída, como se les denominaría hoy, si bien tales medidas implican que la imputabilidad, esto es, la capacidad psíquica de ser culpable, puede, sin desaparecer del todo, verse menoscabada. Ello es una demostración más de que en aquel ordenamiento la culpabilidad empieza por edificarse en una condición o situación en que debe hallarse el agente al momento del acto u omisión, y no una relación con su hecho. Tal condición o situación, según aparece de la ley, debe entenderse apoyada psicológica y psiquiátricamente en datos verificables que conciernen por esencia a los factores existenciales internos condicionantes de la capacidad del agente de comprender y determinarse, todo ello en referencia, no al mundo de valoraciones de la ética, sino al carácter ilícito o antijurídico del acto u omisión del sujeto.

2. La imputabilidad anidaría pacíficamente en la ley penal mexicana hasta el reemplazo en 1929 del Código de Martínez de Castro por el llamado Código de Almaraz.

Este texto, influido poderosamente por los postulados de la Escuela Positiva, las emprendería con extremo vigor en contra del cuerpo de leyes que lo precediera; en contra de la culpabilidad, y, por cierto, en contra de la imputabilidad, vista ahora en su carácter "radicalmente opuesto al de la imputabilidad ético-jurídica que dominó por miles de años, revestida de un ropaje marcadamente sagrado".² Su lugar debe ocuparlo "el estado peligroso del delincuente como criterio único de responsabilidad penal".³

² "Exposición de Motivos", en *Leyes Penales Mexicanas*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 1979, tomo 3, p. 16. Es sabido que esta Exposición de Motivos fue redactada por José Almaraz ya vigente el Código y publicada sólo en 1931.

³ *Ibidem*, p. 33.

Es muy grande el entusiasmo del legislador mexicano de la época por los postulados de la Escuela Positiva, y se conduce de no poder incorporarlos por entero al Código sin volver la espalda a marcos jurídicos infranqueables impuestos por la Constitución, como el apotegma *nullum crimen nulla poena sine lege*, frente al cual —leemos con estupor— “*tuvo que admitir un sistema de penas relativamente determinadas y se vio obligado a seguir el procedimiento antiguo de definir los delitos y sus variedades*” (el subrayado es nuestro).⁴ Esto lo resigna, según son sus palabras, a “servir el vino nuevo en odres viejos, atendiendo principalmente a la necesidad de defender a la sociedad con eficacia práctica y a que el Estado ejerza la función punitiva en concordancia con las modernas orientaciones de la ciencia penal”.⁵ Al pronunciarse sobre la clasificación tradicional de las excluyentes de responsabilidad, proclama ardorosamente la necesidad en que la sociedad se halla de defenderse de los locos, de los anormales, de los alcohólicos, de los toxicómanos y de los menores delincuentes, individuos todos que son, desde el punto de vista de la defensa social, tan responsables como los normales, y respecto de quienes, acaso, esté aún más indicada la defensa. A su juicio, lo que debe variar es la clase de *sanción*, de *tratamiento*, con vistas a la adaptación o la eliminación, a la corrección, a la inocuización. “Por lo tanto, no habrá intervención penal cuando no exista temibilidad en el agente, *cuando en él no se compruebe estado peligroso alguno*.”⁶

Para poder servir el vino nuevo en odres viejos, los autores del Código Almaraz declaran delincuentes a los locos, a los menores, a los alcohólicos y a los toxicómanos, “ya que sin esta declaración ninguna autoridad podría, constitucionalmente, restringirles sus derechos patrimoniales o de libertad con medidas que, ya se llamen tutelares, protectoras o defensivas, no son sino penas que, aplicadas por cualquier autoridad judicial, darían lugar a un amparo por violación de garantías”.⁷ Un raciocinio semejante, aunque menos radical, emplearán más tarde, según veremos, los redactores del Código de 1931.

El reflejo legislativo de esa postura es que el Código de 1929 reputa en *estado peligroso* a todo aquel que sin “justificación legal” cometa un acto típico, y le aplica una de las sanciones que prevé (a. 32). Las “causales de justificación legal” no están concebidas, sin embargo, en el estricto sentido técnico moderno, tenido en cuenta en su Proyecto por el propio Enrico Ferri, sino que equivalen, en sentido amplio, a las

⁴ *Ibidem*, p. 18.

⁵ *Ibidem*.

⁶ *Ibidem*, p. 46.

⁷ *Ibidem*, p. 35.

circunstancias que excluyen la responsabilidad criminal, como tradicionalmente se conviene en designarlas. El Código consigna entre ellas la fuerza irresistible, el caso fortuito, la legítima defensa, el estado de necesidad justificante, el cumplimiento de un deber, la obediencia jerárquica, la omisión por causa legítima y el temor fundado e irresistible, *mas no la inimputabilidad* entendida como un *estado o situación perdurable* del sujeto. Y esto último en contraposición a estas otras dos causas de “justificación legal” del hecho: a) el automatismo cerebral perturbador de la conciencia, causado por la ingestión *accidental e involuntaria* de enervantes o tóxicos (que debería tenerse por manifestación de ausencia de acto), y b) el estado psíquico anormal, *pasajero* y de orden patológico que perturbe las facultades del agente o le impida conocer la ilicitud del acto, que puede ser manifiestamente una causa de inimputabilidad, aunque *no perdurable*, y en que el Código, por tanto, se niega a reconocer un *estado* peligroso. Los sujetos propiamente en *estado peligroso* son, en consonancia con la Exposición de Motivos, o más bien de aquélla con el Código, los menores, los locos y los alcohólicos y toxicómanos.

En un sistema de sanciones dirigidas a prevenir los delitos, reutilizar a los delincuentes y eliminar a los incorregibles (a. 68), consistentes en extrañamiento, apercibimiento, caución de no ofender, multa, arresto, confinamiento, segregación y relegación (a. 69), las “sanciones” reservadas a los menores son cualitativamente diferentes: arrestos escolares, libertad vigilada, reclusión en establecimientos de educación correccional, en colonias agrícolas para menores, o en navío-escuela (a. 71); la destinada a los “delincuentes” en estado de debilidad, anomalía o enfermedad mentales, ebrios habituales y toxicómanos, y sordomudos, es la reclusión en establecimientos especiales, en manicomios, en colonias agrícolas o en hospitales (a. 72). En general, esas “sanciones” no tienen duración determinada. Con ello el Código de Almaraz, al dar al traste con la idea de imputabilidad, ha quebrantado el principio de responsabilidad por la culpabilidad.

3. El Código penal vigente desde el 17 de octubre de 1931 no retrocede apreciablemente del sistema expuesto, pese al declarado propósito de sus redactores de cerrar legislativamente el paso a las ideas positivistas. En materia de tanta importancia estructural y político-criminal no resulta osado afirmar que, hasta la importante reforma de 1984, el sistema de compromisos adoptado por el Código de Almaraz reproduce sus líneas esenciales en el Código de 1931.

Tal afirmación no resulta de haberse hallado los menores al margen del Código desde que se les extrajera de sus normas en 1974 (sólo por lo que se refiere al Distrito Federal), ni de la regulación que el Código

hacia del estado de inconsciencia (a. 15 fr. II), donde situaciones de ausencia de acto encontraban ciertamente sitio junto a situaciones de inimputabilidad. Surge, sobre todo, de que la sordomudez, a secas, y el trastorno mental permanente no se contaban entre las circunstancias excluyentes de la responsabilidad que consignaba el a. 15, y aparecían recién reguladas, en cambio, en el Título III del Libro I sobre *aplicación de las sanciones*, cuyo Capítulo V contenía normas relativas a la reclusión para enfermos mentales y sordomudos.

Si estos últimos contravenían los preceptos de una ley penal se les recluía en escuela o establecimiento especial para sordomudos por todo el tiempo que fuere necesario para su educación o instrucción (a. 67), y si los primeros, esto es, los "locos, idiotas, imbéciles, o los que sufran cualquier otra debilidad, enfermedad o anomalía mentales", según la defectuosa formulación legal, ejecutaban hechos o incurrían en omisiones definidas como delitos, debía recluirseles en manicomios o en departamentos especiales por todo el tiempo necesario para su curación, y ser sometidos, con autorización de facultativo, a un régimen de trabajo (a. 68). Unos y otros, sordomudos y alienados infractores, podían ser entregados a quienes correspondiera hacerse cargo de ellos bajo fianza, depósito o hipoteca de un monto que cubriera el daño que pudieren causar por no haberse tomado las precauciones necesarias para su vigilancia, y si ni aun con esa garantía quedaba asegurado el interés de la sociedad, seguirían en el establecimiento especial en que estuvieren reclusos (a. 69).

Puesto que sordomudez y enajenación mental permanente no se contaban entre las circunstancias que excluían la responsabilidad, que quienes las padecían debían sufrir *sanciones* (medidas de seguridad) *siempre* que incurrieran en actos u omisiones típicos y antijurídicos, y que no había lugar a remover tales medidas mientras debiera asegurarse el interés de la sociedad, había de concluirse que ante los enajenados y sordomudos infractores naufragaba la idea de la imputabilidad como capacidad, condicionada por el desarrollo y salud mentales, de ser culpable, y que la ausencia en ellos de la capacidad de comprender el carácter ilícito del acto y determinarse conforme a esa comprensión no era, por ende, causa de inimputabilidad sino, acaso, mera causa personal de exclusión de la pena, con la consagración de una base asimétrica para el reproche y con consecuencias sistemáticas diversas de las que se han venido exponiendo.

Parece útil recordar a este respecto que los redactores del Código, pronunciándose expresamente en favor de la idea de responsabilidad social, la hicieron encarnar, al menos en lo que hace a los alienados, en medidas de reclusión asegurativa que, con carácter facultativo y no

obligatorio, es cierto, habían otorgado al juez legislaciones penales muy anteriores a la aparición de la doctrina ferriana de la responsabilidad social. También parece procedente traer a cuento el obstáculo que los redactores reconocieron en el a. 19 de la Constitución, conforme al cual "ninguna detención podrá exceder el término de tres días, sin que se justifique con un auto de formal prisión". Afirman Ceniceros y Garrido que "si la Comisión (redactora) se pronunciaba por el criterio clásico, entonces el loco debería irse a su casa con grave peligro para la sociedad, ya que si no es responsable no se le puede detener, pues conforme al artículo 19 constitucional ninguna detención podrá exceder de setenta y dos horas, si no se justifica con un mandamiento de prisión preventiva, que dentro de la situación que consideramos, no podría dictarse por no existir responsabilidad; y en cuanto a la solución proporcionada por los positivistas, adolece del defecto, dentro de nuestro sistema legal, de que se tiene que seguir un proceso en forma, es decir, tomarle al loco su declaración preparatoria, dictarle auto de formal prisión, etc., para poder resolver al término del mismo que es responsable, socialmente, y que constituyendo una amenaza para la sociedad se le recluye en un manicomio hasta su curación. Por lo expuesto se veía que la Comisión se encontraba ante un problema insoluble, y optó por la solución menos mala, o sea la que ya había adoptado el legislador de 1929, consistente en apoyar la responsabilidad social en estos actos".⁸

¿Son reales los obstáculos constitucionales que forzaron a esta solución "menos mala"?

Si de obstáculos constitucionales se habla, estos serían, al parecer, dos. Uno habría de divisarse en el artículo 21 de la Constitución, en cuanto prescribe que "la persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la policía judicial, la cual está bajo la autoridad y mando de aquél". El otro podría reconocerse en el artículo 19 del mismo texto, conforme al cual "ninguna detención podrá exceder del término de tres días, sin que se justifique con un auto de formal prisión, en el que se expresará: el delito que se impute al acusado; los elementos que constituyen aquél; lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, y los datos que arroje la averiguación previa, los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado..." Lo obstativo de estas disposiciones residiría, en verdad, en el término "delito" y su alcance. Si el delito es, desde el punto de vista substantivo, la acción u omisión típica, antijurídica y culpable, y culpable es sólo la acción u omisión realizada por un impu-

⁸ CENICEROS, José Angel y GARRIDO, Luis, *La Ley mexicana*, México, Botas, 1934, p. 63.

table, quien no lo es no cometería delito y, por tanto, no podría el Ministerio Público, que persigue los delitos, poner sus manos sobre él, detenerlo ni consignarlo al juez, que se vería a su vez, impedido de dictar en su contra auto de formal prisión, como manda la Constitución que se ha de hacer contra el imputado, con las garantías debidas, señalando el "delito" que se le atribuye.

Estos obstáculos, en verdad, no son tales. Cuando la Constitución previene que al Ministerio Público y a la policía judicial incumbe la persecución de los delitos, está señalando, *inter alia*, la oposición en que este menester se halla frente al castigo de las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía, que compete a las autoridades administrativas, pero no está acordando al término "delito" el alcance de acción u omisión típica, antijurídica y culpable. Tampoco está atribuyendo tal alcance al término "delito" el artículo 19, donde al requerirse del auto de formal prisión que contenga en primer término la expresión del "delito" que se impute al acusado, se está asociando la figura delictiva prevista por la ley a la tarea de comprobar judicialmente, en función de ella, el *corpus delicti*, extremo procesal sin el que no es dable legalmente proseguir al establecimiento de la responsabilidad. Al juez, en el momento de dictar auto de formal prisión, corresponde señalar el hecho abstractamente sometido a pena que se imputa al acusado, cuando su responsabilidad aparece como probable. Por tanto, el inimputable cuya condición de tal no se ha establecido en algún momento de la averiguación previa o durante el proceso propiamente dicho, puede ser objeto de detención y ser consignado, desde que su probable responsabilidad —es decir, procesalmente hablando, su *intervención en el hecho*— aparezca de los antecedentes reunidos.

Esta conclusión coincide enteramente con el modo como el Código Federal de Procedimientos Penales, sólo cuatro años después de promulgarse el Código penal y tras un año apenas de publicarse el texto transcrito de los señores Ceniceros y Garrido, regula en sus artículos 495 a 499 el procedimiento relativo a los enfermos mentales. Puesto que hasta la reforma de 1984 al Código penal el inimputable era responsable, no podía el Ministerio Público, a tenor del artículo 138 del citado Código Federal de Procedimientos Penales, promover su sobreseimiento y libertad absoluta. Legislando con mucha consecuencia, el antedicho código procesal ordenaba, pues, (y sigue ordenándolo tras la reforma penal de 1984), que el tribunal, *tan pronto* como sospeche que el inculpado esté loco, idiota o imbecil o sufra cualquiera otra debilidad, enfermedad o anomalía mentales, lo mandará examinar por peritos médicos, *sin perjuicio de continuar el procedimiento en la forma ordinaria*. Es claro que la sospecha puede surgir en cualquier momento

del procedimiento judicial y que —mientras se desvanece o se transforma en certeza— el procedimiento continúa en la forma ordinaria. Esa regla y las que le siguen (no concernientes a la cuestión que ahora se analiza) han sido declaradas aplicables a las infracciones del fuero común por el a. 4º transitorio de la reforma de 1984 (D. O. 13. 1, 84). Y la promulgación de tales reglas ha sido posible no obstante el imperio de una Constitución que se suponía infundadamente dejar desamparada a la sociedad para el caso de que en sede penal se adoptara el principio de la responsabilidad por la culpabilidad.

4. Esos mismos supuestos obstáculos no han impedido tampoco el restablecimiento de la vigencia, tras cincuenta y cinco años de interrupción, del principio mismo de responsabilidad por la culpabilidad. Esto ha ocurrido a través de la tantas veces mencionada reforma de 1984 al Código penal, la más extensa y profunda que éste ha experimentado desde su promulgación. En lo que atañe a la culpabilidad, esa reforma ha aportado reglas relativas al poder excusante o atenuante del llamado error de prohibición, ha enunciado una fórmula legal de la inimputabilidad y ha establecido medidas aplicables a los inimputables acreedores a tratamiento. Tras estas modificaciones, no puede caber duda de que el derecho penal mexicano da expresa acogida al concepto de culpabilidad ofrecido en la introducción a este artículo.

II

5. La fórmula legal de la inimputabilidad introducida en 1984 como contenido de la fr. II del a. 15 declara excluida la responsabilidad criminal por "padecer el inculpado, al cometer la infracción, trastorno mental o desarrollo intelectual retardado que le impida comprender el carácter ilícito del hecho, o conducirse de acuerdo con esa comprensión, excepto en los casos en que el propio sujeto activo haya provocado esa incapacidad intencional o imprudencialmente".

Entre los modos posibles de configurar la fórmula legal de la inimputabilidad, como es sabido, se cuentan: 1) el biológico o psiquiátrico, que expresa sólo las fuentes de la incapacidad —sordomudez, demencia o locura, etc.— sin aludir a la consecuencial incapacidad de comprender o determinarse (p. ej. el Código penal napoleónico); 2) el psicológico, que expresa esta última incapacidad sin precisar sus fuentes (p. ej. el Código penal del Estado de Veracruz) y 3) el mixto, en que a la indicación más o menos amplia de las fuentes sigue la de sus efectos en cuanto a privación —como dice Jiménez de Asúa— "de la

conciencia de delinquir o de la posibilidad de obrar conforme a derecho"⁹ (p. ej. el Código penal del Estado de Guanajuato).

Es claro que la fórmula incorporada en 1984 a la fr. II del a. 15 es una fórmula mixta, biológico-psicológica, o, para expresarlo más moderna y precisamente, psíquico-normativa.¹⁰ De tal carácter se infiere la conclusión de que, como se ha expresado acertadamente, la imputabilidad penal es un concepto jurídico *cuya valoración corresponde únicamente al juez*, a quien el perito ilustra con los datos de su ciencia.¹¹

Preferimos atribuir a la fórmula carácter psíquico-normativo más que biológico-psicológico o psiquiátrico-psicológico porque, al indicar ella las fuentes de la incapacidad, no alude a estados biológicos o a entidades nosológicas de la psiquiatría, sino a los conceptos más vastos de desarrollo intelectual retardado, que puede deberse incluso a causas sociales, y de trastorno mental, que hasta puede originarse en causas psicológicas. En esto la doctrina mexicana más autorizada viene manifestándose desde hace años con acusada coherencia.

Ya al discutirse en 1965 la fórmula legal de la inimputabilidad que había de incluirse en el Anteproyecto de Código Penal Tipo para América Latina, la delegación mexicana había propuesto alternativamente dos fórmulas, debidas al inolvidable maestro Quiroz Cuarón, en que no se hablaba siquiera de trastorno sino simplemente de estado mental, y cuyo tenor era: "I Es inimputable el que a causa de cualquier estado anormal permanente, o transitorio y accidental, no pudo en el momento de realizar su conducta comprender la ilicitud o regular aquélla conforme a derecho. II Es inimputable el que a causa de cualquier estado anormal permanente, o transitorio y accidental, no pudo en el momento de su hacer o no hacer, comprender la ilicitud o regularlo conforme a derecho".¹² Estos enunciados importaban tomar partido contra las fórmulas mixtas en que se contiene un casuismo enumerativo de las causas por las que el agente viene a verse en la imposibilidad de comprender la ilicitud de su obrar o de dirigir sus acciones, a la manera en que lo hacen aquellas legislaciones que en este punto aluden, por ejemplo, a insuficiencia de la actividad de la mente, a perturbaciones morbosas de ella o a grave alteración de la conciencia.

La fórmula acogida en la actual fr. II del a. 15 sigue, en lo esencial, la mencionada tradición patria. Trátase de una fórmula psíquico-normativa en que no se hace mención a entidades nosológicas de la psi-

⁹ Código Penal Tipo para América Latina, México, Procuraduría General de la República y Academia Mexicana de Ciencias Penales, 1967, p. 162.

¹⁰ ZAFFARONI, E. R., *Tratado de Derecho penal*, Buenos Aires, Ediar, 1981, t. IV, p. 121.

¹¹ ZAFFARONI, *ibidem*, p. 121.

¹² Código Penal Tipo para América Latina, *cit.*, p. 159, nota 26.

quiatria sino, por lo que atañe a las fuentes de la incapacidad, se utilizan dos conceptos más o menos vastos que, como luego se mostrará, no pueden yuxtaponerse necesariamente a estados morbosos.

A esta conclusión no obsta el empleo del verbo "padecer", que a la luz del léxico significaría "sentir física y corporalmente una enfermedad". Jurídicamente no es dable acordarle ese alcance, tanto porque, como se ha recordado, el Código no hace alusión alguna a entidades psiquiátricas, cuanto porque en materia de trastorno mental, así permanente como transitorio, es vasta la casuística en que éste se debe a factores no morbosos.

Sea como fuere, toda fórmula legal mixta de la inimputabilidad se integra en dos planos: el de las causas de la incapacidad y el de los efectos psicológicos de ella. Por tanto, la mera referencia a las primeras no prejuzga por sí sola acerca de la inimputabilidad, y ellas se indican siempre bajo reserva de que, en el caso concreto, impidan comprender el carácter ilícito del hecho o de conducirse de acuerdo a esa comprensión.

6. La concepción de la imputabilidad como *capacidad* psíquica de culpabilidad, esto es, como un estado o condición del sujeto y no como una referencia psicológica al hecho singular, no significa que pueda hablarse de imputabilidad en otro momento que el de la comisión del hecho. La ley lo prescribe así al empezar por decir que, correlativamente, la *incapacidad* debe darse "al cometer la infracción". El momento posterior del resultado carece, pues, para estos efectos, de significado.

No parece poder decirse lo mismo del momento anterior al hecho, atenta la salvedad legal de "los casos en que el propio sujeto activo haya provocado esa incapacidad intencional o imprudencialmente". Tal salvedad proyecta a la problemática de las *actiones liberae in causa*, que surge generalmente en relación a casos de trastorno mental transitorio, hoy incluidos en la fr. II del a. 15, como es de toda evidencia, pero que puede darse asimismo, aunque con frecuencia menor, en situaciones de trastorno mental permanente.

La imputación a través de la *actio libera in causa*, según se sabe, ha sido modernamente puesta en entredicho. Por lo que hace a la culpa, se sostiene que si ésta tiene por núcleo la infracción a un deber de cuidado, no es necesario echar mano de la *actio libera in causa* para darla por existente, puesto que la transgresión a tal deber se da con ponerse el sujeto en estado de inimputabilidad. Por lo que concierne al dolo, se arguye que el expediente de la *actio libera* vulnera la base de toda imputación, desde que la incapacidad preordenada no alcanza a ser siquiera tentativa del delito, y lo realizado ulteriormente en aquel estado, cuando no importa derechamente ausencia de acto, es

el hecho de un inimputable.¹³ Hablamos aquí de preordenación pues el adverbio "intencionalmente", que por definición del a. 9º es dolo, alude en forma palmaria, no a la mera provocación del estado de inimputabilidad en sí, sino a la provocación de tal estado para cometer el delito respecto del cual cabe examinar la imputabilidad del agente.

Es manifiesto que la ley ha sobrepasado —en el ámbito del dolo, ya que no en el de la culpa— las modernas bases de la imputación penal al hacer responsable a quien ha preordenado el estado de inimputabilidad en que ulteriormente obra. La explicación no es otra que la prevalencia acordada a la prevención general sobre los principios de la imputación. Son sin duda imaginables, aunque raros, los casos en que puede preordenarse un estado de inimputabilidad que corresponda a un trastorno mental permanente, para cometer el delito durante él. Se menciona el caso del epiléptico a quien, habiéndosele prescrito una medicina que evita sus periódicos ataques y los posteriores estados crepusculares de furia, prescinde de él para atacar a su enemigo en su frenesí homicida.¹⁴ La imputación por la *actio libera* en el ámbito del dolo es mucho más fácilmente concebible, en cambio, en situaciones de trastorno mental transitorio. Allí adquieren especial realce los hechos cometidos en estado de intoxicación aguda por ingestión alcohólica o por el uso de psicotrópicos, y es donde se torna intenso el debate sobre la imputación. Quienes valoran especialmente la función de prevención general del derecho penal pueden no darse por satisfechos con la fórmula, argumentando que el mandamiento legal no se dirige al sujeto en estado de intoxicación sino al sujeto sobrio, a modo de advertencia de que no escapará a la pena si, por ejemplo, al embriagarse con cualquier propósito aunque no sea el de delinquir, delinque, sin embargo. Pueden hacer valer, asimismo, que mientras son frecuentes los hechos punibles en estado de intoxicación aguda, son en cambio infrecuentes los delitos cometidos en estado de intoxicación preordenada.¹⁵ A ello cabría replicar que a este respecto la regla en examen no es instrumento de una campaña contra el alcoholismo o la drogadicción, sino una de las normas que sientan los fundamentos de la responsabilidad penal.¹⁶

7. Una vez establecido el tiempo de la inimputabilidad importa señalar que hay una incapacidad psíquica que puede darse en un momento lógicamente anterior al examen de aquella. Refiérese esta precedencia a la falta del acto mismo (acción u omisión) en los estados de inconsciencia no reconducibles a la idea de inimputabilidad.

¹³ ZAFFARONI, *cit.*, p. 134; COUSIÑO, L., *Derecho penal chileno*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1975, t. I, p. 526.

¹⁴ COUSIÑO, *op. cit.*, p. 526.

¹⁵ GARCÍA GONZAGA, J. G., en *Código Penal Tipo*, *cit.*, p. 459.

¹⁶ JIMÉNEZ DE ASÚA, L., en *Código Penal Tipo*, *cit.*, p. 231.

Es menester destacar que aquí se alude a la falta de conciencia lúcida, esto es, a la sustitución de la actividad de los centros corticales por la de los subcorticales en cuya virtud cesa o se ve apreciablemente disminuída la condición neurofisiológica de vigilia y el funcionamiento conjunto del psiquismo, con pérdida o alteración de la percepción del propio yo y del mundo circundante (orientaciones autopsíquica, alopsíquica y cronopsíquica).¹⁷

No es discutible que si esto no se debe a desarrollo intelectual retardado o a trastorno mental sino a otras causas —sueño fisiológico, somnambulismo, hipnotismo— el precepto aplicable no es la fr. II del a. 15 sino su fr. I, que excluye la responsabilidad por "incurrir (el sujeto) en actividad o inactividad involuntaria". Podría, en cambio, debatirse si el estado de inconsciencia propio de alguna forma de desarrollo intelectual retardado o de *trastorno* mental permanente o transitorio, morboso o no, conceptos ambos que son contenido esencial de la inimputabilidad, debe seguir regulado por la misma fr. I o si ha de desplazarse a la fr. II, por darse el estado de inconsciencia en el marco de esas fuentes de la inimputabilidad.

En la línea de la primera posición militaría una razón lógica derivada de un concepto estratificado del delito, donde las características de la acción u omisión se dan en un orden en que el análisis de la tipicidad ha de anteceder al de la antijuricidad, y éste al de la culpabilidad. Puesto que de la acción u omisión ha de tratarse antes que de todas ellas, al faltar la acción u omisión por efecto de un estado de inconsciencia, éste habría de importar siempre una ausencia de acto y quedar, por tanto, inmerso en la fr. I del a. 15 y no en la II. Es ésta, a nuestro juicio, la posición correcta, en virtud de un fundamento que no es lógico sino político, y es el de que, conduciendo toda forma de inimputabilidad a una consecuencia que es más restrictiva de la libertad, esto es, a la aplicación de las medidas que prescriben los artículos 67 y 68, la fr. II debe verse desplazada por la fr. I.

8. Aunque el trastorno mental comprende el desarrollo intelectual retardado, que la ley menciona después de aquél, parece aconsejable ocuparse primeramente de éste.

Es fuera de dudas que el desarrollo intelectual retardado comienza por incluir las oligofrenias, en cuanto formas de insuficiencia mental congénita. Tampoco hay duda de que abarca los casos de detención del desarrollo cerebral a edad temprana por diversos factores (traumas, tóxicos, infecciones, etc.).

Esta parte de la fórmula comprende, asimismo, el retardo mental que

¹⁷ QUIROZ CUARÓN, A., *Medicina forense*, 2a. edición, México, Porrúa, 1980, página 427.

es efecto de grave incomunicación humana y social determinada por carencias sensoriales, como los casos de ceguera y sordomudez de nacimiento con ausencia absoluta o parcial de instrucción. En este respecto la fórmula empieza por revelarse más acertada que la inconsulta mención, *tout court*, de los sordomudos que anteriormente hacía el Código penal. Carecería, en efecto, de sentido afirmar la inimputabilidad del sordomudo de nacimiento que obtuvo instrucción adecuada o del adulto que delinquiró tras haberse visto privado por un accidente del habla y de la audición.

Todavía caben en el enunciado del desarrollo intelectual retardado los casos excepcionalísimos de sujetos que a poco de nacer han quedado al margen de toda convivencia y cuyo aislamiento ha impedido la aparición de toda característica psíquica humana. Más discutible parecería la inclusión en la fórmula de aquel retardo intelectual de origen social y no orgánica en que vienen a hallarse quienes, privados temporalmente del afecto materno, no llegaron nunca a verlo sustituido por el de otro hogar o familia.

Interesa recordar en este contexto que el Código de Michoacán (a. 16), además de traer a colación la "ceguera de nacimiento, cuando haya falta total de instrucción", ha consignado como causal de inimputabilidad no prevista en otros códigos mexicanos la "condición de indígena analfabeto no integrado a la civilización". Un problema que en México reviste importancia ha encontrado así en este texto una solución técnicamente desacertada, pues no parece que el indígena, por su apego a normas y valores ancestrales, haya de entenderse *ipso facto* privado de la posibilidad de comprender el carácter ilícito de su acto o de conducirse de acuerdo a esa comprensión, no, por cierto, en razón de trastorno mental, pero tampoco en razón de desarrollo intelectual retardado. La verdad es que el agente que por condicionamiento cultural, aun *conociendo* la norma a la cual debería ajustar su conducta, no está en condiciones de comprenderla, es decir, de hacerla suya como directriz de su obrar, es imputable pero no responsable, sea por error directo de prohibición, por error acerca de la causalidad, por error en cuanto a la tipicidad o por justificación putativa.¹⁸

El componente dinámico de la idea de *desarrollo* intelectual *retardado* la torna en cierto aspecto más limitada que, por ejemplo, la de deficiencia mental. Esto aparece claro frente a situaciones de disminución del *quantum* intelectual, por así decirlo, que no importan un retraso o una detención de ese desarrollo, sino que aparecen en el agente con posterioridad al momento de normal desarrollo máximo

¹⁸ ZAFFARONI, E. R., *cit.*, p. 200.

del mismo. Entre tales situaciones cuéntanse, verbigracia, la demencia senil y la arterioesclerótica, amén de demencias terminales en cuadros epilépticos y de alcoholismo crónico, que por no importar dinámicamente retardo del desarrollo intelectual sino regresión, digamos, de la inteligencia, deben quedar comprendidas en la idea de trastorno mental.

9. Esta idea, la de trastorno mental, bien podría ser por su amplitud la única que contuviera omnicomprendivamente toda expresión de incapacidad psíquica de culpabilidad. En las oligofrenias y demás formas de desarrollo intelectual retardado a que hemos hecho alusión, trátase, en verdad, de insuficiencia de las facultades en que viene a manifestarse disminuído, es decir, perturbado o *trastornado*, el funcionamiento conjunto del psiquismo, lo que las haría caer propiamente en la idea de trastorno mental.

Esta idea se sitúa, pues, en el centro de la fórmula. La alternativa antes citada de Quiroz Cuarón llevaba su amplitud aún más lejos. Si se prescindiera del adjetivo de "anormal" que se le adosaba, por no expresar otra cosa que una media estadística de ficticia existencia,¹⁹ había que atribuirle el mérito de huir de categorías psiquiátricas, pero a la vez el defecto de incluir la inimputabilidad junto a situaciones de inculpabilidad, como el error y la coacción, que también son estados mentales. Este defecto trataba de remediarse con la adjetivación de "perturbado" o de "gravemente perturbado", para mejor entender a la defensa social con un dispositivo bastante más cerrado. La fórmula adoptada por el Código mexicano ha venido a mejorar apreciablemente las cosas con el término de trastorno mental, que salva la objeción anterior y elude la mención a una condición morbosa. Esto, por la pronto, torna la fórmula especialmente receptiva a las conclusiones actuales de la psiquiatría.

Que el trastorno mental no haya de identificarse, empero, con la noción de morbo no significa, por cierto, que la enfermedad mental no sea un trastorno. Ahora bien, la psiquiatría moderna ya no equipara la enfermedad mental a alienación, ha dejado de reconocerla necesariamente a través de signos somáticos y ha tenido también por tal a la que irrumpe de manera grave sin que pueda hallarse para ella, por ahora, una base somática presumible. Por otra parte, las enfermedades mentales son hoy entendidas más como formas de vivencias que como cuadros de síntomas.²⁰ No es ésta la sede para dar cuenta detallada de esas formas ni para espigar aquellas en que cabe reconocer incapacidad psíquica de culpabilidad, aparte que, como ya se ha expresado, la fuen-

¹⁹ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, en *Código Penal Tipo*, *cit.*, p. 162.

²⁰ ZAFFARONI, *cit.*, p. 154.

te de la incapacidad no es todavía, *per se*, la inimputabilidad penal, si no tiene por efecto impedir la comprensión del carácter ilícito del hecho o la conducta de acuerdo con esa comprensión.

Esto sentado, hay que convenir en que en el ámbito patológico del trastorno mental hay sitio, entre otras, para las demencias avanzadas, para las psicosis endógenas, como la esquizofrenia y la psicosis maniaco-depresiva; para las psicosis exógenas como, entre otras, la parálisis general progresiva y ciertos trastornos postencefalíticos; para ciertas formas grados de neurosis y, en fin, para ciertas psicopatías.

10. Por cierto, el trastorno mental a que se refiere la ley puede ser, además de permanente, transitorio.

La doctrina mexicana solía designar como trastorno mental transitorio el estado de inconciencia legislado hasta 1984 en la fr. II del a. 15, que es hoy continente de la fórmula legal de la inimputabilidad. Aludía el precepto derogado a la inconciencia determinada por el empleo accidental e involuntario de sustancias tóxicas, embriagantes o estupefacientes o por un estado tóxico infeccioso agudo o por un trastorno mental involuntario de carácter patológico y transitorio.

De acuerdo con lo que hemos venido afirmando, si ese estado de inconciencia es el que implica la pérdida de conciencia lúcida, conforme la hemos caracterizado (*supra*, 7), trátase de ausencia de acto (acción u omisión), así se origine en las situaciones, recién reproducidas, a que aludía el precepto derogado, o en otras de fuente no patológica (sueño fisiológico, sonambulismo, etcétera), o en otras de raíz morbose. Todas caben en el actual enunciado del artículo 15 fracción I (actividad o inactividad involuntaria), en tanto lo que está en juego es el menoscabo de la condición neurofisiológica de vigilia y no la pérdida de conciencia discriminatoria, por decirlo abreviadamente, del bien y del mal, inherente al estado de inimputabilidad propiamente dicho.

Ahora bien, si esas mismas situaciones que la ley derogada mencionaba, u otras, no eliminan la conciencia que llamaríamos lúcida, sino que impiden *transitoriamente* comprender el carácter ilícito del hecho o determinarse de acuerdo a esa comprensión, estamos ante la inimputabilidad penal por trastorno mental transitorio, que la ley incluye ciertamente en la fracción II del artículo 15. Y ello porque, habiendo evolucionado el Código hacia la responsabilidad por la culpabilidad, mal podría limitarse a negar ésta sólo si la inimputabilidad fuese un estado permanente, y mal podría hacer subsistir la imputabilidad a través del expediente de las *actiones liberae in causa* si la incapacidad preordenada o por culpa sólo fuese la de carácter permanente, lo que es raro, y no transitorio, lo que es frecuente.

El trastorno mental transitorio como causa de inimputabilidad puede

provenir de causas muy diversas, que sería imposible reseñar. Particular importancia reviste el que tiene origen emocional, admisible dogmáticamente como causa de inimputabilidad, cuando conduce a ese estado, por el feliz empleo que la fórmula legal hace de la expresión trastorno mental, que en este preciso campo luce una de las ventajas de su amplitud.

Entre las emociones que, según su intensidad, pueden llegar al trastorno mental, y hasta el extremo de ausencia de acto, cuéntase el miedo. En el derecho penal mexicano no es óbice a esta afirmación la consideración del miedo o temor como causa de justificación o como causa de exculpación, pues de lo que allí se trata es de fundar una situación que *hace temer* el daño o peligro de un bien propio o ajeno, representación que no implica necesariamente un trastorno mental que impida comprender o determinarse, y que es lo que hace la inimputabilidad.

11. Ya se ha expresado que la sola existencia de una fuente de incapacidad no prejuzga por sí sola sobre la inimputabilidad. Tal fuente es una condición necesaria, mas no suficiente de ella. Se requiere, además, como en toda fórmula mixta, de otra condición: el efecto psicológico de impedir la comprensión del carácter ilícito del hecho o de conducirse de acuerdo a esa comprensión.

Es este segundo extremo el que concede a la fórmula su carácter valorativo, y el que pone de resalto la misión privativa del juez en punto a establecimiento de la imputabilidad o su ausencia. Es el juzgador quien debe determinar la medida en que al derecho no resulta posible requerir del sujeto, en razón de la incapacidad que exhibe, comprender la norma o regular a ella su conducta. El grado de perturbación debe señalar el grado del esfuerzo que debe exigirse jurídicamente del agente para esa comprensión o regulación. Una insuficiencia mental leve, que es un estadio de desarrollo intelectual retardado, podrá de ordinario mantener vigente el requerimiento de comprender la antijuricidad de la acción u omisión o de acordar a ella el propio actuar u omitir. Lo mismo cabría decir de una alteración leve de la atención por parte de quien padece de una neurosis situacional, que es un trastorno mental.²¹ Mas no será ese el caso de quien, afectado por una psicosis maniaco-depresiva, mata a sus hijos para que no soporten el oprobio de seguir viviendo como descendientes de esa escoria humana que es su persona. Es manifiesta la imposibilidad de ofrecer norma general alguna a la cual acordar estas valoraciones.

²¹ ZAFFARONI, E. R., *cit.*, p. 132.

El efecto psicológico de la incapacidad (desarrollo intelectual retardado o trastorno mental) aparece expresado por la fórmula en una disyuntiva: comprender el carácter ilícito del hecho o conducirse de acuerdo a esa comprensión. Esta disyuntiva concierne, pues, tanto al que podría provisionalmente calificarse de aspecto intelectual como al que los psicólogos denominarían tal vez conativo. Para algunos, ya con el término "comprensión" se abarcarían ambos extremos.²² Para otros, el segundo miembro de la alternativa quedaría mejor expresado diciendo "dirigir (las acciones) conforme a esa comprensión" o "regularlas" conforme a ella. No sólo la psiquiatría, sino la psicología, exhibe casos de sujetos que, aun comprendiendo la criminalidad de su acto, no pueden —no ya dirigir sus acciones (o inhibirlas) conforme a tal comprensión, sino dominarlas— y al efecto se cita, entre muchos, el caso de algunos paranoicos y el del cleptómano,²³ y paralelamente, sobre todo en el campo de la omisión, el de algunas formas de neurosis histéricas.

12. No cabe dar término a este artículo sin aludir a la consecuencia jurídica del acto del inimputable.

Al restablecer los marcos de una responsabilidad basada en la culpabilidad, el Código deja a ese acto exento de sanción, de pena. En su lugar, conforme fuera la tradición legislativa mexicana al menos hasta 1929, impone una medida de seguridad consistente en tratamiento en internamiento o en libertad, medida de carácter administrativo que el juez debe ordenar aplicar previo el procedimiento correspondiente (artículo 67).

Interesa destacar que la medida de tratamiento debe aplicarse en todo caso, lo que respecto del inimputable implica la vigencia sin excepciones de un criterio de prevención especial. Si se interpreta la fórmula legal de la inimputabilidad del modo amplio como lo hemos hecho, la vigencia irrestricta de ese criterio parece excesiva frente a ciertos casos de inimputabilidad, sobre todo debidas a trastorno mental transitorio, que bien pueden no hacer necesario el tratamiento. Dicho esto, cabe poner de realce que la reforma de 1984 se ha revelado, en cambio, más dúctil al abrir la posibilidad de que el tratamiento que ordena aplicar no acarree ineludiblemente la reclusión del sujeto, lo que merece plácemes y se muestra de acuerdo con la posición más moderna en torno al asunto. En relación con este tratamiento en libertad se mantiene la regla que faculta a la autoridad judicial o ejecutora, en su caso, a entregar al inimputable a las personas a quienes corresponda

²² MEZGER, E., citado por Jiménez de Asúa en *Código Penal Tipo*, cit., p. 163.

²³ JIMÉNEZ DE ASÚA, *ibidem*, p. 163.

hacerse cargo de él, siempre que se obliguen bajo caución suficiente a tomar las medidas adecuadas para su tratamiento y vigilancia (artículo 68).

Otra regla digna de todo encomio es la que prohíbe hacer durar la medida de tratamiento impuesta por el juez penal más allá del máximo de la pena aplicable al delito, con lo que la prevención cede sitio a los derechos del individuo, tendencia que es también en esta materia la de nuestro tiempo. Sólo cabe deplorar, por su inconsecuencia, la disposición que sigue a esa regla dentro del mismo artículo 69 y conforme a la cual "si concluido ese tiempo (equivalente al máximo de la pena aplicable al delito), la autoridad ejecutoria considera que el sujeto continúa necesitando el tratamiento, lo pondrá a disposición de las autoridades sanitarias para que procedan conforme a las leyes aplicables". He aquí, pues, que la tabla se da vuelta inesperadamente, y los derechos del individuo quedan indefinidamente expuestos a la voluntad de la instancia administrativa, sin garantía jurisdiccional.

Todavía en relación a la consecuencia jurídica del acto del inimputable corresponde detenerse un instante en la cuestión de la imputabilidad disminuida, concepto derivado del reconocimiento de que la capacidad psíquica de culpabilidad puede, evidentemente darse en diversos grados. Esta afirmación encuentra, a nuestro juicio, apoyo dogmático en el artículo 51 del Código penal, que ordena a los jueces y tribunales, dentro de los límites fijados por la ley, aplicar las sanciones establecidas para cada delito "teniendo en cuenta las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiares del delincuente". Entre estas últimas cuéntase, creemos, las que condicionan el grado de su imputabilidad. Es claro, sin embargo, que la admisión en el caso concreto de una imputabilidad disminuida no conduce en el derecho mexicano a una atenuación de la pena por debajo del marco preestablecido en que cabe individualizar la pena del sujeto plenamente imputable, facultad que sería aconsejable conceder al juez en una futura reforma.