

ESTUDIOS JURÍDICOS

ISSN 0014-1801 (Print) / ISSN 2254-9370 (Online) / DOI: 10.1017/S0014180120000000

EL PROCESO DE INIMPUTABLES

*Sara Patricia Orea Ochoa**

Hay coincidencia entre los diversos sectores de la doctrina jurídico-penal: *“que la pena constituye el medio tradicional que caracteriza al Derecho Penal”*, y se afirma que es su arma fundamental.

Ante esto, puede asegurarse que el Derecho Penal, en sentido amplio: *“es el conjunto de leyes que traducen normas que pretenden tutelar bienes jurídicos y que precisan el alcance de su tutela, cuya violación se llama delito y aspira a que tenga como consecuencia una coerción jurídica particularmente grave que procure evitar la comisión de nuevos delitos por parte del autor”*, ello con independencia de las funciones que pueda atribuirse a la pena, llámese retribución, prevención especial, o general positivas o negativas; empero, también existe coinciden-

* Magistrada de la Sexta Sala Penal del H. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

cia que el Derecho Penal no sólo reprime el delito, sino que también es un instrumento de prevención y lucha contra el crimen.

Bajo esta perspectiva, hablamos de un Derecho Penal dualista que junto con la pena se aplican medidas de distinta naturaleza, a las que se denominan "*medidas de seguridad*"; este sistema de doble vía, previsto en nuestro Código Penal para el Distrito Federal en el Título Segundo, Capítulo I, responde esencialmente a la idea de prevención especial donde se busca educar, intimidar o asegurar, según sea la *ratio*.

Sabemos que la diferencia fundamental entre pena y medida de seguridad descansa que en tanto la pena se aplica por el acto cometido, y su fundamento es la culpabilidad, la medida de seguridad ve hacia la peligrosidad, entendido este concepto como la probabilidad de que en el futuro se produzca un resultado, es decir un futuro delito, y el interés de la sociedad es evitarlo, por ello se justifica la aplicación de una medida de seguridad.

En sentido estricto, para que el Estado pueda optar por la imposición de una o de otra, y en el tema que concretamente nos ocupa, se halla íntimamente relacionado por categorías, concretamente del orden sustantivo, y que gira en torno del concepto de culpabilidad; así se dice que el fundamento material específico que sirve de base a

ésta, y fuera del tipo de injusto, la conforman una serie de elementos: imputabilidad o capacidad de culpabilidad, conciencia de antijuridicidad y no exigibilidad de otra conducta.

La culpabilidad descansa en que el autor de la infracción penal del hecho típico y antijurídico tenga las capacidades físicas y psíquicas mínimas requeridas, para algunos con base en el concepto de libre albedrío o ámbito de autodeterminación; para otros, por la posibilidad de motivar los actos por mandatos normativos; con independencia de la adopción de tal o cual corriente, lo cierto es que quien carece de esta capacidad, bien por no tener la madurez suficiente o por sufrir alteraciones psíquicas, no puede ser declarado culpable, y mucho menos puede fincársele un juicio de reproche por el acto típico y antijurídico cometido; por ende, no puede justificarse la imposición de una pena, y en cambio deberá optarse por la aplicación de una medida de seguridad.

Ahora bien, el hecho de que al individuo que se le atribuye la comisión de un evento típico y antijurídico, carezca de capacidad de culpabilidad, la cual se encuentra prevista como causa de exclusión del delito en el artículo 15, fracción VII, del Código Penal, y que se define como que: *“al momento de realizar el hecho típico el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retar-*

dado...", no implica de forma alguna que se cancele la posibilidad de que el autor sea oído y vencido en juicio.

En efecto, el artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no hace distinción alguna por razón de religión, raza, sexo, y agregaríamos por inmadurez psíquica para motivarse conforme a la norma, para no gozar de las garantías que otorga la Constitución, las cuales no pueden restringirse ni suspenderse, sino en los casos que la propia norma suprema las establece. El precepto en cuestión es uno de los de mayor trascendencia, pues establece *"la preeminencia de los derechos humanos consagrados en la misma, su ámbito de aplicación a todos los habitantes del país y sus límites de restricción"*; de ahí que como garantía de seguridad jurídica, el artículo 14 prevenga como derechos protegidos, entre otros, la libertad, los casos en que se limita y el derecho de audiencia, que comprende los juicios ante tribunales previamente establecidos con las formalidades esenciales del procedimiento, los que como derechos fundamentales no pueden ser renunciados.

Paradójicamente, en el ámbito procesal local el legislador de 1931 no consideró la regulación del procedimiento para inimputables, y aclaro que mi reflexión versará exclusivamente en el proceso de inimputables que en tal estado verificaron el evento, no obstante que todos convendremos que la situación que priva en éstos entra dentro del ámbito de un grupo altamente vulnerable, y aún

cuando han existido un sinnúmero de reformas, muchas de ellas de especial relevancia como las ocurridas en 1983 (que entraron en vigor en 1984), y las ocurridas en 1990 (publicadas el 8 de enero de 1991, en vigor a partir del 1o. de febrero de ese año, o las de 1994), que sin duda alguna vinieron a revolucionar aspectos importantes en el ámbito adjetivo, como sería el destierro de la prueba tasada, la regulación de la confesión y la prohibición de que se rindiera ésta ante policía judicial, que pretendieron dar a nuestro proceso un mayor contenido democrático donde la verdad no sea investigar a cualquier precio, sino protegiendo la dignidad humana y los derechos fundamentales del inculpado; empero, los grandes olvidados han sido los inimputables, ya que ni aún cuando en el año de 1999 se delegaron facultades a la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, a la fecha los Diputados locales han sido omisos en considerar el tema, y establecer el proceso que como exigencia establece el artículo 14 constitucional, es decir el proceso en el que se cumplen las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a leyes expedidas con anterioridad al hecho.

Es cierto que no puede dejar de considerarse que tratando de salvar tal omisión en las reformas de 1983, que entraron en vigor en 1984, el artículo cuarto transitorio establecía textualmente que por lo que respecta al régimen de inimputables a que aludía el artículo 15, fracción II, del Código Penal reformado en los términos de ese decreto, se estaría a lo dispuesto para enfermos mentales en el Código Federal de Procedimientos Penales, mismo régimen aplicable para las infracciones del Fuero

Común, lo cual constituía y constituye una referencia supletoria en el ámbito de proceso para inimputables, y por el que nos seguimos regulando, con independencia que actualmente tal causa de exclusión esté prevista en la fracción VII del citado numeral.

En este tópico, los legisladores de 1931 se inclinaron por las tesis positivistas de la responsabilidad social, fundados esencialmente en Ferri, quien aseguró que *“todo hombre es siempre responsable de cualquier acción anti-jurídica realizada por él, únicamente por que y en tanto vive en sociedad”*.

Establecido este presupuesto, se afirma que el Derecho debe reaccionar frente a cualquier conducta antisocial o peligrosa, valga decir que en sentido amplio daría lugar a la imposición de medidas de seguridad predelictuales, llamadas así porque no exigen como presupuesto la comisión de un delito, y en sentido estricto, sólo ante la aparición de un hecho antijurídico se admiten las medidas de seguridad, es decir postdelictuales.

No cabe duda, en atención a la regulación adjetiva, que nuestro sistema penal sólo admite las llamadas medidas postdelictuales, según se desprende de la interpretación racional y lógica del procedimiento relativo a enfermos mentales, contenido en el Título Décimo Segundo, Capítulo I del Código Federal de Procedimientos Penales, y lo

mismo ocurre en las diversas legislaciones de la República Mexicana, las cuales, en su mayoría, parten del supuesto de que tan luego se sospeche que el inculpa-do padece trastorno mental, enajenación, alienación o para otros quienes continúan empleando "*la arcaica terminología*" de loco, idiota, imbécil o cualquier otra debilidad mental, el Tribunal mandará a examinar al inculpa-do por peritos médicos; ello supone la existencia previa de un evento típico; en este aspecto, el Código Federal opta por una terminología diversa en materia de imputables, ya que para inimputables se exige la comprobación de la infracción a la ley penal y la participación del inculpa-do.

Tomando en cuenta que la legislación penal procesal que constituye nuestra base para el enjuiciamiento en materia de inimputables, no resulta del todo clara ya que sólo da algunas directrices en el aspecto que nos ocupa, pues basa fundamentalmente el proceso de inimputables en determinar en principio tal estadio, suspender el procedimiento ordinario y abrir el especial, en la que se deja al recto criterio y prudencia del Tribunal la forma de investigar la infracción penal y la participación que haya tenido el imputado; estudiar su personalidad y, previa solicitud del Ministerio Público y en audiencia de éste del defensor y del representante legal si lo tuviera, el Tribunal resolverá el caso ordenando su reclusión en términos de los artículos 68 y 69 de la Ley Sustantiva.

De lo antes dicho no se dice nada, pues se pasa por alto que el proceso judicial tiene una doble perspectiva: jurí-

dica y política; la primera se explica en función del litigio, que como fin específico tiene la aplicación de la ley penal al caso concreto, y para ello es menester regular actos procesales, no gobernados por la voluntad de particulares; en tanto que en su vertiente política retomando a Goldschmidt: *“los principios de la política procesal de una Nación no son otra cosa que segmentos de su política estatal en general. Se puede decir que la estructura del proceso penal de una Nación, no es sino el termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de una Constitución”*.

Confrontando lo anterior con la regulación en materia de inimputables en el Código Federal de Procedimientos Penales, como lo expuse anteriormente, a nuestro legislador y por consiguiente a nuestro Estado mexicano en el ámbito federal y local, no ha tenido especial consideración humanística frente al sujeto que no alcanza a comprender lo injusto de su conducta. Pareciere que *“la fundamentación histórica que por mucho tiempo ha sido el de la defensa social, tiende a la conservación y a la perpetuación de los valores dominantes del orden social previo y de una cultura hegemónica, donde se estigmatiza al sujeto tildándolo de peligroso y situándolo en posición de minusvalía ante el orden social y jurídico”*.

Ciertamente, el dejar al recto criterio y prudencia del Tribunal la forma de castigar el delito implica un extremo peligroso y arbitrario, que en no pocos casos podría

dar lugar a la violación de garantías, como la de defensa, de audiencia, de libertad, de proporcionalidad, de igualdad; tal es el caso, por ejemplo, de la aplicación del tratamiento a imponer, donde por un injusto de menor relevancia ante la falta de graduación y de proporcionalidad, podría dar lugar, como en el caso de un robo con violencia, a aplicar hasta 7 siete años de medida en internación; o que ante la falta de reglas específicas pudiendo alcanzar libertad provisional no se conceda, ante el argumento político de que un inimputable es siempre peligroso; la falta de directrices ciertas dan lugar, de igual forma, a inseguridad en el proceso, no son pocos los casos registrados en los Tribunales del Fuero Común del Distrito Federal, que ante la consignación del inculpado sobrevengan resoluciones adoptando una *"sistemática hegeliana"*, quienes sostienen que: *"un loco no puede actuar con relevancia penal y con ello la imputabilidad se confunde con una total incapacidad psíquica del delito dando lugar a declarar que no hay delito"*, pero en cambio, imponen una medida de seguridad hasta el máximo del delito por el que se consignó; tampoco son pocos los casos, donde por la falta de regulación, se pronuncien resoluciones de orden cautelar inexistentes como: *"formal prisión especial"*, sujeción a proceso cuando la pena prevista es privativa de la libertad, ello ante la simple sospecha del juzgador que se está en presencia de un inimputable.

Los procesos que en algunos supuestos se verifican en el ámbito local, en materia de inimputables, resultan incongruentes, poco claros, con actos no del todo procesa-

les, donde en el mejor de los casos se maquilla de legalidad formal; pero que en la realidad constituyen actos arbitrarios, donde *"el recto criterio y prudencia del Tribunal para investigar"* rompe con los principios elementales procesales y sustantivos, ya que infracción penal y participación del inculpado son conceptos vagos e imprecisos, que pueden ser interpretados, por ejemplo: como estructura típica e identificación del autor —analizando o no los elementos subjetivos dolo o culpa— dejando de lado el análisis de causas de justificación o bien como injusto personal; y en el peor de los casos que *"el loco"* no actúa y no hay delito. Es menester por ello la unificación de conceptos, se requiere hablar el mismo lenguaje para evitar la inseguridad y la arbitrariedad, para un grupo que históricamente ha sido rechazado, olvidado por su propia sociedad.

Este es un panorama general, y al registrarse casos particulares lleva al caos lo que precisamente pretende evitar el Derecho, quien aspira a un orden preestablecido; en consecuencia, y dado que *"el recto criterio o prudencia del Tribunal"* no es tan recto ni prudente, sostengo que si el común denominador de las formas de control social son: el quebrantamiento de la norma, la reacción del Estado frente a éste, como sanción, y el procedimiento a través del cual se constata la violación de la norma y se impone la sanción, para dar seguridad y certeza en el procesamiento criminal de inimputables, debemos partir en principio —y con independencia de que el Ministerio Público haya solicitado la intervención de sus peritos que

declaren sobre la capacidad de comprensión, y la posibilidad de conducirse sobre ésta de un probable responsable en la etapa de averiguación previa— el Juez debe proceder conforme a la regulación en materia de imputables.

En efecto, debe radicar la causa en el auto de inicio, constatar la legal detención del imputado, dar oportunidad a éste de ser escuchado por su Juez en el acto de declaración preparatoria, diligencia en la que incluso debe certificarse el estado en que a juicio de la autoridad jurisdicente se encuentra, dentro del plazo de 48 horas de que ha sido puesto a disposición del Órgano Judicial, y emitir el auto de plazo constitucional que proceda, ya sea de formal procesamiento o libertad por falta de elementos para procesar, siguiendo los lineamientos del artículo 122 del Código Procesal Penal; esto es, acreditando el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, dado que la resolución anterior es de orden cautelar, es decir provisional, por ello no resulta trascendente en ese instante declarar una formal prisión o una sujeción a proceso, dado que los aspectos sustantivos que emanan de ésta habrán de dilucidarse durante el procesamiento; la resolución del plazo constitucional debe también abrir el proceso que corresponda, abrir el período a prueba, solicitar los estudios a los que refiere el artículo 296 *Bis* y la identificación del inculpado; y de igual forma se informará sobre el derecho y plazo para apelar la resolución.

Los requisitos de fondo y de forma consagrados en el artículo 19 constitucional y 297 de la ley adjetiva penal,

no chocan con una sana lógica, recto criterio y prudencia del juzgador, al contrario, torna coherente la iniciación a un procesamiento, incluso las legislaciones de Morelos, Nuevo León y Tabasco, expresamente regulan la emisión de la resolución que corresponda, para justificar el procedimiento y la privación de la libertad en caso que proceda; y de una correcta interpretación, atendiendo a lineamientos procedimentales del Código Federal Procesal supletorio en el Distrito Federal, debemos llegar a la misma conclusión, es decir legitimar el formal procesamiento.

Notificada la resolución de referencia, estimo que es el momento procesal adecuado para ordenar el examen por peritos médicos del inculcado, para que éstos se pronuncien sobre si el inculcado padece trastorno mental o desarrollo intelectual retardado; sin perjuicio de que las partes puedan ofrecer sus propias periciales, esto último, si bien no está regulado en el Código Procesal Federal, sí se encuentra previsto en las legislaciones de Morelos, Nuevo León y Tabasco, y sería conveniente que se tomara en cuenta para efectos de reformas, a fin de dar un contenido de índole acusatorio y de equilibrio procesal al procesamiento de inimputables.

Una vez verificado el trastorno o desarrollo intelectual retardado, en mi opinión es el momento propicio para aperturar el procedimiento especial, ulterior al auto de formal prisión, y no antes de éste o en éste.

Dado que el fin de un proceso penal es conocer la verdad legal, a efecto de justificarse la reacción del Estado, y reconociendo que nuestro sistema procesal es eminentemente acusatorio, corresponde a las partes, en plazos y períodos ciertos y establecidos, ofrecer pruebas con el propósito de que al final el Juez falle en definitiva, y no dejar al recto criterio y prudencia del Tribunal investigar, según reza el artículo 496 del Código Federal de Procedimientos Penales, pues este aspecto es propio de un sistema procesal inquisitivo, que choca con las bases de un Estado democrático.

Sin embargo, a la fecha no ha sido cuestionada tal regulación, y es por ello que insisto debe tomarse conciencia que los inimputables merecen un proceso penal, si se le quiere llamar especial, por la calidad particular del sujeto activo, pero garantista, donde las partes prueben sus respectivas hipótesis, la declaratoria, no reconocida legislativamente de responsabilidad social, pero sí de injusto personal, para que el Juez imponga la medida, no necesariamente de reclusión, como refiere el artículo 497 de la ley adjetiva federal, en caso del Ministerio Público o bien la defensa, destruya durante el proceso las pruebas que vinculan al inimputable con el evento típico o bien demuestre que éste actuó bajo el amparo de una norma permisiva, lo que daría lugar a no imponer sanción alguna, y no como en el caso de la legislación de Coahuila donde con la simple acreditación del tipo y el trastorno o deficiencia mental permanente del sujeto se sobresee la causa, impidiendo con ello y vulnerando la garantía de adecuada defensa.

Finalizado el período a prueba y cerrada la instrucción, las partes deben gozar de igual forma del derecho de concluir sus pretensiones, donde a través de sus respectivos pliegos que no podrán ser de acusación o inculpabilidad, por las consecuencias que engendran estos vocablos, que pueden o no ser intituladas, en el primer supuesto podría denominárseles para la Representación Social "*petitorias de medidas de seguridad*", y "*desvinculatorias del injusto*" en el caso de la defensa. Tampoco nada impide que las partes sean escuchadas en última ocasión por el Juez que decidirá el fallo en definitiva, en la denominada audiencia de juicio; de esta forma, a mi entender, de parte de la autoridad jurisdicente se cumple con su función, no limitada a la de valorar pruebas y establecer la verdad legal, sino garante de los derechos de un sujeto vulnerable por una doble carga, su estado psíquico y mental y su enfrentamiento a un proceso criminal.

En cuanto a la sentencia, más por tradición judicial que por soporte sustantivo, se prefieren los vocablos *infracción penal* y *participación*, pero ¿qué debemos entender por infracción penal? Estimo que la infracción penal es un tipo penal, con los elementos que conforman a éste: conducta consciente (que es un concepto de orden clínico, y que se refiere al estado de alerta, y no la capacidad de discernir entre el bien y el mal, como comúnmente se piensa); voluntaria porque cada acción depende de la voluntad y final porque la voluntad implica siempre una finalidad; los sujetos (pasivo y activo), el objeto material, el bien jurídico, el resultado material (cuando lo

requiera el tipo), el nexo de causalidad, los elementos normativos, los subjetivos distintos al dolo, y los subjetivos genéricos como dolo o culpa, y en este aspecto sustento que en el caso del dolo es un elemento que en materia de inimputables también debe deducirse a nivel típico, pues, aún cuando se trata de una vertiente de orden subjetivo, también lo es que la tarea de averiguar si una conducta es delictiva o no parte de un doble análisis, la primera, constatar si la acción que se llevó a cabo en el mundo fáctico tiene adecuación a un tipo penal concreto, para así dar cumplimiento al principio reconocido universalmente como *nullum crimen sine lege*, y dentro de esta primera fase verificar si esa acción es contraria al ordenamiento jurídico; y así nuestro primer análisis es tendiente a disvalorar la acción determinada; ya en una segunda fase corresponderá averiguar las cualidades psíquicas y la posibilidad que tuvo de motivarse conforme a la norma, lo cual constituye un juicio de disvalor al autor del evento típico y antijurídico.

Visto así nuestro análisis, y aún cuando el dolo es de carácter subjetivo, el mismo se encuentra integrado por dos caracteres, que si bien forman parte de lo interno no inciden en aspectos mentales o motivacionales, pues recuérdese que éstos corresponden al segundo análisis, sino que el conocimiento y la voluntad son cualidades ajenas a la culpabilidad, el cual es un paso posterior de la averiguación del injusto; de esta manera, el dolo típico es avalorado, es decir conocer es un concepto que se constriñe al saber que los actos que se ejecutan producirán una

mutación en el mundo real (elemento cognositivo), y el querer implica el que no obstante que se conoce que esos actos producirán un resultado se realizan (elemento volitivo); conforme a lo dicho para la legislación federal, basta la constatación del tipo penal y la participación que tuvo en el autor del evento; sin embargo, sostengo que en materia de inimputables ulterior a la comprobación de la estructura típica, debe verificarse como juicio negativo de disvalor, si al momento de la comisión del hecho el sujeto no actuó amparado por un precepto permisivo que tornara lícito ese comportamiento, pues de ser así no habría lugar para imponer una medida de seguridad y tendría que ordenarse la libertad absoluta del inimputable.

Dentro del estudio estratificado que debe contener toda sentencia judicial en la categoría de la culpabilidad, concretamente en la imputabilidad, es el momento de declarar que no es una cualidad que se dé positivamente en esa persona, atendiendo a los diversos dictámenes de orden psiquiátrico que obren en la causa, y sólo en ese supuesto la autoridad judicial está facultada para imponer la medida, ya sea en internación o en externación, de acuerdo a lo que establecen los artículos 67, 68 y 69 de la ley sustantiva, la cual tiene como base no la responsabilidad social como se sostiene comúnmente en los Tribunales, porque en atención a la exposición de motivos de las reformas que entraron en vigor en 1984, el legislador consideró que en materia de inimputables no cabría el concepto de responsabilidad social, al no tener apoyo en ningún cuerpo de leyes que rige en materia penal, tomando en cuenta que la intervención

del Estado no se limita a la imposición de penas de carácter coercitivo, sino también tiene como finalidad prevenir y luchar contra actos lesivos que atentan contra bienes que son de interés colectivo, es esto último y no vivir en sociedad, lo que justifica que la autoridad judicial imponga sanciones a los inimputables con el fin de lograr una convivencia pacífica y armónica.

Ahora bien, en la individualización de la medida desde luego no puede graduarse a través de la culpabilidad, pero en cambio puede y debe ser graduada atendiendo a la gravedad del injusto y a la peligrosidad del inculpaado, debiendo recurrir a los dictámenes periciales, pues los factores que en ellos se establezcan nos permitirán saber sobre la posible comisión de un delito en el futuro, y de tal pronóstico decidir sobre la medida a imponer y el tratamiento en internamiento o libertad; afirmo que en materia de inimputables la sanción debe ser proporcional, con independencia del tipo de la medida, y por principio de certeza debe establecerse el tiempo de duración y no el máximo que se tiene previsto en la descripción típica, porque dentro de la concepción de un Derecho Penal moderno se reconoce la imperiosa necesidad de fijar el límite a las acciones del Estado, y precisamente el principio de proporcionalidad tiene como origen acotar el poder de éste, y la forma de hacerlo es atendiendo, como ya lo dije, a graduar la magnitud del injusto, que está dada previamente en la norma general y abstracta, y en base al parámetro y al principio de igualdad imponer la sanción cierta, y no hasta un máximo de duración.

En materia de reparación del daño, atendiendo a la legislación penal, salvo el supuesto que el inimputable tenga tutor o custodio, habrá lugar a esta sanción de orden económico; caso contrario, resulta inútil el pronunciamiento; finalmente, la amonestación, que generalmente se lleva a cabo a los responsables del evento, no resulta aplicable, pues tomando en cuenta la naturaleza de esta sanción, implica hacer del conocimiento del encausado las consecuencias jurídicas por haber quebrantado la norma y la invitación a la enmienda; es obvio que ese fundamento no pueda aplicarse al inimputable, quien al llevar a cabo el evento desconoce las consecuencias de su actuar, y ello torna innecesario la invitación para no reincidir.

En síntesis, respetando el proceso ordinario dotado de un mayor número de garantías, incluso pudiéndose nombrar además del defensor una persona que represente al inimputable en todos los actos del proceso, como sucede en diversas legislaciones como las del Estado de México, Coahuila y Nuevo León, por ejemplo, se torna legal el proceso de inimputables, y estaríamos en posibilidad de confirmar; según dice Beccaria, *“si hubiera una escala universal de las penas y de los delitos, tendríamos una probable y común medida de los grados de tiranía o libertad, del fondo de humanidad o de maldad de las distintas naciones”*, pues en la actualidad nuestra escala constituye un grado de tiranía, que nos asemeja a la *“maldad”*.

LA INIMPUTABILIDAD EN EL SISTEMA PENAL MEXICANO

*Alicia Azzolini Bíncaz**

I. En los últimos años los penalistas se han ocupado, especialmente, de estudiar el ámbito del injusto. La teoría de la imputación objetiva, preocupada por superar las limitaciones e inconsistencias de la relación causal, ha ocupado el mayor número de páginas de los escritos penales. La adecuación típica y la atribución de resultado han sido los temas centrales de la discusión científica. Pero la elaboración dogmática de delito abarca un segundo ámbito, el de la responsabilidad o culpabilidad que, por contraposición, se ha denominado de imputación subjetiva.¹

* Profesora-Investigadora de la UAM-Azcapotzalco y del Instituto Tecnológico de Monterrey.

1 Pérez Manzano, Mercedes, *Culpabilidad y prevención: Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1986.

Pero el concepto de culpabilidad también tuvo su periodo de auge, fue el centro de la discusión en la década de los 70's.² En esa época se retoma y se actualiza la controversia entre libre albedrío y determinismo, representada principalmente en Italia, a fines del siglo XIX, por las posturas de la llamada Escuela Clásica y del positivismo naturalista –Escuela Positiva–.

Se puede agrupar dentro del pensamiento clásico a todos aquellos planteamientos que fundamentan la responsabilidad penal en la libertad humana, en los que se agrupan un gran número de autores que va desde Carrara hasta Welzel.³ Para el primero, *el hombre tiene la facultad de determinarse en sus acciones, ya que puede preferir, a su agrado, obrar o no obrar...*⁴ y para Welzel *el libre albedrío es la capacidad de autodeterminarse conforme a sentido y la culpabilidad es, por ende, la falta de autodeterminación conforme a sentido...*⁵ Sólo pueden ser culpables –imputables– los individuos capaces de comprender el injusto y de actuar conforme a esa valoración. Se excluye a quienes no son capaces de autodeterminarse conforme al valor, es decir a los inimputables. En este esquema la pena es la retribución merecida al sujeto imputable que escogió actuar en contra del mandato nor-

2 Cfr. Azzolini, Alicia, "La culpabilidad", en *Alegatos 11..... y Culpabilidad y Punición*, México, CDHDF, 1997, *passim*.

3 Sotomayor, Juan, *Inimputabilidad y sistema penal*, Bogotá, Temis, 1996, p. 37.

4 Citado por Sotomayor, *op. cit.*, p. 38.

5 Welzel, Hans, *Derecho penal alemán*, Ediciones Jurídicas de Chile, Santiago, 1993.

mativo y es, a su vez, un medio idóneo para intimidar a los demás miembros de la sociedad.⁶

El positivismo parte de la negación del libre albedrío. Quien comete un delito no ha escogido libremente esa conducta sino que está determinado causalmente. El objeto de estudio se desplaza, para esta escuela, del delito al delincuente. Este es un ser necesariamente anormal y peligroso para la sociedad. La noción de culpabilidad es reemplazada por la de peligrosidad, que es el cálculo de probabilidad asociado a la comisión de futuros delitos. Si todos los delinquentes por el sólo hecho de serlo se consideran anormales no tiene sentido la distinción entre imputables e inimputables. En todo caso la diferenciación se hace entre los normales (que se adaptan al orden social) y los anormales (los que chocan con ese orden). La sociedad debe defenderse de esos individuos peligrosos mediante medidas que ataquen las causas que los determinan a actuar en forma antisocial. La noción de pena es reemplazada por la de medida de seguridad que, en estricto sentido, puede ser aplicada al individuo peligroso con anterioridad a que cometa algún delito. La responsabilidad del individuo no es individual sino social, porque así como el sujeto está determinado a delinquir, la sociedad está determinada a defenderse.⁷

La doctrina y las legislaciones penales se han guiado con los postulados de la escuela clásica, salvo unas pocas ex-

6 La concepción de la pena como medio de coacción social fue sostenida por Bentham y por Feuerbach. Ver al respecto Manuel de Rivacoba y Rivacoba, *Función y aplicación de la pena*, Buenos Aires, Depalma, 1993, p. 26.

7 Sotomayor, *op. cit.*, pp. 47-50.

cepciones, a lo largo de todo el siglo XX. Las nociones de libre albedrío, presupuesto a su vez de la culpabilidad y de su consecuencia necesaria, la pena, se constituyeron en los pilares del sistema penal para adultos imputables. La trilogía derivada del pensamiento positivista –determinismo, peligrosidad y medida de seguridad–, por su parte, se ha aplicado al tratamiento de quienes no tienen capacidad de culpabilidad. El pensamiento clásico es la base del derecho penal de imputables, y el del positivismo, del derecho penal de inimputables.

Podría decirse que un siglo de desarrollo del pensamiento penal, y de la ciencia en general, ha transformado estos dos grandes paradigmas, que hoy día el *libre albedrío* es menos *libre* y el *determinismo* condiciona con menor rigor. El descubrimiento, por parte de la neurobiología, de sustancias químicas –neurotrasmisores– que inciden directamente en la conducta humana y las investigaciones de la física cuántica que ponen en entredicho la relación causa efecto de la física tradicional y, en todo caso, permiten hablar de una determinación probabilística, han incidido necesariamente en el desarrollo dogmático.

Sin embargo, y especialmente en el tema que nos ocupa, los paradigmas clásico y positivista están vigentes y trazan dos líneas de actuación respecto de los sujetos imputables y de quienes no lo son.

II. El legislador parte del supuesto de que el adulto que realiza un injusto penal es imputable, es decir que tiene

capacidad de decidir libremente su comportamiento. Por eso no define la imputabilidad sino su ausencia.

El concepto de inimputabilidad ha evolucionado en la legislación como resultado de la disputa entre el concepto psiquiátrico y el concepto jurídico de enfermedad.⁸ El Código Penal mexicano de 1931 consideraba como una de las excluyentes de responsabilidad, en el artículo 15, fracción II, el *hallarse el acusado, al cometer la infracción, en un estado de inconsciencia de sus actos, determinado por el empleo accidental e involuntario de sustancias tóxicas, embriagantes o enervantes, o por un estado toxinfecioso agudo o por un trastorno mental involuntario de carácter patológico y transitorio*. Esta fórmula mezclaba excluyentes de voluntad —o voluntabilidad— como los estados de inconsciencia y causas de inimputabilidad. El estado de inconsciencia y el trastorno mental son recíprocamente excluyentes debido a que el trastorno mental supone siempre una perturbación de conciencia, pero nunca una inconsciencia.⁹ Además sólo excluía la responsabilidad penal de los inimputables transitorios ya que se consideraba que los permanentes que hubieran infringido el ordenamiento penal eran socialmente responsables, *en virtud de su constante peligro para la sociedad*.¹⁰ El artículo 68

8 Roxin, Claus, *Derecho penal, parte general*, Civitas, Madrid, 1997, p. 826.

9 Islas, Olga, *Análisis lógico de los delitos contra la vida*, México, Trillas, 1998, p. 68 (nota al pie).

10 Villarreal, María Antonieta, "Inimputabilidad e inculpabilidad como aspectos negativos del delito", en *Criminalia*, Año XXI, No. 4, México, abril 1955, p. 243.

establecía que *los locos, idiotas, imbeciles, o los que sufran cualquier otra debilidad, enfermedad o anomalía mentales y que hayan ejecutado hechos o incurrido en omisiones definidos como delitos, serán reclusos en manicomios o en departamentos especiales, por todo el tiempo necesario para su curación, y sometidos, con autorización de facultativo, a un régimen de trabajo...*

Esta última disposición era interpretada por José Ángel Ceniceros y Luis Garrido como prueba de la responsabilidad social de los inimputables permanentes, mientras que Porte Petit criticaba esta postura señalando que el trastorno mental permanente debía ser causa de exclusión del delito aunque se tomaran las medidas de seguridad pertinentes para proteger la defensa social y al *anormal psíquico delincuente*.¹¹

Las fallas técnicas de la definición de inimputabilidad, que incluía supuestos de ausencia de conducta; la restricción de la excluyente de delito a los inimputables transitorios, y las severas consecuencias previstas para los permanentes, que eran considerados socialmente responsables y podían ser sometidos a un régimen de trabajo —circunstancia vedada para los imputables—, motivaron las reformas de 1984 y 1994.

Actualmente, la fracción VII del artículo 15 prevé que el delito se excluye cuando *al momento de realizar el*

11 *Idem*, pp. 245 y 248.

hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo mental retardado.

Se siguió así el modelo alemán, adoptado también en España, que sustituye a la noción de conocer y querer. Se comprobó que el inimputable puede conocer y querer el hecho.¹² Este modelo adopta el método mixto para definir la inimputabilidad, que alude a las formas de trastorno psíquico y a la capacidad de comprensión. Las causas que se mencionan son el trastorno mental y el desarrollo mental retardado. El trastorno mental, a diferencia que en la redacción anterior, puede ser transitorio o permanente. El trastorno mental transitorio es una perturbación de la conciencia del sujeto durante el tiempo en que se realiza la conducta. Es permanente, si perdura más allá del tiempo que se realiza la conducta típica.¹³

También deben considerarse como inimputables permanentes aquellos cuyo padecimiento es recurrente, como algunas psicosis maniáco depresivas, por lo que hay una probabilidad fundada de que cometa una conducta similar a la que está siendo juzgada.

12 Mir Puig, Santiago, *Derecho penal, parte general*, Reppertor, Barcelona, p. 579.

13 Islas, Olga, *op. cit.*, p. 68. Santiago Mir menciona distintas causas de inimputabilidad como las *psicosis endógenas* (esquizofrenia, paranoia, psicosis maniáco-depresiva, epilepsias) y *exógenas* (toxifrenias, embriaguez patológica, psicosis y demencias seniles, etc.), *oligofrenias*, *psicopatías* y *neurosis*, *op. cit.*, pp. 587 a 590.

El desarrollo intelectual retardado es de carácter permanente y no supone una alteración cualitativa de la vida psíquica sino una insuficiencia cuantitativa del grado de inteligencia.

La definición de inimputabilidad adoptada por el derecho mexicano no incluye a los menores. Si por menor se entiende a todo aquél que no ha cumplido 18 años, es evidente que habrá menores capaces de comprender la ilicitud y de conducirse conforme a esa comprensión y habrá menores que no tengan dicha capacidad. Sólo puede afirmarse la inimputabilidad de los niños de muy corta edad (menos de 7 años), de ahí en más habría de analizar cada situación. Pero la ley no exige la comprobación empírica de cada caso. La Ley de Menores Infractores establece que el Consejo de Menores se ocupará, sin distinción alguna, de los menores entre 11 y 18 años que realicen conductas previstas en el Código Penal. Se imponen en este campo consideraciones de política criminal que aconsejan tratar de manera más benigna y con especial consideración a los menores de edad, por eso están sometidos a un régimen diferente que los adultos.

No se consideran inimputables y no son tratados como tales, según el primer párrafo *in fine* de la mencionada fracción VII del artículo 15, los que hayan provocado su trastorno mental dolosa o culposamente, quienes responderán por el resultado típico cuando lo hayan previsto o les fuere previsible. Se aplica en este supuesto el criterio

de la *actio liberae in causa*, según el cual debe tenerse en cuenta la situación del sujeto al momento de colocarse como inimputable. Lo que el sujeto debe prever o serle previsible es la comisión del hecho típico y no su propia inimputabilidad. El sujeto puede querer embriagarse o drogarse pero no querer matar y es posible que el resultado muerte no le sea previsible. El sujeto responderá dolosa o culposamente de la comisión típica cuando al momento de tornarse inimputable actuó dolosa o culposamente respecto del evento antisocial (homicidio, lesiones).

III. Olga Islas sostiene que la perturbación permanente de la conciencia no es la exclusión del delito, sino la exclusión del sujeto imputable y, por ende, el cambio de su ámbito normativo, que será el correspondiente a los inimputables.¹⁴ Pero el artículo 15 menciona expresamente que el delito se excluye ante la ausencia de capacidad de comprensión de la ilicitud o de conducción. Asimismo, la propia Olga Islas reconoce que la imputabilidad es capacidad de culpabilidad, si el sujeto es inimputable no es culpable, por lo que no hay delito. Lo que sucede es que en nuestro sistema a los inimputables permanentes se les aplican, de ser necesario, consecuencias en el ámbito penal, pero esto no autoriza a afirmar la existencia de un delito, sino, en todo caso, del ilícito. Si el ilícito es cometido por un inimputable entonces sí, como dice Islas, se aplica el ámbito normativo de los inimputables que, lamentablemente, tiene muchas carencias.

14 Islas, O., *op. cit.*, p. 69.

IV. La reforma de 1994 incorporó, también siguiendo al código alemán, la llamada *imputabilidad disminuida* que, según Roxin, no es una forma de "semiimputabilidad" que se halle a mitad de camino entre la imputabilidad y la inimputabilidad, sino un caso de imputabilidad en que el sujeto es capaz de comprender el injusto y actuar conforme a esa comprensión.¹⁵ La capacidad de control se ha considerado como un concepto graduable: al sujeto le puede costar más o menos dejarse motivar por la norma. En los casos en que la capacidad de control está sustancialmente reducida, disminuye la culpabilidad del sujeto.

El legislador mexicano así lo ha entendido en el artículo 310 que regula el homicidio por emoción violenta exige que se cometa en circunstancias tales que atenúen la culpabilidad. Se trata de un caso de atenuación transitoria de la imputabilidad (no equiparable, según Olga Islas, a la imputabilidad disminuida permanente)¹⁶ que afecta los frenos o controles inhibitorios del sujeto como consecuencia del hecho injustificado del provocador. En el homicidio por emoción violenta el sujeto reacciona frente a una provocación puntual que afecta sus mecanismos de control, en el supuesto de imputabilidad disminuida contemplado en la fracción VII del artículo 15 la disminución de la capacidad de control puede responder a factores del propio individuo (manifestaciones incipientes de arte-

15 Roxin, Claus, *op. cit.*, p. 839.

16 Islas, O., *op. cit.*, p. 251.

riosclerosis o demencia senil, en formas leves de oligofrenia, etcétera).

La incorporación de la imputabilidad disminuida en la parte general estuvo acompañada, asimismo, de la derogación del artículo 310 original y del 311 que contemplaban homicidios atenuados del cónyuge o del ascendiente sobre el otro cónyuge y/o su amante, en el primer caso, y sobre el corruptor del descendiente, en el segundo, al momento de sorprenderlos en el acto sexual o próximo a su consumación. Estos tipos, que obedecían sin duda al criterio de imputabilidad disminuida, habían sido objeto de reiteradas críticas por parte de los dogmáticos mexicanos, quienes señalaron su inconsistencia y, sobre todo, los criticaban por no incluir como criterio rector a la emoción violenta, limitándose a señalar uno solo de los supuestos que pueden desencadenarla.

Es indudable que en los supuestos de imputabilidad disminuida sí hay delito, el sujeto es imputable, la consecuencia es la reducción de la sanción y/o la aplicación de una medida de seguridad, como establece el artículo 69 *bis* del Código Penal del Distrito Federal.

V. Como se mencionó al principio de esta exposición a los imputables se les aplica el modelo clásico y a los inimputables el positivista. Esto sigue siendo así, al menos en lo que aquí interesa. Las nuevas elaboraciones sobre la culpabilidad y la pena, principalmente desde la perspectiva funcio-

nalista no han logrado desmontar, ni lo han pretendido, la distinción entre imputables y aquellos que no lo son.

A los inimputables no se les impone una pena, ya que no son responsables por el hecho cometido, sino que se les aplica una medida de seguridad. La medida tiene por objeto remover las causas de inimputabilidad del sujeto, que fueron las que lo llevaron a la comisión del injusto o, de no ser posible, a impedir, por medio del aislamiento, que vuelva a cometer hechos similares. Esto sólo tiene sentido para los sujetos que siguen siendo inimputables o cuyo padecimiento pueda volver a presentarse después de la comisión del evento antisocial, aquellos que recuperaron su capacidad de comprensión o de control no requieren tratamiento de ningún tipo. Tampoco se les podría imponer una pena, ya que al momento del ilícito eran inimputables.

La imposición de una medida de seguridad requiere, además, que el inimputable permanente haya realizado el evento típico y antijurídico, que haya demostrado la peligrosidad en el caso concreto. Un oligofrénico que ante un ataque ilegítimo se defiende adecuadamente ocasionando la muerte de su agresor, no tiene por qué ser juzgado en forma más severa que una persona sana, debe reconocérsele su actuación en legítima defensa.

La legislación mexicana no contiene una regulación expresa sobre este punto. El artículo 67 del Código Penal

se limita a exigir que se siga un procedimiento previo para aplicar las medidas de seguridad a los inimputables. Sin embargo, el Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal no contiene disposiciones específicas para el procedimiento de inimputables. El Código Federal de Procedimientos Penales, por su parte, dedica unos pocos artículos a este procedimiento. Esto no puede ser pretexto para que, en tanto se adecue la legislación, el órgano de persecución de los delitos y los jueces reconozcan a los inimputables las mismas garantías que a los demás sujetos y exijan para la aplicación de la medida la comprobación del injusto y la peligrosidad de quien lo realizó.

VI. La distinción entre pena y medida de seguridad no siempre es precisa. Debe tenerse en cuenta el sistema de regulación pena-medida en cada legislación.

La distinción entre penas y medidas de seguridad era clara en el sistema *dualista* que, en su versión original, preveía penas de carácter retributivo para los imputables, y medidas de seguridad, fundadas en la peligrosidad del autor, para los inimputables. En esto radicaba la diferencia entre ambas, que, en lo sustancial, se mantuvo hasta hace poco tiempo:

1. La pena tiene un contenido expiatorio (sufrimiento), se impone al culpable de un deli-

to, y su duración debe ser proporcional a la importancia del bien afectado, a la gravedad de la lesión y a la magnitud de la culpabilidad del autor.

2. La medida de seguridad es una privación de derechos que persigue un fin tutelar (sin sufrimiento), es consecuencia de un *estado peligroso* y de duración indeterminada.

Este esquema es puesto en duda en la actualidad. En primer lugar, la mayoría de la doctrina coincide en que la *pena* —etapa de ejecución— tiene, fundamentalmente, finalidad preventivo especial. Asimismo, se ha dejado de lado la indeterminación de las medidas para fijarles un límite igual al máximo de punibilidad prevista para el tipo penal aplicable. Ya nadie niega que tanto la pena como la medida de seguridad ocasiona sufrimiento a quien le son impuestas.

En el otro extremo se encuentra el sistema *monista* que propugna un tipo de sanción única en la lucha contra el delito. Esta postura se funda en que:

1. La distinción entre pena y medida no tiene sentido, pues ambas se identifican (presuponen la comisión de un delito; tienen carácter aflictivo; poseen carácter jurisdiccional, y tienden a

un mismo fin, la defensa social o la reinserción social del delincuente), y

2. El monismo se justifica desde la perspectiva práctica por la total identidad en la ejecución de la pena y de la medida de seguridad.¹⁷

Las críticas al monismo niegan la posible identidad entre pena y medida de seguridad, para lo que se fundan en que: 1. La pena cumple funciones de prevención general y especial; mientras que la medida de seguridad agota su función en la prevención especial, y 2. Las relaciones entre pena y medida de seguridad no se pueden reducir a una mera cuestión práctica de política criminal, sino que es preciso tener en cuenta los principios elaborados por la dogmática penal en la materia.¹⁸

Un tercer sistema, el *vicarial*, supone una solución de compromiso entre los sistemas dualista y monista. En este caso la medida de seguridad puede, excepcionalmente, ser impuesta juntamente con la pena en aquellos casos en los que junto con la culpabilidad se da también una peligrosidad relevante en el autor del delito. Deberá darse preferencia a la ejecución de la medida, computándose el tiempo de duración de ésta en el tiempo de duración de la pena. Si una vez cumplida la medida se com-

117 Barreiro, Agustín, "Crisis del dualismo", en *Revista Mexicana de Justicia*, No. 2, Vol. III, México, abril-junio, 1995, p. 96.

18 *Ibidem*, pp. 96-97.

prueba que la finalidad preventiva se ha realizado satisfactoriamente, el resto de la pena que quede aún por cumplir no debe aplicarse, porque podría poner en peligro esa finalidad preventiva ya alcanzada.¹⁹

También se han formulado críticas contra el sistema vicarial porque: 1. Concede excesivo arbitrio al juez al permitirle decidir libremente acerca de la ejecución de la medida de seguridad, en detrimento de la certeza y la igualdad, y 2. Tiende a eliminar las diferencias entre pena y medida de seguridad en cuanto ambas respuestas son intercambiables.²⁰

Con excepción del monismo, que ha sido muy poco aceptado, los demás sistemas comparten la distinción entre pena y medida de seguridad. El uso de los dos conceptos nos lleva, necesariamente, a otorgarles alcances distintos.

VII. El Código Penal mexicano alude a penas y medidas de seguridad, aunque no distingue con claridad entre ellas. El artículo 24 empieza diciendo que *Las penas y medidas de seguridad son...* y a continuación enumera en forma indistinta a unas y otras. Pero al usar ambos conceptos queda claro que el legislador no los identifica, la prisión enumerada en el inciso 1 de ese artículo no puede ser a la vez pena y medida, sino alguna de las dos.

19 Muñoz Conde, Francisco, "Introducción" al libro de Roxin *Culpabilidad y prevención en derecho penal*, Reus, Madrid, 1981, p. 39.

20 Barreiro, A., *op. cit.*, p. 98.

Además, en otros pasajes, el código regula las medidas de seguridad en forma independiente. El capítulo V del Título Tercero del Libro Primero, que se denomina *Tratamiento de inimputables y de quienes tengan el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos, en internamiento o en libertad*, trata exclusivamente de medidas de seguridad aplicables a los inimputables, los adictos a psicotrópicos o estupefacientes y los semiimputables.

Para los inimputables se prevé tratamiento en internamiento o en libertad. En el primer caso se los internará en la institución correspondiente, en el segundo serán entregados a quienes legalmente corresponda hacerse cargo de ellos, siempre que esas personas se obliguen a tomar las medidas adecuadas para su tratamiento y vigilancia.

El sistema vicarial se impone en el derecho mexicano para los adictos a estupefacientes o psicotrópicos, y bebidas embriagantes y para los semiimputables. En los demás casos la regla es el sistema dualista.²¹

En el supuesto de los sentenciados que tengan el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotró-

21 Dado que la redacción del artículo 24 no distingue cuáles son penas y cuáles son medidas de seguridad, hay quienes consideran que otras sanciones, como la vigilancia de la autoridad o la prohibición de ir a lugar determinado son medidas de seguridad que pueden aplicarse conjuntamente (sistema vicarial) con la pena, pero son muy pocos los artículos de la parte especial que así lo contemplan.

picos, el juez ordenará que la autoridad sanitaria competente les aplique el tratamiento que corresponda sin interrumpir por esto el cumplimiento de la pena. En el Distrito Federal, tratándose de violencia familiar, se podrá imponer tratamiento a quienes tengan necesidad de consumir bebidas embriagantes.

Por último, para quienes tienen disminuida la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho, se establece que el juez, a su juicio, les impondrá hasta las dos terceras partes de la pena que correspondería al delito cometido, o la medida de seguridad prevista para los inimputables o bien ambas.

La reforma de enero de 1984 estableció que la medida de tratamiento impuesta por el juez no podrá exceder en ningún caso la duración que corresponda al máximo de la pena aplicable al delito. Con esto se buscó la proporcionalidad entre la medida de seguridad y el bien jurídico lesionado (daño causado). De esta manera se estrechó aún más la distancia entre pena y medida de seguridad.

VIII. Tanto el cumplimiento de la pena como el de la medida de seguridad —etapa ejecutiva— tienen por finalidad la prevención especial, pero las bases de la determinación judicial —punción— son distintas. La punición de los inimputables merece un tratamiento diferente. Los inimputables no son capaces de culpabilidad. Ellos no tienen la capacidad de escoger con libertad entre dos opcio-

nes porque, precisamente, no pueden comprender los alcances de una y de otra. Por eso, para efectos del derecho penal se los considera sujetos a las reglas del determinismo y no del libre albedrío.

Para decidir la pena el juez atiende a la culpabilidad del sujeto, mientras que para decidir la medida de seguridad aplicable tiene en cuenta la peligrosidad. El juez se limita a establecer el tipo penal en que incurrió el imputable y fija la medida y su duración, que no puede superar el máximo previsto en el Código. Por el contrario, la medida no está sujeta a un mínimo de cumplimiento, debe dejarse de aplicar cuando el sujeto ya no sea peligroso, sin limitación temporal alguna.

El artículo 52 tanto del Código Penal Federal como del Distrito Federal establece que el juez fijará las penas y medidas de seguridad para cada delito con base en la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente.

La disposición es desafortunada, el binomio culpabilidad-medida de seguridad es contradictorio. Aunque se piense en el supuesto de medidas de seguridad aplicables a imputables, éstas responderán siempre a criterios preventivos. En cambio, es acertado que el criterio de proporcionalidad guíe la determinación de la medida. La gravedad del injusto cometido puede, a su vez, arrojar luz sobre los requerimientos preventivo especiales del sujeto.

El juez debe comprobar que el inimputable permanente incurrió en un tipo penal, la gravedad del ilícito, la peligrosidad del sujeto y, en consecuencia, fijar la medida. La elección de la medida aplicable debe hacerse teniendo en cuenta criterios de prevención especial, pero para ello debe apoyarse en la opinión de los peritos en la materia. La decisión sobre la peligrosidad del inimputable no se funda en un juicio de valor (que se relaciona, según Ferrajoli, con el poder de *connotación* del juez) sino que se trata de un enunciado descriptivo basado en datos verificables empíricamente (*denotación*). El juez debe atenerse a las consideraciones científicas expresadas por los expertos para aplicar la medida más adecuada a las características personales del inimputable. Esto le permitirá fijar la duración y la clase –internamiento o libertad– de la medida.

X. Hasta aquí he intentado exponer en forma clara y ordenada el tratamiento de la inimputabilidad en el derecho penal mexicano.²²

Los inimputables no son capaces de culpabilidad, no cometen delitos y sólo en caso de que su trastorno o su deficiencia mental sean permanentes, su conducta se hará acreedora de una consecuencia penal.

Para aplicar la medida de seguridad es preciso que el inimputable haya actuado antijurídicamente y que pueda considerarse peligroso.

22 Cabe aclarar que esta interpretación de la legislación vigente no es compartida en forma unánime, y que la práctica forense no siempre se atiene a los principios expresados en este trabajo.

La determinación de la medida de seguridad no puede basarse en los mismos criterios que la de la pena. La gravedad del injusto y los pronósticos preventivo especiales deberán guiar al juez en la punición.

La distinción entre imputables e inimputables no debe convertirse en un criterio de doble segregación. El inimputable que comete un ilícito merece un tratamiento distinto pero con garantías similares a quien pudo decidir su conducta en un ámbito de mayor libertad.

México, D.F., primavera de 2002.