

## Prof. Dr. Jaime Náquira Riveros

Catedrático de D. Penal, Pontificia Univ. Católica de Chile, Santiago. Socio de la FICP.

### ~Imputabilidad y conciencia de lo ilícito: de su objeto y relación~

**Resumen.-** La doctrina dominante alemana y española coinciden en reconocer que la imputabilidad (capacidad de culpabilidad) está integrada por una dimensión intelectual-valorativa que permite al sujeto la “comprensión de lo injusto” y por una dimensión volitiva o conativa que hace posible su autodeterminación conforme a Derecho. Para dicha doctrina dominante **el objeto sobre el que recae el elemento intelectual-valorativo de la imputabilidad es el mismo objeto del que se ocupa otro componente de la culpabilidad: la conciencia de lo ilícito.** En efecto, ambos elementos de la culpabilidad dicen relación con **la comprensión de lo injusto o ilícito del hecho** y, además, **dicha comprensión no se ha de constatar en abstracto, sino siempre sólo respecto de la concreta realización típica.**

A nuestro entender, dicha visión implica un problema: establecer un mismo factor dos veces como integrante de la culpabilidad, con lo cual, se termina formulando una exigencia tautológica o repetitiva. Si la imputabilidad, así como la conciencia de lo ilícito o injusto, tiene como objeto de referencia obligada la realización típica concreta cabe preguntarse: **el error sobre la comprensión de lo injusto o ilícito del hecho ¿excluye la imputabilidad o la conciencia de lo ilícito?**

**Palabras Clave.-** Culpabilidad, imputabilidad penal, conciencia de lo ilícito o injusto, error sobre la prohibición.

## I. CONCEPTO DE IMPUTABILIDAD

### 1. Imputabilidad en la doctrina alemana

Para estos efectos, consideraremos la ilustrada opinión de un grupo de destacados autores.

WELZEL a partir del concepto de imputabilidad que contiene el Código Penal Alemán, planteaba: “*La capacidad de culpabilidad tiene, por tanto, un momento cognoscitivo (intelectual) y uno de voluntad (volitivo); la capacidad de comprensión de lo injusto y de determinación de la voluntad (conforme a sentido). Sólo ambos momentos conjuntamente constituyen la capacidad de culpabilidad*”.<sup>1</sup>

JESCHECK: En relación con la imputabilidad en adolescentes, plantea: “*La capacidad de comprensión del joven debe alcanzar a permitirle comprender lo injusto material de su hecho (no sólo la inmoralidad o contrariedad a las costumbres). Por el contrario, no se requiere el conocimiento de la punibilidad o de la ley penal.*”<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> WELZEL, H.: Derecho penal alemán. Traducción de la 11ª edición alemana por Juan Bustos R., y Sergio Yáñez P., Ed. Jurídica de Chile, p. 182.

<sup>2</sup> JESCHECK, H.-H. Tratado de Derecho Penal. PG. Traducción de Santiago Mir y Francisco Muñoz Conde. Ed. Bosch, Barcelona, 1981, V. I, p. 598.

“Ahora bien, el joven no sólo ha de ser capaz de advertir lo injusto del hecho, sino que debe gozar también de la capacidad de determinar su voluntad con arreglo a aquella comprensión (**capacidad de acción**).”<sup>3</sup>

MAURACH: “Es imputable y con ello capaz de culpabilidad, luego de la alteración del tenor literal del § 20, aquel autor que, en virtud del estado de su desarrollo espiritual-moral, esté en condiciones de **reconocer el ilícito de su acción** y de obrar conforme a tal conocimiento.”<sup>4</sup>

“La decisión acerca de la capacidad o incapacidad de imputabilidad debe ser tomada siempre con relación al concreto hecho punible (BGH 14, 114). No existe una incapacidad de imputabilidad **genérica**, que simplemente excluya las facultades de comprensión y de dirección, sin referencia concreta alguna (SCHRÖNKE-SCHRÖDER-LENCKNER, §20, n°31).<sup>5</sup>

ROXIN: “El legislador parte de la base de que el adulto que realiza un injusto acto jurídico-penal normalmente es imputable. Por eso no regula –al contrario que en el caso de los adolescentes (cfr. Nm. 51)- la imputabilidad, sino su falta excepcional: la incapacidad de culpabilidad o inimputabilidad (§ 20). La disposición del § 20 está estructurada en dos peldaños o etapas. Menciona en un primer peldaño cuatro estados o diagnósticos psicopatológicos: el trastorno psíquico patológico, el trastorno profundo de la conciencia, la oligofrenia y la anomalía psíquica grave. Sólo una vez que se ha constatado uno de estos estados o diagnósticos se ha de decidir en un “segundo peldaño” de examen de la imputabilidad si el sujeto, debido a ello, “**es incapaz de comprender el injusto (ilicitud) del hecho o de actuar conforme a esa comprensión**”<sup>6</sup>.

“**La incapacidad de comprensión y de inhibición no se han de constatar en abstracto, sino siempre sólo respecto de la concreta realización típica**”<sup>7</sup>.

JAKOBS: “En el § 20 StGB la ley menciona determinados estados (trastornos psico-patológicos, alteración profunda de la conciencia, oligofrenia y otras anomalías

---

<sup>3</sup> JESCHECK. *Ob. cit.*, p. 598.

<sup>4</sup> MAURACH, R./ ZIPF, H.: Derecho Penal. PG.T. I. 1, Traducción de la 7ª edición alemana por Jorge Bofill G., y Enrique Aimone G., Ed. Astrea, Buenos Aires, 1994 p. 600.

<sup>5</sup> MAURACH, R., *Ob. cit.*, p. 619.

<sup>6</sup> ROXIN, C. Derecho penal. PG., Traducción de Diego-Manuel Luzón Peña/ Miguel Díaz y García Conlledo/ Javier de Vicente Remesal. Ed Civitas , Madrid, 1997. pp. 822-823.

<sup>7</sup> ROXIN. *Ob. cit.*, p. 838

psíquicas graves) a través de los cuales se puede llegar a la exclusión de **la capacidad de comprender lo ilícito del hecho** o de actuar con arreglo a esta comprensión ”<sup>8</sup>.

## 2. Imputabilidad en la doctrina española

Si consultamos la doctrina española, nos encontramos con el siguiente panorama.

En la década del 80, se sostenía por MIR PUIG: “Según la doctrina dominante en la actualidad, la imputabilidad requiere de dos elementos: a) **la capacidad de comprender lo injusto del hecho**, y b) la capacidad de dirigir la actuación conforme a dicho entendimiento ”<sup>9</sup>.

“Para que se halle ausente lo específico de la imputabilidad hoy se suele, pues, exigir que **el sujeto que ha realizado un comportamiento humano** (con consciencia y voluntad) **antijurídico, sea incapaz de comprender este significado antijurídico del mismo** o de dirigir su actuación conforme a dicha comprensión. Falta lo primero cuando el sujeto del injusto se halla en una situación mental en que no puede percatarse suficientemente de que el hecho que realiza se halla prohibido por el Derecho. Falta lo segundo cuando el sujeto es incapaz de autodeterminarse, de autocontrolarse, con arreglo a la comprensión del carácter ilícito del hecho. Si no concurre el primer elemento relativo a la comprensión del injusto, tampoco concurrirá el segundo; pero puede concurrir la suficiente capacidad de entendimiento y hallarse ausente el elemento de autocontrol según dicho entendimiento ”<sup>10</sup>.

COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN: Definen la imputabilidad como “conjunto de requisitos psicobiológicos, exigidos por la legislación penal vigente, que expresan que la persona tenía **la capacidad de valorar y comprender la ilicitud del hecho realizado por ella** y de actuar en los términos requeridos por el ordenamiento jurídico ”<sup>11</sup>.

---

<sup>8</sup> JAKOBS, G.: Derecho Penal. PG., Traducción de Joaquín Cuello Contreras/José Luis Serrano González de Murillo. Ed. Marcial Pons, Madrid, 1995 p. 630.

<sup>9</sup>MIR PUIG, S. Derecho Penal. PG, 4ª. edición corregida y puesta al día con arreglo al Código penal de 1995. Barcelona, 1996. PPU, S.A., p. 571.

<sup>10</sup> MIR PUIG, S.: Ob. cit., p. 572. En igual sentido, RODRÍGUEZ DEVESA, J.M./SERRANO GÓMEZ, A.: Derecho penal español. Madrid: Dykinson, 1995.p.448; COBO DEL ROSAL, M./ VIVES ANTÓN, T.S.: Derecho penal. P.G. Valencia Tirant lo Blanch 1991. p. 432; OCTAVIO DE TOLEDO, E./HUERTA TOCILDO, S.: Derecho Penal. P.G., teoría jurídica del delito. Madrid, Rafael Castellanos 1986. p. 335; MUÑOZ CONDE, F.: Derecho Penal. Parte General, p. 139 y pp. 147-148; Díez RIPOLLES, J. L.: Aspectos generales de la imputabilidad, en Actual doctrina de la imputabilidad penal. Estudios de Derecho Judicial, N° 110, 2007, pp. 23 y 24.

<sup>11</sup> COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T.S.: Derecho Penal. P.G. Tirant lo Blanch 1991, p. 432.

BACIGALUPO: “*La culpabilidad es, entonces, consecuencia de la capacidad de motivarse por el derecho, sea por el deber impuesto por la norma o por la amenaza de la pena. Los elementos que integran la capacidad, en la que se funda la culpabilidad, son: a) La posibilidad de conocimiento de la desaprobación jurídico-penal del acto. b) La posibilidad de motivarse de acuerdo con ese conocimiento –capacidad de motivación en sentido estricto-. Dicho de otra manera: una persona es capaz de motivarse por el derecho si pudo conocer la desaprobación jurídico penal y si además pudo motivarse de acuerdo a ese conocimiento*”<sup>12</sup>.

BUSTOS: “*El juicio de imputabilidad no es de carácter abstracto o general, sino siempre individual y concretado a una situación determinada, a un hecho determinado (no puede referirse ni al futuro ni al pasado –tendencia ínsita a la defensa social y a las medidas de seguridad en un sistema binario o de la doble vía-)*”<sup>13</sup>.

## II. ELEMENTOS DE LA IMPUTABILIDAD

De los textos de autores alemanes y españoles antes transcritos, no cabe duda ninguna que la imputabilidad estaría conformada, para la doctrina dominante, por dos elementos o dimensiones: una intelectual-valorativa que se expresa en la capacidad de reconocer el carácter ilegal, prohibido o injusto de un hecho y, una volitiva que se manifiesta en la capacidad de autodeterminarse conforme a Derecho, sentido o valor.

A esta altura nos interesa destacar el aspecto valorativo de la imputabilidad y no meramente cognoscitivo de la realidad. Para esto, nos apoyamos en la declaración que en ese sentido hace MIR PUIG cuando señala: “*Según la doctrina dominante en la actualidad, la imputabilidad requiere dos elementos: a) la capacidad de comprender lo injusto del hecho, y b) la capacidad de dirigir la actuación conforme a dicho entendimiento*”. Ambos elementos se exigen expresamente por el Derecho penal alemán (parágrafo 20 StGB y parágrafo 3 de ley de Tribunales de Jóvenes). También se recogen en el Art. 20, 1º y 2º del actual CP español.”

“*Esta caracterización de la imputabilidad ha venido a sustituir la noción históricamente anterior de la misma, como capacidad de conocer y querer. Se ha advertido que también los inimputables pueden conocer y querer el hecho*”... “*Para que se halle ausente lo específico de la imputabilidad hoy se suele, pues, exigir que el*

<sup>12</sup> BACIGALUPO, E.: Lineamientos de la teoría del delito. Buenos Aires: Hammurabi, 1994, p. 134.

<sup>13</sup> BUSTOS RAMÍREZ, J.: Manual de derecho penal: P. G. Barcelona Ariel c1989. p. 332.

*sujeto que ha realizado un comportamiento humano (con consciencia y voluntad) antijurídico, sea **incapaz de comprender este significado antijurídico del mismo** o de dirigir su actuación conforme a dicha comprensión. Falta lo primero cuando el sujeto del injusto se halla en una situación mental en que no puede percatarse suficientemente de que el hecho que realiza se halla prohibido por el Derecho” Falta lo segundo cuando el sujeto es incapaz de autodeterminarse, de autocontrolarse, con arreglo a la comprensión del carácter ilícito del hecho. Si no concurre el primer elemento relativo a la comprensión de lo injusto, tampoco concurrirá el segundo; pero puede concurrir la suficiente capacidad de entendimiento y hallarse ausente el elemento de autocontrol según dicho entendimiento”.*<sup>14</sup>

### **III. LA CONCIENCIA DE LO ILÍCITO EN LA DOCTRINA**

Si revisamos la doctrina alemana, española y peruana sobre el tema, nos encontramos con las siguientes afirmaciones:

#### **1. La doctrina alemana**

WELZEL: *“Objeto del reproche de culpabilidad es la voluntad de acción antijurídica; ésta le es reprochada al autor en la medida en que podía tener **conciencia de la antijuridicidad de la acción** y ella podía convertirse en contramotivo determinante del sentido. Al autor le resulta más fácil la posibilidad de autodeterminación conforme a sentido cuando conoce positivamente la antijuridicidad, indiferente de si esta conciencia es actual al momento de comisión del hecho o pueda actualizarse de inmediato.”*<sup>15</sup>

JESCHECK: *“En todo caso, el objeto de la conciencia de lo injusto no es el conocimiento del precepto jurídico vulnerado ni la punibilidad del hecho (BGH 15, 377 [382 y ss.]). Basta, por el contrario, que el autor sepa que **su comportamiento** contradice las exigencias del orden comunitario y que, por consiguiente, se halla prohibido jurídicamente. En otras palabras, es suficiente el conocimiento de la antijuridicidad material, como “conocimiento al modo del profano” (BGH 10, 35 (41)).”*<sup>16</sup>

---

<sup>14</sup> MIR PUIG, S.: *Ob. cit.*, p. 571.

<sup>15</sup> WELZEL, H.: *Ob. cit.* p. 195.

<sup>16</sup> JESCHECK, H-H. *Ob. cit.*, p. 624.

MAURACH: *“Delito es acción, un proceso típicamente antijurídico, que se reprocha al autor por haber podido conocer el injusto de su hacer. “...los dos elementos de la culpabilidad, esto es, imputabilidad y posibilidad de conocimiento del injusto, no son independientes entre sí; el último no es más que la concreción del primero. Como capacidad “constitucional” de culpabilidad, la imputabilidad constituye el presupuesto indispensable para que el autor, en su situación concreta referida a la acción respectiva, pueda conocer el injusto de este hacer. Ambos presupuestos de culpabilidad son juicios potenciales, juicios sobre la capacidad del delincuente, valoraciones que únicamente se distinguen entre sí por la circunstancia de que mientras la imputabilidad, como esfera más amplia, está referida constitucionalmente al autor, el conocimiento del injusto se concreta en el hecho particular.”*<sup>17</sup>

ROXIN: *“Conciencia de la antijuridicidad significa: el sujeto sabe que lo que hace no está jurídicamente permitido, sino prohibido (BGHSt 2, 196)”*.<sup>18</sup>

*Sin embargo, la afirmación de que la antijuridicidad es el objeto del conocimiento del injusto requiere aún una ulterior precisión. En efecto, la antijuridicidad es el punto de referencia de un error relevante conforme al §17 no como prohibición abstracta, sino sólo en relación con el injusto concreto del tipo correspondiente. “La conciencia de la antijuridicidad existe cuando el sujeto reconocer como injusto la lesión específica del bien jurídico abarcada por el tipo aplicable” (BGHSt 15, 377)”*.<sup>19</sup>

JAKOBS: *“El autor tiene conciencia de lo ilícito cuando lo ilícito le es conocido actualmente en el momento del hecho y de modo especificado, aun cuando sólo sea condicionadamente”*.

*“Conciencia del injusto significa conocimiento del injusto específico, no de cualquier injusto. El que el autor sea responsable de una infracción normativa o el que se pueda distanciar de ella, ha de decidirse para cada norma en concreto: en esto consiste la llamada divisibilidad de la conciencia de la conciencia del injusto.”*<sup>20</sup>

---

<sup>17</sup> MAURACH, R. Tratado de Derecho Penal. Traducción de Juan Córdoba Roda, T. II, Ed. Ariel, Barcelona, 1962, pp. 144 y 145.

<sup>18</sup> ROXIN, C. *Ob. cit.*, p. 866.

<sup>19</sup> ROXIN, C. *Ob. cit.*, p. 869.

<sup>20</sup> JAKOBS, G.: *Ob. cit.* p. 670.

## 2. La doctrina española

MIR PUIG: “Reina acuerdo en la doctrina actual en requerir para la presencia de delito que el sujeto sepa o pueda saber que **su hecho** se halla prohibido por la ley. No basta que quien actúa típicamente conozca la situación típica, sino que hace falta, además, saber o poder saber que **su actuación se halla prohibida**. Es preciso, en otras palabras, el conocimiento, o su posibilidad, de la antijuridicidad del hecho.”<sup>21</sup>

MUÑOZ CONDE: “**El conocimiento de la antijuridicidad del hecho cometido. La norma penal sólo puede motivar al individuo en la medida en que este pueda conocer, a grandes rasgos, el contenido de sus prohibiciones.** Si el sujeto no sabe que su hacer está prohibido, no tiene ninguna razón para abstenerse de su realización; la norma no le motiva y su infracción, si bien es típica y antijurídica, no puede atribuírsele a título de culpabilidad.”<sup>22</sup>

*Este conocimiento de la antijuridicidad no es necesario, sin embargo, que vaya referido al contenido exacto del precepto penal infringido o a la penalidad concreta del hecho; basta con que el autor tenga motivos suficientes para saber que el hecho cometido está jurídicamente prohibido y que es contrario a las normas más elementales que rigen la convivencia.” ...Esto no quiere decir, sin embargo, que el autor deba tener en el momento del hecho una conciencia exacta de que su hecho está prohibido; es suficiente con que, de acuerdo con su formación, nivel cultural, etc., se represente dicha ilicitud como posible y, a pesar de ello, actúe. Si el sujeto desconoce la antijuridicidad de su hacer, actúa entonces en error de prohibición.”<sup>23</sup>*

BACIGALUPO: “La capacidad de motivación es la capacidad de determinarse por el cumplimiento del deber, que requiere:

a) La capacidad de comprender la desaprobación jurídico-penal.

b) La capacidad de dirigir el comportamiento de acuerdo con esa comprensión.”<sup>24</sup>

---

<sup>21</sup> MIR, S.: Derecho penal. PG. Barcelona PPU Promociones Publicaciones Universitarias, 1996, p. 553.

<sup>22</sup> MUÑOZ CONDE, F. Teoría general del delito. Bogotá, Colombia TEMIS 1984, p. 134.

<sup>23</sup> MUÑOZ CONDE, F. *Ob. cit.*, p. 160.

<sup>24</sup> BACIGALUPO, E.: Derecho Penal. PG., Ed. Hammurabi, 1999, pp. 446 y 447.

<sup>25</sup> BACIGALUPO, E. *Ob. cit.*, pp. 425 y 426.

<sup>26</sup> OCTAVIO DE TOLEDO, E./HUERTA TOCILDO, S. Derecho penal. PG. Teoría jurídica del

*“La primera condición de la capacidad de motivarse por el derecho (penal) es la posibilidad de conocer la desaprobación jurídico-penal del hecho cometido. “Tener la posibilidad de conocer la punibilidad es tener la posibilidad de conocer que el hecho es punible, pero no significa que se requiera también el conocimiento de la gravedad de la amenaza: es suficiente que el autor pueda saber que realiza un hecho que está amenazado con pena; su error sobre la cuantía de la pena no es relevante. La razón que explica la irrelevancia del hecho sobre la gravedad de la pena, sin embargo, reside en que lo que el autor debe haber podido conocer es la desaprobación jurídico-penal y ésta depende de la punibilidad, no de la gravedad de la pena.”<sup>25</sup>*

OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO: *“El conocimiento por parte del autor del carácter antijurídico de su conducta o, mejor, la posibilidad de que alcance dicho conocimiento (cognoscibilidad de la antijuridicidad) es un elemento indispensable de la atribuibilidad. Esta afirmación se deriva de considerar que dicha posibilidad de conocimiento es una condición sine qua non para que el individuo acceda al sistema jurídico-penal de prohibiciones y mandatos y experimente su influjo.”<sup>26</sup>*

GÓMEZ BENÍTEZ: *“Tras la constatación de la imputabilidad del sujeto no procede preguntarse sobre si actuó dolosa o imprudentemente y, en consecuencia, sobre si conoció o no la antijuricidad del hecho en el momento de realizarlo, sino que ahora habrá que preguntarse sólo sobre si el sujeto podía haber conocido la antijuricidad del hecho, o no. Es decir, que la condición para poder emitir el juicio de reproche o culpabilidad es –además de la imputabilidad– el conocimiento potencial de la antijuricidad. Las consecuencias inmediatas de ello son: 1) no hay culpabilidad si el sujeto, no sólo desconoció la antijuricidad del hecho que realizaba (error de prohibición), sino que tampoco podía haberla conocido (error invencible o inevitable de prohibición), y 2) por el contrario, hay culpabilidad tanto si el sujeto conoció la antijuricidad de lo que hacía, como si la desconoció pero pudo haberla conocido (error vencible o evitable de prohibición). En este último caso hay culpabilidad aunque*

---

delito. Madrid Rafael Castellanos 1986, p. 305.



*disminuida: el error vencible de prohibición es una causa de disminución de la culpabilidad y, en consecuencia, de atenuación.*”<sup>27</sup> .

BUSTOS: “*En definitiva, entonces la conciencia del injusto es la del injusto realizado. Es decir, hay que partir de la situación concreta producida (el injusto realizado) y sobre la base ya de la imputabilidad del sujeto, el derecho podría exigir al sujeto una determinada comprensión del injusto. Ahora bien, la conciencia del injusto en cuanto es conciencia exigible es totalmente graduable, conforme a las circunstancias de cada caso concreto.*”<sup>28</sup> .

M. LUISA MAQUEDA: “*La imputabilidad es la capacidad de comprenderla ilicitud del hecho o de actuar conforme a esa comprensión*”. “*Por otra parte, la afirmación de inimputabilidad no puede ir referida a cualquier delito en abstracto sino que debe guardar relación con la infracción concretamente realizada, pues respecto de ella que debe ponderarse la capacidad de comprensión y de autoconducción del autor*”<sup>29</sup> .

ZUGALDÍA: “*...culpable es el autor que ha podido actuar de otro modo por haber sido accesible al mandato normativo...Dicho de otro modo: culpable es el autor que ha podido comportarse con arreglo a Derecho y no lo ha hecho a pesar de haber sido accesible al mandato normativo*”<sup>30</sup> . Más adelante el autor señala: “*La primera condición de la posibilidad de motivarse por el Derecho (penal) es que el autor haya tenido la posibilidad de conocer la desaprobación jurídico-penal del hecho cometido (conciencia potencial de la ilicitud del hecho): esto significa que para ser culpable el sujeto ha de haber tenido la posibilidad de saber que lo que hacía no estaba jurídicamente permitido, sino prohibido, esto es, que constituía un ilícito, una acción prohibida y no justificada. Esta posibilidad desaparece –y queda excluida la culpabilidad- cuando el autor actúa con error de prohibición invencible (art. 14, 3CP).*”<sup>31</sup>

#### IV. POSICIÓN PERSONAL

---

<sup>27</sup> GÓMEZ BENÍTEZ, J.M. Teoría jurídica del delito: derecho penal. PG. Madrid Civitas c1984, p. 486.

<sup>28</sup> BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Ob. cit.*, p. 336.

<sup>29</sup> MAQUEDA, M. Luisa: autora del tema 31 La culpabilidad (II) en Derecho Penal. PG. Director JOSÉ MIGUEL ZUGALDÍA E., 2004, pp. 627 y 629.

<sup>30</sup> ZUGALDÍA, J. M. Derecho Penal. PG., 2da. Edición, tema 30: La culpabilidad (I), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 604.

<sup>31</sup> ZUGALDÍA, J. M.: *Ob. cit.*, p. 607.

**Presupuestos para el análisis.** Nuestra reflexión tiene dos presupuestos: a) **reconocimiento del principio de la culpabilidad por un hecho** el que supone que aquella sólo se puede predicar de un autor determinado respecto de un hecho típico y antijurídico concreto o específico (v.gr. homicidio calificado, robo, violación o apropiación indebida); y b) los **elementos, estructura y contenido de la culpabilidad**, lo cual, para la doctrina dominante implica examinarlos en el siguiente orden sistemático: b.1) la imputabilidad, b.2) establecida aquella, procede examinar la conciencia de lo ilícito (o bien, los neocausalista, el dolo o imprudencia) y b.3) el contexto situacional normal (o exigibilidad).

1. A nuestro entender, la doctrina penal comparada **no ha explicitado con claridad el contenido, sentido y alcance de la dimensión intelectual-valorativa de la imputabilidad.** Se ha limitado a señalar que ella implica la <<comprensión de lo ilícito del hecho>>, **sin precisar el nivel o profundidad de dicha comprensión.** Si bien postulan diversos alcances o proyecciones (v.gr. conciencia que el hecho es contrario a las normas sociales, que es ilegal o que tiene implicancia jurídico-penal), la idea común compartida por todos es que **la imputabilidad siempre está referida al hecho (delictivo) concreto, aunque, sin precisar el alcance de esta afirmación.**

Para ilustrar esto tengamos a la vista expresiones tales como las formuladas por ROXIN quien al tratar de la capacidad de culpabilidad o imputabilidad señala: **“La incapacidad de comprensión y de inhibición no se han de constatar en abstracto, sino siempre sólo respecto de la concreta realización típica.”**<sup>32</sup> Más adelante, cuando se refiere al error de prohibición afirma: “...la antijuridicidad es el punto de referencia de un error relevante conforme al § 17 no como prohibición abstracta, sino sólo en relación con el injusto concreto del tipo correspondiente”<sup>33</sup> ; otras manifestaciones semejantes: “comprender **lo ilícito de su hacer...**”; “No existe una incapacidad de imputabilidad genérica, que simplemente excluya las facultades de comprensión y de dirección, **sin referencia concreta alguna**”; “La conciencia de lo ilícito, en tal sentido, debe estar **“referida al tipo”** (BGH 10,35); esto es, que el autor esté en situación de **reconocer como ilícito la específica violación del bien jurídico que abarca el respectivo tipo penal** (BGH 15, 383, y BGH VRS, vol. 39, 96)” (MAURACH); “lo específico de la imputabilidad hoy se suele exigir que el sujeto que ha realizado un

---

<sup>32</sup> ROXIN, C.: *Ob. cit.*, p. 838.

<sup>33</sup> ROXIN, C.: *Ob. cit.*, p. 869.

comportamiento humano (con consciencia y voluntad) antijurídico, **sea incapaz de comprender este significado antijurídico del mismo...**no puede percatarse suficientemente de que el hecho que realiza se halla prohibido por el Derecho.” (MIR PUIG); “capacidad de **valorar y comprender la ilicitud del hecho realizado...**” (COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN); o bien “el autor haya podido comprender la **desaprobación jurídico-penal del hecho...**” (BACIGALUPO). De estas declaraciones, llegamos a la conclusión que para la doctrina dominante **la comprensión de lo ilícito está referida al hecho típico concreto** protagonizado por el autor, lo que nos parece absolutamente razonable. Lo que la doctrina no aclara es **el grado de concreción o profundidad de la comprensión de lo ilícito que se presume por el legislador penal en relación al hecho típico perpetrado por el autor imputable.** Las frases o sentencias gramaticales empleadas por los distintos autores son idénticas para referirse a contenidos valorativos distintos, dimensión valorativa de la imputabilidad o consciencia de lo ilícito como segundo elemento de la culpabilidad, que no logran establecer con precisión su diferencia y, por eso mismo, cabe preguntarse ¿el contenido del objeto de estudio es el mismo? y, si es uno diferente, ¿cuál es en cada uno de ellos? Lo que si tenemos claro es que la exigencia valorativa, en los dos elementos que conforman la culpabilidad, no puede ser la misma porque, en ese caso, dicha exigencia sería algo tautológico y sin sentido. De las expresiones empleadas por los autores, pareciera que la dimensión intelectual-valorativa de la imputabilidad, que el legislador penal presume implica que **el autor puede reconocer el carácter ilegal o antijurídico de la conducta típica concreta ejecutada.** Si esto es así, surge la pregunta: ¿cuál es la diferencia entre esta dimensión valorativa de la imputabilidad con la consciencia de lo ilícito como segundo elemento de la culpabilidad? Pareciera que esta confusa exigencia repetitiva podría explicar el que un sector de la doctrina sea partidaria de reducir la imputabilidad al conocimiento y a la exigibilidad. En este sentido, HIRSCH<sup>34</sup> parte de entender que la culpabilidad consta de dos elementos, el intelectual, sobre el que incide el error de prohibición, y el volitivo que se ve excluido en los casos de inexigibilidad. La imputabilidad se articularía respecto del error y de la exigibilidad según una relación de especialidad y en donde las causales de inimputabilidad no serían sino supuestos especiales (con base psicopatológica) de error sobre la prohibición o de causales de

---

<sup>34</sup> HIRSCH, H. J., ZStW, 1994, p.747, citado por Lucía Martínez G.: La imputabilidad penal. Concepto, fundamento, naturaleza jurídica y elementos. Ed. Tirant Monografías, 2005, p. 110.

inexigibilidad, razón por la cual, la imputabilidad no debería ser considerado como un elemento autónomo dentro del juicio de culpabilidad.

2. La imputabilidad, como capacidad de culpabilidad, es una condición que el legislador presume, al igual que la capacidad política, laboral o civil. La imputabilidad penal es una especie de estado o condición personal del sujeto, independiente de que éste actúe o no, no deberían olvidar que el legislador penal presume su existencia y, por eso mismo, no es algo que se deba probar en cada caso concreto, en cambio, lo que sí es preciso acreditar, si se alega como defensa, es la existencia de una causal de inimputabilidad. En consecuencia ¿qué duda cabe que la imputabilidad penal es un estado o condición personal si el legislador penal presume su existencia? Negar que la imputabilidad es una cualidad o condición que el legislador presume en toda persona mayor de 18 años significaría que aquella capacidad de culpabilidad, aunque presumida, no existe y que sólo la resolución delictiva de una conducta típica y antijurídica determina su existencia y que, antes de ello, no habría nada ¿generación espontánea? ¿autocreación de la capacidad de culpabilidad? . De ser esto último cierto, cabe preguntarse ¿qué sentido tiene el que el legislador presuma la existencia de una capacidad a partir de cierta edad si dicha capacidad no es un atributo de la persona al igual que su nombre, estado civil, domicilio o capacidad para contratar? ¿estaríamos frente a una presunción carente de contenido y de sentido? Si, como sostienen algunos, la realización de un delito determina, a partir de ese instante, la existencia de la imputabilidad es precisamente porque ésta existía con anterioridad a la resolución delictiva, de manera latente o potencial y esto es precisamente lo que el legislador penal presume en toda persona mayor de 18 años. La persona, a partir de cierta edad, se la presume poseedora en forma latente o virtual de cierta condición o capacidad (penal, laboral, civil o política) la que se actualiza cuando el sujeto ejecuta un delito (o suscribe un acto o contrato o ejerce su derecho a sufragio). En otras palabras, la imputabilidad en tanto estado o condición, supone una capacidad general latente o virtual (presupuesto de la culpabilidad) y, cuando el autor realiza un hecho delictivo, dicha capacidad general se actualiza y concreta, transformándose en un requisito o elemento de la culpabilidad.

La imputabilidad es elemento de la culpabilidad en cuanto se entienda por ésta el juicio de reproche personal dirigido contra el autor de la conducta ilícita. Y, bajo este respecto, ya no resulta incompatible decir que la imputabilidad es una capacidad

general, pues todo juicio, si bien versa sobre un objeto, éste se imputa a un sujeto y, por lo mismo, no significa que se desvincule al sujeto del hecho. Por lo demás, quedan dos elementos más en la estructura de la culpabilidad que es preciso establecer y que están referidos al hecho delictivo concreto perpetrado por el autor. Al sostenerse que la imputabilidad es presupuesto se quiere decir que la imputabilidad, sin perjuicio de reflejar una concreta relación entre el sujeto y el hecho delictivo cometido es, además, una característica personal, un estado o condición del sujeto. Ahora bien, que se afirme que la imputabilidad es capacidad general no significa aceptar un Derecho penal de autor, porque, **de conformidad al “principio de responsabilidad por el hecho”, la culpabilidad siempre está referida al hecho delictivo perpetrado**, aunque, esto último no obliga v.gr. a agotar el estudio de la comprensión de lo ilícito en sede de imputabilidad. Es preciso dejar un contenido de esto pendiente para ser investigado en el siguiente elemento de la culpabilidad (conciencia de lo ilícito o dolo).

### **3. En relación a la dimensión intelectual-valorativa de la imputabilidad penal.**

Partimos del supuesto de aceptar la discriminación entre objeto de valoración y valoración del objeto. Una cosa es la existencia real de un objeto y otra muy diferente es la apreciación, estimación o valoración que nos merezca dicho objeto v.gr. bueno o malo, bonito o feo, útil o inútil, lícito o ilícito. En un plano de orden lógico, **cosa previa a toda valoración es el establecimiento y conocimiento del objeto de la valoración**. Situada la distinción en el plano jurídico-penal, **la valoración de una conducta como lícita o ilícita exige, de manera previa, la existencia y conocimiento del objeto sobre el que recaerá aquella**; de no ser así, ¿sobre qué recaería dicha valoración? Ahora bien, **el objeto de la valoración no puede ser sino el hecho (típico) conocido en forma previa**. Por lo tanto, el conocimiento del hecho jurídico-penalmente relevante es el del tipo penal. A esta altura, todo pareciera indicar que, para la doctrina absolutamente dominante, **el conocimiento del hecho (típico) a ser valorado como contrario a Derecho** (injusto, ilícito o antijurídico) **no es parte integrante de la dimensión intelectual-valorativa de la imputabilidad** toda vez que al conceptualizarla nunca se refiere expresamente a ello (objeto de la valoración) y la restringe a la capacidad de valorar el carácter prohibido del hecho (valoración del objeto). Por ello nos parece que, terminológicamente, al referirnos a los elementos o dimensiones que conforman la imputabilidad, bien como presupuesto o elemento de la culpabilidad, lo correcto es

afirmar que ella posee una dimensión “valorativa”: **capacidad del titular para comprender (reconocer) la “ilicitud del hecho”**, y no limitar dicha capacidad a lo meramente intelectual o cognoscitivo. En efecto, lo propio y característico de esta dimensión de la imputabilidad es ser una capacidad valorativa, **capacidad de “valorar o enjuiciar un hecho como lícito o ilícito”**.

#### **4. La imputabilidad penal ¿capacidad general o especial?**

Actualmente se sostiene, por la doctrina absolutamente dominante, que la imputabilidad no puede ser concebida como una capacidad general pues se encuentra íntimamente ligada al hecho concreto. Para esto, argumentan que es una exigencia unánimemente compartida por la doctrina que **la inimputabilidad ha de ser establecida respecto de un hecho concreto cometido por el sujeto**. Por ello, sostener que la imputabilidad es *capacidad general*, sería volver a un **Derecho penal de autor**.

Este es sin duda uno de los aspectos más relevantes de revisar, pues de esta dependencia al hecho concreto, se niega el carácter general de la capacidad de comprensión. Al respecto se señala que esto no sólo se deriva de la redacción legal positiva “comprensión de la ilicitud del hecho” (Art. 20 1° CP) sino que resulta obvio, pues al ser un elemento de la culpabilidad, se trata de un juicio de reproche de la conducta típica antijurídica concreta. Por lo tanto no puede desligarse de tal hecho (concreto).

A esta altura y desde nuestro personal punto de vista, es necesario hacer algunas precisiones terminológicas a fin de evitar desintelencias en un tema, de por sí, discutible. En efecto, nos parece que toda la doctrina está “obligadamente” de acuerdo que, por decisión del legislador alemán o español, acertada o equivocada, el contenido de la imputabilidad dice relación con una cierta capacidad del sujeto para “comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión”. Sobre dicha base, somos de opinión que lo correcto es afirmar que la imputabilidad estaría integrada por una dimensión “**valorativa**” que le permite a su titular enjuiciar (discriminar, valorar o estimar) lo justo de lo injusto, lo lícito de lo ilícito, lo permitido de lo prohibido, y no limitarse a señalar que dicho elemento o dimensión es algo puramente cognoscitivo o meramente intelectual como si del dolo (neutro o avalórico) se tratara. **Lo propio y característico de esta dimensión de la imputabilidad es la capacidad (valorativa) que tendría el sujeto para “reconocer valorativamente” como lícito o ilícito hechos**

**en la vida de relación. De igual manera, la dimensión volitiva o conativa de la imputabilidad, se expresa en la capacidad que toda persona normal o común y corriente posee para autodeterminarse conforme a Derecho, sentido o valor.** En consecuencia, para ser imputable es preciso disponer de ambas dimensiones (intelectual-valorativa y conativa de autodeterminación conforme a Derecho); por ello, la inimputabilidad se configurará de existir un compromiso serio o grave de cualquiera de aquellas dimensiones o de ambas que anule aquella capacidad legal presumida.

Sobre la base de las dos dimensiones recién señaladas, es factible reflexionar el por qué, a nuestro entender, es objetivamente razonable sostener que la imputabilidad es una **“capacidad valorativa de carácter general”**:

a) A nuestro juicio, lo más importante para postular que la imputabilidad es una capacidad general, dice relación con **el contenido que el legislador presume (o mejor, puede presumir) en su dimensión valorativa.** Tal como ya lo hemos manifestado, a nuestro entender, el contenido no puede ser sino uno de carácter general: una persona imputable es **capaz de reconocer, en términos generales, el carácter ilícito esencial, básico o nuclear de un comportamiento o hecho** (v.gr. el apoderarse de cosas ajenas sin la voluntad del dueño es ilegal, norma que inspira a los delitos contra la propiedad o la satisfacción del impulso sexual sin contar con el consentimiento con quien se pretende es ilegal). Sostener que el contenido presunto de la comprensión de lo injusto integrante de la dimensión intelectual-valorativa de la imputabilidad implica la conciencia del disvalor propio y completo del hecho típico realizado y por el que se está procesando al inculpado v.gr. apropiación indebida, acoso sexual, desórdenes públicos o un determinado delito fiscal o contra el medio ambiente, nos parece absurdo, arbitrario y carente de todo fundamento objetivo. Cosa distinta es **averiguar, posteriormente, y sobre aquella base valorativa general o básica, si la persona era capaz de “reconocer una determinada modalidad de ataque al bien jurídico involucrado”** (v.g. el disvalor propio y especial de la conducta constitutiva de apropiación indebida tratándose de delitos contra el patrimonio), lo cual es el contenido propio a indagar del segundo elemento de la culpabilidad (conciencia de lo injusto o del dolo, según se siga la sistemática finalista o neocausalista).

b) **Si el legislador penal presume la imputabilidad a partir de cierta edad, dicha presunción debe tener, necesariamente, un fundamento objetivo;** de lo

contrario, no sería razonable ni justa. ¿Se puede presumir, con fundamento objetivo, que toda persona mayor de 18 años puede “reconocer” como un hecho ilícito todos y cada uno de los delitos existentes en los diversos ámbitos de lo penal? ¿Tendría fundamento objetivo si aquella presunción sólo se limitara a los abogados? No hay que olvidar que la presunción simplemente legal postulada por el legislador penal, sólo puede ser destruida acreditando alguna causal de inimputabilidad expresamente establecida. Piénsese v.gr. en algún delito especial del área laboral, tributaria o medio ambiental y, según la visión que criticamos, la ley penal presumiría que el inculpado podía reconocer y valorar su conducta en el campo laboral o tributario como ilícita o prohibida, a no ser que pruebe v.gr. anomalía o alteración psíquica o alteración de la conciencia de la realidad ¿?

Parece discutible concebir la imputabilidad referida siempre a un delito específico en el sentido de conciencia valorativa de una conducta típica determinada. Creemos más adecuado sostener que la imputabilidad es una condición o estado, de carácter permanente, en cuya virtud la persona tiene una capacidad valorativa de carácter general que el legislador presume y que está **referida, únicamente, al injusto material general de la norma, en el sentido de aquello que es básico, esencial o nuclear, que inspira un determinado ámbito penal** (v.gr. delitos contra la vida, delitos contra la salud, delitos contra la propiedad, delitos societarios, delitos laborales o delitos tributarios). La imputabilidad, en cuanto capacidad general, implica “un ámbito de reconocimiento de lo lícito-ilícito real o efectivo”.

Lo que se puede presumir, con fundamento objetivo, es que a partir de cierta edad la persona, sobre la base de un desarrollo bio-psico-social normal, posee una capacidad para “reconocer y valorar”, en términos reales y con carácter general (global, básico, nuclear, esencial o fundamental) como prohibido o permitido aquellas conductas que quebranten cierta norma v.gr. la apropiación de bienes ajenos sin la voluntad del dueño es ilegal, norma penal que inspira todos los tipos penales de los delitos contra la propiedad, o bien, la satisfacción de la libido sexual sin el consentimiento de la persona con que se pretende es ilegal, norma que inspira los tipos penales de los delitos sexuales, etc. **Este “reconocimiento valorativo” es de carácter general, básico y común a un grupo o área de delitos, razón por la que se puede presumir con fundamento real y objetivo.** En consecuencia, una persona bien puede ser imputable



en un determinado campo v.gr. delitos contra la vida o contra la propiedad y no serlo en otro v.gr. delitos laborales o tributarios. En cambio, partir del supuesto que toda persona mayor de cierta edad es imputable respecto de cualquier clase de delito, en cuanto hecho típico e injusto en concreto, a no ser que acredite una causal de inimputabilidad, nos parece una pretensión no-razonable y carente de fundamento empírico. Lo que se puede presumir es un “reconocimiento general y de lo básico” de la norma que inspira un tipo penal en los términos antes señalados pero, en modo alguno, las “diversas modalidades de ataque tipificadas” por el legislador.

**c) Desde una dimensión espacio-temporal, la imputabilidad es una capacidad que la persona posee en forma “estable y, por regla general, de manera permanente”**, por ello, el legislador penal la presume de la generalidad de las personas a partir de cierta edad. En efecto, el legislador penal presume que dicha capacidad la posee toda persona que ha tenido un desarrollado bio-psico-social normal, al igual que la capacidad que toda persona posee para hablar, moverse o la capacidad civil para contratar, capacidades que existen, aunque, la persona en un momento dado no hable ni se mueva o no celebre contrato alguno. De allí que hemos sostenido que “la imputabilidad es una capacidad general que existe o no existe, independiente de si el actor actúa o no”.

Dentro de la precisión terminológica y a fin de evitar malos entendidos es preciso aclarar que, a nuestro entender, si bien **la imputabilidad en cuanto capacidad general se posee en un marco espacio-temporal de carácter permanente, el marco o contexto espacio-temporal en el que se configuran las causales de inimputabilidad es siempre acotado al escenario donde tuvo lugar la perpetración del hecho(s) delictivo(s) concreto o determinado**. Por ello, toda vez que la culpabilidad penal siempre está referida a un hecho delictivo concreto, la inimputabilidad puede ser de carácter más o menos permanente o transitorio; en cambio, la imputabilidad, en cuanto estado o condición presumido por el legislador penal, es permanente y, por esto, de carácter general. Cuando la doctrina dominante afirma que el problema de la imputabilidad/inimputabilidad no es algo de carácter abstracto, porque la formalización o procesamiento del inculpado siempre está referido a un delito concreto, dicha afirmación es en sí correcta. En efecto, la imputabilidad es una capacidad estable; la inimputabilidad, en cambio, siempre está referida a un momento acotado en la vida del

sujeto y en el que tuvo lugar el hecho delictivo. No obstante, esto último no puede llevar, necesariamente, a postular que el contenido, sentido y alcance de la dimensión valorativa de la imputabilidad sea el mismo que es preciso investigar o analizar en la conciencia de lo injusto como segundo elemento de la culpabilidad en la sistemática finalista o como integrante del dolo en la concepción neocausalista.

**d) Se nos dirá que el reconocimiento y valoración de carácter general y común a un área de delitos no logra colmar el injusto particular de los distintos tipos, olvidándose con ello, que la culpabilidad lo es por un hecho típico concreto y, por ello, la dimensión valorativa quedaría incompleta.**

No obstante, el temor recién mencionado no tiene fundamento objetivo. En efecto, el estudio sobre la valoración del hecho típico en concreto, es decir **la comprensión de su prohibición se puede escindir en dos niveles: uno básico o general y otro específico o concreto**. A la imputabilidad pertenece el nivel básico o general y que concurre cuando el sujeto tiene conciencia de la norma penal que subyace a todos los tipos de una determinada área: **conciencia del injusto legal básico, general y común de un determinado ámbito**. En los delitos contra la propiedad, la conciencia de lo ilícito existe si el actor sabe, conoce o se puede representar antes de actuar que la apropiación de cosas ajenas sin la voluntad del dueño es ilegal; o bien en los delitos sexuales, si el autor sabe, conoce o se puede representar que la satisfacción de su libido sexual sin el consentimiento de la persona con quien pretende dicha satisfacción, es algo ilícito. El segundo nivel, de naturaleza concreta o específica, **está referido al hecho típico perpetrado por el sujeto y que implica una determinada modalidad de ataque al bien jurídico protegido** (v.gr. apropiación indebida si se trata de un delito contra la propiedad, o de un acoso sexual si estamos frente a un delito sexual). Este segundo nivel de conciencia de lo injusto no pertenece a la imputabilidad sino al elemento conciencia de lo injusto en la sistemática finalista o bien al dolo en la concepción neo-causalista. En efecto, no olvidemos que para ambas concepciones sistemáticas, la conciencia de lo injusto (como segundo elemento de la culpabilidad o como elemento integrante del dolo) está referida al hecho típico concreto perpetrado por el autor. Esto es meridianamente claro si se postula un concepto valorativo del dolo (*dolos malus*)

## **5. Imputabilidad y su relación con la conciencia de lo injusto (o el dolo).**

No cabe duda que es preciso determinar la vinculación y/o diferencia entre el elemento valorativo de la imputabilidad (comprensión de la ilicitud del hecho) (v.gr. Art. 20 N° 1 y 2 del CP español) y la conciencia de lo ilícito como elemento integrante, aunque, distinto de la culpabilidad penal (Art. 14.3 del CP español). Algo semejante se puede plantear entre el elemento volitivo de la imputabilidad (capacidad de autodeterminación conforme a sentido) y la autodeterminación que está en la base del contexto situacional normal.

5.1. Sobre la base de lo recién señalado, queremos hacernos cargo de la posición sustentada por URRUELA<sup>35</sup> en su excelente trabajo sobre la imputabilidad y en el que señala que, a su juicio, la diferencia entre la dimensión intelectual-valorativa de la imputabilidad y la conciencia de lo injusto como segundo elemento de la culpabilidad radicaría en que, mientras en la primera el conocimiento de lo ilícito del hecho concreto estaría en potencia, en el segundo elemento de la culpabilidad, estaría en acto.

Para comenzar, es preciso determinar el sentido y alcance de los términos empleados. Una vez más, permítasenos acudir a la analogía. Quien sabe bailar sevillana o tango, cuando esa persona quiera, puede efectuar los movimientos o pasos propios de aquellos bailes. Si el sujeto se encuentra sentado, escucha la música y decide bailar tango ¿es correcto decir que los movimientos de dicho baile estaban en potencia? Tenemos la absoluta certeza que nadie discutirá que aquello estaba en potencia. O bien si al lector de este trabajo se le pregunta cuánto es 5 x 8 y él nos responde 40. La memorización de las tablas de multiplicar se encuentra en el sujeto en ¿acto o potencia? Por otro lado, si un estudiante de Derecho que nunca ha realizado estudios sobre Biotecnología, por eso mismo, hasta ese momento ignora lo que es la <<terapia génica>>, aunque, si toma una asignatura sobre aquellas materias, sí podrá saber el contenido y alcance de la expresión <<terapia génica>>. Esto último, la ignorancia sobre un tema u objeto pero que, eventualmente, podría ser reemplazada por el conocimiento de aquello ¿es correcto afirmar que se encuentra en potencia? Personalmente creo que sólo aquello que un sujeto conoce (p. ej. la memorización de la tablas de multiplicar) o tiene la habilidad o destreza (p. ej. para bailar o conducir un vehículo) se encuentra en él, como un ente real o efectivo, aunque, en potencia.

---

<sup>35</sup> URRUELA, A. Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica: la capacidad de culpabilidad penal a la luz de los modernos avances en psiquiatría y genética. Bilbao-Granada, Cátedra de Derecho y Genoma Humano- Comares, 2004, p. 166.

A nuestro entender, toda persona que se presume imputable v.gr. mayor de 18 años, que ha vivido un proceso de desarrollo bio-psico-social normal ha aprendido un conjunto de principios, valores y patrones de conducta socialmente adecuados, razón por la cual, cuenta con una “**conciencia valorativa implícita**” cuyo nivel de funcionamiento permanece en un **estado de latencia preconsciente** y, por lo mismo, puede ser actualizado posteriormente. Sobre esta base, **nos parece más adecuado hablar de “reconocer” (y no simplemente de “conocer”) el carácter ilícito o lícito de un hecho.** En este ámbito ocurre algo parecido a lo que PLATZGUMMER denominó “co-conciencia” no reflejada al tratar del conocimiento en el dolo. En otras palabras, sólo quien conoce efectivamente las tablas de multiplicar o los pasos o movimientos de la sevillana o tiene la habilidad o destreza para conducir un vehículo puede ejecutar operaciones matemáticas, bailar sevillana o manejar un coche. Por otro lado, quien ignora lo que es en la construcción de un edificio el “hormigón armado”, o las tablas de multiplicar, o carece de la destreza para bailar o conducir un vehículo, no puede ejecutar o “actualizar” aquello cuya habilidad carece o cuyo conocimiento ignora.

Sobre el particular, URRUELA<sup>36</sup> postula que la discriminación debe hacerse sobre la base de “capacidad de comprender la ilicitud del hecho” (elemento de la imputabilidad) y “conocimiento de la ilicitud del hecho” (elemento de la culpabilidad), advirtiendo que, en ambos casos, el objeto sería el mismo: la ilicitud del hecho, razón por la que no es posible buscar en él un criterio discriminador. Para dicho autor, la “capacidad de comprender” no es sino la “facultad (posibilidad) de entender el carácter prohibido de la conducta concretamente realizada, basada en un desarrollo bio-psicológico normal del sujeto. *“Se trata pues de una capacidad de comprender en abstracto (no necesariamente ejercitada, puesto que la actualización efectiva de la misma implica el conocimiento), pero referida a un objeto determinado: **la ilicitud del hecho concreto.** Por su parte, el <<conocimiento de la ilicitud>> sería el ejercicio de aquella <<capacidad>>, permitiéndole al sujeto “adquirir un conocimiento efectivo del carácter prohibido de su actuación”. “Un ejemplo de lo anterior vendría determinado por la situación concreta de aquel sujeto considerado absolutamente normal desde un punto de vista bio-psicológico (lo que se materializa en la no*

---

<sup>36</sup> URRUELA, A.: Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica: la capacidad de culpabilidad penal a la luz de los modernos avances en psiquiatría y genética, Bilbao-Granada, Cátedra de Derecho y Genoma Humano, Ed. Comares, 2004. p.166.

*conurrencia de ninguna causa de inimputabilidad en dicha persona), y por lo tanto, capaz de comprender la ilicitud del hecho o de actuar conforme a dicha comprensión, pero, que por haber vivido durante la mayor parte de su existencia sin apenas contacto con la realidad social, desconoce el carácter antijurídico de conductas efectivamente prohibidas por la ley penal. En este caso, concurriría la capacidad de comprender la ilicitud del hecho, y, en consecuencia, la imputabilidad del sujeto, pero no la cognoscibilidad actual o posible de la antijuridicidad de la conducta, puesto que esta última requiere una condición ulterior: el ejercicio o actualización efectivas de la genérica capacidad implícita en la imputabilidad (capacidad de comprender la ilicitud del hecho).”*

La discriminación formulada por el investigador español antes indicado, entre <<capacidad = posibilidad = potencialidad>> y <<conocimiento = ejercicio o actualización de aquella potencialidad>>, nos merece el siguiente comentario: una <<capacidad = potencialidad = posibilidad>> vacía, carente de todo contenido no puede fundamentar un juicio de culpabilidad. **Toda capacidad, potencialidad o posibilidad debe serlo de “algo” determinado.** Cuando el legislador presume dicha capacidad es porque parte de la base que **una persona con un desarrollo bio-psico-social normal tiene conciencia, representación o ha aprendido, de manera real o efectiva, conceptos, principios o valores básicos de la sociedad y de la cultura en la que se encuentra inmersa;** es decir, que cuenta con un **“patrimonio socio-cultural-valorativo”** que le permite “enjuiciar” hechos o comportamientos.

**El ejercicio o actualización efectiva de la genérica capacidad implícita en la imputabilidad sólo es factible si quien pretende ello cuenta, de manera real o efectiva, con el conocimiento previo de aquello que ahora quiere “reconocer valorativamente”; de lo contrario, es imposible.** En otras palabras, a nuestro juicio, no nos parece que la imputabilidad sólo demanda la existencia de una persona con un desarrollo bio-psicológico normal. Si dicha persona *“apenas tuvo contacto con la realidad social y por ello, desconoce el carácter prohibido de diversas conductas sancionadas por la ley”*, no nos parece que se pueda sostener que sería igualmente imputable por existir “eventualmente” una capacidad futura (no actual) de comprensión (teórica y carente de aprendizaje) sobre la ilicitud del hecho, faltando únicamente, “el ejercicio o actualización de aquella capacidad”.

Una vez más, acudamos a la analogía para ejemplificar nuestra idea. El que una persona tenga v.gr., su sistema locomotor y los órganos de los sentidos normales (sin alteraciones patológicas) es condición necesaria, aunque no suficiente, para que en el futuro pueda caminar, correr, saltar o pueda aprender a bailar o bien pueda conocer o reconocer los animales y diferenciarlos de las personas o cosas. Disponer de un sistema locomotor u órganos de los sentidos en buen estado es condición necesaria, pero no suficiente, para que dicha persona pueda bailar flamenco, sevillana o ballet ya que cualquiera de dichas posibilidades demanda un proceso de aprendizaje previo, entonces y sólo entonces, dicha persona podría en el futuro actualizar o ejercer dicha capacidad o posibilidad de actuación. Quien sólo dispone de un sistema sensorial y motor normal pero no ha aprendido a bailar, no puede ejecutar y actualizar aquello que ignora. De igual manera, una persona con un desarrollo bio-psicológico normal pero que no ha estudiado matemáticas elementales ¿podemos decir que es imputable para resolver una operación de multiplicación porque tendría una capacidad teórica y eventual de llegar a saber, en el futuro, aquella operación matemática? A nuestro entender ello no es posible; sólo sería imputable, en el ámbito de las Matemáticas, aquella persona que, habiendo cursado y aprobado la asignatura de matemáticas elementales, ha aprendido las operaciones básicas de suma, resta, multiplicación y división y, por ello, tiene una capacidad real de ejercicio o actualización para resolver dicha clase de problemas.

Por otro lado, si el conocimiento de la ilicitud del hecho (como elemento distinto de la imputabilidad) es “actualización o ejercicio efectivo de la capacidad implícita en la imputabilidad”, dicha actualización debió estar presente o latente en ésta; de lo contrario, ¿cómo podría haberse actualizado algo que no estaba presente en potencia? En pocas palabras, **la imputabilidad, en cuanto “capacidad”, exige una conciencia real o efectiva sobre la ilicitud de contenido latente**, por ello a nuestro entender, es una **“conciencia valorativa implícita”**. Otra cosa será el nivel, grado o profundidad de dicha conciencia (plena o parcial, general o específica).

5.2. Pretender postular que la comprensión de lo injusto de un hecho delictivo determinado o concreto (v.gr. apropiación indebida o acoso sexual) se agota en la dimensión valorativa de la imputabilidad nos plantea otra interrogante ¿cuál sería el contenido a investigar y establecer en el segundo elemento de la culpabilidad (conciencia de lo ilícito en la sistemática finalista o en el dolo en la concepción neo-

causalista)? Si la comprensión de lo ilícito que integra la imputabilidad está referida a todo el disvalor del hecho típico concreto, al igual que la conciencia de lo ilícito como segundo elemento de la culpabilidad o como integrante del dolo, pareciera que el proceso valorativo integrante de la dimensión intelectual-valorativa de la imputabilidad queda cerrado o completo, razón por la cual, no habría nada más que agregar. En otros términos, **si el referir la imputabilidad al hecho típico concreto, al igual que el segundo elemento de la culpabilidad, la comprensión de la ilicitud sería la misma en ambos y el contenido del segundo elemento se anticiparía en el examen de aquella, dejándolo vacío.**

Es posible que se nos diga que la comprensión del ilícito como parte de la imputabilidad es de naturaleza diversa a la misma comprensión como segundo elemento de la culpabilidad porque, en aquella, la comprensión es meramente virtual, en cambio, en ésta es actual<sup>37</sup>. Por tratarse la imputabilidad de una “capacidad” es algo potencial, al igual como la capacidad de toda persona para caminar, hablar o moverse, etc. No obstante, si bien la distinción entre acto y potencia es valedera, toda vez que la comprensión de lo ilícito dice relación, en ambos casos, al hecho típico concreto, la distinción anotada no impide una postulación tautológica o repetitiva: en la imputabilidad se afirma, sobre la base de una presunción, que el sujeto sabía el carácter prohibido del hecho típico y, en el segundo elemento de la culpabilidad, no se agrega nada nuevo o diferente toda vez que el contenido de aquella es el mismo en éste. Ahora bien, ¿podemos presumir, de manera objetivamente fundada, que toda persona al cumplir los 18 años conoce “potencialmente” el carácter ilícito de todos y cada uno de los múltiples tipos penales existentes en todo el ordenamiento jurídico? La respuesta es más que obvia: categóricamente, no.

En cambio, si admitimos la división de la comprensión de lo prohibido en dos niveles: **uno general o básico y otro específico o concreto, la afirmación del primer nivel (pertenece a la imputabilidad) no desaparece si no se logra configurar el segundo nivel (pertenece al segundo elemento de la culpabilidad)**. No podemos olvidar que, en la sistemática neo-causal o finalista, el segundo elemento de la imputabilidad presupone la existencia de la imputabilidad. En efecto, sólo tiene sentido o relevancia el error sobre la prohibición de quien es imputable. Tampoco podría ser

---

<sup>37</sup> URRUELA, A.: *Ob. cit.*, p. 166.

óbice a la interpretación que formulamos al dividir la comprensión de lo injusto del hecho, lo dispuesto v.gr. en los números 1 y 2 del artículo 20 del CP español, al establecer que el sujeto “...no pueda comprender la ilicitud del hecho...”, expresión esta última que tiene un carácter singular y concreto. A nuestro entender, la expresión “hecho” dice relación al “hecho típico injusto”. Además, aceptando la distinción por nosotros formulada, **quien no tiene la capacidad de comprender el injusto material básico, general y común a un determinado ámbito jurídico-penal y, por ello, presente en cada hecho punible que lo integra, “no puede comprender la ilicitud del hecho”, y por lo tanto, no es necesario investigar en mayor profundidad si, además, el autor tenía la capacidad de comprender el injusto material especial, específico o concreto del comportamiento por él perpetrado como modalidad de ataque al bien jurídico tutelado.** Apoyándonos, una vez más, en la analogía: quien ignora el nivel I de Matemáticas desconoce, con mayor razón, el nivel II; quien ignora el nivel I de cualquier idioma, es imposible que conozca y entienda los contenidos de los niveles superiores. Por ello, quien ignora lo general y básico de un desvalor es imposible que pueda conocer el desvalor concreto o específico de un determinado hecho, toda vez que éste supone, necesariamente, aquél como su base o soporte de comprensión.

5.3. Desde otro ángulo, si aceptamos que la imputabilidad está referida al hecho típico concreto, de seguirse la sistemática neocausalista, se estaría **presumiendo el obrar típico doloso el que sólo podría ser desvirtuado configurando un error de tipo o de prohibición.** Presumir la conciencia valorativa de un hecho típico concreto supone, necesariamente, dar por establecido el conocimiento previo del hecho típico; de no ser así, ¿sobre qué estaría recayendo dicha valoración? Más aún, de conformidad a la doctrina mayoritaria que criticamos, acreditado v.gr. un error de prohibición inevitable, el sujeto que incurre en dicho error, **carecería de responsabilidad penal no por ausencia de dolo (concepción causal) o de conciencia de lo injusto (concepción final) sino por “inimputabilidad”.** En efecto, si la presunción de imputabilidad está referida al hecho típico concreto, la existencia y prueba de un error de prohibición inevitable, lo que está probando es que dicho sujeto, en el caso concreto por el que se lo procesa, la presunción de imputabilidad carecía de fundamento objetivo, es decir, no era imputable. Ello, si se insiste en sostener que la imputabilidad supuesta está referida al hecho típico concreto y esto a pesar que la causa que le da origen no sea de tipo



psicopatológico (alteración o anomalía psíquica). A nuestro modo de ver, en dicho supuesto y en la estructura dominante sobre la culpabilidad, habría una situación de contradicción: en primer término, se afirmaría, sobre la base de la presunción legal, la comprensión de lo prohibido de un hecho delictivo concreto al sostenerse la imputabilidad del actor para, posteriormente y de manera inmediata, negar aquella misma e idéntica comprensión al acreditarse un error de prohibición inevitable.

En cambio, la interpretación que postulamos en el sentido que la imputabilidad sólo implica una capacidad de comprensión “general” de lo ilícito y no referida al hecho típico concreto, en el caso de acreditarse un error de prohibición, la afirmación de imputabilidad se mantiene y lo único que no se configura es el dolo (en la sistemática causal) o la conciencia de lo injusto (en la sistemática final).

Es factible que quienes no compartan nuestra tesis en el sentido que la comprensión del carácter ilícito del hecho puede ser dividido en una comprensión de lo nuclear o general propio de la imputabilidad y una comprensión de lo ilícito de carácter especial o concreto del hecho típico ejecutado se apoyen en que **el legislador penal, en todo caso, presume en las personas mayores de 18 años la comprensión de lo ilícito sin establecer una discriminación entre una dimensión general y una especial**, en consecuencia, ésta discriminación no tendría fundamento legal. No obstante, postular que el legislador penal presume, aunque de manera dividida, la conciencia de lo injusto en forma general y en forma especial, no puede llevarnos a sostener que la discriminación antes indicada es irrelevante y ello porque nos permite diferenciar los contenidos propios de la imputabilidad y de la conciencia de lo injusto como elemento de la culpabilidad o como integrante del dolo. Por lo demás, no hay disposición legal que impida expresamente dicha interpretación.

Por otro lado, la ley penal presume tácitamente el conocimiento de la realidad material u objetiva sin distorsiones, aunque, admite la posibilidad de configurar un error de tipo; de igual manera, la dimensión valorativa de aquella realidad que se expresa en la conciencia de la significación disvaliosa del hecho (típico) se presumiría por el legislador penal, no obstante, se puede configurar un error sobre la prohibición reconocido por el legislador penal (Art. 14 CP).

Ahora bien, **¿tiene fundamento objetivo el hecho que el legislador penal presuma, de manera simplemente legal, la conciencia de lo ilícito?** Si la

significación disvaliosa del hecho típico la limitamos a un conocimiento de lo general, básico y común a un área delictiva (v.gr. delitos contra la vida, la propiedad o delitos sexuales), la experiencia social nos indicaría que ello es algo razonable. Si la interrogante dice relación con presumir la significación disvaliosa especial y concreta de un hecho típico determinado perteneciente al ámbito de los llamados “delitos de vigencia universal” (v.gr. el delito de homicidio calificado, apropiación indebida o el acoso sexual) nos parece igualmente razonable de conformidad a la experiencia del hombre-medio. El problema puede surgir en los ámbitos penales especiales v.gr. delitos tributarios, delitos laborales, delitos societarios, delitos contra el medio ambiente, etc. Presumir, en relación a estos ámbitos especiales, el conocimiento de una significación disvaliosa de carácter general nos parece razonable si ello se limita a v.gr. quienes trabajan deben contribuir con el Estado en sus diversas tareas pagando tributos o impuestos; quien contrata a un trabajador no puede abusar de su situación de necesidad imponiéndole condiciones inferiores a las que tiene derecho por ley; quien administra una sociedad no puede falsear las cuentas o documentos oficiales de ésta y ocasionar un perjuicio a ella, a sus socios o a terceros; o quien desarrolle una actividad industrial de cualquier clase no puede contravenir las leyes protectoras del medio ambiente o poner en peligro la salud de las personas. **Presumir, en cambio, una conciencia sobre el disvalor de la conducta típica en concreto “erga omnes” carece de fundamento objetivo.** Sin embargo, somos de opinión que ello, en la práctica, puede que no ocurra. Por regla general, quienes protagonizan conductas propias de aquellos ámbitos especiales suelen ser personas que trabajan o se desempeñan en esas realidades profesionales, comerciales o de servicios y, por lo tanto, están al tanto de la normativa que les rigen, razón por la cual, tienen conciencia sobre el carácter prohibido de dichas conductas. En relación a esto, cabe recordar que, por regla general, **quienes se dedican a dichas actividades tienen un deber legal de informarse de la normativa** que las regla v.gr. normativa que regula la fabricación de alimentos o fármacos.

Esta última consideración, la existencia de distintas áreas de punibilidad penal, las que constituyen verdaderos “mundos” diversos nos ha llevado a postular que la dimensión valorativa de la imputabilidad sólo puede postularse, en general, en relación a esos distintos campos, como ámbitos independientes entre sí, y, en modo alguno, cabe hablar de una imputabilidad que cubra la conciencia de lo ilícito en especial y de la totalidad de las figuras típicas existentes en todos y cada uno de los ámbitos de

punibilidad porque constituiría una pretensión desbordada y carente de límites racionales.

6. Una visión alternativa que nos permitiera diferenciar entre la comprensión de lo injusto como elemento de la imputabilidad y aquel factor como segundo elemento de la culpabilidad podría asumir tres modalidades:

a) considerar que **la imputabilidad** sólo implica una **conciencia del desvalor “ilegal” del hecho de “carácter general”, lo que coincide con un desvalor “social”; en cambio, la conciencia de lo injusto**, en cuanto segundo elemento de la culpabilidad, estaría referida **al reconocimiento del desvalor “ilegal” del hecho concreto o específico**.

b) **la comprensión del carácter injusto del hecho, tanto en cuanto dimensión de la imputabilidad como segundo elemento de la culpabilidad**, siempre dice relación con **el hecho concreto**, aunque, en cuanto factor de la imputabilidad sólo exige el reconocimiento del **carácter “simplemente ilegal” del hecho concreto**; en cambio, en cuanto segundo elemento de la culpabilidad, supone el **reconocimiento del carácter antijurídico-penal del hecho perpetrado**. No obstante, la doctrina dominante se conforma con que la valoración sea simplemente en el marco de lo legal-ilegal, y no necesariamente de lo penalmente relevante, razón por la cual, sólo un sector minoritario estaría dispuesto a aceptar dicha alternativa.

c) La comprensión de lo injusto del hecho propio de **la imputabilidad** sería una **conciencia acerca de un desvalor jurídico-penal del hecho, de carácter general; siendo suficiente que el sujeto tuviere la “impresión” que el acto realizado es ilegal y, además, que podría ser delictivo** y, dicha conciencia en cuanto **segundo elemento de la culpabilidad**, sería una **conciencia especial o específica acerca del desvalor jurídico-penal del hecho típico concreto, aunque, desconozca el tipo y gravedad de la sanción penal**.

De estas tres posibilidades alternativas, de tener que escoger una nos quedaríamos con la primera toda vez que conserva la idea central postulada: conciencia del desvalor ilegal, de carácter general, del hecho versus conciencia del desvalor especial o particular del hecho.

## **7. Imputabilidad y posibilidad de conocer la desaprobación jurídico-penal del hecho.**

Un sector de la doctrina española, BACIGALUPO<sup>38</sup>, ZUGALDÍA<sup>39</sup>, siguiendo a ARMIN KAUFMANN, propone reordenar los elementos de la culpabilidad, colocando en primer término, investigar si el autor del delito tuvo la posibilidad de conocer el carácter prohibido del hecho y, en segundo lugar, determinar si el sujeto es o no imputable. Dicha secuencia, nos parece discutible porque equivale a invertir el orden lógico. En efecto, un sujeto sólo puede tener la posibilidad de llegar a comprender el carácter prohibido de un hecho en la medida que sea imputable y ello porque la imputabilidad, como cualquier capacidad, implica un ámbito virtual de actividad pero, en modo alguno, al revés. Una persona por ser imputable tiene la posibilidad de comprender el carácter prohibido de su actuar; razón por la que es preciso, en primer término, establecer si tiene capacidad de culpabilidad o imputabilidad y, luego, examinar si, en el caso concreto, dicha posibilidad pudo ser actualizada. Sostener primero que el autor tenía la posibilidad de comprender el carácter prohibido del hecho delictivo para, en un segundo momento, examinar la imputabilidad y sostener que, respecto de ese mismo hecho, es inimputable por carecer una capacidad intelectual-valorativa importa, a nuestro entender, una contradicción. En esta secuencia objeto de crítica **¿cómo se explicaría la existencia, en un primer momento, de aquella posibilidad que, posteriormente y en fracción de minutos, aparece negada, negación que, por estar referida al mismo hecho, es preciso proyectarla retroactivamente al primer momento y desde un principio?**

A nuestro entender, el estudio sobre la “valoración del hecho típico en concreto” debe ser realizado, en la sistemática finalista, al tratar de la conciencia de lo injusto como segundo elemento de la culpabilidad y, de seguirse la concepción causal neoclásica, al tratar del dolo como elemento de la culpabilidad. Somos de opinión que la dimensión valorativa de la imputabilidad que es, de índole genérica, se concreta o especifica en el tratamiento de los elementos de la culpabilidad antes indicados. En otras palabras, no creemos que los elementos que integran la culpabilidad formal sean factores o niveles independientes y desvinculados entre sí. Nos parece que entre la

---

<sup>38</sup> BACIGALUPO, E.: *Ob.cit.* pp. 424 y 425.

<sup>39</sup> ZUGALDÍA, J. M.: *Ob. cit.* p. 607.

dimensión valorativa de la imputabilidad y la conciencia de lo injusto hay una relación de género a especie.

En efecto, nos parece razonable que el legislador presuma que toda persona mayor de 18 años tiene una capacidad general, a nivel abstracto, para reconocer y valorar el hecho ilícito-base de un determinado ámbito penal, en el sentido antes indicado. Lo que no es razonable presumir es que toda persona mayor de 18 años puede “reconocer y valorar” como ilícito todos y cada uno de los comportamientos típicos existentes en los diversos campos del sistema penal. Será en el examen del segundo elemento de la culpabilidad (dolo o conciencia de lo injusto, según la doctrina que se postule) donde se pondrá a prueba **si aquel conocimiento general presumido puede hacerse extensivo a la figura delictiva concreta por la que se está enjuiciando al inculpado.**

Algo semejante ocurre con la dimensión volitiva que integra la imputabilidad. El legislador penal puede presumir, con fundamento objetivo, que una persona mayor de 18 años tiene una capacidad general para autodeterminarse. Es en el estudio del tercer elemento de la culpabilidad, el contexto situacional normal (o exigibilidad), donde la interrogante a dilucidar será determinar **si aquella capacidad general que la ley penal presume, el inculpado podía o no haberla ejercido en la situación concreta por él vivida** v.gr. por sufrir una amenaza o coacción grave o haber experimentado miedo insuperable.

## **8. Imputabilidad y dolo.**

No es objeto de discusión que para que un sujeto normal actúe, dolosa o imprudentemente, debe poseer una cierta **capacidad psicológica general que le permita captar o percibir sin distorsiones la realidad, es decir, el mundo que le rodea**, capacidad que el legislador penal presume tácitamente, al igual que lo hace, respecto de la comprensión de lo injusto en la imputabilidad. En el caso de un delirio psicótico por ejemplo, donde el enfermo cree atacar y destruir al demonio o a un vampiro, no sólo se encuentra ausente el conocimiento sobre el injusto material del homicidio (que se ataca el bien jurídico vida humana) sino, además, y, con carácter previo, no existe dolo de homicidio porque dicho sujeto carece de la capacidad psicológica de toda persona normal de percibir la realidad tal cual es y sin distorsiones. En efecto, el dolo homicida supone que el autor conozca que su obrar se dirige en contra

v.gr. del bien jurídico vida humana y no en contra de la existencia del “maligno” (demonicidio) o de un vampiro (vampiricidio).

A esta altura, cabe preguntarse ¿por qué la doctrina nunca ha explicitado la capacidad psicológica que el dolo o el actuar imprudente supone, tal como lo ha hecho al tratar otros elementos en la teoría del delito? Pensemos por ejemplo, al tratar de la acción, los causalistas admiten un elemento subjetivo mínimo (voluntariedad) y los finalistas uno con mayor contenido (finalidad); ambas posturas doctrinarias reconocen, en el estudio de la tipicidad, ciertos elementos subjetivos especiales del tipo (o de lo injusto); los finalistas demandan, para configurar una actuación justificada, un elemento subjetivo de igual carácter; y al tratar de la culpabilidad, nos encontramos con la exigencia de la imputabilidad, para los causalistas del dolo o imprudencia (y sus correspondientes hipótesis de error de tipo o prohibición); y en la exigibilidad (o contexto normal) con la exigente de v.gr. miedo insuperable todo lo cual conlleva innegablemente concurrencia de una carga marcadamente subjetiva. En todo caso, ningún sector doctrinario pondrá en duda de la necesaria existencia de una capacidad psicológica que permita a la persona percibir o captar la realidad sin distorsiones, base ontológica o natural de todo actuar doloso o imprudente. Su no explicitación por la doctrina ¿será porque se ha estimado que es algo obvio? Empero, muchas veces, lo obvio se olvida y ello puede ser peligroso, en especial, para quienes se identifican con los principios fundamentales del Derecho penal actual y que constituyen auténticas “garantías” para los ciudadanos. Si la doctrina está de acuerdo en que, sobre la base del concepto de imputabilidad y de la conciencia de lo ilícito, se puede presumir una capacidad valorativa general (imputabilidad) y una capacidad valorativa especial (conciencia de lo ilícito) para valorar como prohibidos ciertos hechos y que el error sobre la prohibición es una excepción a dicha capacidad presumida, ¿por qué no extrapolar dicha distinción y afirmar o reconocer que el legislador penal presume una cierta capacidad psicológica general para obrar típicamente y que v.gr. el error sobre el tipo es una excepción de aquella al igual que el error sobre la prohibición, lo es de la conciencia de lo injusto en el ámbito de la culpabilidad?

No es posible prescindir del concepto que se postule acerca del dolo. Si se toma el concepto de dolo de una concepción causal neoclásica, al conocimiento de todos y cada uno de los elementos del tipo-penal, es preciso agregar el conocimiento de la

significación valorativa del comportamiento en su globalidad o totalidad (conocimiento real o efectivo del carácter prohibido del hecho típico).

De seguirse este planteamiento, concepción causal neoclásica, y de sostenerse que el contenido de la imputabilidad se presume y siempre está referida al hecho concreto por el cual se está procesando al imputado, nos plantea dos interrogantes:

a) **Si la imputabilidad sólo implica valoración de un hecho típico** (no conocimiento del mismo), **nos resulta discutible la ubicación sistemática del dolo como segundo elemento de la culpabilidad y posterior a la imputabilidad toda vez que el conocimiento de un hecho es previo a su valoración.** En efecto, todo pareciera indicar que el estudio y tratamiento del dolo, en cuanto exigencia de conocimiento de los elementos del tipo (no de su valoración global), debería ser algo previo a la imputabilidad. **Esta objeción sólo se podría obviar si se postula explícitamente** (lo que no hacen los autores) **que la imputabilidad, en su dimensión intelectual-valorativa, presume, además, la capacidad psicológica general para percibir el mundo externo y, por ello, de obrar típicamente (dolosa o imprudentemente), y no reducir o limitar la dimensión intelectual-valorativa a la simple valoración de un hecho como prohibido.** Por ello, no resulta clara la afirmación que un sector minoritario de la doctrina que se ha ocupado del tema afirme que la inimputabilidad puede llegar a determinar la ausencia de dolo y, por lo mismo, la atipicidad subjetiva.<sup>40</sup> Algunos autores se han inclinado por postular que el “error condicionado por la inimputabilidad” debe ser ubicado y resuelto en sede de inimputabilidad y que por ello, serían aplicables medidas de seguridad.<sup>41</sup>

b) Si se insiste que la ubicación sistemática del dolo es posterior a la imputabilidad ¿por qué, según la concepción neo-causal, el dolo requiere la significación disvaliosa del hecho típico si dicho disvalor ya ha sido establecido en la imputabilidad?

De seguirse una sistemática finalista, el dolo integra el tipo-penal, y la observación anterior a la sistemática causal neoclásica, no le alcanza. No obstante, la

---

<sup>40</sup> MIR PUIG, S.: Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho, 1982 (cit. por la edición en EL MISMO, el derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho, Barcelona, Ariel, 1994, p. 84; SERRANO BRUTRAGUEÑO, I.: Código penal de 1995, 1999, pp.269 y 274.

<sup>41</sup> MIR PUIG, S.: *Derecho penal*. PG. 2004, pp. 149, 529 y ss.; GARCÍA ALBERO, R.: Arts. 95-108, en: QUINTERO OLIVARES (dir.)/MORALES PRATS (coord.), Comentarios al Nuevo Código penal, 3º ed. Elcano, Aranzadi, 2004, p. 545; URRUELA MORA, A.: *Ob. Cit.* p. 163, nota 557.

sistemática finalista, queda expuesta a otra crítica. La sistemática finalista debería reconocer, de manera explícita, al tratar de la tipicidad subjetiva que ella se asienta, necesariamente, en una capacidad psicológica general que el legislador presume en toda persona normal que le permite percibir la realidad y, sobre dicha base, obrar típicamente (dolosa o imprudentemente). En efecto, el tipo penal del homicidio supone que quien lo protagoniza dolosamente sabe, conoce o tiene conciencia de la realidad sin distorsiones y que los golpes mortales que está propinando afectan a una persona viva (y no a un v.gr. animal); que quien comete dolosamente hurto sabe o conoce la realidad sin distorsiones y que, por eso mismo, tiene cabal conciencia que toma una cosa mueble ajena sin la voluntad de su dueño.

### **Conclusiones**

1. De mantenerse la idea que la dimensión valorativa de la imputabilidad, al igual que la conciencia de lo ilícito, tienen como objeto de referencia el hecho concreto realizado por el autor, a nuestro entender, implica una duplicidad de una misma exigencia, razón por la cual, uno de dichos elementos está sobrando.

2. Si se quiere evitar la duplicidad de un mismo requisito, se debería considerar que el contenido valorativo que integra la dimensión de la imputabilidad es de carácter genérico; en cambio, el que integra la conciencia de lo ilícito es de carácter concreto o específico en los términos desarrollados en este documento.