

Recensión a Lucía Martínez Garay,
*La imputabilidad penal: concepto,
fundamento, naturaleza jurídica y
elementos*

Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005, 484 págs.

Pablo Sánchez-Ostiz Gutiérrez

Universidad de Navarra

La obra que Martínez Garay nos presenta constituye la parte central de la que fue su tesis doctoral, defendida en 2004 en la Universidad de Valencia, bajo la dirección del Prof. Carbonell Mateu. La investigación doctoral tenía por objeto un tema más concreto, la imputabilidad penal en el ámbito del consumo de drogas. Pero para abordar satisfactoriamente este tema, la autora no ha escatimado el esfuerzo de adentrarse en los fundamentos mismos de la imputabilidad, y ha logrado realizar un estudio amplio, coherente y plausible de las diversas situaciones que afectan a la imputabilidad, e incluso a la culpabilidad en su conjunto. Aquí se halla una de las claves de lectura de esta obra: que la imputabilidad, a menudo estudiada a propósito de las enfermedades mentales, no ha recibido un tratamiento adecuado, por cuanto son muchos otros los casos que interesan, de manera particular, los de intoxicación por el consumo de estupefacientes. Martínez Garay se ha propuesto afrontar el estudio de la imputabilidad, pero no desde las enfermedades mentales, sino desde los casos de intoxicación. «El resultado es una revisión en profundidad de toda la imputabilidad penal como institución» que se extiende incluso a la exigibilidad (p. 20).

Tras una breve introducción, la obra se divide en cuatro amplios capítulos: concepto y naturaleza jurídica de la imputabilidad; el elemento normativo como su fundamento; el elemento psiquiátrico-psicológico; y su propuesta personal. Finalmente, una sección con las conclusiones. La abundante bibliografía se centra en autores de lengua española y alemana, con alguna referencia menos frecuente a los de lengua inglesa e italiana más influyentes en España. Entre la bibliografía, no falta la de autores psiquiatras, cuya lectura, sistematización y crítica aquilatan en términos jurídicos este ya de por sí muy meritorio trabajo. Se aporta además una relación de jurisprudencia española citada, ordenada por capítulos, sobre todo de resoluciones de los años recientes.

En el capítulo 1, a propósito de la evolución histórica del concepto, se expresa cómo la imputabilidad, surgida en el contexto de la lucha de escuelas del s. XIX y el protagonismo creciente de la psiquiatría (p. 35), serviría como categoría para expresar la capacidad de culpabilidad y señalar a ciertos sujetos como no susceptibles de ésta, y por tanto tampoco de pena, pero sí de medidas de seguridad. De hecho, la aparición de las medidas de seguridad modifica la discusión doctrinal sobre la imputabilidad y, en particular, sobre la semiimputabilidad (p. 49). De este modo, en la imputabilidad se ha remarcado una doble faceta: la de ser medio para atribuir responsabilidad en el momento de actuar y que dará lugar a la «inimputabilidad» cuando no procede, y la de estatus subjetivo distinto de la conducta misma. Ambas facetas confluyen en la idea de imputabilidad como «capacidad de culpabilidad» (p. 91). Hay motivos, sin embargo, para dudar de la imputabilidad entendida como capacidad de culpabilidad: por sus efectos, no sirve para las alteraciones transitorias ni para los trastornos mentales; por su repercusión sistemática, mal se adecua a los restantes factores de la culpabilidad; y por su funcionalidad, no es sostenible en el marco de un Derecho penal del hecho, que ha de juzgar las conductas y no a los sujetos en abstracto. Por eso, se emprende la tarea de enfocar la cuestión de otra manera, y proceder a una «revisión completa» (p. 68). Su labor se dirige a dilucidar el elemento normativo, fundamento de la (in)imputabilidad (p. 74).

En el capítulo 2 se aborda la difícil tarea de encontrar un fundamento propio para la imputabilidad, diverso del que sirve de base a las restantes categorías de la culpabilidad. Un camino posible es el de las posiciones del determinismo e indeterminismo (a las que dedica un amplio epígrafe: pp. 129-197); sin embargo, ninguna de ambas posiciones le parece satisfactoria, por cuanto no resultan definitivas ni demostrables –tampoco en sus versiones mitigadas o limitadas–, ni viables, por cifrar su contenido en juicios sobre lo que pudo haber realizado o no el sujeto en el momento de la acción (pp. 177-189). La libertad, aun siendo elemento básico para la acción y la existencia de las normas, no es fundamento de la imputabilidad (p. 197); pero puede desempeñar cierto valor como realidad social, como atribución social de significado básico a la acción entre sujetos, por reunir un mínimo de condiciones de sentido. De este modo, sin embargo, la libertad sería común tanto a los comportamientos imputables como a los inimputables. Un destino semejante espera a los intentos de fundamentar la imputabilidad en la motivabilidad mediante normas, por su escasa viabilidad práctica para determinar lo que pudo o no el sujeto hacer y por las generalizaciones a que conduce; además, si se interpreta en términos preventivos, por la instrumentalización que supondrían del individuo (pp. 205-206). Tampoco le parece aceptable un fundamento basado en necesidades preventivas, ni siquiera cuando es normativizado (Gimbernat, Roxin, Mir: pp. 206-221); sea éste normativizado en grado extremo, al estilo del propuesto por Jakobs, por la circularidad y arbitrariedad que puede encerrar (p. 237); sea normativo moderado, al estilo de Bustos o Frister, por cuanto se precisa definir cuál es el criterio normativo empleado para dejar fuera algunas conductas y no otras. Se hace preciso por tanto definir este criterio normativo. La autora apunta entonces hacia el principio de igualdad en cuanto exigencia de tratar de manera desigual lo que no es igual: igualdad como diferenciación (p. 267).

Antes de adentrarse en la fundamentación de su propia posición, la autora ve necesario exponer cómo el elemento psicológico de la imputabilidad ha de ser coherente con lo que sobre el elemento normativo se sustente. Es lo que se aborda en el capítulo 3, en el que se propone como adecuada una concepción psicológico-normativa de la imputabilidad. Lo cual supone separar dos planos: por un lado, el de la realidad psicológica y/o psiquiátrica, que incluye el diagnóstico y la relevancia del posible trastorno; y, por otro, el de su valoración normativa. El primer plano es el propio del perito, mientras que el segundo, de carácter normativo, queda para el juez (pp. 300-301, 358, 360). Se hace preciso indagar nuevas vías para determinar la base de la imputabilidad. Aun reconociendo la relevancia de las facultades de entendimiento y voluntad, se destaca la relevancia de los procesos motivacionales, en consonancia con los progresos de la psicología actual (pp. 327-340). La autora presta entonces atención al correcto funcionamiento de los procesos cognitivos y afectivos implicados en la motivación humana (pp. 348-349), de modo que se verá alterada la imputabilidad cuando el sujeto sufra una pérdida del contacto con la realidad, lo cual influiría en la forma o estructura de la motivación (que afectaría a la imputabilidad: pp. 353, 364), y no a su contenido (lo cual no influiría en la imputabilidad, sino que afectaría a los restantes factores de la culpabilidad).

De este modo se entra en el capítulo 4, en donde se expresa que imputabilidad es «exigibilidad de conducta adecuada a derecho por no encontrarse alterada de manera relevante la estructura de los procesos psíquicos –cognitivos y afectivos– de la decisión de

voluntad que dio lugar a la realización del delito» (p. 365). Lo cual sería expresión del «principio de igualdad ante la ley, en su dimensión de igualdad de trato formal como diferenciación» (p. 398), que obliga a tener en cuenta la desigualdad para dispensarle un trato desigual. El anclaje de tal principio se sitúa en el art. 14 de la Constitución; pero, a la vista de la jurisprudencia constitucional sobre el tratamiento de lo diferencial, la autora propone recurrir al principio de proporcionalidad (en sentido estricto), radicado en el art. 25.1 (cfr. pp. 399-411). Sobre tal fundamento, emprende la ardua tarea de reinterpretar los preceptos legales españoles en lo que hace a ciertas estructuras de imputación (*actio libera in causa*), su relación con otras causas de inimputabilidad, con la imputabilidad disminuida, la atenuante de grave adicción, hasta aportar luces respecto a otros elementos de la culpabilidad, en particular, la exigibilidad (pp. 414-444).

Martínez Garay lleva a cabo de esta manera una muy relevante tarea de indagar el fundamento posible de la imputabilidad. Su propuesta puede suscitar más o menos observaciones, pero merece sin duda interés. Expongo a continuación alguna reflexión suscitada a propósito de la lectura de su obra.

Personalmente me resulta de gran interés sistematizar las situaciones que afectan a la imputabilidad, y a la culpabilidad, en general, en torno a dos conceptos: conocimiento y voluntad (en el bien entendido de que ambos términos son polisémicos y escasamente claros, por lo que requerirían no pocas matizaciones: pp. 275 y 301). La autora se plantea tal sistematización cuando expone la propuesta de Hirsch (pp. 109-113), que critica y rechaza, no sin atribuirle cierto valor (p. 416). A lo largo de su texto, pone de manifiesto cómo resulta sumamente difícil identificar esa voluntad, describirla y hacerla operativa en sede de culpabilidad. Sin embargo, a mi modo de ver, puede resultar más claro si lo planteamos en términos negativos, en función de lo que hace desaparecer dichos elementos: por un lado el desconocimiento (*ignorantia*, error...) y por otro «violencia» (*fuerza*, *vis absoluta*, *vis moralis*). Lo cual no resuelve el tema principal: el del fundamento (contenido y razón de ser) de la imputabilidad, ni menos aún de la culpabilidad, pero puede aportar algunas pautas para su definición. El planteamiento de Martínez Garay me parece plausible: basar la imputabilidad en la alteración relevante de la estructura de los procesos psíquicos –tanto cognitivos como afectivos– de la decisión de voluntad que dio lugar a la realización del delito. Pienso que este mismo fundamento puede servir para alojar el desconocimiento y la violencia (cfr. también pp. 335-336, a propósito de cognición y motivación). Es más, podría servir para toda la culpabilidad (desde la imputabilidad a la exigibilidad, pasando por el conocimiento de la antijuricidad) sin impedir dar acogida a criterios de valoración histórica y variable (edad, situación, época...). Por cierto que su planteamiento podría tomarse en cuenta como criterio también para la minoría de edad, con la inevitable carga –por supuesto– de valoraciones sociales e históricas, que llevan a que los límites de la edad penal hayan variado con el tiempo y los diversos sistemas jurídicos. La ventaja de la dualidad *ignorantia/vis* se halla, a mi modo de ver, en que permite sistematizar las causas que excluyen la culpabilidad y establecer un ilustrativo paralelismo con las que afectan a otras instancias de la teoría del delito (*ignorantia facti/ignorantia iuris*; *vis physica/vis moralis*). Lo cual, si es aceptable, aportaría una consistencia, a la que cualquier planteamiento que se precie de ser sistemático no puede renunciar. Así, en particular, permite identificar un paralelismo entre el error sobre aspectos de la realización de la

conducta y sobre su valoración; como también entre la violencia que suprime la acción y la que impide la imputabilidad. Pero dicho sistema requiere además un contenido. Pienso que el criterio propuesto, tras un serio estudio y análisis, la autora se encuentra en condiciones de poder aportarlo. Sin embargo, ella muestra reticencias a hacerlo compatible (pp. 416-417, 419), aunque tampoco lo excluye plenamente (p. 430). No veo una radical incompatibilidad entre buscar esa sistematización en torno a la ignorancia y la violencia y sus concretos contenidos. Las diferencias vienen después al valorar el origen de la ignorancia y la violencia. En particular, en sede de imputabilidad, por el origen patológico o los procesos motivatorios defectuosos que permiten hablar de una alteración relevante de la estructura de los procesos psíquicos de la decisión de voluntad.

Por otra parte, pienso que este trabajo de Martínez Garay debería hacer reflexionar a los penalistas sobre el juicio (o juicios) de imputación que la culpabilidad encierra. En concreto, corremos el peligro de transformar el juicio de imputación que la culpabilidad expresa en un juicio de subsunción. No es el caso de la autora, cuya investigación defiende definir, clara y fundadamente, la imputabilidad con base en el análisis médico forense seguido de una valoración judicial de sus efectos (muy claro en p. 300). Podemos los penalistas ser en exceso deudores del pensamiento de la subsunción, según el cual, se trata de asociar una situación fáctica a un conjunto de situaciones descritas por el legislador (las de la inimputabilidad). A mi modo de ver, no puede reducirse la culpabilidad (y, en particular, la inimputabilidad) a una operación de subsunción en la ley. Martínez Garay sostiene con claridad que se trata de un juicio de atribución (pp. 308, 422), pero en ocasiones late el riesgo de convertir las causas de inimputabilidad en «tipos legales» en los que se subsume la situación fáctica que afecta a la imputabilidad. Dicho planteamiento supondría aproximar culpabilidad y tipicidad, cuando se trata de juicios que responden a operaciones de diversa entidad: una es de atribución, de imputación; mientras que la otra es de valoración de los datos fácticos y subsunción bajo la ley.

Finalmente, una observación sobre la libertad. A pesar de reconocer el sentido y papel que la libertad juega en las relaciones sociales, la autora parte de la indemostrabilidad en el caso concreto, tanto del libre albedrío, como de su contrario (pp. 68, 113, 127). Lo cual le lleva a negarle, a pesar de la relevancia que le atribuye, la posibilidad de ser el fundamento de la imputabilidad. Sin embargo, respecto a la libertad, en lugar de la enorme profusión de sentidos y contenidos, así como de partidarios y detractores, puede ser suficiente conformarse con un concepto relativamente modesto, de contenido social y no sólo psicológico; una idea de la libertad en la que se basan nuestras relaciones sociales habituales. Bien es cierto que en la culpabilidad hay algo más que esa libertad; hay también necesidades preventivas, condicionadas histórica y socialmente. Pienso en efecto que, puesto que en la culpabilidad se dan cita razones no sólo de libertad, sino también necesidades preventivas, no parece éste un fundamento suficiente. Lo cual obliga a no restringir el fundamento a ese concepto. Pero más allá de la relevancia para la culpabilidad, se trata de reconocer un contenido no naturalístico a esa libertad que empleamos habitualmente para entendernos en las relaciones sociales; la libertad, en cambio, es fruto de juicios de sentido que no se constatan sino que se emiten. Esto hace que la libertad de la que hablamos sea producto, en definitiva, de juicios de imputación. Pero hablamos de una

libertad empleada para atribuirnos responsabilidad, distinta de la libertad que suele ir unida a la idea de dignidad, de subjetividad, que convendría separar y distinguir.

A lo largo de esta obra, su autora dice mucho; y dice bien, lo cual demuestra oficio, saber hacer. Basta con leer cómo matiza y puntualiza sus afirmaciones (por ejemplo, en p. 93, nota 176); cómo reconoce sus dudas (por ejemplo, en p. 101, nota 192 *in fine*) y limitaciones (p. 127). Pero también son dignos de reseñar la agudeza de sus críticas, siempre con respeto intelectual a quienes las sustentan, y la profundidad de sus argumentaciones. Son, en fin, rasgos de honestidad intelectual que honran a su autora. El estilo preciso, lo cuidado del texto y la matización de sus afirmaciones, hacen que se avalore todavía más el contenido de su obra.

Aunque Martínez Garay expresa que su obra deja muchas cuestiones abiertas, no se ha ahorrado el esfuerzo de indicarlo, ni de señalar cuáles pueden ser las pautas a seguir en su solución. Su propósito inicial se ha visto cumplido con creces en esta investigación que bien puede calificarse de seria, profunda, orientada a los problemas reales, rigurosa. Como la autora señala (p. 19), la publicación de 2005 se limitó en la parte central de su tesis doctoral, y dejó para más adelante la referida a la exención y atenuación de la responsabilidad debidas al consumo de drogas. Confiamos en que dicha publicación entonces anunciada vea la luz y la doctrina penal pueda contar de nuevo con otra obra a la altura de ésta.