

HOMICIDIO EN LAS CIRCUNSTANCIAS DEL NUMERAL 5° DEL ARTÍCULO 324 DEL C. P.

Dr. NÓDIER AGUDELO BETANCUR*

Me corresponde tratar del homicidio cometido valiéndose de la actividad de un inimputable. Antes de entrar a analizar la cuestión con base en el actual Código Penal estimo de importancia referirme a los antecedentes mediatos e inmediatos de la figura, pues ello resulta indispensable para una mejor comprensión de la problemática que tal causal de agravación plantea.

I. TRAYECTORIA DE LA AGRAVANTE EN EL MEDIO COLOMBIANO

1. *Código Penal de 1936.*—La situación estaba regulada en el numeral 6, en virtud del cual el homicidio tomaba “la denominación de asesinato” y la pena era de 15 a 24 años de presidio, si se cometía “valiéndose de la actividad de menores, deficientes o enfermos de la mente, o abusando de las condiciones de inferioridad personal del ofendido”.

No se conocen antecedentes de esta agravante ni en la doctrina ni en la legislación nacional o extranjera, en lo que respecta a la primera parte, pero sí en cuanto a la segunda, o sea en lo referente al abuso de las condiciones de inferioridad que podría caer dentro del amplio marco del concepto de alevosía¹.

Cuando en la Comisión para la redacción del Código Penal de 1936 se discutió la agravante citada, manifestaba CARLOS LOZANO Y LOZANO que “emplear en el delito a personas incapaces o degeneradas también es circunstancia que revela una gran peligrosidad en el agente”². A partir de esta afirmación la doctrina comenzó a fundar la razón de ser de la agravante, de manera más o menos expresa, en el criterio de la peligrosidad. Así, GUSTAVO RENDÓN GAVIRIA decía que la agravante “se justifica porque el delincuente se aprovecha de la actividad de un tercero que

* El autor es profesor titular de la Universidad de Antioquia. El presente trabajo corresponde a la ponencia presentada durante las Jornadas de la Universidad Externado de Colombia, en Bogotá, en el mes de septiembre de 1984.

¹ PEDRO PACHECO OSORIO, *Derecho penal especial* t. III, Bogotá Edit. Temis, 1972, pág. 301.

² CARLOS LOZANO Y LOZANO, *Actas del Código Penal de 1936*, cit. t. I, pág. 169.

por su misma incapacidad o deficiencia presta su concurso sin darse cuenta del hecho en que se compromete, sirviendo de solo instrumento en la realización de los planes del homicidio”³.

LUIS CARLOS PÉREZ, en 1959, comentando el anterior numeral, sostenía que la agravante se fundaba “en el aprovechamiento de una formación personal incompleta, la inmadurez del desarrollo, o la perturbación síquica, para la consumación homicida”⁴; ANTONIO VICENTE ARENAS, al referirse a la razón de ser de la agravante decía que estaba “en que el victimario se aprovecha de la inmadurez o de la enfermedad mental de otra persona para determinarla a cometer el homicidio, aunque no medie interés pecuniario”⁵.

Como puede verse, estos autores no dicen, sin embargo, por qué el hecho de valerse de un menor o un deficiente o enfermo da lugar a la agravante, fuera de hacer radicar la razón de ser de ella en el “aprovecharse”. Por el contrario, SAMUEL BARRIENTOS RESTREPO sí se refiere expresamente al fundamento de la agravante diciendo que se basa en la “especial peligrosidad social del individuo que para cometer un delito, se vale de la actividad de un tercero, pues ello da muestra de la insensibilidad moral, de la falta de conciencia con que obra. Y mayor maldad, por así decirlo, enseña el que utiliza en el designio criminoso, a menores, a deficientes o enfermos de la mente, a quienes emplea con notorio abuso de las condiciones síquicas de los mismos”⁶; según el autor, en este caso el delincuente “está dando muestras de especial cobardía y de notoria falta de sentido moral”⁶, en lo que concuerda LUIS EDUARDO MESA VELÁSQUEZ, quien alude aquí a “una mayor perversidad y cobardía, una mayor cantidad en el delito, lo cual explica la agravación de la infracción”⁷. Finalmente, para concluir con la principal doctrina que comentaba el Código Penal de 1936, tenemos a JESÚS BERNAL PINZÓN, quien citando las opiniones de RENDÓN GAVIRIA y de ARENAS, concluye que “si la razón de la agravante está en el *aprovechamiento* del subdesarrollo mental del sujeto que sirve de instrumento para el homicidio, es esencial entonces que el homi-

³ GUSTAVO RENDÓN GAVIRIA, *Derecho penal colombiano*, Medellín, edición auspiciada por la Universidad de Medellín, 1953, pág. 38.

⁴ LUIS CARLOS PÉREZ, *Derecho penal colombiano*, parte especial, vol. III, Bogotá, Edit. Temis, 1959, pág. 105. En el mismo sentido se pronuncia en su *Tratado de derecho penal*, (t. V, Bogotá, Edit. Temis, 1974, págs. 312 y 313), con el solo agregado de que “el que obra como instrumento no responde penalmente, pero es claro que queda sometido al tratamiento obligatorio para anómalos mentales, fuera del manicomio criminal, de la colonia agrícola especial o de los compromisos inherentes a la libertad vigilada, según las previsiones de los arts. 61 y siguientes”. Esta opinión puede verse a pág. 313.

⁵ ANTONIO VICENTE ARENAS, *Delitos contra la vida y la integridad personal y delitos contra la propiedad*, Bogotá, Edit. Antares, 1962, pág. 58.

⁶ SAMUEL BARRIENTOS RESTREPO, *Delitos contra la vida y la integridad personal*, Medellín, Edit. Bedout, 1965, págs. 90 y 91. En el mismo año escribía LUIS GUTIÉRREZ JIMÉNEZ que el sujeto que actuaba dentro de esta causal “no solo revela una desmedida perversidad, sino que es causante directo del aumento de la delincuencia, ya que para emplear a tales personas como elementos de esos atentados, tiene primero que iniciarlas en el camino del crimen, y al privar a los menores de su pulcritud de conciencia para atentar contra la vida de sus semejantes, prácticamente se convierten en homicidas en potencia”. *Derecho penal especial*, Bogotá, Edit. Temis, 1965, pág. 444.

⁷ LUIS EDUARDO MESA VELÁSQUEZ, *Delitos contra la vida y la integridad personal. Delitos contra la propiedad*, Bogotá, Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, 1972, pág. 33.

da conozca la situación de inmadurez o de subdesarrollo mental del sujeto de quien se vale para cometer el homicidio".⁸ Para PEDRO PACHECO OSORIO, la agravante se sostenía en dos pilares, a saber, la *mayor peligrosidad* y la *mayor alarma social* que el homicidio así cometido causaba. Con respecto a la primera sostenía que si quien comete un homicidio valiéndose de otro revela gran perversidad y cobardía y por eso resulta ser más peligroso que quien lo comete personalmente. Hay que admitir que resulta serlo aún más "quien recurre a un menor o enfermo o deficiente mental que, por su inmadurez o por los trastornos que sufre, carece de la lucidez intelectual y la fuerza volitiva de las personas normales, por lo cual es más fácil embarcarlo en la empresa criminosa". Respecto del segundo fundamento razonaba así: de un enemigo conocido es más fácil precaverse; en cambio ello resulta más difícil cuando el enemigo se vale de un extraño, caso en el cual "todos sienten considerablemente disminuida su seguridad", lo cual se acrecienta en el evento que se comenta, pues "es mucho más problemático cuidarse de los individuos que enumera la norma, por quienes los asociados sienten simpatía, compasión o lástima".⁹

2. *El Código Penal de 1980*.—El art. 324 dice que la pena será de dieciséis a treinta años de prisión, si el hecho descrito en el artículo anterior se cometiere "...valiéndose de la actividad de inimputable".

a) *Origen de la fórmula actual*.—Repárese cómo mientras que en el Código Penal de 1936 se aludía a "valerse de la actividad de menores, deficientes o enfermos de la mente", el nuevo C.P. se refiere al "inimputable". El origen de la expresión puede verse en las *Actas* de la Comisión que redactó el Anteproyecto de Código Penal de 1974. En efecto: el comisionado JULIO SALGADO VÁSQUEZ presentó el texto, que decía en lo relacionado con esta causal: "...5°. Con el concurso de otra u otras personas, o utilizando a menores deficientes o enfermos síquicos, drogadictos o sugestionados"¹⁰. Planteada la discusión, se resolvió votar negativamente lo relacionado con "el concurso de otra u otras personas" como agravante y la discusión se circunscribió al resto de la propuesta, o sea a la que se refiere a la comisión del delito "utilizando a menores, deficientes o enfermos síquicos, drogadictos o sugestionados".

El Dr. DARÍO VELÁSQUEZ GAVIRIA, pronunciándose sobre el por qué de la agravante, decía que estas personas "vienen a constituirse en manos del homicida en simples instrumentos, tal como si se utilizaran animales o artefactos mecánicos debidamente organizados para cometer un delito. Cuando el delincuente actúa a través de estas personas que no tienen pleno desarrollo síquico o que su siquismo se ve afectado por la ingestión de drogas o porque han sido previamente sometidos

⁸ JESÚS BERNAL PINZÓN, *El Homicidio*, comentarios al Código Penal colombiano, Bogotá, Edit. Temis, 1971, págs. 195 y 196.

⁹ PEDRO PACHECO OSORIO, *Derecho penal especial*, cit., t. III, pág. 303.

¹⁰ La ponencia del Dr. JULIO SALGADO VÁSQUEZ, Puede verse en *Anteproyecto de Código Penal colombiano*, Bogotá, edición oficial dirigida por el Dr. Alfonso Reyes Echandía, 1974, pág. 578.

a sugestión, en realidad ese delincuente está poniendo de presente una mayor capacidad ofensiva contra la sociedad y, naturalmente, esto significa que su víctima está en mayor grado de indefensión por cuanto el agente activo del delito puede echar mano no solamente de uno, sino de varios de estos sujetos, incapacitados psicológicamente para comprender la calidad delictuosa de su misión, y de allí, la explicación de por qué se debe agravar este tipo penal"¹¹.

El doctor HERNANDO BAQUERO BORDA dijo: "En la ponencia del doctor SALGADO se utiliza la expresión «enfermos síquicos». Deberíamos confrontar las disposiciones de la parte general en el capítulo de la inimputabilidad para que, con el fin de guardar plena armonía, se utilice en este causal de agravación la misma denominación jurídica que se les haya dado a aquellas personas que por cualquier circunstancia no gocen de plena madurez mental"¹².

Finalmente, el profesor HERNANDO LONDOÑO JIMÉNEZ propuso la redacción del artículo tal como figura en la actualidad "Tuve la impresión, de la lectura de este numeral, que se ha querido dar una orientación en el sentido de agravar el homicidio cuando el autor del hecho, digamos, el autor intelectual, se vale o utiliza a un inimputable, porque, como todos sabemos, son inimputables los deficientes mentales, los menores de edad, los enfermos síquicos, los drogadictos. Me parece que para no entrar en todas estas especificaciones que pueden crear algunos problemas o dudas, debiera decirse simplemente «con el concurso de un inimputable»"¹³.

Sin embargo, en el articulado final del *Anteproyecto* el numeral que contempla el agravante aparece así: "artículo 343, num. 6: valiéndose de la actividad de menores o de personas que padecen de trastorno mental"¹⁴. Luego en los *Proyectos* de 1976 y 1978, en los arts. 426 y 466, numerales 5 y 6, respectivamente, aparece la agravante de esta manera consagrada: "Valiéndose de la actividad de un menor o de persona que padezca de enfermedad mental"¹⁵. Tuvo que ser entonces al redactar el Proyecto de 1979 cuando se produjo el cambio perfilándose el artículo tal como aparece en el actual Código¹⁶.

¹¹ DARÍO VELÁSQUEZ GAVIRIA, *Anteproyecto*, cit., pág. 624. Más adelante (pág. 626) expresó: "Yo he entendido que las razones de esta agravante están no solamente en la mayor facilidad que presenta la persona que está bajo estas circunstancias para ser utilizada como instrumento del delito, sino también, en la desmoralización que el agente conocía a esa persona al emplearla para la comisión del delito y en el hecho de ponerla en el camino de la delincuencia".

¹² HERNANDO BAQUERO BORDA, *Anteproyecto*, cit., pág. 625.

¹³ HERNANDO LONDOÑO JIMÉNEZ, *Anteproyecto*, cit., pág. 626. Renglones más adelante, decía que algunos problemas resultantes de la enunciación "...pueden ser resueltos simplemente, hablándose de un inimputable, de acuerdo a lo dicho en la parte general".

¹⁴ *Anteproyecto*, cit., pág. 861.

¹⁵ Véase *Proyecto de Código Penal colombiano 1976*, Bogotá, publicación oficial del Ministerio de Justicia, 1976, pág. 76; *Proyecto de Código Penal colombiano 1978*, Bogotá, publicación oficial del Ministerio de Justicia, 1978, pág. 87.

¹⁶ Infortunadamente no se conocen aún las actas correspondientes a los delitos contra la vida y la integridad personal, contra el patrimonio económico. Sin embargo pienso que, a *fortiori*, el cambio se produjo al redactar el *Proyecto de 1979*.

Si fuésemos a resumir lo anterior pudiéramos decir:

1º) La ponencia inicial seguía la trayectoria del Código Penal de 1936, en cuanto señalaba expresamente las personas de las cuales se servía el homicida para cometer el delito: *C. P. de 1936*: “menores, deficientes o enfermos de la mente”; *ponencia inicial*: “menores, deficientes, enfermos síquicos, drogadictos o sugestionados”. O sea que lo que se hacía era adicionar los “drogadictos o sugestionados”;

2º) Las razones que se daban como fundamento de la agravante coincidían con las expresadas por la doctrina que había comentado el Código Penal de 1936: “...ese delincuente está poniendo de presente una mayor capacidad ofensiva contra la sociedad y, naturalmente, esto significa que su víctima está en mayor grado de indefensión...” (VELÁSQUEZ GAVIRIA)¹⁷.

Se sugirió el uso del término “inimputable” como reemplazo de la enunciación que hacía la ponencia original. En estas condiciones, se convino en la utilización de un “término operacional”, en este caso, “inimputable”, cambio que, sin embargo, trae problemas quizá no imaginados por quienes propusieran su utilización, como paso a mostrar en seguida.

b) *La opinión de la actual doctrina.*—Infortunadamente no se han hecho estudios profundos sobre esta causal de agravación del delito de homicidio, pues mientras que con relación a la parte general del Código existen ya densos trabajos, no ha sucedido así, lamentablemente, en relación con la parte especial, sobre la cual apenas comienza a haber alguna producción. En estas condiciones los comentarios a esta causal en la nueva doctrina resultan ser bastante someros. Así, el profesor ALFONSO GÓMEZ MÉNDEZ hace una breve referencia al concepto general de inimputabilidad con cita del art. 31 del Código Penal, pues este sería “un ingrediente normativo del tipo” del art. 324, num 5º.¹⁸

El Dr. ALFONSO ORTIZ RODRÍGUEZ se refiere muy brevemente al tema diciendo que “el vocablo actividad, en el texto transcrito, significa acción. La acción en el Código Penal tiene el sentido de hacer, de movimiento corporal o corpóreo. El sujeto activo utiliza la acción del inimputable para realizar el homicidio. Este hacer de inimputabilidad puede consistir en la ejecución de la muerte o tener el

¹⁷ Es más: cuando, según el *acta número 122*, se discutió la agravante del hurto (“valiéndose de la actividad de menores, deficientes o enfermos de la mente”), dijo el Dr. SALGADO VÁSQUEZ que esta agravante “se adoptó porque el agente revela una mayor capacidad ofensiva y una mayor insensibilidad social cuando no actúa de manera directa sino a través de la actividad de menores, deficientes o enfermos de la mente. La Subcomisión siguió el criterio del artículo 362 del Código Penal, en cuanto agrava el homicidio cuando el autor utiliza los servicios de personas incapaces para consumir el delito. Especialmente en las grandes ciudades se da con frecuencia el caso de delinquentes habituales o profesionales que organizan sindicatos de inimputables para llevar a cabo su actividad delictuosa contra la propiedad ajena”. *Anteproyecto cit.*, págs. 751 y 752.

¹⁸ ALFONSO GÓMEZ MÉNDEZ, *Delitos contra la vida y la integridad personal*, Bogotá, publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, 1982, pág. 123. LUIS FERNANDO TOCORA funda la razón de la agravante en el mayor respeto que mueve el inimputable y en el riesgo que este corre si el atacado reacciona. (*Derecho penal especial*, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1981, pág. 24).

carácter de contribución a la realización del hecho punible”¹⁹. Finalmente, ANTONIO VICENTE ARENAS sin extenderse sobre el particular dice que “no es necesario que el inimputable obre por precio o promesa remuneratoria. La razón de la agravante está en que el victimario se aprovecha de la inmadurez o enfermedad mental de otra persona para determinarla a cometer el homicidio, aunque no medie interés alguno”²⁰.

II. PROBLEMA QUE LA REGULACIÓN ACTUAL DE LA AGRAVANTE PLANTEA

Con todo respeto y la consideración que me merecen los doctrinantes que hasta el momento han tocado el tema, pienso que han comentado la agravante alejando de ella todo elemento problemático, el único fructífero en la actividad intelectual. El numeral 5º del art. 324 plantea algunas dificultades, las cuales podrían presentarse de la siguiente manera: como bien es sabido, el estudio de la parte especial de cualquier Código está determinado por el estudio de la parte general, o, lo que es lo mismo, los análisis que se hagan de los contenidos de los conceptos de la parte especial, dependen del contenido que se haya dado a los conceptos de la parte general. El estudio dogmático del delito pretende ser un análisis que desentrañe el contenido de la ley como expresión del poder punitivo del Estado para saber cuáles son las bases, el contenido y los límites de la punición. No es por ello posible renunciar a la pretensión de alcanzar un sistema coherente que posibilite la aplicación de la ley con unos criterios racionales evitando el caos y la arbitrariedad. De aquí la relación de determinación que encontramos aquí entre los conceptos de la parte general y la parte especial del Código.

El nuevo Código Penal nos ha traído un nuevo concepto de inimputabilidad, sustancialmente diferente del que manejaba el Código Penal de 1936. La inimputabilidad en el momento actual, según la concepción legal, ya no es una manera *permanente* de ser del sujeto que comete el hecho tenido como ilícito; por el contrario, es un predicado del sujeto referido al *momento* de la comisión del hecho y referida a ese concreto hecho. La misma ley así lo dispone: es inimputable quien “en el momento de ejecutar el hecho legalmente descrito, no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica o trastorno mental”.

El problema entonces lo podríamos plantear así: ¿siempre que se utilice como medio para la comisión de un homicidio un inmaduro psicológico o un trastorno mental estaremos en presencia de un homicidio agravado, con una penalidad de

¹⁹ ALFONSO ORTIZ RODRÍGUEZ. *Manual de derecho penal especial*, Medellín, 1983, pág. 531.

²⁰ ANTONIO VICENTE ARENAS *Comentarios al Código Penal colombiano*, t. II, 5ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 1984, pág. 140.

16 a 30 años?. ¿Basta con probar dentro de un proceso que el sujeto medio padecía de algún trastorno en ese momento o que era inmaduro psicológico para que, a renglón seguido, se pueda hablar de homicidio agravado?

Dos casos nos pueden acercar a la comprensión del problema, que no a su solución todavía.

Caso 1: *A*, es paranoico; *B*, tiene animadversión a *C*, a quien quiere dar muerte, y en vez de hacerlo por su propia mano, y sabiendo que *A* se encuentra en el curso de un delirio de persecución propio de su sicosis, le dice a este que *C*, es su enemigo, desde luego que imaginario. *A* mata entonces a *C*.

Caso 2: *A* y *B* están de cacería. *B* padece de una sicosis maniaco-depresiva y, precisamente para ayudarlo, *A* lo ha llevado en vía de distracción. En el bosque ven las ramas moverse; *A* le dice a *B* que dispare que ahí está la presa. *B* dispara, pero mata a una persona, *C*, que cogía por allí bejuco y a quien *A* quería matar.

El primer caso no ofrece mayores dificultades, pues parece claro que aquí el paranoico debe ser sometido a una medida de seguridad y el sujeto determinante debe ser sancionado con la pena agravada. Empero el segundo sí es bastante problemático: ¿es posible someter al sujeto que padece una sicosis maniaco-depresiva a una medida de seguridad y al otro sujeto a la pena agravada? El presente trabajo pretende demostrar que, de acuerdo con el criterio tradicional de inimputabilidad con el cual se venía trabajando ello es posible, en tanto que con base en la nueva concepción de tal fenómeno no lo es. Las reflexiones que durante mucho tiempo he hecho sobre la solución del último caso, me llevan a pensar que en caso de que se considere que, tal como se presenta, el determinante debe ser sancionado con la pena agravada, se presenta la siguiente disyuntiva: o bien se cambia el concepto de inimputabilidad con el cual hemos venido trabajando últimamente en la doctrina, o bien se impone un cambio legislativo en este aspecto.

Quiero advertir que esta ponencia no pretende presentar al respecto una posición acabada. Antes por el contrario, ella no es sino el bosquejo o planteamiento de la dificultad misma. No tengo la pretensión de que mi posición al respecto sea inamovible, y solo espero la discusión de ella con ustedes a fin de convencerme de su bondad o de su error para recogerla.

En este orden veremos brevemente: la concepción de la inimputabilidad durante la vigencia del Código Penal de 1936; sistemas de regulación del fenómeno y el sistema acogido por nuestro actual Código Penal; el problema general que da origen al subproblema que nos ocupa: el reconocimiento de las causales de justificación y de inculpabilidad a los denominados "inimputables".

III. LA CONCEPCIÓN DE LA INIMPUTABILIDAD DURANTE LA VIGENCIA DEL CÓDIGO PENAL DE 1936

Como bien se recordará, el Código Penal de 1936 partió de la aceptación del principio de la responsabilidad social o legal y su complementario, el principio

de la peligrosidad. Todos sabemos que según el postulado de la responsabilidad social o legal "el hombre es responsable siempre de todo acto que realice, *solo porque y en tanto vive en sociedad*"²¹.

Este pensamiento fue ampliamente aceptado desde cuando se comenzó a redactar el Código Penal de 1936 por los doctores ESCALLÓN, CÁRDENAS y LOZANO. Así, se lee en las *Actas*: "el mismo doctor LOZANO: cree precisamente que en todos los miembros de la Comisión hay un criterio homogéneo sobre lo particular y que todos aceptan como criterios básicos del proyecto que se está elaborando la defensa social y la peligrosidad del delincuente como también la responsabilidad legal, sin hacer distinciones en cuanto normales y anormales"²².

Como consecuencia de la aceptación del anterior postulado, se predicó la responsabilidad de todos los sujetos que ejecutaran hechos típicos y antijurídicos, haciéndose sí una distinción entre los autores del comportamiento para aplicar a unos penas y a otros medidas de seguridad. Fue corriente la manifestación doctrinaria en el sentido de que en nuestro sistema de derecho penal no había sujetos inimputables en cuanto todos eran responsables, lo cual resultaba cierto teniendo como mira el hecho de que a todos los sujetos, independientemente de su estado de normalidad o anormalidad, se les aplicaba una sanción. Sin embargo, téngase en cuenta lo siguiente: como bien se sabe, uno de los más importantes postulados de la Escuela Positivista era el de que no había diferencia cualitativa entre penas y medidas de seguridad, siendo ambas sanciones solo diferentes modos de reacción ante el delito, pero en todo caso participando de la misma esencia. Desde este punto de vista, resultaba cuestionable lo que hacía nuestro Código Penal de 1936 en el sentido de considerar primero el *género* (sanción) para luego contemplar las penas y las medidas de seguridad como *especies*. Precisamente esto era atacado por LOZANO y LOZANO en el seno de la Comisión redactora. Sea de ello lo que fuere, sin entrar a discutir lo correcto de una u otra tesis, lo cierto es que al fin de cuentas se salió distinguiendo dos clases de sujetos, los pasibles de penas y los pasibles de medidas de seguridad. ¿Cuándo se imponían estas? Cuando el sujeto al momento del hecho se encontraba en estado de enajenación mental, intoxicación crónica producida por el alcohol u otra sustancia, o en estado de grave anomalía síquica. En consideración a las distintas penas aplicables a unos y otros sujetos, con el tiempo se llegó a distinguir entre *responsabilidad e imputabilidad*, lo cual no fue claro en un principio²³.

La doctrina más reciente y también la jurisprudencia, fueron perfilando el concepto de inimputabilidad como incapacidad de comprender la ilicitud del com-

²¹ ENRICO FERRI, *Principios de derecho criminal*, Madrid, Edit. Reves, 1933, pág. 225.

²² *Trabajos preparatorios del nuevo Código Penal*, t. 1, Bogotá, Imprenta Nacional, 1938, pág. 50. En adelante lo citaré como *Actas del Código Penal de 1936*.

²³ Decía CARLOS LOZANO y LOZANO que "dentro de la filosofía sí acepta la distinción entre imputabilidad y responsabilidad, pero no en el campo penal desde el momento en que se acepte la tesis de la responsabilidad legal". *Actas del Código Penal de 1936* cit., t. 1, pág. 52.

portamiento y/o de determinarse de acuerdo con tal comprensión²⁴. Se llegó, pues, por la doctrina más evolucionada y también por la jurisprudencia, a un punto opuesto a lo sostenido por ellas cuando comenzó la vigencia del Código de 1936, pues mientras que al principio se decía que no había inimputables, en la más reciente conceptualización se aceptaba la existencia de imputables y de inimputables. Pero ¿imputables de qué o inimputables de qué? Si nos aproximamos más a las cosas, veremos que cuando se afirmaba que en Colombia todos los sujetos era imputables lo que se quería decir era que todos los que cometieran un hecho quedaban contemplados por el derecho penal y a todos se les aplicaría una consecuencia, es decir, que a todos los sujetos les sería *atribuible* el hecho que ejecutaran en un nivel de atribuibilidad *sicofísica*. En cambio, cuando en la más reciente literatura se hablaba de los sujetos inimputables del Código Penal de 1936, lo que se quería expresar era que no les era *atribuible* la pena, lo cual no descartaba la aplicación de las mismas medidas de seguridad²⁵.

He señalado la culminación de la evolución del concepto de inimputabilidad, según el cual la inimputabilidad ya no era la enajenación mental, o la intoxicación, o la grave anomalía síquica, sino que llegó a ser un *predicado*, un juicio elaborado por el juez sobre un sujeto que no había tenido capacidad de comprender y/o determinarse, por haber estado perturbado en su comprensión o en su volición. Sin embargo, quedó arraigada, muy arraigada, la creencia, heredera de la teoría positivista, de que para predicar la inimputabilidad de un sujeto bastaba la prueba de su enajenación, intoxicación o grave anomalía síquica, lo cual llegó hasta originar la responsabilidad objetiva de los denominados inimputables al negarse que pudieran actuar dentro de una causal de justificación o inculpabilidad, como más adelante se verá.

IV. SISTEMAS DE REGULACIÓN

Bien sabemos que el fenómeno de la inimputabilidad se encuentra fundamentado en la concurrencia de dos factores, el intelectual y el volitivo, en una exigencia

²⁴ Así, el profesor ALFONSO REYES ECHANDÍA entendía por imputabilidad "la capacidad de la persona para conocer y comprender la antijuridicidad de su conducta y para autorregularse de acuerdo con esa comprensión". *La imputabilidad*, Bogotá, publicación de la Universidad Externado de Colombia, 1976, pág. 31. La jurisprudencia llegó a sostener, conforme al Código Penal de 1936, que "es inimputable la persona que habiendo realizado comportamiento típico y antijurídico no es capaz de comprender su ilicitud o de determinarse conforme a tal comprensión". (Corte Suprema de Justicia, providencia de 14 de octubre de 1980, ponente, Dr. REYES ECHANDÍA. Revista *Nuevo Foro Penal*, número 9, Medellín, Edit. Acosta, 1981, pág. 119).

²⁵ Al menos en principio, pues a veces una situación de perturbación transitoria de las facultades intelectivas y/o volitivas no acarrearía tampoco medidas de seguridad como ocurría con el hoy denominado trastorno mental *transitorio sin secuelas*, fenómeno que entonces se ubicaba por la doctrina en el art. 23 como causal de inculpabilidad. Véase mi trabajo *El trastorno mental transitorio como causal de inimputabilidad en el nuevo Código Penal*, en revista *Nuevo Foro Penal*, número 6, Medellín, Edit. Acosta 1980, págs. 55 y ss.

copulativa, mientras que la inimputabilidad existe ora porque falten los dos elementos mecionados, ora porque falte cualquiera de los dos. Empero, la forma como las legislaciones se refieren al fenómeno varía, y es así como se conocen los sistemas Biológico o Siquiátrico, Sicológico y Mixto.

En el *Sistema Biológico o Siquiátrico* se alude a la *causa* por la cual el sujeto es inimputable, pero no se dice por qué esa causa hace calificar al sujeto de inimputable. Debe advertirse que no siempre se ha dicho que el sujeto no sea imputable, usándose esa expresión. Así, el Código Penal de Napoleón, en su art. 64, decía: "no hay crimen ni delito cuando el sujeto se encontraba en estado de demencia al tiempo de la acción, o cuando ha estado obligado por una fuerza a la cual no ha podido resistir". Obsérvese cómo aquí se dice que no comete delito el *demente* (causa) pero no se explica por qué el demente no comete delito²⁶.

En el *Sistema Sicológico* se alude a la carencia o perturbación de alguna de las componentes de la inimputabilidad, la conciencia y/o la voluntad, o sea a un *efecto* que produce la causa, pero sin mencionar esta. Así el Código Penal toscano de 1854: "Las violaciones de la ley penal no serán imputables cuando el que las cometiere no haya tenido conciencia de sus actos, ni libertad de elección"²⁷. Como puede verse, no se dice por qué causas no se tuvo esa conciencia de los actos o la libertad de elección.

Finalmente, tenemos el *Sistema Mixto* cuando se mencionan tanto la *causa* como el *efecto*. Así, el Código Penal Tipo para Latinoamérica dice: "No es imputable quien, en el momento de la acción u omisión y por causa de enfermedad mental, de desarrollo síquico incompleto o retardado, o de grave perturbación de la conciencia, no tuviere la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión"²⁸. Este es también el sistema seguido por el Código Penal colombiano cuando dice que es inimputable el que no tuviere la capacidad de comprender y/o determinarse (efectos) al momento de comisión del hecho por inmadurez sicológica o trastorno mental.

Pues bien: teniendo en cuenta los sistemas de regulación y que el Código Penal colombiano opta por el sistema mixto, hay que concluir que el concepto de inimputabilidad entre nosotros es un concepto *derivado*, en el sentido de que la inimputabilidad no se predica con la sola comprobación de la inmadurez o del trastorno mental, sino cuando se llega a la conclusión de que tales fenómenos han producido la incapacidad de comprender y/o determinarse. No es posible hacer una hipostatización en el sentido de confundir la causa que produce el fenómeno con el fenómeno

²⁶ Hoy existe en Francia, sin embargo, la tendencia hacia un sistema mixto. Véase el "Avant Project du Code Pénal", en la *Revue de la Police Française*, núm. 482, París, octubre de 1976.

²⁷ Este Código puede verse publicado en el tomo x del *Programa de derecho criminal*, publicado por la Editorial Temis, Bogotá, 1967. Véase tal volumen, pág. 214.

²⁸ *Proyecto de Código Penal Tipo para Latinoamérica*, t. 1, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1973, pág. 27.

mismo. Esto tiene grandes consecuencias, como es el reconocimiento de las causales de justificación e inculpabilidad a los tradicionalmente denominados "inimputables", pero también plantea dificultades de interpretación en la parte especial, como la que estamos viendo a propósito del homicidio, las lesiones personales y el hurto agravado según el numeral 3° del art. 351.

V. LAS CAUSALES DE JUSTIFICACIÓN E INCULPABILIDAD DE LOS LLAMADOS "INIMPUTABLES" COMO PROBLEMA GENERAL QUE ORIGINA EL SUBPROBLEMA QUE TRATAMOS

Una de las dificultades que plantea el análisis del numeral 5° del art. 324 no es sino un subproblema derivado de otro más general, el reconocimiento de las causales de justificación e inculpabilidad a los sujetos tradicionalmente denominados "inimputables". ¿Puede reconocerse a estos sujetos las causales de justificación e inculpabilidad? Al respecto es necesario distinguir la diferente situación que se presenta en el actual Código Penal, frente a la que se presentaba en el Código Penal de 1936.

1. *El problema durante la vigencia del Código Penal de 1936.*— Durante ese lapso se perfilaron dos líneas doctrinarias: una que negaba la posibilidad del reconocimiento del que hablamos, y otra que sí lo aceptaba aunque con una sustentación bastante discutible.

a) *Argumentación de la línea doctrinaria que negaba el reconocimiento de las justificantes y causales de inculpabilidad respecto de los sujetos inimputables.* Esta orientación partía del art. 12, que señalaba que las infracciones cometidas por personas que no estuviesen comprendidas en el art. 29, son intencionales o culposas. De aquí se dedujo, *a contrario sensu*, que los que al momento de cometer el hecho estuviesen en estado de enajenación mental o padeciesen de grave anomalía síquica o intoxicación crónica no obrarían ni con dolo ni con culpa; este aspecto subjetivo no habría que averiguarlo respecto de ellos, lo que condujo a decir que con la sola *comprobación material del hecho* se podía predicar la responsabilidad. Así pensaban AGUSTÍN GÓMEZ PRADA, ÁNGEL MARTÍN VÁSQUEZ ABAD, BERNARDO GAITÁN MAHECHA, LUIS EDUARDO MESA VELÁSQUEZ, entre otros²⁹.

²⁹ AGUSTÍN GÓMEZ PRADA, *Derecho penal colombiano*, Bucaramanga, Imprenta del Departamento, 1952, pág. 217; ÁNGEL MARTÍN VÁSQUEZ ABAD, *Tratado de derecho penal colombiano*, Medellín, Ediciones "Universidad Pontificia Bolivariana", 1948, pág. 151; BERNARDO GAITÁN MAHECHA, *Curso de derecho penal*, Bogotá, Edit. Lerner 1963, pág. 157; LUIS EDUARDO MESA VELÁSQUEZ, *Lecciones de derecho penal*, Parte general, Medellín, Edit. Universidad de Antioquia, 1962, pág. 76. Sin embargo, este autor había dicho a pág. 74 de la misma obra: "el hecho ilícito puede ser cometido con una coacción síquica normal o anormal, y siempre habrá lugar a la imputación, salvo, claro está, que el agente hubiere obrado por causa o en circunstancias que, según la misma ley, excluyen la acriminación, como ocurre en los casos contemplados en los artículos 23 y 25 del Código Penal". (Las bastardillas no pertenecen al original). De donde se desprende que no bastaba la simple comprobación material del hecho. Véanse también a pág. 232, afirmaciones del autor que contradicen su afirmación de pág. 76, cuando expresaba que tratándose de los actos de los delincuentes anormales "basta la imputabilidad material del hecho para que proceda la afirmación de la responsabilidad y en orden a determinar la medida de seguridad imputable".

También la jurisprudencia razonó así: "Exige nuestro Código Penal que para que haya responsabilidad, en las personas normales mayores de dieciocho años, se requiere la reunión de dos elementos fundamentales: inimputabilidad material del hecho y la intención criminosa o culpa. La misma obra tratándose de menores de dieciocho años, o de personas que sufran enfermedad mental, o intoxicación crónica o grave anomalía síquica, en el momento de cometer el hecho, no exige que el acto haya sido cometido con dolo o culpa. Simplemente que los menores de aquella edad o los anormales hayan ejecutado el hecho y que su acción haya sido fruto de su actividad sicofísica"³⁰. Y más claro: "Los anormales también responden de sus actos delictuosos, pero entonces no se tiene en cuenta el dolo o la culpa con que obren, sino solamente la imputabilidad material"³¹.

Esta línea doctrinaria al parecer cayó en el error de confundir el principio de "responsabilidad legal" —que casi nadie dudó se había consagrado en el Código Penal de 1936³²— con el principio de "responsabilidad objetiva", principios bastante diferentes, ya que mientras el primero, propio de la Escuela Positivista, dice que el sujeto es responsable en la medida en que vive en sociedad, el segundo dice que para poderse hablar de responsabilidad penal basta con que se compruebe el nexo de causalidad material entre el sujeto y el hecho³³.

La doctrina a la cual aludo aquí se dejó influir por alguna afirmación hecha en el seno de la Comisión redactora en el sentido de que "en caso de infracción cometida por anormales basta la simple imputabilidad material para que al actor del hecho se le apliquen las sanciones o medidas de seguridad"³⁴, sin reparar en esta otra: "De la configuración de la responsabilidad legal y de la de cada delito en particular, surge necesariamente el estudio de los *elementos subjetivos*..."³⁵.

³⁰ Casación de 8 de junio de 1943, *Gaceta Judicial*, números 2001 a 2005, pág. 363. Esta decisión la he consultado en *Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema de Justicia*, t. 1, compilación de AGUSTÍN GÓMEZ PRADA, Bogotá, Ed. Litografía Colombia, 1946, págs. 411 y 412.

³¹ Casación de enero 23 de 1947. *Gaceta Judicial*, págs. 209 y 210.

³² Con excepción de BERNARDO GAITÁN MAHECHA y JORGE ENRIQUE GUTIÉRREZ ANZOLA, quienes llegaron a sostener que el principio de la "responsabilidad legal", era, en Colombia, "un concepto sin respaldo jurídico alguno, y una entelequia carente de realidad". Véase de estos autores *La responsabilidad frente al Código Penal colombiano*, en la Revista del Instituto de Ciencias Penales y Penitenciarias de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional, número 2, Bogotá, 1954, pág. 55. Estos autores fueron refutados, a mi manera de ver con acierto, por JESÚS BERNAL PINZÓN, *Imputabilidad, culpabilidad y responsabilidad*, artículo aparecido en la revista *Cátedra Jurídica*, número 1, Bogotá 1956, págs. 192 y ss.; también LUIS CARLOS PÉREZ, en su *Tratado de derecho penal*, t. 1, Bogotá Edit. Temis, 1967, págs. 533 a 535, criticó a GAITÁN MAHECHA.

³³ FILIPPO GRISIGNI, por ejemplo, manifiesta: "La llamada responsabilidad legal se refiere a los autores del delito, a los sujetos; mientras que la responsabilidad objetiva se refiere al hecho, al acontecimiento, que se imputa a un sujeto con independencia de toda relación síquica. En cambio con la responsabilidad legal se pretende precisamente lo contrario, es decir, establecer el elemento síquico del hecho, aunque este último sea cometido por un enfermo mental, o por un niño menor de catorce años". (*Derecho penal italiano*, Buenos Aires, Edit. Depalma, 1948, pág. 157. Las bastardillas pertenecen al original).

³⁴ *Actas del Código Penal de 1936 cit.*, t. 1, pág. 87.

³⁵ RAFAEL ESCALLÓN, *Actas del Código Penal de 1936 cit.*, t. 1, pág. 58.

Es más: si se hubiese leído con más detenimiento la obra de ENRICO FERRI, tan citada en más de 40 años de vigencia del Código Penal de 1936, la doctrina hubiera podido seguir caminos diferentes. En efecto, el autor citado admitía la posibilidad del reconocimiento de las causales de justificación a los enajenados y a los menores. Así decía: "Podríase, sin embargo, ocurrir, por más que el caso sea rarísimo, que un loco procediera en estado de legítima defensa (para rechazar, por ejemplo, la agresión de un individuo que había entrado a su casa) o en estado de necesidad (para salvarse de un incendio, etc.). Entonces, y como quiera que el hecho no expresa una temibilidad criminal, ha de corresponder a la competencia de las medidas administrativas, al objeto de conseguir la curación del enfermo, bien en su propio domicilio o en el manicomio común. Y lo mismo debe decirse del menor de doce años"³⁶. Y en su *Proyecto de Código Penal de 1921* reconocía la posibilidad de absolver a los sujetos que al momento del hecho obraran "por constreñimiento insuperable por parte de otros o en estado de sugestión patológica o con plena buena fe, determinada por engaño invencible"³⁷, lo cual no era sino un corolario de la afirmación siguiente: "todo sujeto activo de un delito es siempre penalmente responsable, porque el acto es *suyo*, es decir, expresión de su personalidad, sean cualesquiera las condiciones fisisíquicas en las que ha deliberado y cometido el hecho"³⁸.

Pero todavía hay más: el autor colombiano JOSÉ GUTIERREZ GÓMEZ había dicho que "en todos los casos se requiere que el delito sea producto de la actividad física del individuo y de su actividad síquica. Por tal razón, si un loco es hipnotizado o coaccionado, el acto que ejecute así no será suyo, y el concepto de responsabilidad se excluye"³⁹. Infortunadamente no se tomó en cuenta esta orientación, con la consecuencia de que se llegó, ni más ni menos, a la responsabilidad objetiva para los denominados "inimputables".

b) *Argumentación de la línea doctrinaria que reconocía las justificantes y causales de inculpabilidad a los inimputables.* Se debe a los profesores JESÚS BERNAL PINZÓN, ALFONSO REYES ECHANDÍA y FEDERICO ESTRADA VÉLEZ el mérito de haber presentado argumentaciones destinadas a superar la injusticia que implicaba la manera de proceder anterior. BERNAL PINZÓN da el primer paso en este camino al negar que pueda haber confusión entre los principios de "responsabilidad legal" y "responsabilidad objetiva". Aquella no descarta la posibilidad del examen de fenómenos subjetivos en el hecho del autor: "con la responsabilidad legal, se mira propiamente a buscar un elemento síquico en el hecho aunque sí haya sido realizado por un sujeto inimputable", dice⁴⁰. Considerando la imputabilidad como presupuesto de la pena y no como presupuesto de la culpabilidad, concluía que los denomi-

nados sujetos inimputables sí podían obrar con dolo o culpa en el Código Penal de 1936. Si, pues, los inimputables pueden obrar *con* culpabilidad, el paso para decir que también pueden obrar *sin* culpabilidad estaba insinuado, y fue ALFONSO REYES ECHANDÍA quien dio el segundo paso sosteniendo que si "no existe responsabilidad sin culpabilidad", frente a un caso realizado por un menor o un enajenado, había la "posibilidad de demostrar que en el caso concreto no existió ni el dolo ni la culpa" en orden a la evitación de la aplicación de las medidas de seguridad⁴¹.

Finalmente, FEDERICO ESTRADA VÉLEZ decía de manera expresa que es perfectamente posible que un inimputable pueda obrar con dolo o con culpa, "y nosotros añadiríamos que también puede ocasionar un hecho por caso fortuito o por error esencial de hecho, o por coacción insuperable etc."⁴².

He señalado que las ideas de esta segunda línea doctrinaria constituyeron un gran jalonamiento en la solución del problema no obstante que se pueda decir que había una fundamentación en alguna medida cuestionable, ya que se hacía una hipótesis, una confusión entre enajenación, grave anomalía síquica o intoxicación, fenómenos que podían conducir a la inimputabilidad, con la inimputabilidad misma⁴³. REYES y ESTRADA decían que no bastaba con comprobar las circunstancias del art. 29 para poderse hablar de inimputabilidad, pues lo importante era demostrar que el sujeto, debido a esas circunstancias, hubiera sido "incapaz de entender y de querer"; lo importante era demostrar "que el trastorno sufrido por el agente le haya impedido comprender la ilicitud de su conducta o autorregularse de acuerdo con esa comprensión"⁴⁴. Empero, esto que se decía, debía operar para "ambos lados", o sea que si en el hecho de un enajenado se hubiera detectado una causal de justificación o de inculpabilidad, bien hubiera podido reconocerse sin haber tenido que predicar la inimputabilidad del sujeto.

Por otra parte, al sostenerse que los inimputables podían obrar con culpabilidad, se caía en el error de jugar con un doble concepto de dolo, por ejemplo. Así, por un lado se decía que este implicaba la conciencia del hecho y la conciencia

⁴¹ ALFONSO REYES ECHANDÍA (*Derecho penal*, Parte general, 2ª ed., Bogotá, Publicaciones Universidad Externado de Colombia, 1972), trata el tema de las páginas 290 a la 294. En la misma forma se pronuncia en la tercera edición de 1974 (págs. 289 a 294). Esta idea ya la venía sosteniendo desde la primera edición (1964, misma editorial). A partir de la cuarta edición, en 1976, fundamenta tal reconocimiento de manera diversa: el art. 11 dice que el que cometa una infracción es responsable, "salvo las excepciones legales". ¿Y cuáles serían esas excepciones? Las contempladas en los arts. 23 y 25, las cuales no pueden desconocerse respecto de los inimputables. De modo que estos si bien no pueden obrar culpablemente, sí pueden hacerlo inculpablemente.

⁴² FEDERICO ESTRADA VÉLEZ, *La culpabilidad penal*, en revista *Temas de Derecho Penal*, número 5, Medellín, Ed. Salesiana, 1970, págs. 48 a 56. La cita puede verse a pág. 55. Luego, en su *Manual de derecho penal* (Medellín, Ed. Salesiana, 1972, pág. 343), dice que "también los inimputables son capaces de dolo y de culpa" y respecto de ellos "siempre será preciso la investigación psicológica, por lo menos para eliminar situaciones de responsabilidad objetiva, como sería el sancionamiento de un inimputable, a pesar de haber obrado en legítima defensa o por caso fortuito".

⁴³ Puede verse sobre el particular mi trabajo *Los inimputables frente a las causales de justificación e inculpabilidad*, Bogotá, Edit. Temis, págs. 59 a 70.

⁴⁴ FEDERICO ESTRADA VÉLEZ, *Manual de derecho penal*, cit., pág. 343.

³⁶ ENRICO FERRI *Principios*, cit., pág. 647

³⁷ ENRICO FERRI *Principios*, cit., pág. 739

³⁸ ENRICO FERRI *Principios*, cit., pág. 225

³⁹ JORGE GUTIERREZ GÓMEZ, *Comentarios al Código Penal colombiano*, Bogotá Litografía Colombiana, 1940, pág. 81.

⁴⁰ JESÚS BERNAL PINZÓN, *Imputabilidad, culpabilidad y responsabilidad*, cit., pág. 193.

de la ilicitud, de donde resultaba problemático el fenómeno del dolo en relación con los inimputables, por obvias razones. Finalmente, a pesar, insisto, de las ventajas (en términos de justicia) que reportaba el reconocimiento de las causales de justificación e inculpabilidad a los inimputables, había inconsistencia lógica en la argumentación. Así, el profesor REYES ECHANDÍA en sus últimas obras, comentando el Código Penal de 1936, varió su posición diciendo que los inimputables no pueden obrar con culpabilidad. Entonces la inconsistencia era: ¿cómo, si no pueden obrar con culpabilidad, si pueden obrar sin culpabilidad? Porque va de suyo que, para poderse me quitar a mí algo, primero tengo que tener ese algo.

2. *El problema según el Código Penal de 1980.*—Teniendo en cuenta la forma como regula el actual Código Penal el fenómeno de la inimputabilidad; teniendo presente también lo visto atrás en el sentido de que no basta la comprobación de la inmadurez psicológica o del trastorno mental para predicar la existencia de la inimputabilidad, el reconocimiento de las causales de justificación e inculpabilidad a los sujetos que se encuentren en esas circunstancias, no me parece mayormente problemático, a condición de que se hagan algunas precisiones. Particularmente pienso que si un inmaduro psicológico o un trastornado mental obra dentro de una causal de justificación o de inculpabilidad hay que reconocerla sin vacilaciones y absolver, y de ninguna manera someter a medidas de seguridad. Empero, en este caso no es que se esté reconociendo la justificante o disculpante a un sujeto inimputable, sino, simplemente, que no estamos en presencia de un inimputable. En efecto: para que exista inimputabilidad debe el hecho ser *producto* del trastorno o la inmadurez, o, lo que es lo mismo, el hecho debe ser un *reflejo* de la perturbación o la inmadurez. Si no hay relación entre el hecho y el trastorno o inmadurez no hay que hablar de inimputabilidad. Así, las cosas, si un sujeto obra dentro de una causal de justificación (estado de necesidad o legítima defensa, por ejemplo), o dentro de una causal de inculpabilidad (coacción o error, por ejemplo), en circunstancias tales que un sujeto “normal” hubiese obrado de igual manera, ese sujeto no debe ser tratado como inimputable. La inimputabilidad nada tendría que hacer aquí, y el caso hay que resolverlo independientemente de esta problemática. La inimputabilidad es un fenómeno *derivado* y un fenómeno *residual*.

Cuando digo que la inimputabilidad es un *fenómeno derivado* estoy indicando que no se deben confundir las causas que generan la inimputabilidad con la inimputabilidad misma. La inmadurez psicológica y el trastorno mental pueden hacer que el sujeto sea inimputable pero no son estos fenómenos por sí solos la inimputabilidad. Cuando digo que la inimputabilidad es un *fenómeno residual* expreso que, frente a un caso dado, el juez debe examinar si se dan o no los requisitos de acción, tipicidad y antijuridicidad. Luego debe indagar si existe alguna de las causales de inculpabilidad: si una de estas causales existiere, la debe conceder sin que haya intromisión del tema de la inimputabilidad. En caso de que no exista una causal de inculpabilidad, debe averiguar si el sujeto es imputable, o inimputable, en tanto que hubiese intervenido como decisivo en el hecho una inmadurez psicológica o un trastorno que hubiese perturbado la capacidad de comprender y/o determinarse. De ser ello así, se predicaría la inimputabilidad del sujeto y se aplicaría una medida

de seguridad, salvo que se trate de un caso de trastorno mental transitorio sin secuelas, pues en este evento no habría lugar ni a penas ni a medidas de seguridad. La inimputabilidad sería, pues, un fenómeno *residual* en el sentido de que debe averiguarse, para la imposición de las medidas de seguridad, solo cuando se ha descartado la existencia de alguna de las causales de justificación o de inculpabilidad.

A las anteriores conclusiones me ha llevado el análisis de la inimputabilidad tal como ha sido regulada en el actual Código Penal, y creo que en esta dirección se orienta nuestra actual doctrina⁴⁵.

VI. CONSECUENCIAS EN RELACIÓN CON EL HOMICIDIO COMETIDO VALIÉNDOSE DE LA ACTIVIDAD DE INIMPUTABLES Y SUS ALTERNATIVAS

El concepto de inimputabilidad con el cual se ha trabajado, el no confundir los fenómenos de inmadurez psicológica o trastorno mental con la inimputabilidad, punto de partida que nos ha servido para reconocer las causales de justificación e inculpabilidad a los tradicionalmente “inimputables”, trae consigo, sin embargo, el problema relativo al homicidio cometido mediante la utilización de inimputables según el numeral 5° del art. 324 y al hurto agravado contemplado en el art. 351, numeral 3°. Permaneciendo en el campo del homicidio, cabe preguntar: siempre que en el conjunto del hecho esté implicado un inmaduro psicológico o un trastornado mental, ¿en todos los casos habrá homicidio agravado? Si por inimputable se entiende el sujeto que padece el trastorno mental o la inmadurez psicológica tal como se le entendía por la generalidad de la doctrina durante la vigencia del Código de 1936, se impone la afirmativa. De acuerdo con el criterio aquí sostenido, no podría optarse por la afirmativa de esta manera *a priori*, a pesar de que esa parece haber sido la intención de quienes redactaron la ley. En efecto, era la intención sancionar con agravante la sola utilización del menor, deficiente o enfermo de la mente, como se deduce del siguiente párrafo, ya transcrito, pero que ahora vale

⁴⁵ El profesor ALFONSO REYES ECHANDÍA en la última edición de su *Derecho penal*, en la novena edición (1984) sostiene que la responsabilidad del inimputable implica la comisión por parte de este de un hecho típico, antijurídico y culpable: “Para que un inimputable pueda responder penalmente, de conformidad con las consideraciones precedentes, han de cumplirse los siguientes requisitos: a) que su conducta sea *típica*; es decir, que se adecue a uno cualquiera de los tipos penales; b) que sea *antijurídica*, y lo será cuando no lo favorezca ninguna causal de justificación, y c) que no haya actuado dentro de una causal de inculpabilidad ajena a su condición de inimputable (por ejemplo, insuperable coacción ajena)” (pág. 256). Me parece que se sigue manejando aquí (al solucionar el problema concreto que tratamos) el sistema conceptual tradicional, identificando el inimputable con el inmaduro o el trastornado, es decir, la misma confusión entre la causa que genera la inimputabilidad y la inimputabilidad misma. En efecto, repárese bien en el párrafo transcrito: “Para que un inimputable pueda responder penalmente...” es necesario que obre de manera típica; es necesario que la conducta del *inimputable* sea antijurídica, y finalmente, es indispensable que el *inimputable* no obre dentro de una causal de inculpabilidad. *A contrario sensu*, el *inimputable* no es responsable si su conducta no es típica, si su conducta es justificada, si su conducta es inculpa. Empero, ya se ha visto cómo en los casos en los que concurre una causal de justificación o de inculpabilidad, no hay lugar a hablar de inimputabilidad. En resumen: la conclusión a la que el autor llega, es correcta, pero bastante cuestionable su fundamentación lógica.

la pena resaltar: "Tuve la impresión, de la lectura de este numeral, que se le ha querido dar una orientación en el sentido de agravar el homicidio cuando el autor del hecho, digamos el autor intelectual, se vale o utiliza a un *inimputable*, porque todos sabemos, *son inimputables los deficientes mentales, los menores de edad, los enfermos síquicos, los drogadictos*", decía el Dr. HERNANDO LONDOÑO JIMÉNEZ⁴⁶. Los comisionados que trabajaron en la parte especial del Código hicieron una asimilación del deficiente o enfermo y el menor de edad, por un lado, con la inimputabilidad, por el otro; se hizo una hipótesis que el concepto de inimputabilidad plasmado al redactar la Parte general no permitía.

Las anteriores reflexiones me han llevado a pensar que el problema presenta las siguientes alternativas:

1. Sobre la base de que se considere, desde un punto de vista de política criminal, que siempre que en el hecho de homicidio intervenga un sujeto menor de edad, o deficiente o anómalo síquico deba siempre agravarse la pena, se presentan dos caminos:

a) Cambiar el concepto de inimputabilidad con que se viene trabajando para sostener que es inimputable el inmaduro psicológico o el trastornado, es decir, hacer la identificación tal como se hacía durante la vigencia del Código Penal de 1936. Esta posición nos volvería a llevar a las dificultades para la fundamentación del reconocimiento de las causales de justificación e inculpabilidad a los sujetos de que tratamos⁴⁷.

b) Reformar el Código Penal para volver al sistema del Código de 1936 haciendo la enumeración de las personas cuya utilización haría incurrir en la agravante.

⁴⁶ HERNANDO LONDOÑO JIMÉNEZ, *Anteproyecto*, cit., pág. 626. Y ahora, desde el punto de vista doctrinario, celebra ANTONIO VICENTE ARENAS que se utilice por el Código la expresión que comentamos, pues resalta en tal redacción "más precisión y menos casuismo". (*Comentarios al Código Penal* cit., t. II, pág. 140). Empero, me parece, el haber evitado el "casuismo" es lo que suscita la discusión planteada aquí.

⁴⁷ El profesor JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA trabaja en su obra *Derecho penal fundamental* con un concepto distinto del que he venido exponiendo antes y ahora. Para él, inimputable es el sujeto cuya manera de ser es tal, que si llegare a ejecutar un comportamiento típico, antijurídico y culpable, por no tener capacidad de comprender y/o determinarse, estaría sometido a una medida de seguridad. Subrayo el aspecto de la culpabilidad, pues en su sistema también los inimputables obran con culpabilidad, deben obrar con culpabilidad, ya que ellos también realizan el *hecho punible*, el cual, según el art. 2º, es conducta típica, antijurídica y culpable. En el nivel de la culpabilidad distingue dos conceptos: la culpabilidad *semiplena*, como nexa psicológica, propia de los sujetos inimputables; y la culpabilidad *plena*, propia de los sujetos imputables, que estaría compuesta por el nexa psicológico, más el reproche por haber obrado teniendo la capacidad de comprender y de determinarse. En estas condiciones, admite las causales de justificación y las de inculpabilidad. Respecto de estas últimas, por ejemplo, si el sujeto obró dentro de una situación de error o por coacción, habrá que absolver al *inimputable* porque obró sin culpabilidad, requisito indispensable para la responsabilidad también respecto de esta clase de sujeto. (Véase *Derecho penal fundamental*, Bogotá, Edit. Temis, 1982, págs. 313, 359 y 360). Considero que el predicar la culpabilidad también respecto de los sujetos inimputables, resulta bastante problemático por consideraciones que no es del caso hacer aquí. Sin embargo, si se llegare a sostener que desde el punto de vista de la política criminal se debe sancionar con penalidad agravada en los casos en que un sujeto actúe por intermedio de otro que es inmaduro psicológico o que padece trastorno mental, la posición del profesor JUAN FERNÁNDEZ podría ser una salida al problema.

2. Sobre la base de la consideración de la regulación de la inimputabilidad y mientras no se cambie la actual realidad normativa, tendríamos:

a) Si el autor utiliza a un inmaduro psicológico o a un trastornado mental que a causa de alguno de esos fenómenos no puede comprender la ilicitud de su comportamiento o no puede determinarse de acuerdo con tal comprensión, no habría duda de que existe la responsabilidad agravada para el sujeto imputable y *responsabilidad* también para el *inimputable* que, *será sometido a medidas de seguridad*, salvo que se trate de un caso de trastorno mental transitorio sin secuelas, pues en tal eventualidad no hay lugar ni a penas ni a medidas de seguridad;

b) Si el autor utiliza a un inmaduro psicológico o trastornado mental en circunstancias tales que comporten una causal de justificación o de inculpabilidad, a este se debe absolver sin tener en cuenta la problemática de la inimputabilidad. En consecuencia, para el autor que determina al inmaduro o trastornado, no habría lugar a la agravación.

Este último razonamiento implica que cuando en un caso de homicidio intervenga un sujeto inmaduro o que padece trastorno mental, no puede decirse *a priori* que siempre debe aplicarse la agravante. Al contrario, se debe distinguir. Cuando en el caso se reconoce la causal de justificación o inculpabilidad al instrumento y se absuelve a este y se responsabiliza al otro pero no de manera agravada, en el fondo estamos diciendo que en tal eventualidad el sujeto estaría en la misma situación de quien se vale de un medio que no padece ninguna inmadurez o anomalía de su síquismo y sin embargo, puede ser utilizado como instrumento: piénsese por ejemplo en quien utiliza a un sujeto "normal" que obra en una hipótesis de error de tipo o en un error de prohibición, o coaccionado.

A la anterior conclusión conduce el análisis de la realidad normativa. Si es una situación que debe modificarse o no, es otro problema, pero mientras esto no suceda otra solución me parece difícil.