

# LA IMPUTABILIDAD

Doctor BERNARDO GAITÁN MAHECHA

La imputabilidad constituye en la doctrina, en la jurisprudencia y en la legislación del derecho penal uno de los más controvertidos temas; todavía no hay un acuerdo general sobre su significado y tampoco sobre la manera como debe ser reconocido por la teoría del delito. Es bueno recordar que la profunda diferencia entre las escuelas clásica y positiva se produjo precisamente en torno al problema de la imputabilidad; la primera, partiendo del libre albedrío, llegó a la conclusión de que el delito era una acción moralmente imputable; y la segunda, negando el libre albedrío, concluyó que el delito era la acción del hombre anormal y fundó la responsabilidad en la peligrosidad criminal. En los tiempos actuales, si bien no se niega la existencia de un fenómeno al cual comúnmente se denomina imputabilidad, no hay acuerdo acerca de si debe considerársele como un elemento o como un presupuesto de la culpabilidad; menos aún hay concordancia respecto de los criterios para definir los aspectos negativos de la imputabilidad, enmarcados dentro del concepto general de la inimputabilidad. Existen dificultades para entender la valoración desde el punto de vista subjetivo y desde el punto de vista normativo. La brevedad del trabajo no permite hacer sino una reseña acerca de la comprensión del tema y cómo se resuelve en la legislación colombiana vigente hasta 1980, y en la que ha entrado a regir en este año (Códigos de 1936 y 1980).

## 1. IDEA CLÁSICA

El Maestro CARRARA en el § 288 del *Programa*, expresa refiriéndose a la confusión planteada en su tiempo sobre los términos *imputable* e *imputabilidad* lo siguiente: "Las palabras imputable e imputabilidad tienen, pues, en el uso práctico, dos sentidos: uno absoluto (imputable a mí como hecho mío); otro relativo (imputable a mí como hecho criminoso). Ahora bien, los criminalistas modernos han seguido generalmente la costumbre de emplear el término imputable en el sentido relativo (incriminación, imputación como delito) y la han seguido aun en lo relacionado a los actos cometidos en estado de necesidad; y al decir que no son imputables, no han pretendido proclamar el error de que de tales actos no es responsable su autor, como ocurriría con los actos involuntarios y fortuitos, sino que han querido decir que respecto a ellos no se presenta la responsabilidad en sentido relativo, esto es, la imputabilidad como delito".

Parecer ser que la escuela clásica lo que trataba era de escindir los conceptos de imputación e imputabilidad, en el sentido de atribuir (imputar o imputación) a una persona un hecho o un resultado como su autor, independientemente de toda valoración desde el punto de vista subjetivo o desde el punto de vista objetivo. O sea que el tema de la imputación versaba sobre la relación causal del resultado con su autor. Así, por ejemplo, en el campo de la antijuridicidad

con respecto a las causales de justificación, cuando una persona obraba en legítima defensa o en estado de necesidad, le era imputado el hecho o resultado como a su autor, pero no se hacía juicio de imputabilidad por tratarse de acciones conforme a derecho. También si el autor realizaba un acto bajo circunstancias que afectaran su entendimiento por razones de sexo, edad, sueño, sordomudez, locura (causas fisiológicas), o por razones de ignorancia o error (causas ideológicas), o en condiciones que torcieran su voluntad (coacción), podría imputársele el hecho como a su causa física, pero no era predicable de él la imputabilidad, término al que se le atribuía un valor moral fundado en el libre albedrío. De donde el concepto de imputabilidad moral venía a ser el mismo que ahora se considera bajo la denominación de culpabilidad. Técnicamente deviene de las formulaciones clásicas la distinción que luego la doctrina ha hecho de los términos imputabilidad e inimputabilidad; estas palabras han sido reservadas modernamente para indicar cierta situación de orden subjetivo correspondiente al autor, que permita atribuirle, bajo un nexo de causalidad subjetiva, el resultado a título de dolo o de culpa, o excluirlo de esa valoración cuando carece de tales condicionamientos subjetivos. Imputable es el que es capaz de generar una acción dolosa o culposa de modo que le sea atribuible causalmente desde el punto de vista subjetivo; inimputable es el que carece de esa capacidad y así se convierte en autor de la acción, cuya valoración demanda un examen particular desde el punto de vista subjetivo.

## 2. IDEA CANÓNICA

No ha duda de que la escuela clásica procedió en sus conceptos de conformidad con lo establecido por el derecho canónico. La fórmula canónica de la imputabilidad corresponde a la idea de que esta es la referencia del delito a la persona en función del dolo o la culpa del delincuente. "La imputabilidad del delito depende del dolo del delincuente o de la culpa del mismo en ignorar la ley o en omitir la diligencia debida; por lo tanto, todas las causas que aumentan, disminuyen o suprimen el dolo o la culpa, aumentan por lo mismo, disminuyen o suprimen la imputabilidad del delito" (canon 2199). "Son incapaces de delito los que en el momento de obrar carecen del uso de su razón". "Los que están habitualmente locos aunque de cuando en cuando tengan intervalos lúcidos, o aunque en ciertos y determinados racionios o actos parezcan cuerdos, se presume, sin embargo, que son incapaces de delito" (canon 2201).

El derecho canónico además contempla, como lo hace la escuela clásica, formas disminuidas de la imputabilidad, o simiimputabilidad, que atenúan pero no suprimen la intensidad de la referencia subjetiva de la acción con respecto al autor, lo cual se traduce en disminuciones de las consecuencias punitivas.

La idea de la imputabilidad en esta concepción alude al momento de la acción; la imputabilidad resulta referida a la acción en cuanto a su condicionamiento síquico o subjetivo. Porque como los calificativos de doloso y culposo solamente atañen a la realización antijurídica, la valoración subjetiva se refiere al

fenómeno de la autodeterminación intelectual y volitiva del autor. Por ello en las ideas canónica y clásica es clarísima la imputabilidad cuando se trata del fenómeno de la *actio liberae in causa*.

### 3. IDEA POSITIVISTA

El Maestro FERRI sostenía a propósito de la referencia subjetiva o síquica en la acción delictiva: "sostenemos nosotros (en el área científica de *jure condendo*) que la responsabilidad debe ser afirmada sin tener en cuenta la condición psicológica de normalidad moral en el delincuente"<sup>1</sup>. Sostiene el Maestro, al discutir ampliamente los conceptos de imputabilidad e inimputabilidad, que "el principio de la responsabilidad legal respecto a todo el que haya cometido un delito, por ser este la expresión de su personalidad, normal o anormal, en plena madurez o no, asienta la justicia penal sobre una base evidente e inmutable, superior a toda contienda o logomaquia de acusación y defensa. Y provee por ello a una defensa social más eficaz, distinguiendo a los autores de un hecho delictivo no en imputables e inimputables, sino solo en más o menos peligrosos, pero todos responsables frente a la sociedad y la ley"<sup>2</sup>. Se trata de la sustitución de la responsabilidad moral por la responsabilidad social. De esta manera desaparece el concepto de pena y se reemplaza por el universal de medidas de seguridad. Para la escuela clásica y el derecho canónico la secuencia de la acción realizada dolosa o culposamente y que implicaba imputabilidad moral, era la pena, quedando por fuera del derecho penal los incapaces, y sometidos a penas reducidas los que al momento de la acción estaban bajo una "fuerza moral subjetiva" disminuida por cualquier causa. En la escuela positiva desaparece la pena y es sometido a medida de seguridad todo autor, cualquiera que sea la condición síquica en que se encuentre en el momento de la acción; pero la medida o el cuanto de la solución asegurativa se hace depender de la peligrosidad criminal, porque "el delincuente es siempre un ser anormal"<sup>3</sup>.

### 4. IDEA DE VON LISZT

En Alemania VON LISZT sostiene que "el delito es el acto culpable, contrario al derecho y sancionado con una pena" (*Tratado*). Supone el Maestro que la culpabilidad tiene dos títulos: el dolo y la culpa, pero fundando sus estructuras en los aportes intelectivos y volitivos necesarios para que el acto humano sea objeto de pena. Pero admite al lado de las penas las medidas de seguridad para todos aquellos sujetos con limitaciones o supresiones intelectivas o volitivas.

<sup>1</sup> ENRICO FERRI, *Principios de derecho criminal*, Parte primera, "El delincuente", pág. 4<sup>o</sup>.

<sup>2</sup> *Ibidem*, pág. 49.

<sup>3</sup> FERRI, *ob. cit.*, pág. 51.

### 5. EL CÓDIGO ITALIANO

La dirección italiana después de promulgado el Código de ROCCO se desenvuelve sobre la fórmula binaria de la consecuencia de la acción: penas y medidas de seguridad. Que supone la distinción entre imputables e inimputables, reservándose para los primeros las penas y para los segundos las medidas de seguridad. El título IV (arts. 85 a 98) distingue la imputabilidad (capacidad de entender y de querer) de la inimputabilidad (que excluye la capacidad de entender o de querer) y de la semi-imputabilidad (mengua de la capacidad de entender y de querer), para determinar consecuencias distintas: penas para los actos realizados en estado de imputabilidad en forma dolosa o culposa; medidas de seguridad conforme al título VIII. Este modelo fue el adoptado por el Código Penal colombiano de 1936, que en su art. 12 considera que las personas no comprendidas en el art. 29 (imputables) cometen delito a título de dolo y de culpa, acarreado como consecuencia las penas; y las personas comprendidas en el art. 29 (inimputables) son sujetos de medidas de seguridad, así como los menores; se establecen sistemas reguladores del *quantum* de la pena con fundamento en las circunstancias objetivas y subjetivas de la acción, así como en la llamada peligrosidad criminal. La medidas de seguridad suponen la duración necesaria hasta cuando el destinatario de ellas supere las deficiencias síquicas determinantes de su inimputabilidad.

### 6. MEZGER Y WELZEL

La dirección doctrinaria en Alemania ha reconocido la diferencia entre imputabilidad e inimputabilidad. MEZGER en su *Tratado* opina que "es imputable el que posee al tiempo de la acción las propiedades personales exigibles para la imputación a título de imputabilidad". "El inimputable actúa sin culpabilidad. La inimputabilidad no es incapacidad de acción o incapacidad del injusto, o incapacidad de pena, sino incapacidad de culpabilidad"<sup>4</sup>.

WELZEL en su *Derecho penal* (Parte general) supone que "Capacidad de culpa (capacidad de imputación) es, por lo tanto, la capacidad del autor: a) de comprender lo injusto del hecho, y b) de determinar su voluntad, de acuerdo con esa comprensión. La capacidad de culpa tiene, por lo tanto, un elemento adecuado al conocimiento (intelectual) y otro adecuado a la voluntad (voluntativo): los dos juntos constituyen la capacidad de culpa". "Los incapaces de culpa permanecen, por principio, impunes; si son peligrosos, pueden ser internados en un instituto de curación o de asistencia"<sup>5</sup>.

Las ideas sobre la culpabilidad parten del supuesto de ser la imputabilidad un condicionante para su existencia, porque la culpabilidad es entre otras cosas reprochabilidad y solo lo es cuando el autor ha conocido el hecho tanto en su condición típica como en su desvalor jurídico.

<sup>4</sup> EDMUND MEZGER, *Tratado*, págs. 37 y 40.

<sup>5</sup> H. WELZEL, *Derecho penal*, Parte general, cap. II, pág. 20.

## 7. EL TEMA ACTUAL

Superadas para el derecho penal las discusiones sobre el significado y alcance del libre albedrío como base de la imputabilidad, y de la peligrosidad como fundamento de la reacción social punitiva o asegurativa, la cuestión se plantea en el terreno meramente jurídico normativo y en el terreno psicológico. Las posiciones contemporáneas se refieren a estos extremos, para indagar sobre la estructura misma de la imputabilidad desde el plano subjetivo y sobre su significado en cuanto al orden jurídico o normativo.

## 8. SOLER Y NÚÑEZ

El Maestro SEBASTIÁN SOLER enseña que "la imputabilidad puede definirse, en forma absolutamente válida para nuestra ley (se refiere a la Argentina), de acuerdo a la fórmula de MAYER: «Imputabilidad es la posibilidad, condicionada por la salud y madurez espirituales del autor, de valorar correctamente los deberes y de obrar conforme a ese conocimiento». Toda la cuestión referente al libre albedrío queda descartada, porque no se trata aquí de fundar la responsabilidad moral"<sup>6</sup>.

El mismo autor dice luego que "después del análisis hasta aquí realizado, quedan establecidas las condiciones que el sujeto debe reunir para que pueda entrarse a analizar su culpabilidad por la comisión de un delito. Con el estudio de la imputabilidad y de las causas que la excluyen, no hemos hecho más que fijar un presupuesto para que, cuando ella exista, pueda entrarse a considerar si también existe culpabilidad" (ibídem, número 39, 1).

Y RICARDO C. NÚÑEZ en su *Tratado* expresa que la ley argentina exige "como presupuesto de la actuación culpable (dolosa o culposa) la imputabilidad del mismo", refiriéndose al autor. Y agrega que "la imputabilidad es la condición del delincuente que lo hace capaz de actuar culpablemente, vale decir, con dolo o con culpa"<sup>7</sup>.

Considerar la imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad es situarla en el plano de las condiciones del autor, desde el punto de vista subjetivo. Posición correcta porque el delito no se describe como una conducta típica antijurídica, imputable y culpable, sino simplemente como "acción (conducta, acto, comportamiento) típicamente antijurídica y culpable". Esta presentación del fenómeno alude a la conducta que un sujeto puede desarrollar de modo que resulta ser contraria a derecho y reprochable por haber sido generada dolosa (con intención dirigida a producir el resultado ilícito) o culposamente (por no haber previsto el resultado habiendo podido hacerlo evitando así la acción), o por haber obrado temerariamente. La cuestión es conocer la capacidad del autor para obrar dolosa o culposamente. Presupuesto para que nazca la culpabilidad, es que el sujeto sea imputable.

<sup>6</sup> SEBASTIÁN SOLER, *Derecho penal argentino*, t. II, núm. 36, XII.

<sup>7</sup> RICARDO C. NÚÑEZ, *Tratado de derecho penal*, t. II, tít. II, I.

## 9. CUELLO CALÓN

CUELLO CALÓN afirma que "la imputabilidad es el elemento más importante de la culpabilidad, es su supuesto previo, sin aquella no se concibe esta. Se refiere a un modo de ser del agente, a un estado espiritual del mismo, y tiene por fundamento la concurrencia de ciertas condiciones físicas y morales (salud mental y madurez) exigidas por la ley para responder de los hechos cometidos. No exige condiciones de fina y delicada espiritualidad, sino conciencia y voluntad en el grado necesario para que el agente pueda responder de los propios actos. Es la capacidad de conocer y de querer"<sup>8</sup>.

## 10. EL CONCEPTO DE LA IMPUTABILIDAD Y LA DOCTRINA COLOMBIANA

No tiene seguramente demasiada importancia debatir en forma bizantina si la imputabilidad es un presupuesto o un elemento de la culpabilidad, según que respecto a esta se adopte una concepción psicológica o una concepción normativa. Tal parece ser que de todas maneras la doctrina parte del supuesto de que para imponer una pena se requiere que haya existido una conducta, un comportamiento, una acción del hombre; que esa conducta corresponda a la descripción hecha por la ley positiva mediante un tipo penal; que, además, no concurre respecto de ella una causal de justificación y que sea el producto o la consecuencia de una manifestación dolosa o culposa del autor. De la misma manera no parece haber disparidad respecto de que para la imposición de una medida de seguridad, se requiere también un comportamiento, una conducta, una acción; debe ser típica, en orden a poder encuadrarla dentro de los elementos objetivos de un tipo penal; no debe estar justificada (en tanto que los inimputables también pueden obrar conforme a derecho —objetivamente hablando—); y debe ser referida a un autor cuya situación subjetiva o física, recibe conforme a las precisiones legales, la denominación de imputabilidad. Ciertamente no tiene fundamento hacer referencia a la imputabilidad, sin relacionarla como un *præius* del derecho penal en el campo de la culpabilidad. Hablar de los inimputables (imputabilidad) o de los inimputables (inimputabilidad) como un sistema de clasificación de los seres humanos, en abstracto, carece de todo sentido. El problema se plantea únicamente frente al delito. Es entonces cuando en forma hipotética se dice que para que una persona pueda cometer un delito doloso o culposo se requiere que sea imputable; también se dice que si una persona ha realizado una acción dolosa o culposa descrita como delito en la ley, es punible; lo cual quiere decir que si lo es, es porque cuando determinó el resultado antijurídico era imputable. Puede ser que en el juicio de valor sobre la culpabilidad *a posteriori* de la acción, cuando no concurre una causa excluyente de la imputabilidad, se comprenda como incluida dentro del concepto de dolo y de culpa la estructura misma de la imputabilidad; pero es evidente que el juicio hipotético

<sup>8</sup> EUGENIO CUELLO CALÓN, *Tratado...*, t. I, cap. XXVI, II.

de referencia, para que pueda concebirse la acción típicamente antijurídica y culpable, implica el presupuesto subjetivo de la imputabilidad en orden a legislar las penas, establecer su graduación, determinar su fundamento.

RODRÍGUEZ MUÑOZ dice que "la culpabilidad es, según WELZEL, «la responsabilidad personal por el acto antijurídico. El autor es personalmente responsable cuando a pesar de conocer o haber podido conocer la desaprobación de su acto por el derecho, se resuelve a ejecutarlo, siendo así que precisamente en virtud de tal conocimiento hubiese podido abstenerse». La culpabilidad tiene como presupuesto la imputabilidad o capacidad de culpabilidad; y como juicio desvalorativo, de reproche personal, comprende la conciencia de la antijuridicidad del acto. La culpabilidad falta totalmente en los casos de inimputabilidad y en los supuestos en que, no obstante ser imputable el sujeto, el desconocimiento de la antijuridicidad era inevitable para él"<sup>9</sup>.

La doctrina colombiana ha venido finalmente a coincidir sobre los términos del delito. El movimiento que se inició en 1963 con la aparición de nuestra obra *Curso de derecho penal general*, ha cobijado ya casi la totalidad del pensamiento en la doctrina nacional admitiendo el delito como la acción típicamente antijurídica y culpable. La ya rica bibliografía colombiana acepta los términos de imputabilidad e inimputabilidad como fundamento de las penas y de las medidas de seguridad. Dijimos en 1963: "por imputabilidad entendemos precisamente la capacidad de entender y de querer, es decir, la posibilidad de atribuirle a una persona un resultado a título de dolo o de culpa. En otros términos, es la capacidad de ser culpable, de actuar dolosa o culposamente; mientras la culpabilidad es el juicio sobre la conducta, la imputabilidad es el juicio sobre la capacidad del sujeto. La imputabilidad es un presupuesto de la culpabilidad, ya que solamente puede ser culpable el que es imputable. El loco, el niño, el que obra en estado de inconciencia o de perturbación mental permanente o transitoria, no actúa culpablemente, es decir, con dolo o culpa, porque no es imputable"<sup>10</sup>.

El profesor REYES ECHANDÍA afirma que la imputabilidad es "la capacidad de la persona para conocer y comprender la antijuridicidad de su conducta y para autorregularse de acuerdo con esa comprensión"<sup>11</sup>. El profesor REYES se adentra bien en la precisión del concepto de capacidad de ser culpable. La definición toma justamente las estructuras subjetivas del dolo y de la culpa para darle significado a la imputabilidad. Asume el condicionamiento intelectual (conocimiento) y el volitivo (autorregulación o autodeterminación), que son justamente el núcleo del dolo y de la culpa.

El juicio sobre el autor desde el punto de vista subjetivo para atribuir la conducta a título de dolo o de culpa, no hace referencia ni a la libertad (libre albedrío) ni a la peligrosidad, sino a la posibilidad real de que el autor haya podido comprender la naturaleza de la acción, conocer su ilicitud y determinarse de acuerdo con esa comprensión.

<sup>9</sup> RODRÍGUEZ MUÑOZ, *La doctrina de la acción finalista*, 2ª parte, núm. 4, F.

<sup>10</sup> BERNARDO GAITÁN MAHECHA, *Curso...*, cap. x.

<sup>11</sup> ALFONSO REYES ECHANDÍA, *La imputabilidad*, 1976, pág. 31.

Ciertamente lo que interesa es conocer la estructura de la conducta culpable desde el punto de vista psicológico, para saber si se ha generado con dolo o culpa. Por ello, en un todo de acuerdo con el profesor REYES, expusimos: "La cuestión de fondo radica en lo que entendemos por imputabilidad; si definido este punto resulta que sin imputabilidad no hay culpabilidad, esta será la consecuencia necesaria del concepto adoptado; que esa conclusión conduzca a situar la imputabilidad como presupuesto o como elemento de la culpabilidad es algo que probablemente tenga más importancia formal que sustancial"<sup>12</sup>.

Algunos autores, entre ellos FEDERICO ESTRADA VÉLEZ, sostienen que conforme a la legislación colombiana de 1936 (ley 95), el concepto de imputabilidad nada tiene que hacer porque "adoptado el criterio de la responsabilidad social o legal (art. 12) la imputabilidad nada tiene que ver con la responsabilidad penal, la que existirá siempre, sea el sujeto imputable o inimputable"<sup>13</sup>. Sin embargo, la estructura legal del Código de 1936, al establecer normas y medidas de seguridad, y al determinar que las infracciones de las personas no comprendidas en el art. 29 son dolosas (intencionales) o culposas, demanda la indagación del título de las penas y de las medidas de seguridad, viniendo así por la vía dogmática a establecerse que por encima de tal responsabilidad legal o social se conservó o introdujo en 1936 en el Código Penal la solución binaria con fundamento en la imputabilidad y en la inimputabilidad. Porque de otra manera carecería de sentido la punibilidad. Igual ocurre con el régimen de menores, para quienes las leyes especiales establecen medidas de seguridad.

El profesor LUIS CARLOS PÉREZ sostiene que "el delito es imputable: 1) a los normales de la mente, mayores de 18 años, a título de dolo o de culpa; 2) a los anormales, sin considerar ninguna de estas dos modalidades. Su propia anomalía, desenvuelta externamente en un plano antijurídico, es fuente de responsabilidad"<sup>14</sup>. Aquí en esta referencia vemos que el concepto de imputabilidad se refiere a la imputación, o sea al poder atribuir a una persona un resultado como a su autor; el delito como acción puede ser cometido o por un normal o por un anormal. Pero, como se viene indicando, la doctrina de la imputabilidad la considera como un presupuesto de la culpabilidad y así el inimputable no comete delito porque no desenvuelve conducta dolosa o culposa. En consecuencia, la medida de seguridad, si bien es una forma de reacción social contra la acción ilícita del anormal, no lo es con fundamento en la imputabilidad, sino al contrario.

## 11. UBICACIÓN

Si situamos correctamente la ecuación y examinamos bien el contexto del delito y de la acción del inimputable, podríamos decir que delito + conducta +

<sup>12</sup> A. REYES E., ob. cit., pág. 35.

<sup>13</sup> F. ESTRADA VÉLEZ, *Manual...*, Parte quinta, cap. II, 4.

<sup>14</sup> L. C. PÉREZ, *Tratado de derecho penal*, vol. IV, Parte general, 1959, pág. 266.

tipicidad + antijuridicidad + culpabilidad = responsabilidad (pena y obligación civil de indemnizar).

La culpabilidad en este contexto significaría un proceder doloso o culposo, presupuesta la imputabilidad. Por cuanto nace de la acción típica y antijurídica del inimputable podría presentarse así: acción + tipicidad + antijuridicidad + causa excluyente de imputabilidad = responsabilidad (medida de seguridad e indemnización). Aquí nos hallamos ante un concepto de responsabilidad que no es otra cosa que la obligación de someterse a las consecuencias de la ley; al igual que lo es el título de la indemnización civil. Esta manera viene a ser realmente la explicación dogmática del sistema legal colombiano.

En el anteproyecto de Código Penal (1974) presentamos el problema de la imputabilidad, pero describiendo, no como hace el Código italiano al imputable, sino indicando quiénes son inimputables. Esta postura tiene un sentido muy adecuado, en cuanto la imputabilidad como se ha dicho es presupuesto de la culpabilidad. En efecto, si con respecto a una acción típica y antijurídica no se presenta en el autor ninguna situación de inimputabilidad, solamente procede el análisis de la especie de culpabilidad que corresponda. O sea que, así como en relación con la antijuridicidad esta viene implícita en la tipicidad y solamente se excluye si se demuestra una causal de justificación, en la conducta típica y antijurídica va implícita la culpabilidad, a no ser que se demuestre una causa excluyente de la culpabilidad (caso fortuito, fuerza mayor, coacción, error de hecho, error de prohibición), o una causa excluyente de la imputabilidad (inmadurez psicológica, perturbación mental, sordomudez, o situación de cultura en el caso de los indígenas).

El profesor ROMERO SOTO decía a este propósito: "En el proyecto que ha presentado el doctor GAITÁN MAHECHA, encuentro una posición muy práctica, cual es la de no definir la imputabilidad, sino la de relacionar quiénes deben ser tratados como inimputables, con el fin de sortear la problemática que ha sido planteada y que aparece de relieve, por ejemplo, en el Código Penal italiano, en el que se señaló en su artículo 85 que es imputable todo aquel que tiene capacidad de comprender y de querer, sin que se pueda entender, exactamente, a qué clase de comprensión se refiere la norma, es decir, si hace mención de la comprensión de la índole ilícita de su actuar, o una comprensión más genérica del mundo externo que lo rodea; y sin que se pueda entender de qué clase de querer se ocupa, si a (*sic*) la capacidad que tiene un individuo de inhibir, de controlar sus propios impulsos para dirigirlos a uno y otro sentido, o a (*sic*) una singular y bien determinada tonalidad afectiva relacionada con el acto delictuoso en sí"<sup>15</sup>.

De esta manera, partiendo del concepto de que la imputabilidad es presupuesto de la culpabilidad, en la ley lo que procede es indicar los casos que se reconocen como de inimputabilidad a fin de establecer las consecuencias.

La capacidad que se expresa mediante la imputabilidad alude al componente intelectual y volitivo necesario para que la conducta pueda manifestarse en

forma dolosa o culposa. La función de la inteligencia es, de una parte, representar mediante la sensopercepción la realidad objetiva del hecho y los medios para causarlo, y, de otra, comprender su ilicitud. La función de la voluntad es autodeterminar la acción externa capaz de producir el resultado.

Es obvio que en función de esta estructura pueden darse fenómenos que alteren el funcionamiento normal del entendimiento y de la voluntad, o de uno de ellos, pero sin que pueda afirmarse que tales fenómenos han creado una situación anormal de los mecanismos intelectivos y volitivos. Cuando esto ocurre es cuando nacen las causas excluyentes de la culpabilidad. En efecto: en el caso fortuito se parte de la base de que la persona normal no estuvo en posibilidad de representar el hecho; en la fuerza mayor el agente se halla ante una circunstancia externa irresistible; en la coacción la acción ajena impide a la voluntad manifestarse autónomamente; en el error de hecho el autor hace una representación errónea de la realidad; en el error de prohibición se equivoca respecto de la valoración jurídica. En todos estos casos el agente es imputable, pero el funcionamiento normal del entendimiento y de la voluntad ha estado impedido por causas externas a ellos.

Pero también pueden darse fenómenos endógenos que hacen que la comprensión de la realidad, desde el punto de vista intelectual, o de la ilicitud, esté sujeta a alteraciones que implican anormalidad; igual ocurre con la volición. Los numerosos casos de trastornos mentales, o enfermedades mentales, o perturbaciones mentales, de los cuales se ocupa la psiquiatría, caben aquí como manifestación de la inimputabilidad que debe ser reconocida en cada caso: por medio de la peritación médica y en función del comportamiento mismo del autor, cuya valoración compete al juez. Las deficiencias debidas a la inmadurez psicológica (minoridad) que si bien varían de un sujeto a otro, la ley se encarga de limitarlas en el tiempo indicando la edad desde la cual a la persona se le considera plenamente imputable. La sordomudez, cuando no puede el sujeto comprender o entender la realidad, ni su significado jurídico, por defectos en los medios de la sensopercepción, requiere calificación caso por caso. El desconocimiento de los valores o patrones culturales, cuando se tienen otros, como ocurre con los indígenas, respecto de los cuales no puede generarse un juicio de reprochabilidad en función de desvalores ajenos a su comprensión.

La inimputabilidad asume así una naturaleza excluyente de la culpabilidad y da lugar a la medida de seguridad cuando el sujeto ha realizado una conducta típica y antijurídica.

Naturalmente en todos los casos y especialmente en el de los menores pueden ocurrir gradaciones en la intensidad con que el fenómeno endógeno se manifiesta. Este tema ha permitido hablar de imputabilidad plena, imputabilidad disminuida, semiimputabilidad, y en algunas legislaciones se aplican consecuencias diversas. No parece sin embargo que la cuestión deba resolverse en función de los criterios mismos de las estructuras intelectual y volitiva, cuando puede solucionarse con un sistema de graduación en las consecuencias. Así como para la pena se establecen circunstancias agravantes y atenuantes, la medida de seguridad debe tasarse de conformidad con el grado de inimputabilidad, sin recurrir a fórmulas intermedias de reconocimiento anticipado.

<sup>15</sup> Actas, pág. 289.

## 12. ESTADOS EMOCIONALES Y PASIONALES

Considerando el funcionamiento normal de las manifestaciones subjetivas del entendimiento y de la voluntad, pueden verse y conocerse reacciones propias y naturales de la personalidad, las cuales de ninguna manera significan anomalía. Es el caso típico de las emociones y de las pasiones. Es probable que la persona tenía más o menos control síquico sobre ese tipo de manifestaciones, generalmente causadas por comportamientos endotímicos, pero sin que la fórmula del comportamiento incida sobre la existencia de la capacidad de comprender y de determinarse. Entran en juego también los caracteres y los temperamentos: irascibles, celosos, apasionados, sectarios, ilusos, escépticos, y así sucesivamente en una lista interminable de denominaciones. "Cuando en psicología hablemos de carácter, será sobre la base de una distinción entre la vida síquica actual, los estados y los procesos síquicos dados en cualquier momento y la propensión habitual, relativamente constante, pero distinta de uno a otro hombre, para determinar formas de comportarse, de responder, de reaccionar síquicamente. Las disposiciones se conciben como rasgos habituales del tipo de vivencia, que se repiten en el flujo de los acontecimientos y determinan la vida síquica en el aquí y el ahora. Por consiguiente, en sentido caracteriológico, se comprende bajo el nombre de disposición, la propensión o inclinación a experimentar determinadas vivencias síquicas (maneras de sentir, de actuar) considerando que dicha inclinación no varía a cada momento, sino que tiene siempre una relativa estabilidad, aquella disposición representa una base reaccional y puede ser innata o adquirida —como en el caso del niño que se ha quemado y tiene horror al fuego—. Las disposiciones no se pueden averiguar de un modo inmediato, sino por inferencia, partiendo de las reacciones siempre repetidas del individuo. La relación que hay entre los acontecimientos síquicos actuales y las disposiciones se expresa de la manera más elocuente cuando decimos: las disposiciones se hacen patentes en la vida síquica actual"<sup>16</sup>.

El derecho penal ha afrontado este problema y ha creado las estructuras normativas de la graduación punitiva teniendo en cuenta la personalidad del agente, los motivos determinantes, las circunstancias objetivas. En ocasiones por medio de disposiciones especiales, como ocurre cuando trata el problema de la ira, otras veces por medio de reglas generales que permiten la solución caso por caso. El carácter, el temperamento como expresiones de la personalidad, no se toman como factores que incidan sobre la imputabilidad en sus estructuras simples de representación, comprensión y volición, sino como términos para establecer la adecuada proporcionalidad entre el delito y la pena.

Y está bien que así sea. Introducir al presupuesto de la culpabilidad calificaciones respecto de sus manifestaciones y formas, es adentrarse en un mundo de formidables relativismos que hacen completamente nugatoria la misión protectora del derecho penal; pero al mismo tiempo es anular la fuerza preventiva de las normas punitivas en función del comportamiento.

<sup>16</sup> PHILIPP LENSCH, *La estructura de la personalidad*, t. I, pág. 37.

## 13. ACTIO LIBERAE IN CAUSA

Se presenta el fenómeno de que una persona con capacidad para entender la naturaleza del acto, comprender su ilicitud y determinarse de acuerdo con esa comprensión (imputable), se coloca voluntariamente en estado de inimputabilidad. Y esto puede surgir por dolo o culpa del agente. Es el caso de una inimputabilidad preordenada al delito. Necesariamente se presenta en estos casos una especie de *conditio sine qua non*, en virtud de que la causa de la inimputabilidad es el acto doloso o culposo del agente. Seguramente este tema podría plantearse como ejemplo de un típico *versari in re illicita* en cuanto se da la condición de previsión por parte del entendimiento cuando se procede dolosamente a la situación de inimputabilidad; o cuando se tiene la temeridad de realizar la acción que genera la inimputabilidad derivándose de ella *a posteriori* el resultado antijurídico. En estos casos la inimputabilidad predispuesta asume la condición de medio o condición de la acción tal cual esta ha sido realizada. En el proyecto de 1974 la Comisión resolvió así el tema: "Cuando el agente hubiere provocado un trastorno mental responderá por el dolo o culpa en que se hallare respecto del hecho punible, en el momento de colocarse en tal situación". O sea que el trastorno mental provocado y dirigido a la comisión de un delito no suprime la culpabilidad, porque en esa situación el que es causa de la causa es causa de lo causado. Tampoco si el agente estaba en culpa con prevención o representación.

## 14. EMBRIAGUEZ

En el proyecto colombiano de 1978 se introdujo, a diferencia del proyecto de 1974 y del Código vigente, una norma sobre embriaguez del siguiente tenor: "La embriaguez ocasionada por el alcohol o por cualquiera otra sustancia o droga, que produzca enfermedad mental, excluye la imputabilidad si se origina en caso fortuito o fuerza mayor. En este supuesto no habrá lugar a la imposición de ninguna medida de seguridad". "La que no dependa de esta causa, no excluye la imputabilidad, ni se tendrá como circunstancia de atenuación de la pena". "Si se tratare de embriaguez preordenada, la pena correspondiente se aumentará hasta en una tercera parte". Tanto en el Código Penal vigente como en el proyecto de 1974, únicamente se hizo referencia a la embriaguez voluntaria como atenuante de la pena cuando el agente no haya podido prevenir sus consecuencias.

La cuestión de la embriaguez, jurídicamente se manifiesta de tres modos: a) embriaguez de persona imputable, en forma voluntaria, sin previsión de las consecuencias; b) embriaguez de persona imputable, con previsión de las consecuencias; c) embriaguez de persona imputable en forma involuntaria (caso fortuito, fuerza mayor); d) embriaguez de un inimputable, voluntaria o involuntaria.

Obviamente de conformidad con la estructura de la imputabilidad y esta como presupuesto de la culpabilidad, las soluciones son clarísimas. En el caso a)

existe una *actio liberae in causa*, pero dentro de la categoría de culpa sin previsión, que merece pena atenuada; en el caso b) también existe un fenómeno de *actio liberae in causa*, pero con las siguientes variantes: 1) en forma culposa cuando se trata de una situación en la cual el agente previó las posibles consecuencias pero temerariamente obró en la confianza de que nada pasaría; la solución no puede ser otra que la de una pena agravada; 2) en forma dolosa cuando el agente preordenó la embriaguez para obrar en tal situación; el caso se resuelve dentro de la pena para el acto doloso, pero con la agravación correspondiente. En el caso c), no existiendo *actio liberae in causa* y siendo la persona imputable, el problema viene a ser un típico asunto de trastorno mental transitorio, que no apareja consecuencias punitivas, ni medidas de seguridad. En el caso d) el tratamiento del problema cabe dentro de las soluciones a las acciones de los inimputables. Así, pues, parecería no ser indispensable incluir norma alguna sobre la embriaguez, si se hallan correctamente resueltas en las normas las situaciones de *actio liberae in causa*, trastorno mental transitorio, inimputabilidad y causas que la determinan, siendo necesaria, eso sí, la fijación de las agravantes y atenuantes habida consideración de la forma de la causa de la embriaguez en el sujeto imputable. Es necesario, por último, considerar que la embriaguez puede ser simplemente aguda, y entonces caben las referencias arriba apuntadas, o puede ser crónica que genere imputabilidad por alteraciones de los mecanismos intelectivos o volitivos, pero en este caso aparece el tema de la inimputabilidad (trastorno mental crónico).

Así las cosas, la fórmula propuesta en el proyecto de 1978 solamente requería de algunas precisiones si se adoptaba la técnica de incluir normas específicas sobre embriaguez, por fuera de las normas generales de la imputabilidad y la inimputabilidad. El Código de 1980 no se ocupó de la embriaguez en la parte general. Luego veremos su tratamiento.

#### 15. EL TRASTORNO MENTAL TRANSITORIO

Ante la ausencia de un tratamiento adecuado por parte de la doctrina y la legislación colombianas, propusimos en nuestra obra *Curso de derecho penal* (1963) la inclusión dentro de la llamada sugestión patológica del art. 23 del Código Penal, del problema del trastorno mental transitorio, como circunstancia de inimputabilidad, bajo las siguientes condiciones: a) que produzca una total o completa perturbación de la inteligencia o de la voluntad; b) que desaparecida la causa no deje rastro alguno en el siquismo del agente, es decir, que recobre su plena imputabilidad; c) no debe ser buscado de propósito, puesto que en tal caso sería una *actio liberae in causa*.

En el proyecto de 1974 se incluye el trastorno mental transitorio de la siguiente manera: *Art. 39.* "Salvo los casos especialmente previstos, si el estado de inimputabilidad se debiere a trastorno mental transitorio en persona que no sufra de anormalidad síquica y no quedaren como secuela de él perturbaciones mentales, no se aplicará medida alguna, sin perjuicio de la correspondiente responsabilidad civil".

En el proyecto de 1978 se menciona el fenómeno bajo la denominación "enfermedad mental transitoria", pero se le impone medida de seguridad no inferior a 6 meses. Lo cual indica separarse abiertamente del tratamiento que en general le da la doctrina al problema del trastorno mental transitorio.

Ya CARRARA había dicho que "la duración mayor o menor de la alteración morbosa nada influye sobre la imputabilidad, siempre que el acceso sea concomitante a la acción criminal; por lo cual aun un furor transitorio puede excluir enteramente la responsabilidad por los actos propios"<sup>17</sup>. Lo fundamental en la doctrina es que el llamado por ella *trastorno mental transitorio* debe asentarse sobre una base patológica, pero, como su nombre lo indica, de duración determinada, y con respecto a una sigue normal antes del episodio y que posteriormente a él retorne a la normalidad. Esto para que no se confundan los trastornos mentales transitorios con las alteraciones síquicas de las pasiones y de las emociones, cuyo efecto ya examinamos más arriba.

Es necesario darle al problema de la locura transitoria un tratamiento legal, acorde con su naturaleza como causa excluyente de la imputabilidad, que implica alteración patológica de la conciencia, que no deja consecuencias cuando desaparece la causa, que implica un responsable dictamen pericial y que no debe excluir la responsabilidad civil.

#### 16. EL CÓDIGO PENAL DE 1980 (DECRETO 100) Y LA IMPUTABILIDAD

*Concepto.* El decreto 100 de 1980 (Código Penal) resuelve el tema de la imputabilidad situándola como presupuesto de la culpabilidad. En efecto, se considera como inimputable a 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 (art. 31).

Se supone así que cuando el autor dispone de esa capacidad puede ejecutar acciones (conductas) dolosas o culposas o preterintencionales (art. 35); porque el dolo es la actividad realizada con el conocimiento y significación de la ilicitud del hecho y la capacidad de determinarlo con esa comprensión, de manera autónoma; esa actividad, además, envuelve la previsión del resultado como posible, de manera que comprende el proceder doloso eventual. La culpa se concibe como la previsión de lo previsible y el obrar no obstante esa previsión, o la imprevisión de lo que era previsible (negligencia). Y la preterintención supone la previsibilidad del resultado que llega a exceder la intención inicial del agente (arts. 36, 37 y 38).

Solamente el que es imputable puede obrar culpablemente, o sea a título de dolo o a título de culpa.

La culpabilidad supone en el autor entendimiento para representar y prever, y voluntad para autodeterminar la acción. Así, el agente es culpable a tí-

<sup>17</sup> F. CARRARA, *Programa*, § 249, 3°.

tulo de dolo cuando realiza una conducta de hacer o de no hacer, que produce una mutación en el mundo exterior, mutación de orden material y de orden jurídico; tal conducta es producto de la voluntad consciente y dirigida por el autor. Y en la culpa el autor es culpable por no prever el efecto nocivo del acto voluntario y autónomo que está realizando, o porque habiendo previsto el efecto nocivo, confía imprudentemente en que no se produzca.

Todo esto supone como presupuesto la imputabilidad. Y la estructura de la culpabilidad es capacidad de entender y de querer. Capacidad de entender la acción que se está realizando, su ilicitud y capacidad de generarla en forma autónoma.

De esta manera se explican las causas que excluyen la culpabilidad; unas porque excluyen el entendimiento (la representación), otras porque excluyen la autonomía de la voluntad. Así el caso fortuito excluye la posibilidad de la representación; la fuerza mayor afecta la libre determinación; la insuperable coacción ajena la posibilidad de autodeterminar la conducta; el error, la representación de la ilicitud, ya sea por razón de la creencia en la licitud de lo que se está haciendo o en el error de tipo, ya sea integral (totalidad de la incriminación) o parcial (elementos objetivos del tipo).

*Inimputables.* Son inimputables, de acuerdo con el decreto 100 de 1980 (Código Penal), los menores de 16 años que quedan sometidos a jurisdicción y tratamiento especiales (leyes de menores).

Los inimputables que lo sean por trastorno mental de carácter crónico o permanente (incluyendo a los sordomudos que no puedan captar los conceptos de ilicitud) quedan sometidos a las medidas de seguridad establecidas en los arts. 93 a 102.

Aunque el Código no habló de los indígenas, es decir, no dio pauta acerca del problema de la imputabilidad por razones culturales, sin embargo dejó al criterio del juez el establecimiento de medidas de seguridad para ellos, si se tiene en cuenta el art. 96, especialmente el inciso final de esta disposición.

*Actio liberae in causa.* El problema de la *actio liberae in causa*, supone que en el momento de la acción el agente es inimputable pero preordenó su acción al hecho punible. De esta manera es plenamente culpable. Así lo determina el art. 32 que establece: "Cuando el agente hubiere preordenado su trastorno mental responderá por el dolo o culpa en que se hallare respecto del hecho punible, en el momento de colocarse en tal situación".

*La embriaguez crónica o consuetudinaria.* En la medida en que haya determinado situación e inimputabilidad, implica medidas de seguridad.

*La embriaguez aguda o transitoria (episódica).* Inexplicablemente no se dijo nada en la parte general sobre la embriaguez aguda y voluntaria, como lo hacía el Código de 1936 al considerarla como causa de menor peligrosidad (art. 38, numeral 5). El vacío de la norma no puede conducir a la idea de que al borracho necesariamente se le dé un tratamiento de trastornado mental para excluirlo de toda responsabilidad. Se desprende lo anterior de que no obstante no haberse hecho alusión a la embriaguez en la parte general, con respecto al tipo penal culposo de homicidio se le incluyó como causa agravante, al tenor

del art. 330 del Código Penal que dispone: "La pena prevista en el artículo anterior se aumentará de una sexta parte a la mitad, en los siguientes casos: 1º) Si al momento de cometer el hecho el agente se encontraba bajo el influjo de bebida embriagante o de droga o sustancia que produzca dependencia física o síquica...". Esta norma está indicando que no se le da a la embriaguez episódica y voluntaria tratamiento excluyente, sino, por el contrario, agravante; y si así ocurre en materia de culpa, tanto más si se trata de hecho punible o doloso. Además, hay que tener en cuenta que el Código Civil en su art. 2345 mantiene la norma de que "el ebrio es responsable del daño causado por su delito o culpa".

*Las emociones y pasiones.* Conservan el mismo tratamiento que en el Código de 1936 así: *Art. 60.* "El que cometa el hecho en estado de ira o de intenso dolor, causado por comportamiento ajeno grave e injusto, incurrirá en pena no mayor de la mitad del máximo, ni menor de la tercera parte del mínimo de la señalada en la respectiva disposición". *Art. 64.* "Atenuación punitiva... Son circunstancias que atenúan la pena, en cuanto no hayan sido previstas de otra manera:... 3º) Obrar en estado de emoción o pasión excusables o de temor intenso".

*El trastorno mental transitorio.* Dice el art. 33 del nuevo Código Penal: "...Si la inimputabilidad proviniera exclusivamente de trastorno mental transitorio no habrá lugar a la imposición de medidas de seguridad, cuando el agente no quedare con perturbaciones mentales, sin perjuicio de la responsabilidad civil a que hubiere lugar".

Se requiere dentro del proceso que se determine por peritos que en efecto hubo solamente trastorno mental transitorio y que no quedan consecuencias. De lo contrario se aplica el art. 95. Es forzosa la indemnización civil.

## 17. CONCLUSIONES

1) El delito es acción típicamente antijurídica y culpable. La culpabilidad se coloca después de la antijuridicidad porque solamente se puede predicar de lo ilícito, y así, la culpabilidad se manifiesta en las formas del dolo y de la culpa, que suponen ambas la imputabilidad del autor.

2) La imputabilidad es la capacidad de la persona para conocer y comprender la naturaleza del hecho, su ilicitud y autodeterminarse de acuerdo con esa comprensión.

3) Las causas que excluyen la imputabilidad son la inmadurez psicológica (minoridad), que debe ser determinada en la ley fijando el límite de la misma; la perturbación mental permanente o crónica, bajo cualquiera de las denominaciones psiquiátricas, determinada por la peritación médica y sujeta a las medidas de seguridad pertinentes; la sordomudez cuando por razón de ella el sujeto no puede comprender la naturaleza de su acción ni su ilicitud, procediendo igualmente medidas de seguridad; situación cultural, causa que es específica dentro de nuestro medio por la existencia de la población nativa o indígena, y para quien la ley debe recomendar medidas especiales.

4) La inimputabilidad determinada por *actio liberae in causa* no se considera como eliminatória de la culpabilidad y por el contrario esta se conserva plenamente. La embriaguez aguda voluntaria no elimina la culpabilidad aunque altere de alguna manera el siquismo. Las emociones y las pasiones, son circunstancias que inciden sobre la punibilidad mas no sobre la imputabilidad.

5) En caso de trastorno mental transitorio, o sea, una inimputabilidad sobreviniente en una persona imputable, que desaparece sin dejar huella, pero de base patológica, es causa excluyente, pero no de responsabilidad civil.

6) Las causas que excluyen la culpabilidad suponen la imputabilidad, de modo que obran únicamente sobre la representación y la volición, como expresiones inadecuadas de las mismas por causas externas o exógenas y son el caso fortuito, la fuerza mayor, la coacción, el error de hecho y el error de prohibición.

## LA RESTITUCIÓN DEL OBJETO COMO CAUSAL DE ATENUACIÓN EN LOS DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO ECONÓMICO

Doctor JOSÉ LIBRADO VÁSQUEZ  
Fiscal 4º del Tribunal Superior de Medellín

Ministerio Público  
Fiscalía Cuarta del Tribunal

Medellín, setiembre 21 de 1981

Señores magistrados:

La señorita Juez Promiscuo del Circuito de Santa Bárbara decidió negar la excarcelación de José Adán Victoria, llamado a responder por el delito de hurto cometido en perjuicio de Manuel José Osorio Botero.

Las razones expuestas por la funcionaria *a quo* radican en el tenor literal de la disposición que podría dar lugar a la pretendida libertad. En efecto, el art. 374 del actual Código Penal exige la restitución del objeto materia del delito o su valor, y la indemnización de los perjuicios ocasionados al ofendido. El art. 429 del anterior Código permitía que se cumpliera uno de los dos comportamientos para ser merecedor de la rebaja.

Este derecho, como la eventual liberación del procesado, tenían en la anterior legislación fundamento en que el sujeto revelaba, si cumplía determinados requisitos, una peligrosidad mínima, que le permitía vivir en el seno de la sociedad no obstante que se dedujera legal y plenamente su responsabilidad. No era pues necesaria su segregación para lograr su readaptación social, si con un comportamiento posterior al delito, pero anterior a la sentencia de condena, exteriorizaba un arrepentimiento que lo revelara como menos peligroso.

A nadie escapa que el propósito manifiesto del nuevo legislador fue, antes de acometer la tarea legislativa, desterrar del nuevo Código la peligrosidad. Pero durante dicha tarea se ha venido a revelar que el legislador optó por conservar tal criterio como conveniente, necesario e inevitable y con él animó más de una disposición del nuevo Código, de las cuales son apenas ejemplos los arts. 64 y 66 en cuanto reproducen sustancialmente muchas de las antiguas circunstancias de mayor o menor peligrosidad (hoy con otro nombre); los arts. 68 y 72 en cuanto consideran la personalidad como factor importante para las decisiones que allí se consagran.