

- 898 Si el autor no tuvo conocimiento de que la "víctima" consentía la realización de su acto (sustraer la cosa, penetrar en la casa ...), la realización del tipo legal no puede tener lugar. Es un caso de tentativa imposible punible de acuerdo con el art. 15.
- 899 Por último, la validez del consentimiento no depende de que sea manifestado respetando una determinada formalidad. No es necesario, por ejemplo, que sea establecido por escrito. Basta que la persona interesada concrete por un acto externo el ejercicio de su libertad de disposición. En ningún caso el consentimiento puede ser presumido. Tampoco es suficiente un consentimiento general (como el exigido en caso de internamiento en un hospital) con relación, por ejemplo, a un acto particular (intervención quirúrgica).

§ 6. Culpabilidad

A. Responsabilidad

- 900 La constatación de la tipicidad y de la antijuricidad de un acto no implican necesariamente la punición del agente: éste debe ser declarado responsable. La responsabilidad significa que el autor es culpable y que la sanción penal es necesaria de acuerdo con la necesidad de prevención deducida de las condiciones previstas en la ley. Actúa culpablemente quien comete un acto ilícito (típico y antijurídico) y que, en la situación concreta, era un destinatario capaz de comprender el mandato contenido en la norma y capaz de determinarse de acuerdo con dicha comprensión. Esto significa que tenía, en principio, la posibilidad de comportarse conforme a derecho.
- 901 De acuerdo con el fin de prevención general de la pena (evitar mediante la amenaza de la pena la realización de actos delictuosos), resulta necesario castigar al autor culpable. Esta necesidad de castigar - basada en la culpabilidad - no constituye, sin embargo, el fundamento de la responsabilidad. Comprendida como el conjunto de condiciones que justifican imponer una pena, la responsabilidad

supone la culpabilidad y ésta no implica necesariamente que el agente sea responsable.

- 902 Existen casos en que la pena resulta innecesaria en razón de las circunstancias excepcionales en que el agente ha actuado. Por ejemplo, en caso del estado de necesidad en que los bienes en conflicto son de igual valor. La doctrina admite que el autor no sea sancionado a pesar de su culpabilidad (aunque atenuada) porque la pena resulta innecesaria con relación a la función preventiva de la pena. Lo mismo sucede, en mayor o menor medida, con las circunstancias que disculpan al agente (*Entschuldigungsgründen*) - mejor dicho, que excluyen la responsabilidad - y las circunstancias que eliminan la culpabilidad, *stricto sensu* (inimputabilidad, error de prohibición inevitable).
- 903 Los criterios que determinan estas circunstancias han sido, hasta ahora, considerados al determinar la noción de culpabilidad. De esta manera, se escamoteaba su análisis. Hecho que repercutía negativamente cuando se trataba de explicar las circunstancias que excluyen la punibilidad de quien ha cometido un hecho típico e ilícito. El reconocimiento tanto de la culpabilidad como de la necesidad de sancionar preventivamente, en tanto categorías igualmente importantes de la responsabilidad, permite establecer una mejor relación con la teoría de la finalidad de la pena, según la cual una sanción penal sólo debe ser impuesta si el agente es culpable y si es necesaria de acuerdo con la función preventiva de la pena.
- 904 El hecho de tomar en cuenta la necesidad de hacer efectiva la función preventiva no significa que las condiciones indispensables para la imposición de la penalidad sean desnaturalizadas o debilitadas por el recurso de criterios de prevención. Por el contrario, dicho reconocimiento implica, de un lado, el mantenimiento de la culpabilidad como límite de aplicación de la pena en base a criterios de prevención y, de otro, la exigencia de la necesidad de limitar el poder punitivo en caso de actos culpables. Sólo se trata, en buena cuenta, de hacer lo mismo que sucede ahora: la interpretación de las normas en la perspectiva de criterios de prevención.

- 905 Este cambio de perspectiva en el análisis de la culpabilidad, mediante la incorporación de la noción de responsabilidad, no implica la substitución de la culpabilidad por la responsabilidad, sino que ésta supone tanto la primera como además la necesidad de penar preventivamente.
- 906 Es evidente que en el Código guatemalteco el vocablo responsabilidad no ha sido utilizado en el sentido que venimos de explicar. Sin embargo, como sucede con otros conceptos doctrinarios, las disposiciones del Código pueden ser interpretadas desde esta nueva perspectiva. De la simple lectura de las disposiciones del Código, se comprende que el término responsabilidad es empleado en el sentido de conjunto de condiciones que permiten sancionar a una persona por un comportamiento determinado. Es decir, la responsabilidad, en sentido amplio, existente cuando se comprueba la presencia de todos los elementos del delito (acción típica, antijurídica y culpable).
- 907 La regulación de estas condiciones ha sido efectuada de manera negativa: el legislador ha establecido "las causas que eximen de responsabilidad penal" y, de manera particular, se refiere a las causas de inimputabilidad, de justificación y de inculpabilidad. Este sentido es confirmado al regularse la participación delictuosa. Así, el art. 35, se refiere a los "responsables penalmente" y considera como tales, con respecto a los delitos, a los autores y cómplices y sólo a los primeros, con relación a las faltas.
- 908 Siguiendo a Roxin, la responsabilidad supone tres condiciones: primero, la capacidad de culpabilidad, la posibilidad de conocer el carácter ilícito del acto (error de prohibición) y la normalidad de la situación en la que el acto es ejecutado (estado de necesidad causa de no culpabilidad, exceso en las causas de justificación). De modo que se puede afirmar que la responsabilidad depende, en primer lugar, de la existencia de la culpabilidad y, en segundo lugar, de la necesidad de imponer una pena al autor por exigencia de la función de prevención general.

B. No hay pena sin culpabilidad

- 909 A pesar del cambio de terminología, el principio no hay pena sin culpabilidad sigue siendo, junto al principio de la legalidad, uno de los pilares fundamentales del derecho penal. Su fundamento es la protección y la garantía constitucionales de la persona y de sus derechos fundamentales (art. 1 de la Constitución). Con respecto al derecho penal, esto supone que sólo será castigada penalmente la persona que, al momento de actuar, podía captar y comprender el sentido del mandato legal y, en virtud de su capacidad de controlarse, de optar, entre las diversas posibilidades que percibía, por aquella conforme con el orden jurídico.
- 910 De las capacidades personales (volitivas e intelectuales) que hacen de un sujeto el destinatario idóneo de los mandatos normativos y de la constatación normativa que podía obrar de acuerdo con el derecho, se deduce la culpabilidad del agente que comete un acto típico e ilícito.
- 911 Comprobadas empíricamente las capacidades de autocontrol del agente, se deduce su disponibilidad de actuar conforme a derecho. Lo que no debe ser comprendido en el sentido de capacidad material de actuar de manera diferente, sino como apreciación normativa que no puede ni requiere ser comprobada empíricamente.
- 912 Actúa culpablemente quien comete un acto ilícito a pesar de serle posible inclinarse en favor de un comportamiento permitido. Esto significa que la culpabilidad supone: primero, que el agente sea, por sus calidades síquicas e intelectuales, destinatario apropiado de la norma penal; segundo, que síquicamente le era factible tomar decisiones conformes con el mandato normativo; y, tercero, que poseía reales posibilidades de controlar su comportamiento. Estos criterios no suponen la admisión y comprobación de la libertad de voluntad, hecho que no puede ser probado empíricamente de la misma manera como no pueden serlo el indeterminismo ni el determinismo. Se trata más bien de un juicio normativo que implica

que, en las condiciones señaladas, el agente debe ser tratado como libre.

- 913 La culpabilidad de la que tratamos es de carácter jurídico, no sólo ético. Está en relación con las normas legales, y las escalas a emplearse para los efectos de su medición son, asimismo, de naturaleza jurídica. De modo que es autónoma en relación a otros juicios de culpabilidad que pueden pronunciarse, por ejemplo, desde una perspectiva moral. De ahí que la afirmación de la preponderancia del principio "no hay pena sin culpabilidad", en nuestro derecho penal, no implica ni una confusión entre el derecho y la moral, ni una estimación desmesurada de la culpabilidad en detrimento de la lesión del bien jurídico.
- 914 La declaración de culpabilidad se formula contra el agente en razón del acto cometido y respecto del cual ya se ha afirmado su naturaleza antijurídica. Los juristas han sostenido, teniendo en cuenta esta peculiaridad, que nuestro derecho penal es un derecho de acciones y que, por lo tanto, también la culpabilidad es una culpabilidad referida a comportamientos, mas no a la manera de ser del agente. De otro lado, no es de admitir la denominada "culpabilidad del carácter" o "culpabilidad por conducta de la vida", en la que el juicio de reproche se expresaría con ocasión de la realización de una acción; pero, en base a la total personalidad del agente. Sin embargo, hay que recordar que la determinación del grado de culpabilidad no sólo se hará teniendo en cuenta el acto antijurídico aislado, sino también considerando las circunstancias de hecho y personales en que actuó. Pero, ya éste es un problema de graduación de la pena (art. 65), como muy bien lo considera la doctrina.
- 915 A pesar de reconocer la primacía del principio "no hay pena sin culpabilidad" algunas legislaciones penales contemporáneas conservan ciertos rezagos de la responsabilidad sin culpabilidad. Un ejemplo muy claro es el de la severa agravación de la pena en razón de la reincidencia y de la habitualidad. En ambos casos, la pena que merece el delincuente de acuerdo con la culpabilidad por el hecho cometido será agravada teniendo en cuenta hechos anteriores que

ninguna vinculación tienen con el hecho cometido. La agravación está basada en la manera de ser del agente y no en el acto que ha cometido. Esto resulta evidente en la medida en que se establece: "el delincuente habitual será sancionado con el doble de la pena" (art. 24, último párrafo). Constituye, igualmente, una manifestación de abandono de la culpabilidad como base de la pena el considerar que ésta debe ser fijada "teniendo en cuenta la mayor o menor peligrosidad" del agente (art. 65). Lo mismo se puede decir de los casos, concernientes a la parte especial, en que se agrava la represión en consideración a la peligrosidad del autor. Por ejemplo, el art. 383 que prevé la pena de muerte cuando, en caso de homicidio del presidente o del vicepresidente de la república, el autor revele mayor y particular peligrosidad por las circunstancias del hecho, los medios empleados y los móviles determinantes.

- 916 También debe ser criticada por esta razón, la admisión de la preterintención. Si bien ésta es regulada como una circunstancia atenuante, supone una responsabilidad por el mero resultado. Esto es debido a que el art. 26, inc. 6, supone que el agente haya tenido el dolo de cometer un delito (lesiones leves) y causa un daño más grave. Respecto de éste no se indica, en la disposición citada, a qué título es imputado al agente. En el derecho comparado, la preterintención ha sido considerada, por el contrario, como una agravante con relación al delito doloso menos grave. A diferencia del texto guatemalteco, la preterintención es entonces admitida cuando el resultado más grave es culposo, de modo que se trata de una mixtura de dolo en el primer acto y de culpa en el resultado más grave. Si bien esta noción surgió para contrarrestar los casos de responsabilidad objetiva (la pena se impone por el simple hecho de que se cause un daño, como lo admite el texto guatemalteco), lo cierto es que, en la práctica, sirve para reprimir severamente los casos en que no se puede probar plenamente la culpabilidad a título de dolo respecto del resultado más grave. Para mejor respetar el principio de culpabilidad, se debería aplicar a estos casos las reglas del concurso ideal: el juez debería probar debidamente la culpabilidad

del agente respecto tanto del primer delito (doloso) como del segundo (delito culposos).

C. Caso fortuito

- 917 El art. 22 del Código Penal parece admitir una forma de responsabilidad objetiva en la medida en que declara la no responsabilidad cuando, "con ocasión de acciones u omisiones lícitas" y a pesar de la "debida diligencia" del agente, éste produce "un resultado dañino por mero accidente". A contrario, se tendría que admitir la responsabilidad penal si la acción u omisión era ilícita (*versari in re illicita*), aun cuando el autor no hubiere incurrido en negligencia, impericia o imprudencia. Bastaría que hubiese causado el daño de actuar ilícitamente.
- 918 El límite de la culpabilidad es señalado por el caso fortuito, que "es el confín donde comienza lo imprevisible". Caso fortuito no significa ausencia de causa, ni se debe pensar únicamente en un suceso de la naturaleza. El caso fortuito siempre está en relación con un hacer u omitir humano. Lo que caracteriza al caso fortuito es la "imprevisibilidad del acontecimiento que se produce en relación causal con la actividad de un hombre o con su omisión". Sólo puede hablarse de culpabilidad en caso de un suceso previsible. El caso fortuito está fuera del derecho penal. Contra el agente que haya, mediante su accionar (aún ilícito), producido un resultado fortuito, no se puede formular el juicio de culpabilidad. En este sentido, debe ser interpretada restrictivamente la norma prevista en el art. 22 del Código Penal.

D. Teorías sobre la culpabilidad

- 919 Si existe casi unanimidad en torno a la prioridad del principio "no hay pena sin culpabilidad", subsisten las divergencias en cuanto a la manera de concebir la culpabilidad. Bajo la influencia del pensamiento positivista científico y por oposición a la tesis del

derecho natural, los juristas describieron - a fines del siglo pasado - la culpabilidad como la relación psicológica que vincula al autor del comportamiento con el resultado lesivo ocasionado. El delincuente es entonces considerado culpable porque causa un resultado ilícito mediante un acto voluntario. La culpabilidad adopta - conforme esta tesis - dos formas: el dolo y la culpa. La imputabilidad es considerada como presupuesto o condición de su existencia.

- 920 Esta explicación fue, prontamente, juzgada insuficiente. Así, se estimó que no podía explicar por qué la culpabilidad no debía ser admitida en relación con quien daña, de modo ilícito y doloso, un bien encontrándose en estado de necesidad. Pues, en este caso existe una relación psicológica clara entre el autor y el resultado. Así mismo, se objetó que la culpa inconsciente no podría ser considerada como un caso de culpabilidad, ya que dicha culpa se caracteriza, justamente, por una ausencia de relación psicológica. Se critica, así, la incapacidad de la tesis psicológica para comprender el caso en que el autor obra sin darse cuenta de las consecuencias previsibles de su comportamiento; por ejemplo, el guarda vías que se duerme y causa un grave accidente ferroviario en el que perecen varias personas.
- 921 Para superar las insuficiencias de la concepción psicológica, inspirada en criterios empíricos de las ciencias naturales, los penalistas acudieron a la tesis neokantiana. El primer paso dado fue el de reconocer que la culpabilidad suponía la constitución espiritual normal del autor, una relación síquica concreta entre éste y el resultado o al menos la posibilidad de que exista una situación normal en la que el agente actúa. Sin embargo, la especificidad de la culpabilidad es encontrada en un juicio de reproche formulado contra el autor. La culpabilidad es definida, como consecuencia, como el juicio de valor negativo (reproche) dirigido contra quien - a pesar de poder actuar conforme al derecho - realiza un acto ilícito. Esta concepción es, generalmente, designada con la expresión "teoría normativa de la culpabilidad".
- 922 Mediante este esclarecimiento, los penalistas lograron explicar y ordenar mejor los elementos constitutivos de la culpabilidad: la

capacidad penal es considerada condición previa de la culpabilidad, porque es indispensable para la formación de la voluntad contraria al derecho. Voluntad que se manifiesta de dos maneras: el dolo y la culpa. Y las circunstancias que excluyen la culpabilidad son explicadas con auxilio del criterio normativo de la no exigibilidad de otra conducta, el mismo que es concebido como una circunstancia general extra legal de exclusión de la culpabilidad.

- 923 La concepción normativa fue criticada por los sostenedores de la teoría finalista. Esta desplaza - según su idea sobre la acción final - el dolo de la culpabilidad a la tipicidad. El dolo no es más que el fin que persigue el autor del acto. El tipo legal debe, como consecuencia, comprenderlo. La culpabilidad deviene un puro juicio de reproche dirigido al responsable. Este reproche supone que el autor hubiese podido - al momento de obrar - someter su voluntad al mandato expresado en la norma legal. Como elementos del juicio de reproche, se consideró la imputabilidad, la conciencia virtual del carácter ilícito del comportamiento y la exigibilidad de un comportamiento conforme a derecho.

E. Criterios materiales de culpabilidad

- 924 Si la definición de la culpabilidad como un juicio de reproche se ha impuesto como la predominante en la doctrina, los penalistas discrepan en cuanto al fundamento del juicio de reproche. De lo que se trata a este nivel es de precisar el aspecto material de la culpabilidad.
- 925 La elaboración dogmática de la culpabilidad se funda en la aceptación de que el autor de la infracción - en el instante de actuar - tiene la real libertad de obrar diferentemente. Resulta pues incompatible con la concepción determinista del hombre y del mundo. Pues, si el delincuente fuera, fatalmente, determinado a cometer un crimen, sería absurdo de reprocharle su manera de comportarse. Esta era la idea defendida por los defensores del positivismo criminológico italiano. Según ellos, el delincuente no era culpable y, por tanto, no podía ser

castigado. Como consecuencia, el derecho penal debía ser substituido por un derecho de defensa social y la pena por medidas de seguridad.

- 926 Ante los ataques de los positivistas, los penalistas han creído, primero, evitar el problema sea aceptando *a priori* el libre arbitrio, sea afirmando que el derecho penal no tenía que tomar partido en el debate entre partidarios del libre arbitrio y defensores del determinismo.
- 927 Dentro del ámbito de la dogmática, se puede distinguir cuatro opiniones diferentes e importantes. en primer lugar, aquella que sin cuestionar la noción de culpabilidad, admite la imposibilidad de demostrar la libertad del hombre en tanto que persona individual. Para descartar esta dificultad, aprecian la culpabilidad desde una perspectiva comparativa social (*sozial-vergleichendes Schuldurteil*). Esta apreciación comporta plantearse la cuestión de saber "si un individuo medio hubiera podido - encontrándose en la misma situación que el autor - actuar de manera diferente". Así, ante la incapacidad de constatar "la posibilidad concreta e individual de obrar diferentemente", se propone reemplazar este criterio por un modelo normativo general. Este último, se fundaría en "la posibilidad de actuar que tiene un prototipo de persona media". Dicho de otra manera, para saber si alguien es culpable, sería suficiente ponderar sus actos en comparación con el modelo de comportamiento que se puede atribuir - en circunstancias semejantes - a una persona media (modelo abstracto). Este criterio implica en buena cuenta el abandono de la idea indeterminista adoptada como punto de partida.
- 928 En segundo lugar, señalemos la opinión de los penalistas que rechazan el libre arbitrio o consideran que es imposible de aportar la prueba - en el caso concreto - de la libertad del delincuente. Como consecuencia, estiman, de un lado, que la culpabilidad es una noción superflua y, de otro lado, que el derecho penal puede - conservando el recurso a la pena - ser elaborado sin dicho elemento. Según ellos, bastaría recurrir a los medios que procuran las ciencias humanas, en especial la psicología y la psiquiatría, para explicar por qué el derecho penal es útil y necesario.

- 929 En tercer lugar, se encuentran los penalistas que consideran - después de haber constatado la fragilidad de la base sobre la que reposa la noción de culpabilidad - que es indispensable darle una orientación distinta a la que se le atribuye tradicionalmente. Este nuevo planteamiento de la noción de culpabilidad debería inspirarse en los fines fundamentales del derecho penal.
- 930 Teniendo en cuenta la función de prevención de la pena y siguiendo los lineamientos de la teoría de sistemas desarrollados por Luhmann, se propone que la culpabilidad sea considerada como el factor que permite imputar a una pena un hecho de acuerdo con las necesidades de la función de prevención general de la pena. Con esto se quiere decir que el contenido de la culpabilidad está determinado por el fin de prevención general (positiva) de la pena. El mismo que es comprendido como el restablecimiento, mediante la intimidación, de la confianza en el ordenamiento jurídico que ha sido perturbada por la realización del comportamiento delictuoso.
- 931 La crítica más importante formulada contra esta concepción se basa en la idea de que la persona debe ser considerada como un fin y no como un medio. Ahora bien, si la culpabilidad es fundamentada en la necesidad de reforzar la confianza en el orden jurídico, la imposición de una pena implicaría la utilización de la persona del delincuente como un medio para alcanzar dicho objetivo. Además, se ha recordado que la función de la pena no puede ser concebida unilateralmente como prevención general y, como consecuencia, como puramente represiva. De esta manera se abandonarían o debilitarían en extremo la función de la culpabilidad como límite de la punición; pues por necesidades de prevención general podría imponerse una pena que sobrepase la culpabilidad del agente.
- 932 Partiendo de la doble constatación que es imposible probar tanto la corrección de los criterios determinista e indeterminista como el hecho de que, en el momento de actuar, el agente posea la libertad de voluntad que le permitiría obrar diferentemente, se busca explicar la culpabilidad sobre la base de dos factores: de un lado, la posibilidad de probar empíricamente la capacidad de controlarse del agente y,

del otro, la posibilidad de considerarlo, consecuentemente, como libre. Sin este último criterio, de carácter normativo, la vida social es inimaginable. Esto es confirmado por la experiencia diaria en la medida que la natural comprensión de sí misma de una persona normal se basa en su conciencia de esta libertad.

- 933 La comprobable capacidad de control de sí mismo permite afirmar que el agente, en el momento de actuar, podía comprender el mandato normativo que le estaba destinado. Este mandato podía, en consecuencia, devenir en el motivo determinante de su comportamiento. Si éste no fuera el caso, el ejercicio del poder punitivo resulta superfluo y excesivo. La imposición de la pena no depende así de criterios imprecisos de prevención general o especial. La culpabilidad constituye el fundamento y límite de la pena.
- 934 La culpabilidad no implica sin embargo la necesidad de la imposición de una pena. Esto último depende de "la necesidad social de sancionar penalmente". Lo que comporta precisar bajo qué criterios de política criminal se trata de hacer a alguien responsable de la realización de tal o cual acción. El hecho de determinar si es necesario castigar sería un problema a resolver de acuerdo a los fines del derecho penal.
- 935 Ratificada así la necesidad de continuar tomando en cuenta la noción de culpabilidad mientras que la pena subsista, se trataría de abandonar la concepción retribucionista - basada en el reproche de culpabilidad y en la despreocupación por la suerte del condenado una vez satisfecho el afán punitivo - por una manera de reaccionar jurídico penal que tanto tome en cuenta la responsabilidad de la sociedad como que sea humanamente solidaria con el delincuente. No es más posible contentarse con la aplicación pura y simple del principio de culpabilidad.
- 936 El debate sobre los fundamentos de la culpabilidad refleja un cambio substancial en la manera de concebir el derecho penal. La discusión implica, en realidad, replantear el análisis de las circunstancias que justifican considerar a una persona responsable de un acto dañino. En

esta tarea las elaboraciones dogmáticas no deben servir para ocultar las posiciones axiológicas que subyacen tanto en la discusión como en la aceptación de las soluciones referentes a los diversos problemas jurídico penales.

F. Capacidad penal

a. Generalidades

- 937 El ordenamiento jurídico penal distingue dos grandes grupos de personas. Las mayores de 18 años de edad, a las cuales presume capaces de obrar culpablemente y de comprender el significado de la pena; y las menores de 18 años, excluidas del derecho penal común y sometidas a un derecho de carácter preventivo tutelar (art. 23, inc. 1 Código Penal; art. 8 Código Civil). Esta regulación está de acuerdo con la Constitución, que en su art. 20 dispone: "los menores de edad que transgreden la ley son inimputables. Su tratamiento debe estar orientado hacía una educación integral propia para la niñez y la juventud". La índole tuitiva del derecho penal de menores está prescrita en el segundo párrafo de esta norma constitucional. Así, se dispone que los menores que cometan un ilícito penal "serán atendidos por Instituciones y personal especializado". Consagra la separación material del derecho penal de menores del derecho penal de adultos, prohibiendo que, "por ningún motivo, pueden ser recluidos en centros penales o de detención destinados para adultos".
- 938 De acuerdo con el Código de la Niñez y la Juventud de 1996, se considera niño a toda persona desde su concepción hasta los doce años de edad cumplidos y joven a toda persona desde los doce años hasta que cumpla los dieciocho años de edad (art. 2). A partir del art. 159, se regula el caso de jóvenes en conflicto con la ley penal, es decir cuando un joven comete un delito o una contravención según la ley penal (art. 159). El objetivo del proceso, a cargo de jueces y tribunales de jóvenes en conflicto con la ley penal, tiene como objetivo establecer la existencia de un hecho delictivo, determinar quién es su autor o partícipe y ordenar la aplicación de las medidas

correspondientes. Así mismo, busca la reinserción del joven en su familia y en la sociedad, según los principios rectores establecidos en el Código de la Niñez y la Juventud (art. 198). Las medidas aplicables a los jóvenes, de conformidad con el art. 265, pueden ser socio-educativas o privativas de libertad.

- 939 En relación con el derecho de menores, no se plantea el problema de la capacidad o imputabilidad de la misma manera que en el derecho penal común. Siendo éste, fundamentalmente, un derecho penal del acto, la imposición de la pena depende del principio de la culpabilidad: "no hay pena sin culpabilidad". Por esto aquí es indispensable comprobar si el agente es capaz de actuar culpablemente. Es decir, si es imputable. En el caso de los menores, por el contrario, la preocupación primera no es la de determinar su culpabilidad y, en consecuencia, la pena respectiva. La prioridad la tiene la determinación de la personalidad y la situación del menor con la finalidad de someterlo a un tratamiento adecuado. Según el art. 266, inc. d, por ejemplo, se debe considerar para determinar la medida aplicable "la edad del joven, origen cultural y sus circunstancias personales familiares y sociales".
- 940 La denominación dada a las sanciones previstas en el Código de Menores no debe llevar a confusión, pues varias de estas medidas revisten el carácter de penas. Es el caso sobre todo de las medidas privativas de libertad. Por ejemplo, el internamiento en centro especializado, calificada de excepcional, puede durar un máximo de cinco años para jóvenes entre los quince y los dieciocho años y de tres años para jóvenes con edades entre los doce y los quince años (art. 275).

b. Menores de edad

- 941 En general, las leyes parten de la constatación de que la imputabilidad no aparece de repente, sino que es el resultado de un largo y difícil proceso. Si las disposiciones penales no tuviesen en cuenta este hecho, serían ajenas a la realidad humana y social. Es necesario que consideren las diferentes etapas por las que pasa la persona, quien

crece y se desarrolla de acuerdo con sus cualidades innatas y al ambiente en que se desenvuelve.

- 942 Sin entrar a analizar las diversas etapas de la vida del individuo, señalemos que el paso de la niñez a la madurez es un período de particular tensión interna y externa. Tensión que será superada, biológicamente, con el paso a la pubertad (madurez - sexual) y, sociológicamente, con la adecuación a un nuevo papel social: precisamente, el del adulto. Esta fase de tránsito se caracteriza por el desequilibrio notable en el mundo interno del adolescente y por las contradicciones existentes entre "su personalidad y su situación vital interna".
- 943 El rápido crecimiento biológico del individuo no tiene un progreso correlativo con su desarrollo intelectual y moral. El adolescente es poseedor de una energía corporal que no cuenta con los mecanismos de control e inhibición del adulto. Las vivencias del individuo en esta etapa, se orientan intensamente a la autorealización mediante una elevada acentuación del yo marcada por un poderoso afán de imponerse. Su inseguridad interna se manifiesta en un claro sentimiento de orgullo y rebeldía frente al sistema. Esto constituye una señal de debilidad e incapacidad para comprender todas las consecuencias de su manera de actuar. Situación que se complica por su volubilidad e inconstancia que dificultan el proceso de inserción social. Además, los poderosos apetitos sexuales despertados cautivan su fantasía sin encontrar caminos de satisfacción permitidos. En todo momento, fluctúa entre el querer y el deber.
- 944 La duración de esta etapa de la vida del individuo no es uniforme, varía en consideración a sus cualidades innatas, al medio geográfico y al contexto social y cultural en que vive. Los especialistas no han llegado a ponerse de acuerdo respecto al límite; pero sí son contestes en el hecho de que los actos realizados por el individuo en esta fase de la vida no pueden ser observados y valorados de la misma manera con que se juzga a los actos de una persona madura. De ahí que el legislador en materia penal haya tratado de adecuar, con más o menos fortuna, la regulación de la capacidad penal de las personas a

los resultados obtenidos por el progreso de las ciencias que se ocupan del hombre.

G. Imputabilidad: generalidades

- 945 La capacidad penal constituye la condición previa e indispensable de la punibilidad, que presupone la culpabilidad. Esta implica la libertad de la persona, la posibilidad de actuar de manera diferente. Si estuviera fatalmente determinada a obrar como lo ha hecho, sería imposible reprocharle su modo de comportarse. De esta manera, se vuelve nuevamente al dilema de escoger entre el indeterminismo (libre arbitrio) y el determinismo.
- 946 Sin entrar en la tradicional controversia entre los partidarios de ambas concepciones, controversia completamente desnaturalizada, debemos señalar que, en el estado actual de nuestros conocimientos, resulta altamente dudoso aceptar que el comportamiento humano es, necesariamente, determinado o, totalmente, autónomo. Es de satisfacerse con aceptar, prudentemente, el condicionamiento parcial del comportamiento de las personas.
- 947 Si se analiza atentamente cómo los indeterministas han planteado sus ideas, se percibe que no buscan dar una explicación causal del comportamiento humano. Buscan más bien explicarlo desde una perspectiva normativa que no es incompatible con la tesis determinista. Se trataría de una manera de reivindicar que los individuos sean tratados como personas; es decir que sus opiniones y decisiones sean consideradas seriamente. Estas no pueden ser tan fácilmente constatadas como lo son el color de la piel o de los ojos, el grupo sanguíneo o las perturbaciones hormonales.
- 948 El aspecto central del problema es la dignidad de la persona humana cuya realidad es una verdad indubitable de nuestra conciencia moral y social. El individuo no es, simplemente, el objeto pasivo de sus hechos y gestos. Posee al momento de obrar, el sentimiento de ser libre y espera también que los demás tengan un comportamiento libre.

Pensar, hablar, amar o trabajar son acciones que pueden ser ejecutadas por el hombre en la medida en que pueda controlar y orientar su actividad.

- 949 En esta perspectiva y para los fines propios del derecho penal, no es indispensable recurrir a ficciones o a afirmaciones *a priori* para admitir que el comportamiento humano, salvo en determinadas circunstancias, sea el resultado de una cierta autodeterminación del autor. Esta idea no contradice los criterios preponderantes en las ciencias sociales y humanas. La idea del individuo como persona capaz de determinarse autónomamente, estando aún sometida a la influencia de circunstancias externas y personales, se encuentra en la base de la organización social tal como la vivimos. Su aceptación supone una consagración de la dignidad basada en su sentimiento de libertad personal. Dignidad considerada como piedra angular del sistema regulado en la Constitución.
- 950 Todo comportamiento humano está condicionado por factores externos. Pero, el autor es capaz, según las circunstancias, de conocer la significación de su acto y de orientar su voluntad según juicios de apreciación. La psicología moderna ha desarrollado la teoría de la personalidad estratificada, que complementa la solución intermedia que es necesario seguir para mejor explicar los actos humanos. Su capacidad de autodeterminación permite al hombre controlar, conforme a las condiciones sociales, su impulso para realizar ciertos actos. Este elemento justifica el reproche que se hace al autor por su comportamiento y la pena que se le impone.
- 951 La admisión de la influencia de los factores internos y externos en la conducta delictiva ha condicionado la incorporación de las medidas de seguridad como recurso para mejor combatir el delito. Desde esta perspectiva, se comprende mejor, de un lado, el abandono de la concepción clásica que consideraba el libre albedrío como piedra angular del sistema y reconocía la pena como única reacción contra el delito; y, de otro lado, la concepción positivista italiana y de sus epígonos que admite la "responsabilidad social" y estima que el delincuente debe ser sólo tratado y no sancionado.

a. Técnica legislativa

- 952 El legislador, consciente de las innumerables dificultades que comporta elaborar en la ley una definición positiva de la imputabilidad, parte de la presunción de que los mayores de 18 años son normalmente capaces de actuar culpablemente y se limita a establecer las condiciones necesarias para considerarlos como no imputables. Siguiendo la fórmula mixta, de frecuente utilización en los Códigos modernos, se declara no imputable a "quien en el momento de la acción u omisión, no posea, a causa de enfermedad mental, de desarrollo síquico incompleto o retardado o de trastorno mental transitorio, la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión".
- 953 La fórmula mixta utilizada significa que, para declarar no imputable a una persona, no es suficiente constatar la existencia de uno de los estados personales indicados en el texto legal, sino que es necesario comprobar que ha sido la causa de la incapacidad para comprender el carácter ilícito del acto o para determinarse de acuerdo con esta apreciación. De esta manera, se dejó de lado la fórmula puramente biológica de los Códigos penales del siglo pasado.
- 954 En un primer momento, la fórmula mixta fue caracterizada como biopsicológica. Designación criticada justamente porque los elementos aludidos como de naturaleza biológica no lo son en realidad. Se trata, en buena cuenta, de factores psicológicos. Los comprendidos bajo este término en la designación de la fórmula no tienen, fundamentalmente, este carácter; sino, más bien, son de índole socio - valorativa. Por estas razones, se considera que mejor sería hablar de fórmula descriptivo (elementos fácticos) - normativa (elementos valorativos). Sin embargo, se ha señalado con razón que esta manera de caracterizar la fórmula legal no es totalmente correcta: las causas y los efectos indicados son, en buena cuenta, tanto de naturaleza psicológica (fáctica) como normativa. Esto es evidente, por ejemplo, cuando se precisa que la alteración de la conciencia debe ser grave (apreciación normativa) y cuando se

piensa que la conciencia es de índole psíquica, pero que la capacidad personal es de orden normativo.

- 955 Fuera de estas discrepancias, lo importante es que mediante la adopción de la fórmula mixta, se establece claramente que la determinación de si un sujeto es o no imputable, constituye una apreciación (juicio de valor) del juez en base a la constatación de una situación concreta (hecha por los peritos).
- 956 Esta potencialidad propia de cada persona no es únicamente un factor natural, innato. Es más bien el resultado de un proceso que comienza con el nacimiento dentro de un grupo social y que consiste en la asimilación, por la imitación o el aprendizaje, de pautas culturales que constituyen las diversas maneras de reaccionar ante el entorno social y natural. La internación o asimilación de dichas pautas culturales forma progresivamente la personalidad de cada individuo. En la medida que asimile esas pautas, éste se integrará en su comunidad como persona.
- 957 La falta de integración o una integración defectuosa dará lugar a comportamientos contrarios al sistema cultural del grupo social del cual es miembro el agente. En sociedades culturalmente heterogéneas, estos comportamientos pueden contradecir las pautas culturales de los otros grupos y, en particular, las que impone el grupo social dominante. En estos casos, las pautas violadas son ineficaces para motivar el comportamiento de las personas que, debido a su experiencia cultural, no tienen la capacidad de comprenderlas y/o de obedecerlas. Como consecuencia, no puede reprochárseles su "mal comportamiento" (malo de acuerdo con las pautas culturales ajenas) y, por tanto, resulta inútil sancionarlas penalmente.
- 958 Dentro de esta perspectiva, se comprende mejor la afirmación de que la imputabilidad es una noción social, normativa. No sólo porque los factores mencionados en el art. 23, inc. 2 sean criterios normativos referidos a ciertos aspectos fácticos, sino sobre todo porque la determinación de la existencia, total o parcial, de las capacidades de comprender el carácter delictuoso del acto y de determinarse de

acuerdo con esta apreciación suponen, necesariamente, tener en cuenta el contexto social del agente y el grado de integración de éste en su grupo social.

b. Noción de imputabilidad

- 959 Se deduce de la concepción negativa de la imputabilidad admitida por el legislador, la siguiente noción positiva: una persona es imputable cuando posee la capacidad de apreciar el carácter ilícito del hecho y la capacidad de determinarse conforme a esta comprensión.
- 960 Destaquemos, en primer lugar, que el legislador se refiere a la "capacidad de comprender el carácter ilícito" y no a la "comprensión del carácter delictuoso". Se trata de la capacidad intelectual del individuo para conocer sus deberes, para darse cuenta de la inserción de su propia persona en el orden jurídico y para comprender (consideraciones mutuas, necesidad de la represión eventual de la violación de las normas sociales). Sin embargo, esta capacidad no se confunde con la conciencia de la antijuricidad del acto o de su carácter punible. Ella consiste, más bien, en un desarrollo de la razón, en la existencia de una cierta conciencia propia, en el conocimiento del deber, no sólo ético sino también legal. En esta perspectiva, se puede decir que el mandato legal podría constituirse en factor determinante en el proceso de motivación que concluye en la realización del acto.
- 961 Cuando el legislador alude a la "capacidad de determinarse", se refiere a la voluntad. No se trata de aceptar el libre albedrío, sino de reconocer al hombre consciente de sus deberes la capacidad de obrar según sus móviles. Esta facultad no es considerada ni como una entidad abstracta, ni como una simple función puramente psicológica. Se trata del "potencial voluntario mínimo que permite al individuo controlar, en concreto y efectivamente, su comportamiento según las normas de conducta admitidas, de manera general, por la sociedad en la que vive". Así, se considera que la inteligencia le basta al hombre normal para darse cuenta de que su acto es contrario al orden jurídico, y que su voluntad le permite conformar su acto a ese orden.

Ella impone, pues, una pena sólo a quien es capaz de conocer las exigencias del orden jurídico (factor intelectual) y actuar conforme a estas exigencias (factor volitivo). La apreciación valorativa de que el agente no tuvo una de esas capacidades al momento de obrar es de exclusiva competencia del juez.

- 962 Según la fórmula empleada por el legislador, el examen de la capacidad del autor para apreciar el carácter delictuoso del acto precede al examen de la facultad de determinarse conforme a esta apreciación. La ausencia o existencia de esta última facultad se determinará sólo después de haber constatado la existencia de la facultad de comprender el carácter ilícito del acto. En la realidad, no siempre resulta simple distinguir nítidamente si se trata de la ausencia de una u otra facultad, debido a que se hallan estrechamente relacionadas.

c. Inimputabilidad

- 963 Nuestro legislador considera que basta que una de las dos facultades falte para que el agente sea considerado no imputable. Como ya lo hemos dicho, esto debe ser el efecto producido por una de las causas relacionadas con el estado personal del agente.

c.a. Enfermedad mental

- 964 La noción de enfermedad mental es, en muchos aspectos, más restrictiva que la noción de anomalía síquica. Por esto, se han debido mencionar también el desarrollo síquico incompleto o retardado y el trastorno mental transitorio.
- 965 La expresión enfermedad mental no ha sido utilizada en sentido técnico, por ejemplo de la psiquiatría. Disciplina que, en los últimos, años ha pasado por una crisis seria de identidad. Entre los especialistas, la noción de enfermedad mental varía de acuerdo con la perspectiva ideológica que adopten. Si se limitan a una perspectiva puramente "médica", se le considera sólo como la perturbación mental originada por un factor orgánico o biológico. Por el contrario, cuando adoptan una orientación "sicológica" se amplía la noción en el sentido de que se trata de un desorden síquico. Por último, con una

tendencia sociológica, se le define como un trastorno síquico de origen social, es decir debido a las relaciones personales inadecuadas del individuo con su medio de vida o de trabajo. Todos estos criterios deben ser tomados en cuenta sin espíritu dogmático para comprender mejor la compleja realidad personal que se debe considerar para decidir si una persona es imputable o no. No es, como consecuencia, de gran importancia optar por uno de dichos criterios, ni tampoco que sea de ubicar la situación personal del agente en una de las categorías mencionadas en los diversos catálogos de trastornos mentales elaborados por los siquiátras. Lo decisivo es que la perturbación síquica sea de tal índole e intensidad que sea idónea para comprometer gravemente la capacidad de comprender el carácter ilícito del acto o de determinarse según esta comprensión.

- 966 Desde que se abandonan los criterios propios de la medicina y se adopta el sentido profano, se puede afirmar que la fórmula legal está dirigida a comprender los fenómenos psíquicos que parecen a un neófito en medicina cualitativamente aberrantes, cuyo carácter reviste proporciones groseramente chocantes y que permanecen absolutamente ajenos, impermeables a sus esfuerzos de comprensión y de asimilación vital. El profano no diferencia tampoco entre perturbaciones de naturaleza intelectual y de naturaleza afectiva.

c.b. Desarrollo psíquico incompleto o retardado

- 967 Por diversas causas endógenas o exógenas, la persona puede sufrir una perturbación en el desarrollo normal de su personalidad. Su salud mental puede resultar así afectada de diferentes maneras y en diversos grados. Pueden mencionarse, por ejemplo, los casos de oligofrenia: idiocia, imbecilidad, debilidad mental, inteligencia limitada. Se trata, por tanto, de afecciones permanentes o cíclicas que determinan la incapacidad de la persona para integrarse plenamente en el medio social. Por el contrario, no son comprendidas por la fórmula legal los casos de debilidad de carácter o de deficiencias morales.

- 968 Muchas veces, algunas de estos estados mentales insuficientes son el resultado o están condicionados por las circunstancias sociales en que ha vivido la persona involucrada. Un caso interesante es el de las personas sordomudas que por sus defectos sensoriales no se desarrollan plenamente. Sus deficiencias les impiden, en caso de no ser compensadas por una instrucción y educación adecuadas, tengan una idea correcta de la realidad. Lo que las incapacita para comprender la significación social o jurídica de sus actos o para autodeterminarse. Así, la persona sordomuda a la que no se le ha dado la atención especializada necesaria puede sufrir tales deficiencias que resulta posible ser comparada a un débil mental por no haber desarrollado normalmente su inteligencia. Aun en caso de haber sido educada, subsisten graves deficiencias mentales que pueden muy bien tener un origen patológico (enfermedad mental).
- 969 Otro caso que merece ser mencionado es el de las personas de edad avanzada que sufren de un proceso de degeneración física y mental. En estos casos no es que el desarrollo síquico se haya paralizado como parece exigirlo la fórmula legal, pues el estado de la persona no puede ser calificado de incompleto ni de retardado. Es más bien, como lo hemos indicado, una involución del desarrollo alcanzado debido al desgaste vital.

c.c. Trastorno mental transitorio

- 970 El trastorno mental a que alude la ley debe ser comprendido en la perspectiva de la toma de conciencia del mundo por las personas. Cada uno de nosotros está dotado de cierto poder de reflexión que nos permite obrar sabiendo lo que hacemos. Si circunstancias particulares perturban esta reflexión, no se tendrá conciencia de uno mismo, de la conciencia de los hechos exteriores o de la relación existente entre ambas, lo que implica una perturbación de la autodeterminación. Esta perturbación de la conciencia (o mental en el lenguaje de la ley) no tiene un origen patológico como sucede con la casi totalidad de los casos comprendidos en las otras causas. Se pueden dar como ejemplo los estados de ebriedad, profunda fatiga, hipnosis o crepusculares no patológicos.

d. Actio libera in causa

- 971 De acuerdo con el art. 23, inc. 2, *in initio*, la imputabilidad del autor se determina en "el momento de la acción u omisión". El agente debe ser capaz de obrar culpablemente en el momento en que desencadena el proceso de realización del delito. La *actio libera in causa* no constituye una excepción al principio de la concomitancia del acto y la capacidad penal, como parece desprenderse del texto de la ley: "salvo que el trastorno mental transitorio, haya sido buscado de propósito por el agente" (art. 23, inc. 8, *in fine*)
- 972 La cuestión de la *actio libera in causa* se presenta cuando se plantea la cuestión de la responsabilidad de quien, siendo imputable, genera la causa que dará lugar a la realización de una infracción. En la doctrina y la jurisprudencia extranjeras, se distinguen dos casos: en el primero, el agente produce su propia incapacidad con la intención de cometer un delito, concebido y decidido por él (*actio libera in causa* dolosa). Por ejemplo, el autor que, con el propósito de matar a una persona, se droga para darse el coraje de pasar al acto.
- 973 En el segundo caso, el agente se pone en ese estado de incapacidad pudiendo y debiendo saber que, llegado el momento, no podrá usar de la prudencia y previsión exigibles en la vida ordinaria y esto sabiendo que tendrá que afrontar un deber para cuyo cumplimiento necesita de todas sus facultades (*actio libera in causa* culposa). Por ejemplo, el agente que, sabiendo que debe regresar a casa conduciendo su vehículo y pudiendo darse cuenta de la posibilidad de provocar un accidente, continúa bebiendo hasta embriagarse y, luego de regreso a casa atropella a una persona.
- 974 La manera como el legislador ha regulado la *actio libera in causa* sólo permite comprender la forma dolosa. Dificilmente, se puede interpretar el término "de propósito" empleado en la ley de manera tan amplia que comprenda la *actio libera in causa* culposa. Esta deficiencia legislativa dejaría en la impunidad casos graves como los relacionados con las muertes y lesiones provocadas por un chofer que causa un accidente con su vehículo por el estado de ebriedad en

que lo maneja. Esta insuficiencia aparece, igualmente, en cuanto se prevé, en el art. 27, inc. 17, la *actio libera in causa* como circunstancia agravante. Esta circunstancia consiste en embriagarse o intoxicarse "deliberadamente para ejecutar el delito". Los términos deliberadamente y de propósito son sinónimos en la medida que suponen la voluntad dirigida a alcanzar un objetivo previamente fijado.

e. Duda sobre el estado mental del agente

- 975 Cuando hubiere sospechas de que el inculcado sufre de incapacidad, el Ministerio Público o el Tribunal competente ordenará la peritación correspondiente (art. 76, último párrafo del Código Procesal Penal). Con la finalidad de preparar el informe sobre el estado psíquico del imputado y de ser necesario, se le internará en un hospital psiquiátrico. Medida que sólo podrá ser ordenada por el juez de primera instancia, o por el tribunal competente, según el caso (art. 77, primer párrafo del Código Procesal Penal).
- 976 La fórmula adoptada por el legislador para la determinación de la no imputabilidad, reconoce una singular importancia a la labor de los expertos. Estos son sus auxiliares indispensables para determinar la imputabilidad del inculcado y la medida de seguridad aplicable. Pero, en definitiva, es el juez quien decide sobre la imputabilidad del agente. Evidentemente, él no puede rechazar o ignorar, arbitrariamente, el informe del experto. En tanto elemento de prueba, el informe de los expertos se valorará "conforme el sistema de la sana crítica razonada, no pudiendo someterse a otras limitaciones legales que no sean las expresamente previstas en este Código" (art. 186, segundo párrafo, del Código Procesal Penal).

H. La llamada "imputabilidad disminuida"

- 977 La distinción entre individuos psicológicamente normales y anormales no es nítida. La siquiatria reconoce, desde hace algún tiempo, que hay una zona intermedia entre la normalidad y la anormalidad; zona en la

que se encuentran los individuos claramente disminuidos en sus capacidades psíquicas.

- 978 Frente a este gran problema, la doctrina clásica adoptó una fórmula, que es a la vez lógica en sus principios y práctica por su simplicidad. Ella preconiza atenuar la pena de los delincuentes en razón de la disminución de su estado mental constatado por los expertos. Claro está que esta disminución de su estado mental no alcanza las proporciones de los estados que acarrearán la no imputabilidad.
- 979 Esta solución era conforme a los principios de la doctrina clásica, que consideraba la pena como una pura retribución y fundaba su aplicación en el libre albedrío. Si éste era limitado, la lógica exigía que la pena fuese reducida. En la práctica, estas ideas dejaban a la sociedad sin protección frente a individuos que constituyen, precisamente, a causa de su anormalidad, un peligro social más grave que los individuos normales. La solución clásica era inaceptable desde el punto de vista de una correcta política criminal. Para evitar estos inconvenientes, se propugna la aplicación de medidas de seguridad adecuadas al estado personal de estos delincuentes.
- 980 Las personas de imputabilidad disminuida no constituyen una categoría intermedia entre los imputables y los inimputables. Por el contrario, los delincuentes limitados en su imputabilidad son capaces de obrar culpablemente y pueden, pues, ser castigados como los autores considerados imputables. Pero, el juez debe tener en consideración que su capacidad de resistir a los impulsos criminales es más débil que la de los individuos normales.
- 981 El legislador guatemalteco ha previsto una disposición particular sobre la imputabilidad disminuida en tanto circunstancia atenuante. En el art. 26, inc. 1, se mencionan "las condiciones determinadas por circunstancias orgánicas o patológicas que disminuyan, sin excluirla, la capacidad de comprender o de querer del sujeto".
- 982 Las circunstancias orgánicas o patológicas a que alude la norma citada son las mismas que las indicadas en relación con la determinación de la no imputabilidad (art. 23). Esto es claro en

relación con la enfermedad mental y con el desarrollo síquico incompleto o retardado, estados patológicos que pueden tener una base somática o no. Lo determinante es que dichas circunstancias, en razón de su naturaleza e intensidad, no excluyen completamente la capacidad de comprender o la capacidad de determinarse. En el texto legal, se dice "de querer" en lugar de "determinarse". Este cambio de terminología no comporta una variación de sentido: querer debe comprenderse justamente como la capacidad de determinarse, de dirigir la voluntad a la realización de un hecho determinado.

- 983 Por la deficiente técnica legislativa utilizada, se plantea la cuestión respecto a la circunstancia del "trastorno mental transitorio" que no estaría comprendida por la fórmula: "condiciones determinadas por circunstancias orgánicas o patológicas". Así, por ejemplo, la embriaguez o la intoxicación mediante drogas no están relacionadas, necesariamente, con estados patológicos u orgánicos. De modo que no sería de aplicación el art. 26, inc. 1.
- 984 Sin embargo, esta cuestión puede ser resuelta recurriendo a la noción de atenuante por analogía (art. 26, inc. 14), ya que es una circunstancia semejante, de hecho y normativamente, con la inculpabilidad incompleta prevista en el inc. 13 de la misma disposición. Cuando en el trastorno mental transitorio "no concurren los requisitos necesarios" para excluir una de las capacidades que constituyen la imputabilidad, se da la imputabilidad relativa. La capacidad restringida con la que actúa el agente determina una disminución de la culpabilidad y, como consecuencia, debe ser reprimido menos severamente que si hubiese actuado siendo plenamente imputable.
- 985 El juez constatará, primero, la existencia o no existencia de la imputabilidad. Después de constatar que el autor es imputable, indagará sobre la posible existencia de una disminución en la imputabilidad. Si la respuesta es afirmativa, el juez atenuará la pena. Pero, si el delincuente imputable reúne las condiciones exigidas por la ley deberá ser sometido a la medida de seguridad correspondiente.

- 986 Esta solución resulta de difícil aplicación en el marco de las disposiciones del Código Penal. En éste sólo se establece expresamente la declaración de inimputabilidad como índice de peligrosidad (art. 87, inc. 1) y no se estatuye medida de seguridad específica a los casos de imputabilidad relativa. Además de la capacidad disminuida, el agente debería ser, por ejemplo, un ebrio habitual o un toxicómano (art. 87 incs. 6 y 7, art. 94).

I. Excursus: Imputabilidad y pluralidad cultural

- 987 En países como los nuestros caracterizados por la pluralidad cultural, se ha planteado el problema del tratamiento de las personas que, no estando totalmente integradas a la cultura oficial, cometen comportamientos calificados como delitos por las leyes penales. En los primeros códigos republicanos, muy influenciados por la legislación española, no se tuvo en cuenta que los pobladores aborígenes se orientaban por pautas culturales que diferían de las criollas. Posteriormente, se trató de tener en cuenta esta situación particular. Por ejemplo, el legislador peruano, en el Código Penal de 1924, consideró como inimputables o imputables relativos a los indígenas y a los pobladores de la selva, en la medida en que preveía para ellos la substitución de la pena por una medida de seguridad. Cabe señalar también que en el proyecto venezolano de 1948 (art. 13) se estatuyó: "el juez podrá declarar inimputable al indígena que cometa un ... delito, teniendo en cuenta su incapacidad para comprender o querer, derivada de su inadaptación cultural". De modo diferente, el proyecto boliviano de 1964 también previó la exclusión de la responsabilidad de los indígenas. Así, disponía que "el error esencial será también excluyente de culpabilidad, así como el error o la ignorancia de derecho, con particular referencia al indígena".
- 988 En los últimos años, se ha promovido la necesidad de "que se elaboren conceptos doctrinarios que permitan concluir en la inculpabilidad de cualquier persona que, debido a las pautas de su propio grupo cultural, no pueda ajustar su conducta a las pautas

jurídicas o culturales dominantes". En este sentido, se ha buscado elaborar el concepto de "error de comprensión culturalmente condicionado". Inspirándose de esta idea, se ha establecido en el Código Penal del Perú de 1991, una circunstancia de no responsabilidad especial. Según el art. 15 de este Código, no es responsable quien, por razón de su cultura o costumbres, no comprende el carácter delictuoso de su comportamiento o no puede decidirse de acuerdo con esta apreciación. Esta norma sigue la estructura de la disposición que regula la inimputabilidad (art. 20, inc. 1). Por esta razón resulta difícil admitir que se trata del denominado "error de comprensión condicionado culturalmente".

- 989 Si por comprensión entendemos la "acción de comprender" y la "facultad, capacidad o perspicacia para entender y penetrar la realidad", todo error es un error de comprensión. Y como todo entender o comprender la realidad está condicionado por la cultura de la persona, todo error es un error condicionado "culturalmente".
- 990 Esto quiere decir que el error de tipo (sustraer una cosa ajena creyéndola propia) o el error de prohibición (practicar el acto sexual con una menor creyendo que está permitido por el matrimonio a prueba admitido en el grupo social a que pertenecen las dos personas en cuestión), son errores culturalmente condicionados. Por lo tanto, estos casos no se hayan comprendidos en el art. 15 del Código peruano. A estos errores hacían referencia, por el contrario, las Bases del proyecto de Código Penal boliviano de 1964, citadas anteriormente. La disposición peruana se refiere, más bien, a un caso particular de incapacidad de la persona que comete un delito. Este era el sentido expresamente manifestado por los autores del Proyecto venezolano de 1948.
- 991 El art. 15 del Código peruano hace depender la incapacidad de darse cuenta que el comportamiento contradice el orden jurídico (basado en un conjunto de valores culturales determinados) o de determinarse de acuerdo con esta apreciación del hecho que el agente pertenece a una cultura diferente (cultura que no contiene la norma violada o que

prevé una norma contraria por valorar diferentemente el comportamiento en cuestión).

- 992 Esta incapacidad no se debe, como en el caso de la inimputabilidad (art. 20, inc. 1), a una anomalía síquica, a una alteración grave de la conciencia o a alteraciones de la percepción que afectan gravemente el concepto de realidad por parte del autor. En lugar de estas circunstancias, en el art. 15 se mencionan la "cultura" o las "costumbres" del agente. Estas deben ser las causas de que éste sea incapaz de comprender el carácter delictuoso de su acto o de determinarse según esta apreciación. Sus patrones culturales, diferentes de los que se hallan en la base del Código penal, "afectan gravemente su concepto de la realidad", en tal medida que no puede ser tratado de la misma manera que quien se haya debidamente integrado a la cultura dominante.
- 993 Según el texto mismo del art. 15, elaborado de acuerdo con el art. 20, inc. 1 (inimputabilidad), el problema no consiste en que una persona plenamente capaz (tanto síquica como culturalmente) crea por error que actúa conforme al orden jurídico, sino que más bien no posee las condiciones personales para actuar conforme a derecho. En otras palabras, aun cuando el agente no sabe que comete un acto delictuoso, se le exime de pena no porque obra bajo la influencia de "un error inevitable sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal" (art. 14, pf. 2, del Código peruano), sino porque está en la imposibilidad de comportarse de acuerdo con cánones culturales que le son extraños.
- 994 Para comprender esta solución al problema planteado por la aplicación de un sistema penal, manifestación de una cultura, a personas de culturas diversas, debe de tenerse en cuenta ciertos aspectos concernientes a la cultura. Sin descuidar las diversas perspectivas con que ha sido definida la cultura, de acuerdo con la importancia dada a uno de sus elementos o a los fines tanto teóricos o prácticos perseguidos al elaborar la definición, es de considerar que el término cultura debe ser comprendido como un sistema de normas o pautas de comportamiento que condicionan la manera correcta como

las personas deben reaccionar en una situación determinada. Sistema que hace de un conjunto de individuos un grupo organizado y que modifica profundamente las dotes naturales de éstos otorgándoles grandes beneficios e imponiéndoles múltiples obligaciones. Los individuos ven restringidas sus libertades en beneficio del bien común.

- 995 Desde su nacimiento en un grupo social, el individuo comienza un proceso de adaptación al sistema cultural mediante la imitación o el aprendizaje. De esta manera interioriza modelos culturales, formándose de esta manera su personalidad. El individuo llega así a tener la capacidad de comportarse de acuerdo con las pautas culturales de su grupo social. Este proceso de formación de la personalidad es el de la integración de la experiencia del individuo y sus cualidades constitucionales para formar un todo funcional ajustado mutuamente. Así, la personalidad ha podido ser definida como "el conjunto de las cualidades psíquicas del individuo, es decir, la suma total de sus facultades racionales, percepciones, ideas, hábitos y reacciones emotivas condicionadas".
- 996 Si una persona no respeta dichas pautas culturales puede hacerlo con pleno conocimiento de causa o porque no ha logrado asimilar debidamente la pauta de comportamiento violada o lo ha hecho de manera deficiente. En estos casos se aplicarán las normas legales comunes para determinar su responsabilidad. Así puede entrar en consideración la regla sobre la inimputabilidad si, por ejemplo, la no interiorización de la pauta cultural se ha debido a un trastorno mental grave o, igualmente, la disposición sobre el error de prohibición cuando por una deficiente asimilación de las pautas culturales el agente capaz cree por equivocación que su comportamiento no es delictuoso.
- 997 Los casos comprendidos en el art. 15 son aquellos en que se presenta un conflicto cultural que supone la diversidad de sistemas de valores. En un lado, se encuentra la cultura en la que el autor del delito ha formado su personalidad y, en el otro, la cultura cuyos valores son consagrados por la ley que aplica el representante del grupo social dominante.

- 998 El conflicto puede ser absoluto cuando se trate del juzgamiento, por ejemplo, de un miembro de una tribu de la Amazonía que no haya tenido contacto alguno con la cultura de raigambre europea y cristiana del Perú oficial. Según sus pautas culturales era necesario matar al brujo del grupo (homicidio de acuerdo con el Código penal) por ser considerado como responsable de la epidemia que diezma la tribu. Culturalmente se trata, como consecuencia, de un acto positivo valorativamente ya que es el medio por el que el grupo social se salvará. El autor de este comportamiento habría actuado de acuerdo con las pautas culturales que ha asimilado mediante el proceso de inculturación. Proceso que ha condicionado la formación de su personalidad y que, como conjunto de pautas culturales, canaliza sus reacciones frente a las situaciones materiales y personales concretas. En razón, justamente, de su peculiar personalidad será considerado incapaz de comprender el carácter delictuoso de su acto o de determinarse de acuerdo con esta apreciación.
- 999 La aplicación del art. 15 dependerá, como consecuencia, del grado de integración de la persona que ha cometido el acto considerado como delito por el Código Penal (sistema cultural oficial). Si el agente, relativamente integrado, no puede ser considerado como incapaz de comprender o de determinarse según las pautas culturales dominantes, podría ser juzgado estimando que se equivocó sobre el carácter ilícito del acto (error de prohibición). Lo que permitiría cubrir los diferentes casos planteados por el pluralismo cultural.
- 1000 La reticencia que puede existir para considerar como caso de inimputabilidad la circunstancia regulada en el art. 15 es de orden ideológico. Esto resulta de la manera tradicional y discriminatoria como han sido tratados los indígenas y los pobladores de la selva. Marginados social y culturalmente, despreciados por considerárseles racialmente inferiores e intelectualmente disminuidos, su tratamiento legal ha variado en dos direcciones extremas: la primera, ignorados como realidad étnica y cultural, fueron de manera abstracta considerados como miembros libres e iguales de la nueva república. La segunda, considerados en sus rasgos particulares, fueron

clasificados de acuerdo con un criterio etnocentrista y sometidos a un derecho penal considerado como instrumento civilizador.

- 1001 Dicha reticencia no es justificada, por el contrario, si se parte del marco constitucional vigente que reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural. En este contexto, no puede considerarse peyorativo el hecho de considerar como inimputable (incapaz penalmente) a cualquier persona en razón de circunstancias individuales que le son propias. Sobre todo, si se tiene así mismo en cuenta que toda persona, comprendida la inimputable, está protegida por el mandato constitucional sobre la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad.

J. Error de prohibición

a. Generalidades

- 1002 Como lo hemos señalado, el hecho de que el legislador indique los casos en que, excepcionalmente, un acto típico debe ser considerado como lícito, supone que considere la antijuricidad como un elemento del delito. Para plantearse la cuestión de la culpabilidad, como consecuencia, debe comprobarse si el acto imputado al agente es típico y antijurídico. También, la culpabilidad supone que el autor sea imputable; es decir capaz de comprender el carácter ilícito de su accionar y de determinarse según esta apreciación. La referencia a la capacidad de comprender está dirigida a señalar que el estado personal del agente debe permitirle llegar a captar la conformidad o disconformidad de la acción con lo establecido en el ordenamiento jurídico. Otra cosa es la de saber si para formular el juicio de reproche en que consiste la culpabilidad es necesario que el agente haya tenido conciencia de que su comportamiento contradecía el orden jurídico.
- 1003 Dentro de la concepción causalista del delito (teoría clásica), se admitió que la conciencia del dolo (concebido como una forma de culpabilidad) debía comprender el carácter ilícito del comportamiento.

Si esta conciencia no existía porque el agente actuaba bajo la influencia de un error de derecho (en la terminología de entonces), desaparecía el dolo. En caso de ser inevitable el error, la culpabilidad no existía y el agente debía permanecer impune. Podía ser responsabilidad a título de culpa (segunda forma de culpabilidad) cuando el agente pudo evitar el error.

- 1004 Esta manera de concebir el error de derecho, denominada teoría del dolo, fue contradicha por la corriente del finalismo. Como lo hemos visto, según los sostenedores del finalismo, el dolo constituye el núcleo central del tipo legal subjetivo y su elemento intelectual (la conciencia) debe comprender los elementos descriptivos y normativos del tipo legal. Entre estos elementos no se encuentra, generalmente, el carácter ilícito de la acción y, por tanto, no debe ser objeto de la conciencia del agente. Esta conciencia, según los finalistas, es significativa para determinar la culpabilidad. De donde afirmaban que el error de prohibición (expresión que debía ser preferida a la de error de derecho) no excluía el dolo (percibido en "sentido natural"), sino que tenía efectos sobre la declaración de culpabilidad. Esta manera de concebir el error de prohibición y sus consecuencias fue denominada teoría de la culpabilidad.

b. Regulación legislativa

- 1005 En el Código Penal guatemalteco, no se ha regulado, como sucede también con respecto del error de tipo, expresamente sobre el error de prohibición. Este vacío no puede ser colmado mediante la aplicación extensiva de disposiciones como las previstas en los arts. 25, inc. 3 y 4, 26, inc. 9. En esta última, se considera como circunstancia atenuante "la falta de ilustración, dada la naturaleza del delito, en cuanto haya influido en su ejecución". Si bien es cierto que esta falta de ilustración puede ser determinante para que el agente no sepa que su acción es ilícita y la ejecute, también es de admitir, de un lado, que dicha deficiencia puede referirse a otras circunstancias relacionadas con el comportamiento y, de otro, que su aplicación supone que se haya cometido un hecho típico, antijurídico y culpable por el que se debe reprimir a su autor. Si se admitiese que el error de

prohibición no tiene otro efecto que el de atenuar la represión, se violaría en muchos casos el principio "no hay pena sin culpabilidad". Esto comportaría además aceptar que el legislador guatemalteco ha fundado la pena en la simple responsabilidad material o por el resultado (*versari in re illicita*).

- 1006 Esta idea no puede ser admitida porque el mismo Código contiene normas de las que se puede deducir lo contrario. Una de ellas es el art. 25, inc. 3, en el que se regula un caso de error de prohibición aunque de manera muy limitada. Se trata del error consistente en que el agente ejecuta "el hecho en la creencia racional de que existe una agresión ilegítima contra su persona, siempre que el riesgo sea en proporción al riesgo supuesto". Quien obra en estas circunstancias considera que actúa amparado por la causa de justificación de la legítima defensa (art. 24, inc. 1). Es decir, no sabe que su acto es ilícito; por lo tanto, no debe ser castigado. Según el Código porque no es culpable (causa de inculpabilidad).
- 1007 En el inciso 4 del art. 25 que estatuye la obediencia debida, se prevé como condición para declarar no culpable a quien obra cumpliendo una orden en la que "la ilegalidad del mandato no sea manifiesta". Al contrario, esto significa que el subordinado debe creer que comete un acto lícito aunque la orden sea realmente ilícita, pero lo hace porque se equivoca debido a que la ilegalidad de la orden no es manifiesta. Su impunidad se justifica porque en las circunstancias en que actuó no podía percibir el carácter ilícito del mandato. Si lo hizo a pesar de que aprehendió la índole prohibida de la orden debe ser reprimido por el delito que cometió cumpliendo la orden.
- 1008 Por todo esto, resulta necesario completar mediante la interpretación y con la ayuda de la doctrina la regulación del error de prohibición. La base más segura es la afirmación de que el principio de la culpabilidad constituye uno de los pilares del derecho penal guatemalteco.

c. Desconocimiento de la ley

- 1009 El adagio "ninguno puede alegar ignorancia de la ley" constituye una ficción actualmente inadmisibles. No sólo por la hipertrofia legislativa que caracteriza a los diferentes ordenes jurídicos, sino sobre todo, en países como los nuestros, por el pluralismo cultural que los caracteriza y el alto índice de analfabetismo.
- 1010 En cuanto al derecho penal, se ha afirmado que este superado adagio debe ser más bien comprendido en el sentido de todos saben, por el simple hecho de vivir en sociedad, que determinados comportamientos están prohibidos; por ejemplo, el matar a una persona, el apropiarse de una cosa ajena. Esto se debería a que dichos actos violan normas sociales fundamentales e incorporadas en la conciencia de todo individuo por su condición de persona. De modo que, al menos en relación con el núcleo central y tradicional del derecho penal, nadie podría alegar que no sabía que está prohibida la realización de este tipo de comportamientos. Estas acciones podrían ser consideradas como delitos naturales y estar en todas las conciencias. Este criterio es incorrecto en cuanto hace depender los efectos del error de prohibición de la gravedad del hecho y, además, porque comporta, en buena cuenta, resucitar la definición de "delito natural" sostenida por algunos defensores del positivismo criminológico italiano.

d. Casos de error de prohibición

- 1011 Son diversas las hipótesis que deben considerarse. La primera y más evidente, aun cuando no la más frecuentemente admitida, es la ignorancia o desconocimiento de la norma prohibitiva referente al acto cometido: denominado **error de prohibición directo**. De acuerdo con lo antes expuesto, no se trata del desconocimiento de la ley, del artículo del Código Penal o de la ley penal complementaria que contiene el tipo legal, sino más bien de las normas implícitas en los tipos legales: no matar, no robar, no violar, no defraudar, etc. Este tipo de error de prohibición es difícil de ser admitido en la medida en que concierne a los casos comprendidos por el núcleo central de

derecho penal y que están vinculados a interdicciones de origen remoto e incorporadas en el orden ético, religioso, cultural. Si se trata de un agente mayor de edad y plenamente imputable, se presupone la conciencia del carácter ilícito del acto debido a que éste es en buena cuenta evidente.

- 1012 Los casos en que es posible imaginar este tipo de error es el ámbito de la legislación especial que incriminan como delitos o faltas las violaciones de determinadas reglas específicas; por ejemplo, las de orden fiscal, comercial, sanitario o administrativo.
- 1013 El error de prohibición puede, igualmente, deberse a la creencia errónea sobre la existencia de una causa de justificación que la ley, en realidad, no prevé o sobre los límites de una causa de justificación prevista en la ley. El autor, en ambos casos, no desconoce en abstracto, de manera general, que el acto está prohibido; sino que cree que en las circunstancias concretas que lo ejecuta está justificado. Dicho de otra manera, él cree que en esas condiciones el orden jurídico permite su realización. Por estas razones, se ha denominado a esta forma de ignorancia o desconocimiento **error de prohibición indirecto** o error de permisón. Por ejemplo, el acreedor que cree que el orden jurídico lo faculta a hacerse justicia por propia mano, despojando de un bien a su deudor moroso para hacerse pago; el médico que considera justificado el tratamiento que no consiente el paciente, considerando que no hace sino ejercer su actividad profesional; el subordinado que ejecuta una orden ilegítima pensando que tiene la obligación de hacerlo porque "las ordenes de los superiores se cumplen sin dudas ni murmuraciones" y a pesar de su ilegalidad evidente.
- 1014 Un caso singular es el del **error** que recae sobre uno de los **presupuestos objetivos de una causa de justificación**. El ejemplo típico es el previsto en el art. 25, inc. 3: una persona que se cree agredida ilícitamente daña un bien jurídico del presunto agresor. Ella cree así actuar en legítima defensa y, por tanto, lícitamente, cuando en realidad no existe dicha causa de justificación. Lo específico de este tipo de error es que su fundamento es una

equivocada representación de una circunstancia material (elemento del tipo de la causa de justificación). Hecho que lo acerca al error de tipo legal (desconocimiento de un elemento del tipo legal objetivo). Lo distingue sin embargo de éste la circunstancia de que el equivocarse sobre el elemento material de la justificante no influye en el conocimiento de los elementos descriptivos y normativos del tipo legal objetivo; sino que determina que el agente crea que la norma prohibitiva es neutralizada por la causa justificada concerniente.

e. Error evitable

- 1015 Los efectos de las distintas formas de error de prohibición se hacen depender de la posibilidad que tuvo el agente de superarlo o no. Esto significa que no basta cualquier error para no reprimir al agente por el acto típico cometido. En el orden jurídico se parte más bien de la hipótesis de que todos deben actuar respetando los derechos de terceros y que, en caso de duda sobre lo lícito del comportamiento que pone en riesgo o daña uno de esos derechos, deben abstenerse. Sólo se procederá, por tanto, a ejecutarlo, después de haberse asegurado que está autorizado, permitido o justificado de manera excepcional. No basta la buena fe, sino que es necesario hacer lo indispensable prestando la atención debida para no equivocarse.
- 1016 Si a pesar de los esfuerzos realizados (consultar un abogado, informarse ante la autoridad competente...), el agente no hubiera podido vencer el error de creer que actuaba conforme a derecho, puede afirmarse que el **error** era **inevitable** o invencible. Se puede decir que ejecutó el "hecho en la creencia racional" (art. 25, inc. 3) de que era lícito hacerlo. Con otras palabras, tenía fundadas razones de actuar conforme a derecho. De esta manera, el agente no manifiesta, mediante su comportamiento, una actitud negativa o de desobediencia al orden jurídico. Si le era imposible tomar conciencia de la norma que prohíbe su comportamiento no podía ser motivado por ésta para que se abstenga de actuar. Como consecuencia no se le puede reprochar el haber procedido de esta manera, no se le puede declarar culpable y, menos aún, imponérsele una sanción penal.

- 1017 El **error de prohibición** es **evitable**, por el contrario, cuando el agente carece de la conciencia del carácter prohibido de su comportamiento debido a que incurre en negligencia, impericia o imprudencia. En las circunstancias en que procede al acto no toma las precauciones necesarias para comprobar la conformidad de éste con el ordenamiento jurídico. Esta obligación es cada vez más imperativa en la medida en que el acto choque con las reglas morales, religiosas, sociales o las costumbres. En todo caso, se puede hablar que existe un deber de información de parte de cada persona que decide cometer un acto que comporta un posible daño para bienes jurídicos de terceros. La actitud del agente es censurable, indiferente con respecto del ordenamiento jurídico. Por esto es que se le puede reprochar el haber actuado contra el orden jurídico, declararlo culpable e imponerle una pena. Pero esta pena debe ser atenuada, lo que concordaría en cierta manera con la atenuación de la pena prevista en caso de "falta de ilustración" (art. 26, inc. 9). Esta atenuación se justifica en razón de la diferencia que existe con el caso de quien comete un acto típico con plena conciencia de su índole ilícita. En cuanto a esto último, el caso extremo es el del denominado delincuente por convicción que desafía el orden jurídico cometiendo el delito en abierto desafío mediante la negación de la validez de la norma que lo reprime.

K. Estado de necesidad excluyente de la culpabilidad

- 1018 Como lo hemos analizado al estudiar largamente el estado de necesidad, su efecto justificante depende de que el bien jurídico salvado sea más importante que el dañado. Cuando dichos bienes son de igual valor, se admite generalmente que el acto permanece siendo ilícito, pero que el agente no puede ser declarado culpable.
- 1019 Este criterio discriminatorio parece no haber sido aceptado en el Código Penal guatemalteco, pues trata el estado de necesidad como causa de justificación. De un lado, se limita a señalar que "el hecho sea en proporción al peligro" y, de otro, cuando extiende la exención

al que causare daño al patrimonio ajeno, establece que "el mal sea mayor que el que se cause para evitarlo". Lo que significaría *a contrario* que respecto a los otros bienes jurídicos en peligro no es necesario apreciar de esta manera el valor de los bienes involucrados.

- 1020 En teoría, comienza a volverse a sostener que es preferible considerar todos los casos de estado de necesidad como causas de justificación. Esta discusión pierde importancia en la medida en que la consecuencia es la misma: no reprimir al autor.

L. Miedo invencible

- 1021 El miedo es un estado psíquico que puede influenciar diversamente el comportamiento de una persona. Esto depende de su intensidad, pues no es suficiente cualquier miedo o angustia para exigir que se declare no culpable al autor de un acto inculpativo. La ley misma lo califica de invencible; calificación que depende más bien de las circunstancias objetivas en que actúa el agente que de la personalidad de éste. Su carácter timorato o cobarde no puede ser la base para determinar si el miedo era insuperable. El agente debe hacer lo necesario para controlar su miedo, sin embargo, esto supone que se le pueda exigir, según las circunstancias, afrontar el peligro de sufrir un "daño igual o mayor, cierto o inminente" (art. 25, inc. 1).
- 1022 En algunos casos, el miedo puede llegar a perturbar tan gravemente la capacidad de comprender el carácter ilícito del acto o de determinarse según esta apreciación, que debe considerarse al agente como inimputable.

M. Exceso en las causas de justificación o de inculpatibilidad

- 1023 El actuar, por ejemplo, en legítima defensa o en estado de necesidad implica para quien está en peligro un estado personal de miedo, emoción o tensión que le impide actuar dentro de los límites de dichas

circunstancias. Así, quien se defiende de un peligro inminente para su vida puede, en razón a su estado de espíritu, utilizar un medio desproporcionado para descartar el peligro. Teniendo en cuenta que esto es la causa de que no se puedan admitir, por ejemplo, las circunstancias de justificación correspondientes se considera que el agente ha actuado sin culpabilidad o con una culpabilidad atenuada. De manera incompleta, se ha establecido, en el art. 26, inc. 13, que en caso de inculpabilidad incompleta se atenuará la represión. Como en esta norma sólo se hace referencia al art. 25, se debería aplicar también a los casos del art. 24 invocando el inc. 14 del mismo art. 26 que prevé las "atenuantes por analogía".

Capítulo 3

Delitos de omisión propia dolosos

§ 1. Generalidades

- 1024 De la lectura de las disposiciones de la Parte Especial del Código Penal, se constata fácilmente que la mayor parte de los tipos legales describen acciones consistentes en hacer algo (comisión). Sólo de manera excepcional, se encuentran tipos legales que describen abstenciones. Su fundamento son normas que ordenan hacer algo. El delincuente debe omitir la realización de la acción prescrita (omisión). De esta manera, deja de hacer algo. Ejemplo típico es la omisión de auxilio prevista en el art. 156.
- 1025 Esta técnica legislativa hace superfluo que se defina la omisión en un artículo del Código Penal. Sin embargo, el legislador se ha referido a esta forma de acción en diversas disposiciones del Código. Generalmente, lo hace mediante la expresión "acciones u omisiones". De manera más concreta, expresa lo que entiende por delito de omisión cuando regula, por ejemplo, el "tiempo de comisión del delito". Al respecto dice, en el art. 19, "El delito se considera realizado ... En