

# Comentario

## LA PROBLEMÁTICA DE LA INIMPUTABILIDAD EN LA VIEJA Y EN LA NUEVA JURISPRUDENCIA

NÓDIER AGUDELO BETANCUR  
Profesor de derecho penal en la Universidad de Antioquia

### I. INTRODUCCIÓN

La importancia de las anteriores decisiones reside en el cambio que se produce en la concepción del concepto de imputabilidad en nuestra jurisprudencia. En efecto, de una concepción de imputabilidad que se identificaba con el concepto de responsabilidad propia de la escuela positivista, se llega a una idea de imputabilidad en íntima relación con la culpabilidad, propia de la moderna concepción dogmática del delito. Asimismo, se le llega a concebir como un fenómeno derivado; problematiza sobre la estructura del delito con respecto a los sujetos inimputables; y sobre el reconocimiento de las causales de justificación e inculpabilidad para tales sujetos; se esboza el concepto de trastorno mental transitorio que amerita medidas de seguridad y de trastorno mental transitorio sin secuelas, que no da lugar ni a penas ni a medidas de seguridad.

El presente comentario tiene como objetivo señalar, así sea a grandes rasgos, la trayectoria de nuestra jurisprudencia en el campo de la inimputabilidad, los fundamentos de su concepción en relación con las corrientes clásica y positivista en el derecho penal y señalar así los alcances y proyecciones de la nueva jurisprudencia.

### II. NECESIDAD DE UN REPLANTEAMIENTO CONCEPTUAL Y TERMINOLÓGICO

A mi manera de ver, parte de las inmensas dificultades que existen para comprender y solucionar los problemas relacionados con la imputabilidad en la teoría del delito radica precisamente en la confusión terminológica que existe. Por mi parte, pienso que tales dificultades solo comenzarán a solucionarse en la medida en que se retomen las ideas originarias desde su fuente y se replanteen los problemas, lo cual exige, primero, una depuración de los términos operacionales que se utilizan como vehículos para transmitir el pensamiento que sobre la materia se tenga.

Convencido de lo anterior, me parece que vale la pena recorrer las líneas de pensamiento de las denominadas “escuela clásica” y “escuela positivista” en esta materia, de la mano de sus dos principales epígonos, FRANCESCO CARRA-

RA y ENRICO FERRI, para luego adentrarnos en un breve análisis de las decisiones publicadas.

### III. LA IMPUTABILIDAD COMO ATRIBUIBILIDAD EN LAS ESCUELAS CLÁSICA Y POSITIVISTA

#### 1. Escuela clásica

1.1. *Diferenciación de conceptos en Carrara.* Este autor distingue entre *imputar*, *imputabilidad* e *imputación*. A la palabra *imputar* le daba el significado de "poner una cosa cualquiera en la cuenta de alguien"; por *imputabilidad* entendía "el juicio que hacemos de un hecho *futuro* previsto como meramente posible"; finalmente decía, "*imputación* es el juicio de un hecho ocurrido"<sup>1</sup>.

Siguiendo el criterio de dicho tratadista, resulta un error asimilar los términos anteriores, lo cual es bastante corriente al exponer su pensamiento. Y aquí existe algo importante para reparar: la imputabilidad, según CARRARA, no es una *característica* o *cualidad* del sujeto: es un *juicio*.

1.2. *Imputabilidad e imputación morales, e imputabilidad e imputación social y civil.* Dependiendo de que el *juicio* que atribuye la responsabilidad al agente por el hecho tenga en cuenta el nexo natural entre el hecho y la moralidad del agente, o, por el contrario, tenga en cuenta las relaciones externas del hombre, CARRARA dice que el *predicado* de la imputabilidad o imputación cambiará, y se hablará entonces de imputabilidad e imputación *morales* o de imputabilidad *social* o imputación *civil*<sup>2</sup>.

1.2.1. *Imputabilidad e imputación morales.* La imputación y la imputabilidad morales, como requisito esencial de su existencia exigen que el hombre, que fue causa *material*, haya sido también causa *moral*. CARRARA dice: "Le imputamos moralmente al hombre un hecho del cual fue causa moral, tanto si su acto es indiferente, como si es bueno o si es malvado"<sup>3</sup>. La imputación moral implica que el hombre ha obrado con voluntad inteligente.

1.2.2. *Imputabilidad social.* "Surge cuando se declara que del acto previsto será responsable su autor ante la sociedad. Este juicio se define: *un acto práctico de la autoridad, mediante el cual, previendo la posibilidad de una acción humana, la declara imputable como delito a su autor, por razones de conveniencia social*"<sup>4</sup>.

El juicio de *imputabilidad social* corresponde al legislador. Empero, la autoridad legislativa no puede obrar arbitrariamente en el acto de acriminar, ya que existen reglas absolutas de las cuales el legislador no se puede apartar so pena de tornarse injusto y tirano. Así, para que la autoridad social pueda

declarar que una acción es imputable a un sujeto, deben concurrir los siguientes requisitos:

a) Que le sea imputable moralmente: a nadie se puede pedir cuenta de un hecho del cual solo ha sido causa física, no así causa moral<sup>5</sup>. El hecho debe cometerse con voluntad inteligente y libre.

b) La acción, para ser imputada como delito a quien la cometa, debe poderse imputar como acto reprochable: el legislador no puede acriminar un acto, aun cometido con voluntad inteligente y libre "cuando ese acto haya sido prescrito por una ley superior". "La ley criminal no debe ser en sus preceptos, una repetición de la ley moral y religiosa", pero tampoco puede ir en contra de estas leyes<sup>6</sup>.

c) La acción debe ser dañosa a la sociedad. La sociedad civil tiene como fundamento la necesidad; la autoridad civil tiene como fin la defensa del orden externo y no es función suya "conseguir el perfeccionamiento interno". Ahora bien: la defensa del derecho exige la punición solo de los actos externos y no la de los actos internos con los cuales, solos, no se puede violar el derecho ajeno. La punición debe ser el último medio al cual acuda la autoridad civil para conminar determinadas conductas y tal autoridad no puede confundir el ilícito civil con el ilícito penal<sup>7</sup>.

d) La ley que prohíbe una conducta debe estar promulgada: "a nadie puede atribuírsele la voluntad de violar una ley que no existe o que no conoce"<sup>8</sup>.

Cabe destacar, según lo visto hasta ahora, que el ser *imputable* se refiere a la "acción humana" y no al sujeto que la realiza. En este sentido se referirá a la "acción... declarada por la ley socialmente imputable"<sup>9</sup>.

1.2.3. *Imputación civil.* Esta nace cuando se declara en concreto que determinado individuo es responsable ante la sociedad del hecho sucedido. "Este juicio se define: *un acto práctico de mera jurisdicción del Estado, mediante el cual se interpreta la ley promulgada según los cánones jurisprudenciales, y se juzga un hecho según los criterios lógicos, para declarar que ante aquella ley alguien es el autor responsable de ese hecho*"<sup>10</sup>.

El juicio de *imputación civil* corresponde hacerlo al juez. Ahora bien: "el juicio mediante el cual el juez imputa civilmente a un ciudadano una acción, que ya fue declarada por la ley socialmente imputable, es el resultado de tres juicios diversos. El juez encuentra en aquel individuo la causa *material* del acto y le dice: *tú lo hiciste: imputación física*. Comprueba que aquel individuo realizó ese acto con voluntad inteligente, y le dice: *tú lo hiciste voluntariamente: imputación moral*. Encuentra que aquel hecho estaba prohibido por la ley: *tú obraste contra la ley: imputación legal*. Y solo después que tenga

<sup>5</sup> CARRARA, ob. cit., pág. 37, §§ 11 y 12.

<sup>6</sup> CARRARA, ob. cit., págs. 37 y 38, §§ 11 y 12.

<sup>7</sup> CARRARA, ob. cit., págs. 37 y 38, §§ 11, 13 y 17.

<sup>8</sup> CARRARA, ob. cit., págs. 37 y 41, §§ 11 y 19.

<sup>9</sup> CARRARA, ob. cit., pág. 36, § 8.

<sup>10</sup> CARRARA, ob. cit., págs. 35 y 36, § 6.

<sup>1</sup> FRANCESCO CARRARA, *Programa de derecho criminal*, t. 1, Bogotá, Edit. Temis, 1978, pág. 34, § 2.

<sup>2</sup> CARRARA, *Programa*, t. y ed. cit., pág. 34, § 3.

<sup>3</sup> CARRARA, *Programa*, ed. cit., págs. 34 y 35, § 4.

<sup>4</sup> FRANCESCO CARRARA, *Programa*, t. y ed. cit., pág. 35, § 5. En nota dice que "deklarar politicamente imputable una acción y acriminarla significa lo mismo".

el resultado de estas tres proposiciones, podrá el juez decirle al ciudadano: te imputo este hecho como delito”<sup>11</sup>.

1.3. *La imputabilidad como atribuibilidad en concepto de Carrara.* Creo que los términos *imputar*, *imputabilidad* e *imputación*, equivalen a los de *atribuir*, *atribuibilidad* y *atribución* en la obra de CARRARA, ya se acompañen tales términos al predicado *moral* o al predicado *social* o *civil*. En efecto, imputar sería cargar, achacar o *atribuir* una acción o hecho a un sujeto; la imputabilidad o atribuibilidad sería la posibilidad de atribuir una acción o hecho a un sujeto, en relación con lo cual se hablaría de atribución o atribuibilidad *moral* cuando existiera nexo moral entre acción o hecho y autor, y de *atribuibilidad social* o *atribución civil* cuando la acción esté consagrada como delito y el juez pueda hacer los tres juicios de que se ha hablado: de atribución física, moral y legal.

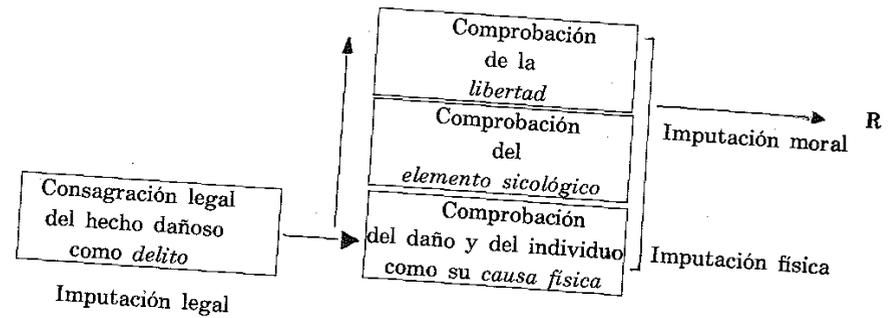
El juicio de responsabilidad penal, según CARRARA, supone primero que todo que la ley penal haya establecido la calidad de criminal para determinada acción y le haya asignado en abstracto o de manera *general*, una pena como consecuencia de su realización; supone que el juez le pueda atribuir en *concreto* la acción físicamente al sujeto y, además, que pueda predicar en ella voluntad inteligente y libre por parte del sujeto.

En CARRARA el ser “imputable” se predica del delito en abstracto o del hecho en concreto, pero no del sujeto que lo pueda llegar a realizar o lo realice. Así, en la definición del delito aparece, entre otras características, la de que sea “*moralmente imputable* y socialmente dañoso”<sup>12</sup>, que es como decir, “*moralmente atribuible*” o achacable. Pero aquí “*moralmente imputable*” es igual a “*moralmente responsable*”. En efecto, dice: “*nadie puede ser políticamente responsable de un acto del cual no sea responsable moralmente*”<sup>13</sup>. O sea que la autoridad civil no puede instaurar un hecho como delictuoso independientemente de su elemento moral, ni el juez puede declarar a nadie responsable ante la ley si previamente no ha comprobado el elemento moral del delito, vale decir, la voluntad inteligente y libre del sujeto en la acción que se juzga.

Así, entonces, solo es legalmente responsable, en grado de poder atribuirse una pena en concreto por parte del juez (imputación civil), quien obró con conciencia y voluntad libre, es decir, quien fue moralmente responsable.

Frente a un hecho dañoso, frente a un sujeto que se juzga, y previamente determinado que el hecho se halla consagrado, en abstracto, legalmente como delito, según CARRARA habría varios niveles de atribución. Así, en primer lugar al sujeto se le atribuiría el hecho *físicamente*; luego, en un segundo nivel de atribución, vendría la averiguación de si en ese hecho existe *elemento sicológico*. Sin embargo, la actividad del juez no se detiene ahí y continúa indagando si en ese elemento sicológico, que implica conciencia y voluntad,

se puede predicar la *libertad*: “Solo después que tenga el resultado de estas tres proposiciones, podrá el juez decirle al ciudadano: te imputo este hecho como delito”<sup>14</sup>, lo cual desemboca en responsabilidad. En el cuadro que sigue pueden verse esos distintos niveles de imputación:



Como puede observarse, el segundo nivel de atribución implica, a su vez, dos comprobaciones: el elemento sicológico y la *libertad* en el obrar.

Un poco más avanzado el *Programa*, encontramos quizá más claramente explicado el asunto poniendo de manifiesto la imprecisión y la confusión terminológica que ya entonces existía. Así, al hablar del estado de necesidad, decía que “la acción cometida en estado de necesidad siempre es imputable como hecho al agente, pero no es imputable como delito”<sup>15</sup>, y expresaba: “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 con los actos cometidos en estado de necesidad; y al decir que no son imputables, no han pretendido proclamar el error de que su autor no es responsable de tales actos, 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*. Si se aceptara la palabra *incriminables* como si designara la *imputabilidad relativa*, se podría decir que esos actos son *imputables*, pero no son *incriminables*, y sería la fórmula más exacta, porque la *no punibilidad* puede derivarse tanto de la no *incriminalidad*, en cuanto el hecho no fue delito por haber sido ejecutado conforme al derecho (*jure*), como porque el hecho no es real-

<sup>11</sup> CARRARA, ob. cit., pág. 36, § 8.

<sup>12</sup> CARRARA, ob. cit., pág. 43, § 21.

<sup>13</sup> CARRARA, ob. cit., pág. 49, § 31.

<sup>14</sup> CARRARA, ob. cit., pág. 36, § 8.

<sup>15</sup> CARRARA, *Programa*, ed. cit., pág. 198, § 288 (con bastardillas en el texto).

mente imputable al agente, por haber sido producido por fuerza mayor o por caso fortuito”.

En resumen: si se me permite, podría decir que en CARRARA no son equivalentes los términos imputar, imputabilidad e imputación. La *imputabilidad* implica un juicio que se hace de un hecho futuro: ante la posibilidad de su realización se declara como achacable a quien lo realice: tal acto práctico corresponde hacerlo al legislador; la *imputación* es el acto concreto de atribuir una acción calificada como delito al sujeto que la realiza cuando se puede predicar una relación material entre él y el hecho y una relación moral que abarca dos facetas: el nexo psicológico y la libertad en el obrar. Este acto práctico corresponde hacerlo al juez.

En este pensamiento clásico, para efectos de la responsabilidad, no basta con el aspecto objetivo del daño. El elemento objetivo del daño es *necesario* para la existencia del delito pero no *suficiente*; también es *necesario* el aspecto subjetivo. En esas imputaciones escalonadas puede observarse una especie de *refinamiento* gradual, que va desde lo más burdo —el aspecto físico, pasando por la comprobación de un nexo psicológico—, hasta llegar al problema de la libertad. Solo entonces se dice que el sujeto es responsable penalmente, pues solo *quien es responsable moralmente es también penalmente responsable*.

El predicado de responsabilidad solo se hace respecto de los sujetos que obran con voluntad inteligente y libre. Los que no obran con esa voluntad inteligente y libre no son moralmente responsables y por consiguiente tampoco son responsables penalmente; y como la responsabilidad penal es un objetivo del derecho penal, el sujeto que no es responsable no interesa al derecho penal y sale de él. Va a ser otra corriente, la positivista, la que sostendrá posiciones antípodas: no es la *libertad* el fundamento de la responsabilidad sino el hecho de *vivir en sociedad*; y todos los sujetos, los libres en el sentido carrariano tanto como los que no lo son, deben quedar comprendidos *dentro* del derecho penal.

## 2. Escuela positivista

2.1. *El fundamento de la responsabilidad en la escuela positivista*. Estudiamos las ideas de la escuela positivista en este particular aspecto, de la mano de ENRICO FERRI, su máximo representante. Como se recuerda, la escuela clásica sigue un método deductivo según el cual se parte de unos postulados generales de los que se deducen conclusiones particulares. Así, el postulado del delito como *ente jurídico* y la *libertad moral* como fundamento de la responsabilidad. Por el contrario, la escuela positivista prohija el método positivo según el cual el criterio de lo verdadero, la medida de lo verdadero, son dados por lo empíricamente observable y comprobable.

FERRI negaría el libre albedrío por ser algo indemostrable<sup>16</sup>, y buscaría una base para el derecho penal evidente e inmutable, según sus palabras, “superior

a toda contienda o logomaquia de acusación y defensa”. La base de la responsabilidad penal sería el hecho de vivir en sociedad. “Viviendo en sociedad, el hombre recibe las ventajas de la protección y de la ayuda para el desenvolvimiento de la propia persona física, intelectual y moral. Por ello debe también sufrir las restricciones y sanciones correspondientes que aseguran aquel mínimo de disciplina social, sin el que no es posible ningún consorcio civil”<sup>17</sup>.

FERRI basó su sistema sobre el *principio de responsabilidad social o legal* cuyo tenor sería el siguiente: “el hombre es responsable siempre de todo acto que realice, solo porque y en tanto vive en sociedad”<sup>18</sup>.

Ahora bien: la sociedad es un organismo que, como requisito de supervivencia, necesita defenderse de quienes la atacan. Ella debe aprestarse a la defensa contra los daños que la turben, independientemente de que quien los ejecuta obre con o sin la pretendida libertad de que hablaban los clásicos. Ante la sociedad todo el que ejecute hechos dañosos “es siempre penalmente responsable, porque el acto es suyo, es decir, expresión de su personalidad, sean cualesquiera las condiciones físico-síquicas en las que ha deliberado y cometido el hecho”<sup>19</sup>.

La sociedad tiene una forma propia de reaccionar en relación con quien la daña: la sanción. Y la forma y medida de la sanción no se condiciona aquí a la *gravedad* del hecho o al fenómeno indemostrado del *libre albedrío*, sino a la mayor o menor potencia ofensiva del sujeto, a la mayor o menor readaptabilidad a la vida social<sup>20</sup>.

FERRI no va a distinguir entre sujetos moralmente responsables (imputables), a quienes se podría atribuir el hecho y exigir responsabilidad por él, y sujetos moralmente irresponsables (inimputables), que serían por tanto penalmente irresponsables y saldrían del derecho penal. En aras de una defensa social más eficaz, distinguiría “a los autores de un hecho delictivo no en *imputables* o *inimputables*, sino solo en más o menos *peligrosos*, pero todos responsables frente a la sociedad y la ley”<sup>21</sup>.

<sup>17</sup> ENRICO FERRI, *Principios de derecho criminal*, Madrid, Edit. Reus, 1933, pág. 225.

<sup>18</sup> ENRICO FERRI, *Principios*, ed. cit., pág. 225.

<sup>19</sup> FERRI, *Principios*, ed. cit., pág. 225.

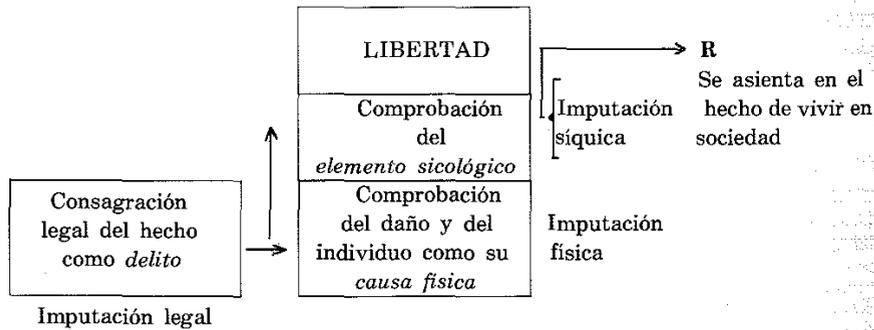
<sup>20</sup> FERRI, *Proyecto de Código Penal de 1921*, art. 20: “Dentro de los límites establecidos por la ley, la sanción se aplica al delincuente según su peligrosidad. El grado de peligrosidad se determina teniendo en cuenta la gravedad y modalidades del hecho delictivo, los motivos determinantes y la personalidad del delincuente”. Tal *Proyecto* puede verse en *Principios de derecho criminal*, ed. cit., págs. 559 y ss. Es de destacarse que en el artículo transcrito se exige la determinación de la pena entre un mínimo y un máximo: “dentro de los límites establecidos por la ley...”, lo cual aparece en este año de 1921 como una morigeración de las ideas positivistas en su concepción original. Así, puede leerse en los *Principios* que FERRI es partidario de la sanción indeterminada: “La pena, como *ultima ratio* de defensa social represiva no debe proporcionarse solo —y en medida fija— a la gravedad objetiva y jurídica del delito, sino que debe adaptarse también, y en primer término, a la *personalidad más o menos peligrosa del delincuente* con la segregación por tiempo indeterminado, esto es, hasta que el reo aparezca readaptado a la vida libre y honesta, de la misma manera que el enfermo entra en el hospital, no por un término de tiempo fijo de antemano —lo que sería absurdo—, sino hasta que se readapte a la vida ordinaria” (pág. 51).

<sup>21</sup> ENRICO FERRI, *Principios*, ed. cit., pág. 222.

<sup>16</sup> ENRICO FERRI, *Sociología criminal*, t. II, Madrid, Centro Editorial Góngora, s. f., págs. 3 y ss.

No hay pues sujetos inimputables en el sistema de FERRI: de la atribución del hecho en su aspecto físico y de la referibilidad síquica, se pasa a predicar la responsabilidad y la sanción que tanto puede ser una multa como una segregación, el destierro, la internación en una casa de custodia, o en un manicomio criminal, etc., según el tratamiento necesitado<sup>22</sup>, pero sin que exista una diferencia *cualitativa* entre las distintas clases de sanciones. No existe diferencia cualitativa entre las penas y las denominadas medidas de seguridad, ni en cuanto al *fundamento* ni en cuanto a la *función*: ambas tienen como fundamento la responsabilidad social o legal y ambas pretenden la readaptación social del sujeto, exterminar su peligrosidad<sup>23</sup>.

2.2. *La imputabilidad como atribuibilidad en la escuela positiva.* A mi manera de ver, también en la escuela positivista la imputabilidad es *atribuibilidad*. En primer lugar se hace la imputación o atribución del acto o hecho al autor, o sea, se carga a la cuenta del sujeto (causalidad física). Después se asciende gradualmente hacia un segundo nivel de imputación: se hace la comprobación de la referibilidad síquica al sujeto. Empero, a diferencia de la escuela clásica, en la que se observan a su vez dos situaciones dentro de este segundo nivel de atribución moral (primero, que exista el nexo; y segundo, que exista libertad), la escuela positivista se contenta con esta primera situación dentro del *segundo nivel*: aquí la satisfacción se encuentra con una atribución menos refinada. No le importa seguir ese proceso de refinamiento en la averiguación de la libertad, pues esta no existe y sobre ella no puede fundamentarse el derecho penal. En el cuadro que sigue se resalta la suficiencia de la *imputación sicofísica*:



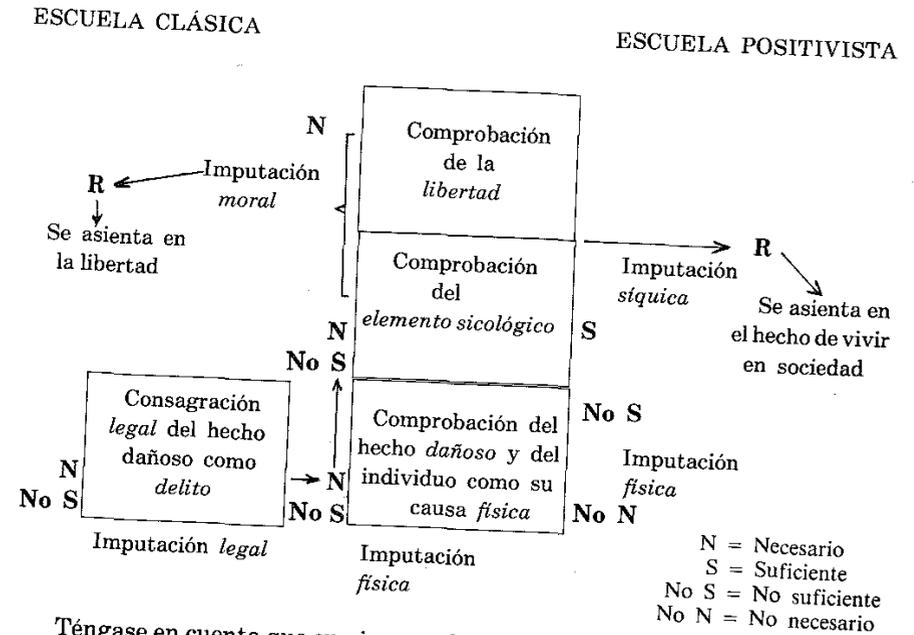
<sup>22</sup> FERRI, *Principios*, ed. cit., págs. 747 y 748, en donde se leen los arts. 39 a 42 del Proyecto, que contemplan las diversas sanciones.

<sup>23</sup> O su temibilidad (*temibilità*) de la que hablaba GAROFALO definiéndola como "la perversidad constante y activa del delincuente; la cantidad del mal previsto que hay que temer por parte del mismo delincuente". (*La Criminología*, Madrid, Ed. La España Moderna, sin fecha, pág. 405).

Téngase presente que en la escuela positivista el "delito es, sobre todo, un síntoma revelador de una personalidad más o menos peligrosa, hacia la que debe dirigirse una defensa social adecuada"<sup>24</sup>. Ahora bien: la manera de enfrentarse a esa peligrosidad es con la sanción, la cual no tiene una finalidad retributiva sino la de eliminar tal peligrosidad. Las penas y las medidas de seguridad no tendrían diferente función y naturaleza, sino que, por el contrario, tendrían un mismo fundamento y una misma finalidad. Que se aplique la pena o la medida de seguridad no depende de que el sujeto haya obrado con o sin la pretendida libertad en el obrar, de que hablan los clásicos, sino de la *necesidad* concreta de tratamiento.

### 3. Comparación de las escuelas

Veamos en un cuadro comparativo lo que viene tratándose respecto de las dos escuelas:



Téngase en cuenta que en ninguna de las escuelas se satisfacen las exigencias de la responsabilidad con la sola comprobación de la materialidad de la infracción o daños: es *necesario* el elemento subjetivo. Al menos en principio, ambas exigen el elemento *material* pero no se quedan ahí. Digo "al menos en principio" y esto necesita la siguiente explicación: también en la escuela positivista se exigió como punto de partida la existencia de una acción *exterior* del sujeto, lo cual constituía el elemento material. Lo que sucede es que esta acción no tenía que ser dañosa para que hubiera lugar a responsabilidad y

<sup>24</sup> FERRI, *Principios*, ed. cit., pág. 49.

podía ser suficiente para la responsabilidad la intención expresada de cometer el delito. Así, en el denominado delito imposible el sujeto realiza "la ejecución de un propósito criminoso, manifestando de esta suerte su propia peligrosidad criminal", dice FERRI. Y continúa: "es indudable, que primero la ley, y el juez después, atendiendo a las circunstancias reales y personales del hecho, deben establecer una sanción represiva para toda ejecución material de un propósito delictuoso" (...)<sup>25</sup>.

Existe una radical diferencia entre las escuelas respecto de la exigencia del daño en el delito: *necesario* en la escuela clásica, no necesario en la positivista. Veamos qué pasa en cuanto al *aspecto subjetivo*: en ambas escuelas se exige el aspecto subjetivo. Este aspecto es *necesario* en ambas, pero sucede que mientras en la escuela clásica tal elemento *no es suficiente*, en la escuela positivista sí puede ser *suficiente*: ya se ha visto otra diferencia respecto de este elemento subjetivo: en la escuela clásica el elemento subjetivo o moral del delito no consiste solo en el mero nexo síquico entre el sujeto y el hecho: es necesaria la comprobación de la libertad. En cambio en la escuela positivista se satisfacen las exigencias de la averiguación del elemento subjetivo con la averiguación de la *referencia síquica*, o *nexo síquico*, después de la comprobación de la atribución física: por eso se habla a cada instante de *nexo sicofísico*.

En resumen: en la escuela clásica el daño es necesario pero no suficiente; también es *necesario* el elemento *subjetivo*; en la escuela positiva el elemento *subjetivo* es *necesario* y puede ser *suficiente*. Por eso de la escuela clásica se dice que es una corriente *objetivista*: no en cuanto que baste el solo elemento objetivo para la punición sino en cuanto tal elemento es *necesario*, no concebiéndose el delito sin él. El hecho de que en tal corriente el elemento *subjetivo* también sea necesario, da motivo para que se diga que en ella también impera el subjetivismo o es culpabilista<sup>26</sup>, aunque no para fundamentar por sí sola la punición. De la escuela positivista se dice que es una corriente *subjetivista* en cuanto a la concepción del delito en la medida en que en ella el daño no es indispensable para que exista la responsabilidad. Ella extremó el subjetivismo hasta el punto de que puede ser suficiente el elemento subjetivo si en él se refleja alguna peligrosidad del agente. Véase el cuadro siguiente:

	E. Clásica	E. Positivista
Daño	Necesario <i>No suficiente</i>	No necesario <i>No suficiente</i>
Elemento subjetivo	Necesario <i>No suficiente</i>	Necesario Suficiente

#### IV. LAS CUESTIONES ANTERIORES EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA

##### 1. La cuestión en el Código Penal de 1936

Durante casi cuarenta años se tuvo en Colombia la cantinela de que el Código Penal de 1936 era un Código positivista. Y, en realidad, dados sus antecedentes era natural que lo fuera, pero nunca en la medida en que se pensó. Hubo una gran influencia de la escuela positivista, pero había allí innegablemente ideas de la escuela clásica. Tomemos solo el aspecto que nos interesa:

1.1. El art. 11 decía: "*Todo el que cometa una infracción prevista en la ley penal será responsable, salvo los casos expresamente exceptuados en este Código*" (subrayado fuera del texto). Aquí está consagrado el principio de la responsabilidad legal<sup>27</sup>. Este artículo significaba que frente a la ley penal colombiana, salvo los casos de justificación e inculpabilidad, *todos* los sujetos resultaban responsables, independientemente de que hubieran realizado el hecho en condiciones de normalidad o de anormalidad. Desde este punto de vista, todos serían *imputables*, es decir, a todos les sería *atribuible* el hecho.

1.2. De haber aceptado de manera absoluta las ideas positivistas, se hubieran negado las penas fijas y la medida de la pena hubiera sido la peligrosidad. Sin embargo, el art. 36 decía: "Dentro de los límites señalados por la ley, se le aplicará la sanción al delincuente, según la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, los motivos determinantes, las circunstancias de mayor o menor peligrosidad que lo acompañen y la personalidad del agente". El señalar límite es idea clásica; la peligrosidad y la personalidad, serían apenas factores que servirían en la dosimetría de la pena, pero no su fundamento mismo. Por lo demás, en la Parte especial se ordenaban los delitos según el bien o interés jurídico protegido y se asignaba la sanción de acuerdo con la gravedad del delito.

<sup>25</sup> FERRI. *Principios*, ed. cit., pág. 509. En el art. 16 consagra FERRI el delito imposible como delito.

<sup>26</sup> Así lo ha destacado FERNANDO MEZA MORALES, quien resalta el sentido liberal del "objetivismo" carrariano así: "El pensamiento clásico, que es culpabilista porque exige para la punibilidad del hecho su constante psicológica, hace depender sin embargo la existencia del delito de su manifestación externa. Allí donde solo existe un pensamiento, una personalidad malvada quizá, pero ningún peligro o daño objetivamente verificable, no puede conminarse ni manifestarse el poder coercitivo del Estado. Esta tendencia recoge, incuestionablemente, la tradición según la cual la norma jurídica es una regulación de la conducta externa, a diferencia de la regulación moral que se dirige a lo más íntimo del individuo". "¿Derecho penal de culpabilidad?" en *Revista Temas de Derecho Penal*, número 14, Medellín, Señal Editora, pág. 24.

<sup>27</sup> Principio discutido y plenamente aceptado en las actas de la Comisión de 1936. Así se puede leer allí: "El mismo dr. LOZANO cree que en todos los miembros de la Comisión hay un criterio homogéneo sobre el particular y que todos aceptan como criterios básicos del proyecto que se está elaborando la defensa social y la peligrosidad del delincuente como también la responsabilidad legal, sin hacer distinciones en cuanto normales y anormales". *Trabajos preparatorios del nuevo Código Penal*, t. 1, Bogotá, Imprenta Nacional, 1938, pág. 50. En lo sucesivo se citarán como *Actas de la Comisión redactora del Código Penal de 1936*.

1.3. El querer del dr. CARLOS LOZANO, consecuente con la idea positivista, era el de que no se hiciera diferencia entre penas y medidas de seguridad: ambas serían formas de reaccionar del Estado, que por lo mismo no tendrían diferencias cualitativas. Así decía CARLOS LOZANO Y LOZANO: "No hay diferencia entre las reacciones sociales denominadas sanciones, aunque desde el punto de vista de su modalidad es claro que son diversos los tratamientos que se adopten"<sup>28</sup>.

Sin embargo, esta tesis no triunfó en el aspecto formal<sup>29</sup>. Y en el título II del libro I del Código, de las *sanciones*, aparece un capítulo I: De las *penas*, y un capítulo II: *Medidas de seguridad*.

Desde luego que la inclusión de los inimputables dentro del marco del derecho penal sí implica una consagración de la idea positivista así como la asignación de la medida de seguridad por parte del juez que, por lo demás, tenía en la escuela positivista una *finalidad garantista*<sup>30</sup>. También significa la aceptación de las ideas positivistas en esta materia, el hecho de que tales medidas de seguridad fueran indeterminadas, al menos en cuanto a su duración máxima.

## 2. La imputabilidad como atribuibilidad en el Código Penal de 1936

Acorde con el principio de la *responsabilidad legal* se afirmaba de manera corriente que en el Código Penal de 1936 no había sujetos *inimputables*. ¿Era esto correcto? Todo depende de lo que se quisiese significar: si se quería significar que frente al Código Penal todos los sujetos que realizaran un hecho tenido en la ley como delito quedaban sometidos a una sanción, es decir, eran responsables legalmente, la afirmación resultaba cierta. A todos los sujetos se les *atribuía* el hecho y por él debían quedar sometidos a una sanción coercitiva.

<sup>28</sup> CARLOS LOZANO Y LOZANO, *Actas*, pág. 163. Y a página 167 dice con la misma claridad: "un sistema legislativo que adopte la responsabilidad legal y el criterio de la peligrosidad no puede establecer sino medidas de seguridad, llamadas en esa forma o denominadas sanciones. La aceptación de las medidas de seguridad, separadas de las penas, fue una transacción de las escuelas, aceptada por no dejar impotente al Estado contra los individuos que según la escuela clásica eran considerados moralmente irresponsables. De tal manera que tales medidas implicaban un progreso en el derecho penal, pero no respondían a la lógica estricta de una escuela si ellas se van a aplicar solamente a los anormales y se dejan las penas para los normales. La lógica exige que tanto a unos como a otros se apliquen sanciones o medidas de seguridad sin entrar en distinciones". También el dr. ESCALLÓN dice que el hecho de que se hable de penas y medidas de seguridad "no implica que se trata de dos clases de sanciones de diversa naturaleza..." (*Actas*, pág. 163).

<sup>29</sup> El dr. PARMENIO CÁRDENAS se opuso firmemente a la tesis de LOZANO y de ESCALLÓN, diciendo que "las sanciones propiamente dichas se aplican a las personas que gozan de normalidad, y las medidas de seguridad a las personas que no son normales" (*Actas*, pág. 163). Y a página 168 dice: "si yo admitiera el principio sustantivo de que es lo mismo un delincuente normal que uno anormal, aceptaría también integralmente el principio de que son exactamente iguales las penas y las medidas de seguridad y considero que la diferencia entre las medidas de seguridad y las penas, contenidas en dos capítulos, no se opone al principio de la responsabilidad legal".

<sup>30</sup> FERRI manifestaba que "una vez excluida toda idea de retribución de la culpa moral en el delito, las medidas de seguridad poseen la misma función y naturaleza que las penas", y "se sustraen las llamadas medidas de seguridad al arbitrio del poder administrativo para someterlas a las garantías jurisdiccionales como toda otra forma de sanción" (*Principios de derecho criminal*, pág. 575. Véase su misma opinión también a pág. 661).

Sin embargo, teniendo en cuenta que se distinguía a quienes habían obrado en estado de enajenación mental, grave anomalía síquica o intoxicación crónica (art. 29) para aplicarles una medida de seguridad con una finalidad protectora para la sociedad y (al menos en teoría) curativa para el sujeto, se podía decir que estos sujetos eran *inimputables*, en el sentido carrariano: respecto de ellos se hacía la imputación *física*, se averiguaba el nexo síquico y su no libertad en el obrar. Pero en vez de ser "no responsables" como en la escuela clásica y de salir del derecho penal, eran declarados responsables y quedaban comprendidos por el derecho penal. Al contrario, los que delinquiran sin encontrarse en las circunstancias de los arts. 29 o 23 (causales de inculpabilidad), o 25 (justificación), eran declarados responsables y se los sometía a una pena.

En resumen, todos los sujetos eran *imputables* en cuanto a todos se les *atribuía el hecho* y la *responsabilidad* por él: sometimiento a una medida coercitiva. En este sentido había identificación entre imputabilidad y responsabilidad.

Desde el punto de vista de la diferenciación que hacía el Código entre las penas y las medidas de seguridad, con referencia a las *penas* podía decirse que los sujetos del art. 29 eran *inimputables* (no pasibles de atribución de penas) e *imputables*, a quienes sí se sometía a penas.

## 3. La problemática de la escuela clásica y la positivista en materia de imputabilidad y el Código Penal colombiano de 1980

Voy a enunciar solo a grandes líneas lo que pienso sobre el particular:

3.1. En el nuevo Código Penal no puede decirse que son *inimputables* todos aquellos sujetos que por no haber tenido la capacidad de comprender y/o determinarse al momento del hecho *son sometidos a una medida de seguridad*. El binomio: *inimputable* = medida de seguridad, no es válido en este Código.

En efecto: la ley dice que a los *inimputables* se los someterá a una medida de seguridad. Sin embargo, en el art. 33, segunda parte, se afirma que si la *inimputabilidad* proviniere de trastorno mental transitorio, "cuando el agente no quedare con perturbaciones mentales", "no habrá lugar a la imposición de medidas de seguridad". Esto quiere decir que a cierta especie de *inimputables* no se los somete ni a penas ni a medidas de seguridad. De manera que el binomio mencionado, *inimputabilidad* = medidas de seguridad, no alcanza plenitud en todos los casos de *inimputabilidad* previstos en el Código.

¿Qué es lo que sí es común a todos los casos de *inimputabilidad*? De una parte, el no haber tenido al momento del hecho capacidad de comprender y/o determinarse, y, de otra, *la no imposición de penas*. 'No pena', si es algo que se plenifica en todos los casos de *inimputabilidad*.

Desde el anterior punto de vista, en cuanto a la definición básica de *inimputabilidad*, nos encontramos frente a un concepto clásico de esta. Con la afirmación de que existen sujetos *inimputables* para el derecho penal, se estaría chocando con la idea positivista que expresa que no hay sujetos *inimputables*.

3.2. Al decir la ley que los sujetos *inimputables* serán sometidos a medidas de seguridad, el Código se ubica dentro del marco de la escuela positivista. En efecto: recuérdese que para esta escuela los *inimputables* quedan compren-

didados dentro del derecho penal, mientras que según la escuela clásica, los inimputables salen del derecho penal y quedan en manos de la autoridad administrativa. Téngase en cuenta, además, que en Colombia la medida de seguridad tiene un carácter jurisdiccional ya que es el juez, mediante proceso judicial, quien la impone.

3.3. En el nuevo Código Penal, a pesar de que tanto las penas como las medidas de seguridad son sanciones<sup>31</sup>, ellas tienen distinto sentido. En efecto, ambas son formas de reaccionar del Estado contra hechos dañosos (participan de la misma esencia, según la escuela positivista); sin embargo, se aplican con sentidos diferentes: la pena tiene una función "retributiva, preventiva y resocializadora"; en cambio la medida de seguridad persigue fines "de curación, tutela y rehabilitación". El fundamento de las sanciones es en parte clásico y en parte positivista. La finalidad también participa de las ideas de ambas escuelas. Véase el art. 12 del Código Penal.

#### V. LA PROBLEMÁTICA DE LA IMPUTABILIDAD EN LA JURISPRUDENCIA

##### 1. Algunas representativas decisiones de la Corte Suprema de Justicia durante la vigencia del Código Penal de 1936

a) *Casación del 26 de junio de 1946*. "Para la escuela clásica, la imputabilidad moral, basada en el criterio del libre albedrío, constituye el fundamento de la responsabilidad penal; por consiguiente, los anormales, no siendo sus actos producto de una voluntad libre y determinada, porque sus facultades volitivas e intelectuales se hallan alteradas, no son responsables ante la ley penal.

"De acuerdo con este sistema, el hecho que entraña una violación de la ley penal solo es imputable a su autor cuando se produce como resultado de una voluntad consciente y libre, lo que equivale a decir que la persona que ejecuta u omite un hecho que ante la ley penal constituye delito, solo es responsable mediante la condición de que comprenda el mal que hace y de que al producirlo obre deliberadamente. Esto lleva a la conclusión de que siendo la voluntad y la libertad atributos de la persona normal, solo esta es responsable de las infracciones de la ley penal, quedando excluidas de toda responsabilidad las personas que no proceden con libertad y conocimiento en la ejecución de sus actos, o sea, los anormales.

"Este fue el criterio que informó nuestro Código Penal de 1890, cuando al definir el delito decía que es «la voluntaria y maliciosa violación de la ley, por la cual se incurre en alguna pena».

"La escuela positiva reemplazó el criterio de la imputabilidad moral o del libre albedrío como fundamento de la responsabilidad penal, por el de la imputabilidad sicofísica como norma de la responsabilidad social-legal, y estableció como base de la represión penal la teoría de la defensa social.

<sup>31</sup> El fundamento de esta afirmación no es dado aquí por no ser el objeto de este trabajo, lo cual espero hacer en artículo futuro.

"Según esta doctrina, toda persona que con su acto u omisión infrinja la ley penal es responsable, cualesquiera que sean las condiciones sicofísicas dentro de las cuales se hubiera producido el hecho antisocial, y el deber del Estado es el de ejercer la función represiva como medida de defensa social. Si quien viola la ley penal es un anormal, este es socialmente responsable; pero el criterio de la responsabilidad social se complementa con el de la peligrosidad del delincuente, para efecto de imponer la sanción. Solo quedan excluidos de responsabilidad los hechos que aparecen justificados o exceptuados por la ley.

"O sea que cada hombre, por el hecho de vivir en sociedad y de tener, por lo tanto, todas las ventajas, las protecciones y las garantías del consorcio civil «debe responder a la sociedad de su modo de obrar (responsabilidad social) cuando ofenda en los otros hombres o en la colectividad las condiciones de existencia y los derechos que de ellas proceden, es decir, tenga una forma de actividad que sea inferior a aquel minimum de disciplina social, variable de época a época, pero sin el cual no es posible la convivencia humana» (ENRICO FERRI, *Exposición de motivos del proyecto de Código Penal para el reino de Italia*, 1921).

"Nuestro Código Penal, siguiendo los principios predominantes de la escuela positiva, adoptó en su elaboración las ideas consignadas en el proyecto de Código italiano de 1921, y estableció, en el art. 11 de la ley 95 de 1936, el criterio de la responsabilidad social-legal para todas las personas que infrinjan la ley penal, cualesquiera que sean las condiciones en las cuales delincan.

"El artículo citado no da una definición de lo que se entiende por delito, pero sienta las bases de la imputabilidad legal, para determinar en un momento dado quiénes son responsables por infracciones de la ley penal. Y dentro de este criterio de la responsabilidad social-legal quedan comprendidos todos los hechos antisociales, tanto de las personas normales como de las anormales. Por esto, la Comisión redactora del Código Penal, en la exposición de motivos dijo:

"«Guiada la Comisión por los principios que informan la doctrina de la defensa social, como los únicos que pueden procurar una eficaz represión de la delincuencia, ha adoptado el de la actividad sicofísica como base de la imputabilidad penal, y ha considerado en consecuencia que no hay razón alguna para que se excluyan de una sanción represiva adecuada los actos de los locos, los anormales, los intoxicados, los menores, etc., que en su condición de seres peligrosos para la sociedad deben también estar sometidos a la acción del Código Penal, de la misma manera que los normales o sanos de mente. De ahí las disposiciones que establecen la responsabilidad legal de todo individuo que comete un acto antisocial, calificado como delito y cualesquiera que sean las condiciones síquicas en que se encuentre».

"Las medidas de seguridad son, pues, *sistemas defensivos* que el Estado aplica como sanciones para los anormales o menores de edad que infrinjan la ley penal, con el objeto de separarlos de la vida social, hacerlos inofensivos y someterlos a un tratamiento adecuado para conseguir su curación, y por este medio, su readaptación a la sociedad. Desde este punto de vista las

medidas de seguridad son una forma de sanciones establecidas en la ley penal, y no se aplican por razón del elemento intencional que pueda animar los actos antisociales de los sujetos pasivos de ellas, sino en referencia a su consideración personal, en virtud de la cual se han revelado como peligrosos para la sociedad.

"Por esto, se dijo: «Entre penas y medidas de seguridad puede haber una diferencia cuantitativa, pero que en el fondo equivale a un mismo concepto, o sea el de medidas de preservación y de seguridad social que deben figurar en el Código Penal»" (*Trabajos preparatorios*. Acta núm. 19 de la Comisión). (Casación de 26 de junio de 1946, "G. J.", t. LXI, núms. 2042-44, pág. 791)<sup>32</sup>.

b) *Casación del 31 de julio de 1946* (LXI, 160). "Todo el que cometa una infracción de la ley penal es responsable, bien se trate de sujetos normales o anormales, cualesquiera sean sus condiciones personales y las objetivas que hayan rodeado el hecho. El concepto de responsabilidad moral que prevalecía en el C. P. derogado desapareció por completo de la nueva ley. De consiguiente, la responsabilidad se predica de todo el que infrinja la ley penal. La única diferencia que se establece se relaciona con las consecuencias, pues si el sujeto es normal ha de sufrir la condenación a una pena, si es anormal será sometido a la medida de seguridad que individualmente parezca adaptable a su personalidad. Las penas y las medidas de seguridad tienen un denominador común que es la defensa de la sociedad y que constituyen el medio de lucha contra el delito más directo porque obran una vez que se haya manifestado la peligrosidad del sujeto criminal"<sup>33</sup>.

c) *Casación de octubre 14 de 1980*. "Sin entrar en disquisiciones sobre el sitio que ha de ocupar la imputabilidad dentro de la estructura del delito, pero considerándola como capacidad de comprensión de la antijuridicidad de la propia conducta y de autodeterminación con fundamento en dicha comprensión y reconociendo, consecuencialmente, que es inimputable la persona que habiendo realizado comportamiento típico y antijurídico no es capaz de comprender su ilicitud o de determinarse conforme a tal comprensión por causas jurídicamente reconocidas, síguese que este fenómeno es por tal modo trascendental en la teoría del delito que sin él no es posible predicar culpabilidad en el agente y que, por lo mismo, constituyendo aspecto esencial del hecho punible, no se le puede tener como mera circunstancia"<sup>34</sup>.

En las casaciones a) y b) puede verse de manera clara la influencia de las ideas positivistas: la imputabilidad sicofísica es la norma de la responsabilidad penal; si quien viola la ley penal es un anormal, este es esencialmente responsable; el hombre es responsable por el hecho de vivir en sociedad; no

<sup>32</sup> Esta jurisprudencia la he tomado de *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia*, de AGUSTÍN GÓMEZ PRADA, Bogotá, Editorial Litografía Colombia, S. A., 1947, vol. II, págs. 371 a 373.

<sup>33</sup> Esta casación la he tomado de *Código Penal y de Procedimiento Penal*, de JORGE ORTEGA TORRES, Bogotá, Edit. Temis, 1967, pág. 21.

<sup>34</sup> Esta casación puede verse en *Revista Nuevo Foro Penal*, número 9, Medellín, Ed. Acosta, 1981, págs. 115 a 127. La cita que hago es de la pág. 119.

hay diferencias cualitativas entre penas y medidas de seguridad: ambas sanciones son "sistemas defensivos"; todos los sujetos que infrinjan la ley son penalmente responsables, etc. No existe inimputabilidad para la jurisprudencia, pues todos son responsables. *La imputabilidad como atribuibilidad de una sanción*, sea pena o medida de seguridad, es clara en las decisiones.

Otra cosa sucede con la casación del literal c). Tal jurisprudencia tiene fecha 14 de octubre de 1980; sin embargo, el asunto se ventila y la decisión se toma teniendo como referencia el Código Penal de 1936. Como puede verse, la conceptualización de esta jurisprudencia está muy lejos de las otras precedentemente transcritas. Así, se dice que es "capacidad de comprensión de la antijuridicidad de la propia conducta y de autodeterminación con fundamento en dicha comprensión" y se refiere a la "grave anomalía síquica" contemplada en el art. 29 del Código Penal "como factor de *inimputabilidad*". Lo que significa hablar de imputables (los que están por fuera del art. 29) y los inimputables (comprendidos en dicho artículo).

Así las cosas, la idea anterior, en el sentido de que frente al Código Penal de 1936 todos los sujetos eran imputables, había desaparecido. Desde luego, se seguía sosteniendo la *imputación* a los sujetos del art. 29 de una medida de seguridad, pero, repárese bien, es la *imputación* o *atribución* de una sanción, en tanto que existe una responsabilidad *legal* para ellos. Hablar de imputabilidad y de pena para los sujetos que obran con "capacidad de comprensión de la antijuridicidad y de autodeterminación", es emplear casi la misma terminología de CARRARA cuando exigía para la existencia del delito la constancia del "elemento moral" consistente en la "voluntad inteligente". Existe una cierta modificación en la terminología, pero el concepto se me hace igual<sup>35</sup>.

<sup>35</sup> Sea esta la oportunidad para manifestarme, así sea brevemente, en desacuerdo con la Honorable Corte Suprema de Justicia al pronunciarse sobre el asunto debatido: si el jurado de conciencia puede o no pronunciarse sobre la imputabilidad del sujeto. Partiendo de la base de que el fenómeno de la imputabilidad es tan trascendental en la teoría del delito que "sin él no es posible predicar culpabilidad en el agente y que, por lo mismo, constituyendo aspecto esencial del hecho punible, no se le puede tener como mera circunstancia", así como de lo dispuesto por el art. 535 del C. de P. P., que dice que los jurados contestarán con un sí o un no; pero, además, podrán expresar que "el hecho se ha cometido con *circunstancias* diversas a las expresadas en el respectivo cuestionario", deduce la Corte que el jurado de conciencia solo puede pronunciarse sobre las *circunstancias específicas*, atenuantes o agravantes y no sobre la imputabilidad, que, según la Corte, no es circunstancia.

Me parece que la Honorable Corte parte de un error: el de considerar que nuestra ley sustantiva y adjetiva cuando se refiere a las *circunstancias* lo hace técnicamente. Sin embargo, esto no es así. En efecto, tomemos el concepto de circunstancias con el cual razona la Corte: "en el plano juridicopenal es circunstancia aquel aspecto modal, temporal, espacial o personal que contribuya a la descripción de un tipo legal; si él se integra a la conducta legalmente descrita, dará lugar a un tipo circunstanciado de naturaleza básica o especial, como las maniobras engañosas en la estafa o la violencia en la violación sexual; y si se menciona separadamente para atenuar o agravar la sanción imponible, no afecta la estructura del tipo al cual se refiere; solo tendrá efectos punitivos y conforma figuras accesorias o subordinadas porque carecen de vida jurídica autónoma" (subrayo). (Véase la jurisprudencia en *Nuevo Foro Penal*, pág. 118). *Circunstancia*, como su nombre lo dice, proviene de *circum* y *stare*, lo cual significa "estar alrededor de". ¿De qué? De algo principal. Referido el concepto al *delito*, circunstancia es lo que no corresponde a la *estructura* del mismo, para decirlo con palabras de la misma Corte, lo que "no afecta a la estructura del tipo al cual se refiere"; lo que por ser contingente puede darse o no darse. Así las cosas, "la

## 2. Las nuevas decisiones jurisprudenciales

Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, el análisis del contenido de las decisiones publicadas no resultará difícil.

En ellas se destacan los siguientes aspectos:

2.1. *El concepto de imputabilidad.* Tomemos el concepto según la Corte Suprema de Justicia: "capacidad de conocimiento y comprensión que en el momento de la realización del hecho típico tiene el agente sobre la antijuridicidad de su acción u omisión y la de autorregularse de conformidad con esa comprensión".

En verdad, este concepto de imputabilidad, formulado teniendo como mira el Código Penal de 1980, en nada difiere del concepto dado en la última decisión de la Corte, citada conforme al Código Penal de 1936<sup>36</sup>. Según esto, el concepto de *imputabilidad*, como capacidad de comprender y de determinarse, antecedente indispensable de la pena y referido a sujetos "normales", sería el mismo en los dos códigos.

De otra parte, repárese en los dos elementos implicados en el fenómeno de la imputabilidad: *intelectivo* uno (capacidad de conocimiento y comprensión), *volitivo* el otro (capacidad de autorregularse). Pues bien: la Corte, al referirse párrafos más adelante al fenómeno de la inimputabilidad, remite la perturbación del elemento intelectual a la incapacidad de "*conocer y comprender su antijuridicidad*". Y es que en esto consiste la inimputabilidad: no en la capacidad de comprender la realización del *hecho*, sino en la incapacidad de comprender la "ilicitud" o "antijuridicidad" de este: el megalómano que mata al hombre público en la creencia de que es un tirano y él, en su delirio, piensa que es el redentor de la sociedad; así, el sujeto sabe que mata, es decir, tiene conciencia del hecho, mas no por eso se puede predicar de él la

violencia" o las "maniobras engañosas" no son circunstancias de la violencia carnal o de la estafa, pues son elementos estructurales y no meros fenómenos accesorios.

Ahora bien: el art. 22 del Código Penal de 1936 decía: "Las *circunstancias* materiales que agraven o atenúen el hecho, *aunque modifiquen la denominación del delito*, solo se tendrán en cuenta para quien, conociéndolas, prestó su concurso" (subrayo). Y el Código Penal de 1980 dice en su art. 25 que "Las *circunstancias*... personales que disminuyan o *excluyan* la punibilidad solo se tendrán en cuenta respecto del copartícipe en quien concurran..." (subrayo). Como puede verse, la ley habla de *circunstancias que excluyen* la punibilidad y el art. 22 del C. P. de 1936 se refería a *circunstancias que podían cambiar* la "denominación del delito". Y si algo puede llegar a cambiar tal denominación o a excluir la punibilidad es porque ya no es tan contingente o accesorio, pasando a ser algo esencial o estructural. Insisto: lo que afecta lo fundamental de manera tan decisiva, ya no es circunstancia. Y si la ley se refiere a estos fenómenos como a "circunstancias" es porque no emplea tal palabra de manera técnica. Así las cosas, yo no veo claro el fundamento para sostener que el art. 535 si emplea la palabra "circunstancia" de manera técnica y que, en consecuencia, como la imputabilidad no lo es, a ella no pueda referirse el jurado. En fin, no es el objeto de este trabajo este delicado asunto, y valgan estas líneas con inquietud para quienes quieran discutir.

<sup>36</sup> Debe tenerse en cuenta que de las dos providencias de la Corte es ponente el dr. ALFONSO REYES ECHANDÍA.

imputabilidad. Él es inimputable pues no tiene conciencia de la antijuridicidad de su comportamiento. Y de la circunstancia de que sepa que ejecuta un hecho, lo premedite, busque la forma de disparar certero, se oculte antes o después de él, etc., no se puede deducir que estemos en presencia de un imputable. Esto ya lo había previsto el insuperable genio de CARRARA cuando, refiriéndose al Código Penal toscano, que conceptuaba como inimputable a quien no hubiese tenido conciencia de sus actos, decía: "tal vez sería mejor que dijera de la *maldad de sus actos*, porque el hombre puede tener conciencia de los *propios actos* en su aspecto puramente material sin tener conciencia de sus aspectos *morales y jurídicos*"<sup>37</sup>.

2.2. *La inimputabilidad como elemento o presupuesto de la culpabilidad.* La Corte dice que la "condición personal" de inimputabilidad "le impide actuar con culpabilidad dolosa, culposa o preterintencional" al sujeto. No tercia la Corporación en la disputa de si la imputabilidad es *presupuesto o elemento* de la culpabilidad, pero de todos modos lo que sí queda claro es su criterio de que el fenómeno se ubica después de la *antijuridicidad* y lo exige como requisito *sine qua non* para la existencia de la culpabilidad. Sin imputabilidad no hay pena, lo cual depende a su vez de que tal fenómeno es requisito indispensable para la existencia de la culpabilidad, ante cuya ausencia la pena no puede existir. La Corte, al sostener que un sujeto, si es inimputable no puede obrar ni con dolo, ni con culpa ni con preterintención fenómenos solo predicables de los imputables, está sosteniendo una estructura no unitaria del delito para las dos clases de sujetos. O, si se quiere, solo parcialmente unitaria, hasta el fenómeno de la antijuridicidad inclusive, no aceptando que tal estructura sea idéntica hasta el fenómeno de la culpabilidad, como se sostuvo por parte de una corriente doctrinaria bajo la vigencia del Código Penal de 1936 y que es sostenida en la actualidad por el profesor JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA<sup>38</sup>.

<sup>37</sup> FRANCESCO CARRARA, *Programa*, t. 1, pág. 184. Las bastardillas pertenecen al texto. El art. 34 del Código Penal toscano dice: "Las violaciones de la ley penal no serán imputables cuando el que las cometiere no haya tenido conciencia de sus actos, ni libertad de elección". Tal Código puede verse publicado en el tomo X del *Programa de derecho criminal*, de la Editorial Temis, ya citado.

<sup>38</sup> Así lo sostuvo el propio ponente, como doctrinante, hacia el año de 1963 en "Inimputabilidad y delito del autor", artículo publicado en la *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia*, vol. VI, número 3, 1963, pág. 396: "La culpabilidad implica necesariamente imputabilidad y este principio es válido en nuestro derecho". Y también había dicho JESÚS BERNAL PINZÓN en 1956: "En el Código Penal colombiano, la *imputabilidad*, entendida como modo de ser o estado del agente al momento de cometer el reato, funciona como *presupuesto para la pena*, en sentido estricto". "Imputabilidad, culpabilidad y responsabilidad", en *Cátedra Jurídica*, número 1, Bogotá, 1956, pág. 196. Asimismo FEDERICO ESTRADA VÉLEZ en su *Manual de derecho penal*, Medellín, 1972, pág. 343: "También los inimputables son capaces de dolo y de culpa". La tesis tenía como loable finalidad la de evitar la responsabilidad objetiva de los inimputables y poderles reconocer las causales de justificación y de inculpabilidad. Si se sostenía que también los inimputables obraban con dolo y con culpa, en caso de una insuperable coacción ajena, por ejemplo, se diría que no había en él culpabilidad a título de dolo y por ende había que absolverlo. Era el rechazo de la tesis que sostenía con base en el art. 12 que los fenómenos del dolo y de la culpa solo se indagarían respecto de los sujetos no contemplados por el art.

2.3. *La posibilidad de las causales de justificación para los denominados "sujetos inimputables"*. Al referirse al aspecto intelectual de la imputabilidad, dice la Corte que este "primer aspecto del fenómeno dice relación al necesario conocimiento que el sujeto ha de tener de que está vulnerando con su propio comportamiento y *sin justificación* legítima el interés jurídico penalmente tutelado". Para que se llegue a discutir el problema de la imputabilidad o inimputabilidad es necesario, pues, que previamente se tenga la evidencia de que el sujeto ha obrado *sin justificación* alguna y que de ello tenga conciencia el sujeto. Si la causal de justificación existe se impone la absolución, independientemente del fenómeno de la imputabilidad. Se aparta pues la jurisprudencia actual de una línea doctrinaria que sostenía —comentando el Código Penal de 1936— que respecto de los denominados inimputables bastaba la sola comisión material del hecho para que se aplicara la medida de seguridad. Así, el dr. ÁNGEL MARTÍN VÁSQUEZ ABAD expresaba: "Para los delincuentes a quienes se refiere el artículo 29, apenas son precisas estas condiciones para que sean responsables penalmente: inimputabilidad material del hecho, y actividad sicofísica"<sup>39</sup>.

La Corte exige respecto de los sujetos imputables algo más que la dañisidad *material* del hecho o acción: debe saber el sujeto que con su comportamiento "está vulnerando... *sin justificación* alguna el interés jurídicamente protegido..."; en caso de inimputabilidad, la presencia de la inmadurez o del trastorno

29. He dicho en otra parte (véase *Los inimputables frente a las causales de justificación e inculpabilidad*, Bogotá, Edit. Temis, 1982), que la tesis de la culpabilidad de los inimputables por parte de estos autores (el profesor REYES no la siguió más desde el año de 1976, cuando publicó la 4ª ed. de su *Derecho penal*, Edit. Universidad Externado de Colombia, Bogotá), al sostener que el problema de la imputabilidad o inimputabilidad solo interesaba a efectos de determinar la clase de sanción aplicable, comenzó a tener acogida en la práctica como forma de resolver concretos problemas.

Actualmente, el profesor JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA continúa esta línea doctrinaria en relación con el nuevo Código Penal: *Derecho penal fundamental*, Bogotá, Edit. Temis, 1982, págs. 313 y ss. El autor mencionado sostiene una estructura unitaria del delito para imputables e inimputables. Para ambos el delito es acción típica, antijurídica y culpable; también los inimputables son capaces de culpabilidad, al igual que los imputables. Solo que de culpabilidad habla en dos sentidos: culpabilidad *semiplena* o deficitaria para los inimputables, y una culpabilidad *plena*, con reprochabilidad, para los sujetos imputables. La culpabilidad de los inimputables habría que entenderla como nexo síquico, como referibilidad síquica, con lo que cabría hablar también respecto de ellos de causales de inculpabilidad. Así, un inimputable que es coaccionado no obraría culpablemente, y por tanto, si el delito es acción típica, antijurídica y culpable, tendría que ser absuelto. Por mi parte, he sostenido (*Los inimputables*, cit.) que no es necesario hablar de culpabilidad para llegar a tal conclusión: para que exista inimputabilidad debe el hecho ser un producto de la anomalía que origina la inimputabilidad. Si el hecho no es producto del trastorno mental o de la inmadurez, si estos fenómenos no se reflejan en el hecho, no se debe hablar de inimputabilidad. En el caso de la coacción, por ejemplo, de un trastorno mental o de un inmaduro, hay que absolver al sujeto; pero no es que, en el caso, se esté absolviendo a un *inimputable*, sino que simplemente no estamos en presencia de la discusión de la inimputabilidad, pues el hecho nada tiene que ver con la situación de inmadurez o trastorno mental.

<sup>39</sup> Véase a ÁNGEL MARTÍN VÁSQUEZ, *Tratado de derecho penal colombiano*, Medellín, Ediciones "Universidad Pontificia Bolivariana", 1948, pág. 151.

síquico le impide al sujeto darse cuenta que "está destruyendo, disminuyendo o poniendo en peligro determinado interés jurídico, típicamente protegido por fuera de las situaciones en que pudiera hacerlo lícitamente", según se lee en el fallo<sup>40</sup>.

En la misma línea de la Corte, respecto del reconocimiento de las causales de justificación, es el pronunciamiento del Tribunal Superior de Cali, así como el reconocimiento de las causales de inculpabilidad.

2.4. *Reconocimiento de las causales de inculpabilidad respecto de los inimputables*. Como he dicho, de ello habla la decisión del Tribunal Superior de Cali, "aunque parezca un poco contradictorio", dice. Y manifiesta las razones de su opinión: si de los inimputables no puede predicarse la culpabilidad, "¿cómo podría pensarse que se reconozca en relación con un inimputable alguna de las causales de inculpabilidad?". En ello reside, al parecer, la aparente contradicción a la que alude el tribunal. Y a pesar de que no da argumentos para salir de la contradicción, de manera correcta y sin vacilaciones dice: "Si se demuestra ostensiblemente que el inimputable fue obligado a realizar una conducta típica, se le pudiera reconocer la causal de inculpabilidad de la insuperable coacción ajena; que, si el inimputable no obra sino que es obrado por las fuerzas de la naturaleza, o de otra de cualquier índole que haga imposible la aparición de su voluntad, y si a consecuencia de esa fuerza supravolitiva realiza conducta típica, no vemos obstáculo para que no se le reconociese la causal de inculpabilidad de la fuerza mayor".

En verdad, esa aparente contradicción entre la inculpabilidad de los inimputables y el reconocimiento, a su vez, de su inculpabilidad, me parece que se puede solucionar mediante un replanteamiento del concepto de inimputabilidad<sup>41</sup>. En efecto: considero que la inimputabilidad no es una característica permanente del sujeto sino una característica referida a un *hecho concreto*. No puede confundirse el fenómeno que genera la inimputabilidad con la inimputabilidad misma. Así las cosas, la inmadurez psicológica o el trastorno mental *causan* la inimputabilidad pero *no son* la inimputabilidad y solo son causa de inimputabilidad si producen incapacidad de comprender o de determinarse. Además, para que exista inimputabilidad, debe haber una relación causal entre los fenómenos mencionados y *el hecho*. O, como se dice en la decisión del Tribunal Superior de Bucaramanga con singular claridad,

<sup>40</sup> Interesa destacar otro antecedente jurisprudencial de la Corte en el que la exigencia de antijuridicidad para los hechos cometidos también era indispensable: "De conformidad con el actual estatuto toda persona que cometa una infracción definida como delito es responsable, así se trate de individuos normales o anormales, o de mayores o menores de dieciocho años. Pero el Código Penal hace una separación de las sanciones, para distinguirlas, de acuerdo con los infractores, en penas y medidas de seguridad. Se aplican las últimas a quienes lleven a cabo un *comportamiento antijurídico* y que se acomode a una *definición punible*, si se encuentra en alguna de las situaciones previstas en el artículo 29 del Código Penal, o si se trata de menores de dieciocho años (art. 30 *ibidem*). Y se imponen las penas, si se tiene que el delincuente es normal y mayor de dieciocho años". (*Gaceta Judicial*, t. CXIII, bis [2283 bis]. Casación de 18 de octubre de 1966, pág. 21).

<sup>41</sup> A esta problemática ya me he referido en el trabajo *Los inimputables...* Aquí expondré solo algunas ideas básicas.

para que pueda hablarse de inimputabilidad debe establecerse "la relación de causalidad entre la inmadurez y el trastorno y la conducta realizada, esto es, la afirmación indubitable de que el sujeto actuó así, en razón y por motivo del trastorno". Queda claro que si en el hecho no se ha reflejado el trastorno; si el hecho se da en unas circunstancias independientes de esos fenómenos, no se puede hablar de inimputabilidad. En los casos que trae a colación el tribunal por vía de ejemplificación, de insuperable coacción ajena o de fuerza mayor, se debe absolver al sujeto. Pero entonces no es que se esté absolviendo a un inimputable, sino que, simplemente, no estamos en presencia de un inimputable: en el hecho no se reflejan el trastorno ni la inmadurez. Así creo que se suple la aparente contradicción resaltada por el magistrado ponente y las hesitaciones de los magistrados en la "Aclaración de Voto"<sup>42</sup>.

2.5. *La inimputabilidad como fenómeno derivado.* Aunque no emplean esta expresión las jurisprudencias, es la idea subyacente en todas ellas. Repárese, por ejemplo, en la decisión del Tribunal Superior de Medellín, que signa como ponente el dr. ÉDGAR TOBÓN URIBE: allí existe comprobado un "retardo mental entre leve y moderado". No obstante ello, se llega a la conclusión de que la procesada no es inimputable. No se produce una identificación ("hipostatización" la he denominado yo) entre el fenómeno psicológico o síquico que origina la inimputabilidad con la inimputabilidad misma.

<sup>42</sup> En lo que no me identifico con la jurisprudencia del Tribunal Superior de Cali es con su parecer de que, por ejemplo, en un caso de comprobación de trastorno mental transitorio sin secuelas no se pueda terminar el proceso con la aplicación del art. 163 del C. de P. P., con el argumento de que pudiéndose reconocer las causales de justificación y de inculpabilidad a los "inimputables" (ya se entenderá el porqué de las comillas) la cesación de procedimiento "sería injusta y lesiva para los intereses del procesado, que en el período probatorio de la causa, o aun durante la misma audiencia, podría probar la existencia de algunas de las causales que excluyen la antijuridicidad o la culpabilidad". Y es que, con la misma argumentación, no se podría tampoco aplicar la cesación a un imputable cuando concurriera una causal de inculpabilidad. En efecto: se sabe que las causales de inculpabilidad, al igual que las de justificación, excluyen la responsabilidad penal y por ende la pena. Empero, la causal de justificación es de más significación en el ámbito jurídico total. Se afirma que el acto es *secundum jus* y no solo no hay responsabilidad penal sino que, además, tampoco hay responsabilidad civil. Y en estas condiciones, como reconociéndose la causal de inculpabilidad al sujeto se le privaría de la posibilidad de que probara que obró dentro de una causal de justificación, tal decisión "sería injusta y lesiva de los intereses del procesado". Pero hay más: el proceso penal tiene como finalidad última determinar la responsabilidad que se traduce en una sanción de carácter *coercitivo* "en cuanto los individuos de que se trate son privados contra su voluntad de ciertas posiciones y, si es necesario, mediante el empleo de la fuerza física" (HANS KELSEN, *Teoría general del derecho y del Estado*, México, Textos Universitarios, 1969, pág. 22).

Y si cuando se trata del trastorno mental transitorio *sin secuelas* no hay lugar ni a penas ni a medidas de seguridad, es decir, no hay lugar a predicar responsabilidad, francamente no veo cual sea la finalidad de avanzar un proceso y llevarlo incluso hasta la audiencia. Me identifico, en este caso, con el fiscal de la primera instancia, doctor CÉSAR A. SANDOVAL M., cuyo criterio, además, puede verse en su artículo "El decreto 100 de 1980 creó una nueva condición de improcedibilidad de la acción penal", en *Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle*, número 6, Cali, 1982, págs. 73 y ss.; Véase a NODIER AGUDELO BETANCUR, "El trastorno mental como causa de inimputabilidad en el nuevo Código Penal", en *Revista Nuevo Foro Penal*, número 6, Medellín, Edit. Acosta, 1980.

En efecto, el tribunal llega a la conclusión de que no obstante ese retardo, la procesada sí tenía la capacidad de comprensión de la ilicitud. Ello lo deduce de la forma de comisión del hecho: "el sistema de solicitar un artículo de escaso valor, para así obtener la liquidez o los vueltos, meta última de la conducta. Su reiteración es ajena a una misma situación de trastorno mental de entidad suficiente como para perturbar su intelecto y su voluntad, o, al menos, hasta anular uno de tales atributos"; en fin, en los *vistas* había destacado el comportamiento sospechoso de la procesada, que al ser capturada trató de desprenderse de otra billetera fuera de una inicialmente a ella incautada, en la cual segunda billetera fueron encontrados otros billetes falsos.

No son, pues, los fenómenos de inmadurez psicológica o el trastorno mental por sí solos los que constituyen la inimputabilidad, sino estos en cuanto generan *incapacidad* de comprender y de determinarse; o, como lo expone el Tribunal Superior de Bucaramanga, la ley dice *por qué se es*, y *cuándo se es* inimputable, esto es, por la incapacidad para comprender la ilicitud o para determinarse".

2.6. *El trastorno mental en general y el trastorno mental transitorio.* Como bien se sabe, el art. 29 del Código Penal de 1936 hablaba de "enajenación mental", "grave anomalía síquica" e "intoxicación crónica producida por el alcohol o por cualquiera otra sustancia", como fenómenos que presentándose en el sujeto al momento del hecho tenían como consecuencia la imposición de una medida de seguridad y no de una pena. De otra parte, el art. 23, num. 1º, se refería al "estado de sugestión hipnótica o patológica" como a una causal de inculpabilidad. Pues bien: tortuoso fue el camino que hubieron de recorrer nuestra doctrina y nuestra jurisprudencia para la ubicación de los fenómenos transitorios que llevan al sujeto a la incapacidad de comprender la ilicitud de su comportamiento o a no poder regular su conducta, los cuales, una vez sucedido el hecho, ceden, para volver el sujeto a la normalidad. Después de duras sesiones, en las que las mejores tardes correspondieron a BERNARDO GAITÁN MAHECHA, LUIS CARLOS PÉREZ y JORGE ENRIQUE GUTIÉRREZ ANZOLA, se llegó a un punto de acuerdo más o menos pacífico: los casos de sonambulismo, embriaguez del sueño, fortísimos choques afectivos, en fin, todos aquellos en los que pasado el suceso se tuviera la convicción de que el sujeto no ofrecía peligro para la sociedad, se ubicaron en el art. 23, num. 1º, como "sugestión patológica". Los demás casos de trastorno mental transitorio en los que se comprobaba que el sujeto ameritaba una medida de seguridad por ofrecer algún peligro social, se ubicaban en el art. 23 o en el 29, como causal de inculpabilidad o como causal de inimputabilidad, según la necesidad o no de un tratamiento, en función de la peligrosidad o no del sujeto.

En el nuevo Código se tratan todas las formas de trastorno mental como causal de inimputabilidad. Así, se habla del fenómeno general en el art. 31 y se distingue entre trastorno mental *permanente* y trastorno mental *transitorio*. Este, a su vez, se subdivide en trastorno mental transitorio *con secuelas* y *sin secuelas*, lo cual se traduce en la siguiente consecuencia: este no da lugar ni a pena ni a medida de seguridad; el otro, el trastorno

con *secuelas*, trae consigo el internamiento por 6 meses como mínimo, en los establecimientos señalados por la ley. Y si se estudia con detenimiento la cuestión se podrá ver que existe una equivalencia entre los términos del Código Penal de 1936 y los del Código Penal de 1980, así: enajenación mental = trastorno mental *permanente*; grave anomalía síquica = trastorno mental transitorio *con secuelas*, y, finalmente, sugestión patológica = trastorno mental transitorio *sin secuelas*.

La importancia, respecto del tema, de algunas de las jurisprudencias publicadas (me refiero a la de la Corte, con ponencia del doctor REYES, a la del Tribunal Superior de Medellín con ponencia del doctor JOSÉ LUIS GÓMEZ PÉREZ y a la providencia del Juez Quinto Superior de Medellín, doctor LEONEL CALDERÓN, en el aparte que de ella se transcribe), salta a la vista, como que en ellas se comienza a perfilar el contenido y alcances de lo que debe entenderse por una y otra clase de trastorno mental transitorio.

Así, la Corte da un concepto de trastorno mental *en general*: “es aquella alteración sicosomática que el sujeto sufre en el momento del hecho, de tan profunda intensidad, por tal modo convulsionador de sus esferas intelectual y volitiva, que le impide —como ya se advirtió— darse cuenta de la ilicitud de su conducta o determinarse conforme a dicha comprensión”. Luego ejemplifica mencionando algunos fenómenos que puedan implicar el concepto: “puede tratarse de una anomalía biosíquica ubicable dentro de la sintomatología clínica propia de una verdadera sicosis, de una grave forma de sicopatía o de una compleja modalidad siconeurótica”. En seguida parece referirse al trastorno mental *transitorio* —mencionando algunos fenómenos que pueden ocasionarlo: “pero también es posible que una excepcional y honda aunque pasajera conmoción que obnubila la conciencia, o una también transitoria pero igualmente profunda alteración del intelecto y de la volición, generada por la ingestión de bebidas embriagantes o de sustancias narcóticas o estupefacientes”.

De las anteriores transcripciones se podría decir que la Corte ha comenzado a perfilar la noción de trastorno mental, como un fenómeno con las siguientes manifestaciones:

- A. Una alteración sicosomática que el sujeto sufre en el momento del hecho;
- B. Que afecta las esferas intelectual, afectiva o volitiva de la personalidad;
- C. Tal alteración debe tener una intensidad tan profunda que convulsione las esferas mencionadas en una medida tal que por esa convulsión el sujeto no pueda comprender la ilicitud de su comportamiento o determinarse de acuerdo con tal comprensión.

Cuando los anteriores requisitos se den, pero de manera pasajera, estaremos en presencia de un trastorno mental transitorio<sup>43</sup>.

<sup>43</sup> La jurisprudencia española ha dicho: “se halla en situación de trastorno mental transitorio el que sufre esa misma perturbación (se refiere a las facultades mentales) por causa inmediata, de aparición más o menos brusca, de duración, en general, no muy extensa y que termina por la curación sin dejar huella, o sea aquellos trastornos llamados reaccionales; consecuencia o respuesta a un choque de naturaleza física o síquica sufrido por el siquismo, que ceden, salvo si no se acompañan de lesiones immodificables, cuando cesa la acción del agente”. (Sentencias de 31 de enero de 1934 y 10 de junio de 1935. LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, “Trastorno mental transitorio”, en *El criminalista*, t. II, Buenos Aires, Edit. La Ley, 1942, págs. 266 y 267.

Enseguida agrega la Corte: “lo que importa en estos casos no es, entonces, el origen mismo de la alteración biosíquica sino su coetaneidad con el hecho realizado, la magnitud del desequilibrio que ocasionó en la conciencia del actor y el nexo causal que permite vincular inequívocamente el trastorno sufrido a la conducta ejecutada”. Interpreto que lo que quiere decir la Corte cuando se refiere aquí al origen es que poco importa que la alteración tenga por causa (en la terminología clásica) una sicosis, una neurosis o una sicopatía, o una emoción excepcionalmente violenta (un “trastorno reactivo”, como dice Th. SPOERRI) que produce un desequilibrio síquico; o que se trate de una reacción desatada por la ingestión de alcohol y de cualquiera otra sustancia narcótica o estupefaciente; poco importa cómo se denomine el fenómeno, con tal que produzca alteración de magnitud tal que afecte la capacidad de comprender, y que exista relación causal entre el trastorno sufrido y la conducta. O como lo ha dicho la jurisprudencia española: “lo que en verdad interesa al derecho no son tanto las calificaciones clínicas como su reflejo en el actuar”<sup>44</sup>.

Insisto: si lo que la Corte quiere significar cuando afirma que lo decisivo “no es, entonces, el origen mismo de la alteración biosíquica” es que poco importa la designación de la sicosis, neurosis, sicopatía, etc., me identifico con ella. Pero, en cambio, si lo quiere decir es que no importa la *causa última* de la alteración, su fundamento, entonces no me identifico con su pensamiento. En efecto: no siempre “el origen” (tomado este como *causa* o fundamento) resulta indiferente en esta materia. Así, por vía de ejemplo, si se trata de una sicosis, normalmente será un trastorno mental permanente, lo cual trae como consecuencia la medida de seguridad contemplada en el art. 94: internación durante 2 años como mínimo; en relación con el trastorno mental transitorio, si este tiene como origen determinados desequilibrios de la personalidad, o determinados traumatismos craneanos, o ciertas disritmias, o constitución epileptoide, etc., normalmente, atendiendo al *origen* del trastorno, estos van a ser casos considerados como trastornos mentales transitorios *con secuelas*, en virtud del tratamiento que el sujeto deberá recibir en el futuro, dada su eventual peligrosidad.

Tal lo ocurrido en las providencias citadas del Tribunal Superior de Medellín y del Juzgado Quinto Superior de la misma ciudad como en el proceso se dio por demostrado algún trastorno de personalidad, y el electroencefalograma y la historia clínica revelaron algunos rasgos epileptoides, hasta el punto de que se aceptó el hecho “como una crisis epiléptica, precipitada por el alcohol”, el tribunal ubicó el caso dentro de una grave anomalía síquica (del art. 29 del C. P. de 1936), o sea dentro de un trastorno mental *con secuelas* en el C. P. de 1980. Según el tribunal, los orígenes, en el caso, de la reacción del sujeto “indudablemente aconsejan medidas terapéuticas, encaminadas a la curación, que es la política que informa las medidas de seguridad que cabe aplicar a los inimputables”. Y el juez de primera instancia dijo: “es menester

<sup>44</sup> Sentencia del 1 de junio de 1962, citada por CÓRDOBA RODA y RODRÍGUEZ MOURULLO, en *Comentarios al Código Penal*, t. I, Barcelona, Edic. Ariel, 1976, pág. 217.

no solo auscultar su etiología: deben analizarse también las consecuencias que el episodio inconsciente ha dejado en la sique del agente para formular así la evaluación adecuada respecto a la posible reiteración”.

2.7. *La tentativa en los hechos de los sujetos inimputables.* El planteamiento puede ser el siguiente: la imputabilidad es presupuesto de la culpabilidad; la culpabilidad implica el dolo, la culpa o la preterintención. La tentativa exige propósito y la no consumación del delito querido, por una causa ajena a la voluntad del sujeto. Ahora bien: si el inimputable no puede obrar culpablemente, no puede obrar con dolo, culpa o preterintención, ¿cómo puede hablarse de tentativa respecto de su actuar? Tal es el tema de la última providencia publicada. El juez decide salir del problema sosteniendo que la imputabilidad no es presupuesto de la culpabilidad sino de la pena. La imputabilidad sería un problema para ser estudiado después de la culpabilidad, solo con miras a determinar la clase de sanción aplicable, pena o medida de seguridad. Para ello se fundamenta en lo sostenido por el profesor JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, cuya opinión se remonta a una línea doctrinaria que, conforme al Código Penal de 1936, y con el fin de evitar la responsabilidad objetiva de los inimputables, sostenía que ellos sí podían obrar en el Código derogado con dolo o culpa, es decir, con culpabilidad, tal como se ha indicado atrás.

A mi manera de ver, tal solución implica que existe una estructura unitaria del delito para imputables e inimputables, punto que me parece difícil sostener frente a este Código, pues que los inimputables, al igual que los imputables, pueden cometer hechos típicos y antijurídicos, pero no culpables.

Únicamente como base para la discusión me atrevo a proponer la siguiente solución: frente a nuestro Código, distinguir entre los conceptos de *intención* y *dolo*. Intención, como su nombre lo dice, viene de *in* y *tendere*, *tender a*, *tender hacia*. Intención sería la moción de la voluntad hacia algo; un impulso de la voluntad hacia algo. Dolo, en cambio, sería la intención jurídicamente relevante, pero que implica no un concepto avalorado como en la teoría finalista de la acción, sino un concepto pleno de valor. Dolo sería la intención de realizar un hecho con conciencia de la ilicitud del comportamiento.

Así las cosas, tendríamos: el enajenado puede querer, puede representarse un objetivo: matar, violar, secuestrar y mover su voluntad hacia tal objetivo (no quiere decir que la voluntad para que exista deba ser libre). Dando principio a la ejecución, no consuma el hecho por una causa ajena a su voluntad. Hasta ahí tenemos: averiguamos el contenido de su voluntad, su intención, ubicada en la *acción típica*, y se determina qué quería, para poder establecer el tipo para su juzgamiento. Y así se hablará de tentativa de homicidio, de tentativa de violencia, de hurto, de secuestro. Se avanza hasta la antijuridicidad; se establece que el sujeto es inimputable, es decir, que no obró con voluntad inteligente y libre; o sea se establece que el sujeto es *inimputable* y se lo somete a medida de seguridad. El dolo, pues, solo se predicará de los imputables, no de los inimputables, ni aun para solucionar el problema de la tentativa.

Lo anterior como inquietud, pues soy consciente de que el problema es bastante difícil y merece más atención de mi parte en otra oportunidad.

Las jurisprudencias que he tratado de comentar en sus aspectos esenciales (y solo por el aspecto sustantivo, pues no toco los aspectos procedimentales), me parecen en general acertadas y constitutivas de un gran esfuerzo por desentrañar el contenido del nuevo Código en la materia de inimputabilidad. Ojalá ellas sean solo el inicio de una maduración de ideas en esta difícil cuestión; que los que trajinamos con el derecho penal en Colombia no dejemos momificar las ideas; que la abulia y la línea del menor esfuerzo no lleve a los abogados y jueces a la cita fácil, en vez de estudiar a conciencia cada caso y repensar los conceptos para decidir si son aplicables o no. Quiera Dios que estas primeras jurisprudencias solo sean puntos de partida y no punto de llegada aún: “... se hace camino al andar...”.