

## Imputabilidad e imputación

### Sumario

-

*La inclusión del conocimiento de la realidad como parte del análisis de la creación de riesgos jurídicamente desaprobados, y del conocimiento de la prohibición dentro del estudio de la realización del riesgo en el resultado, no solo permite la reunificación del dolo y el error en la imputación objetiva (donde se valora la conducta del autor como ser social), sino que deja el examen de la imputabilidad para la imputación personal (culpabilidad) como un aspecto referido a la capacidad del individuo para comportarse conforme a la norma.*

### Abstract

-

*Including, on the one hand, knowledge of reality in the analysis of the creation of legally relevant risks and, on the other, knowledge of the prohibition in the study of the realisation of risk in the result, not only allows the reunification of the means rea, the mistake of law and the mistake of fact within objective imputation (where the conduct of the perpetrator as a social being is assessed), but also leaves the examination of imputability to personal imputation (culpability) as an aspect referring to the individual's capacity to behave in accordance with the norm.*

### Zusammenfassung

-

*Die Einbeziehung der Kenntnis der Realität als Gegenstand der Analyse der Schaffung von rechtlich missbilligten Risiken und der Kenntnis des Verbots als Teil der Untersuchung der Risikoverwirklichung in dem Erfolg ermöglicht nicht nur die Wiedervereinigung von Vorsatz und Irrtum bei der objektiven Zurechnung (bei der das Verhalten des Täters als soziales Wesen bewertet wird), sondern bedeutet, die Prüfung der Schuldfähigkeit in der persönlichen Zurechnung (Schuld) als ein Aspekt einzuordnen der sich auf die Fähigkeit des Einzelnen bezieht, sich normkonform zu verhalten.*

**Title:** *Imputability and Imputation*

**Titel:** *Zurechnung und Schuldfähigkeit*

-

**Palabras clave:** *Imputabilidad, determinación, culpabilidad, atribuibilidad, medida de seguridad, injusto, peligrosidad, igualdad, semiimputabilidad, antijuridicidad, imputación, comunicación, ser social, individuo, error, dolo, imprudencia, resultado, realidad, responsabilidad, determinabilidad.*

**Keywords:** *Imputability, determination, culpability, attributability, security measures, wrongdoing, dangerousness, equality, diminished capacity, unlawfulness, imputation, communication, social being, individual, mistake, intention, negligence, result, reality, responsibility, determinability.*

**Stichwörter:** *Schuldfähigkeit, Bestimmung, Schuld, Zurechenbarkeit, Maßregeln der Besserung und Sicherung, Unrecht, Gefährlichkeit, Gleichheit, verminderte Schuldfähigkeit, Rechtswidrigkeit, Zurechnung, Kommunikation, soziales Wesen, Individuum, Irrtum, Vorsatz, Fahrlässigkeit, Erfolg, Realität, Verantwortung, Bestimmbarkeit.*

-

**DOI:** 10.31009/InDret.2024.i2.06

-

**Recepción**

**16/08/2023**

-

**Aceptación**

**12/03/2024**

-

## Índice

-

- 1. Planteamiento del problema**
- 2. La imputabilidad en la teoría del delito**
  - 2.1. La imputabilidad como condición general del individuo
  - 2.2. La imputabilidad como concepto normativo
- 3. Lo objetivo de la imputación objetiva**
- 4. Los errores condicionados por la inimputabilidad**
  - 4.1. ¿Injusto sin tipo subjetivo para los inimputables?
  - 4.2. ¿El dolo como elemento de la culpabilidad?
  - 4.3. El dolo como elemento de la imputación objetiva
    - a. Conocimiento de la realidad y creación de riesgo jurídicamente desaprobado
    - b. Conocimiento de la prohibición y realización del riesgo en el resultado
- 5. Imputación e imputabilidad**
- 6. Excurso. ¿Los inimputables son destinatarios de las normas penales?**
- 7. Conclusiones**
- 8. Bibliografía**

-

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional 

## 1. Planteamiento del problema\*

Desde un punto de vista abstracto habría dos formas de entender la imputabilidad: la primera (puramente teórica), como una condición interna del individuo, no referida de manera puntual a una conducta antijurídica, postura que por su amplitud no tiene actualmente aplicación práctica en la teoría del delito; la segunda, circunscribe el análisis de esas condiciones psíquicas del individuo a las hipótesis en que éste ha desarrollado ya un comportamiento antijurídico.

Esa última postura (que corresponde a la forma como se suele manejar la imputabilidad en el ámbito del derecho penal) tiene problemas con los casos en los que se presentan errores patológicamente condicionados, porque en ellos no sería posible reconocer la existencia del dolo, lo que a su vez llevaría a afirmar que la conducta analizada no es antijurídica (por ausencia del tipo subjetivo). Pero si la conducta no es antijurídica, entonces respecto de esa persona no podría hacerse una evaluación sobre su inimputabilidad, puesto que conforme a la doctrina mayoritaria ese examen solo puede efectuarse respecto de conductas que previamente hayan sido consideradas antijurídicas.

El propósito de este escrito es examinar críticamente las principales propuestas de solución que se han planteado para superar esta inconveniente al interior de la teoría del delito (hago esta precisión porque hay quienes propugnan por excluir a los inimputables del derecho penal aduciendo que no son destinatarios de la norma), y que consisten fundamentalmente en prescindir del tipo subjetivo respecto de los inimputables o en reunificar el dolo en el ámbito de la culpabilidad, y plantear que una reformulación de los conceptos de imputación objetiva e imputabilidad no solo permite encajarlos mejor en una concepción valorativa de la teoría del delito que distingue entre lo objetivo y lo subjetivo como lo predicable del ser social y del individuo respectivamente, sino que además posibilita una solución al problema de los errores condicionados por la inimputabilidad.

## 2. La imputabilidad en la teoría del delito

Desde las primeras concepciones naturalísticas de la teoría del delito<sup>1</sup> se presentaron problemas con la forma en que se debía atribuir la conducta antijurídica a alguien, como requisito previo para declararlo responsable e imponerle una pena. Como ese vínculo pone en conexión al individuo con una conducta antijurídica (es lo que explica que se lo retribuya con una pena), su análisis siempre es posterior al de la antijuridicidad de la conducta. La generalizada opinión de que esa atribución del comportamiento antijurídico al autor está cimentada en la facultad que el ser humano tiene para decidir si se comporta conforme o en contra de las normas (libre albedrío), planteó desde el comienzo la cuestión de cómo tratar a las personas que carecen o tienen notablemente disminuida esa capacidad. Aun cuando tradicionalmente la opinión mayoritaria se

---

\* Yesid Reyes Alvarado (yesid.reyes@uexternado.edu.co). Director del departamento de derecho penal de la Universidad Externado de Colombia.

<sup>1</sup> Entiendo por concepciones naturalistas de la teoría del delito aquellas que se construyen sobre un concepto óntico de acción (como las defendidas por RADBRUCH y VON LISZT), y también aquellas que se edificaron en torno a la intencionalidad de la conducta, como ocurrió con el finalismo, desarrollada a partir de uno de los pilares sobre los que WELZEL esbozó su propuesta; cfr. REYES ALVARADO, «Tehoretische Grundlagen der objektiven Zurechnung», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (105), 1993, pp. 110-113.

ha inclinado por hacer la distinción entre imputables e inimputables en el ámbito de la culpabilidad, no es claro por qué ya en la antijuridicidad se puede afirmar que estos últimos se han comportado en contra de una norma pese a que estarían en incapacidad de ser determinados por ella.

VON LISZT intentó resolver el problema afirmando que la imputabilidad<sup>2</sup> es la capacidad de conducirse socialmente observando las exigencias de la vida en común<sup>3</sup>, lo que supone que la persona está en condiciones de ser determinada por las normas. Esa capacidad de determinación (que para él era el primer elemento de la culpabilidad<sup>4</sup>) corresponde al pronóstico que se hace sobre la determinabilidad de una persona en relación con el promedio<sup>5</sup>; es lo que puede considerarse como una facultad de determinación normal<sup>6</sup>. Sobre el supuesto de que la pena solo tiene sentido si se admite la capacidad de motivación de la voluntad humana, el derecho penal asume una cierta forma de determinismo que, a juicio de VON LISZT, no tiene nada que ver con la polémica general entre los partidarios del libre albedrío y el determinismo, que él considera irrelevante desde el punto de vista del derecho penal<sup>7</sup>. En su opinión, esa valoración media de la capacidad de determinación no resulta incompatible con la existencia de casos concretos en los que se establezca que una persona carecía de esa capacidad, porque desde una perspectiva objetiva esa persona era determinable, aun cuando no haya llegado a ser determinada<sup>8</sup>.

Al abordar el estudio de la culpabilidad, MAURACH encontró que la concepción que el finalismo tenía sobre ella resultaba insuficiente para explicar los cometidos del derecho penal<sup>9</sup>. En su concepto, el juicio personal de reproche que constituye la esencia de esa concepción valorativa de la culpabilidad permite explicar la imposición de penas de naturaleza retributiva a los imputables, pero no sirve de fundamento para aplicarle medidas de seguridad preventivas a los inimputables, pese a que también se lo ha concebido<sup>10</sup> para que se ocupe de ellos<sup>11</sup>.

---

<sup>2</sup> VON LISZT hacía referencia aquí a la imputabilidad de una manera más general como «capacidad de imputación» (*Zurechnungsfähigkeit*); cfr. VON LISZT, «Die strafrechtliche Zurechnungsfähigkeit», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (17), 1897, pp. 70 ss.

<sup>3</sup> Cfr. VON LISZT, *Tratado de Derecho Penal*, t. II, 2ª ed., 1914, p. 396.

<sup>4</sup> Cfr. VON LISZT, *Tratado de Derecho Penal*, t. II, 2ª ed., 1914, p. 389.

<sup>5</sup> Para VON LISZT, la mayoría de las personas son efectivamente disuadidas por la amenaza de la pena, lo que hace que, en esencia, ninguna sea diferente de las demás; esa similitud de este delincuente con el resto de las personas es la que permite fundamentar un pronóstico y un juicio de valor sobre su capacidad de culpabilidad; cfr. VON LISZT, *ZStW*, (18), 1898, p. 258.

<sup>6</sup> Cfr. VON LISZT, *Tratado de Derecho Penal*, t. II, 2ª ed., 1914, p. 397.

<sup>7</sup> Cfr. VON LISZT, *Tratado de Derecho Penal*, t. II, 2ª ed., 1914, p. 37.

<sup>8</sup> Según VON LISZT, respecto de un inimputable se puede afirmar lo siguiente: ese delincuente es determinable mediante la amenaza de la pena, aunque realmente no fue determinado por ella, puesto que ha cometido un delito. Cfr. VON LISZT, *ZStW*, (18), 1898, p. 258.

<sup>9</sup> «Cometido del derecho penal es, primeramente castigar, y en segundo lugar poner bajo seguro al autor peligroso»; MAURACH, *Tratado de Derecho penal*, t.II, 1962, p. 12.

<sup>10</sup> «Nuestros ordenamientos no se han constituido sobre la base de reprimir a personas culpables, sino sobre la de reaccionar frente a personas perturbadoras. La condición necesaria para proceder penalmente no es la existencia de un culpable, sino la existencia de un delito. La presencia o ausencia de culpabilidad determinará el régimen de restricción de derechos, garantías, etc., pero no la propia privación de libertad»; PUENTE RODRÍGUEZ, *La peligrosidad del imputable y la imputabilidad del peligroso. Un estudio sobre las posibles repercusiones jurídicas de las relaciones entre imputabilidad penal y la peligrosidad criminal*, 2021, p. 267.

<sup>11</sup> Cfr. PUENTE RODRÍGUEZ, *La peligrosidad del imputable y la imputabilidad del peligroso*, 2021, pp. 25, 26.

A partir de estas consideraciones críticas, y buscando un criterio de atribución personal del acto que sirviera para la posterior imposición tanto de penas como de medidas de seguridad, MAURACH propuso introducir un nuevo concepto que fue traducido al castellano como «atribuibilidad» (pero que en alemán corresponde al de imputación<sup>12</sup>), que si bien sería un juicio de desvalor sobre el autor, no necesariamente envolvía un juicio de reproche. Esa “atribuibilidad” sería graduable y progresiva, de tal manera que la verificación de que el autor no ha cumplido con lo que le era exigible al promedio de las personas<sup>13</sup> (lo que recuerda el concepto de imputabilidad media propuesto por VON LISZT) daría lugar a su «responsabilidad» como juicio de desvalor que no incluiría todavía un juicio de «culpabilidad», sino tan solo el primero de los niveles que compondrían la «atribuibilidad»; la «culpabilidad» como juicio de reproche sería un segundo nivel y surgiría solamente cuando se estableciera que el concreto autor de la conducta no cumplió con lo que le era exigible a él<sup>14</sup>. Esta nueva figura permitiría atribuirle a los inimputables una conducta antijurídica como suya, sin reprochársela, lo que abriría la posibilidad de que se les pudieran imponer medidas de seguridad que, al no ser de naturaleza retributiva como las penas, no podían estar cimentadas sobre un juicio de reproche<sup>15</sup>.

Propuestas como las de VON LISZT y MAURACH muestran que la noción, alcance y ubicación de la imputabilidad en la teoría del delito dependen de cómo sea concebida ésta<sup>16</sup>. Si se asume que solo quien está en capacidad de orientar su conducta conforme a las normas puede cometer un delito, la sanción que recibe quien así actúa es de naturaleza retributiva; según este esquema, los comportamientos de los inimputables quedarían por fuera del derecho penal. Si, por el contrario,

---

<sup>12</sup> La expresión utilizada por MAURACH fue «Zurechenbarkeit» (MAURACH, *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 1965, p. 312), derivada de *Zurechnung* entendida como imputación. El problema es que la traducción literal hubiera llevado a utilizar el vocablo castellano *imputabilidad*, que en el ámbito del derecho penal se refiere a algo completamente distinto de lo que MAURACH quería expresar. En alemán no tienen esa dificultad porque la expresión usualmente utilizada para referirse a la imputabilidad en el sentido de imputarle algo a alguien (*Zurechenbarkeit*) es completamente distinta de la empleada para aludir a lo que nosotros conocemos en castellano como imputabilidad (*Schuldfähigkeit* o, para otros como VON LISZT, *Zurechnungsfähigkeit*). La posibilidad de separar tan nítidamente estos conceptos a través de expresiones claramente diferenciables contribuye a un mejor entendimiento de ellos.

<sup>13</sup> «La desaprobación se basa en que *el autor en la situación concreta se ha comportado peor a como los demás hubieran actuado*. La responsabilidad surge por no haber respondido el autor al poder del término medio presumido por el Derecho»; MAURACH, *Tratado de Derecho Penal*, 1962, p. 35.

<sup>14</sup> «Dentro de la atribuibilidad, como concepto superior graduable, aparecerán separados los criterios de responsabilidad confundidos por la teoría tradicional: el incumplimiento de las exigencias dirigidas al término medio determina, como primer grado de la atribuibilidad, la *responsabilidad* del acto. Es el no responder a las exigencias impuestas al autor concreto lo que origina, como segundo grado de atribuibilidad, el juicio de reproche de culpabilidad»; MAURACH, *Tratado de Derecho Penal*, 1962, p. 31.

<sup>15</sup> WELZEL, al ocuparse de los elementos de la reprochabilidad (dentro del capítulo de la culpabilidad) también usó en su manual la expresión «capacidad de imputación» que fue traducida al castellano como «imputabilidad», pero no la entendía como una capacidad de determinación general, sino como la que un individuo tiene en una situación concreta; su concepto de capacidad de imputación (imputabilidad) se predica en concreto de un individuo; cfr. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11ª ed., 1969, pp. 152, 153.

<sup>16</sup> MEZGER, por ejemplo, sostenía que las normas tenían un destinatario «impersonal», del que luego era posible derivar un destinatario «personal» (cfr. MEZGER, *Tratado de Derecho Penal*, 1955, p. 343, nota 7). Aun cuando esta construcción no es fácil de interpretar (sobre las dificultades de comprensión de esta nota, cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, 2001, pág. 559), podría interpretarse en el sentido de que en un primer momento (el que interesa desde el punto de vista del injusto) las normas están dirigidas a todas las personas *en abstracto*, mientras en un segundo nivel de análisis (que correspondería a la culpabilidad), su determinación se apoya sobre un destinatario *personal*. Aun cuando esta interpretación fuera admisible, no cabe duda de que no es un planteamiento tan claro como el que ya se mencionó de MAURACH.

se entiende que la función principal del derecho penal es la protección de la sociedad frente a los individuos peligrosos, la sanción que se le impone al delincuente está orientada a la prevención; de acuerdo con esta visión, el criminal es básicamente una fuente de peligro para la sociedad y, por consiguiente, su castigo es independiente de si su conducta fue producto de una decisión libre frente a la prohibición contenida en la norma. Estas dos posturas teóricas caracterizaron a las escuelas clásica y positiva en Italia, cuyo enfrentamiento puso en evidencia las debilidades de cada una de ellas; un derecho penal que renunciara a ocuparse de los delitos cometidos por quienes carecen de capacidad de culpabilidad mostraría un déficit de protección frente a la sociedad, pero un derecho penal que sancionara con base en la peligrosidad criminal del individuo supondría renunciar al principio de culpabilidad y, por consiguiente, expandir en demasía su campo de acción.

Introducir la categoría de la imputabilidad en la teoría del delito tiene la ventaja de que consigue morigerar los problemas de esas dos posturas extremas<sup>17</sup>, en cuanto permite al derecho penal ocuparse de todos los autores de conductas antijurídicas (injustas) independientemente de si tienen o no capacidad de culpabilidad<sup>18</sup>. Pero dado que las diferencias entre unos y otros tienen que ver con aspectos centrales de la teoría del delito como el propósito que se persigue con la imposición de las sanciones (¿preventivo o retributivo?) o la naturaleza de las normas penales (¿valorativas o imperativas?), la imputabilidad genera muchos inconvenientes a nivel sistemático<sup>19</sup>. Entre ellos destacan la polémica en torno a si es una condición general de algunos individuos, o corresponde a un concepto normativo vinculado a conductas concretas previamente desvaloradas desde la óptica del derecho penal; el debate sobre si la aplicación de las penas y las medidas de seguridad es consecuencia de una declaratoria previa de responsabilidad; la cuestión de si las normas pueden tener como destinatarios a quienes carecen de capacidad de culpabilidad, o la del lugar sistemático correcto de la imputabilidad en la teoría del delito.

---

<sup>17</sup> Cfr. MARTÍNEZ GARAY, *La imputabilidad penal. Concepto, fundamento, naturaleza jurídica y elementos*, 2005, p. 41.

<sup>18</sup> Comentando los proyectos de códigos penales de Suiza, Austria y el Imperio Alemán, VON LISZT señalaba que ellos, al «lado del sistema de la pena, han establecido un doble sistema de “medidas”, del cual es fin manifiesto, o el cuidado educativo del delincuente, o la protección de la Sociedad contra el criminal»; VON LISZT, *Tratado de Derecho Penal*, t. II, 2ª ed., 1914, p. 41.

<sup>19</sup> «Ahora bien, este intento de armonizar principios distintos (retribución y prevención, utilitarismo y garantía) no mediante la construcción de un nuevo sistema de Derecho Penal sino a través de una separación en el ámbito de los sujetos a los que el sistema es aplicable llevaba en sí el germen de la insuficiencia y la contradicción, lo cual se puso inmediatamente de manifiesto en la cuestión de la “semiimputabilidad” ...»; MARTÍNEZ GARAY, *La imputabilidad penal*, 2005, p. 41.

## 2.1. La imputabilidad como condición general del individuo

Desde hace muchos años<sup>20</sup>, la imputabilidad hace referencia a la capacidad mental del ser humano<sup>21</sup>, concretamente referida a las facultades psicológicas<sup>22</sup> que debe poseer una persona determinada para poderle atribuir la responsabilidad por un hecho<sup>23</sup>; en términos amplios se la puede definir como el «grado mínimo de capacidad de autodeterminación que es exigido por el Ordenamiento jurídico para la responsabilidad penal»<sup>24</sup>. Su entendimiento como capacidad de alguien para ser objeto de una imputación no solo indica que se trata de un análisis sobre un aspecto interno del ser humano en un sentido ontológico<sup>25</sup>, sino que por eso mismo siempre está referida a un individuo en concreto; pese a que se puede discutir sobre el alcance de su significado<sup>26</sup>, las expresiones alemanas con las que se describe esta concepción subjetiva<sup>27</sup> de la imputabilidad son bastante gráficas: capacidad de imputación y capacidad de culpabilidad.

A partir de esa concepción subjetiva, MEZGER afirmaba que la capacidad de imputación<sup>28</sup> (que – según él mismo explica– es lo que la doctrina conoce como capacidad de culpabilidad) es una

---

<sup>20</sup> En lo que atañe a España, «la imputabilidad en cuanto concepto referido a los sujetos activos del delito, fue completamente desconocida (...) hasta 1874 (...)»; cfr. GONZÁLEZ GONZÁLEZ, *La imputabilidad en el derecho penal español: Imputabilidad y locura en la España del siglo XIX*, 1994, p. 1. Quien primero habría introducido el concepto subjetivo de imputabilidad a España fue LUÍS SILVELA (en este sentido cfr. GONZÁLEZ GONZÁLEZ, *La imputabilidad*, 1994, pp. 82-91) para quien «la imputabilidad, subjetivamente considerada, es la propiedad de ciertos seres, por su propia naturaleza, de producir ciertos hechos que les pueden ser atribuidos como efecto de su libre voluntad. Del mismo modo que, ya filosóficamente, ya en los Códigos penales se considera la imputabilidad de una manera aislada en los hechos, se examina también sólo en el agente capaz de producirlos y llevarlos a cabo. Cuando se estudian, por ejemplo, las cualidades necesarias para que haya posibilidad de imputar, cuando se fijan las causas que la destruyen, como la locura, la falta de edad, etc., sin relación a un acto dado, la imputabilidad se aprecia subjetivamente»; SILVELA Y DE LA VILLEUZE, *El derecho penal estudiado en principios en la legislación vigente en España*, t. I, 1874, p. 127.

<sup>21</sup> Sobre el origen de la concepción subjetiva de la imputabilidad a finales del siglo XVIII y comienzo del XIX, cfr. MARTÍNEZ GARAY, *La imputabilidad penal*, 2005, pp. 81 s.

<sup>22</sup> Por fuera de esta visión subjetiva de la imputabilidad solo quedan las referencias que en regiones como América Latina se hacen a la inimputabilidad derivada de factores socio culturales, que plantea el problema adicional de decidir qué tipo de medidas de seguridad resultarían aplicables; ver, por ejemplo, el artículo 33 del Código Penal colombiano que alude a la diversidad sociocultural como generadora de inimputabilidad.

<sup>23</sup> Cfr. MARTÍNEZ GARAY, *La imputabilidad penal*, 2005, p. 38.

<sup>24</sup> JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 2002, p. 465.

<sup>25</sup> Desde una perspectiva naturalística, entiendo la diferencia entre lo externo y lo interno como lo que está dentro o fuera de la mente del ser humano; bajo un punto de vista valorativo, entiendo la distinción entre lo interno y lo externo como lo que hace parte del propio ámbito de libertad o está fuera de él.

<sup>26</sup> Para MARTÍNEZ GARAY, la palabra *Zurechenbarkei* se refiere a una imputación de naturaleza objetiva («posibilidad de imputar la acción»), mientras los vocablos *Zurechnungsfähigkeit* y *Schuldfähigkeit* aluden al aspecto subjetivo («capacidad de imputación» del individuo); cfr. MARTÍNEZ GARAY, *La imputabilidad penal*, 2005, p. 39.

<sup>27</sup> La concepción subjetiva de la imputabilidad busca alejarse de su entendimiento como una cualidad predicable de algo objetivo (la conducta injusta, por ejemplo) que puede ser *imputada* a alguien, para hacerla radicar en la capacidad que el sujeto tiene para que dicho comportamiento le sea imputado. Anteriormente el término imputabilidad estaba «referido a las acciones o delitos, pero nunca a la persona de su autor»; GONZÁLEZ GONZÁLEZ, *La imutabilidad en el derecho penal español*, 1994, p. 83. Pese a que esa doble perspectiva ha tenido acogida en la doctrina, lo cierto es que cuando la doctrina se ocupa de la inimputabilidad se refiere fundamentalmente a aspectos relacionados con anomalías o alteraciones psíquicas.

<sup>28</sup> En forma similar a como ya se comentó respecto de VON LISZT y de MAURACH, MEZGER se refiere a la capacidad de imputación (*Zurechnung*), para aludir a lo que la doctrina mayoritaria calificaba ya entonces como capacidad de culpabilidad.

qualidad mental del ser humano<sup>29</sup>; para él, esa capacidad de culpabilidad (que él llama de imputación) se refiere a si el autor –usando todas sus facultades– estaba, en general, capacitado para cumplir con los deberes que le impone el ordenamiento legal<sup>30</sup>. Desde esta perspectiva amplia (referida a la totalidad del ordenamiento legal) la capacidad de culpabilidad es un presupuesto de la culpabilidad, en la medida en que si aquella no existe, esta carece de sentido. Sin embargo, MEZGER precisaba que ese juicio de culpabilidad necesitaba, adicionalmente, verificar si el individuo no evitó el resultado antijurídico concreto debido a circunstancias como por ejemplo la existencia de un error, lo que hace aparecer la imputabilidad como un atributo de la culpabilidad. Invocando la normatividad alemana, MEZGER sostenía que el juicio de culpabilidad requería de esos dos escalones: el primero reducido a la determinación de la capacidad individual general de culpabilidad que, en caso de no existir, haría innecesario pasar al siguiente nivel; el segundo, centrado en determinar si al individuo capaz de culpabilidad se le puede reprochar el no haber evitado el resultado antijurídico<sup>31</sup>.

Si en el primero de esos niveles lo decisivo es la capacidad de cumplir deberes en sentido amplio, la imputabilidad no necesitaría estar ubicada después del análisis del injusto sino que debería ser situada en un momento previo a él<sup>32</sup>, porque la capacidad o incapacidad del autor no es predicable de una conducta antijurídica, sino de cualquier comportamiento<sup>33</sup>. Adicionalmente, como en este primer nivel de análisis la imputabilidad no está referida a una conducta antijurídica, el juez carecería de discrecionalidad para pronunciarse sobre ella, debiendo limitarse a acatar lo que sobre el particular le informen los peritos (criterio biológico)<sup>34</sup>.

Afirmar que la imputabilidad se refiere a una capacidad general del individuo, mientras el conocimiento de la antijuridicidad y la exigibilidad de una conducta conforme a derecho son elementos de la culpabilidad<sup>35</sup> (que es el aporte del segundo escalón propuesto por MEZGER) resulta contradictorio<sup>36</sup>, porque si el filtro del injusto es irrelevante para decidir sobre la capacidad de culpabilidad (que se valoraría en abstracto), no tiene sentido que en la culpabilidad

---

<sup>29</sup> MEZGER, *LK-StGB*, t. I, 1957, §51, p. 362.

<sup>30</sup> MEZGER, *LK-StGB*, t. I, 1957, §51, p. 362.

<sup>31</sup> Cfr. MEZGER, *LK-StGB*, t. I, 1957, §51, p. 364.

<sup>32</sup> Lo cual no suele hacerse; MEZGER, por ejemplo, la mantiene como un elemento característico, e independiente de la culpabilidad, pero estrechamente vinculado a esta; cfr. MEZGER, *Penal, libro de estudio. Parte General*, 1958, p. 191.

<sup>33</sup> Sin embargo MEZGER sostuvo también que sin injusto no hay culpabilidad, puesto que la culpabilidad significa solamente la reprochabilidad personal de un injusto ya cometido; sin injusto, concluía, la culpabilidad es impensable; cfr. MEZGER, *Die subjektiven Unrechtselemente*, 1924, pp. 250 ss.

<sup>34</sup> Cfr. MARTÍNEZ GARAY, *La imputabilidad penal*, 2005, p. 58.

<sup>35</sup> En realidad MEZGER no solo se ocupaba del conocimiento de la antijuridicidad y de la exigibilidad al estudiar la culpabilidad, sino que allí mismo desarrollaba el tema de la imputabilidad, pese a considerarla como capacidad general del individuo; cfr. MEZGER, *Tratado de Derecho Penal*, 1955, pp. 201 ss.

<sup>36</sup> «Ahora bien, esto último, que es una cuestión de naturaleza sistemática, no puede, en mi opinión, solucionarse por la vía de introducir tamaña contradicción en el seno del concepto de imputabilidad. A mi juicio no de otra forma puede calificarse la pretensión de referir la imputabilidad al caso concreto, e insistir en el hecho de que sea apreciada respecto de un comportamiento no significa que también respecto de otro distinto haya de darse de igual manera, por una parte, y afirmar por otro lado que lo que se valora en la imputabilidad no es si el sujeto pudo o no entender el significado de esa conducta concreta y adecuar su comportamiento a tal comprensión, sino su capacidad general para comprender qué conductas están prohibidas por el ordenamiento y gobernar su conducta de acuerdo con las normas jurídicas»; MARTÍNEZ GARAY, *La imputabilidad penal*, 2005, p. 74.

se indague concretamente por la capacidad que el autor tenía para comprender la antijuridicidad de su conducta. Esta concepción general-individual de la imputabilidad resulta contraria al principio de culpabilidad<sup>37</sup>, en cuanto éste requiere que la pena se aplique por la comisión de un hecho que pueda ser considerado como propio del autor<sup>38</sup>. De acuerdo con este principio, la simple determinación de que una persona es inimputable, en abstracto, no basta para que se le imponga una pena; de lo contrario, la intervención del derecho penal resultaría innecesaria como forma de control de ese sujeto peligroso, porque la medida de seguridad que se le impondría no tendría su fundamento en una conducta antijurídica, sino en su condición general de inimputable. Cualquier autoridad administrativa o de policía podría ocuparse de esos sujetos para evitar que en el futuro pudieran llegar a desplegar conductas antijurídicas, mientras que el derecho penal solo se ocuparía de los sujetos imputables, únicos que podrían cometer delitos<sup>39</sup>. Con eso se estarían confundiendo dos conceptos que el propio Ferri diferenciaba con claridad para evitar que el derecho penal interviniera frente a cualquier persona considerada como peligrosa: la peligrosidad social<sup>40</sup> y la peligrosidad criminal<sup>41</sup>. Aun cuando esa preocupación de FERRI pareciera muy antigua, en realidad sigue estando vigente con la creciente utilización del concepto de seguridad dentro del ámbito del derecho penal<sup>42</sup>, con el que se viene justificando la imposición de medidas de seguridad a sujetos que –después de cumplida la pena– siguen siendo considerados como peligrosos, o la utilización de la castración química para enfrentar la delincuencia sexual<sup>43</sup>.

Si se optara por asumir esta concepción de la imputabilidad se violaría el principio de igualdad porque esa condición general del individuo llevaría a que a los inimputables se les aplicaran medidas de seguridad por el solo hecho de serlo, aun cuando sus conductas fueran atípicas, estuvieran amparadas por una causa de justificación o pudieran ser producto de errores de tipo invencibles. Mientras a los imputables se les eximiría de responsabilidad penal en todas esas

---

<sup>37</sup> «Este modo de ver las cosas aleja evidentemente la imputabilidad de la culpabilidad, en la medida en que esta última sólo se puede pronunciar respecto de un hecho concreto ya cometido, mientras que la imputabilidad, concebida como se acaba de recoger, es decir, haciendo hincapié en lo que supone de caracterización del sujeto, valoración del estado de sus facultades psíquicas, permitiría ser configurada con independencia de un delito concreto, de la misma forma que un diagnóstico psicológico o psiquiátrico refleja el modo de ser y el estado general del sujeto, no solo un determinado comportamiento»; MARTÍNEZ GARAY, *La imputabilidad penal*, 2005, pp. 81-82.

<sup>38</sup> PÉREZ MANZANO/CANCIO MELIÁ, «Principios del Derecho Penal (III)», en LASCURAÍN SÁNCHEZ (coord.), *Manual de Introducción del Derecho Penal*, 2019, pp. 93-94.

<sup>39</sup> «... decir que lo que se valora es una capacidad general es en realidad juzgar al sujeto en abstracto, independientemente del delito cometido, y dividir *a priori* a las personas en capaces e incapaces de culpabilidad, lo que no se compadece en absoluto con la insistencia en una culpabilidad por el hecho concreto cometido»; MARTÍNEZ GARAY, *La imputabilidad penal*, 2005, p. 82.

<sup>40</sup> «... la “peligrosidad social” como cualidad que justifique imponer restricciones de derechos y libertades a los individuos) no tiene encaje en el marco de un Estado social y democrático de Derecho»; PUENTE RODRÍGUEZ, *La peligrosidad del imputable y la imputabilidad del peligroso*, 2021, p. 93.

<sup>41</sup> Para morigerar las críticas que recibía el peligrosismo que servía de base a su concepción de la teoría del delito, FERRI propuso distinguir entre una peligrosidad criminal de la que se ocuparía el derecho penal, y una peligrosidad social que sería competencia de lo que él denominaba la «policía de seguridad»; cfr. FERRI, *Principios de Derecho Criminal*, 1933, pp. 277-282.

<sup>42</sup> «El cambio de paradigma se produce con la irrupción de la *seguridad* en el discurso político criminal y su manifestación inmediata en la legislación penal: del Estado de Derecho basado en libertades y del correspondiente Derecho penal de la culpabilidad al Estado de la seguridad y al correlativo Derecho penal de orientación preventiva y policial»; ROBLES PLANAS, «“Sexual Predators”. Estrategias y límites del Derecho penal de la peligrosidad», *InDret*, (4), 2007, p. 15.

<sup>43</sup> Sobre esta problemática, cfr. ROBLES PLANAS, *InDret*, (4), 2007, pp. 5-12.

hipótesis, a los inimputables se les impondrían medidas de seguridad pese a que, habiendo desarrollado la misma conducta que aquellos, deberían recibir idéntico tratamiento<sup>44</sup>; la respuesta del derecho penal en esos casos tendría como única razón de ser la inimputabilidad individual-general del autor.

De optarse por entender la imputabilidad de esta manera, como un concepto previo al análisis de antijuridicidad, también se generarían inconvenientes en temas de participación, puesto que si el autor es inimputable su comportamiento no podría ser calificado de injusto y, en consecuencia, quienes hubieran tomado parte en su ejecución a título de partícipes no responderían penalmente<sup>45</sup>. Similares consideraciones valdrían frente a la legítima defensa, por lo menos para quienes consideran que uno de sus requisitos es la existencia de una agresión antijurídica que, al no poder ser predicada de los inimputables<sup>46</sup> impediría que respecto de ellos pudiera ejercerse la legítima defensa<sup>47</sup>.

Dado que un concepto individual-general de imputabilidad como el pregonado por MEZGER se refiere a la capacidad del autor para comportarse conforme a las normas haciendo uso de todas sus facultades, no se trataría de una categoría que admita matices, lo que a su vez abriría la puerta para que ese concepto fuera manipulado con fines políticos, usualmente argumentando la necesidad de preservar la seguridad de los ciudadanos frente a sujetos peligrosos<sup>48</sup>. Esa ausencia de matices no solo dificultaría abordar el estudio de la semiimputabilidad<sup>49</sup> dejando pocas opciones para su manejo<sup>50</sup>, sino que en la práctica reduciría notablemente los casos de inimputabilidad<sup>51</sup> puesto que solo tendrían esa condición las personas que no contaran, en absoluto, con esa capacidad de ajustar su conducta a los preceptos legales que la rigen, algo que no resulta consistente con la forma amplia en que las legislaciones penales suelen regular el tema

---

<sup>44</sup> Sobre la aplicación del principio de igualdad a los inimputables, cfr. MARTÍNEZ GARAY, *La imputabilidad penal*, 2005, pp. 394-396.

<sup>45</sup> Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, «Error de tipo derivado de anomalías o alteraciones psíquicas: un difícil desafío para la teoría del delito», *Icade. Revista Cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, (74), 2008, p. 117, nota 4.

<sup>46</sup> Si no existe agresión cuando una persona no vulnera el deber de cuidado que rige su conducta (cfr. ROXIN, *PG*, t. I, 1997, p. 615), entonces esa agresión no puede predicarse de quien carece de la capacidad de comportarse conforme a las normas, puesto que una concepción general natural de imputabilidad como la que aquí se comenta excluye la posibilidad de que las conductas de esas personas sean calificadas como injustas.

<sup>47</sup> Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, *Icade*, (74), 2008, p. 117, nota 4.

<sup>48</sup> PUENTE FERÁNDEZ recuerda que «durante la Guerra Civil española y buena parte del franquismo se dijo que los rojos» (afines a una ideología de izquierda) eran personas con problemas psiquiátricos como una limitada capacidad intelectual, un carácter débil y una maldad innata»; cfr. PUENTE RODRÍGUEZ, *La peligrosidad del imputable y la imputabilidad del peligroso*, 2021, pp. 269 y 270.

<sup>49</sup> Cfr. MARTÍNEZ GARAY, *La imputabilidad penal*, 2005, p. 41.

<sup>50</sup> El Código Penal alemán, por ejemplo, permite reducir la pena a quien tiene una capacidad de culpabilidad notablemente disminuida; el fundamento de esta atenuación de la pena es, precisamente, que como el sujeto aún es capaz de comprender lo injusto de su conducta y actuar conforme a esa comprensión, su culpabilidad está disminuida; cfr. ROXIN, *PG*, t. I, 1997, p. 839.

<sup>51</sup> «... un concepto de inimputabilidad excesivamente amplio ... implica un concepto de normalidad demasiado estrecho y conduce a una sociedad totalitaria que confunde lo que significa ser “persona” con lo que se entiende por “buena persona”. De este modo la patologización de la maldad conlleva su exclusión de la normalidad y la conformación de un nuevo modelo de ciudadano: el ciudadano bueno»; PUENTE RODRÍGUEZ, *La peligrosidad del imputable y la imputabilidad del peligroso*, 2021, p. 282.

de la imputabilidad, incluyendo el estudio sobre la naturaleza y alcance de la figura de la imputabilidad disminuida<sup>52</sup>.

Quienes solo tuvieran esas dificultades frente a situaciones concretas, no encajarían dentro de las categorías de imputable o inimputable como podría ocurrir, por ejemplo, respecto de los cleptómanos, los ludópatas o los pirómanos, que son ejemplos de trastornos mentales que afectan el control de los impulsos y de la conducta en escenarios específicos<sup>53</sup>. Sin embargo, la doctrina, la jurisprudencia y las legislaciones penales suelen contemplar estas hipótesis como manifestaciones de imputabilidad disminuida, que permiten un tratamiento diferencial para esas personas pese a que su condición no supone una incapacidad absoluta del individuo para regular sus acciones. Ese necesario manejo de la llamada imputabilidad disminuida desaparece cuando se adopta una postura individual y abstracta de la imputabilidad como la que caracteriza el primero de los niveles que MEZGER propone para completar el juicio de culpabilidad.

## 2.2. La imputabilidad como concepto normativo

Una segunda forma de entender la imputabilidad es refiriéndola a una conducta concreta; desde esta perspectiva, lo decisivo no es si una condición psicológica<sup>54</sup> (o incluso cultural) torna a alguien en incapaz de guiar su conducta conforme a las normas, sino si, frente a una determinada situación, esa persona está en condiciones de ajustar su comportamiento a las disposiciones legales que lo rigen. Como desde esta perspectiva la imputabilidad no depende tanto de las causas que dificultan o impiden en abstracto el adecuado control de la acción por parte del autor como de la trascendencia que ellas hayan tenido en la forma como el sujeto se comportó en una situación determinada, no estamos frente a un concepto natural, sino de naturaleza normativa<sup>55</sup>. El juez no se limita a acoger lo que el perito le diga sobre la capacidad general del individuo para ajustar su comportamiento a las normas, sino que debe evaluar la incidencia de esa condición en la conducta concreta desarrollada por el sujeto<sup>56</sup>.

La pregunta sobre si el autor, debido a sus particulares condiciones, pudo haberse comportado de acuerdo con las normas, parte aquí del supuesto de que objetivamente su conducta fue contraria a ellas; de no ser así, no habría ninguna razón válida para que el derecho penal indagara sobre el vínculo del individuo con la conducta, puesto que mientras una persona se comporte objetivamente de acuerdo con lo que de ella se espera en su condición de ser social, al Estado le está vedado indagar sobre su fuero interno. Lo normativo del concepto de imputabilidad se deriva de que es un juicio de valor sobre la trascendencia que una determinada condición personal tuvo en el desarrollo de una conducta que, adicionalmente, no es objeto de análisis como fenómeno

<sup>52</sup> Cfr. MARTÍNEZ GARAY, *La imputabilidad penal*, 2005, p. 124.

<sup>53</sup> Sobre la naturaleza de estos trastornos, cfr. CORRECHER MIRA, «La aplicación de la atenuante de análoga significación en supuestos de imputabilidad disminuida: ludopatía, piromanía y cleptomanía», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (22), 2020, pp. 3-9.

<sup>54</sup> En contra de equiparar los conceptos de discapacidad e inimputabilidad, cfr. PANTALEÓN PRIETO/PUEENTE RODRÍGUEZ, «Derecho Penal y discapacidad a partir del nuevo paradigma de la convención», en MUNAR BERNAT (dir.), *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad. El derecho en el umbral de la política*, 2021, pp. 120 ss.

<sup>55</sup> MARTÍNEZ GARAY prefiere calificarlo como psico-normativo; cfr. MARTÍNEZ GARAY, *La imputabilidad penal*, 2005, pp. 74 s.

<sup>56</sup> Cfr. VON LISZT, *Tratado de Derecho Penal*, 2ª ed., t. II, 1914, p. 406.

psicológico individual, sino como un comportamiento antijurídico que debería haber sido evitado.

Esa forma de entender la imputabilidad hace posible que el derecho penal no imponga medidas de seguridad a todos quienes debido a su incapacidad de comportarse conforme a las normas pueden ser considerados como peligrosos para la sociedad, sino solo a quienes debido a esa condición han desarrollado una conducta antijurídica; de esa manera se les dará en este ámbito el mismo trato que a los imputables, en aplicación del principio de igualdad. Respecto de aquellos son otras instituciones del Estado las que, ante todo, deberían ocuparse de evitar que como consecuencia de sus condiciones personales puedan llegar a afectar indebidamente bienes jurídicos ajenos. Dado que según esta postura el juicio de imputabilidad recae sobre una conducta ya calificada como antijurídica, su lugar dentro de la teoría del delito debe ser después del injusto, bien sea como un presupuesto o como uno de los elementos de la culpabilidad.

Esta, que es la forma más habitual de tratar la imputabilidad<sup>57</sup>, presenta dificultades cuando debe ocuparse de resolver el problema de los errores de tipo patológicamente condicionados. En hipótesis como esa, el reconocimiento del error invencible (o de uno vencible que recaiga sobre una conducta que no amdice la modalidad imprudente) haría desaparecer el dolo y -por consiguiente- la antijuridicidad de la conducta. Eso conduciría a la imposibilidad de aplicar una medida de seguridad a esa persona por cuanto, según la concepción que aquí se analiza, la imputabilidad solo se estudia al momento de abordar el análisis de culpabilidad y siempre sobre el supuesto de que se refiere a una conducta antijurídica, es decir, a un comportamiento respecto del cual se puede afirmar que encaja tanto en el tipo objetivo como en el subjetivo.

### 3. Lo objetivo de la imputación objetiva

Como ya he señalado en otras oportunidades<sup>58</sup>, me inclino por un entendimiento valorativo (normativo) de la teoría del delito, sin que ello suponga ignorar lo que ocurre en el mundo de lo natural. El derecho penal (como todo el derecho) solo tiene sentido dentro de una sociedad, como una forma de regular los ámbitos de libertad que hacen posible la convivencia en comunidad<sup>59</sup>; pero como esa vida reglada en común es imposible sin una forma de comunicación compartida, la realidad sobre la que el derecho penal actúa no es la puramente naturalística (desprovista de los juicios de valor que continuamente emitimos sobre ella), sino la realidad ampliada a través del lenguaje común de los integrantes de la comunidad social<sup>60</sup>. Eso explica que en un homicidio, por ejemplo, lo que le interesa al derecho penal no sea la cesación de las funciones vitales de un ser humano, ni la causa que llevó a esa muerte, como proponían los esquemas causalistas de la

---

<sup>57</sup> Entre quienes analizan la imputabilidad respecto de personas que han desarrollado una conducta antijurídica, esto es, después de terminado el estudio del injusto, cfr. MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2016, p. 581; ROXIN, *PG*, 1997, pp. 823 ss.; ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, t. I, 2005, p. 690.

<sup>58</sup> Cfr. REYES ALVARADO, «Fundamentos teóricos de la imputación objetiva», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (3), 1992, pp. 944 ss.

<sup>59</sup> Cfr. REYES ALVARADO, «¿Sirve de algo el bien jurídico? Una perspectiva social», en Díez y GARCÍA CONLLEDO/PAREDES CASTAÑÓN *et al.* (dirs.), *Libro homenaje al profesor Diego-Manuel Luzón Peña*, v. I, 2020, pp. 370 y 371.

<sup>60</sup> Cfr. REYES ALVARADO, «Kommunikative Handlung und Wirklichkeit», en ENGELHART/KUDLICH/VOGEL, *Digitalisierung, Globalisierung Und Risikopravention: Festschrift Für Ulrich Sieber Zum 70. Geburtstag*, t. I, 2021, pp. 77 s.

teoría del delito; tampoco es la intención con la que se despliega la conducta lo que atrae la atención del derecho penal, como sugerían los finalistas, ni la simple preservación de la incolumidad de los bienes jurídicos, continuamente afectados como consecuencia de la vida en comunidad, como bien lo puso de presente WELZEL al desarrollar el concepto de adecuación social<sup>61</sup>.

El interés del derecho penal recae sobre aquellas conductas que pueden ser entendidas (desde el punto de vista comunicativo) como indebidas formas de ataque a un bien jurídico. Establecer cuándo ocurre eso, es la labor de la imputación objetiva, y determinar si como consecuencia de esa conducta es o no necesaria una reacción desde el punto de vista del derecho penal (bien sea mediante la imposición de una pena o de una medida de seguridad) contra quien la desplegó, es el cometido de la imputación personal<sup>62</sup>, que la doctrina mayoritaria sigue denominando culpabilidad. La imposición de una pena o de una medida de seguridad es el resultado de un juicio de imputación (que solo en su denominación alemana coincide con la propuesta de MAURACH) que consta de dos partes: una primera en la que se determina si el resultado de una conducta (entendido como infracción de la norma<sup>63</sup>) puede ser atribuido a alguien como su obra, y que se analiza en la imputación objetiva (es lo que MAURACH llamaba el juicio de responsabilidad); una segunda que, a su vez, comprende dos aspectos: uno en el que se determina la capacidad que el autor de esa conducta (ya desvalorada objetivamente) tenía para adecuar su comportamiento a las normas que lo regulaban; es lo que MAURACH calificaba como culpabilidad, y que puede ser más precisamente denominado capacidad de *imputabilidad* en cuanto sirve para determinar si a un individuo se le puede *imputar*, desde el punto de vista personal, la conducta antijurídica que en el ámbito de la imputación objetiva se consideró como suya; el otro aspecto que se analiza en esta imputación personal tiene que ver con la pregunta de si es necesaria<sup>64</sup> la aplicación de la pena o la medida de seguridad<sup>65</sup>.

La imputación objetiva se denomina así porque en ella se analiza la conducta de la persona en cuanto ser social y no como individuo. Su denominación de objetiva no tiene nada que ver con si en la valoración de la conducta se tienen en cuenta o no aspectos que están al interior de la mente del ser humano, como sí ocurre en las concepciones naturalistas de la teoría del delito, en las que objetivo es lo externo y subjetivo lo interno; el nombre mismo de culpabilidad con el que se alude

<sup>61</sup> Cfr. WELZEL, *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, 1975, pp. 141-144.

<sup>62</sup> «... la expresión *imputación personal* tiene la ventaja de que deja más claro que en esta segunda parte de la teoría del delito se trata solo de *atribuir* (imputar) el desvalor del hecho penalmente antijurídico a su autor; no se castiga una “culpabilidad” del sujeto, sino que sólo se exige que el hecho penalmente antijurídico, lo único que el Derecho desea prevenir (si puede), sea imputable penalmente a su autor»; MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2016, p. 544.

<sup>63</sup> Sobre el resultado como infracción de la norma, cfr. REYES ALVARADO, «Der Mythos des Erfolges», en HILGENDORF/LERMAN/CÓRDOBA *Brücken bauen. Festschrift für Marcelo Sancinetti zum 70. Geburtstag*, 2020, pp. 193 ss.

<sup>64</sup> Aun cuando sin referirse a la decisión sobre si en un caso concreto se debe aplicar una pena o una medida de seguridad, ROXIN sí alude a la responsabilidad (concepto dentro del que incluye la culpabilidad) como un análisis sobre la necesidad de aplicación de la pena; (cfr. ROXIN, *Culpabilidad y prevención en derecho penal*, 1981, pp. 71 s.); en mi opinión, esta facultad amplia de decidir sobre si a una persona se le debe aplicar o no una pena puede extenderse al análisis de si a ese individuo se le debe imponer una pena o una medida de seguridad.

<sup>65</sup> «En definitiva, en este juicio de imputación personal se verifica si existe o no la necesidad de imponer una pena al individuo de acuerdo con las circunstancias personales del autor»; REYES, «La ubicación del dolo y la imprudencia en una concepción normativa de la teoría del delito», en BACIGALUPO ZAPATER/BAJO FERNÁNDEZ *et al.* (dir.), *Dogmática y Criminología. Dos visiones complementarias del fenómeno delictivo*, 2005, p. 538.

al aspecto subjetivo de esas teorías del delito está históricamente vinculado a un sentimiento interno de reproche que luego evolucionó hacia la libertad de elección<sup>66</sup>, y posteriormente al dolo<sup>67</sup> y la culpa como elementos de una concepción psicológica<sup>68</sup>, antes del surgimiento de las teorías normativas<sup>69</sup>. Eso explica que tradicionalmente la culpabilidad sea considerada como la parte subjetiva del delito, que durante mucho tiempo se la entendiera como un nexo psicológico entre la conducta antijurídica y el individuo que la desplegó<sup>70</sup>, y que el dolo y la culpa fueran consideradas como formas de culpabilidad<sup>71</sup>. En ese esquema la imputabilidad, entendida como capacidad de culpabilidad, era estudiada como parte del aspecto subjetivo del delito, independientemente de que se la catalogara como un presupuesto o un elemento de la culpabilidad<sup>72</sup>.

Desde hace mucho tiempo la doctrina ha puesto de manifiesto varios de los problemas que acarrea esa división naturalística entre lo objetivo como externo y lo subjetivo como interno en relación con los ingredientes subjetivos del tipo<sup>73</sup>, la configuración de la tentativa<sup>74</sup>, la estructura de las causas de justificación<sup>75</sup>, el manejo de una concepción dual del error<sup>76</sup>, o el principio de

<sup>66</sup> Cfr. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *Curso de Derecho Penal Parte General*, 2ª ed., 2010, p. 622: «la evolución de la teoría de la culpabilidad ha ido históricamente ligada en lo “prejurídico” al problema del libre albedrío y de la libertad del hombre». En similar sentido, cfr. RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal. Parte General*, 17ª ed., 1994, pp. 432 s., y RADBRUCH/GWINNER, *Historia de la criminalidad*, 1955, pp. 19-25.

<sup>67</sup> «Es evidente que el dolo, con independencia de que se ubique en la culpabilidad o en el injusto, es una reliquia del antiguo concepto psicológico de culpabilidad y, en tal medida, un cuerpo extraño en una teoría de la imputación que, por lo demás, es puramente normativa»; cfr. LESCH, «Injusto y culpabilidad en derecho penal», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (6), 2000, p. 260.

<sup>68</sup> Así la concibió VON LISZT: «La relación subjetiva entre el hecho y el autor solo puede ser psicológica [...]» (VON LISZT, *Tratado de Derecho Penal*, 2ª ed., t. II, 1914, p. 388). En igual sentido, BELING, *Esquema de derecho penal. La doctrina del delito-tipo*, 2002, pp. 62, 105 ss. y, con algunos matices, BINDING, *La culpabilidad en derecho penal*, 2009, p. 8. Para más detalles sobre la concepción psicológica de la culpabilidad, cfr. ROXIN, *PG*, 1997 p. 794, NAVARRETE URIETA, «El nacimiento de la idea de culpabilidad», *Aldaba. Revista del Centro Asociado de la UNED de Melilla*, (18), 1992, pp. 21 ss.

<sup>69</sup> Para BELING «... el *dolus* significa reprochar al autor el hecho de no haberse detenido ante el pensamiento de estar obrando antijurídicamente; la culpa, reprochar al autor el hecho de desconocer la antijuridicidad de su conducta, debiendo no haberla desconocido» (BELING, *Esquema de derecho penal*, 2002, p. 105). Ver también FRANK, *Sobre la estructura de la culpabilidad*, 2002, p. 39; GOLDSCHMIDT, *La concepción normativa de la culpabilidad*, 2ª ed., 2002, p. 89.

<sup>70</sup> Cfr. RADBRUCH, «Sobre la psicología de las formas de culpabilidad penal», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (20), 2018, pp. 1-6.

<sup>71</sup> Sobre la concepción de la culpabilidad desde la causación psicológica, cfr. MAURACH, *Derecho penal. Parte General*, t. I, 1994, p. 518; ROXIN, *PG*, 1997, p. 304; MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2016, p. 545.

<sup>72</sup> LISZT, *Tratado de Derecho Penal*, 2ª ed., t. II, 1914, pp. 396, 397; BELING, *Esquema de derecho penal*, 2002, pp. 64-72.

<sup>73</sup> Para RADBRUCH «las formas de culpabilidad del dolo y la culpa suponen una tipificación tosca de una situación psicológica muy complicada; son productos petrificados de una psicología primitiva que no permite extraer conclusiones seguras sobre este elemento del delito» (RADBRUCH, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (20), 2018, p. 6).

<sup>74</sup> Cfr. REYES ALVARADO, *El delito de tentativa*, 2016, pp. 63-65.

<sup>75</sup> Sobre las críticas formuladas a la concepción psicológica en relación con aspectos como el estado de necesidad disculpante o la culpa inconsciente, cfr. MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2016, p. 546; ESER/BURKHARDT, *Derecho Penal. Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias*, 1995, p. 297; JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal*, 2002, p. 450.

<sup>76</sup> Cfr. FAKHOURI GÓMEZ, «Teoría del dolo vs. teoría de la culpabilidad. Un modelo para afrontar la problemática del error en Derecho Penal», *InDret*, (4), 2009, pp. 6, 7.

accesoriedad de la participación<sup>77</sup>. Menos frecuentes son, en cambio, observaciones críticas sobre las consecuencias que esa división naturalística de la teoría del delito plantea en el ámbito de la imputabilidad.

Si una persona con discapacidad intelectual grave que se apodera de una cosa mueble ajena sin consentimiento de su dueño es considerado incapaz de culpabilidad porque no está en condiciones de ajustar su conducta a los requerimientos del ordenamiento jurídico, ¿por qué desde el punto de vista del injusto se dice que acomodó su conducta al tipo penal de hurto, si para que ello ocurra es necesario que sea consciente de la ajenidad de la cosa y de la ausencia de consentimiento de su dueño para apoderarse de ella? En este ejemplo se puede apreciar una doble y contradictoria valoración del aspecto subjetivo ontológico del delito, porque al sujeto se le reconoce como capaz de entender nociones como la ajenidad y el consentimiento (sin las cuales la representación de la realidad sobre la que actúa no estaría completa), pero incapaz de entender la antijuridicidad de su conducta. Esa contradicción resulta inevitable en una concepción naturalista del delito, en la que esos conocimientos (que en el ejemplo propuesto recaen sobre la ajenidad y la ausencia del consentimiento) se consideran algo subjetivo en el sentido de interno<sup>78</sup>. Esta dificultad pone en evidencia que la normativización de la culpabilidad ha avanzado mucho más que la del injusto, donde conceptos como el del dolo, los ingredientes subjetivos o los conocimientos especiales siguen siendo considerados por muchos como aspectos internos desde el punto de vista natural, y no como nociones valorativas.

#### 4. Los errores condicionados por la inimputabilidad

Otro importante problema que se deriva del entendimiento naturalístico de lo objetivo y lo subjetivo y que afecta la imputabilidad, es el de los denominados errores de tipo condicionados por la inimputabilidad<sup>79</sup>. Si un inimputable desarrolla una conducta que objetivamente encaja en el tipo penal de abuso sexual con incapaz de resistir<sup>80</sup>, ¿se le puede imponer una medida de seguridad pese a que su condición le impidiera comprender que la persona sobre la que realizaba

<sup>77</sup> «Naturalmente también la teoría del dolo está expuesta a varias objeciones. Su mayor flaqueza consiste en que traza los límites de modo exclusivamente subjetivo, lo que históricamente se explica -al menos desde VON BURI- por el punto de partida causal»; cfr. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, 2000, p. 74.

<sup>78</sup> Sobre esta contradicción, a partir de ese ejemplo, cfr. QUINTERO OLIVARES, *Locos y culpables*, 1999, p. 141,

<sup>79</sup> Así se refiere a ellos, por ejemplo, MILITELLO, «El error del inimputable entre exégesis, dogmática y política criminal», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Coruña*, (3), 1999, pp. 404, 412, 414, 415.

<sup>80</sup> «... en fecha no determinada del mes de noviembre de 2017, los procesados Horacio y Cipriano ... accedieron junto a Braulio ... al interior de un garaje cerrado que los padres de este tenían ... y del que Braulio tenía llaves y una vez en allí, y con la intención de satisfacer sus deseos sexuales, mantuvieron con Braulio relaciones sexuales consistentes en felaciones que éste realizó a ambos.

Braulio padece DIRECCION000 congénito con un grado de minusvalía del 66% con gran afectación de su capacidad cognitiva para conocer la trascendencia de los actos sexuales y consentir los mismos siendo fácilmente manipulable, hecho tangible por su apariencia y comportamiento y que era por ello conocido y aprovechado por Horacio para la realización de los hechos.

El procesado Cipriano padece de sordomudez desde el nacimiento sin formación alguna no fue escolarizado ni adquirió habilidad en lecto escritura ni aprendió lenguaje de signos, lo que le ha impedido realizar un desarrollo intelectual y cognoscitivo de forma adecuada alterando su conciencia de realidad e impidiendo comprender la ilicitud que supone mantener relaciones sexuales con Braulio por sus circunstancias personales.

Por sentencia del Juzgado de 1ª Instancia nº 11 de Santander de fecha 25 de octubre de 2018 se acordó la discapacidad plena de Braulio para regir su persona y sus bienes nombrándose tutor a su hermano José Antonio». STS 2090/2023, Penal, de 1 de mayo (ECLI:ES:TS:2023:2090).

la conducta de índole sexual estaba en incapacidad de resistir, lo que tornaría su conducta en subjetivamente atípica<sup>81</sup> por ausencia de dolo?<sup>82</sup> Casos como este<sup>83</sup> plantean, ante todo, la pregunta de si alguien que actúa sin dolo puede ser declarado inimputable y condenado a una medida de seguridad<sup>84</sup>. Si la respuesta a este interrogante es negativa, para respetar la idea de que la imputabilidad solo puede ser predicada de un hecho antijurídico<sup>85</sup>, todavía queda por solucionar la cuestión de si está bien que al “inimputable” que se comporta de esa manera no le sea aplicable una medida de seguridad<sup>86</sup>, pese a que evidentemente se ha mostrado como un sujeto peligroso<sup>87</sup>; aun cuando frente al peligro que representa esa persona, parecería recomendable la imposición de la medida de seguridad, hacerlo significaría prescindir de la imputabilidad como una categoría vinculada a una específica conducta antijurídica<sup>88</sup>, y

<sup>81</sup> «Si de hecho el error excluye el dolo, consecuentemente se impedirá la subsistencia de aquellos perfiles de tipicidad subjetiva, necesarios para integrar el “hecho antijurídico” exigido por las normas que en Alemania regulan la aplicación de las medidas de seguridad postdelictuales»; MILITELLO, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Coruña*, (3), 1999, p. 404.

<sup>82</sup> En este caso el Tribunal Supremo consideró que si bien es cierto que Cipriano (el sordomudo) actuó sin dolo, también es innegable que su conducta es típica (¿solo objetivamente?), lo que amerita que le sea impuesta una medida de seguridad: «Cierto que Cipriano, como consecuencia de sus particulares circunstancias, no era capaz de captar la situación, personal y contextual, de Braulio. Se trata de un acusado inimputable (o, más precisamente, que actuó en el caso sin capacidad de culpa) que, por serlo, no debe responder penalmente (artículo 20.3). Pero no hallamos modo razonable de ver aquí una conducta atípica, autorizada por el Derecho, y libremente consentida por Braulio, respecto de uno de los acusados aunque no respecto del otro, frente a lo que el recurrente, en último extremo, viene a pretender».

<sup>83</sup> MOLINA FERNÁNDEZ se refiere a otros casos similares; uno de ellos tiene que ver con «un sujeto aquejado de esquizofrenia paranoide que condujo en una autopista en dirección contraria al sentido de la marcha creyendo que eran los otros, sus “enemigos”, los que circulaban mal y provocó varios accidentes con muertes y lesiones»; MOLINA FERNÁNDEZ, «El razonable “regreso” del dolo a la culpabilidad», en SILVA SÁNCHEZ *et al.* (dirs.), *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, 2017, p. 749. En otro, ocurrido en el 2001, una persona en estado de parasomnia creyó que sus familiares eran avestruces que le atacaban y se defendió de ellos utilizando un hacha y un martillo con el que causó la muerte de dos de ellos y lesiones graves a otros dos; cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, *Icade*, (74), 2008, pp. 115 s.

<sup>84</sup> «¿Es posible ante un hecho de un inimputable aplicar, sin más, una medida de seguridad o terapéutica postdelictual, aunque sea a través de un juicio? ¿No sería, acaso, más adecuado examinar primero si concurren todos los presupuestos necesarios para la antijuridicidad?»; JOSHI JUBERT, «Algunas consecuencias que la imputabilidad puede tener para la antijuridicidad», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (42-1), 1989, p. 127.

<sup>85</sup> En relación con el ya mencionado caso de quien aquejado de esquizofrenia paranoide condujo su vehículo en dirección contraria causando varias muertes y lesiones, MOLINA FERNÁNDEZ considera que «[l]a existencia de un error invencible debería haber llevado a la atipicidad. El Tribunal no se atrevió a tanto porque, aunque es lo que se deduce de la teoría del delito, lleva a un resultado inadmisibles: la imposibilidad de imponer una medida de seguridad» (el Tribunal condenó por delitos imprudentes, para justificar la imposición de la medida de seguridad; el Tribunal Supremo, por el contrario, condenó por lesiones y homicidio dolosos, e impuso una medida de seguridad de mayor duración); MOLINA FERNÁNDEZ, en SILVA SÁNCHEZ *et al.* (dirs.), *LH Mir Puig*, 2017, p. 749.

<sup>86</sup> «¿Es siempre correcto, desde el punto de vista político-criminal no aplicar ninguna medida de seguridad al inimputable o semiimputable que no actúa antijurídicamente? ¿Tiene que quedar este sujeto, a pesar de su posible peligrosidad, exento de toda medida de seguridad?»; JOSHI JUBERT, *ADPC*, (42-1), 1989, p. 128.

<sup>87</sup> Sobre esta tensión entre las necesidades político-criminales y la capacidad de rendimiento de la teoría del delito frente a ellas, cfr. SILVA SÁNCHEZ, «¿Medidas de seguridad sin imputación subjetiva? Consecuencias de la incidencia de anomalías y alteraciones psíquicas en niveles sistemáticos distinto de la imputabilidad», en ZUGALDÍA ESPINAR/LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Dogmática y Ley Penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, 2004, p. 869.

<sup>88</sup> En la decisión comentada, un magistrado del Tribunal Supremo se apartó de la decisión mayoritaria señalando que «[l]a ausencia del tipo subjetivo reclamado por el delito de abuso sexual del artículo 181.2 CP, vigente al tiempo de los hechos, obliga a considerar atípica la conducta del ahora recurrente», lo cual impedía que se le impusiera una medida de aseguramiento. Cfr. STS 339/2023, Penal, de 10 de mayo (ECLI:ES:TS:2023:2090).

reaccionar frente a ella como el producto de una condición general del individuo, con los inconvenientes que ello acarrea, tal como se señaló en páginas anteriores.

#### 4.1. ¿Injusto sin tipo subjetivo para los inimputables?

Para resolver estos casos se ha propuesto un tratamiento diferencial del concepto de antijuridicidad dependiendo de si recae sobre un imputable o un inimputable, lo cual permite que la aplicación de las medidas de seguridad sigan teniendo como presupuesto el desarrollo de una conducta antijurídica. Así, mientras respecto de los imputables la antijuridicidad depende del análisis que de su conducta se haga frente a los tipos objetivo y subjetivo, en relación con los inimputables el juicio de antijuridicidad sería puramente objetivo, «sin que concurra elemento subjetivo alguno, ni siquiera la conciencia propia del concepto de acción»<sup>89</sup>.

En mi opinión, el problema de este planteamiento es que la exigencia de un deber de conducta con la que se da comienzo al juicio de imputación objetiva depende siempre de la situación fáctica; el deber que tiene el salvavidas de rescatar a quien en una piscina se esté ahogando, presupone que sea capaz de *conocer* que un ser humano se encuentra en esa situación; si no comprende adecuadamente la realidad (solo ve un tronco de árbol flotando en el agua) porque, por ejemplo, nadie en su lugar habría podido hacerlo, no se le puede reprochar el incumplimiento de un deber. Pero para llegar a esa conclusión, es necesario tener en cuenta el aspecto cognoscitivo de su conducta; otra cosa es, como se expondrá más adelante, que la forma de valorar ese conocimiento puede ser objetiva.

#### 4.2. ¿El dolo como elemento de la culpabilidad?

No sobra precisar que esta problemática se presenta sólo en aquellos esquemas del delito en los que -siguiendo las propuestas del finalismo<sup>90</sup>- el dolo natural forma parte del tipo subjetivo<sup>91</sup>; por el contrario, quienes sitúan el dolo bueno en la culpabilidad -junto a la conciencia de la antijuridicidad- pueden aplicar las medidas de seguridad a los inimputables que realizan conductas típicas y antijurídicas sin dolo, porque éste último no es un elemento de la tipicidad<sup>92</sup>. Esto les permite resolver el problema de la imputabilidad después de haber determinado la antijuridicidad de la conducta, pero antes de abordar el estudio del dolo como elemento de la culpabilidad; en esas condiciones, pueden aplicarles medidas de seguridad a los inimputables sin tener que prescindir del reconocimiento previo de la antijuridicidad de su conducta<sup>93</sup>.

<sup>89</sup> Cfr. SILVA, en ZUGALDÍA ESPINAR/LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *LH Bacigalupo*, 2004, p. 885. En lo fundamental, este planteamiento es compartido por MOLINA FERNÁNDEZ; cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, *Icade*, (74), 2008. pp. 141 ss.

<sup>90</sup> «La configuración de tal cuestión como problemática se ha debido, en buena medida, al cambio sistemático propiciado por la aceptación ampliamente generalizada de algunas de las propuestas del finalismo y la consiguiente inclusión de dolo e imprudencia (y, por tanto, del problema del error de tipo), que en el marco de los sistemas clásico y neoclásico del delito se integraban en la culpabilidad, en el seno del juicio de antijuridicidad»; SILVA SÁNCHEZ, en ZUGALDÍA ESPINAR/LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *LH Bacigalupo*, 2004, p. 884.

<sup>91</sup> Sobre esta, que él denomina «incongruencia sistemática», cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, en SILVA SÁNCHEZ *et al.* (dirs.), *LH Mir Puig*, 2017, p. 739.

<sup>92</sup> «Los que sigan una concepción causalista del delito, y consideren que el dolo y la culpa son elementos de la culpabilidad, no encontrarán ninguna dificultad para imponer una medida de seguridad a estos sujetos. En efecto, para la antijuridicidad bastará en principio -desde este punto de vista- la mera causación de un resultado lesivo»; JOSHI JUBERT, *ADPCP*, (42-1), 1989, p. 133.

<sup>93</sup> MOLINA FERNÁNDEZ propone que el dolo natural que el finalismo se llevó para el tipo subjetivo regrese a la culpabilidad; así, con la reunificación del dolo bueno y la conciencia de la antijuridicidad -lo que de paso llevaría

La reunificación del dolo en la culpabilidad conduce a que desaparezcan las diferencias entre los errores de tipo y de prohibición<sup>94</sup> que solo existen a partir de la separación que se hizo entre el conocimiento de lo fáctico y el conocimiento de la antijuridicidad<sup>95</sup> (sería el regreso a la llamada teoría del dolo)<sup>96</sup>. Esta reubicación de todas las manifestaciones del error en la culpabilidad conduciría a algunas soluciones inadmisibles desde el punto de vista del sistema; si, por ejemplo, alguien dispara sobre una recolectora de moras pensando que es un jabalí<sup>97</sup>, porque cualquiera en su lugar habría incurrido en la misma equivocación (error invencible), su conducta le debería ser reprochada desde el punto de vista de la tipicidad y la antijuridicidad, puesto que los elementos objetivos del tipo estarían completos, no existiría un tipo subjetivo (el dolo y la imprudencia estarían en la culpabilidad<sup>98</sup>), y el bien jurídico habría sido efectivamente afectado

---

a un tratamiento unitario del error-, y con el traslado de la imprudencia desde el tipo hacia la culpabilidad, toda la imputación subjetiva estaría reunida en ella como un elemento cuyo examen debe separarse del que se hace sobre el injusto. Con esta propuesta, los problemas que generan los errores de tipo condicionados por la inimputabilidad desaparecen; cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, en SILVA SÁNCHEZ *et al.* (dirs.), *LH Mir Puig*, 2017, p. 751.

<sup>94</sup> PAWLIK señala, con razón, que «la concepción según la cual la descarga de responsabilidad del autor por una representación equivocada del contenido de la norma de comportamiento relevante *in concreto* debería sujetarse a criterios más estrictos en los casos de error de prohibición en sentido restringido que en los eventos del error sobre las circunstancias fácticas carece de fundamento»; cfr. PAWLIK, *El injusto del ciudadano. Fundamentos de la teoría general del delito*, 2023, p. 367.

<sup>95</sup> De acuerdo con este planteamiento, «[e]l concepto tradicional de injusto es reemplazado por la imputación objetiva, desapareciendo la distinción ontológica que la doctrina dominante suele hacer entre tipo objetivo y tipo subjetivo». Esta propuesta sobre una estructura normativa de la teoría del delito, «si bien permite que el dolo permanezca en el aspecto objetivo del delito (a condición de que esta expresión no se entienda en sentido ontológico), supone renunciar a la escisión naturalista entre el tipo objetivo y el tipo subjetivo e incorporarlo al concepto de imputación objetiva»; cfr. REYES ALVARADO, en BACIGALUPO ZAPATER/BAJO FERNÁNDEZ *et al.* (dirs.), *Dogmática y Criminología*, 2005, pp. 537, 539.

<sup>96</sup> «La teoría del dolo parte de una concepción del dolo como *dolus malus*, que abarcaría la totalidad del lado subjetivo del hecho y que sería objeto de análisis en el nivel de la culpabilidad. El dolo se identifica, por tanto, con el conocimiento de los elementos del tipo y de la antijuridicidad de la conducta. El error acerca de cualquiera de estos extremos recibiría el mismo tratamiento jurídico-penal: la exclusión de la pena del delito doloso y la aplicación de la pena correspondiente al delito imprudente, en su caso, o la impunidad»; FAKHOURI GÓMEZ, *InDret*, (4), 2009, p. 6.

<sup>97</sup> El ejemplo es de WELZEL y está específicamente referido al error de tipo. WELZEL, *Derecho Penal alemán. Parte General*, 1970, p.112.

<sup>98</sup> Desde luego que también sería imaginable que alguien propusiera una construcción teórica que reunificara el dolo en la culpabilidad, pero dejara la imprudencia como único elemento del tipo subjetivo para que esta categoría no desapareciera. Pero en ese caso, ¿cuáles serían los elementos del tipo subjetivo? La pregunta es pertinente porque con el modelo que hoy maneja la doctrina mayoritaria, la tipicidad del delito imprudente está tan objetivada (su análisis se centra en la imputación objetiva), dejando al tipo subjetivo como una categoría que parecería ser solo predicable de los delitos dolosos. Algunos autores como STRATENWERTH afirman que en el delito imprudente «es recomendable no dividir las circunstancias del hecho en un tipo objetivo y uno subjetivo» (cfr. STRATENWERTH, *Derecho Penal – Parte General*, t. I, 2005, p. 501). Otros se limitan a señalar que la existencia del tipo subjetivo no es clara en los delitos culposos; en este sentido, FRISTER sostiene que «[e]l componente valorativo contenido en el concepto de la imprudencia propio del lenguaje coloquial ha conducido a que, en los delitos imprudentes -a diferencia de lo que ocurre en los delitos dolosos-, no se distinga hasta hoy, de modo suficientemente claro, entre el acontecer objetivo presupuesto para la punibilidad y la relación, necesaria para la imprudencia, del autor con ese acontecer» (cfr. FRISTER, *Derecho Penal – Parte General*, 2011, pp. 249, 250). Algunos, como MIR PUIG, afirman que el delito imprudente tiene una parte subjetiva que sería «haber querido la conducta descuidada» y «no haber querido ... cometer el hecho resultante» (cfr. MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2016, pp. 298, 299), que solo sería predicable de la culpa consciente. Finalmente hay quienes, como ZAFFARONI, HURTADO POZO y ROXIN afirman que el tipo subjetivo solo existe en la culpa consciente y con el único propósito de distinguirla del dolo eventual; ZAFFARONI afirma que es «muy discutida la existencia de un tipo culposo subjetivo» y que, a su juicio, solo tendría sentido en la culpa consciente «para posibilitar su distinción respecto del dolo eventual», de donde se infiere que no es necesario para que la figura de la imprudencia nazca a la vida jurídica; en similar sentido precisa que en ese tipo subjetivo culposo no es concebible la figura del error, como sí ocurre en el tipo subjetivo doloso (cfr. ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Manual de Derecho Penal*, 2005, p. 436); una posición similar

por la conducta. Si bien es verdad que la persona podría no sería declarada responsable por ausencia de dolo (al momento de analizar la culpabilidad), la calificación de su conducta como antijurídica no me parece correcta.

Si se asume que el análisis de la tipicidad objetiva (única que existiría desde esta perspectiva) se hace bajo los parámetros de la imputación objetiva y no a la antigua usanza causalista<sup>99</sup>, habría que afirmar que quien dispara contra la recolectora de moras a quien toma por un jabalí –como le habría ocurrido a cualquiera en su lugar–, crea un riesgo jurídicamente desaprobado al desconocer el deber de abstenerse de disparar en contra de seres humanos. La pregunta es si realmente quien no es consciente de disparar contra un ser humano –porque nadie en su lugar lo habría sido– infringe el deber de abstenerse de disparar en contra de un ser humano. En mi opinión la respuesta debe ser negativa, porque los deberes presuponen el conocimiento de la realidad a partir de la cual se formulan. Expresado de otra manera: la unificación del dolo y del error en la culpabilidad lleva a afirmar equivocadamente que quien, a partir de una interpretación de la realidad que cualquiera en su posición hubiera compartido, desarrolla una conducta que otra persona en su misma situación también habría desplegado, crea con su conducta un riesgo jurídicamente desaprobado que, al realizarse en el resultado (la muerte de la recolectora de moras, en el ejemplo propuesto), lleva a que se le impute objetivamente un homicidio. A mi modo de ver esa solución es contraria al propósito que tiene la imputación objetiva de reducir el campo de acción del injusto<sup>100</sup>, que era muy amplio mientras su elemento central era la relación de causalidad<sup>101</sup>, y que continuó siéndolo cuando ella fue sustituida por el concepto final de acción<sup>102</sup>.

#### 4.3. El dolo como elemento de la imputación objetiva

Cuestionamientos como estos se deben a una insuficiente normativización del injusto, en el que la doctrina mayoritaria sigue haciendo una distinción naturalística entre un tipo objetivo en el que se analizan las circunstancias externas de la conducta (dentro de las que se incluye el resultado como modificación del mundo exterior), y un tipo subjetivo que se ocupa del estudio de los aspectos internos de la conducta. Cuando esos conceptos naturalísticos se mezclan con otros valorativos, como el de riesgo permitido, infracción de la norma o imputabilidad, surgen tensiones sistemáticas como las mencionadas en los párrafos precedentes<sup>103</sup>, cuya solución puede conseguirse avanzando en la normativización del injusto. Intentar una compatibilización de conceptos naturales y valorativos al interior de la teoría del delito parece un esfuerzo inútil,

---

puede encontrarse en HURTADO POZO (cfr. HURTADO POZO/PRADO SالدARRIAGA, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 4ª ed., t. II, 2011, p. 19), en ROXIN (Cfr. ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3ª ed., t. I, pp. 944, 945). Por el contrario, PUPPE sostiene que la relación entre el delito doloso y el imprudente es de implicación, en el sentido de que toda conducta dolosa cumple con todos los presupuestos del delito imprudente (cfr. PUPPE, *Strafrecht. Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung*, 2ª ed., 2011, p. 89).

<sup>99</sup> Me refiero a los correctivos que se hacen a la fórmula de la *conditio sine qua non* a partir de propuestas tan difundidas como la llamada fórmula de las condiciones legales propuesta por ENGISCH (cfr. ENGISCH, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, 1931, pp. 21 ss).

<sup>100</sup> Cfr. REYES ALVARADO, «Fundamentos teóricos de la imputación objetiva», *ADPCP*, (45-3), 1992, pp. 957, 958.

<sup>101</sup> Cfr. REYES ALVARADO, *ADPCP*, (45-3), 1992, pp. 945, 946.

<sup>102</sup> Cfr. REYES ALVARADO, *ADPCP*, (45-3), 1992, pp. 946, 947.

<sup>103</sup> Con referencia al tema del error condicionado por la inimputabilidad, MILITELLO dice que en el fondo del problema «no es difícil percibir el difícil dilema entre naturalismo y normativismo en la construcción de las instituciones penales»; MILITELLO, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Coruña*, 1999, p. 397.

porque están en planos distintos y, por consiguiente, involucran puntos de vista diferentes que, como en los ejemplos citados, resultan incompatibles.

Para avanzar en una normativización del injusto es necesaria una concepción de la imputación objetiva que no trabaje con conceptos naturales como los que distinguen entre objetivo y subjetivo dependiendo de si aluden a algo que está dentro o fuera de la mente del ser humano. Lo que hace la imputación objetiva es, precisamente, valorar si alguien creó con su conducta un riesgo jurídicamente desaprobado que se realizó en el resultado, entendido este como quebrantamiento de una norma penal<sup>104</sup>. Eso no solo significa que sirve para determinar cuándo ese resultado es la obra de alguien<sup>105</sup> (lo cual es importante como superación de una simple explicación causal de su sobrevenida) sino, en especial, para establecer si alguien se ha comportado en la forma como se esperaba que lo hiciera cualquier otra persona en su lugar, es decir, en ejercicio de su mismo rol social<sup>106</sup>.

Aun cuando la imputación objetiva se ha impuesto ya como un elemento de la teoría del delito, sigue habiendo discrepancias sobre cuáles son sus elementos, respecto del lugar que debe ocupar dentro del sistema y en lo atinente a sus relaciones con el tipo subjetivo. Como a continuación se expondrá, dentro de las distintas propuestas de configuración hay una que incorpora el dolo unificado a la imputación objetiva<sup>107</sup>, lo cual resulta útil no solo para solucionar los inconvenientes que se derivan de la tradicional distinción entre los errores de tipo y de prohibición, sino que adicionalmente permitiría dar una respuesta adecuada al problema de los errores condicionados por la inimputabilidad.

*a. Conocimiento de la realidad y creación de riesgo jurídicamente desaprobado*

En cuanto al primero de los elementos de la imputación objetiva, la determinación de si se ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado se hace comparando la conducta efectivamente desarrollada por el autor con la que de él y cualquier otra persona en su misma situación se esperaba. Es importante precisar que los deberes de conducta que se imponen a un ser social dependen siempre de un determinado contexto, por lo que requieren que el sujeto tenga un cierto conocimiento de la realidad sobre la que actúa. Para que alguien cumpla el deber de no disparar sobre un ser humano debe saber que aquello sobre lo que piensa accionar su arma es un ser humano y no un venado<sup>108</sup>. Por eso el conocimiento de la realidad (entendida como la interpretación que con base en el lenguaje se hace de lo que sucede en el mundo de lo natural)

<sup>104</sup> Cfr. REYES ALVARADO en HILGENDORF/LERMAN/CÓRDOBA, *FS Sancinetti*, 2020, pp. 196, 197.

<sup>105</sup> Sobre la necesidad de que un resultado pueda ser considerado como la obra de alguien para ser susceptible de imputación, cfr. HEGEL, *Grundlinien, der Philosophie des Rechts*, §115; EL MISMO, *Vorlesungen über Rechtsphilosophie 1818-1831*, t. III, 1974, p. 355.

<sup>106</sup> Sobre la importancia de los roles sociales en la imputación objetiva, cfr. REYES ALVARADO, *ADPCP*, (45-2), 1992, pp. 948-950.

<sup>107</sup> Por eso tiene razón MOLINA FERNÁNDEZ al señalar que la incorporación del dolo natural al injusto (e incluso del dolo malo, diría yo), depende de cómo se defina el injusto; cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, en SILVA SÁNCHEZ *et al.* (dirs.), *LH Mir Puig*, 2017, p. 736.

<sup>108</sup> En ese sentido, ya HEGEL afirmaba que quien dispara contra un hombre a quien tanto él como cualquiera en su lugar percibe erradamente como un árbol, no comete homicidio porque actúa sobre una equivocada representación de la realidad; cfr. HEGEL, *Grundlinien*, §117; EL MISMO, *Vorlesungen*, p. 356.

hace parte de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado como primer elemento de la imputación objetiva<sup>109</sup>.

La doctrina mayoritaria, por el contrario, se refiere a ese conocimiento como el dolo bueno, y lo sitúa dentro de lo que denomina el tipo subjetivo junto a otros conceptos que también considera internos en el sentido natural, como la intención y el error de tipo. Desde esta perspectiva, la imputación objetiva comprende los aspectos externos del delito (en sentido naturalístico) como la relación de causalidad y el resultado entendido como modificación del mundo exterior, y sustituye lo que tradicionalmente se denominaba el tipo objetivo; por eso, una vez terminado su análisis, se debe continuar con el estudio del tipo subjetivo que algunos han pasado a denominar la imputación subjetiva<sup>110</sup>. Con este planteamiento se limita la capacidad de rendimiento de la imputación objetiva, cuyo aporte se reduciría a corregir la excesiva amplitud de la relación causal y a sustituir las nociones de tipo objetivo y tipo subjetivo por las de imputación objetiva e imputación subjetiva.

*b. Conocimiento de la prohibición y realización del riesgo en el resultado*

Por lo que respecta a la realización de ese riesgo en el resultado, su manejo como segundo componente de la imputación objetiva depende, ante todo, de lo que se entienda por resultado. En una concepción valorativa o normativa de la teoría del delito ese es un concepto que no debería ser interpretado como modificación del mundo exterior; al derecho penal no le interesa si alguien, desde el punto de vista puramente natural, le causó una herida a otro, sino si esa actuación puede ser considerada como contraria a una norma de prohibición penal. Esa infracción o quebrantamiento de la norma es el resultado que le interesa al derecho penal para cerrar el juicio de imputación objetiva; si bien es verdad que a veces la infracción de una norma requiere de la producción de una determinada modificación del mundo exterior (como suele ocurrir en los llamados delitos consumados de resultado) eso obedece a una decisión del legislador, quien en otras oportunidades se abstiene de incluirla como requisito para entender quebrantada la norma, como ocurre en los delitos de peligro y en las tentativas. Pero el resultado que le interesa al derecho penal es la infracción de la norma<sup>111</sup>.

Sobre el supuesto de que la imputación objetiva se ocupa de valorar la conducta de un ser social, la realización del riesgo en el resultado (entendido éste como quebrantamiento de la norma) depende, ante todo, de si alguien en la posición del autor debería haber tenido conocimiento de la norma que resultó infringida. Lo importante no es si ese individuo en concreto conocía la norma, lo cual resulta -además- casi imposible de demostrar<sup>112</sup>, sino si en su rol social tenía la

---

<sup>109</sup> Cfr. REYES ALVARADO, *El delito de tentativa*, 2016, p. 118.

<sup>110</sup> Cfr., por ejemplo, KINDHÄUSER, «Imputación objetiva y subjetiva en el delito doloso», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (1), 2006, pp. 78 ss.; MOLINA FERNÁNDEZ, *Icade*, (74), 2008, p. 143.

<sup>111</sup> REYES ALVARADO, *El delito de tentativa*, 2016, pp. 108 ss.; REYES ALVARADO, en HILGENDORF/LERMAN/CÓRDOBA, *FS Sancinetti*, 2020, pp. 193 ss.

<sup>112</sup> Refiriéndose a la determinación del dolo a través de la averiguación de datos psicológicos, RAGUÉS la califica de «irrealizable»; cfr. RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, 1999, p. 328.

obligación de conocerla<sup>113</sup>. Si la respuesta es positiva queda por determinar si su conducta puede ser interpretada como orientada a su infracción (dolo) o no (imprudencia). Que el análisis del conocimiento de la prohibición no es un juicio sobre el individuo sino sobre alguien en la situación del autor, es algo que se desprende de la manera en que se maneja el error de prohibición; si nadie en el lugar del autor hubiera podido y debido conocer la norma, se dice que el error es invencible y tiene como consecuencia la no aplicación de una pena; si, por el contrario, de cualquier otra persona en el lugar del autor se esperaba que conociera la norma<sup>114</sup>, entonces se le reducirá la pena en consideración al menor grado de culpabilidad con el que ha actuado. Esa forma de entender el error de prohibición muestra que la valoración del conocimiento de la prohibición no depende tanto de cómo se comporta el individuo, sino de cómo se esperaba que se comportara en una determinada situación. Por consiguiente, si el desconocimiento de la norma (como error de prohibición) se valora en relación con un portador de roles, el conocimiento de la norma (como dolo malo) también debe valorarse respecto de un ser social (lo que se espera de cualquier persona en el lugar del autor), perspectiva que constituye la esencia de la imputación objetiva.

La ubicación del conocimiento de la realidad como parte de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, y la del conocimiento de la prohibición como un componente de la realización del riesgo en el resultado conducen a la reunificación del dolo, pero no ya en la culpabilidad sino al interior de la imputación objetiva<sup>115</sup>. Pese a que la doctrina mayoritaria sigue exigiendo un elemento volitivo como tercer elemento del dolo<sup>116</sup>, la valoración de los componentes cognoscitivos desde una perspectiva objetiva lo hacen innecesario<sup>117</sup>. Quien a partir de un conocimiento correcto de la realidad (entendido como el de cualquier otra persona en su lugar) y teniendo conocimiento de la norma (como cualquier otro en su lugar) se comporta en contra de ésta, actúa con dolo. Ejemplificando la situación: si alguien sabe que matar a un ser humano es un delito (porque cualquier otro en su lugar lo habría debido saber), y acciona un arma de fuego contra la cabeza de quien él sabe que es un ser humano (porque cualquiera otro en su lugar lo hubiera debido saber) de tal manera que le ocasiona la muerte, no cabe duda de que habrá actuado con dolo<sup>118</sup>.

---

<sup>113</sup> En este sentido, PAWLIK, señala que «un autor, al que le sea desconocido aquello que se puede esperar que conozca un ciudadano en ese rol, no puede oponerse en términos generales a que se le impute su comportamiento contrario a sus competencias como una lesión del deber»; cfr. PAWLIK, *El injusto del ciudadano*, 2023, p. 355.

<sup>114</sup> Aun cuando los parámetros para precisar la vencibilidad o invencibilidad del error suelen formularse de distinta manera, se podrían condensar en la afirmación conforme a la cual el error es vencible cuando el autor ha «omitido los esfuerzos que le son exigibles en el conocimiento del Derecho» (cfr. JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal*, 2002, p. 491); en mi opinión, esto equivale a decir que el error es vencible si la persona no se comporta como era exigible de alguien en su mismo rol social y enfrentado a la misma situación.

<sup>115</sup> Cfr. REYES ALVARADO, en BACIGALUPO/BAJO FERNÁNDEZ *et al.* (dir.), *Dogmática y Criminología*, 2005, pp. 536-539.

<sup>116</sup> Cfr. por ejemplo, ROXIN, *PG*, 1997, pp. 417 ss.; MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2016, pp. 270 ss.

<sup>117</sup> En este sentido, cfr. RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, 1999, pp. 157 s., quien destaca el hecho de que ese aspecto volitivo no tiene un papel claro respecto de muchos delitos como el hurto o la injuria; cfr. RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, 1999, pp. 15, 166. Ya JAKOBS se refería a «el dolo como conocimiento»; cfr. JAKOBS, *Derecho Penal. Parte General*, 1997, pp. 312 ss.

<sup>118</sup> Cfr. HRUSCHKA, *Imputación y derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, 2005, pp. 146 s. Esto no significa, como con razón precisa HRUSCHKA, que no exista un elemento volitivo en el dolo, sino tan solo que para la prueba del dolo basta el análisis de componente cognoscitivo; en su opinión estos dos conceptos tienen «igualdad de rango». cfr. HRUSCHKA, *Imputación y derecho penal*, 2005, p. 148.

En una concepción valorativa de la teoría del delito como la que aquí se defiende, lo determinante no son las conductas como meros sucesos naturalísticos avalorados, sino como capaces de comunicación. La vida en comunidad es posible solo a partir de un lenguaje compartido<sup>119</sup> que no se limita al uso de las palabras sino que incluye el conductual, y de la administración de ámbitos de libertad en un marco normativo. De los individuos que integran la sociedad se espera que se comporten de tal manera que sus conductas puedan ser interpretadas<sup>120</sup> como ajustadas a las normas que las regulan<sup>121</sup>, independientemente de si las cumplen de buena o de mala gana<sup>122</sup>, y sin que importen las razones por las que deciden acatarlas<sup>123</sup>.

En lo atinente a las nociones de dolo e imprudencia, esa interpretación que se hace de la conducta como forma de comunicación permite prescindir de la búsqueda del aspecto volitivo (la intencionalidad, para ser más precisos) como algo que debe ser hallado al interior de la mente del autor<sup>124</sup>. En esta dirección resulta provechosa la propuesta de PÉREZ BARBERÁ en el sentido de partir del contenido comunicativo de la conducta<sup>125</sup> para hacer depender la existencia del dolo o la imprudencia del grado de evitabilidad de la actuación penalmente prohibida: a mayor grado de evitabilidad de la conducta penalmente prohibida, mayor reproche, a menor grado de evitabilidad de la conducta penalmente prohibida, menor reproche<sup>126</sup>; eso lleva a que, dependiendo de qué tan previsible era –objetivamente y *ex ante*– la evitabilidad del comportamiento contrario a la norma penal, se podrá hablar de dolo o de imprudencia<sup>127</sup>.

---

<sup>119</sup> Cfr. RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, 1999, p. 326.

<sup>120</sup> El trabajo del derecho penal no debe estar orientado hacia la diversidad que presenta la realidad, sino hacia la uniformidad propia de los modelos de sucesos sociales; KRAUß, «Das Prinzip der materiellen Wahrheit im Strafprozeß», en GRÜNWARD (ed.) *Festschrift für Friedrich Schaffstein*, 1975, p. 418.

<sup>121</sup> «La simple pertenencia a la sociedad comporta la renuncia por parte de cualquier persona a ciertos niveles de individualidad pues, como miembro de tal sociedad, ya no van a interpretarse sus conductas recurriendo a criterios individuales, sino siempre de acuerdo con el sentido social que de ellas se desprenda»; RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, 1999, p. 325. Sobre la importancia de la comunicación en la vida social y, dentro de ella, en el ámbito del derecho, cfr. REYES ALVARADO, en ENGELHART/KUDLICH/VOGEL, *FS Sieber*, 2021, pp. 69 ss.

<sup>122</sup> «trascendental no es el aspecto cognoscitivo que el autor mantiene en su fuero interno, ni la interpretación personal que dentro de él le confiera al mismo; relevante es su trascendencia al ámbito social y la interpretación que desde esa perspectiva pueda hacerse del mismo»; REYES ALVARADO, *El delito de tentativa*, 2016, p. 124.

<sup>123</sup> Cuando una conducta es interpretada como dolosa desde una perspectiva social, lo que se hace es imputarle (objetivamente) a un ser social el resultado de su conducta (entendido como quebrantamiento de la norma) a título de dolo. Por eso tiene razón HRUSCHKA cuando afirma que «el dolo no se constata y se prueba, sino que se *imputa*»; HRUSCHKA, *Imputación y derecho penal*, 2005, p. 155.

<sup>124</sup> «Decimos que, semánticamente, “dolo” (y también “imprudencia”) comporta un reproche objetivo a una acción jurídico-penalmente relevante. Que se trate de un *reproche* quiere decir que se trata de un juicio, concretamente de un juicio de valor. Que se trate de un reproche *objetivo* quiere decir dos cosas: en primer lugar, que se trata de un reproche fundado en un estándar general, no en un parecer subjetivo-individual: el emisor del reproche es por tanto un observador objetivo (el propio derecho) y esa emisión se exterioriza a través de la correspondiente reconstrucción judicial. Y, en segundo lugar, quiere decir que el objeto de reproche es una acción y no su autor. El eventual reproche a este último (reproche individual) queda reservado para la culpabilidad»; (PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea del dolo como estado mental*, 2011, pp. 663, 664).

<sup>125</sup> Cfr. PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, 2011, p. 664.

<sup>126</sup> Cfr. Cfr. PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, 2011, p. 668.

<sup>127</sup> «[D]olo es reproche objetivo a la acción que se aparta de una regla jurídico-penal, mediando *ex ante* una posibilidad objetivamente privilegiada de que su autor prevea ese apartamiento; imprudencia es reproche objetivo a la acción que se aparta de una regla jurídico-penal, mediando *ex ante* una posibilidad objetivamente atenuada de que su autor prevea ese apartamiento» (cfr. PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, 2011, p. 648).

Una de las críticas que PAWLIK hace a la separación entre el injusto y la culpabilidad se refiere precisamente a que el juicio de culpabilidad ha sido objetivado, porque lo que se le reprocha al autor es no haber conformado su voluntad y su conducta de acuerdo con la manera en que -según las normas- se esperaba de un hombre (medio) en su lugar<sup>128</sup>. Si el juicio sobre cómo se esperaba que alguien en la posición del autor entendiera la realidad se analiza en la creación del riesgo jurídicamente desaprobado (porque solo a partir de su correcto entendimiento surge el deber de actuación en una situación determinada), y si la interpretación del significado de la conducta a partir de lo que comunicativamente transmite en el ámbito social hace parte del estudio de la realización del riesgo en el resultado, parece claro que ese juicio de reproche al ser social pertenece a la imputación objetiva (al injusto, si se prefiere la expresión) y no a la culpabilidad; de esta manera, la crítica de PAWLIK quedaría sin soporte porque el juicio sobre la manera en que el sujeto conformó su voluntad haría parte del injusto (imputación objetiva) y evitaría la objetivización de la culpabilidad contra la que él se pronuncia. Esa ubicación de la configuración de la voluntad en el injusto (la imputación objetiva) no necesariamente hace desaparecer la culpabilidad (imputación personal), que debe servir para verificar si la forma en que el individuo (no ya el ser social) comprendió la realidad y se comportó frente a esa comprensión quebrantando la norma, hace necesario que se le imponga una pena o una medida de seguridad. Por eso considero que, a diferencia de lo que proponen autores como PAWLIK<sup>129</sup>, la distinción entre injusto y culpabilidad puede mantenerse, pero con los nuevos contenidos que caracterizan la imputación objetiva y la imputación personal<sup>130</sup>.

La trascendencia de esa interpretación objetiva de la conducta del ser social de acuerdo con lo que su conducta comunica en el ámbito social (no en el fuero interno de quien la despliega) es lo que permite que se puede reaccionar válidamente contra quien despliega una conducta que puede ser socialmente interpretada como una agresión injusta, aun cuando luego se demuestre que su intención no era la de agredir (la llamada legítima defensa putativa). Cuando la doctrina mayoritaria avala la exención de responsabilidad en este caso<sup>131</sup>, lo hace porque privilegia la interpretación externa de la conducta con base en lo que el lenguaje corporal comunica, sobre lo que en ese momento ocurría en la psique de quien lo desplegó. Esto puede llevar a que alguien que solo desea gustarle una broma a un vecino simulando una agresión en su contra, resulte

---

<sup>128</sup> «Con ello el juicio sobre la culpabilidad ha sido objetivado: es reprochado al autor que su conformación de voluntad y su actuación según esa voluntad no se correspondan con la conformación de voluntad y actuación según dicha voluntad que ha sido prevista en la norma de que se trate para una persona media; “respecto del autor mismo, con ello, nada se dice”»; PAWLIK, *La libertad institucionalizada. Estudios de Filosofía jurídica y Derecho penal*, 2010.

<sup>129</sup> También para LESCH (como para PAWLIK) –siguiendo ambos a su maestro Jakobs– está demostrado que «la distinción convencional entre injusto y culpabilidad resulta insostenible (...) en un sistema penal *funcional*, la culpabilidad penal, el injusto penal y el delito solo pueden ser reformulados adecuadamente como sinónimos»; cfr. LESCH, *RDPC*, (6), 2000, pp. 267, 269.

<sup>130</sup> Es verdad, como señala PAWLIK, que en el esquema de VON LISZT la separación entre injusto y culpabilidad no es tan limpia como él sugería (cfr. PAWLIK, *La libertad institucionalizada*, 2010, pp. 112, 113). Pero curiosamente su propuesta de comenzar el análisis de la capacidad de imputación (como capacidad de culpabilidad) con su valoración promedio, abriría el camino hacia la normativización y objetivación del juicio de culpabilidad. Llama la atención que la tesis de VON LISZT pueda llegar a desarrollarse en esa dirección, pese a que -como con razón anota PAWLIK- uno de los principales problemas de la propuesta de VON LISZT es que la culpabilidad (que él concebía como referida al autor) terminó siendo normativizada, con lo que se desmoronó su principal nota distintiva con la antijuridicidad.

<sup>131</sup> Cfr. JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal*, 2002, p. 499.

lesionado –o incluso muerto– por la legítima acción defensiva de aquel. Algo similar ocurre respecto de la llamada tentativa irreal, cuya impunidad se explica porque la conducta del autor no es interpretada como una forma indebida de ataque al bien jurídico, aun cuando esa fuera la intención del autor<sup>132</sup>. Quien clava alfileres en un muñeco con el propósito y convencido de que así le puede causar daño al enemigo que la figura representa no es castigado como autor de una tentativa de homicidio, pese a su propósito homicida<sup>133</sup>.

En el dolo tampoco importa lo que ocurre en la psique de quien despliega la conducta, sino la forma en que su comportamiento puede ser interpretado desde el punto de vista objetivo<sup>134</sup>. Lo determinante para la existencia del dolo es la valoración objetiva de la conducta, en el sentido de que ella debe ser interpretada como la de cualquier otra persona en el lugar del autor, independientemente de lo que estuviera ocurriendo en la psique del individuo cuyo comportamiento se valora<sup>135</sup>. Como ya se indicó, esa es la forma en que la doctrina mayoritaria aborda el estudio del error, que desde el punto de vista estructural es lo que podría denominarse la cara negativa del dolo<sup>136</sup>; lo que en el error descarga (la comparación de la conducta del autor con la que otro hubiera realizado en su posición), en el dolo carga (la interpretación de la conducta de acuerdo con los parámetros con los que se valoraría respecto de cualquier persona en la posición del autor). Por eso el dolo debe ser analizado en la imputación objetiva, que es el elemento de la teoría del delito en el que se valora la conducta del autor en cuanto ser social<sup>137</sup>.

## 5. Imputación e imputabilidad

De acuerdo con la forma en que se ha descrito aquí, como valoración de la manera en que una persona –en cuanto ser social– debería haberse comportado en una determinada situación, el juicio de imputación objetiva no solo es predicable respecto de los imputables, sino también de los inimputables. Como la inimputabilidad no es ni una condición general del individuo, ni un

---

<sup>132</sup> Cfr. RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, 1999, pp. 326, 327; REYES, *El delito de tentativa*, 2016, pp. 188 ss.

<sup>133</sup> La referencia a un caso como el mencionado, ocurrido en Alemania, puede encontrarse en ZACHARIA, *Die Lehre vom Versuch der Verbrechen*, 1836, p. 243, nota 1.

<sup>134</sup> RAGUÉS I VALLÈS destaca el contenido comunicativo del derecho penal que sirve de fundamento a la forma de establecer el aspecto cognoscitivo del dolo con base en el sentido social de la conducta del autor; cfr. RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, 1999, p. 323.

<sup>135</sup> «El recurso al sentido social implica que la consideración de una conducta como dolosa ya no depende de determinados actos psíquicos cuya aprehensión resulta imposible, tanto para el juez como para los ciudadanos, sino de que dicha conducta, de acuerdo con sus características externas y perceptibles, se valore socialmente como negación consciente de una concreta norma penal»; RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, 1999, p. 324.

<sup>136</sup> «Dolo y error constituyen las dos caras de una misma moneda»; FAKHOURI GÓMEZ, *InDret*, (4), 2009, p. 5.

<sup>137</sup> Para PAWLIK, «[s]i los conciudadanos del autor no pueden confiar en nada más que en la conformidad de su comportamiento con la praxis establecida, no importa entonces si el autor era consciente de dicha praxis o si de manera más o menos casual acertó respecto de aquello que es considerado correcto por dicha praxis. Por lo tanto la lesión de la incumbencia de informarse sobre el ordenamiento jurídico (*Erkundungsobliegenheit*) es irrelevante siempre que el autor, a fin de cuentas, haya cumplido con la misma prestación que un ciudadano debidamente informado hubiera podido llevar a cabo»; PAWLIK, *El injusto del ciudadano*, 2023, p. 374.

rol social<sup>138</sup> que impone el conocimiento y cumplimiento de determinadas normas<sup>139</sup> (lo cual sería un contrasentido), la valoración que de la conducta del autor se hace en el ámbito de la imputación objetiva no está referida a su condición de inimputable, sino al comportamiento que desarrolló como ser social.

El concepto de rol surge en un contexto de relaciones sociales en desarrollo de las cuales se espera de las personas que se comporten de determinada manera (expectativas de comportamiento), esto es, siguiendo las pautas de conducta que existen dentro del grupo para esa persona en un contexto específico<sup>140</sup>. De acuerdo con este entendimiento, la sociedad espera de cada portador de rol que frente a una determinada situación se comporte conforme a los patrones que caracterizan ese rol; si ello ocurre, la persona se habrá mantenido dentro del riesgo permitido y su conducta estará al margen de derecho penal; en caso contrario, su conducta podrá ser considerada como creadora de un riesgo jurídicamente desaprobado y, por consiguiente, será susceptible de atención por parte del derecho penal.

A partir de estas precisiones considero inadecuado calificar la condición de inimputable como un rol social, porque ello supondría que la sociedad tiene expectativas de comportamiento respecto de ellos en el sentido de que se espera que se comporten conforme a unas pautas específicas frente a determinadas situaciones, lo que, de ocurrir, los mantendría dentro del riesgo permitido. Si retomamos el caso del esquizofrénico paranoide que produjo lesiones y muertes al conducir por una autopista en dirección contraria convencido de que eran los demás (a quienes consideraba sus enemigos) quienes circulaban erróneamente<sup>141</sup>, ¿cuál sería la conducta que la sociedad esperaría del portador de un supuesto rol de esquizofrénico paranoide cuando se siente atacado por unos adversarios que conducen sus vehículos en sentido contrario con el aparente propósito de agredirlo? Si la respuesta fuera que se espera que en su supuesto rol social de inimputable se defiende de las imaginarias agresiones de sus pretendidos adversarios, entonces el resultado sería que la conducta desplegada por esta persona en el caso analizado se mantuvo dentro del riesgo permitido, con lo cual no solo las lesiones y muertes por él causadas estarían al margen del derecho penal, sino que además desaparecería la primera de las condiciones a partir de las cuales la doctrina suele abordar el análisis de la inimputabilidad: que el sujeto haya desplegado una conducta antijurídica.

Sobre el supuesto de que la inimputabilidad no constituye un rol social, frente al caso del inimputable que atropella con su vehículo a un peatón, la pregunta que se debe resolver desde el punto de vista de la imputación objetiva es si ese comportamiento era el que se esperaba de un

---

<sup>138</sup> Para PUENTE RODRÍGUEZ, la imputabilidad no debe ser entendida «como una suerte de *estatus* que acompaña al sujeto allí donde esté», ni «tampoco sería apropiado caracterizarla como “un modo de ser de la persona” ...»; cfr. PUENTE RODRÍGUEZ, *La peligrosidad del imputable y la imputabilidad del peligroso*, 2021, pp. 280 s..

<sup>139</sup> MOLINA FERNÁNDEZ parece inclinarse por esta tesis al señalar lo siguiente sobre la imputación subjetiva, refiriéndose a un caso hipotético en el que un niño lanza un objeto por la ventana, con el que le causa la muerte a un peatón: «¿Qué queda en el primer caso del principio hoy no discutido de que en la valoración *ex ante* debemos situar los deberes en el círculo al que pertenece el autor?; ¿o es que debe valorarse la antijuridicidad del niño sobre la base de las capacidades del adulto; del loco por las del cuerdo?»; MOLINA FERNÁNDEZ, en SILVA SÁNCHEZ *et al.* (dirs.), *LH Mir Puig*, 2017, p. 744.

<sup>140</sup> Para PARSONS «un rol es un sector del sistema de orientación total de un actor individual que se organiza sobre expectativas en relación con un contexto de interacción particular, el cual está integrado con una serie particular de criterios de valor que dirigen la interacción con un alter o más en los roles complementarios adecuados»; PARSONS, *El sistema social*, 1966, p. 46.

<sup>141</sup> MOLINA FERNÁNDEZ, en SILVA SÁNCHEZ *et al.* (dirs.), *LH Mir Puig*, 2017, p. 749.

conductor de vehículos; o más detalladamente, si esa conducta supuso la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado que se realizó en el resultado muerte de un peatón. En el ejemplo propuesto, el rol social objeto de análisis es el de conductor de vehículo automotor y no el de inimputable que, como se ha indicado, no puede ser tenido como un rol social, ni como una condición general de algunos seres humanos.

Si se procede de esa manera, en el ámbito de la imputación objetiva el inimputable no es considerado como psicológicamente anormal en sentido individual-general, se ratifica que la imputabilidad es un concepto normativo que al estar referido a un comportamiento específico respeta el principio de culpabilidad y, en este plano objetivo, se lo trata de la misma manera que a un imputable, respetándole el derecho a la igualdad. Por consiguiente, si su conducta es atípica, se ajusta a los requisitos de una causa de justificación, o encaja en los presupuestos del error (unificado en la forma como ya se indicó), se lo debe considerar no responsable penalmente, de la misma forma como se haría con un imputable. Su tratamiento diferencial sólo debe hacerse en la imputación subjetiva, cuando se analice la exigibilidad de ajustar su conducta a las normas que la regulan y se decida si le debe ser impuesta una medida de seguridad<sup>142</sup>.

Con esta forma de entender la imputación objetiva se resuelven correctamente tanto los casos de errores condicionados por la inimputabilidad, como aquellos en que el error no es consecuencia de la inimputabilidad del autor. En relación con estos últimos, la solución debe ser el reconocimiento del error de tipo en las mismas condiciones en que se haría respecto de un imputable, lo que, en caso de invencibilidad debe conducir a la declaratoria de no responsabilidad y, en las hipótesis de vencibilidad, a la responsabilidad a título de imprudencia, siempre que esa modalidad delictiva esté consagrada en la ley<sup>143</sup>. De acuerdo con el esquema aquí propuesto la existencia de un error invencible elimina la imputación objetiva, lo que impide que a esa persona se le aplique una medida de seguridad; así se ratifica que la inimputabilidad no es una condición general del individuo sino un concepto normativo que se debe predicar de acciones ilícitas concretas, se respeta el principio de culpabilidad y se mantiene el principio de igualdad<sup>144</sup>.

En lo atinente a aquellas hipótesis en las que el error del autor está condicionado por su inimputabilidad, como la ya mencionada del sordomudo sin ningún nivel de instrucción, sin habilidades de lecto escritura y sin conocimiento del lenguaje de signos, que realiza una conducta de abuso sexual sobre una persona reconocible como incapaz de resistir, el juicio de imputación objetiva se hace comparando la conducta de esa persona con la que se esperaba de cualquier otra en su lugar, pero sin incluir su calidad de inimputable, dado que esta no es una condición natural general, ni puede ser considerada como un rol social.

---

<sup>142</sup> «El ámbito donde debe tratarse la posible concurrencia de un estado pasional y los efectos que de ella deban derivarse es la culpabilidad, esto es, el elemento del delito en el que se analiza si realmente puede entenderse que en el supuesto de hecho ha concurrido un sujeto “normal”»; RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, 1999, p. 338.

<sup>143</sup> Esta solución fue planteada por MIR PUIG como un argumento más para mostrar que las normas tienen una cierta capacidad de motivación en los inimputables; cfr. MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*, 2ª ed., 1982. p. 97, nota 133.

<sup>144</sup> Sobre el tratamiento de los errores de prohibición invencible de los inimputables en condiciones de igualdad frente a los imputables, cfr. PANTALEÓN PRIETO/PUENTE RODRÍGUEZ en MUNAR BERNAT (dir.), *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad*, p. 126.

Si, como se desprende de la narración de los hechos en el caso comentado, otra persona en el lugar del autor habría reconocido la incapacidad de resistir de la persona sobre la que recaía la conducta, se puede afirmar la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado. Y como las felaciones pueden ser entendidas desde una perspectiva comunicativa como una forma de materializar la influencia que el autor tuvo sobre el incapaz de resistir para que desarrollara esa conducta, se puede afirmar que hubo una realización del riesgo en el resultado, entendido como el quebrantamiento de la norma que prohíbe los abusos sexuales.

Como ya se indicó, una vez establecido que la conducta le es objetivamente imputable porque es contraria a la que se esperaba fuera desplegada por cualquier otra persona en su lugar, corresponde abordar el estudio de la imputación personal en el que se valorará la capacidad que el individuo (no ya el ser social) tenía de acomodar su comportamiento a las normas que lo regulan; como resultado de ese análisis se lo calificará como imputable o inimputable en relación con la conducta que previamente le ha sido objetivamente imputada como su obra, y se evaluará si en su caso es necesaria la imposición de una pena (para los imputables) o de una medida de seguridad (respecto de los inimputables). En el caso comentado, la persona debería haber sido reconocida como inimputable en relación con el hecho que objetivamente le debería haber sido imputado y, por consiguiente, correspondía aplicarle una medida de seguridad.

Esta solución es acorde con el entendimiento de la inimputabilidad como un concepto referido a una conducta objetivamente reprochable, y no a una condición general de algunos seres humanos, y respeta el principio de culpabilidad. Como el juicio de imputación objetiva comprende el dolo, no se presentan los problemas que afronta la doctrina mayoritaria para resolver los casos de los inimputables a quienes la ausencia de dolo impide reprocharles su conducta a título de injusto, planteando el dilema de si se les debe aplicar una medida de seguridad pese a la ausencia de ese reproche, o si se debe prescindir de ella pese a la evidencia de su peligrosidad.

## **6. Excurso. ¿Los inimputables son destinatarios de las normas penales?**

Trasladar el conocimiento de la antijuridicidad a la imputación objetiva para ser evaluado al momento de estudiar la creación de riesgos jurídicamente desaprobados (como aquí se propone), implica un análisis objetivo o, si se prefiere, intersubjetivo<sup>145</sup> de esa consciencia de la prohibición, porque eso es lo objetivo de la imputación objetiva. Por consiguiente, lo que corresponde verificar en este primer estadio (imputación objetiva) es si de alguien en la posición del autor se esperaba el conocimiento de la prohibición o no; ese análisis no se hace respecto de las condiciones psíquicas del individuo, sino en relación con un portador de roles en la misma situación del autor. Posteriormente, dentro del análisis de imputación personal (o de culpabilidad, si se prefiere la expresión), se verificará si, dada la forma en que ese individuo (respecto del cual se emitió ya un juicio de imputación objetiva) comprendió la realidad y se comportó frente a esa comprensión al quebrantar la norma, le debe ser impuesta una pena o una medida de seguridad.

---

<sup>145</sup> Con esta expresión MIR PUIG representaba gráficamente la objetividad propia del injusto; (cfr. MIR PUIG, «Antijuridicidad, Antijuridicidad objetiva y antinormatividad en Derecho Penal», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (47), 1994, p. 19).

Desde la postura aquí defendida, los inimputables son destinatarios de la norma penal, siempre que se entienda que el juicio de imputación objetiva abarca el deber de conocimiento de la prohibición por parte de un ser social, mientras el examen particular sobre la forma en que el individuo (no el ser social) entendió la norma y reaccionó frente a ella en un caso concreto (por el que se le hizo un reproche en el plano de la imputación objetiva) corresponde al ámbito de la imputación personal (o culpabilidad). Comparto entonces la opinión de quienes piensan que no puede haber normas sin destinatario<sup>146</sup>, en contraposición con quienes en medio del debate sobre el carácter imperativo o valorativo de la norma se ven impelidos a sostener que las normas de valoración carecen de destinatario<sup>147</sup> para poder mantener a los inimputables dentro del derecho penal.

## 7. Conclusiones

La responsabilidad penal es el resultado de imputarle a alguien la infracción de una norma; esa imputación tiene lugar en dos niveles: en el primero, denominado imputación objetiva, se valora la conducta desde la perspectiva de lo que era esperable de un ser social en determinada situación (cómo debería haberse comportado alguien en el lugar del autor); en el segundo, llamado imputación personal, se evalúa el grado de exigibilidad de la conducta conforme a derecho frente al individuo para, con base en ello, determinar la necesidad de imponerle una pena (a los imputables) o una medida de seguridad (a los inimputables).

Conforme al esquema propuesto, el dolo bueno hace parte del primer elemento de la imputación objetiva (la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado), porque los deberes de conducta solo tienen sentido frente a una determinada realidad; por consiguiente para valorar si a alguien le era exigible una forma de comportamiento, es indispensable determinar cuál era la realidad que esa persona debería haber apreciado como ser social. Lo que importa no es lo que él como individuo haya percibido como realidad, sino lo que cualquier otra persona en su lugar hubiera percibido como realidad, porque es frente a esa percepción objetiva que se valora si a la persona le era exigible el cumplimiento de un deber de conducta. El conocimiento de la prohibición pertenece a la realización del riesgo en el resultado, como parte del juicio objetivo de este primer nivel de imputación. Lo que cierra el análisis del dolo dentro del juicio de imputación objetiva es la interpretación de la conducta del autor a partir de lo que ella comunica con base en los parámetros sociales aplicables a esa situación concreta, con independencia de si desde el punto de vista psíquico esa persona tiene o no la intención de conseguir el resultado.

La propuesta de VON LISZT (como en parte la de MAURACH) apuntaba en la dirección correcta, porque llevaba a realizar un juicio objetivo (en el sentido de referido a un ser social) sobre la capacidad de determinabilidad de la norma, separado de una posterior evaluación sobre la situación del autor en su individualidad. En cuanto esa valoración media de la capacidad de determinabilidad permitía atribuir a los inimputables una conducta antijurídica, evitaba que respecto de ellos la norma se entendiera como una autorización *a priori* para que ellos la desarrollaran, algo que -como con razón advertía MIR PUIG- podía llegar a ser captado por los

---

<sup>146</sup> Cfr. ROBLES PLANAS, «Normas de conducta», *InDret*, (1), 2019, p. 3.

<sup>147</sup> MEZGER, *Die subjektiven Unrechtselemente*, 1924, p. 242. Aunque luego matizó su postura (cfr. MEZGER, *Tratado de Derecho Penal*, 1955, p. 343).

inimputables<sup>148</sup>. Esa prohibición *ex-ante* de la conducta (en el sentido de previa al análisis de culpabilidad) debe mantenerse y comprenderse como dirigida a todos los integrantes de la sociedad, lo que permite que sus conductas sean objeto de análisis en la imputación objetiva, independientemente de que luego –en la imputación personal– se determine si respecto de cada uno de ellos procede la aplicación de una pena o de una medida de seguridad.

## 8. Bibliografía

BELING, *Esquema de derecho penal. La doctrina del delito-tipo*, El Foro, Buenos Aires, 2002.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *Curso de Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Experiencia, Barcelona, 2010.

BINDING, *La culpabilidad en derecho penal*, B de F, Montevideo, 2009.

CORRECHER MIRA, «La aplicación de la atenuante de análoga significación en supuestos de imputabilidad disminuida: ludopatía, piromanía y cleptomanía», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (22), 2020.

ENGISCH, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1931.

ESER/BURKHARDT, *Derecho Penal. Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias*, trad. por Bacigalupo Zapater/Cancio Meliá, Colex, Madrid, 1995.

FAKHOURI GÓMEZ, «Teoría del dolo vs. teoría de la culpabilidad. Un modelo para afrontar la problemática del error en Derecho Penal», *InDret*, (4), 2009.

FERRI, *Principios de Derecho Criminal*, Reus, Madrid, 1933.

FRANK, *Sobre la estructura de la culpabilidad*, B de F, Buenos Aires, 2002.

FRISTER, *Derecho Penal. Parte General*, trad. por Sancinetti, Hammurabi, Buenos Aires, 2011.

GOLDSCHMIDT, *La concepción normativa de la culpabilidad*, 2ª ed., B de F, Montevideo, 2002.

GONZÁLEZ GONZÁLEZ, *La imputabilidad en el derecho penal español: Imputabilidad y locura en la España del siglo XIX*, Comares, Granada, 1994.

HEGEL, *Vorlesungen über Rechtsphilosophie 1818-1831*, Stuttgart, 1974.

———, *Grundlinien, der Philosophie des Rechts*, Felix Meiner Verlag, Leipzig, 1930.

HRUSCHKA, *Imputación y derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, Aranzadi, 2005.

HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 4ª ed., Idemsa, Lima, 2011.

---

<sup>148</sup> Cfr. MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*, 2ª ed., 1982, p. 98.

JAKOBS, *Derecho Penal. Parte General*, trad. por Cuello Contreras/Serrano González, Marcial Pons, Madrid, 1997.

JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, trad. por Olmedo Cardenete, Comares, Granada, 2002.

JOSHI JUBERT, «Algunas consecuencias que la imputabilidad puede tener para la antijuridicidad», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (42-1), 1989.

KINDHÄUSER, «Imputación objetiva y subjetiva en el delito doloso», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (1), 2006.

KRAUß, «Das Prinzip der materiellen Wahrheit im Strafprozeß», en GRÜNWARD (ed.) *Festschrift für Friedrich Schaffstein*, Otto Schwartz, Göttingen, 1975.

LESCH, «Injusto y culpabilidad en derecho penal», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (6), 2000.

MARTÍNEZ GARAY, *La imputabilidad penal. Concepto, fundamento, naturaleza jurídica y elementos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005.

MAURACH, *Derecho penal. Parte General. Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible*, Astrea, Buenos Aires, 1994.

———, *Tratado de Derecho penal*, trad. por Córdoba Roda, Ariel, Barcelona, 1965.

———, *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, C. F. Müller, Karlsruhe, 1962.

MEZGER, *Derecho Penal, libro de estudio. Parte General*, trad. por Nuñez, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1958.

———, *Leipziger Kommentar*, Walter de Gruyter, Berlin, 1957.

———, *Tratado de Derecho Penal*, trad. por Rodríguez Muñoz, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955.

———, *Die subjektiven Unrechtselemente*, Der Gerichtssaal, Stuttgart, 1924.

MILITELLO, «El error del inimputable entre exégesis, dogmática y política criminal», trad. por Faraldo Cabana/Brandariz García, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Coruña*, (3), 1999.

MIR PUIG, *Derecho penal. Parte General*, 10ª ed., Reppertor, Barcelona, 2016.

———, «Antijuridicidad, Antijuridicidad objetiva y antinormatividad en Derecho Penal», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (47), Madrid, 1994.

———, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1982.

MOLINA FERNÁNDEZ, «El razonable “regreso” del dolo a la culpabilidad», en SILVA SÁNCHEZ/QUERALT JIMÉNEZ/CORCOY BIDASOLO/CASTIÑEIRA PALOU (eds.), *Estudios de Derecho Penal – Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2017.

———, «Error de tipo derivado de anomalías o alteraciones psíquicas: un difícil desafío para la teoría del delito», *Icade. Revista Cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, (74), 2008.

———, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, Bosch, Barcelona, 2001.

NAVARRETE URIETA, «El nacimiento de la idea de culpabilidad», *Aldaba. Revista del Centro Asociado de la UNED de Melilla*, (18), 1992.

PANTALEÓN PRIETO/PUENTE RODRÍGUEZ, «Derecho Penal y discapacidad a partir del nuevo paradigma de la convención», en MUNAR (dir.), *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad. El derecho en el umbral de la política*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, 2021.

PARSONS, *El sistema social*, trad. por Jiménez Blanco/Carzorla Pérez, Revista de Occidente, Madrid, 1966.

PAWLIK, *El injusto del ciudadano. Fundamentos de la teoría general del delito*, trad. por Coca Vila/Lerman/Darío Orozco, Atelier/Universidad Externado de Colombia, Bogotá-Barcelona, 2023.

———, *La libertad institucionalizada. Estudios de Filosofía jurídica y Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2010.

PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea del dolo como estado mental*, Hammurabi, Buenos Aires, 2011.

PÉREZ MANZANO/CANCIO MELIÁ, «Principios del Derecho Penal (III)», en LASCURAÍN SÁNCHEZ (coord.), *Manual de Introducción del Derecho Penal*, BOE, Madrid, 2019.

PUENTE RODRÍGUEZ, *La peligrosidad del imputable y la imputabilidad del peligroso. Un estudio sobre las posibles repercusiones jurídicas de las relaciones entre imputabilidad penal y la peligrosidad criminal*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, 2021.

PUPPE, *Strafrecht. Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung*, 2ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2011.

QUINTERO OLIVARES, *Locos y culpables*, Aranzadi, Pamplona, 1999.

RADBRUCH/GWINNER, *Historia de la criminalidad*, Bosch, Barcelona, 1955.

RADBRUCH, «Sobre la psicología de las formas de culpabilidad penal», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (20), 2018.

RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 1999.

REYES ALVARADO, «Kommunikative Handlung und Wirklichkeit», en ENGELHART/KUDLICH/VOGEL (eds.), *Digitalisierung, Globalisierung Und Risikopravention: Festschrift Für Ulrich Sieber Zum 70. Geburtstag*, Dunker & Humblot, Berlin, 2021.

———, «¿Sirve de algo el bien jurídico? Una perspectiva social», en DÍEZ Y GARCÍA CONLLEDO/PAREDES CASTAÑÓN *et al.* (dir.), *Libro homenaje al profesor Diego-Manuel Luzón Peña*, Reus, Madrid, 2020.

———, «Der Mythos des Erfolges», en HILGENDORF/LERMAN/CÓRDOBA *Brücken bauen. Festschrift für Marcelo Sancinetti zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlin, 2020.

———, *El delito de tentativa*, BdF, Buenos Aires-Montevideo, 2016.

———, «La ubicación del dolo y la imprudencia en una concepción normativa de la teoría del delito», en BACIGALUPO ZAPATER/BAJO FERNÁNDEZ *et al.* (dir.), *Dogmática y Criminología – Dos visiones complementarias del fenómeno delictivo*, Legis, Bogotá, 2005.

———, «Tehoretische Grundlagen der objektiven Zurechnung», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (105), 1993.

———, «Fundamentos teóricos de la imputación objetiva», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (45-3), 1992.

ROBLES PLANAS, «Normas de conducta», *InDret*, (1), 2019.

———, «"Sexual Predators". Estrategias y límites del Derecho penal de la peligrosidad», *InDret*, (4), 2007.

RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal. Parte General*, 17ª ed., Dykinson, Madrid, 1994.

ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, trad. por Cuello Contreras/Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2000.

———, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3ª ed., C. H. Beck, München, 1997.

———, *Derecho Penal. Parte General*, trad. por Luzón Peña/Díaz y García Conlledo/de Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997.

———, *Culpabilidad y prevención en derecho penal*, trad. por Muñoz Conde, Reus, Madrid, 1981.

SILVA SÁNCHEZ, «¿Medidas de seguridad sin imputación subjetiva? Consecuencias de la incidencia de anomalías y alteraciones psíquicas en niveles sistemáticos distinto de la imputabilidad», en ZUGALDÍA ESPINAR/LÓPEZ BARJA DE QUIROGA (eds.), *Dogmática y Ley Penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, Marcial Pons, Barcelona, 2004.

SILVELA Y DE LA VILLEUZE, *El derecho penal estudiado en principios en la legislación vigente en España*, Fortanet, Madrid, 1874.

STRATENWERTH, *Derecho Penal. Parte General*, t. I, trad. por Cancio Meliá/Sancinetti, Hammurabi, Buenos Aires, 2005.

VON LISZT, *Tratado de Derecho Penal*, t. II, trad. por Jiménez de Asúa, Reus, Madrid, 1914.

———, «Die strafrechtliche Zurechnungsfähigkeit – Eine Replik», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (18), 1898.

———, «Die strafrechtliche Zurechnungsfähigkeit», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (17), 1897.

WELZEL, *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1975.

———, *Derecho Penal alemán – Parte General*, trad. por Bustos Ramírez/Yáñez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1970.

———, *Das Deutsche Strafrecht*, 11<sup>a</sup> ed., Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1969.

ZACHARIA, *Die Lehre vom Versuch der Verbrechen*, Dieterichschen Buchhandlung, Göttingen, 1836.

ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Ediar/Temis, Buenos Aires, 2005.