

LA IMPUTABILIDAD JURIDICOPENAL: UN FENÓMENO EN CRISIS*

Dr. FERNANDO VELÁSQUEZ V.

Profesor de las Universidades de Medellín y Antioquia

I. Abordar el fenómeno de la *imputabilidad* supone, como es apenas lógico, el estudio de su aspecto negativo, la *inimputabilidad*, y al mismo tiempo su ubicación en el esquema del delito, entendido este como acción típica, antijurídica y culpable, *noción dogmática* que suministra el legislador colombiano. El lugar donde debe estudiarse la imputabilidad o no del individuo que ha invadido la órbita de la legislación penal, ha sido siempre objeto de arduas disputas, al punto que alguna vez FRANK la calificó como “el fantasma errante” de la teoría del delito, denominación más acertada, si se piensa que su base está constituida por una serie de datos naturalísticos de difícil valoración y que la moderna siquiatria aún no logra precisar¹; son justamente estas dificultades las que han llevado a un profundo cuestionamiento del concepto, del que tampoco se han librado los ya tradicionales conceptos del derecho penal, hoy duramente enjuiciados y que nos sitúan, tal vez, a las puertas de definitivas y radicales transformaciones.

La exposición que a continuación haremos versará, en apretada síntesis, sobre la concepción dominante del fenómeno, inspirada en los postulados del librearbitrismo, hoy remozado, sustento filosófico del derecho penal con el cual trabajamos y del que parte nuestro legislador.

II. La distinción entre personas que gozan de una capacidad síquica para comprender la antijuridicidad de su conducta, y personas en estado de incapacidad síquica para los mismos cometidos, no es, ni mucho menos, moderna. En efecto, ya en el derecho romano encontramos la presencia de medidas asegurativas para los locos furiosos que hubiesen cometido algún delito cuando no se encontraban “en su juicio”, medidas consistentes en el depósito en casa de sus propios familiares o en el encierro vigilado por guardas; lo mismo acontecía con los menores, a quienes se excusaba de pena, no ya por su estado de anormalidad síquica sino por el de inocencia².

* Conferencia pronunciada en el foro de la U. de Medellín, el 12 de septiembre de 1983. El autor es profesor de Derecho Penal en la misma Universidad. Publicado en *Tribuna Penal*, N° 2, Revista del Colegio de Abogados Penalistas de Antioquia.

¹ El sustrato de la imputabilidad, dice ZAFFARONI, “yace en una serie de datos psicológicos, poco sencillos de explicar y de valorar jurídicamente y, por cierto que, en ciertas ocasiones, poco firmes, por cuanto dependen no solo de conceptos sobre la conducta patológicamente condicionada, sino que las preguntas que el penalista formula a la siquiatria están en los límites de los conocimientos de esta (cuando no a merced de una ardiente lucha de escuelas en la que no es dable al jurista entrar)” (EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *Tratado de derecho penal*, t. IV, Buenos Aires, Ediar, 1982, pág. 119).

² Así lo contemplaba el *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano, como lo pone de presente LUIS ALBERTO KVIŤKO, “Alienación y delito en Roma”, en *Revista Nuevo Foro Penal*, N° 2, Medellín, Ed. Acosta, 1979, pág. 36.

También en las *Siete Partidas* españolas, recopiladas por orden de Alfonso X "El Sabio", hacia 1265, se elimina la responsabilidad de los locos, de los furiosos, de los desmemoriados y de los menores de diez años y medio³.

Igual conclusión extraemos si se examina la *Curia Filípica* española, que preceptuaba tratamiento similar para las personas indicadas; añadiendo que al borracho se le imponía una pena inferior y de naturaleza distinta a la ordinaria; al sonámbulo que no conocía su sonambulismo se le eximía de pena; lo mismo al sordo y al mudo en determinados supuestos⁴.

Con el incremento de las codificaciones penales hacia el siglo XVIII, la distinción se acentúa, hasta llegar al moderno derecho penal que impone penas a los *imputables* que han realizado un injusto reprochable con fundamento en la *culpabilidad*, y medidas de seguridad a los *inimputables* que han realizado un injusto con fundamento en su *peligrosidad*.

III. Llegar a esta distinción ha sido, sin embargo, difícil, si se tiene en cuenta que al lado de la *imputabilidad* aparecen los conceptos de *culpabilidad* y *responsabilidad*, sometidos a veces a confusiones y a disímiles tratamientos, que se pueden superar, por lo menos en parte, si se les da un enfoque escalonado⁵.

Ocupémonos, en primer lugar, de la *imputabilidad*. En la base del concepto, desde CARRARA hasta WELZEL, encontramos, como fundamento filosófico, el libre albedrío; la imputabilidad es un concepto existencial. Esta es una de las alternativas; la otra es la que ofrece el positivismo naturalista, que niega la distinción entre imputables e inimputables: si no existe el libre albedrío no tiene sentido plantearse si el individuo puede o no ser libre, lo determinante es la capacidad de convivir en sociedad⁶.

Para CARRARA el concepto de delito supone la comprobación de que el agente, en los momentos de la percepción y del juicio, se halle iluminado por el entendimiento; que en el momento del deseo y en el de la determinación, haya gozado de la plenitud de su libertad⁷. Es esta la concepción clásica, originada en la doc-

trina de la *responsabilidad moral*, producto del influjo del cristianismo, del resurgir del derecho romano y del consecutivo desarrollo del derecho canónico; "por obra de los teólogos, el libre arbitrio se convierte en alma del derecho penal y esta formulación llega hasta nuestros días recogida por la escuela clásica", apunta DÍAZ PALOS⁸.

En WELZEL, con quien prácticamente culmina toda la evolución de la dogmática alemana, la imputabilidad, ya como concepto normativo, se debe entender como *capacidad de culpabilidad*, es la capacidad del autor de comprender lo injusto del hecho y de determinar la voluntad conforme a esta comprensión⁹. De una o de otra manera, la doctrina indeterminista, preside el concepto de imputabilidad, más radical en CARRARA que en WELZEL, para quien en el estado actual de la ciencia es imposible constatar o desvirtuar la presencia o no del libre albedrío. En ello, no deja de tener razón¹⁰; lo que sí es preocupante es que, partiendo de tal concepto, pretendamos construir una "ciencia" del derecho penal. Tal vez esta sea razón suficiente para argüir que no solo el derecho penal, sino el concepto de imputabilidad, se encuentran en crisis. De este *concepto existencial* de imputabilidad es que parte nuestro legislador en el artículo 31 del Código Penal, cuando dice que 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".

Ahora bien, con esta fórmula de imputabilidad hemos dado un paso, nos hemos colocado tal vez "a tono" o "a la moda", y hemos superado esa compleja estructura que quiso empotrar el legislador en el estatuto punitivo de 1936: el principio de la responsabilidad social (el determinismo), atenuado con el reconocimiento de los eventos de inimputabilidad, fundados en el principio de la responsabilidad moral (el indeterminismo); dos concepciones filosóficas totalmente contrapuestas en peligro ayuntamiento.

Pero tal vez valga la pena reparar en una tercera vía, a más de las dos planteadas; se trata de un *concepto de imputabilidad con fundamentos materialistas*, estructurado a partir del materialismo dialéctico, como lo pretenden las legislaciones de corte socialista, que siguen los lineamientos de la legislación penal soviética, donde la doctrina ha entendido que la consciencia y la voluntad como funciones básicas que determinan la conducta de la persona y sus actos "están condicionados por la realidad objetiva, por las condiciones de la vida económica de la sociedad, y ante todo por el medio social en el cual se forma la personalidad humana. Sin embargo, esta dependencia del medio exterior no excluye en forma alguna el papel activo de la consciencia y la voluntad de la persona ni determina fatalmente su con-

⁸ FERNANDO DÍAZ PALOS, *Teoría general de la imputabilidad*, Barcelona, Edit. Bosch, 1965, pág. 87.

⁹ HANS WELZEL, *Derecho penal alemán*, Santiago de Chile, Edit. Jurídica de Chile, 1976, pág. 216.

¹⁰ Para él, "todo conocimiento científico encuentra aquí su límite, puesto que no puede convertir en objeto algo que por principio no es susceptible de objetivación, esto es, la subjetividad del sujeto" (ob. cit., pág. 215). Por esta razón, agrega, los siquiátras, conscientes de su responsabilidad, rechazan responder al problema en forma científica limitándose a constatar la existencia de determinados estados mentales anormales o perturbaciones de consciencia.

³ J. BENEYTO, *Derecho histórico español*, t. III, Barcelona, Edit. Bosch, 1931, págs. 207 y 208.

⁴ JUAN DE HEVIA BOLAÑOS, *La Curia Filípica*, Madrid, Imprenta de la Compañía General de Impresores y Libreros, 1841, págs. 210-211.

⁵ Un estudio detallado de la evolución de los tres conceptos en las doctrinas italiana, francesa, belga, inglesa, española e iberoamericana, en LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de derecho penal*, t. V, Buenos Aires, Losada, 1976, págs. 39 y ss.

⁶ Cfr. JUAN BUSTOS RAMÍREZ, "La imputabilidad en un Estado de derecho" en *Bases críticas de un nuevo derecho penal*, Bogotá, Edit. Temis, 1982, pág. 87. Para este autor, el *concepto existencial*, no trata de resolver con la imputabilidad "el problema previo y básico de la culpabilidad, de si el hombre es libre o no, que tiene un carácter abstracto y absoluto, sino de señalar que ciertos individuos no tienen la capacidad vital (existencial) de comprender y actuar según el valor; en otras palabras, de ser libres. Se trata de sujetos a quienes en concreto o existencialmente, les está negada la libertad" (ob. cit., pág. 87). Ahora bien, para el *positivismo naturalista*, lo que interesa determinar "es la capacidad para atentar contra el orden social y en tal medida, los llamados «inimputables» ya por definición presentarán rasgos de elevada peligrosidad social y, por tanto, respecto de ellos con mayor razón debe ejercitarse la defensa social" (ob. cit., pág. 88); en este sentido cfr. ENRICO FERRI, *Principios de derecho criminal*, Madrid, Edit. Reus, 1933, pág. 225.

⁷ Distingue el maestro de Pisa entre *imputar* (poner una cosa cualquiera en la cuenta de alguien), *imputabilidad* (el juicio que hacemos de un hecho futuro) e *imputación* (el juicio de un hecho ocurrido). Cfr. FRANCESCO CARRARA, *Programa de derecho criminal*, vol. I, Bogotá, Edit. Temis, 1971, pág. 34. El mismo da por supuesto el libre albedrío: "no me ocupo de cuestiones filosóficas, por lo cual presupongo aceptada la doctrina del libre albedrío y de la imputabilidad moral del hombre, y asentada sobre esta base la ciencia criminal, que mal se construiría sin aquella" (ob. cit., pág. 32).

ducta"¹¹. Se parte del postulado marxista de que todo lo que incita a la persona a la actividad tiene que pasar por su cabeza. Bien valdría la pena contemplar esta posible tercera vía, tal vez una variante del determinismo, pero que de todas maneras hace hincapié no solo en la vida económica de la sociedad sino en el medio social donde se desenvuelve la personalidad del hombre, aspectos olvidados muchas veces por nuestra administración de justicia, cuando se trata de determinar la imputabilidad o no de los sujetos del proceso penal.

IV. Pero ocupémonos de los conceptos de culpabilidad y de responsabilidad. El concepto de culpabilidad con el que trabajamos tampoco puede alejarse del cuestionamiento anterior. Es un concepto, definitivamente, también en crisis. Por *culpabilidad*, y desde este punto de vista, puede entenderse "el conjunto de presupuestos o caracteres que debe presentar la conducta, para que le sea reprochada jurídicamente a su autor"¹²; culpabilidad es reprochabilidad. Este concepto debe tener un control material para evitar caer en una culpabilidad moral, como acontece con un sector de la actual ciencia del derecho penal alemán; aunque bien valdría la pena ir pensando en renunciar al reproche de culpabilidad, como lo ha puesto de manifiesto HASSEMER¹³.

Este concepto de culpabilidad, que podemos considerar propio del actual derecho penal, debe diferenciarse del concepto de "culpabilidad" del derecho procesal penal, que identifica culpabilidad con "la resultante de la presencia de todos los requisitos del delito, además de la prueba del mismo en el debido proceso legal"¹⁴.

Llegamos finalmente a la *responsabilidad*. La expresión viene de *respondere*: estar obligado; por ello, implica la obligación de satisfacer, pagar, reparar el daño ocasionado por la conducta propia o ajena. O, como dice RANIERI: "es la relación que surge entre el Estado y el autor del delito, cuando se compruebe, por la vía jurisdiccional, que está obligado a sufrir las consecuencias juridicopenales de su conducta"¹⁵. Este concepto, producto de un derecho penal en crisis, es y debe ser objeto de decididos cuestionamientos.

V. La denominación de la imputabilidad como *capacidad de culpabilidad*, no ha sido tampoco pacífica en la doctrina, especialmente en la alemana, de donde proviene tal elaboración; en efecto, cuatro son las alternativas que se presentaron en el pasado para ubicar la imputabilidad dentro del esquema del delito y llegar a concluir, como se hace hoy, que si bien es capacidad de culpabilidad, se requiere

¹¹ Cfr. ZDRAVOMISLOV, SCHNEIDER, KELINA y RASHKOVSKAIA, *Derecho penal soviético*, Bogotá, Edit. Temis, 1970, pág. 143.

¹² EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *Teoría del delito*, Buenos Aires, Ediar, 1973, pág. 505.

¹³ WINFRIED HASSEMER, "Alternativas al principio de culpabilidad" en *Cuadernos de Política Criminal*, N° 18, Madrid, Edersa, 1982, págs. 473 y ss. Sin embargo, tal renuncia no lograría erradicar el libre albedrío, pues, como el mismo autor lo dice: "no creo que el derecho penal y la vida cotidiana pudieran subsistir sin la idea de libertad de voluntad, ni que las relaciones humanas en general o las conformadas jurídicamente puedan existir o extenderse bajo la hipótesis determinista de la dirección causal" (pág. 479).

¹⁴ ZAFFARONI, ob. cit., pág. 506.

¹⁵ SILVIO RANIERI, *Manual de derecho penal*, t. II, Bogotá, Edit. Temis, 1975, pág. 205.

una "capacidad síquica" repartida en todos los estratos del concepto de delito, como lo propone ZAFFARONI¹⁶.

Como primera medida se sostuvo que era *capacidad de pena*. Imputabilidad era la posibilidad de imponer pena; con ello, el momento para examinar la capacidad síquica del sujeto era el de aplicar la pena. Este criterio supone entender la pena como prevención general, al paso que se muta el momento en que el fenómeno debe presentarse; teniendo en cuenta la prevención general en vez del estado de ánimo del autor, como dice MEZGER, para quien es evidente que "la imputabilidad es coetánea con el acto y no con la pena"¹⁷.

También se dijo que era *capacidad de acción*. Antes de examinar si estamos en presencia de una conducta humana, hay que precisar si el sujeto es o no imputable. Tal argumento se rebate fácilmente, "es sabido que el niño, como el loco, no obstante ser inimputables pueden actuar"¹⁸.

Otros sostuvieron que era *capacidad de deber*. La inimputabilidad descarta, entonces, la antijuridicidad; el inimputable no puede realizar actos antijurídicos, todos sus actos son lícitos.

Finalmente, se ha concebido como *capacidad de culpabilidad*. La imputabilidad es la capacidad del autor para comprender el injusto del hecho y para determinar su voluntad conforme a dicha comprensión, tesis por la que parece inclinarse el legislador colombiano, al darle tal enfoque, así se ubique el fenómeno antes del capítulo dedicado a la culpabilidad¹⁹.

Dentro del grupo de doctrinantes que vinculan la imputabilidad con la culpabilidad, hay quienes se inclinan por ubicarla como *presupuesto*, mientras que para otros es *elemento*. Lo primero supone que debe ser tratada antes de la culpabilidad, que está fuera de la proposición, aunque esta dependa de él; lo segundo quiere decir que forma parte de la proposición²⁰.

Tal distinción no tiene ninguna trascendencia práctica; tal vez su única importancia resulta del plano formal, en donde optar por uno u otro, nos puede situar ante una concepción psicológico-normativa o normativa pura de la culpabilidad²¹.

VI. Hechas las precisiones anteriores, debemos proceder a enunciar los criterios legales que se tienen en cuenta para regular la imputabilidad, ubicando asimismo

¹⁶ ZAFFARONI, *Manual de derecho penal*, 3ª edición, Buenos Aires, Ediar, 1982, pág. 296. Con mejor sustentación su *Tratado* cit., t. III, pág. 141.

¹⁷ Sobre este punto ZAFFARONI, *Tratado*, cit., t. IV, págs. 114 y ss. La transcripción de MEZGER, en *Tratado de derecho penal*, t. II, Madrid, Edit. Revista de Derecho Privado, 1949, pág. 41.

¹⁸ EDMUND MEZGER, *Idem*, pág. 40. En el mismo sentido DÍAZ PALOS, ob. cit., pág. 27. JIMÉNEZ DE ASÚA, t. III, pág. 338 (edic. 1977) y v, pág. 83 (edic. 1976).

¹⁹ JIMÉNEZ DE ASÚA, t. V cit., pág. 84, ha criticado duramente esta concepción, por ser un "flagrante vicio metódico" y una "evidente tautología"; lo primero, porque la imputabilidad sería presupuesto psicológico de la culpabilidad normativa, y lo segundo, porque habría que seguir preguntando qué es la capacidad de reproche.

²⁰ La distinción en JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, cit., t. V, pág. 74.

²¹ ZAFFARONI (*Tratado* cit., t. IV, pág. 117) arguye que "su ubicación en el plano anterior al de la culpabilidad carece de coherencia porque también habría que colocar en plano anterior al de la tipicidad, una capacidad psíquica de tipicidad..., antes de la justificación una capacidad psíquica para la misma, y antes de la acción una capacidad de actuar de la misma naturaleza".

la fórmula de nuestro Código Penal, la cual debe ser algo desglosada, para terminar refiriéndonos a las medidas de seguridad y plantear las conclusiones a que queremos llegar.

Son tres, básicamente, las fórmulas que emplean las diversas legislaciones:

a) *Las biológicas o siquiátricas*. Aquellas que mencionan *la causa* que origina el fenómeno, pero no los efectos; la ley se limita a señalar ciertas noxas siquiátricas que hacen al sujeto inimputable. Tal era la regulación de nuestro anterior estatuto punitivo y del Código francés de 1810.

b) *Las sicológicas*. Aluden al *efecto*, no así a la causa; señalan “los dos pilares de la imputabilidad, a saber, la comprensión y la voluntad. Se dirá, por ejemplo, que es inimputable el que al momento del hecho no tuviere consciencia y/o voluntad de sus actos, o el que no tuviere capacidad de comprender y/o determinarse”²². Un ejemplo cabal es el Código Penal toscano de 1854.

c) *Las mixtas*. Precisan tanto *el efecto* como *la causa*; no solo se explica el fenómeno que hace al sujeto inimputable, sino que también “se explica a la vez por qué ocurre eso, es decir, se menciona la repercusión de la edad, la perturbación mental o la desarticulación cultural en la comprensión y la voluntad del sujeto”²³. Tal es el sistema que acoge el Código Penal alemán vigente desde 1975, y por consiguiente el colombiano en su art. 31.

VII. En la fórmula mixta del art. 31 del C. P., encontramos como *causas*, el *trastorno mental* y la *inmadurez sicológica*; como *efectos*, la incapacidad de comprender la ilicitud y/o determinarse de acuerdo con esa comprensión. Pero, también, en un *aspecto jurídico*, el hecho tiene que ser producto de la anormalidad del agente y debe haberse presentado “al momento de ejecutar el hecho legalmente descrito”. Se trata, entonces, de una fórmula sicológico-siquiátrico-jurídica.

En cuanto a *las causas* ya mencionadas, una de ellas, el *trastorno mental* (permanente o transitorio), pese a ser un concepto jurídico, se remite a parámetros siquiátricos, de ello no cabe duda; en cambio la *inmadurez sicológica*, pese a la amplitud del término, debe medirse con parámetros sicológicos y parece constituir también una categoría siquiátrica dentro de la actual nosología²⁴.

Los efectos, que nos sitúan ante la necesaria evaluación sicológica, implican un estudio de la personalidad del agente, acudiendo a todos los medios que las disciplinas sicológicas utilizan en sus evaluaciones.

²² NÓDIER AGUDELO, *Los inimputables frente a las causales de justificación e inculpabilidad*, Bogotá, Edit. Temis, 1982, pág. 34. También QUINTILIANO SALDAÑA, *La Psiquiatría y el Código*, Madrid, Edit. Reus, 1925, págs. 49 y ss.; FERNANDO DÍAZ PALOS, ob. cit., págs. 149 y ss.

²³ Cfr. AGUDELO, ob. cit., pág. 34. Un amplio desarrollo del tema, en nuestro trabajo “El trastorno mental transitorio: su origen y evolución”, en *Nuevo Foro Penal*, N° 5, Medellín, Ed. Acosta, 1980, págs. 59 y ss.

²⁴ Ciertamente la locución es muy amplia; sin embargo, podría remitirse a los rubros consagrados dentro del Grupo III de la Clasificación Internacional de las Enfermedades Mentales de la O.M.S., especialmente a los números 312 (“Perturbación de la conducta no clasificada en otra parte”) y 313 (“Perturbación de las emociones peculiares de la niñez y de la adolescencia”), en su novena revisión. Además se incluiría no solo la *inmadurez afectiva*, sino también la llamada *inmadurez cultural*. En fin de cuentas, consideramos que la expresión *inmadurez sicológica* podría ubicarse dentro del concepto jurídico, más amplio, de “trastorno mental”.

El *aspecto jurídico*, remitido al juez y no a los peritos como ha sido la usanza, supone que el funcionario, con fundamento en la evaluación pericial, determine la imputabilidad o no del agente, mediante un juicio netamente jurídico, sin enajenar en terceros las funciones propias de su investidura²⁵.

VIII. *La capacidad de comprender la ilicitud* y *la capacidad de determinación*, presupone un profundo estudio de la personalidad del agente, para lo cual se deben escrutar “todas las manifestaciones de la conciencia que se integran a través de las esferas de la inteligencia, de la afectividad, y de la actividad o voluntad, en una unidad compuesta de rasgos innatos y adquiridos llamada personalidad”²⁶.

En la *esfera intelectual* se deben estudiar las siguientes manifestaciones de conciencia: la sensación, la percepción, la memoria, la representación, la imaginación, el pensamiento y el lenguaje; en la *esfera afectiva*, han de estudiarse las emociones, los sentimientos, los estados de ánimo, los afectos y las pasiones; en la *esfera volitiva*, los actos voluntarios compuestos, simples, automáticos, los hábitos, las costumbres; los actos involuntarios o instintivos; las aptitudes, las habilidades y las capacidades. Sin embargo, previo a este análisis se debe estudiar, *el proceso de la atención*, ya que sin esta no hay manifestación de conciencia alguna²⁷.

La fórmula vertida en el art. 31 comprende, sin lugar a dudas, el estudio de los tres estratos; la capacidad de comprensión hace alusión a la esfera intelectual, la capacidad de determinación a la volitiva, pero también a la afectiva o caracterológica, pues también las perturbaciones de esta última esfera han de ser tenidas en cuenta, cuando reúnan la entidad suficiente y constituyan, obviamente, trastorno mental o *inmadurez sicológica*, de conformidad con los dictados de nuestro legislador; nuestra fórmula difiere de la italiana, que habla de “capacidad de entender y de querer” (art. 85), lo que no ha impedido que se asimile a la capacidad de comprender la ilicitud y de determinarse, como se constata, por ejemplo, en RANIERI²⁸.

²⁵ ZAFFARONI, *Tratado* cit., t. IV, dice que “la imputabilidad es un concepto jurídico, cuya valoración corresponde únicamente al juez, al que el perito ilustra con los datos de su ciencia” (págs. 59 y ss.).

Una fórmula mixta, como la nuestra, hace aconsejable que el juez acuda, como primera medida, al perito sicológico, para que realice un adecuado estudio de personalidad, cuyos resultados serán remitidos luego al siquiatra, a cuyo efecto se elaborará por el funcionario un cuestionario lo más completo posible, preguntando sobre la posible presencia de una de las causas que generan la inimputabilidad, apoyándose en las results del dictamen sicológico. En ocasiones, sin embargo, habrá que acudir a otro tipo de peritos: antropólogos (en los casos de *inmadurez cultural* o de *inimputabilidad de indígenas*), neurólogos, radiólogos (en los casos en que se requieran electroencefalogramas, radiografías craneanas, etc.), sociólogos (para que estudien fenómenos sociales presentes en la cultura o subcultura a que pertenece el procesado), etc. Todos los resultados obtenidos pueden ilustrar al siquiatra a la hora de determinar la presencia de la causa. Sin caer en el error tradicional cometido entre nosotros, consistente en que nuestros funcionarios, generalmente, dejan en manos de los peritos, que apenas son meros auxiliares, la determinación de un fenómeno estrictamente jurídico, cual es la imputabilidad; es más, se confía ciegamente en estas evaluaciones, muchas veces demasiado antitécnicas y deficientes, cuando el juez tiene amplias facultades para acoger o rechazar el dictamen de conformidad con la ley procedimental penal. Es tan evidente ello, que el art. 411 del C. de P. P. ordena “un examen por peritos médicos” y no un juicio de imputabilidad, como se cree ordinariamente.

²⁶ MARCO A. CASTRO REY, *Manual de psiquiatría forense y reflexología*, Bogotá, Talleres de la Penitenciaría Central, 1967, pág. 13.

²⁷ Ídem, pág. 14.

²⁸ SILVIO RANIERI, *Manual*, cit., t. II, pág. 224. Igual identificación en FERNANDO MANTOVANI, *Diritto penale*, Bologna, CEDAM-Padova, 1979, pág. 577. FRANCESCO ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, Milano, Giuffrè Editore, 1982, pág. 527.

El efecto psicológico del que nos venimos ocupando, puede, entonces, entenderse como la "aptitud de aprehender el significado éticosocial del hacer, y a la de adoptar en suma actitudes de valor éticosocial y de basar la conducta en lúcida motivación"²⁹. Ahora bien, para que se presente la inimputabilidad, basta con la presencia de uno de los dos aspectos, máxime que se puede tener, según las enseñanzas de los fisiólogos, "capacidad de entender sin una adecuada capacidad de querer, y capacidad de querer sin una adecuada capacidad de entender"³⁰.

IX. De *trastorno mental*, pero también de *enfermedad mental*, habla nuestro estatuto punitivo, a la hora de regular las causas. En los arts. 31 a 33 se encuentra la primera locución; en los arts. 56, 94 y siguientes, la segunda. Esta dicotomía, nos puede hacer pensar dos cosas: o el legislador identifica ambos términos, o los distingue y por ende esa diferenciación persigue un determinado cometido³¹. Nos inclinamos por esta última alternativa, máxime que en el estado actual de la polémica psiquiátrica, lo más conveniente es el empleo de la locución "trastorno mental", tal vez porque tiene una adecuada significación jurídica, alejando al jurista de la insoluble discusión entre psiquiatras, quienes aún no han podido ponerse de acuerdo en lo más importante: la clasificación de las entidades nosológicas. El término "trastorno mental" no puede entenderse como si de una entidad nosológica se tratara, sino simplemente como un término a interpretar según las necesidades y los fines del ordenamiento juridicopenal en el que se utiliza³².

Con razón, hoy, por obra de la nueva psiquiatría, se cuestiona profundamente el fundamento del concepto de enfermedad mental, al punto de hablarse del "mito de la enfermedad mental". Interesante, desde esta perspectiva, es conocer el concepto que de esquizofrenia —una de las formas de sicosis—, en broma, pero paradójicamente, muy en serio, nos formula THOMAS SZASZ: "si uno va a la iglesia y habla con Dios, a eso se llama rezar. Si sale uno de la iglesia y le dice al policía de la esquina que Dios ha hablado con uno, eso es esquizofrenia"³³.

²⁹ J. CÓRDOBA RODA y G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código Penal*, t. 1, Barcelona, Edic. Ariel, 1976, pág. 208.

³⁰ RANIERI, ob. cit., pág. 225.

³¹ Que la distinción debe hacerse, lo pone de manifiesto el hecho de que, al señalar las causas se habla de "trastorno mental" (y también la inmadurez psicológica lo es) y por eso se señala como tal en el art. 31; la enfermedad mental (permanente o transitoria), en cambio, como forma de trastorno mental, es un concepto que está remitido a las medidas de seguridad y al fenómeno de la suspensión de la pena. De lo anterior se desprende, entonces, que *lo determinante para imponer la medida ha de ser el trastorno (causa) y no la enfermedad mental*; la enfermedad mental (permanente o transitoria), es un evento de trastorno mental, al lado de la cual se pueden ubicar la misma inmadurez psicológica, la inmadurez afectiva, la inmadurez cultural, etc., como formas de trastorno mental. Así las cosas, queda una amplia gama de posibilidades para interpretar el art. 96, donde se podrán ubicar los demás casos que no impliquen "enfermedad mental" y que no requieran el tratamiento allí estipulado, como por ejemplo a los indígenas que no están dentro de lo preceptuado en el inciso 3º, a los inmaduros culturales, afectivos, etc.

³² Cfr. en el mismo sentido FRANCISCO MUÑOZ CONDE, "La inimputabilidad del enfermo mental", en *Psicopatología*, año 2, N° 2, Madrid, 1982, pág. 128. Es evidente, dice el autor, que "al juez, al legislador o al técnico operador de las normas jurídicas no les interesa, o al menos no les interesa como objeto específico de su actividad, ni la nosología psiquiátrica, ni tan siquiera el diagnóstico, sino los efectos que sobre la conducta tiene una determinada calificación clínica y la forma de solucionar el conflicto social que la persona diagnosticada con esta calificación plantea" (idem, pág. 128).

³³ THOMAS SZASZ, "El mito de la enfermedad mental" en *Razón, Locura y Sociedad*, México, Ed. Siglo XXI, 1979, pág. 85.

Pese a estos nuevos aportes de las disciplinas psiquiátricas, sin reparar en ellos siquiera, nuestra doctrina y la jurisprudencia siguen estancadas, trabajando con conceptos de trastorno mental que responden a la época del positivismo científico, como veremos enseguida.

El trastorno mental permanente ha distinguido el estatuto punitivo del transitorio. Por trastorno mental permanente, nuestra doctrina y jurisprudencia han entendido "el trastorno general y persistente de las funciones síquicas, cuyo carácter patológico es ignorado o mal comprendido por el enfermo, y que le impide la adaptación lógica y activa a las normas del medio ambiente, sin provecho para sí mismo ni la sociedad", concepto este del legista argentino NERIO ROJAS, aunque referido a la "alienación", que nuestro viejo Código Penal asimilaba a "enajenación". Se trata de un concepto que debe someterse a profunda revisión, pues es consecuencia de un pensamiento cerradamente positivista "que definía la enfermedad mental como alienación y lo hacía siempre con una base biológica, reconocible física u orgánicamente", como acota ZAFFARONI³⁴; ello supone desechar la comprensión de la ilicitud del acto (componente normativo) y se le toma en el mero sentido de conocimiento o captación intelectual, con lo cual el juez se limita a ser un *convidado de piedra*, pues el perito médico es quien diagnostica la "alienación" y finalmente la inimputabilidad. Tal vez esto explique el por qué nuestros jueces han dejado, casi siempre, tal tarea en manos de los peritos, convertidos, sin proponérselo, en una especie de "tinterillos" que trabajan con dos ciencias en crisis: la psiquiatría tradicional y el derecho penal.

Así las cosas, creemos que ese concepto de "trastorno mental", antes que responder a una entidad nosológica determinada, ha de constituirse en valiosa herramienta al servicio del ordenamiento juridicopenal, que a su turno debe irse nutriendo del acontecer social y de los nuevos desarrollos que se propician por parte de disciplinas afines.

Ahora bien, ante la anarquía reinante en el mundo psiquiátrico y cuando de calificar los trastornos mentales se trate y para efectos prácticos, creemos viable acudir, como marco de referencia, a la clasificación de la Organización Mundial de la Salud³⁵.

³⁴ Cfr. NERIO ROJAS, *Medicina legal*, Buenos Aires, Edit. El Ateneo, 1976, pág. 307. La transcripción de ZAFFARONI, en *Tratado* cit., t. IV, pág. 125.

Una confrontación de la jurisprudencia y la doctrina colombianas en el trabajo de NÓDIER AGUDELO, "El trastorno mental como causal de inimputabilidad en el nuevo Código Penal", en *Nuevo Foro Penal*, N° 6, Medellín, Acosta, 1980, pág. 58. Sin embargo, no nos identificamos con él cuando sugiere que se siga manteniendo el concepto de Nerio Rojas.

³⁵ La 9ª versión de la misma se puede consultar en JAIME GAVIRIA y PEDRO GUERRERO, *El trastorno mental, el loco y la justicia*, Bogotá, Ediciones Pequeño Foro, 1982, pág. 156. Otras clasificaciones que se pueden tomar como modelo, son las de KARL JASPERS, *Psicopatología general*, Buenos Aires, Edit. Beta, 1973, págs. 695 y ss.; también CARLOS CASTILLA DEL PINO, *Introducción a la psiquiatría*, Madrid, Alianza Editorial, 1982, págs. 85 y ss.

A guisa de información, bien vale la pena transcribir la interpretación que uno de los comisionados del Anteproyecto de 1974, hace del art. 34 del mismo, similar al actual art. 31:

"La norma en examen señala dos fenómenos como generadores de inimputabilidad: la *inmadurez psicológica* y el *trastorno mental*.

"El primero, dice relación a la minoría de edad; el período del desarrollo de la personalidad durante el cual no se han logrado aún consolidar los mecanismos psicológicos de naturaleza intelectual y volitiva que le permiten a una persona discernir entre lo bueno y lo malo, lo lícito y lo ilícito, y obrar de conformidad.

X. En lo que toca al *trastorno mental transitorio*, las críticas señaladas al concepto de trastorno mental permanente, también son aquí válidas. Se trata, también, de un concepto de rasgos jurídicos, que proviene de la legislación española de 1932 y sobre el cual existe abundante literatura. A este respecto se destaca la elaboración que por vía jurisprudencial ha hecho el Tribunal Supremo Español, el cual, después de cincuenta años de desarrollo, ha llegado a exigir básicamente cuatro requisitos para su reconocimiento³⁶:

- 1) Que se trate de una reacción vivencial anormal, de causa inmediata, evidenciable, pasajera, que termina por la curación.
- 2) Que no implique necesariamente una base patológica.
- 3) Que altere profundamente la capacidad de comprender la ilicitud del acto o de autodeterminarse en el sentido de la norma.
- 4) Que radique, bien en el agente, bien en la respuesta al motivo exógeno que la produce.

Teniendo en cuenta estos requisitos, podemos decir que el trastorno mental transitorio es un fenómeno que se constituye en causal de inimputabilidad o que atenúa la responsabilidad, que acarrea una perturbación pasajera de la actividad siquico-orgánica, producida por causas endógenas o exógenas, que puede o no dejar secuelas, y cuando las deja, desaparecen por la curación sin dejar huella. Este estado impide al sujeto que lo padece comprender lo injusto de su acto y/o determinarse de acuerdo con esa comprensión³⁷.

³⁶ "El *segundo*, es una expresión muy amplia en la que caben las siguientes hipótesis: a) Las enfermedades mentales tradicionalmente calificadas como sicosis, sicopatías y neurosis; b) Los casos de obnubilación de la conciencia determinados por alteraciones profundas de la esfera emotiva de la personalidad, por ebriedad, por ingestión de sustancias que produzcan dependencia física o síquica, por enfermedades físicas que generen graves estados febriles, o por causas naturales no patológicas" (ALFONSO REYES, *La inimputabilidad*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1979, pág. 250).

³⁷ En sentencia de octubre 21 de 1978, ha dicho el Tribunal Supremo: "El trastorno mental transitorio, es una reacción vivencial anormal, que no implica forzosamente una base patológica en el sujeto pero que, en todo caso, altera profundamente bien la capacidad de conocer el alcance antijurídico de su conducta, bien la capacidad de querer o autodeterminarse en el sentido de la norma; de duración general no muy extensa; y cuya anormalidad ya radique en el agente, ya en la respuesta al motivo exógeno que la produce, la distingue de los estados pasionales en que los estímulos alterantes del siquismo actúan sobre él naturalmente; por lo que se comprende que el trastorno mental transitorio se reputará incompleto cuando reúna todos los mencionados requisitos a excepción de su intensidad" (consultese *Jurisprudencia Criminal*, volumen julio-octubre de 1978, Madrid, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1978, pág. 742). En el mismo sentido, recientes decisiones del Tribunal, que pueden confrontarse en la publicación referenciada, así: decisión de 14 de diciembre de 1978, en *J. C.*, nov.-dic./78, pág. 699; 10 de octubre 1978, en *J. C.*, julio-oct./78, pág. 492; 14 de octubre 1974, en *J. C.*, julio-oct./74, pág. 282; 26 de diciembre 1973, en *J. C.*, nov.-dic./73, pág. 586; 24 de junio 1970, en *J. C.*, vol. mayo-sep./70, pág. 947.

³⁸ Cfr. FERNANDO VELÁSQUEZ, *El trastorno mental transitorio*, tesis de grado, Fac. de Derecho Universidad de Antioquia, Medellín, 1979, págs. 79 y ss. Sobre el tema se puede consultar la siguiente bibliografía: ENRIQUE C. HENRIQUEZ, *Trastornos mentales transitorios y responsabilidad criminal*, La Habana, Obispo Editor, 1949. JOSÉ SEVERO CABALLERO, "Regulación jurídico-penal del trastorno mental transitorio" en *Jurisprudencia Argentina*, vol. IV, oct.-dic./78, págs. 746 y ss. LEOPOLDO LÓPEZ GÓMEZ, *El trastorno mental transitorio*, Valencia, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Valencia, 1945.

Del trastorno mental transitorio se han hecho algunas clasificaciones, entre las que sobresalen las siguientes: según el significado clínico (patológico y no patológico); según el significado psicológico (consciente e inconsciente); según el significado penológico (eximente o atenuante); según el significado criminológico (peligroso y no peligroso)³⁸.

Nuestro Código Penal, por su parte, ha clasificado el trastorno mental transitorio en dos clases: con secuelas y sin secuelas. El *con secuelas*, supone que quedan perturbaciones mentales y hay lugar a imponer medidas de seguridad (C. P. art. 95); *sin secuelas*, cuando no quedan perturbaciones mentales y no hay lugar a imponer medidas de seguridad (art. 33, inc. 1°).

Creemos que el concepto aquí ofrecido fija unas pautas mínimas, que pueden ser tenidas en cuenta por la administración de justicia, sin olvidar que es indispensable ir acomodando el concepto a las exigencias del ordenamiento juridicopenal.

XI. También la *inmadurez psicológica*, es otra de las causas que generan inimputabilidad, cuando se dan los supuestos del art. 31. Esta expresión ha suscitado ya múltiples interpretaciones, y todo parece indicar que se trajo con la finalidad de ubicar allí a los menores (que son maduros para su edad), a los indígenas (quienes también son maduros, aunque con parámetros éticosociales distintos a los nuestros), así como los sordomudos (que no es que sean inmaduros sino que la falta de estos dos sentidos puede generarles una desadaptación al medio constitutiva de trastorno mental). Todo esto nos está indicando que tan amplia locución sobraba, ya que con decir "trastorno mental" bastaba para saber a qué se alude, así se asimile a la *inmadurez afectiva*, como se sugirió por los comisionados de 1979, lo que no deja de ser viable³⁹. La *inmadurez afectiva*, siguiendo a POROT, es aquel estado en el que se encuentra el "individuo de inteligencia normal, a veces incluso superior, pero en quien ha quedado más o menos incompleta la evolución afectiva, es decir, la maduración de instintos, sentimientos y emociones... una fijación a la infancia que ciertos sujetos presentan bajo la forma de una persistencia de actitudes infantiles y una detención de la sexualidad, que permanece en sus estadios iniciales"⁴⁰. Por ende, entendemos que con esta expresión, el legislador lo que ha querido es reiterar que las perturbaciones de la esfera afectiva son tenidas en cuenta y tienen trascendencia a efectos de la inimputabilidad.

XII. La *sordomudez* puede llegar a constituir, de por sí, causal de inimputabilidad en muy contados casos. A ello se oponen los modernos tratamientos, así como la reeducación y asistencia de que gozan los sordomudos, que les permite llevar una vida prácticamente normal, con un adecuado desarrollo de la inteligencia y de la voluntad y con una afectividad, la más de las veces, muy desarrollada. La sordo-

³⁸ EMILIO FEDERICO BONNET, "El trastorno mental transitorio", en *Revista Criminalia*, año XXX, N° 4, 1964, pág. 249.

³⁹ En efecto, en el acta N° 5, el comisionado GIRALDO MARÍN, después de señalar el carácter anti-técnico e inadecuado de la misma, hizo transcribir a POROT y sostuvo que "la noción de *inmadurez afectiva* es admitida hoy por todos los siquiátras". (Cfr. LUIS CARLOS GIRALDO MARÍN, *Actas del nuevo Código Penal*, Bogotá, Pequeño Foro, 1980, pág. 542).

⁴⁰ ANTOINE POROT, *Diccionario de psiquiatría*, Barcelona, Edit. Labor, 1977, pág. 675.

mudez puede ser *congénita*, en la que juega papel preponderante la herencia; o bien *adquirida*, fundamentalmente en la primera infancia, por efecto de traumatismos obstétricos, infecciones locales, procesos meningeos e infecciones generales.

La importancia de la sordomudez para efectos de la inimputabilidad, radica en que a veces va unida o asociada a estigmas mentales; a ciertas tendencias caracterológicas agregadas, como lo señala POROT, pudiéndose suscitar fenómenos como el llamado "delirio de relación de los sordos"⁴¹.

Como el legislador ha rechazado, pues, las inferioridades de carácter síquico, no queda más que proceder caso por caso, sin tildar, sin más, a este tipo de personas como "inmaduros".

En cuanto a los *menores de edad*, tenemos que hacer una distinción: los menores de doce años se encuentran por fuera del derecho penal y no son sujetos del mismo; sobre ellos solo pueden recaer medidas de carácter administrativo a cargo del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (art. 5° del decr. 1818/64), y no puedan ser conducidos ante los funcionarios de la rama jurisdiccional; los mayores de doce años y los menores de dieciséis, en cambio, sí son sujetos del derecho penal, pero la ley ha establecido una jurisdicción y un tratamiento especiales para ellos (C. P. art. 34). Cabe discutir si son imputables o no: nos parece que no lo son, en el sentido del art. 31, pues el mismo legislador los excluye del tratamiento que da a los inimputables (arts. 93 y ss.), y es cierto que a los menores no se les aplica ninguna de las medidas allí estipuladas; asimismo, el Código de Procedimiento Penal ha regulado los juicios de menores (arts. 627 a 654), jurisdicción que tiene como finalidad la tutela o protección del infractor, su corrección, reeducación, para evitar la recaída en el delito. Es por ello por lo que los fallos de los jueces de menores implican simple amonestación, libertad vigilada, entrega del menor a una persona o institución que se encargue de reeducarlo, internamiento en escuela de trabajo, granja agrícola o reformatorio (C. de P. P., art. 541). Los menores, por tal calidad no son inimputables; ahora bien, puede suceder que un menor realice un hecho punible en un verdadero estado de inimputabilidad, que reúna los presupuestos del art. 31 del C. P., caso en que sí se podrá predicar su inimputabilidad por trastorno mental por ejemplo, y en el cual debe proceder el internamiento en lugares de tratamiento; sin embargo, esta situación no parece haberla previsto el legislador, por lo cual, creemos, se podrá acudir a clínica u hospital de carácter privado, ante la ausencia de entidades oficiales, pero bajo la tutela del organismo estatal que tiene la función de velar por los menores.

XIII. Con respecto a los *indígenas*, debemos tener en cuenta, como primera medida, cuál era la situación en el anterior Código Penal: no se les mencionaba en el estatuto y se discutía si estaban o no sometidos a la legislación penal. Quienes consideraban que no lo estaban, se apoyaban en las leyes 89 de 1890 y 72 de 1892, que consideraban vigentes y por ende no derogadas por el viejo estatuto; en estas dos leyes, cuando se trataba de indígenas salvajes o semisalvajes, la jurisdicción estaba a cargo de las comunidades religiosas; si el indígena, en cambio, era ya "civilizado", se le juzgaba como cualquier ciudadano.

Quienes consideraban que sí estaban sometidos a la ley penal colombiana, partían del presupuesto de que las leyes citadas más arriba habían sido derogadas y que "esos sujetos, dada su insuficiencia síquica (moral, intelectual y afectiva) podían asimilarse a un retrasado mental o a un menor de edad"⁴² y que se les debía recluír en colonias agrícolas, tesis poco menos que aberrante.

La jurisprudencia nacional se debatió entre estas dos alternativas, destacándose el fallo de mayo 14 de 1970⁴³, que sostuvo el no sometimiento de los indígenas "no civilizados" a la ley penal ordinaria.

Ahora bien, ¿cuál es la situación en el actual Código Penal? Adoptando una posición sumamente oscura, ha dicho el legislador en el art. 96, inc. 3°, que "*cuando se tratare de indígena inimputable por inmadurez sicológica*, la medida consistirá en la reintegración a su medio ambiente natural"; en ninguna otra parte hay referencias al indígena. ¿Cómo interpretar esta consagración legal?

En *primer lugar*, podría pensarse que los indígenas, por el mero hecho de serlo, llevan sobre sí el estigma de inimputables inmaduros sicológicos, caso en el cual, el funcionario que conozca de un proceso penal donde aparezca vinculado un ciudadano indígena, se deberá pronunciar "reintegrándolo" a su medio ambiente natural. Con ello, en apariencia, se estarían respetando las culturas indígenas; sin embargo, la medida de seguridad aludida es miope:

1) Considera inmaduros sicológicos a sujetos que no necesariamente lo son, de la misma manera que nosotros los "civilizados" no somos todos "inmaduros sicológicos" si se nos mira desde la perspectiva de la cultura indígena. Este es un grave yerro; por ello, nos identificamos con VÉLEZ VÉLEZ, cuando dice: "no se puede forzar el término «inmadurez sicológica» propio de la sicología, hasta el punto de que llegue a convertirse en un problema cultural, ni mucho menos racial"⁴⁴.

2) Tal medida implicaría una verdadera pena capital, ya que "en buena parte de las comunidades indígenas implicará el ejercicio de una venganza privada que puede significar la imposición de una verdadera pena de muerte"⁴⁵.

3) Sería suponer que un ciudadano indígena no puede realizar el hecho en estado de "trastorno mental" que reúna las condiciones del art. 31.

En *segundo lugar*, si lo que sucede es que el legislador solo se refirió a los indígenas inmaduros sicológicos, inimputables por tal causa, nos encontramos también ante dificultades poco menos que insolubles, todo porque no nos hemos preocupado por oír los conceptos de los antropólogos, técnicos especializados en estas materias, y legislamos de espaldas a la realidad en que vivimos, legislamos al servicio de intereses no confesados, pero sí muy evidentes. Así las cosas, tendríamos:

⁴² Cfr. Concepto de la Procuraduría Primera Delegada en lo penal del año 1950, en ALFONSO REYES, *La inimputabilidad*, Bogotá, Univ. Externado de Colombia, 1979, pág. 178.

⁴³ Ídem, REYES, págs. 176 y ss.

⁴⁴ FERNANDO VÉLEZ VÉLEZ, "Foro Histórico", en *Nuevo Foro Penal*, N° 11, Bogotá, Edit. Temis, 1981, pág. 360.

⁴⁵ Ídem, pág. 362; en igual sentido EDILBERTO SOLÍS, "Pena de muerte al indígena en el Código Penal", en *Temas de Derecho Penal*, N° 13, Medellín, Edit. Lealón, 1981, pág. 38.

⁴¹ Ídem, pág. 801.

1) ¿Qué se hace con un indígena cuyo comportamiento no encuadra en ninguno de los estados a que alude el art. 31? ¿Qué se hace con un ciudadano indígena "maduro" desde su perspectiva cultural, pero que ha infringido la ley penal colombiana y no es ni inmaduro psicológico ni trastornado mental?

2) Ahora bien, si suponemos que solo se habla de "indígena inimputable por inmadurez psicológica" ¿qué hacemos con el indígena inimputable por trastorno mental? ¿Qué medidas de seguridad se le aplican? ¿Las ordinarias? ¿La reintegración a su medio natural? ¿Con apoyo en qué?

3) ¿Habrá que resucitar la vieja polémica del anterior Código en cuanto a la vigencia de las leyes 89 de 1890 y 72 de 1892?

Esta última alternativa, nos tememos mucho, tal vez sea la que se imponga, así resulte evidente que tales leyes violan los preceptos constitucionales, al otorgarles jurisdicción a funcionarios distintos a los de la rama jurisdiccional, y así hayan sido derogadas por el actual Código Penal, que extiende la aplicación de la ley penal colombiana "a toda persona que la infrinja en el territorio nacional" (art. 13, en armonía con el 376 del C. P.). Claro que esto no solucionará nada y nos seguirá permitiendo, como hasta ahora, aplicaciones discriminatorias de la ley penal colombiana, atendiendo a los intereses de clase.

La solución a la situación que aquí planteamos, tal vez yace, en una verdadera política indigenista, que respete los derechos y las garantías de los ciudadanos indígenas, que garantice la conservación de sus culturas, y no el exterminio despiadado por parte de terratenientes ávidos de tierra y de poder; una política indigenista, que también garantice con respecto a ellos, una verdadera política de ejecución penal y no el "tratamiento" que brinda un derecho penal deshumanizado como el nuestro⁴⁶.

XIV. Para concluir el análisis de las causas que generan inimputabilidad, nos resta hacer alusión a la ebriedad. El actual estatuto no la ha mencionado, como sí lo hacía el de 1936; esta ausencia ha generado algunas discusiones sobre la viabilidad o no de su reconocimiento. Ante ello, solo cabe concluir que si la ebriedad produce en el sujeto un trastorno mental que le impide comprender la ilicitud del acto y/o determinarse de acuerdo con esa comprensión, deberá ser tratado como inimputable y se aplicarán las medidas de seguridad correspondientes, atendiendo al tipo de trastorno (permanente o transitorio, este último con o sin secuelas); a tal efecto, no importará el carácter voluntario o accidental de la embriaguez, salvo que el agente se coloque en tal estado (dolosa o culposamente) para realizar el hecho, caso en el cual se tratará de un trastorno mental preordenado, regulado en el art. 32 del C. P.⁴⁷, en donde ha quedado vertida tal institución, también conocida como acciones libres en su causa (*actio liberae in causa*), que está llamada a desaparecer por comportar, en ciertos casos, formas de responsabilidad objetiva.

XV. Hasta ahora hemos hablado del aspecto psicológico de la fórmula del art. 31, del psiquiátrico y brevemente del jurídico. Pues bien, nos toca, antes de terminar,

⁴⁶ Si de sugerir soluciones "formales" se trata, remitimos a la alternativa que planteamos en la nota 31.

⁴⁷ Cfr. ALFONSO REYES, ob. cit., pág. 263.

insistir sobre el aspecto últimamente mencionado. Decíamos que la inimputabilidad debe presentarse "al momento de ejecutar el hecho legalmente descrito"; esto significa que no importa si con anterioridad o con posterioridad al dicho momento, el agente no ha presentado situación de incapacidad síquica que le impidiera comprender la ilicitud o determinarse: pudo haber actuado en un estado de trastorno mental transitorio que se caracteriza justamente por eso, aunque a veces, después del hecho, el agente puede quedar afectado por algún tipo de secuelas, lo que origina el "tratamiento" del art. 95 con un absurdo mínimo de internamiento; en cambio, si el trastorno es permanente o se trata de una "inmadurez psicológica", que para nosotros también es "trastorno", parece indudable que el estado debe presentarse no solo al momento del hecho sino, generalmente, con anterioridad y con posterioridad. El no hacer ningún tipo de distinción, es lo que ha llevado al legislador colombiano a considerar que todos los enfermos mentales permanentes recuperan siempre su normalidad síquica, haciendo uso de ese tan adecuado "tratamiento" que se brinda a nuestros inimputables; por ello, el art. 94 ha preceptuado el internamiento en "establecimiento psiquiátrico o clínica adecuada" hasta que "*recupere su normalidad síquica*"! Claro que, como lo sabemos, muchos de esos enfermos *no recuperarán nunca su "normalidad síquica"* y el internamiento en los inexistentes centros, será de por vida; esto hace que dicha norma sea *inaplicable*, pues violenta la naturaleza de las cosas, y aplicarla sería como permitir que mañana el legislador prohibiera a las mujeres parir hijos de color negro, lo que suele suceder cuando se instauran regímenes de corte totalitario.

Cuando acontece que la enfermedad o el trastorno mental se presenta en momentos distintos al de la comisión del hecho, tal estado no tendrá incidencia en la inimputabilidad como tal; si la enfermedad se presenta una vez pronunciada la sentencia, el legislador ha previsto la suspensión de pena hasta que el condenado recupere la salud (C. P., art. 56).

También, *el hecho realizado por el agente, tiene que ser consecuencia de su estado*; en otros términos, tiene que haber un vínculo entre el hecho y el trastorno o la inmadurez: "en caso de que entre hecho e inmadurez o trastorno mental no exista vínculo alguno, el sujeto debe ser tratado como si no padeciera de inmadurez ni de trastorno alguno"⁴⁸.

XVI. A esta altura de nuestra exposición, después de haber desarrollado el fenómeno de la imputabilidad, concepto que se halla en crisis como los demás conceptos del actual derecho penal, se hace indispensable que miremos el panorama en materia de ejecución penal. Ciertamente, con la actual regulación se ha dado un paso adelante con respecto al estatuto derogado; la actual fórmula es el producto

⁴⁸ Cfr. AGUDELO, *Los inimputables* cit., pág. 45. El hecho de que la imputabilidad sea una característica del acto que proviene de una capacidad del sujeto, dice ZAFFARONI, pone en evidencia la circunstancia de que un sujeto puede ser "imputable" respecto de un delito e "inimputable" respecto de otro, como en el caso del débil mental, que puede tener una capacidad de pensamiento abstracto que le permita comprender la antijuridicidad de un homicidio, pero no la de un delito económico que requiere más abstracción (un fraude mediante cheque o el uso ilegítimo de una patente). (Cfr. *Tratado*, t. IV, págs. 111 y 164).

de más de cuarenta años de evolución, tanto de la doctrina como de la jurisprudencia⁴⁹; pero el estado de cosas no nos deja satisfechos, la ejecución penal entre nosotros es sencillamente desastrosa, no solo en cuanto se refiere a las penas, sino también a las medidas de seguridad.

En materia de penas, las políticas penitenciarias han sido siempre fruto de la improvisación, nuestras cárceles son verdaderos antros de deshumanización, de corrupción y aun de violación de los derechos humanos; parece que los reclusos no tuvieran el más mínimo derecho, la más mínima garantía, por todas partes el vilipendio, la segregación. Pero no solo esto, pues también están sometidos al tratamiento (si puede utilizarse tal palabra) desigual, atendiendo a la posesión o no de recursos económicos.

Pero, si lo anterior es así, si la institución de la cárcel no rehabilita, sino que destruye, ¿qué no decir de la situación del inimputable? No existen los pomposos centros de tratamiento, las clínicas siquiátricas de que habla nuestro legislador, nunca han existido; no hay dónde cumplir con los cometidos que el legislador ha trazado en la "norma rectora" vertida en el art. 12 del Código Penal; escasamente contamos con un frenocomio criminal en Bogotá, sitio en el cual la dignidad humana tocó fondo hace mucho, al que fueron remitidos muchos inimputables que encontraron la deshumanización total y finalmente la muerte; afortunadamente, nuestros funcionarios empiezan a tomar consciencia de la situación, después que un eminente siquiatra, el Dr. JAIME GAVIRIA TRESPALACIOS, recorriera el país mostrándonos cuál era la situación de los inimputables en el citado lugar. Pero esto no es todo: como no hay dónde tratar la enfermedad mental de estos seres humanos, se ha optado por recluirllos en las cárceles comunes, tornando la situación más desastrosa. En nuestro medio, más que en ningún otro país, son válidos los cuestionamientos de FRANCO BASAGLIA, sobre la verdadera función que cumplen el manicomio y la cárcel, instituciones que no sirven en absoluto a su contenido, "es decir, que la cárcel no sirve para la rehabilitación del encarcelado, así como tampoco el manicomio sirve para la rehabilitación del enfermo mental. Ambos responden a la exigencia del sistema social, quiero decir del sistema social que tiene como fin último la marginación de quien rompe con el juego social... nuestra sociedad, tal como está organizada, no está hecha a la medida del hombre sino que está hecha solamente para algunos hombres que poseen las fuerzas de producción, está hecha solamente pensando en la eficacia productiva"⁵⁰.

Con las anteriores reflexiones, queremos poner fin a nuestra exposición, recordando que el *concepto tradicional de imputabilidad* tiene que dar paso a nuevos enfoques; tal vez se pueda afirmar, con MUÑOZ CONDE, que "la conducta humana, normal o patológica, individual o grupal, solo es inteligible y valorable cuando se analiza dentro del contexto sociocultural"⁵¹. Con una visión como esta, se po-

drá dar paso, como lo clama BUSTOS RAMÍREZ, a un concepto de imputabilidad asentado sobre nuevas bases, partiendo de la denominada Teoría de las Subculturas, o de la Siquiatría Alternativa. La primera "nos sitúa al hombre integrado en grupos con mayor o menor cohesión y con mayor o menor amplitud, señalándonos las interacciones que allí se producen y destacando en especial el ser social del sujeto de lo cual en general la teoría de la imputabilidad no se había dado cuenta o lo había hecho en forma muy pobre. La otra, la de la siquiatría alternativa, nos plantea el mundo propio del individuo, el proceso de acción del sistema social sobre él y cómo es su reacción frente a él"⁵².

⁴⁹ AGUDELO, en *Nuevo Foro Penal*, N° 6, *op. cit.*, pág. 88.

⁵⁰ FRANCO BASAGLIA, "La institución psiquiátrica de la violencia", en *Razón, Locura y Sociedad*, México, Ed. Siglo XXI, 1979, págs. 16 y 17.

⁵¹ FRANCISCO MUÑOZ CONDE, en *Psicopatología*, *cit.*, pág. 130.

⁵² JUAN BUSTOS RAMÍREZ, en *Bases críticas*, *cit.*, págs. 87 y ss.