

EL ERROR DEL INIMPUTABLE ENTRE EXÉGESIS, DOGMÁTICA Y POLÍTICA CRIMINAL¹

Vincenzo Militello

1. LA OCASIÓN PARA LA RECONSIDERACIÓN DEL TEMA Y LOS VIEJOS Y NUEVOS MOTIVOS DE SU INTERÉS

Entre los temas que mejor se prestan a un examen no sólo dogmático, sino también atento a las exigencias de contenido sustancial que han de regularse, asume particular significado el problema de la relevancia que se ha de reconocer al error de un sujeto no imputable. A pesar de la dificultad que comporta encontrar en los diversos sistemas normativos una disciplina expresa sobre el tema, el mismo refleja inevitablemente las más generales elecciones sancionatorias reservadas por un particular ordenamiento jurídico a los sujetos incapaces de entender y de querer. Por tal motivo, al valor tradicional que el tema sigue asumiendo en el plano de la disciplina jurídica y de la propia estructura del delito se añade su significación en relación a algunas cuestiones de más amplia extensión y de reciente emersión. Sobre el fondo del problema en particular no es difícil percibir el difícil dilema entre naturalismo y normativismo en la construcción de las instituciones penales²; pero también un interrogante en cierto modo radical, en cuanto relativo al sentido y a los límites de la propia dogmática penal: ¿se trata realmente de una disciplina todavía vinculada a las particularidades de los singulares sistemas jurídicos nacionales o más bien se (re)configura como una categoría del pensamiento científico que traspasa los confines de los múltiples ordenamientos positivos? La cuestión ha estado siempre conectada con la fundamental y siempre abierta problemática concerniente a los caracteres típicos de la ciencia penal³. Todavía hoy representa el punto de emersión más evidente del contraste tendencial entre dos fuerzas coexistentes: por una parte, la visión tradicional de la dogmática como ciencia que se desarrolla a través de sucesivas abstracciones de las normas positivas de un particular ordenamiento⁴, y, por

¹ Traducción de Patricia Faraldo Cabana, profesora titular de la Universidad de A Coruña, y José Ángel Brandariz García, profesor ayudante de la Universidad de A Coruña. La versión original de este artículo, "L'errore del non imputabile fra esegesi, dogmatica e politica criminale", se encuentra publicado en CANESTRARI, S. (ed.), *Il Diritto Penale alla svolta di fine millennio*, Torino, 1998, p. 476-500.

² Para una reconsideración reciente del problema, en relación al punto clave de la causalidad, v. PUPPE, *Naturalismus und Normativismus in der modernen Strafrechtsdogmatik*, en *GA*, 1994, 297 s. Cfr. también PAGLIARO, *Imputazione oggettiva dell'evento*, en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 784 s. Se trata, por otra parte, de un llamativo nudo teórico: cfr. por ejemplo THIERFELDER, *Normativität und Wert in der Strafrechtswissenschaft unserer Tage*, 1934.

³ No por casualidad, la problemática aflora varias veces en el lúcido ensayo de PULITANÒ, *Quale scienza del diritto penale?*, en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 1210 s.

⁴ Cfr. por ejemplo PARESCHE, *Dogmatica giuridica*, en *Enc. dir.*, VI, 1964, 678 s. Entre los penalistas, y siempre a título meramente ejemplificativo, MAGGIORE, *Principi di diritto penale*, P.G., Bologna, 1937, 43 s.; JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, A.T., Berlin, 1988, 36.

otra parte, la intensificación actual de las ocasiones de encuentro y de intercambio cultural entre estudiosos de diversa procedencia geográfica, formación científica y orientación de pensamiento, donde cada vez más se advierte la exigencia de delinear un cuadro común de referencia teórica⁵.

Los factores que alimentan el interés de la cuestión no son, por lo demás, reconducibles a un particular “temple espiritual”, ya que la tendencia de las diversas teorías penales a aproximarse cada vez más a un modelo dominante se sustenta en múltiples impulsos, de diversa naturaleza y operantes a varios niveles. Por aludir únicamente a los principales, piénsese en primer lugar en el contexto general de nuestros sistemas jurídicos, abogados, a pesar de no pocas dificultades e incertidumbres, a una progresiva armonización jurídica a nivel europeo, lo que al mismo tiempo hace aumentar el interés por poner las bases de la idea de un futuro derecho penal⁶ común; por lo demás, la orientación a la que se ha aludido no puede dejar de reflejar la tradicional atención a la elaboración teórica alemana, que ha asumido gradualmente un papel de guía en la dogmática penal⁷; y no en último lugar, queda sin resolver la cuestión del espacio que debe reconocerse a las nociones fundadas ontológicamente, de las cuales se derivan categorías dogmáticas concretas o de ningún modo independientes de los contextos normativos de referencia⁸, o en cualquier caso siempre condicionadas por la “naturaleza de las cosas”, como metanivel preordenado a la dimensión estrictamente positiva⁹.

⁵ Es significativo que la idea del carácter unitario de la dogmática penal haya sido teorizada con ocasión de la celebración de importantes coloquios internacionales: v., de forma implícita, HIRSCH, *Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik in der Bundesrepublik Deutschland in grundsätzlicher Sicht*, en *Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland*, HIRSCH/WEIGEND (Hrsg.), Berlin, 1989, 74; más netamente, Id., *Die Stellung von Rechtfertigung und Entschuldigung im Verbrechenssystem aus deutscher Sicht*, en *Rechtfertigung und Entschuldigung*, III, ESER/PERRON (Hrsg.), Freiburg, 1991, 54 (en trad. it. de FORNASARI, *La posizione di giustificazione e scusa nel sistema del reato*, en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 785). Críticamente, sin embargo, por cj. MARINUCCI, *Rechtfertigung und Entschuldigung im italienischen Strafrecht*, en *Rechtfertigung und Entschuldigung*, cit., 67; y MAIWALD, en SIEGMANN, *Diskussionsbericht*, ivi, 384. De este último autor v. también *Criteri-guida per una teoria generale del reato*, 7 s. (mecanografiado), relación presentada al Congreso en memoria de Franco Bricola (Bologna, 18-20 mayo 1995). Un punto de vista intermedio mantiene ESER, *Zusammenfassende Betrachtungen*, en *Rechtfertigung und Entschuldigung*. Ostasiatisch-deutsches Strafrechtsskolloquium Tokio, 1993, IV, ESER/NISHIHARA (Hrsg.), Freiburg, 1995, 445 s.

⁶ Últimamente, DANNECKER, *Strafrecht der europäischen Gemeinschaft*, en *Strafrechtsentwicklung in Europa 4*; ESER/HUBER (Hrsg.), Freiburg, 1995, 1990 s.; VÖGEL, *Wege zu europäisch einheitlichen Regelungen im allgemeinem Teil des Strafrechts*, en *JZ*, 1995, 331; TSOLKA, *Der allgemeine Teil des europäischen supranationalen Strafrechts*, Frankfurt a. M., 1995; *Europäische Einigung und Europäisches Strafrecht*, SIEBER (Hrsg.), Köln, 1993; TIEDEMANN, *Europäisches Gemeinschaftsrecht und Strafrecht*, en *NJW*, 1993, 23. En torno al estado de realización de un derecho penal europeo, fundado sobre las comunes matrices culturales, cfr. entre nosotros PAGLIARO, *Limiti all'unificazione del diritto penale europeo*, en *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1993, 199 s.

⁷ Este dato puede considerarse notorio; cfr. sin embargo, por ejemplo GIMBERNAT ORDEIG, *Hat die Strafrechtsdogmatik eine Zukunft?*, cit., 382, 406; LAHTI, *Criminal Sciences and the Finnish Criminal Code Reform - Die Kriminalwissenschaften und die Gesamtreform des finnischen StGB*, en *Criminal Law Theory in Transition - Strafrechtstheorie in Umbruch*, LAHTI/NUOTIO (Edts.), Helsinki, 1992, 8 s.; y entre nosotros VASSALLI, *Diritto penale*, en *Cinquant'anni di esperienza giuridica in Italia*, Milano, 1982, 439 s.

⁸ De la manera más clara HIRSCH, *Gibt es eine national unabhängige Strafrechtswissenschaft?*, en *Festschrift für Spendel*, Berlin-New York, 1992, 43 s. Cfr. también ARM. KAUFMANN, *Das Übernationale und Überpositive in der Strafrechtswissenschaft*, en *Gedächtnisschrift für Tjong*, Tokio, 1985, 100 s.; KÜPPER, *Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik*, Berlin, 1990, 34 s., 44 s.

⁹ También un mantenedor de la dirección, que, criticando aquel a que se aludía en la nota precedente, se conoce como “neo-normativista” y se llama a un sistema penal fundado sobre la “racionalidad del fin” de los valores propios del sistema penal, individualiza en el sistema conceptual de la dogmática alemana uno de los más importantes “bienes de exportación” de la ciencia jurídica alemana: SCHÜNEMANN, *Einführung in das strafrechtliche Systemdenken*, en *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, SCHÜNEMANN (Hrsg.), Berlin, 1984, 1. El mismo autor ha especificado que la dirección teórica a la que alude no pretende desatender la dimensión ontológica de las nociones penales, por cuanto, según la perspectiva neokantiana, las cuestiones valorativas pueden suscitarse sólo dentro de ese contexto de fondo: Id.,

Para cada uno de estos componentes se necesitaría verificar analíticamente las causas respectivas, considerar el particular grado de resistencia a los vínculos positivos de un ordenamiento concreto, prever los posibles desarrollos futuros. Aquí hemos de limitarnos, sin embargo, a concentrar la atención en un único elemento de reflexión, que ciertamente permite iluminar toda la cuestión: justamente un uso correcto del método comparado puede constituir un fuerte antídoto contra las tendencias a que se aludía *supra*, que no parecen librarse del riesgo de cambiar el derecho vigente por el ideal, renovando así la llamativa inversión metodológica de matriz iusnaturalista¹⁰. Lo fructífero de la aportación comparada se verificará precisamente en relación con la problemática específica del error del inimputable, si bien sin olvidar el significado más amplio a que se aludió en su momento.

2. LOS TÉRMINOS DEL PROBLEMA EN EL ORDENAMIENTO ITALIANO

La relevancia del error en relación a sujetos inimputables es un tema que, si bien no puede adornarse con el carácter de la novedad, mantiene, como se adelantaba al inicio, un seguro interés teórico, también por su reflejo sobre la más general sistemática del delito. De hecho, se conecta necesariamente con la relación que se instaura entre el requisito de la imputabilidad y los demás componentes del delito, en especial la culpabilidad, pero incluso con carácter previo la propia tipicidad subjetiva de los diversos tipos. Por lo demás, aunque la problemática haya sido tenida en cuenta prevalentemente en relación con la relevancia del error de hecho del sujeto inimputable, no se olvida que pueden verificarse situaciones en las que el error del inimputable afecte a las causas de exclusión de la punibilidad: se trata, por tanto, de precisar el alcance no sólo del art. 47 c.p.¹¹, sino también del art. 59, último párrafo, c.p.¹², cuando el sujeto que se encuentra en las situaciones contempladas respectivamente por las dos normas sea inimputable.

Los términos de la cuestión en el derecho italiano son conocidos y por brevedad bastará sintetizarlos en dos planteamientos que contrastan entre sí. Por cuanto se refiere al primero, la distinta colocación sistemática de la imputabilidad operada por el códi-

Strafrechtssystem und Kriminalpolitik, en *Festschrift für R. Schmitt*, Tübingen, 1992, 117 s., 131. En un análogo orden de ideas v. últimamente SILVA SÁNCHEZ, *Sobre las posibilidades y límites de una dogmática supranacional del derecho penal*, en *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal*, SILVA SÁNCHEZ (ed. esp.), SCHÜNEMANN/ DE FIGUEIREDO DIAS (coords.), Bosch, 1995, 15.

¹⁰ En contra de una pasiva "recepción de la dogmática alemana", pero también en relación con una correcta apertura comparatista de nuestros estudios, cfr. PEDRAZZI, *L'apporto della comparazione alle discipline penalistiche*, en *L'apporto della comparazione alle scienze giuridiche*, Milano, 1980, 173 s. Para una tentativa específica de recurrir al método comparado con el fin de contrastar los riesgos, por una parte, de formalismo y, por otra, de mera importación de modelos extranjeros, permítaseme aludir a las páginas iniciales de mi estudio, *La responsabilità penale dello spacciatore per la morte del tossicodipendente*, Milano, 1984.

¹¹ (N. del t.) Art. 47 c.p.: "Error de hecho.- El error sobre el hecho que constituye el delito excluye la punibilidad del agente. Ahora bien, si se trata de error causado por culpa, la punibilidad no se excluye, cuando el hecho está previsto por la ley como delito culposo."

El error sobre el hecho que constituye un determinado delito no excluye la punibilidad por un delito diverso.

El error sobre una ley distinta de la ley penal excluye la punibilidad, cuando ha causado un error sobre el hecho que constituye el delito".

¹² (N. del t.) Art. 59, último párrafo, c. p.: "Circunstancias no conocidas o erróneamente supuestas.- ... Si el agente cree por error que existen circunstancias de exclusión de la pena, éstas son siempre valoradas a su favor. Ahora bien, si se trata de error causado por culpa, la punibilidad no se excluye, cuando el hecho está previsto por la ley como delito culposo".

go penal vigente y especialmente las alusiones a la calificación como doloso, imprudente o contravencional del hecho cometido por el inimputable, contenidas en los arts. 222¹³ y 224 c.p.¹⁴ sobre la aplicabilidad de las medidas de seguridad, obstaculizan la consideración de la imputabilidad como concepto especial respecto del general de delito, y por tanto como presupuesto o elemento cuya presencia sea necesaria para la integración de éste último¹⁵.

Una vez que se desprende el requisito de la capacidad de entender y querer de la estructura del delito, para colocarlo entre los *status* personales del sujeto con el fin de indicar su capacidad de pena, no existe obstáculo alguno para considerar la representación errónea de la situación en la que el sujeto ha actuado como un factor general de exclusión de la responsabilidad en el sentido del art. 47, que se aplica de esta forma indistintamente tanto al sujeto imputable cuanto al inimputable¹⁶. De ello se deriva, en primer lugar, la limitación de la responsabilidad a los casos en que el delito es punible a título de imprudencia, en virtud de la norma prevista en el segundo párrafo del mismo artículo, y además la inaplicabilidad de la medida de seguridad, incluso en presencia de peligrosidad social del inimputable; quedaría únicamente la obligación de comunicar a la autoridad encargada del orden público la sentencia absolutoria debida a la causa de inimputabilidad (art. 222).

En contra, se pone de relieve que tal planteamiento prescinde indebidamente del estrecho nexo sustancial entre imputabilidad y reproche subjetivo por el hecho cometido, en virtud del cual la imputabilidad no puede ser otra cosa que un requisito interno de la culpabilidad¹⁷ o, si bien sólo como presupuesto de ésta última, un elemento en

¹³ (N. del t.). Art. 222 c.p.: "Internamiento en un hospital psiquiátrico judicial.- En el caso de absolución por enfermedad psíquica, o por intoxicación crónica por alcohol o sustancias estupefacientes, o por sordomudismo, se ordena siempre el internamiento del imputado en un hospital psiquiátrico judicial, por tiempo no inferior a dos años; salvo que se trate de contravenciones o de delitos culposos o de otros delitos para los cuales la ley establece pena pecuniaria o reclusión por tiempo no superior a dos años, en cuyo caso la sentencia absolutoria se comunica a la Autoridad encargada del orden público.

La duración mínima del internamiento en hospital psiquiátrico judicial es de diez años, si por el hecho cometido la ley establece (la pena de muerte) o la cadena perpetua, o de cinco si por el hecho cometido la ley establece la pena de reclusión por tiempo no inferior a diez años.

En el caso de que una persona internada en un hospital psiquiátrico judicial deba descontar una pena restrictiva de libertad personal, la ejecución de ésta se difiere hasta que termine el internamiento en el hospital psiquiátrico.

Las disposiciones de este artículo se aplican también a los menores de catorce o mayores de catorce y menores de dieciocho, absueltos por razón de edad, cuando hayan cometido un hecho previsto por la ley como delito, encontrándose en alguna de las condiciones indicadas en la primera parte de este mismo artículo".

¹⁴ (N. del t.). Art. 224 c.p.: "Menor no imputable.- Siempre que el hecho cometido por un menor de catorce años esté previsto por la ley como delito, y sea peligroso, el juez, teniendo en cuenta especialmente la gravedad del hecho y las condiciones morales de la familia con la que el menor ha vivido, ordena que sea internado en el reformatorio judicial o puesto en libertad vigilada.

Si, para el delito, la ley establece (la pena de muerte o) cadena perpetua, o la reclusión no inferior a tres años, y no se trata de delito culposo, se ordena siempre el internamiento del menor en el reformatorio por tiempo no inferior a tres años.

Las disposiciones precedentes se aplican también al menor que, en el momento en que ha cometido el hecho previsto por la ley como delito, había cumplido los catorce años, pero todavía no los dieciocho, si se reconoce que no es imputable, según lo dispuesto en el artículo 98".

¹⁵ Sobre esta posición, entre muchos otros, cfr. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, P.G., CONTI (cur.), 1994, 296 s.

¹⁶ Así por ejemplo CRESPI, *Imputabilità*, en *Enc.dir.*, XX, 1970, 769. En la jurisprudencia, Cass. 9 noviembre 1967, en *Foro it.*, 1968, II, 233.

¹⁷ Según la "clásica" concepción normativa de la culpabilidad, a partir de FRANK, *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, Giessen, 1907, 9. Entre nosotros por ejemplo MUSOTTO, *Colpevolezza dolo e colpa*, Palermo, 1939, 158 s.; y más recientemente DOLCINI, *La commisurazione della pena. La pena detentiva*, Padova, 1979, 262 s.; PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 1995, 228, 232 s.

cualquier caso perteneciente al delito¹⁸. En especial, a menos que se pisotee el “estrecho legamen entre dato ontológico y normativo”¹⁹, se debe reconocer que un sujeto inimputable no podría nunca realizar el hecho con el dolo y la imprudencia propios de quien es, por su parte, capaz de entender y de querer. Si se refieren a los incapaces, dichos estados subjetivos no serían ya expresiones de reproche, por cuanto la situación de inimputabilidad los sometería a una suerte de “cura de adelgazamiento”, vaciándolos del significado de voluntaria agresión a los bienes tutelados o, al menos, de descuido en relación con los mismos. Quedarían así como nociones que han de ser apprehendidas en el plano meramente naturalístico, en términos de dirección de las propias fuerzas hacia un determinado resultado o, respectivamente, como simple desviación objetiva del *standard* de diligencia²⁰. En esta versión, más restringida, los elementos en cuestión serían en cualquier caso suficientes para integrar los requisitos exigidos por los mencionados arts. 222-224 para la aplicabilidad de las medidas de seguridad respectivamente previstas por las dos normas.

En relación con la cuestión concreta del error del inimputable, para la concepción que ahora se examina es relevante sólo si es independiente de la causa de inimputabilidad, y por tanto sólo si hubiera podido verificarse igualmente cuando en las mismas circunstancias hubiera actuado un sujeto capaz; por el contrario, cuando entre las dos causas de exclusión de la responsabilidad penal es posible encontrar un nexo de derivación funcional, la ausencia del “hecho previsto como delito” doloso o imprudente, en presencia del estado de error sobre el hecho *ex art.* 47, dejaría intacta la peligrosidad social indicada por la realización del acto ilícito, con la consiguiente posibilidad de aplicar las medidas de seguridad adecuadas. En otras palabras, aquí el estado de inimputabilidad prevalece sobre la disciplina del error, cuya relevancia puede considerarse absorbida por el primero²¹.

Como ejemplo de los dos tipos de error puede pensarse en el enfermo mental que dispara sobre otro, confundiéndolo en el primer caso con un robot a punto de atacarlo, y en el segundo creyendo, durante una partida de caza, que disparaba sobre una pieza de caza, sin que la enfermedad haya interferido en tal error de ejecución²².

¹⁸ Entre los diversos partidarios de la imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad cfr. SCARANO, *La non esigibilità nel diritto penale*, Milano, 1948, 45; MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 1979, 263; NUVOLONE, *La concezione giuridica italiana della colpevolezza*, en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, 5; PETROCELLI, *La colpevolezza*, Padova, 1955, 19 s.

¹⁹ BRICOLA, *Fatto del non imputabile*, cit., 6, que, a propósito de la otra orientación, habla de “adhesión fetichista a la letra de la ley”.

Según MARINUCCI, *Il reato come azione. Critica di un dogma*, Milano, 1971, 165, nota 109 (si bien mantiene en general una “sistemática teleológica”: 164 s.), la argumentación “formalista” de la unicidad de las nociones de dolo e imprudencia no carecería de un perfil sustancial, en cuanto consideraría de todas formas el fin de las medidas de seguridad. La aplicabilidad de éstas, de hecho, se vincula a la existencia de una peligrosidad no sólo objetiva, por la tipología del delito, sino también a indicios subjetivos, entre ellos el dolo y la imprudencia.

²⁰ Además de BRICOLA, *op. cit.*, 109 s., en particular 113, 116, 183 s., v. también por ejemplo PETROCELLI, *op. cit.*, 20; SANTAMARIA, *Colpevolezza*, en *Enc. dir.*, VII, 1961, 656. Más recientemente DOLCINI, *La commisurazione*, cit., 264 s.; E. GALLO, *Concorso di persone e reati associativi*, en *Rass. giust. mil.*, 1983, 15 s.; PADOVANI, *Diritto penale*, cit., 233.

²¹ En este sentido ROMANO, en ROMANO/GRASSO, *Commentario sistematico al cod. pen.*, II, Milano, 1991, pre art. 85 n.3, 6, 7-11, 2 s.; BERTOLINO, *L'imputabilità ed il vizio di mente nel sistema penale*, Milano, 1990, 562; FIORE, *Diritto penale*, P.G. I, Torino, 1993, 396 s. (limitado únicamente a los hechos que se incriminan también en la forma imprudente).

A conclusiones similares llegaba también la opinión que, considerando la imputabilidad un antecedente lógico de la responsabilidad, negaba toda relevancia autónoma al error del inimputable: FROSALI, *L'errore nella teoria del reato*, Roma, 1933, 242 s., 433 s. Cfr. también SANTUCCI, *Errore (Dir. pen.)*, en *Enc. dir.*, XV, 1966, 280.

²² Ejemplificaciones en PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, P.G., Milano, 1993, 397 s.

Son evidentes en las dos orientaciones recordadas los significados más generales: el primero se atiene rigurosamente a una lectura textual de las normas, sobre todo del art. 47 y de los arts. 222, 224, además del art. 203²³ con su referencia general al hecho previsto por la ley como delito como requisito, junto a la peligrosidad social, de la aplicación de las medidas de seguridad. El segundo, al denunciar el formalismo de la otra tendencia, hace valer por su parte la exigencia sustancial de respetar el necesario sustrato naturalístico de las nociones de dolo y de imprudencia, cuyo desvalor se vería vaciado en ausencia de la capacidad del sujeto agente de apreciar el desvalor de la conducta realizada. Además, se hace valer el argumento teleológico, según el cual la *ratio* misma de la norma contenida en el art. 222 quedaría en nada si en la primera situación el sujeto pudiese evitar el internamiento en el hospital psiquiátrico judicial, aduciendo el error como causa de incomplicidad del delito presupuesto.

Sería no obstante erróneo detenerse en esta contraposición y considerar que la oposición entre el normativismo y el naturalismo se refleja rígidamente en la división de los dos campos teóricos a que se ha aludido. De hecho, en relación con la disciplina del error, justamente su diferente relevancia por cuanto respecta al nexo con la causa de imputabilidad no puede considerarse mero reflejo de una realidad naturalística, resultando más bien de consideraciones de naturaleza normativa, y específicamente de racionalidad político-criminal. Esto destaca en particular cuando el error haya sido condicionado no por cualquier causa de exclusión de la imputabilidad, sino más en concreto por la ingestión de sustancias alcohólicas o estupefacientes: en tales casos, la relevancia del error a la hora de excluir la misma responsabilidad penal se hace depender de una investigación específica. Además de la normal verificación de la correlación con la causa de imputabilidad, se trata, de hecho, de comprobar si el sujeto habría podido evitar la previa ingestión de sustancias que después le han producido una representación falseada del mundo circundante. Cuando dicho momento precedente no sea adscribible al caso fortuito o no sea inevitable, las exigencias teleológicas que inducen a considerar existente la capacidad de entender y de querer, a pesar de la contrariedad al dato naturalístico, se reflejan sobre el mismo dolo, no reconociéndose efecto alguno disculpante a la situación de distorsión de la realidad que se haya producido en quien ingirió la sustancia.

Se revela así que la “ficción” de imputabilidad, como usualmente se considera la disciplina del art. 92 c.p.^{24,25}, a la luz de sus razones sustanciales se configura como una excepción al principio general de contemporaneidad entre los componentes subjetivos del ilícito y su realización material; y esto, como se ha visto, en relación no sólo a la capacidad de entender y de querer, sino también al mismo dolo. Análogamente, también la imprudencia se ve afectada por la señalada anticipación del momento de la relevancia: más que el momento de la toma de contacto material con el bien ofendido, es

²³ (N. del t.). Art. 203 c.p.: “Peligrosidad social.- A los efectos de la ley penal, es socialmente peligrosa la persona, incluso no imputable o no punible, que ha cometido alguno de los hechos indicados en el artículo precedente, cuando es probable que cometa nuevos hechos previstos por la ley como delitos.

La cualidad de persona socialmente peligrosa se infiere de las circunstancias indicadas en el artículo 133”.

²⁴ (N. del t.). Art. 92 c.p.: “Borrachera voluntaria o culposa o preordenada.- La borrachera no derivada de caso fortuito o de fuerza mayor no excluye ni disminuye la imputabilidad.

Si la borrechera estaba preordenada al fin de cometer el delito, o de prepararse una excusa, la pena se aumenta”.

²⁵ Sobre esta cualificación, v. sobre todo CRESPI, *Il problema della colpevolezza nell'ubriachezza volontaria e colposa*, en *Riv. it. dir. pen.*, 1950, 744; BRICOLA, *Finzione di imputabilità ed elemento soggettivo nell'art. 92 1° comma, c.p.*, en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1961, 486 s.

importante aquel a partir del cual se ha creado un riesgo no adecuado a las características de la conducta particular respecto de la verificación del resultado²⁶.

Como se ha visto ejemplificado por la específica problemática del error causado por las situaciones de incapacidad auto-procuradas, no se trata tanto de privilegiar unilateralmente una u otra perspectiva, naturalística o normativa, cuanto de encontrar el mejor equilibrio entre los dos puntos de vista. Este objetivo asume un diverso significado en relación a los ámbitos en los que se mueve: respecto al cuadro positivo, se trata de enfocar la solución que satisfaga mejor el sustrato naturalístico de las nociones implicadas en el texto de las normas, de forma compatible con la persecución de las exigencias teleológicas que en ellas se objetivan²⁷.

Otra investigación es, no obstante, la que concierne a la perspectiva de una mejor solución normativa al problema específico del error del inimputable y, más general, a las relaciones entre imputabilidad y culpabilidad. Aquí, en efecto, más que de una dogmática construida desarrollando consideraciones generales acerca de un modelo normativo ideal, deben asumir un relieve prevalente las consideraciones de política criminal. Justamente en esta nada fácil obra de valoración una contribución insustituible es ofrecida por la experiencia de otros sistemas penales, cuyas soluciones a problemas análogos constituyen, sin duda alguna, un enriquecimiento de los instrumentos teóricos y legislativos que pueden ser utilizados por el jurista habituado a no mirar más allá de la valla del propio confin normativo. Ciertamente ha de tenerse cuidado adoptando las oportunas cautelas frente a los riesgos de una comparación jurídica meramente abstracta, esto es, basada exclusivamente sobre la reflexión teórica y la construcción de los conceptos dogmáticos²⁸. Ahora bien, a quien no olvida la complejidad de la experiencia jurídica, con las interrelaciones recíprocas entre sus diversas dimensiones, no puede escapársele que las soluciones experimentadas en otros ordenamientos, si permiten evitar seguir pistas falsas, proyectando reformas que ya en otro lugar han manifestado límites teóricos y dificultades aplicativas, constituyen, por otra parte, un estímulo a la reforma del ordenamiento positivo según contenidos que ya en otro lugar han superado una verificación de concretización.

Por cuanto se refiere al tema aquí tratado, la comparación con el ordenamiento alemán es de particular interés, por cuanto es notorio en este contexto que se ha afirmado aquella concepción normativa de la culpabilidad, que atribuye a la imputabilidad un papel preciso dentro de la estructura del delito y en particular de la culpabilidad, entendida, justamente, como concepto normativo. Volvamos, por tanto, brevemente la atención a la solución alemana del problema.

3. LA COMPARACIÓN CON LA SOLUCIÓN ALEMANA

El ordenamiento alemán siempre ha diferenciado el presupuesto objetivo para la aplicación de las medidas de seguridad respecto del delito cometido por el sujeto impu-

²⁶ Para una profundización en esta perspectiva, permítaseme citar un trabajo mío: MILITELLO, *Modelli di responsabilità per incapacità procurata e principio di colpevolezza*, en *Responsabilità obiettiva e giudizio di colpevolezza*, STILE (cur.), Napoli, 1989, 483. En particular, en torno a la relevancia del momento en que se supera el riesgo adecuado respecto del juicio de imprudencia cfr. Id., *Rischio e responsabilità penale*, Milano, 1988, 156 s.

²⁷ Sobre tal canon metodológico cfr. *amplius*, MILITELLO, *Imputabilità ed assunzione di sostanze stupefacenti*, en *La riforma della legislazione penale in materia di stupefacenti*, BRICOLA/INSOLERA (cur.), cit., 139 s. Desde una perspectiva no distinta cfr. también BALBI, *Infermità di mente ed imputabilità*, en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 847 s., 860 s.

²⁸ Contra tales riesgos cfr. recientemente MAIWALD, *L'evoluzione del sistema penale tedesco in un confronto con il sistema penale italiano*, MILITELLO (cur.), Torino, 1993, 11.

table. La ley de 1933 sobre delincuentes habituales peligrosos y medidas de seguridad, exigía una “acción amenazada con pena” tanto en el par. 42 b *StGB*, como presupuesto del internamiento en una casa de reposo y de custodia, como en el par. 330 a *StGB*, como condición para la relevancia delictiva de la propia ingestión de sustancias embriagadoras (alcohol y estupefacientes). Con la reforma que entra en vigor en 1975 ha cambiado la referencia en ambas normas: un “hecho antijurídico” es ahora el presupuesto de la medida de seguridad y de la pena respectivamente previstas por los actuales par. 63 y 323 a *StGB*. Este anclaje permite una definición más neta de los elementos que deben integrarse en la conducta del sujeto inimputable: en el esquema tripartito, tipicidad del hecho y contrariedad del mismo respecto del ordenamiento.

Por lo demás, la difusión de construcciones del delito en las cuales la tipicidad no se integra por la conformidad de los simples elementos objetivos y materiales de la incriminación, sino que también exige la correspondiente actitud subjetiva, al menos en sus perfiles esenciales y constitutivos del particular delito que se analiza²⁹, vuelve a proponer la cuestión del error del inimputable, incluso en el diverso cuadro normativo que configura el vigente código alemán. 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 mencionadas.

Frente a esta dificultad también la doctrina alemana se divide siguiendo líneas teóricas que, si no siguen las mismas argumentaciones desarrolladas en el contexto italiano, son, sin embargo, ampliamente convergentes en las conclusiones. Una primera orientación reconoce la prevalencia de la norma sobre el error y, por tanto, en el caso de error del inimputable sobre el hecho, excluye en general la responsabilidad dolosa, independientemente de cualquier relación con la causa de inimputabilidad³⁰. Otros, sin embargo, afirman la necesidad de verificar si el error ha sido o no condicionado por la causa de inimputabilidad, y en el caso de una respuesta positiva, niegan relevancia autónoma al error, que se inserta en una personalidad que no expresa una actitud de contrariedad al derecho, sino que sólo puede ser peligrosa respecto a futuras ofensas a los bienes penalmente protegidos: por tal motivo se justifica la aplicación de la medida de seguridad prevista en el par. 63 *StGB*³¹.

4. LA RECIENTE TEORIZACIÓN ACERCA DE LA UNIDAD DE LA DOGMÁTICA PENAL MÁS ALLÁ DE LOS DISTINTOS ORDENAMIENTOS POSITIVOS: CONSIDERACIONES CRÍTICAS

Resumiendo los resultados de la, necesariamente, rápida confrontación entre los dos ordenamientos en cuestión, el dato que más salta a la vista es una suerte de premi-

²⁹ Sobre la afirmación, durante la segunda postguerra, de la concepción, de origen welzeliano, del así llamado “injusto personal”, cfr. los lúcidos panoramas ofrecidos, si bien desde perspectivas diversas, por HIRSCH, *Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik*, cit., 65 s.; y SCHÜNEMANN, *Einführung in das strafrechtliche Systemdenken*, cit., 37 s.

³⁰ Cfr. BLEI, *Strafrecht, AT*, München, 1975, 385 s.; DREHER/TRÖNDLE, *StGB-Kommentar*, München, 1995, 454 s.; HORN, en RUDOLPHI/HORN/SAMSON, *Systematischer Kommentar zum StGB*, Neuwied, 1993, 63, n.4. También JESCHECK, *Lehrbuch*, cit., 729, comparte esta posición, especificando, no obstante, que la conclusión debe ser diversa - y por tanto se puede aplicar la medida de seguridad - en los casos en que el error del sujeto inimputable haya recaído sobre eximentes y causas de exclusión de la culpabilidad: pero no en cuanto “condicionado” por la causa de enfermedad, sino más bien porque aquí estamos en presencia del componente doloso del hecho típico y de algunos elementos subjetivos del injusto.

³¹ Así STREE, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *StGB-Kommentar*, München, 1991, par. 63, n.7; HANACK, *Leipz. Kommentar zum StGB*, par. 63, n.223 s.; BOCKELMANN/VOLK, *Strafrecht, AT*, München, 1987, 284.

nencia de la dogmática sobre las elecciones positivas realizadas por los dos legisladores. Tanto la posición más destacada de los penalistas italianos, que además se caracteriza por una particular fidelidad a las normas del código Rocco, cuanto la doctrina alemana, que da relevancia al dolo ya en sede de hecho típico, llegan sustancialmente a la misma conclusión: en presencia de un error, aunque cometido por un sujeto inimputable, falta un elemento esencial del delito y no puede aplicarse ni siquiera la medida de seguridad.

Parecería de esta forma que se confirma la opinión a que aludía inicialmente, según la cual no debería concederse espacio alguno a una pluralidad de construcciones teóricas particulares, existiendo más bien sólo una dogmática penal verdadera o falsa³². Según esta concepción, el cambiante dato positivo podría, todo lo más, aportar una indicación, pero desde luego no decidir el destino del concepto de delito, al que se llegaría por vía deductiva a partir de los principios ontológicos, a su vez indiferentemente de su naturaleza lógica o normativa.

No considero fundamentada tal construcción metodológica, por múltiples motivos. De entre ellos excluiría rápidamente los riesgos de colonialismo cultural que se conectan con el modelo unificante de dogmática penal: una tal denuncia podría a su vez denotar una suerte de “provincianismo”, si proviene del mismo ambiente teórico que olvida la específica dimensión positiva en la cual se inserta³³.

El motivo principal proviene más bien del primado de la fuente normativa sobre la elaboración teórica, tanto más evidente en materia penal por el peculiar papel que en ella juega el principio de legalidad³⁴. A pesar de este territorio interior sustancia tan firme, no se puede dejar de lado la permanencia de una actitud de radical desconfianza frente a dicho primado, que lo considera expresión de “una idea realmente respetable, pero también un poco engañosa”³⁵ y termina por tacharlo de formalismo: así, se reprocha al canon metodológico de la relevancia jurídica para la configuración de las categorías dogmáticas una ciega subordinación a la ley y, al mismo tiempo del más ortodoxo positivismo jurídico, no se perdona una incurable ceguera respecto a las razones sustanciales y a los valores que informan las normas³⁶.

Ahora bien, la crítica no parece fundamentada en la materia que aquí se analiza, por cuanto la aludida preeminencia de las elecciones objetivadas en la ley respecto de las particulares construcciones teóricas se basa justamente en un argumento sustancial: la diversa legitimación que, en un estado de democracia representativa, compete respectivamente a las fuentes normativas y a la ciencia jurídica. Las primeras son expresión, directa o indirecta, de la soberanía popular y por ello pueden representar las exigencias de la colectividad asociada en grado máximo, que un sistema jurídico puede

³² Esta es la opinión de HIRSCH, en los trabajos a que se hacía referencia *supra* notas 6 y 9.

³³ Y que como tal corre el peligro de ser devuelta al emisor: por ejemplo, a los penalistas asiáticos que se preguntaban por la oportunidad o no de haber importado la dogmática alemana (cfr. a propósito del Japón, NISHIJARA, *Die Rezeption des deutschen Strafrechts durch Japan in historischer Sicht*, en *Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland*, cit., 13 s.; y FUKUDA, *Die Beziehungen zwischen der deutschen und der japanischen Strafrechtswissenschaft. Eine historische Studie*, *ivi*, 57 s.), ESER, *Zusammenfassende Betrachtungen*, cit., 445, se pregunta “por qué” se han dejado colonizar en tal dirección.

³⁴ La particular rigidez de la vinculación a la ley para la dogmática penal es, por ejemplo, puesta de relieve por MAIWALD, *Dogmatik und Gesetzgebung im Strafrecht der Gegenwart*, en *Gesetzgebung und Dogmatik*, BEHREND/S/HENKEL (Hrsg.), Göttingen, 1985, 122.

³⁵ Así, icásticamente, DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, 1991, 366.

³⁶ En un orden conceptual análogo recientemente se ha dicho paladinamente que “el penalista que se abandone al positivismo penal se transforma en un ingeniero en defensa del Estado”: así NAUCKE, *Die Aushöhlung der strafrechtlichen Gesetzlichkeit durch den relativistischen, politisch aufgeladenen strafrechtlichen Positivismus*, en *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, ALBRECHT et AL., Frankfurt, 1995, 494. Más en general, sobre la acusación de formalismo científico frente a la dogmática de impronta positivista, cfr. por ejemplo BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, Torino, 1979, 260 s.

actualmente asegurar³⁷. Con este fundamento se comprende cómo el “gobierno de la ley” representa una de las llamadas “máximas de justicia” que cualifican un ordenamiento jurídico³⁸, sin que, por otra parte, ello excluya completamente la posibilidad de abuso del propio instrumento legal.

De esta fundamental opción teórica se derivan numerosas consecuencias en varias direcciones; señalo a continuación cuatro por su importancia. En primer lugar, el primado de la legalidad no equivale a olvidar las garantías del individuo, abandonándolo a la disponibilidad del legislador, hasta el límite del arbitrio: ya hace tiempo que en todos los ordenamientos liberaldemocráticos occidentales existe una fuente primaria que establece los principios fundamentales que, bajo pena de inconstitucionalidad, las múltiples normas del sistema positivo deben respetar³⁹. Puede considerarse ya aceptado que entre las tareas de una dogmática prudente -no sólo penal, pero especialmente si lo es- no puede faltar la selección y la elaboración de los susodichos principios y la verificación constante de su realización en la disciplina positiva ordinaria⁴⁰.

Sobre la base de esta primera aclaración resulta más fácil entenderse acerca de los límites de la señalada variedad de dogmáticas en relación a las particularidades de las concretas realidades positivas. Nadie puede dudar seriamente de que, a un cierto nivel de abstracción conceptual, la noción de delito que se desprende de un gran número de ordenamientos positivos pueda ser fundamentalmente común. Así, en todos aquellos sistemas jurídicos que comparten una particular visión de la relación entre la persona humana y el Derecho, y que coinciden ampliamente con los vigentes en los modernos estados democráticos occidentales, el delito se podrá considerar un hecho humano al cual se liga una sanción penal con la forma del “deber ser jurídico”. El valor de esta “teoría general del delito” en el plano especulativo no puede ser contestado; sin embargo, si se trata de individualizar los elementos constitutivos de esa misma noción, que condicionan los límites dentro de los cuales un suceso particular integra el “deber ser jurídico” de la sanción penal, no se puede hacer otra cosa que enfrentarse a la dimensión positiva de las elecciones normativas, potencialmente variables en los diversos ordenamientos⁴¹.

³⁷ Evidencia muy bien esta matriz del principio de legalidad en derecho penal W. FRISCH, *Wesentliche Strafbarkeitsvoraussetzungen einer modernen Strafgesetzgebung*, en *Von totalitärem zu rechtsstaatlichem Strafrecht*, ESER/KAISER/WEIGEND (Hrsg.), Freiburg, 1994, 249. V. también BAUMANN, *Dogmatik und Gesetzgeber. Vier Beispiele*, en *Festschrift für Jescheck*, I, Berlin-New York, 1985, 177 s. Entre nosotros, en referencia a las relaciones entre dogmática y política criminal, PAGLIARO, *Principi*, cit., 103. En el mismo sentido v. también Id., *Imputazione oggettiva dell'evento*, cit., 786; Id., *Sullo schema di legge delega per un nuovo codice penale*, en *Giust. pen.*, 1993, 176.

³⁸ Sobre esta perspectiva, también refiriéndose específicamente al principio de legalidad en materia penal y a sus implicaciones, cfr. ampliamente RAWLS, *A Theory of Justice* (1971), trad. it. (di SALVINI), *Una teoria della giustizia*, Milano, 1984, 202 s.

³⁹ Haber intuido y valorado este punto de vista “externo” a la normación positiva ordinaria, pero al mismo tiempo siempre “interno” al ordenamiento jurídico de un Estado de Derecho, supone un mérito histórico del pensamiento del prof. BRICOLA, cuyo eco ha traspasado, no por casualidad, los mismos confines de la ciencia penal italiana: cfr. por ejemplo TIEDEMANN, *Verfassungsrecht und Strafrecht*, Heidelberg, 1991, 4 s. La tendencia a la constitucionalización del derecho penal constituye, por lo demás, un dato central en sede de macrocomparación: PRADEL, *Droit pénal comparé*, Paris, 1995, 49 s.

⁴⁰ Así, en un plano general, BEIRENDS, *Das Bündnis zwischen Gesetz und Dogmatik und die Frage der dogmatischen Rangstufen*, en *Gesetzgebung und Dogmatik*, BEIRENDS/HENKEL (Hrsg.), cit., 10. En referencia concreta a la doctrina penal italiana, la difusión del método indicado se puede comprobar en los manuales más recientes: FLORA, *Il rilievo dei principi costituzionali nei manuali di diritto penale*, en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 187 s.

⁴¹ Ya subrayaba la duplicidad de planos lógicos entre noción y estructura del delito, señalando que sólo la segunda dependía de los singulares ordenamientos positivos, PAGLIARO, *Il fatto di reato*, Palermo, 1960, 92.

Claro que definir cuánto de común e independiente de los concretos contextos positivos y, por otra parte, cuánto de mutable y normativamente condicionado haya o deba haber en la dogmática penal puede ser una obra no sencilla, especialmente ante la presencia de elementos de contraste: por un lado piénsese, por ejemplo, en los factores, referidos al inicio, que denotan una tendencia a la armonización de los contextos positivos, cuando menos en el interior de una determinada área jurídica; por otro lado, piénsese en la conciencia adquirida de que determinadas figuras dogmáticas, lejos de moverse en un indeterminado “cielo de los conceptos jurídicos”, nacen de concretas exigencias emanadas de la configuración de los particulares sistemas positivos⁴².

La decisión referente al particular punto de equilibrio entre los dos extremos indicados, lejos de ser una cuestión neutral respecto a los valores afirmados por el ordenamiento jurídico, no puede obviar que el derecho penal no es separable de la cultura de una determinada sociedad⁴³. Ello, por una parte, ayuda a comprender las razones de la orientación a una construcción teórica no limitada por las barreras nacionales y ordenamentales: el núcleo de verdad de tal tendencia deriva de la difusión en todos los países de un amplio cuadro de valores, los cuales encuentran un reconocimiento normativo en los ya mencionados principios constitucionales. Por otro lado, sin embargo, se evidencian también los límites, cuando menos actuales, de esta perspectiva: en primer lugar, las realidades particulares de los diversos ordenamientos presentan todavía elementos de diferencia, que no pueden ser obviados sin arriesgarse a formular teorías condenadas desde el inicio a resultar improductivas. Por otra parte, los principios comunes presentan un nivel de generalidad que los hace capaces de resultar compatibles con un número verdaderamente elevado de posibles concreciones normativas y de sistematizaciones teóricas conexas.

Para individualizar la indagada respuesta sobre los puntos de comunión de la teoría penal no queda sino aprovechar al máximo la duplicidad de funciones atribuibles a la dogmática: sistemática, en cuanto la misma ordena el material normativo existente para asegurar certeza aplicativa y racionalidad en las aplicaciones judiciales, y, por otra parte, crítica, cada vez que se constate que la dimensión positiva no resulta adecuada a la dogmática “verdadera”⁴⁴. A la luz de ello, respecto al mencionado subrayado reciente del carácter fundamentalmente unitario de la dogmática penal, no resulta quizás inútil afirmar la permanente vitalidad de la función garantista y sistemática de la disciplina, que al tiempo la vincula necesariamente a la realidad positiva de los particulares ordenamientos, al menos como punto de partida de la elaboración teórica⁴⁵.

⁴² Paradigmática al respecto resulta ser, por ejemplo, la construcción alemana del “autor mediato”: PADOVANI, *Le ipotesi speciali di concorso nel reato*, Milano, 1973, 50 s.; PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato*, Palermo, 1952, 35; SINISCALCO, *Autore mediato (dir. pen.)*, en *Enc. dir.*, IV, 1959, 445; WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, Berlin-New York, 1969/11, 101.

⁴³ Solo a título ejemplificativo, baste llamar la atención sobre las opiniones concordantes, en relación con ello, de autores de distinta proveniencia cultural: KADISH, *Complicity; Cause and Blame: A Study in the interpretation of the Doctrine*, en *Rechtfertigung und Entschuldigung*, II, ESER/FLETCHER(Hrsg.), Freiburg, 1988, 1326; NAUCKE, *Die Aushöhlung der strafrechtlichen Gesetzlichkeit*, cit., 485, 495; SILVA SANCHEZ, *Sobre las posibilidades y límites de una dogmática supranacional*, cit., 13. No parece, por lo tanto, que pueda ser compartida la absoluta negación de que las diversidades culturales y de visiones del mundo influyan sobre la “elaboración científica de las teorías generales del hecho delictivo” (por el contrario, de esta opinión todavía, HIRSCH, *Gibt es eine national unabhängige Strafrechtswissenschaft?*, cit., 53).

⁴⁴ Señala tal duplicidad de funciones MAIWALD, *Dogmatik und Gesetzgebung im Strafrecht der Gegenwart*, cit., 121.

⁴⁵ Subraya con vigor tal contribución garantista GIMBERNAT ORDEIG, *Hat die Strafrechtsdogmatik eine Zukunft?*, cit., 405 s. Cf. asimismo ZIPF, *Kriminalpolitik* (19802), trad. it. (de BAZZONI) *Politica criminale*, Milán, 1989, 20.

Un elemento diferencial aparece señalado por la asunción como punto de partida de la dogmática no de las normas positivas -y por tal medio de los fines objetivados en las mismas, pero también inevitablemente filtrados por las formulaciones legales- sino de un *continuum* entre las “determinaciones de los

En este punto se puede precisar un tercer motivo de reflexión. Lo afirmado hasta el momento permite comprender cómo una teoría elaborada a partir de un determinado contexto positivo puede servir también para explicar problemas análogos en ordenamientos distintos: la construcción teórica se hace tal en la medida en que tiende a una generalización de la propia capacidad aplicativa, que supere lo contingente y lo limitado. Si, como es evidente, ello no puede ser defendido hasta el punto de forzar la lectura de normas internas, reconduciéndolas de forma mendaz a lógicas preconstituidas por otros institutos, no menos se debe evitar el empleo de teorías inadecuadas al tejido positivo de un ordenamiento distinto al de origen. Verdaderamente, por lo tanto, la alternativa fundamental debe establecerse entre la “falsa” y la “verdadera” dogmática; sólo que los contenidos de esta oposición no presuponen, sino que en principio excluyen, la asunción de un modelo conceptual insensible a los concretos conceptos positivos.

Al final, y sobre todo, las observaciones hasta aquí desarrolladas no impiden reconocer que un mismo contexto normativo puede ser compatible con distintas lecturas dogmáticas. Estas tienen, en vía de principio, una legitimidad similar, al menos mientras no entren en contradicción con específicas normas del concreto ordenamiento considerado y con las correspondientes consecuencias jurídicas⁴⁶. La preferencia podrá ser otorgada a una u otra en relación a su mayor capacidad argumentativa, y en esta valoración influirán factores distintos: por ejemplo, el grado de adhesión a los principios constitucionales, la capacidad explicativa de los problemas jurídicos aportada por las normas positivas, la racionalidad lógica de las correspondientes tesis, etc. No se debe dejar de mencionar que el indicado carácter relativo de la dogmática vale también para la adoptada por el propio legislador: de hecho, su particular legitimación alcanza sólo la posición de normas, esto es, la conexión de determinadas consecuencias con los hechos descritos, y no se extiende, sin embargo, a las particulares concepciones sistemáticas del delito en las cuales se quiere inspirar⁴⁷.

Así, por ejemplo, la ubicación de la imputabilidad en un grupo de normas relativas al reo y no directamente al hecho no puede aportar ningún argumento en relación con la reconducibilidad o no a los elementos del delito de la capacidad de entender y de querer. Si esto es verdad, es perfectamente posible que incluso en nuestro ordenamien-

fines políticos últimos”, la articulación de éstos “en el sistema legal” y, por último la “concreción en la cualificación jurídico-penal de los casos de referencia”: para tal concepción cfr. PULITANO, *Politica criminale* (1983), también en *Diritto Penale in trasformazione*, MARINUCCI-DOLCINI (cur.), Milano, 1985, 37. Si bien entiendo esta integración de momentos, de ello deriva una posibilidad de acción de la dogmática que se arriesga a legitimar una elección directa de fines políticos últimos por parte del intérprete, al menos cada vez que la correspondiente concreción legislativa se (repute como) insuficiente o inadecuada a la calificación del caso concreto. En tales condiciones, la necesidad de integrar la consideración teleológica de las normas en la elaboración dogmática me parecería impuesta a costa de una insostenible subordinación de la fundamental función de garantía que compete a esta última.

⁴⁶ La coexistencia de diversos sistemas conceptuales en el seno de la ciencia penal es reconocida en general por PULITANO, *Quale scienza del diritto penale*, cit., 1222. Sobre la “convencionalidad” de las construcciones posibles en materia de estructura del delito, cfr. asimismo FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale*, P.G., Bologna, 19953, 150. Ello, por lo demás, no legitima una suerte de “intercambiabilidad a placer” de las categorías dogmáticas, contra cuyos riesgos cfr. MARINUCCI, *Fatto e scriminanti. Note dogmatiche e politico-criminali* (1983), también en *Diritto penale in trasformazione*, cit., 182s.

⁴⁷ Captaba con precisión tal insuperable límite a la fuerza vinculante de las “clasificaciones y denominaciones legislativas” PETROCELLI, *Reato e punibilità* (1960), también en *Saggi di diritto penale*, II serie, Padova, 1965, 34. El argumento se utiliza asimismo para refutar el peso determinante de las expresiones empleadas en el propio Código Penal alemán reformado, a pesar del cuidado que lo caracteriza en el empleo de nociones relativas a la estructura del delito: cfr., por ejemplo, con respecto a la importante innovación del par. 35 (estado de necesidad excusante), JESCHIECK, *Lehrbuch*, cit., 432, nota 3, para contrastar la relevancia exclusiva de la referencia textual a la ausencia de culpabilidad, subrayado en cambio para individualizar el fundamento de la previsión por ACHENBACH, *Wiederbelebung der allgemeinen Nichtzumutbarkeitsklausel im Strafrecht?*, en *JR*, 1975, 494.

to la gradual penetración de la noción normativa de culpabilidad, en la cual la imputabilidad juega un papel de elemento primario, o incluso la progresiva aceptación de un momento de tipicidad en el dolo y en la imprudencia, lleven a excluir que en presencia de una causa de no imputabilidad el hecho delictivo pueda considerarse completo en todos sus elementos objetivos y subjetivos. Mientras tales construcciones teóricas no sean de hecho incompatibles con uno o más datos positivos, las mismas pueden suplantarse otras concepciones acogidas con anterioridad, incluso en el mismo tejido normativo. El eventual límite establecido por una o más normas positivas, que dispongan consecuencias jurídicas no concordables con un cuadro teórico deseado podrá ser superado sólo mediante las fuentes de producción admitidas por el ordenamiento. Una decisión en tal sentido no deberá obviar, por lo demás, que la racionalidad y la economía en el recurso a los instrumentos normativos aconsejan emplearlos sólo para afrontar exigencias de distinta disciplina, y no en cambio cuando se intenta adecuar las normas a particulares concepciones dogmáticas y sistemáticas.

5. UNA RELECTURA DEL HECHO DEL INIMPUTABLE.

Respecto al marco positivo italiano, más allá de las importantes pero circunscritas hipótesis previstas por los art. 49⁴⁸ y 115 c.p.⁴⁹, para la aplicación de una medida de seguridad se requiere, entre otras cosas, un hecho previsto como delito, como indican claramente los arts. 202⁵⁰ y 203 c.p. Para entender tal locución el camino a recorrer no parece el de acreditar una noción más o menos amplia en relación a la construcción teórica del delito, en cuanto esta última se modela, en cualquier caso, sobre la conducta ilícita de un sujeto plenamente capaz de entender y de querer. Un presupuesto cuya ausencia en el caso de inimputabilidad no puede quedar sin consecuencias para la configuración de los modelos del correspondiente ilícito penal⁵¹.

⁴⁸ (N. del t.). Art. 49 c.p.: “Delito erróneamente supuesto y delito imposible.- No es penalmente responsable quien comete un hecho que no constituye delito, en la suposición errónea de que el mismo constituye delito.”

La responsabilidad penal queda igualmente excluida cuando, por la inidoneidad de la acción o por la inexistencia del objeto de la misma, resulta imposible el resultado lesivo o peligroso.

En los casos previstos en las disposiciones precedentes, si concurren en el hecho los elementos constitutivos de un delito distinto, se aplica la pena establecida para el delito efectivamente cometido.

En el caso recogido en el primer párrafo, el juez puede disponer que el imputado absuelto quede sujeto a una medida de seguridad”.

⁴⁹ (N. del t.). Art. 115 c.p.: “Acuerdo para cometer un delito. Instigación.- Salvo que la ley disponga otra cosa, cuando dos o más personas se concierten con el fin de cometer un delito, y éste no se cometa, ninguna de ellas es penalmente responsable por el solo hecho del acuerdo.

No obstante, en el caso de acuerdo para cometer un delito, el juez puede aplicar una medida de seguridad.

Las mismas disposiciones se aplican en el caso de instigación para cometer un delito, si la instigación ha sido aceptada, pero el delito no ha sido cometido.

Cuando la instigación no haya sido aceptada, y se haya tratado de instigación a un delito, el instigador puede quedar sujeto a una medida de seguridad”.

⁵⁰ (N. del t.). Art. 202 c.p.: “Aplicabilidad de las medidas de seguridad.- Las medidas de seguridad pueden ser aplicadas sólo a las personas socialmente peligrosas que hayan cometido un hecho previsto por la ley como delito.

La ley penal determina los casos en los cuales a personas socialmente peligrosas pueden serles aplicadas medidas de seguridad por un hecho no previsto por la ley como delito”.

⁵¹ No se debe obviar que un idéntico presupuesto resulta aplicable a las hipótesis del denominado cuasi-delito, previstas por los recordados arts. 49 y 115. Por tal motivo, la autónoma previsión, como posibles requisitos para la aplicación de las medidas de seguridad, de los hechos que no están previstos por las leyes como delitos (según la fórmula indicada en el propio art. 202. 2º párrafo y en el art. 229, n. 2), no altera la exigencia de analizar la distinta morfología del hecho cometido por el inimputable cuando el mismo resulta relevante a los fines de la aplicabilidad de las mismas medidas.

Parece en cambio preferible buscar el fin de la referencia contenida en los artículos citados en relación al particular subsistema penal en el cual se inscribe la expresión citada con anterioridad. Resulta así que en el contexto de los arts. 202 y 203 la noción de hecho previsto como delito no es asumida de modo aislado como presupuesto de las medidas de seguridad, sino que está necesariamente conectada al requisito de la peligrosidad social. Para ser rigurosos, es esta última noción la que ocupa una posición principal, porque del hecho previsto como delito se prescinde en las hipótesis concretas previstas por los arts. 49 y 115. Además, el ordenamiento penal ha evolucionado notoriamente hacia una creciente relevancia de la efectiva peligrosidad social del autor del hecho, con el gradual desmantelamiento y la definitiva abolición de las numerosas presunciones originariamente previstas por el Código de 1930⁵².

Se trata, por lo tanto, de valorar la noción de peligrosidad social, la cual pretende comprobar la probabilidad de que en el futuro el autor del ilícito realice ulteriores ofensas a los bienes penalmente relevantes. Sea cual sea el destino que el futuro reserva a tal juicio probabilístico, del cual a menudo se indica la problemática verificabilidad empírica⁵³, el mismo asume una relevancia positiva absolutamente central respecto al sistema sancionador para los sujetos incapaces de entender y de querer; papel, por lo tanto, no despreciable para una dogmática que, según lo que se ha intentado debatir con anterioridad, pretenda desarrollar las propias construcciones teóricas partiendo del cuadro normativo vigente.

Desde tal perspectiva, se comprende que del concepto de hecho previsto como delito, relevante para comprobar la peligrosidad social de su autor, no deben quedar al margen todos los componentes que puedan aportar indicaciones para la formulación de tal juicio. En consecuencia, cuando la concreta realización de la conducta no expresa ningún síntoma de peligrosidad futura, no se puede considerar integrado tal requisito objetivo -que se requiere para la aplicabilidad de las medidas reservadas al inimputable- sólo en virtud de la identidad terminológica con el concepto de hecho delictivo, a su vez modelado a la medida de los sujetos capaces de entender y de querer. Una conclusión distinta, que señale la validez generalizada de una noción única de hecho, no sólo resulta discutible ya en línea de principio⁵⁴, sino que descuidaría la necesidad de colmar el conocimiento del concreto dato lingüístico con el específico contexto expresivo sobre el cual se proyecta, a la luz de los fines perseguidos por el ordenamiento mediante el concreto sector de las medidas para los sujetos incapaces de entender y de querer⁵⁵.

⁵² Una síntesis de tan laborioso camino en GRASSO, en ROMANO/GRASSO/PADOVANI, *Commentario sistematico del cod. pen.*, III, Milano, 1994, pre-art. 199, nn. 40-54, 368s.

⁵³ Para referencias al respecto cfr. CALABRIA, *Sul problema dell'accertamento della pericolosità sociale*, en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 782; FORNARI, *Misure di sicurezza e doppio binario: un declino inarrestabile?*, *ivi*, 1993, 582s.

⁵⁴ Por ejemplo, para el concreto -pero significativo- sector del concurso de personas, ha venido indicándose la necesidad de que el concepto de delito no sea "asumido a priori según una noción fija", sino que resulte "reconstruido a través de una interpretación que considere el efectivo significado que la locución asume en cada momento en el plano normativo": así PADOVANI, *Le ipotesi speciali di concorso nel reato*, *cit.*, 198.

⁵⁵ A pesar de que la doctrina ha destacado desde el inicio la cualidad de síntoma que el requisito del "hecho previsto como delito" debe tener respecto a la peligrosidad social (cfr. ya ROCCO, *Le misure di sicurezza e gli altri mezzi di tutela giuridica*, en *Opere giuridiche*, Roma, 1933, 738), ha predominado una interpretación del mismo separada de tal conexión (cfr., por ejemplo, FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale*, *cit.*, 769s.; RUGGIERO, *Punibilità*, en *Enc. dir.*, XXXVII, 1988, 1129).

En la jurisprudencia la consideración unitaria del hecho cometido, al margen de la imputabilidad o inimputabilidad del sujeto, termina por alterar el propio valor reconocido a tal noción a los fines del juicio de peligrosidad. Paradigmática, al respecto, Cass. 4 junio 1992, C.E.D.n. 191307: "El delito atribuido al sujeto que ha resultado inimputable por vicio total de la mente es sin embargo considerado, desde una perspectiva objetiva, como si hubiese sido cometido por persona capaz de entender y de querer, y por lo tanto distinguiendo no sólo los elementos para la verificación del dolo o de la imprudencia, sino también todas las

Es en tal óptica general donde se hace una relectura de la específica problemática del error del sujeto inimputable: el estado de falsa representación de la realidad privará al hecho cometido del mencionado especial valor sintomático cada vez que de las circunstancias concomitantes a la acción y de las modalidades de la misma se pueda deducir que seguramente en un error análogo habría incurrido también un sujeto cuidadoso colocado en la misma posición del inimputable. Así, también el error sobre la existencia de una causa de justificación y no sólo el error sobre el hecho podrá denotar la anómala condición del sujeto agente, que, por ejemplo, a causa de una manía persecutoria en relación con todos los hombres uniformados, cree que debe defenderse del guardia que le ha pedido que muestre su documentación identificativa. No es que el error resulte irrelevante respecto al estado de inimputabilidad del sujeto, ni parece oportuno afirmar que el error resulte “absorbido” por éste; al contrario, es precisamente el hecho cometido en situación de error el que en los casos mencionados expresa el valor sintomático de peligrosidad, requerido en general en nuestro ordenamiento positivo para la aplicación de las medidas de seguridad.

Si se está de acuerdo con lo señalado hasta el momento en el plano de la disciplina jurídica, no deberían levantarse serios obstáculos para desarrollar a partir de ello la consecuencia dogmática respecto de la ubicación sistemática de la imputabilidad en la estructura general del delito. Si el error que deriva de la causa de inimputabilidad no excluye que el hecho pueda considerarse en todo caso realizado, como requieren los arts. 202 y 203 c.p., no se puede restringir la relevancia de la imputabilidad a un momento separado y ulterior respecto de la integración de todos los elementos del delito, objetivos y subjetivos, positivos y negativos. De otro modo, no se comprendería cómo la no complitud del delito, dependiente de la relevancia del error, debería ser condicionada por el elemento de la imputabilidad, una vez que éste se quiere verificar en un momento posterior. En tal *tempus* el delito estaría de hecho ya perfeccionado en sus elementos constitutivos y restaría la cuestión de imputarlo a un sujeto, verificando si éste es o no capaz de quedar sujeto a sanciones penales por el hecho cometido.

Para hacer compatible tal construcción con la teoría general del derecho se debería, sin embargo, recurrir a una conclusión artificiosa, considerando que la comprobación de la causa de inimputabilidad opere como condición suspensiva para la relevancia del error. Quedaría, de todos modos, una impresión de formalización excesiva de tal construcción teórica, porque la misma entraría claramente en contradicción con el dato no sólo empírico, sino también -como se ha subrayado- normativo, según el cual el error, para indicar la peligrosidad del sujeto, debe encontrar su propia causa, y por lo tanto su propio origen, en la particular situación de inimputabilidad.

Se debe entonces preferir una consideración del hecho del inimputable que permita comprender también la verificación del nexo entre la causa de incapacidad de entender y/o de querer y el eventual error. En presencia de tal nexo se integra igualmente el hecho requerido por los recordados arts. 202 y 203 junto y en conexión con la peligrosidad del sujeto. Donde, en cambio, falte dicho nexo, el error excluye la propia tipicidad subjetiva del hecho y no llega a asumir relevancia autónoma la situación de inimputabilidad que excluye la culpabilidad. Puesto que la correspondiente causa de inimputabilidad no se manifiesta en un hecho connotado específicamente por la peligrosidad del sujeto, resulta por lo tanto inaplicable la medida de seguridad en el sentido de las mencionadas normas. A la luz de ello, la indagación relativa a la inimputabi-

circunstancias atenuantes o agravantes que tengan incidencia sobre la entidad del propio delito y, por lo tanto, sobre la peligrosidad del sujeto; ello en aras igualmente de establecer la duración mínima de la eventual medida de seguridad”. De ello se deduce la legitimidad de considerar la “agravante de premeditación, en sí o por sí no estrictamente incompatible con el vicio psíquico, a los fines de la determinación de la duración mínima del internamiento en hospital psiquiátrico judicial”.

lidad comporta una ampliación de la tipicidad, debiéndose verificar la eventual conexión entre la relativa causa y el error cometido por el sujeto: se trata, por lo tanto, no de un momento de negación respecto a un elemento ya integrado, sino más bien de un punto de partida para las ulteriores verificaciones de los elementos del delito.

Sólo a la luz de tal prioridad lógica -más que temporal- se puede explicar cómo el elemento subjetivo del hecho del inimputable no es el dolo o la imprudencia, que en cambio serían necesarios en el delito cometido por el sujeto normalmente capaz de entender y de querer, sino que es más bien una particular situación subjetiva que se limita a una genérica dirección de la voluntad del sujeto inimputable a la ofensa del bien tutelado o, en su caso, a la violación del deber objetivo de diligencia⁵⁶.

6. LA INTERVENCIÓN DE OTROS SUJETOS EN LA DETERMINACIÓN O EN LA UTILIZACIÓN DEL ERROR DEL INIMPUTABLE.

Resulta digno de interés un conjunto de situaciones que no siempre es considerado adecuadamente en relación con el problema examinado: los casos en los cuales la falsa representación de la realidad del inimputable, que ha determinado la comisión de un delito, ha sido directa o indirectamente influenciada por un sujeto distinto. Se pueden distinguir dos configuraciones principales: en la primera un sujeto provoca el propio estado de inimputabilidad en otro, el cual a consecuencia de ello comete posteriormente un delito; en la segunda un sujeto se sirve de otro, que se encuentra ya en una situación de inimputabilidad, para hacerle cometer un delito. A su vez las dos situaciones principales pueden ser posteriormente analizadas: por lo que se refiere a la primera, son individualizables dos alternativas, según que la comisión del posterior delito por parte del sujeto tornado incapaz sea o no la propia finalidad del otro que ha ocasionado tal estado. También la otra tipología fundamental puede concretarse en dos relaciones distintas, esta vez según que el error cometido por el sujeto inimputable haya sido propiamente inducido o simplemente utilizado por otro sujeto.

En esta sede no interesa profundizar en el perfil de la responsabilidad de quien determina el estado de inimputabilidad del otro o utiliza el consiguiente error sobre el hecho⁵⁷, sino más bien considerar las consecuencias de esta intervención externa sobre la posición del sujeto inimputable que ha cometido por error un delito. A tal fin, ya no es suficiente limitarse a verificar si el error del sujeto tornado incapaz ha sido o no naturalmente condicionado por la correspondiente causa de inimputabilidad. Será necesario

⁵⁶ Reservas al respecto en CASTALDO, *Der durch Geisteskrankheit bedingte Irrtum: ein Umgelöstes Problem*, en ESER/PERRON (Hrsg.), *Rechtfertigung*, cit., 346s., quien, sin embargo, no parece proponer soluciones alternativas convincentes.

⁵⁷ Por lo tanto, quedan al margen de la cuestión aquí considerada aquellos casos, de por sí no menos problemáticos, de error sobre la imputabilidad de otro. También en este punto son posibles dos alternativas: el sujeto puede instigar a otro a cometer un delito confiando en la inimputabilidad de éste, que en realidad es capaz de entender y de querer; o la situación opuesta en la que se cree participar con otro sujeto imputable en la realización del delito, cuando este último carece de la necesaria capacidad de entender y de querer y, por lo tanto, es sólo un "instrumento" en las manos del primer sujeto. No es difícil destacar la diferencia entre los casos de error del inimputable y las dos hipótesis ahora subrayadas: en estas últimas es un sujeto imputable quien incurre en error y tal falsa representación tiene sólo por objeto la capacidad de entender y de querer del otro sujeto. La correspondiente problemática se reconduce, por lo tanto, a la dogmática en materia de participación en el delito, al menos si se está de acuerdo en la posibilidad de diferenciar en nuestro contexto positivo entre las posiciones de responsabilidad de los diversos intervinientes en el delito: al respecto, cfr. PADOVANI, *Le ipotesi speciali*, cit., 51s. y nota 74, 99s.

más bien formular un juicio de mayor amplitud, que tenga en cuenta la génesis del hecho cometido por el inimputable; sólo a la luz del resultado así alcanzado se podrá evaluar si hay una corresponsabilidad de tal sujeto en el delito realizado o éste puede representar una manifestación de su peligrosidad.

Ello es lo primero que debe ser excluido en los casos en que la situación de inimputabilidad de un sujeto haya sido determinada por un extraño con el fin de hacerle cometer un delito, por lo menos mientras por tal situación no pueda articularse un reproche al sujeto tornado incapaz. Con respecto a la causa de exclusión de la imputabilidad en la cual una tal "inducción desde el exterior" aparece efectivamente concretizable⁵⁸, se puede formular el ejemplo de Tizio que, sin darlo a conocer a Caio, le echa en el vaso un potente alucinógeno con el fin de hacerle matar posteriormente a un camarero, confiando en que, en el momento en que éste se acerque a la mesa de ambos, el estado de alteración de la realidad provocado por la sustancia hará que Caio lo confunda con un ser monstruoso del que hay que defenderse a cualquier precio. En un caso semejante, del homicidio acaecido no se podrá derivar ningún tipo de responsabilidad de Caio, el cual sin culpa suya ha sido instrumentalizado por el otro sujeto.

Del delito cometido de esta forma responderá en primer lugar quien ha articulado toda la ejecución, de acuerdo con lo dispuesto en nuestro art. 86 c.p.⁵⁹, y tal responsabilidad será además agravada, sea en virtud del art. 111 c.p.⁶⁰ o por la concurrente aplicabilidad del art. 613 c.p.⁶¹. Profundizando, sin embargo, en la posición del sujeto tornado incapaz de entender y de querer, resulta necesario, en primer término, clarificar la distinción con las situaciones en las que éste haya consentido a colocarse en dicho estado con el fin de cometer el delito: estos son de hecho reconducibles al esquema de la *actio libera in causa* y a lo dispuesto por el art. 87 c.p.⁶². Cuando, por el contrario, el estado de incapacidad ha sido provocado por otro sin el conocimiento del sujeto que ha posteriormente cometido el delito, se excluye una responsabilidad de este último.

⁵⁸ Como ha demostrado PADOVANI, *op. ult. cit.*, 79s.

⁵⁹ (N. del t.). Art. 86 c.p.: "Determinación en otro del esto de incapacidad con el fin de hacerle cometer un delito.- Si alguien coloca a otro en estado de incapacidad de entender o de querer, con el fin de hacerle cometer un delito, del delito cometido por el persona tornada incapaz responde quien ha causado la incapacidad".

⁶⁰ (N. del t.). Art. 111 c.p.: "Determinación al delito de persona inimputable o no responsable penalmente.- Quien ha determinado a cometer un delito a una persona inimputable o no responsable penalmente a causa de una condición o cualidad personal, responde del delito cometido por ésta, y la pena se agrava. Si se trata de delitos para los cuales está previsto el arresto provisional, la pena se agrava de un tercio a la mitad.

Si quien ha determinado a otro a cometer el delito es el padre o la madre que ejercen la potestad, la pena se agrava hasta la mitad o, si se trata de delitos para los cuales está previsto el arresto provisional, de un tercio a dos tercios".

⁶¹ En relación con las dos formas distintas de agravación de la responsabilidad del sujeto determinante cfr., respectivamente, PADOVANI, *op. ult. cit.*, 64s., 212; y ROMANO, en ROMANO/GRASSO, *Commentario sistematico del cod. pen.*, II, art. 86, n. 4, 19.

(N. del t.). Art. 613 c.p.: "Estado de incapacidad provocado mediante violencia.- Quien, mediante sugestión hipnótica o en vela, o mediante suministro de sustancias alcohólicas o estupefacientes, o por cualquier otro medio, coloca a una persona, sin su consentimiento, en estado de incapacidad de entender o de querer, será penado con reclusión de hasta un año.

El consentimiento otorgado por las personas mencionadas en el último párrafo del artículo 579 no excluye la responsabilidad penal.

La pena es de reclusión hasta cinco años:

1) si el culpable ha actuado con el fin de hacer cometer un delito;

2) si la persona tornada incapaz comete en tal estado un hecho previsto por la ley como delito".

⁶² (N. del t.) Art. 87: "Estado preparado de incapacidad de entender o de querer.- La disposición de la primera parte del artículo 85 no se aplica a quien se ha colocado en estado de incapacidad de entender o de querer con el fin de cometer un delito, o de prepararse una excusa".

Ello salvo que un reproche de imprudencia no pueda formularse al sujeto en relación con la propia producción del estado de incapacidad, por ejemplo cuando él habría podido evitarla con mayor prudencia o diligencia al admitir sustancias de incierta composición, y siempre que el delito cometido en tal estado sea punible también en su modalidad imprudente⁶³. Por lo tanto, puesto que no destaca la posible naturaleza imprudente de la conducta posterior, en tanto que realizada cuando la incapacidad ya se había producido, un error cometido por el sujeto en tal estado no podrá ser asumido como indicio de peligrosidad del sujeto tornado inimputable a los fines del juicio del art. 202. Puesto que éste es en verdad autor de un hecho ilícito, resulta confirmada la necesidad de una interpretación no meramente textual sino sistemática y teleológica de la expresión empleada en la norma citada (y considerada por el posterior art. 203 para la noción de peligrosidad social) de “hecho previsto por la ley como delito”. Por otra parte, en las mismas situaciones mencionadas, en las cuales concurre una responsabilidad por imprudencia del sujeto incapaz, esta se fundará sobre la ficción de imputabilidad de los arts. 92 y 93⁶⁴, de forma que quedará de otro modo impedida la posibilidad de deducir una peligrosidad social del sujeto del error en el que se encuentre incurso como consecuencia del estado de incapacidad natural de entender y de querer.

La imposibilidad de reconocer tal peligrosidad en quien ha cometido el delito deberá también ser afirmada en otra posible situación de determinación del estado de inimputabilidad por parte de otro sujeto, cuando esté ausente en éste último una ulterior voluntad criminal a realizar utilizando a la otra persona. De hecho, también en presencia de un error del sujeto condicionado por la concreta causa de inimputabilidad, el hecho cometido no puede ser expresión de su peligrosidad, derivando más bien de la determinación por parte de otro del estado de incapacidad. Queda sólo la posibilidad, en comparación a la hipótesis ya considerada y en los límites precisados, de articular un reproche de imprudencia a quien no ha estado adecuadamente vigilante en relación con las intervenciones externas que puedan hacerle perder las propias capacidades. Incluso en relación con el extraño podrá por lo demás configurarse una responsabilidad para el delito cometido por parte de aquel que se ha tornado incapaz, cuando tal realización ulterior podía ser prevista en el momento en que se ponía el otro en tal estado: no por lo tanto en virtud del art. 86, en el cual faltan los requisitos constitutivos, sino adaptando las reglas generales de la responsabilidad por imprudencia a la concreta situación considerada.

El juicio sobre la peligrosidad se diferencia, en cambio, respecto al otro grupo de situaciones inicialmente consideradas, en el cual el sujeto que comete el hecho es ya inimputable y el extraño lo induce a un error determinante respecto a la ejecución del delito o, incluso de forma más limitada, no va más allá del simple disfrute de tal error. Con respecto a la primera configuración, es evidente que el error, en cuanto inducido por el extraño, no podrá estar propiamente “condicionado” por el estado de inimputabilidad; quedará por lo tanto normalmente excluida la posibilidad de asumir el delito

⁶³ En relación con tal posibilidad cfr. ROMANO, *op. ult. cit.*, art. 86, nn. 6, 7, 12, p. 20s., que por lo demás admite una responsabilidad del sujeto convertido por otros en incapaz, incluso cuando el primero, no habiendo consentido la finalidad criminal de este último, tuviese dolo sólo eventual respecto al delito cometido. Sin embargo, puesto que tal dolo se indaga en el momento en que el sujeto no se encontraba todavía en estado de incapacidad será difícil distinguirlo del requisito del consentimiento al fin ilícito, que reenvía la hipótesis al ámbito del art. 87. A falta de preordenación al delito del estado de incapacidad, parece quedar espacio sólo para una responsabilidad imprudente de quien, habiendo sido convertido en incapaz por la intervención de otro sujeto, haya cometido un delito como consecuencia de ello, y siempre que éste sea punible a título de imprudencia.

⁶⁴ (N. del t.). Art. 93 c.p.: “Hecho cometido bajo la acción de sustancias estupefacientes.- Las disposiciones de los dos artículos precedentes se aplican igualmente cuando el hecho ha sido cometido bajo la acción de sustancias estupefacientes”.

cometido a continuación como elemento del cual deducir una peligrosidad de su autor material respecto a futuros ilícitos penales. Sólo podría llegarse a una conclusión distinta en los límites establecidos por la remisión implícita del art. 47, 2º párrafo, por parte del art. 48⁶⁵, que hace responder del delito cometido a quien ha causado el error. Sin embargo, aunque se admita que en las situaciones examinadas puede verificarse la responsabilidad por imprudencia admitida en vía residual por el referido art. 47, 2º párrafo, difícilmente de tal juicio de imprudencia podrá deducirse una peligrosidad del autor material del delito: no es de hecho posible saber si éste lo habría realizado en ausencia de la hetero-inducción en error. Sólo cambiando el delito cometido por una necesaria manifestación de la concreta causa de inimputabilidad en que incurre el agente podría llegarse a una conclusión distinta. Se trataría, sin embargo, de un equívoco, hecho posible por una consideración exclusivamente limitada al requisito formal del hecho previsto como delito, considerado exclusivamente sobre el plano léxico y sin ninguna consideración a los fines por los cuales el mismo es requerido en el sector de las medidas de seguridad.

A distinta conclusión, finalmente, se deberá llegar cuando bien el estado de inimputabilidad o bien el estado de error que ha llevado a la realización criminal, existían con anterioridad a la intervención externa: aquí se tratará de verificar, según la regla general, si el error es o no condicionado por la causa de inimputabilidad. El dato de que un error de tal sujeto sea utilizado por otro para realizar un delito podrá valer para fundar la responsabilidad ulterior del extraño, pero no, sin embargo, para excluir el particular valor sintomático del error respecto a la peligrosidad del sujeto inimputable.

Sólo procediendo a una atenta diferenciación de las situaciones posibles en caso de error del inimputable conexas a la intervención de otros sujetos, y sobre todo valorando cómo atender a las exigencias normativas que se presentan en cada momento se logrará formular soluciones adecuadas. Un resultado que resultaría sin embargo prejuzgado donde se confiase al dato formal de la realización del hecho delictivo cometido por el sujeto inimputable. Además, resulta así confirmada la repetidamente señalada exigencia de una consideración integrada de las exigencias normativas respecto al sustrato naturalístico de las nociones implicadas.

7. PERSPECTIVAS DE POLÍTICA CRIMINAL.

Las consideraciones dogmáticas desarrolladas hasta el momento, a la luz de los datos positivos vigentes en nuestro sistema penal, no impiden que en una perspectiva de reforma se pueda preferir una dicción más específica del presupuesto para la aplicabilidad de la medida de seguridad. En particular, la referencia a un hecho típico y antijurídico, que se ha visto en la solución alemana, podría suponer una aportación clarificadora a la entera problemática aquí considerada. Por lo demás, la vida jurídica diaria demuestra que incluso en aquel sistema no se desvanecen todas las dudas con la fórmula mencionada.

El nudo crucial sigue siendo el de individualizar una solución que adapte características naturalísticas y exigencias normativas: digna de consideración aparece en tal

⁶⁵ (N. del t.). Art. 48 c.p.: "Error determinado por el engaño de otro.- Las disposiciones del artículo precedente se aplican igualmente si el error sobre el hecho que constituye delito es determinado por el engaño de otro; pero, en tal caso, del hecho cometido por la persona engañada responde quien le ha determinado a cometerlo".

dirección la fórmula propuesta por el Proyecto 1992⁶⁶, que limita la peligrosidad social exclusivamente a los casos de más delitos o de un delito de particular gravedad, que sean en todo caso "manifestación", esto es, expresión directa, "de la particular causa de inimputabilidad" (art. 36)⁶⁷. Por lo demás, con la expresa limitación del juicio de peligrosidad social únicamente a los sujetos totalmente inimputables, se supera la actual posibilidad de aplicación conjunta de las penas y de las medidas de seguridad a los sujetos imputables o semiimputables e incluso socialmente peligrosos, delineándose al mismo tiempo un sistema sancionador de doble vía que refleja, en modo más coherente que el actual, la necesaria conexión entre la realización del hecho, las características subjetivas de su autor y las respectivas consecuencias sancionadoras⁶⁸.

En tal conjunto normativo proyectado, la problemática del error del inimputable termina por vaciarse de relevancia práctica, porque la conexión entre causa de inimputabilidad y delito cometido, que como se ha visto constituye la llave de lectura que mejor responde a las diversas exigencias conexas al error del inimputable, fuera de ser requerida sólo por la particular situación aquí considerada, es finalmente asumida como expreso requisito de la propia peligrosidad social y a su vez se refleja en las consecuencias sancionadoras específicas.

El presagio de proceder a una recodificación del sistema penal revela, por lo tanto, los propios solapamientos concretos en relación con la temática considerada, y al mismo tiempo confirma un valor más general: en palabras de un recordado maestro, la verdadera ciencia jurídica se encuentra en la "construcción de las normas futuras", de la cual "la exégesis y la dogmática no son más que el vestíbulo"⁶⁹.

⁶⁶ Se trata del conocido *Schema di delega legislativa per l'emanazione di un nuovo codice penale*, publicado, con la relación, por primera vez, en *Documenti della Giustizia*, 1992, n. 3, 305s. Para una noticia más detallada y una consideración global de tan importante documento, en el marco de otras recientes experiencias de recodificación, permítase la remisión a MILITELLO, *Il diritto penale nel tempo della ricodificazione. Progetti e nuovi codici penali in Italia, Francia, Spagna, Inghilterra*, en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 758s.

⁶⁷ Los primeros comentarios sobre ello evidencian favorablemente que tal modificación se inserta en las líneas evolutivas ya señaladas por otros sistemas jurídicos: cfr. FORNARI, *Misure di sicurezza e doppio binario*, cit., 636; vid. asimismo GRASSO, en ROMANO/GRASSO/PADOVANI, *Commentario*, cit., pre-art. 199, n. 4, 377; GUERRA, *Le misure di sicurezza personali nel progetto di legge delega per la riforma del codice penale*, en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 970; MANNA, *Imputabilità, pericolosità e misure di sicurezza: verso quale riforma?*, ivi, 1994, 1325s.

A la luz de ello, aparece sin embargo un paso más atrás la fórmula adoptada en materia de peligrosidad social en el recentísimo proyecto de ley sobre el libro primero del código penal, aparecido durante los retrasos de la presente contribución (Atti Senato, XII legislatura, n. 2038, comunicado a la presidencia el 2 de agosto de 1995). Según el art. 162 de tal documento, un presupuesto para la declaración como persona socialmente peligrosa es la comisión de uno o más hechos de particular gravedad previstos por la ley como delitos. Análogamente a lo previsto al respecto por el vigente código penal, se desperdicia de tal modo el anclaje del juicio de peligrosidad a un elemento -la causa de inimputabilidad manifestada en la comisión del delito- que es en cambio requerido, como se ha recordado en el texto, por el proyecto de 1992, y que parece expresar mejor la probabilidad de ulteriores manifestaciones criminales del sujeto. Este juicio queda sin embargo confiado a indicios más generales, que pueden llegar a comprender también elementos externos a los hechos cometidos por el inimputable: así el propio art. 162 del mencionado proyecto de ley hace referencia a las circunstancias indicadas por el art. 112 del propio documento, entre ellas la conducta posterior al delito o el modo de vida del reo. Por lo demás, tal previsión, según el proyecto mencionado, hace referencia a elementos que deben reflejarse en la culpabilidad (art. 112, 1º y 2º párrafo) o que pueden operar sólo a favor del reo (art. 112, 3º párrafo): en ambos casos, por lo tanto, inadaptados a un juicio dirigido a aplicar una medida de seguridad a un sujeto inimputable.

⁶⁸ Considera la referencia de la peligrosidad social únicamente a los sujetos inimputables la novedad cualificada del Proyecto 1992 respecto al sistema vigente en la materia GUERRA, *Le misure di sicurezza personali*, cit., 980.

⁶⁹ BRICOLA, *Fatto*, cit., 302 y nota 535.