

A

ACERCA DE LA IMPUTABILIDAD

LUIS JAVIER AVILA CABALLERO

ALFREDO MOUTHON ESPINOSA



BIBLIOTECA UNIVERSITARIA
Fernández de Madrid
Universidad de Cartagena



BIBLIOTECA UNIVERSITARIA
Fernández de Madrid
Universidad de Cartagena

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
CARTAGENA, SEPTIEMBRE 1987

T
343.2
A958

2

ACERCA DE LA IMPUTABILIDAD

LUIS JAVIER AVILA CABALLERO
//
ALFREDO MOUTHON ESPINOSA

Trabajo de Grado presentado como
requisito parcial para optar al
título de Abogado.

Presidente: Dr. DOMINGO ORLANDO
ROJAS

S C I B 45678
00008375

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
CARTAGENA, SEPTIEMBRE 1987



BIBLIOTECA UNIVERSITARIA
Fernández de Madrid
Universidad de Cartagena

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

RECTOR	: Dr. Luis H. Arraut Esquivel
SECRETARIO GENERAL	: Dr. Manuel Sierra Navarro
DECANO	: Dr. Alcides Angulo Passos
PRESIDENTE CENTRO	
INVESTIGACIONES JURIDICAS	: Dr. Guillermo Baena Pianeta
SECRETARIO ACADEMICO	: Dr. Pedro Macia Hernández
PRESIDENTE DE TESIS	: Dr. Domingo Orlando Rojas
PRIMER EXAMINADOR	: Dr. Alvaro Romero Goenaga
SEGUNDO EXAMINADOR	:

LA FACULTAD NO APRUEBA NI DESAPRUEBA LAS OPINIONES
EMITIDAS EN ESTA TESIS, TALES OPINIONES SON CONSI-
DERADAS PROPIAS DE SUS AUTORES.

Art. 83 del Reglamento.

A Nina Caballero y a
Tirza Gómez, con amor.

Luis Javier

A mis padres, con mucho
cariño.

Alfredo

6

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCION.	1
1. QUE ES LA IMPUTABILIDAD	4
1.1. IMPUTACION, IMPUTABILIDAD Y RESPONSABILIDAD .	4
1.2. CONCEPTO.	5
1.3. ENFOQUES DOCTRINALES DE LA IMPUTABILIDAD. . .	6
1.3.1. Teorías Tradicionales	7
1.3.1.1. Clásica	7
1.3.1.2. Positivista	9
1.3.2. Teorías Objetivas	12
1.3.2.1. Capacidad de acción	12
1.3.2.2. Capacidad de deber.	14
1.3.2.3. Capacidad de delito	14
1.3.2.4. Capacidad de ser destinatario de la norma penal.	17
1.3.2.5. Capacidad de pena	23
1.4. TEORIAS SUBJETIVAS.	24
1.4.1. La imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad	25
1.4.2. La imputabilidad como elemento de la culpabilidad	29

1.5. TEORIA FINALISTA. 33

1.6. TEORIA SICO-SOCIAL. 35

1.7. POSICION DE NUESTROS AUTORES. 39

2. QUIENES SON INIMPUTABLES. 52

2.1. CONCEPTO. 52

2.2. CAUSALES DE INIMPUTABILIDAD 52

2.2.1. El Trastorno Mental 52

2.2.2. Actio Liberae in Causa. 64

2.2.3. Inmadurez Sicológica. 67

2.2.4. La Embriaguez 73

2.2.5. La Minoridad. 75

2.3. CRITERIOS REGULADORES DE LA INIMPUTABILIDAD . 80

2.4. MEDIDAS APLICABLES A LOS INIMPUTABLES 82

3. ANOTACIONES FINALES 87

3.1. LA IMPUTABILIDAD EN EL CODIGO PENAL DEROGADO. 87

3.2. PROPUESTA GAITAN MAHECHA SOBRE LA IMPUTABILIDAD 88

CONCLUSIONES. 115

BIBLIOGRAFIA. 126

INTRODUCCION

Nos hemos propuesto con este trabajo de tesis de grado, adelantar un estudio más o menos profundo, sobre un instituto jurídico-penal que desde que comenzamos la carrera de derecho o más propiamente, cuando iniciamos el estudio de la asignatura "Derecho penal general", asaltó nuestro interés.

Tuvimos la fortuna de tener al Dr. VICTOR LEON MENDOZA como Profesor de la materia y aunque en esa época, dada nuestra condición de neófitos en esta disciplina, no metabolizábamos en un cien por ciento sus disertaciones reveladora, si nos solazábamos con sus charlas.

Nos llamó poderosamente la atención la situación de los locos que cometían hechos punibles, la situación de los borrachitos que como en una corraleja embestían a los transeúntes en las calles de las ciudades, la situación del indígena trasplantado de la noche a la mañana de su habitat natural a una selva de cemento y por cualquier

circunstancia realizaba una tipicidad punibles, la situación del niño que tiene un siquismo inmaduro y reproduce la conducta descrita en un tipo penal, la sugestión hipnótica, la drogadicción, la coacción, el error, el caso fortuito, la fuerza mayor, los intervalos lúcidos que habíamos visto en derecho civil, la siquiatria, la sicología, todos estos voquibles se apretujaban en nuestra mente, los interrogantes se habrían a cada paso, y comprendimos que la única forma de cerrarlos, era cogiendo al toro por los cachos.

Para comenzar, era necesario asistir a conferencias. En la Universidad, en varias oportunidades, se trató el asunto. Escuchamos a los doctores VICTOR LEON MENDOZA, SALGADO VASQUEZ y REYES ECHANDIA disertando sobre el tema. Hubo que seguir las apariciones trimestrales de la Revista Nuevo Foro Penal, que dirigen JUAN FERNANDEZ CARRASQUILLA y NODIER AGUDELO BETANCUR, que según hemos podido comprobar, es la que más se ocupa de este tema de la imputabilidad en el país.

Ya sobre el material, seleccionados los puntos que aparecen en la Tabla de Contenido, como qué es la imputabilidad, cómo ha sido enfocada a través de la historia del derecho penal, la escuela clásica, la positiva, las objetivas, las subjetivas, etc.; qué es la inimputabili-

dad, sus causas, la embriaguez, el trastorno mental, la inmadurez sicológica, la minoridad, las acciones libres en su causa, las medidas de seguridad, la imputabilidad en el Código Penal del 36, nos detuvimos reposadamente en las Actas de la Comisión Asesora, la propuesta GAITAN MAHECHA sobre la imputabilidad y por último, en las conclusiones de por qué los inimputables pueden actuar justificadamente, por qué inculpablemente, el tratamiento procesal que le dan la legislación derogada y la nueva.

Estamos satisfechos de haber realizado nuestro propósito y seguiremos investigando, hasta la saciedad.

11

1. QUE ES LA IMPUTABILIDAD

1.1. IMPUTACION, IMPUTABILIDAD Y RESPONSABILIDAD

Imputar, dice el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, es atribuir a otro una culpa, delito o acción. Para CARRARA, imputar significa "poner una cosa cualquiera en la cuenta de alguien".

Imputación es aquella operación mental que consiste en atribuir una determinada consecuencia jurídica a un hecho o situación condicionante, según JUAN CARLOS SMITH.

Imputabilidad en sentido gramatical es una calidad de lo imputable, pero en sentido jurídico es una condición de la persona frente al derecho penal de la cual se derivan determinadas consecuencias.

Responsabilidad para los efectos del derecho penal quiere decir tanto como sancionable. A contrario sensu, como dice KELSEN, "la irresponsabilidad jurídica de un

individuo designa simplemente el hecho de que tal individuo no es sancionable". El término "responsabilidad" debe entenderse como sujeción del agente a las consecuencias jurídicas de la infracción cometida.

En resumen, el concepto de imputación es básicamente objetivo-formal, e implica relación persona-conducta; el de imputabilidad descansa en aquel como presupuesto suyo, pero exige juicio de valor para reconocer la existencia de estas condiciones personales que orientan la conducta en determinado sentido de la que se derivan consecuencias jurídicas; la responsabilidad en cambio, reconoce el hecho como atribuible a una persona y le impone a su autor (responsable) la sujeción a determinadas consecuencias jurídicas que pueden concretarse en penas, medidas de seguridad o indemnización de perjuicios.

1.2. CONCEPTO

En términos muy generales, podría decirse que la imputabilidad es un "modo de ser" de la persona, que incluye en su comportamiento y del cual se derivan determinadas consecuencias jurídicas. Pero ese "modo de ser" está revestido de ingredientes psicológicos, biológicos, psiquiátricos, culturales y sociales, respecto de cuya im-



portancia, no se ha puesto de acuerdo la doctrina, lo mismo que en relación con el sitio que ha de ocupar este concepto dentro de la teoría del delito.

1.3. ENFOQUES DOCTRINALES DE LA IMPUTABILIDAD

El fenómeno en estudio, ha sido tratado y concebido de diversas formas a través de la historia de la ciencia penal y las posiciones asumidas siempre han respondido al tutelaje filosófico de cada momento.

El derecho penal, antes que cualquier otra rama del derecho, ha vivido en todo momento de gancho con la metafísica y su emancipación tal vez nunca sea plena, por cuanto, nuestra rama es ante todo, antropocéntrica, gira en torno al hombre, y tanto el hombre como el derecho penal, tendrán en esa disciplina, fecundo abrevadero.

Para tener un panorama completo de los diversos enfoques doctrinales de la cuestión, en seguida expondremos minuciosamente las más conocidas corrientes de opinión, con sus pro y sus contras, con la forma como pretenden explicar el fenómeno y el papel que le asignan en la estructura del delito.

1.3.1. Teorías Tradicionales

Se explicará aquí lo que postula la escuela clásica y la positiva en lo relativo a este tema.

1.3.1.1. Clásica

Para los seguidores de esta escuela, la imputabilidad presupone inteligencia y libertad moral de la persona que actúa; quien no cuente con tales facultades no es imputable y sus actos escapan de la esfera del derecho penal.

CARRARA, el maestro insuperable, máximo exponente de esta vertiente, en su monumental Programa, advierte que para que exista en un delito, la plenitud de su fuerza moral, "es necesario que en los dos momentos de la percepción y del juicio el agente haya estado iluminado por el entendimiento, y que en los dos momentos sucesivos del deseo y de la determinación, haya gozado de la plenitud de su libertad".

Esta tesis tuvo un óbice que no pudo saltar: La presunción de la existencia del libre albedrío, cuestión esta, indemostrable por los clásicos y criticada con acrimonia por el positivismo. En cuanto al problema del libre al-

bedrío CARRARA se limita a decir: "Yo no me ocupo de cuestiones filosóficas, por lo cual presumo como aceptada la doctrina del libre albedrío y de la imputabilidad moral del hombre, y como asentada sobre esa base la ciencia criminal, que mal se construiría sin aquella".

SOLER y MAGGIORE fueron los que le hicieron las más atinadas críticas. El error del maestro consistió en trabajar con el concepto metafísico de la libertad en vez de hacerlo con su concepto jurídico. Esta tesis niega sin fundamento alguno que los inímitables puedan querer un hecho ilícito, que los menores de edad, los sordomudos, los trastornados mentales no están en condiciones de ejecutar con voluntad comportamientos legalmente descritos. La tesis se rompe al admitir en los casos de alteración o deficiencia parciales de mente, por motivos de equidad, una imputabilidad parcial que daría lugar a responsabilidad atenuada.

MAGGIORE sostiene que esta teoría falla "al quitarle a la libertad toda necesidad y concebirla como no necesaria intrínsecamente, como algo que puede ser o no ser, como una actividad sin orden y sin ley. Entendiendo así la libertad, hay que negar su existencia en los niños, los idiotas y los locos, sometidos tan solo a la férrea ley de la fatalidad orgánica".

1.3.1.2. Positivista

Esta escuela fundamenta la imputabilidad en la actividad sico-física del agente, por la sola realización de la tipicidad punible, y que ella sea producto de su actividad fisiosíquica, se le consideraba como autor imputable, que debía responder penalmente porque con tal ejecución fáctica había demostrado una personalidad más o menos peligrosa y debía ser sometido a readaptación social. Con ello se perseguía, al decir de FERRI. proveer "una defensa social mucho más eficaz, distinguiendo a los autores de un hecho delictuoso no en imputable e inimputable, sino solo en más o menos peligrosos, pero todos responsables ante la sociedad y la ley". Para los seguidores de esta tesis, la peligrosidad del delincuente es síntoma de anormalidad producida por factores psicológicos, fisiológicos y sociales, y como quiera que el ayuntamiento de estos fenómenos anormales determina el comportamiento criminal, a la base del delito no se encuentra la libertad de acción sino una rara mixtura de fuerzas que le impelen a cometer hechos punibles. Consideran que todo sujeto activo de un hecho punible es siempre penalmente responsable, porque el acto es expresión de su personalidad, sin importar lo que ha deliberado en su fuero interno ni las circunstancias concomitantes de la causación material.

El positivismo penal deja a un lado el libre albedrío pero da un bandazo al otro extremo: el determinismo, según el cual el sujeto agente comete punibles, porque no pudo actuar de otra manera, demostrando así su inadaptabilidad social, debiendo por tal motivo rehabilitarse. Con esto, el fenómeno en estudio se traslada de lo jurídico a lo social. El propio FERRI liquida el dilema imputable o inimputable por otro más: más o menos peligroso, con lo cual hacía sociología criminal y no derecho penal.

MAGGIORE y SOLER hacen al positivismo juiciosas críticas. El primero de ellos indica que el error de esta escuela no es predicar la libertad determinada por motivos, sino confundir al determinismo con el fatalismo, dar a la causalidad un valor puramente mecánico olvidando que todo proceso causal supone una nueva síntesis de causa y efecto. El segundo anota que el positivismo "postula una especie de responsabilidad objetiva o despiritualizada, no porque desconozca o niegue el sentido espiritual que aquella tiene en la realidad social de hoy, sino porque cree que ello constituye una especie de error semejante a la equivocada postura mental que antiguamente existía con relación a la locura, la lepra o la hechicería. Y esa convicción positivista deriva mediante e inconscientemente del dogma del determi-

nismo síquico y consciente e inmediatamente de la pretendida demostración de la anormalidad síquica del delincuente, anormalidad a la que incluso ha querido dársele un carácter siquiátricamente específico, de entidad nosológica". El positivismo suplanta la libertad por un determinismo más o menos fatalista.

De lo dicho por FERRI, de que ante todo se debe distinguir entre sujetos más o menos peligrosos, se puede decir que confunde el derecho penal con la criminología, que desconoce el hecho científico y experimentalmente incontestable de que entre quienes realizan tipicidades punibles, hay dos grandes categorías: la de aquellos que en el momento en que actuaron presentaban alteraciones sicosomáticas o eran mentalmente inmaduros y la de quienes no adolecían de tales anormalidades y mostraban una personalidad ya estructurada en sus planos intelectual, afectivo y volitivo. El propio FERRI termina reconociendo estas dos categorías de sujetos cuando prevé, para los unos la imposición de penas y para los otros la aplicación de medidas de seguridad, así deduzca responsabilidad penal para los dos e involucre ambas consecuencias jurídicas en el concepto de sanción penal.

1.3.2. Teorías Objetivas

Presentaremos ahora estas corrientes que parten del supuesto de que la imputabilidad es capacidad del hombre respecto de algo.

Explican el concepto desde un punto de vista objetivo. Dicen que la imputabilidad puede ser capacidad de acción o de deber, de delito, de pena o el ser destinatario de la norma penal.

1.3.2.1. Capacidad de accion

BINDING y VON HIPPEL, entre otros afirman que tal fenómeno se traduce en la capacidad del sujeto para actuar. Esta capacidad de obrar, sostienen, en la que se traduce la imputabilidad, no está presente solamente en el derecho penal, sino que se da igualmente en otras áreas de lo jurídico; así en el derecho privado, es capacidad para negociar, testar o contraer matrimonio; en el derecho procedimental, es capacidad procesal, y en el derecho político, capacidad de elegir y ser elegido. Quienes no poseen tales capacidad, son inimputables.

La primera crítica que se le puede hacer a esta corriente es la extensión desmesurada del concepto, la excesiva

generalización, dado que acción es conducta y como tal es materia de regulación por todo el ordenamiento jurídico.

La segunda crítica tiene que ver con el hecho de que si imputabilidad es conducta, los que sufren trastornos mentales, los menores, los indígenas, los sordomudos, no pueden actuar, no pueden generar comportamientos, no pueden responder a estímulos externos. Esta conclusión, que se desprende de tal teoría, va en contravía de los más elementales conocimientos psicológicos y psiquiátricos sobre el comportamiento humano, puesto que ni la minoría de edad, ni la sordomudez, ni el trastorno mental, eliminan en los sujetos de quienes se predica, su capacidad de actuar. El menor de edad actúa, el sordomudo actúa, el indígena realiza comportamientos, el loco desarrolla conductas positivas o negativas; otra cosa es que la acción del menor está determinada por un siquismo inmaduro, lo mismo que le sucede al sordomudo o al indígena, y el desequilibrado mental por un siquismo anómalo; y son acciones en las que está presente la voluntad (salvo los casos de obnubilación de la conciencia, atrofia del plano volitivo de la personalidad), así sea impulsiva en el menor por falta de capacidad de autocrítica, y anormal en el trastorno mental por anomalías biosíquicas.

No podemos perder de vista nunca, en lo referente a lo afirmado erróneamente por los seguidores de esta escuela, que una cosa es la ausencia de acción y otra bien distinta es la conducta con caracteres deficitarios o anómalos.

1.3.2.2. Capacidad de deber

DIAZ PALOS, en su Teoría general de la imputabilidad, al hacer un bosquejo de esta tesis, encuentra que sus defensores creen que el fenómeno que estudiamos es capacidad jurídica de deber y que, por consiguiente, los inimputables no son capaces de actuar contra el derecho y en consecuencia todos sus comportamientos son jurídicos, es decir, secundum ius. Entre los partidarios de esta escuela está VON FERNECK y KOHLRAUSH.

Esta teoría no fija el alcance de esta capacidad jurídica de deber, lo que nos lleva a la aceptación del hecho de que frente al hecho punible cometido por el inimputable nada puede hacer el derecho penal, lo cual es ilógico e insostenible.

1.3.2.3. Capacidad de delito

CARNELUTTI es el principal sostenedor de esta corriente

que prácticamente engloba las de capacidad de deber y capacidad de acción. Considera este jurista que la imputabilidad implica capacidad para cometer delitos, y que esta capacidad de delinquir es consecuencia de la capacidad de actuar que debe particularizar a los sujetos que no pueden comprender la ilicitud de su conducta. Pero esta capacidad de obrar jurídicamente se extiende del campo del derecho penal al campo de las obligaciones, "no solo en cuanto a su cumplimiento, sino también a su violación, integrándose como idoneidad, más que para obrar en sentido material, para obrar en sentido jurídico, o bien para ejercitar un derecho o cumplir o violar un deber"; se trata entonces de una capacidad que no es patrimonio exclusivo del derecho penal, sino también del ordenamiento ius privatista. De aquí infiere CARNELUTTI que la capacidad para el contrato, como la capacidad para la tipicidad punible o para el ilícito civil no son más que dos expresiones de un mismo fenómeno. De esta manera se puede sintetizar la posición de este jurista.

La tesis consignada en precedencia responde a la inquietud y a la meta de su sostenedor de una teoría general del derecho en la cual los conceptos de negocio jurídico y delito se acercan tanto que no solo son dos expresiones de un mismo fenómeno, sino que constituyen dos

formas de obrar frente al derecho. Este empeño resulta fallido por cuanto la autonomía debe primar en cada una de las ramas del derecho aún cuando todas ellas se interrelacionen. Si bien el concepto de minoría de edad o el de sordomudez, por ejemplo, suponen inmadurez mental tanto para el derecho privado como para el derecho penal, sus presupuestos cronológicos y sus consecuencias jurídicas son diversos en uno y otro ordenamiento; en efecto, la edad civil no coincide con la edad penal y el acto realizado por el menor en el derecho civil o comercial puede ser inexistente o nulo en cada una de cuyas hipótesis las secuelas son diversas, a tiempo que el acto del menor en materia penal genera medidas de simple protección personal o la aplicación de otras de contenido más o menos punitivo, según la edad de su autor en el momento de la comisión del hecho punible. Por otro lado, en el derecho civil tenemos los conceptos de incapacidad absoluta y relativa que determinan consecuencias importantes en relación con los actos realizados por una y otra categoría de sujetos, distinción ésta ajena a la ciencia criminal. PANNAIN a su turno puntualiza: "La imputabilidad es capacidad jurídico-penal del autor, o sea capacidad de delinquir y, como capacidad jurídica es, en general, idoneidad para ser sujeto de derechos y obligaciones; la capacidad de delinquir es idoneidad de ser sujeto activo de delitos. Los inimputables son in-

capaces de obligaciones jurídico-penales. La imputabilidad, como capacidad jurídico-penal activa es presupuesto, condición previa para la jurídica existencia del delito".

A PANNAIN se le puede criticar que es erróneo que imputabilidad sea tanto como idoneidad para ser sujeto de derechos y obligaciones, porque ello equivale a colocar a los inimputables en el limbo jurídico, acaso el trastornado mental, el sordomudo, el menor de edad, no son titulares de derechos y obligaciones, no pueden llegar a adquirir el dominio de un bien inmueble por acto entre vivos o mortis causa, tener la calidad de ciudadano de la República con todas las prerrogativas inherentes a tal calidad, tener un estado civil o tener el derecho a la vida.

1.3.2.4. Capacidad de ser destinatario de la norma penal

PETROCELLI puntualiza lo siguiente: "La imputabilidad es un estado, un modo de ser, una condición del sujeto, distinta del delito, preliminar a él, necesaria para que un sujeto pueda ser destinatario de la norma penal y consecuentemente para que pueda asumir la obligación que se desprende de aquella. La imputabilidad sería,

así, una cualidad que un sujeto necesariamente debe tener para que la norma penal le sea eficiente o pueda referirse a él. Los inimputables, agrega, no teniendo conciencia y voluntad normales, no tienen la capacidad de conocer la norma y de regular su conducta y no son por lo mismo, capaces de obediencia, es decir, de sentir la amenaza contenida en la norma y de regular su conducta en la forma que el precepto dispone y en consecuencia no son idóneos para ejecutar hechos con voluntad jurídicamente relevante. Por eso los inimputables no son destinatarios sino objetos de la norma penal; sobre ellos se aplica el mandato dirigido a otros sujetos (el órgano público); no tiene, pues, ninguna obligación sino que están subordinados a la ley. Ahora bien, según que los sujetos sean o no capaces de obediencia (es decir, imputables o inimputables) el derecho adopta diversos medios coactivos de defensa; para los primeros, medidas sancionatorias; es decir, penas, y para los segundos, medidas no sancionatorias, es decir, medidas de seguridad".

BELLAVISTA por su parte, anota que "los términos imputabilidad y válido destinatarios de la norma penal son equivalentes, con una correlación parangonable a la que existe entre un radio transmisor (la norma) y un radio receptor (su destinatario). En tales condiciones no po-



dría decirse que el precepto "no matar" esté en función de quien no es idóneo para comprender tal prohibición y actuar en consecuencia".

BATTAGLINI, otro de los seguidores de esta corriente, afirma que teniendo en cuenta que la coerción que el Estado ejercita mediante las normas jurídicas sobre sus súbditos es una coerción de motivos y que, por lo tanto, dichos mandatos solo pueden dirigirse a los hombres normalmente determinables en virtud de motivaciones, los enfermos de mente y los menores de edad, no pudiendo ser determinados mediante motivos, no son capaces de deberes jurídicos y, por lo mismo, no pueden actuar ilícitamente.

Este asunto de los destinatarios de la norma penal es un problema que en estricto sentido, debe plantearse en términos jurídicos ya que se trata de algo que emerge del precepto de la norma penal y por lo tanto se presenta en un momento posterior al de la creación de la norma pero anterior al de la comisión del delito. Sentado este presupuesto, se indaga qué individuos pueden asumir el papel de sujetos en cuanto titulares de un deber, cuya violación configura la tipicidad punible.

De los postulados de esta corriente se colige que es

preciso establecer una diferencia: si el sujeto es capaz de entender y obedecer, a él se dirige el mandato; en caso contrario es el representante del incapaz o al juez a quien llega el imperio coactivo de la ley. A esto se puede decir, que no puede ser al representante del inimputable, por cuanto los derechos personales no admiten representación y porque los intereses que eventualmente van a resultar afectados con la sanción prevista pertenecen exclusivamente al inimputable; tampoco puede ser al juez, puesto que su misión de administrar justicia le impide ser, al propio tiempo, destinatario y ejecutor del mandato en relación con una determinada categoría de sujetos. Este razonamiento es apenas obvio.

Lo más lógico, es aceptar el principio de que toda persona, por el hecho de serlo, tiene idoneidad suficiente para ser titular de intereses jurídicos, independientemente de características orgánicas o psicológicas normales o anormales; y siendo, como lo son sin lugar a dudas, los inimputables individuos de la especie humana, asumen la categoría de titulares de derechos y obligaciones y, por lo mismo, de destinatarios de la ley.

FILIPPO GRISPIGNI, al criticar esta tesis, advierte que el precepto penal se dirige indistintamente a todos los súbditos, cualesquiera sean las condiciones síquicas de

normalidad o de madurez en que se encuentren, porque tiene un valor objetivo absoluto, irrefragablemente obligatorio en el sentido de que actúa no solo sin la voluntad sino, además, sin el conocimiento del súbdito. Cuando el Estado emite un mandato penal, lo hace para todos los individuos de la colectividad que gobierna y no para una determinada categoría de privilegiados; una de las características consustanciales de la ley es su generalidad. Si se acepta la tesis de que la norma penal no se dirige a los inimputables, derívase la absurda consecuencia de que no siendo la esfera de su libertad disminuída por tales preceptos, ellos tienen el derecho de realizar aquellos actos, que no para ellos sino para las demás personas el derecho prohíbe y que no siendo entonces ilícitos, no podrán ni siquiera ser impedidos. Resultaría entonces que los inimputables quedarían colocados o en la privilegiada esfera de seres jurídicamente intocables o en el terreno vil de las bestias, pero en uno u otro caso fuera del radio de acción de la ley. Lo primero sería aberrante, porque la ley no puede reconocer prerrogativas a quienes requieren mayor control de ella; lo segundo constituye un exhabrupto, porque los inimputables son seres humanos y como tales forman parte de la sociedad como sujetos de ella y no como meros objetos. El derecho penal es disciplina antropocéntrica, constituye proportio hominis ad hominem y excluye,

por lo mismo, como sujetos suyos a los animales. Hasta aquí la certera crítica del penalista italiano.

Habría que agregarle a la crítica anterior, que no se puede afirmar en principio que los inimputables no sean capaces de conocer, o al menos, tener la posibilidad de conocer la norma penal. Esto choca con la siquiatria contemporánea, según la cual existen enfermedades mentales que no destruyen el área cognoscitiva del paciente, y contraviene elementales conocimientos psicológicos que muestran al menor como capaz de conocer y comprender dentro de los límites de su precario desarrollo síquico.

Sabido es que para que se configure el deber no es necesaria aquella coerción de motivos ni aquella capacidad de obediencia al precepto concebido como posibilidad de ser síquicamente intimidado por el mandato y de comportarse conforme al mismo. Se afirma que la obligación jurídica no es esencialmente un vínculo psicológico sino del contenido mismo de la norma. La obligación se configura respecto de la persona en forma automática, independientemente de la voluntad del sujeto. Si la ley exigiese capacidad de intimidación de su destinatario, no se sentirían aludidos por ella ni podrían ser considerados como destinatarios, todos aquellos sujetos mayo-

res de edad y sanos de mente acostumbrados en el camino del crimen, a quienes la experiencia ha demostrado cómo se le hace el quite a la punición.

1.3.2.5. Capacidad de pena

Los defensores de esta tesis parten del supuesto de que la pena tiene como misión básica la de prevenir el delito y por tal motivo ha de producir efectos intimidantes, de aquí deducen que como solamente las personas imputables pueden sentir la amenaza de la norma penal, la imputabilidad debe entenderse como capacidad de pena.

También sostienen que el inimputable adolece de una calidad personal que le impide ser punible, no porque el hecho realizado no sea considerado como suyo, sino porque muestra una personalidad incapaz de sufrir la pena.

ANTOLISEI considera que es imputable quien está en situación de recibir una pena. Entiende que la imputabilidad no es más que una condición personal necesaria para que el autor de un hecho punible pueda ser sometido a una pena. Esta posición parece errada, porque no es cierto que solo los sujetos imputables pueden sentir la amenaza de la sanción penal.

Los partidarios de esta posición, entre ellos VACCARO, cometen el error de creer que se requiere una cierta capacidad para sufrir la pena, cuando la verdad es que la sanción penal se aplica independientemente de que el sujeto a quien se impone posea o no determinadas condiciones personales que le permitan experimentar sufrimiento, o que le aflijan.

En resumidas cuentas, lo que esta teoría muestra, no son los efectos jurídicos que se derivan de la condición personal de imputable o inimputable, no la naturaleza del fenómeno que coloca al sujeto frente a la ley para contravenirla; al considerar que el problema de la imputabilidad se desplaza al campo de la punibilidad - en cuanto al imputable se le impone una pena y al inimputable una medida de seguridad - esto a pesar de ser correcto, deja insoluble el problema de saber en qué consiste la imputabilidad.

1.4. TEORIAS SUBJETIVAS

Estas teorías han sido de buen recibo en la doctrina nacional y muchos de nuestros autores las aceptan y las hacen suyas.

Admiten la posibilidad de los llamados inimputables pue-

den realizar comportamientos objetivamente descritos en la norma penal del Estado como punibles pero rechazan la posibilidad de que sean capaces de actuar culpablemente. En esta forma, la imputabilidad no solo indica referibilidad síquica de la conducta a su autor sino vinculación de ella al mecanismo de la culpabilidad. Se diferencian únicamente respecto del papel que el concepto asume frente al fenómeno de la culpabilidad, ya que unos dicen que la imputabilidad es elemento de la culpabilidad, otros en cambio, que es presupuesto. A renglón seguido, nos detendremos en tales concepciones.

1.4.1. La Imputabilidad como Presupuesto de la Culpabilidad

LUIS JIMENES DE ASUA en su obra "Tratado de derecho penal" expone con una claridad meridiana su pensamiento: "La imputabilidad, como presupuesto de la culpabilidad, es la capacidad para conocer y valorar el deber de respetar la norma y determinarse espontáneamente. Lo primero indica madurez y salud mental; lo segundo, libre determinación o sea la posibilidad de inhibir los impulsos delictivos". Como ejemplo, cita el caso del paranoico o del sicópata afectado de ciertas formas compulsivas, que bien pueden conocer el deber de no transgredir la norma, pero no pueden evitar el impulso de vio-

larlas. Lo mismo se puede predicar del cleptómano, que a sabiendas de que lo que comete es hurto, no puede actuar diversamente por la anomalía que lo aqueja.

La posición que asume este autor es la que recoge el Código Penal Tipo para América Latina y también la misma que consagra nuestro Código Penal.

Por su parte, FERNANDO DIAZ PALOS considera que el concepto de culpabilidad debe entenderse en dos sentidos, objetivo el uno, en cuanto referibilidad del acto al sujeto, y subjetivo el otro, en la medida en que exige a su autor previa capacidad para esa referencia o imputación. Dice que la imputabilidad es "el conjunto de condiciones sicosomáticas exigidas por la ley penal para que las acciones u omisiones penadas en la misma puedan ser atribuídas al que las ejecutó como a su causa voluntaria", y por esa razón considera que es supuesto previo pero independiente de la culpabilidad; trátase, agrega, de dos conceptos independientes que, sin embargo, corren paralelos así en su base psicológica como en su delimitación valorativa o normativa.

DELITALA, quien se puede ubicar en esta corriente, dice que la imputabilidad no es presupuesto ni del hecho ni de la antijuridicidad sino de la culpabilidad, puesto



que a tiempo que respecto del inimputable no puede configurarse la culpabilidad, sí es posible la estructuración del hecho material y de la antijuridicidad.

En Colombia, GAITAN MAHECHA y MESA VELASQUEZ participan de esta tesis; el primero entiende la imputabilidad como "la capacidad de ser culpable, de actuar dolosa o culposamente", al igual que MAGGIORE, reconoce que la culpabilidad es juicio sobre la conducta, en tanto que la imputabilidad es juicio sobre su autor y asevera que ésta es presupuesto de aquella, porque solamente puede ser culpable quien tenga el carácter de imputable.

Para DIAZ PALOS, el fenómeno que estudiamos es mera atribubilidad de la conducta a alguien como a su causa voluntaria, con lo cual contrae enormemente su radio de acción, pues da de él una óptica estrictamente sicologista. Sin que queda ^{la} menor duda, muchos menores de edad y ciertas especies de anómalos mentales actúan voluntariamente sin que por ese simple hecho dejen de ser considerados como inimputables.

Como conclusión, agregan los defensores de esta tesis, la esencia que está a la base de esta concepción es la de que el juicio sobre la culpabilidad implica por su propia naturaleza un reproche natural al sujeto y, como

de acuerdo con ellos los actos de los menores y de los enfermos de mente no son susceptibles de valoración ética, se sostiene que en ellos no es posible encontrar una voluntad culpable. Además, presuponen que la culpa jurídica coincide con la moral, lo que es equivocado, porque esta no puede concebirse sin el conocimiento de la norma y de la obligación que de ella se deriva, mientras que es principio general del derecho el que la culpa jurídica subsiste sin el conocimiento de la norma.

MAGGIORE al criticar esta tesis, opina que los sostenedores de ella pecan de imprecisión, porque "el juicio de culpabilidad no es un posterium, un después, con relación al prius, al antes, del juicio de imputabilidad, sino que es únicamente un ahondamiento y una mayor determinación de dicho juicio de imputabilidad. Este es un simple juicio de hecho, en cuanto se limita a comprobar la propiedad (siutas) de la acción, o sea la pertenencia psicológica del hecho al sujeto; el de la culpabilidad es, en cambio, un juicio de derecho, ya que trata de descubrir en el hecho el momento de desobediencia a la ley".

1.4.2. La Imputabilidad como Elemento de la Culpabilidad

En estos términos puede concretarse el pronunciamiento de esta escuela: Dentro de exigencias estructurales del concepto de culpabilidad está la de libertad de querer, comprendida como posibilidad efectiva de parte del agente y en el momento de la causación material, de actuar en sentido contrario a los dictados del tipo penal, y como la libertad de querer debe excluirse de los inimputables, la imputabilidad debe estar integrada necesariamente dentro del concepto de culpabilidad.

Esta corriente tiene tres adalides sobresalientes: EDMUNDO MEZGER, GIUSEPPE BETTIOL y GIUSEPPE MAGGIORE.

Vamos con el primero de ellos. Este parte del supuesto de que la acción es expresión jurídicamente desaprobada de la personalidad del sujeto y que esta personalidad debe ser de tal índole que resulte apropiada para la imputación, con lo que la esencia de la culpabilidad radica en la adecuación del acto a la personalidad de su autor. Considera que es imputable quien posee al tiempo de la acción las propiedades personales exigibles para la imputación a título de culpabilidad. En resumen, para este autor, solo actúa culpablemente la persona res-

pecto de la cual se den las siguientes notas: que sea imputable, que haya ejecutado el hecho dolosa o culposamente y que no exista en su favor ninguna causal de exclusión de la culpabilidad.

El segundo dice, que no es posible juzgar como culpable la acción de un inimputable, por cuanto al enfermo de mente no se le puede formular ningún juicio de reproche por lo que ha hecho, ya que siendo la culpabilidad rebelión, desobediencia, supone en el sujeto una capacidad de rebelión que los inimputables no tienen. Sin embargo, el autor reconoce que el enfermo de mente es capaz de acción porque en su comportamiento encontramos un impulso voluntario dirigido a un fin, solo que en ellos falta aquella relación de congruencia entre los medios y el fin, fuera de la cual no es posible emitir el juicio de culpabilidad.

El tercero plantea: "Es un error considerar la imputabilidad como un status personal, como una cualidad del sujeto preexistente de la voluntad e independiente del hecho que constituye el delito: status que debería ser comprobado por el juez, antes de pasar a cualquier valoración de la conducta voluntaria concreta. Ningún sentido tiene declarar imputable a una persona antes de haber cometido el delito, y cuando tal vez nunca cometerá

una acción delictuosa. El juicio de imputabilidad no retrocede nunca más allá de la comisión del delito, sino que se refiere siempre a ella. En otras palabras, coincide con el juicio de culpabilidad. La única diferencia consiste en que la imputabilidad se refiere tanto al bien como al mal, a lo moralmente indiferente y a lo delictuoso, en tanto que la culpabilidad implica una atribución de mal, y en todo caso, un juicio de demérito".

Este último autor finaliza diciéndo que la imputabilidad es un momento de la culpabilidad y, por consiguiente, la inimputabilidad excluye el delito solo en cuanto excluye la culpabilidad, de donde se desprende que las causas subjetivas de exclusión del delito pertenecen toda al ámbito de la inculpabilidad (edad, enfermedad mental, embriaguez, sordomudez, caso fortuito, fuerza mayor y error), o lo que es lo mismo, que las causas de exclusión de la imputabilidad forman parte de las que excluyen la culpabilidad.

SOLER hace una amplia crítica a esta teoría, así: "Si dentro del concepto de culpabilidad se colocan en identidad de rango, a pesar de su heterogeneidad evidente, la imputabilidad, el dolo y la culpa, como lo hace la teoría normativa, resulta que no se podrá señalar clara-

mente la diferencia que media entre una causa de exclusión de la imputabilidad y una causa de exclusión de la culpabilidad (y ya hemos visto cómo MAGGIORE las coloca - unas y otras - como causales que excluyen la culpabilidad)... Una verdadera causa de inimputabilidad, como la locura, no tiene relación con determinado hecho sino que es siempre una situación del sujeto; habría suprimido la responsabilidad tanto por el hecho concretamente cometido, como por cualquier otro. Una causa de inculpabilidad, en cambio, como el error, importa siempre una relación entre el sujeto y determinado hecho imputado. Ahora bien, en el análisis de estas situaciones subjetivas, es evidente que deben preceder las que se refieren en general al sujeto (inconsciencia) y solo después corresponde examinar las relacionadas al hecho. Véase el desorden lógico y la monstruosidad jurídica que resultaría cuando, no observándose ese método, se entrase a considerar si un loco ha actuado por error de hecho en la comisión de un delito, y solo después se cayera en la cuenta que el error proviene de un trastorno general y permanente de su sensibilidad. Nadie se atrevería a decir que el perseguido por alucinaciones que comete un homicidio es irresponsable por error de hecho no imputable. La falla de tal método sería exactamente igual que la de analizar primero la culpabilidad y después la ilicitud del hecho".



1.5. TEORIA FINALISTA

El finalismo hace una triple exigencia respecto de la imputabilidad: a) representar en el sujeto la capacidad de comprensión del injusto; b) representar igualmente en el sujeto la capacidad de determinarse de acuerdo con ese conocimiento; y c) no concebirla sino a través de su negación: la inimputabilidad. De las primeras exigencias surge la capacidad del autor.

HANS WELZEL, su máximo expositor, explica: "La capacidad de culpabilidad tiene un momento cognoscitivo y uno de voluntad; la capacidad de comprensión de lo injusto y de determinación de la voluntad. Solo ambos momentos conjuntamente constituyen la capacidad de culpabilidad. Cuando a causa de falta de madurez de un joven o a consecuencia de estados mentales anormales, no se dé aunque sea solo alguno de estos momentos, el autor no es capaz de culpabilidad.

"Para el momento intelectual, es decisiva la capacidad de comprensión de lo injusto del hecho. (La referencia se hace a lo injusto en sentido material): No es necesario que el autor pueda reconocer el hecho como contrario a la ley o, en general como punible, ni es suficiente la conciencia de perpetrar una simple inmoralidad,

sino que el autor tiene que poder reconocer que su hecho es una transgresión de aquellas normas sociales que son indispensables para la vida común. Si no se da esta capacidad, entonces se excluye también la posibilidad concreta de comprensión del injusto. De ahí que la culpabilidad se excluya por desconocimiento inevitable de la antijuridicidad (error de prohibición inevitable)".

También considera que la culpabilidad es esencialmente reprochabilidad y que presupuesto suyo es la posibilidad de autodeterminación del autor. Pero aclara que la capacidad de culpabilidad existe o no existe, independientemente de si el sujeto actúa o no, de si se comporta conforme a derecho o antijurídicamente. Pero la reprochabilidad supone que el autor, capaz de culpabilidad respecto del hecho concreto, habría podido estructurar en lugar de la voluntad antijurídica de acción, una conforme al derecho; eso ocurre cuando ha reconocido lo injusto de un hecho, o ha podido reconocerlo.

Los finalistas aceptan que los inimputables son capaces de obrar dolosa o culposamente, solo que el dolo y la culpa no forman parte de la culpabilidad sino que se ubican en la teoría de la acción típica, como aspecto subjetivo de la misma.

En lo relativo al papel que debe ocupar en esta tesis el fenómeno de la imputabilidad respecto de la culpabilidad, concluyen los finalistas que ha de considerarse como un elemento de ésta, junto con la exigibilidad de una conducta conforme a la ley, y con la posibilidad concreta de reconocer el carácter ilícito del hecho realizado por el sujeto agente.

Contra la teoría finalista de la culpabilidad se ha dicho que hace imposible una concepción unitaria de este fenómeno y particularmente del dolo, ya que no cabría dentro de ella el denominado por la doctrina dolo eventual; que acaba con la separación de los aspectos objetivo y subjetivo del delito; que traslada, sin resolverlos, los problemas propios de la culpa, del plano de la culpabilidad al de la acción; que desnaturaliza el concepto de culpabilidad, porque expulsa de su seno el dolo y la culpa, dejándola reducida a juicio de reprochabilidad sobre la acción típicamente antijurídica.

Las mayores y más certeras críticas que se le han hecho a esta teoría dicen relación con el desplazamiento del dolo y de la culpa del ámbito de la culpabilidad al de la tipicidad. El dolo de los inimputables que los finalistas reconocen es puramente natural, vale decir, sicologista y, por lo mismo, poco tiene que ver con la

capacidad para comprender la ilicitud del hecho punible.

Retomando el tema de la imputabilidad como elemento de la culpabilidad son válidas las mismas objeciones ya puntualizadas al hacer la presentación de esta teoría. Obsérvese que los tres requisitos de la culpabilidad en esencia, se reducen al primero de ellos - la imputabilidad - puesto que entendida ésta por los propios finalistas como capacidad de comprender lo injusto de la conducta y de determinarse de acuerdo con esa comprensión, síguese que la posibilidad concreta de reconocer el carácter ilícito del hecho no es más que la demostración de que el agente es imputable (aspecto intelectual del fenómeno) y que solo a la persona imputable, por el hecho de serlo, se puede exigir que se comporte conforme a derecho, dado que es capaz de autodeterminarse, es decir, de orientar su voluntad hacia la realización de una conducta jurídica o antijurídica (aspecto volitivo del fenómeno).

1.6. TEORIA SICO-SOCIAL

VON LISZT, su máximo expositor, concreta su pensamiento, que puede sintetizarse así: La relación subjetiva entre el hecho y su autor solo puede ser psicológica; ella determina el acto culpable, entendido como acción dolosa

o culposa ejecutado por una persona imputable. De la significación sintomática de este acto culpable, respecto de la naturaleza de su autor, se deduce el contenido material del concepto de culpabilidad; pero la esencia de tal concepto radica en el carácter asocial del autor cognoscible por el acto cometido, entendido como conducta antisocial, es decir, en la imperfección del sentimiento del deber social necesario para la vida común en el Estado, y en la motivación antisocial, provocada por esa causa.

Con fundamento en estos argumentos se dice que la imputación contenida en el juicio de culpabilidad, supone dos elementos a saber: La imputabilidad del autor y la imputación del acto. Aquel está representado por el acto síquico que le garantiza al autor la posibilidad de conducirse socialmente, es decir, de determinarse de un modo general según las normas del grupo social, ya pertenezcan éstas al dominio de la religión, de la moral, de la inteligencia o del derecho. Este, en cambio, es un elemento que implica de parte del autor el conocimiento de la significación antisocial de su conducta o, cuando menos, la obligación de tal conocimiento.

Concluye VON LISZT, que la imputabilidad es la capacidad de conducirse socialmente o, lo que es lo mismo, de

observar una conducta que responda a las exigencias de la vida política común de los hombres. En consecuencia, dicho concepto supone que la sique del autor disponga de la riqueza necesaria de representaciones para poder realizar una completa valoración social; que la asociación de representaciones se produzca normalmente y con la normal velocidad; que la base efectiva de tales representaciones y por consiguiente, la fuerza motivadora de las normas generales - jurídicas, morales, religiosas, etc. - corresponda a la medida media, y que la dirección y vigor de los impulsos de la voluntad tenga caracteres de esencial normalidad.

CARLOS FONTAN BALESTRA en su obra "el elemento subjetivo del delito" toma partido por esta corriente al definir la imputabilidad como "facultad de obrar normalmente", entendiendo el concepto de normalidad en sentido psicológico y social. No se olvide, dice este autor para aclarar su pensamiento, "que la misma siquiatria para llegar al dictamen de anormalidad, parte de los conceptos sociales, pues, el interrogatorio a que se somete el individuo en examen, se inicia con preguntas que van referidas a los conocimientos más difícilmente ignorados, tales como el nombre, la edad, la nacionalidad, estado, sexo, orientación en el tiempo y en el espacio, etc., y que no requieren razonamiento, sino memoria, para pasar

luego a conceptos más evolucionados, hasta llegar hasta el nivel que alcance el observado".

1.7. POSICION DE NUESTROS AUTORES

Nuestra doctrina considera que el fenómeno de la imputabilidad, debe enfocarse desde tres ángulos diversos, pero complementarios, el psicológico, el social y el jurídico. He aquí la explicación de este triple encuadramiento.

REYES ECHANDIA considera que la imputabilidad es al propio tiempo un modo de ser y un modo de actuar: lo primero - dice - porque refleja el estado en que se encuentra la personalidad en un momento determinado, de acuerdo con la forma en que funcionen sus esferas intelectual y volitiva; aquella le permite al individuo aprender e identificar los estímulos y responder a ellos adecuadamente, vale decir, conocerlos y complementarlos; ésta le sirve para decidir la actitud que ha de tomar frente al estímulo - responder o abstenerse de hacerlo - y para orientar su organismo con la determinación que se adopte. El modo de actuar es la consecuencia natural de la decisión tomada por la conciencia y la voluntad, expresada en términos de dinamismo vital.

Hasta aquí el fenómeno discurre por los predios de la psicología; pero es que la imputabilidad, entendida como criterio absolutamente individual, deja de tener sentido para el derecho penal que solo se ocupa del delito en cuanto comportamiento humano que trasciende la esfera de lo personal, para adentrarse en el amplio mundo de lo social. Desde el punto de vista psicológico el delito es, ciertamente, conducta humana, pero no conducta aislada, sino respuesta del hombre a estímulos externos que lo afectan de alguna manera y que, a su vez, afecta a otros individuos. El concepto de delito surge cuando el hombre realiza actos de oposición social, es decir, comportamientos que causan daño al conglomerado en cuanto alteran y dificultan el normal proceso de desarrollo y bienestar del grupo y contra los cuales este reacciona negativamente reprochándolos y rechazándolos. La situación personal del sujeto en lo que respecta a sus esferas intelectual y volitiva orienta su comportamiento en determinada dirección, pero cualquiera que ella sea, la acción que surge de esa alteración de fuerzas se refleja en un resultado que implica modificación del mundo exterior, en la medida en que ocasiona disturbio social. Cuando VONLISZT afirma que "imputabilidad es capacidad de conducirse socialmente", está puntualizando esta indudable connotación social del fenómeno.

No basta, sin embargo - dice REYES E. - considerar la imputabilidad como un ente psicológico y sociológico, como abstracta capacidad de comprender y de actuar dañosamente, porque tal concepto resulta demasiado amplio como que comprende, al propio tiempo, la ilicitud moral, la social y la jurídica. Necesario es entonces limitar su alcance a lo jurídicamente normativo, por cuanto solo nos interesa la imputabilidad como fenómeno propio del derecho penal para explicar el delito y para precisar las consecuencias que respecto de su autor se derivan. La parece por eso equivocado el planteamiento de WELZEL cuando considera indiferente que el sujeto imputable o inimputable actúe o no, se comporte conforme a derecho o antijurídicamente; y lo cree errado porque, no porque las características sicosomáticas que sirven para calificar a alguien de imputable o inimputable surjan, se modifiquen o desaparezcan cuando actúa o deja de actuar, y en aquel caso, porque lo haga lícita o ilícitamente, sino porque solo interesa al derecho penal - que es la disciplina para la cual trata de explicar el concepto - el que una persona sea imputable o inimputable cuando realice un comportamiento descrito en la ley como delito.

Resulta entonces que la imputabilidad tiene un contenido sico-socio-normativo. Está asentada sobre la persona,

como estructura sicosomática y para su identificación se precisa del auxilio de la psicología y de la psiquiatría; se manifiesta como fenómeno social, porque genera modos de ser y de actuar que adquieren verificación social, en cuanto se gestan y se desarrollan en el seno de una determinada colectividad que se comporta frente a ellos de una manera muy peculiar; pero el reconocimiento de su existencia para efectos penales supone un juicio valorativo que compare la acción del sujeto - fruto de sus características fisiológicas - con la normatividad jurídica, juicio del cual se derivan determinadas consecuencias. Al fin de cuentas, el derecho penal es una regulación normativa de los comportamientos socialmente inadecuados, para señalarles unos efectos punitivos; pero no podría cumplir correctamente su misión si no estuviese en condiciones de distinguir entre los protagonistas de tales hechos, a los sujetos imputables de quienes no lo son.

Sobre estas bases, entiende por imputabilidad LA CAPACIDAD DE LA PERSONA PARA CONOCER Y COMPRENDER LA ANTIJURICIDAD DE SU CONDUCTA Y PARA AUTOREGULARSE DE ACUERDO CON ESA COMPRENSION.

En este mismo sentido se ha pronunciado la Corte al considerar que la imputabilidad es "capacidad de compren-

sión de la antijuridicidad de la propia conducta y de autodeterminación" (C.S. de J., cas., octubre 14 de 1980). En más reciente ocasión puntualizó este mismo criterio: "Entiéndese por imputabilidad la 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 acuerdo con esa comprensión; el 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 iurídico penalmente tutelado por el tipo dentro del cual se subsume; el segundo se refiere a la humana libertad para actuar en sentido antijurídico pudiendo y debiendo comportarse adversamente" (Cas. Octubre 13 de 1982).

Esa capacidad refleja un modo de ser para un modo de actuar y dependen sustancialmente de características sico-físicas que dicen relación a la madurez mental y la normalidad psicológica y fisiológica del individuos y, en algunos casos (indígenas), de la valoración que el sujeto sea capaz de hacer respecto de las normas culturales y legales que rigen las relaciones de la sociedad en la que vive y ante la cual debe responder.

Trátase de una capacidad de conocimiento y de comprensión como quiera que aquella es presupuesto de ésta, dado que solo es posible comprender aquello que previamente hemos conocido. Mediante el conocimiento identificamos la naturaleza y cualidades de un estímulo que hemos captado sensorialmente, y a través de la comprensión, somos capaces de abstraer la idea que el estímulo suscita, de entender su significado y de relacionarla con otras ideas y estímulos.

Lo que el inimputable es capaz de conocer y comprender es que con su comportamiento ocasiona indebidamente daño a otro, lesiona o pone en peligro intereses jurídicos que está obligado a respetar.

Desde el punto de vista del contenido, el juicio de ilicitud - dice con razón GIRALDO ANGEL - "implica la incorporación por parte de quien lo hace de los valores jurídicos imperantes en el tiempo y en el espacio en que él se formula. Por eso si la valoración como función es un proceso ligado a la madurez psicológica, como contenido se halla influenciado por los valores que sobre lo lícito y lo ilícito se tengan en una sociedad determinada".

Ahora bien, no basta que la persona sea capaz de compren-

der la ilicitud de su comportamiento, es necesario, además, que pueda regular su propia conducta de acuerdo con esa comprensión, lo que significa que comprendida la ilicitud de su acción futura debe estar en condiciones de poder decidir libremente si la realiza o se abstiene de consumarla. Tocamos así el problema capital del concepto de imputabilidad: el de la libertad del hombre en sociedad; es esta, en efecto, algo consustancial al hombre en cuanto forma parte de su propia existencia; como bien lo anota FERNANDEZ CARRASQUILLA, "la libertad le sirve al hombre para la satisfacción suficiente de sus necesidades existenciales y la realización plenaria de sus potencialidades humanas". Nosotros la entendemos no en la forma absoluta en que la entendían los liberoarbitristas - como facultad de actuar en determinada dirección o dejar de hacerlo sin limitación alguna - sino en sentido relativo, habida cuenta de que toda conducta es motivada y en su dirección intervienen factores endógenos y exógenos, sobre cuya influencia es capaz de actuar para modificarlos o disminuir su influjo e incluso para superarlos.

La imputabilidad, dice con razón ROMERO SOTO, "Tiene como base insustituible la libertad, pero no la de poder adoptar decisiones en el vacío, sin consideración a ninguna clase de factores, caso en el cual ni la misma pena

tendría efecto alguno, ni podría dirigirse ningún reproche a su criminalidad, sino una libertad en la que tengan eco factores, como los sociales, a los que sea posible conocer y dirigir, valorándolos adecuadamente, para ajustar la conducta a este juicio de valor. Esto significa un proceso de superación por medio del cual el hombre se sobrepone a los simples impulsos instintivos para examinar sus deseos a la luz de las consideraciones sociales".

Para MAGGIORE la libertad es el grado más alto de la soberanía espiritual, es la creadora de su propio mundo; su función no es la de anular las motivaciones sino la de superarlas; cree que el verdadero concepto de libertad es aquel que logra sintetizar los antagonismos propios del determinismo y del indeterminismo.

En esta misma dirección se orienta DIAZ PALOS; he aquí su pensamiento: "Superado el debate de escuelas, que se había centrado en buena parte en la afirmación o negación del libre albedrío, como base de la imputabilidad, hoy se rpopende más que a posiciones de compromiso o eclécticas, a un sincretismo que rehuye tanto la suma libertad de indiferencia (arbitrium indifferentiae) de algunos clásicos a la absoluta libertad del hombre pregonada por los modernos existencialistas sartrianos,

como rechaza el pleno determinismo científico o psicológico y gusta hablar de autodeterminación o autodecisión o también de auto-orientación en el sentido de la norma, con lo que criminología y derecho penal se acercan en un punto crucial, sin mengua de sus respectivos postulados metodológicos, que fijan y delimitan el ámbito de cada una de estas ciencias colaboradoras en la lucha contra el delito".

Concebida la libertad como concreta posibilidad de optar dentro de ciertas limitaciones - dice ESTRADA VELEZ - "el juicio de atribuibilidad no encuentra su fundamento en el reproche moral que no tiene por qué influir en la estructura del delito, sino en el reproche social, por no haberse comportado el sujeto de conformidad con las exigencias de la sociedad".

Sin esta capacidad de autogestión, el hombre dejaría de serlo para transformarse en bestia y la sociedad se convertiría en una suma de autómatas heterorreguladores o en un conglomerado de homúnculos pasivamente al servicio de una voluntad superior.

Cuando se dice entonces que el hombre es libre para delinquir o para actuar conforme a derecho y que esa libertad - capacidad de autorregularse - constituye el

substratum del concepto de imputabilidad, se quiere significar que sujeto imputable es quien posee aquellas condiciones sicosomáticas y socio-culturales que le permiten actuar ilícitamente o abstenerse de hacerlo por propia determinación, tomados en consideración a factores endógenos y exógenos que es capaz de conocer, comprender y modificar, de tal manera que puede decirse que el acto es "suyo" no solo en sentido material y psicológico, sino también espiritual.

Para ello es necesario - dice GIRALDO ANGEL - que "el sujeto tenga capacidad de trascender su propia miseria; para darse cuenta de las fuerzas irracionales que lo impelen a actuar en un sentido determinado; para que sea él quien decida libremente su actuación".

Con esta posición - se pregunta REYES ECHANDIA - nos matriculamos entre quienes consideran la imputabilidad como un presupuesto de la culpabilidad, o tal vez estaremos más cerca de quienes la ubican como elemento de la culpabilidad? Nos parece - él mismo se responde - que ambas son excesivamente formalistas, pues ya sea que situemos la imputabilidad como presupuesto o ya como elemento de la culpabilidad, lo cierto es que en uno y otro casos sin imputabilidad no ha culpabilidad.

Tiene, pues, razón RODRIGUEZ DEVESA cuando afirma que "si lo esencial de la culpabilidad radica en haber podido el sujeto obrar de otra manera, es evidente que la imputabilidad no puede desociarse de la culpabilidad".

No obstante, en favor de la tesis de una relativa autonomía del concepto de imputabilidad destácase el hecho de que es un fenómeno que apunta básicamente a la persona como un modo de ser suyo, a tiempo que el de la culpabilidad es un comportamiento dirigido a la conducta misma frente al ordenamiento penal; no se trata, desde luego, de dos fenómenos inseparables, sino más bien complementarios, entre los cuales, no obstante, fácil de distinguir el primero como presupuesto del segundo, como quiera que toda conducta humana proviene de una persona que proyecta en ella su modo de ser. En apoyo de esta misma tesis podría agregarse que al colocar al lado de la imputabilidad, el dolo y la culpa como elementos de la culpabilidad - tal como lo hace MEZGER - no solamente se llega a la inconsecuencia lógico-jurídica que precisa SOLER, sino que siendo la capacidad de comprender la ilicitud del hecho una característica esencial de la imputabilidad y predicándose ella también del concepto de dolo - entendida ya como especie de ilicitud - tiénense dos elementos de valor diferente en el que el primero es presupuesto del segundo, puesto que el in-

imputable no sería capaz de actuar dolosamente.

Aunque ZAFFARONI reconoce que inimputabilidad y culpabilidad deben tratarse "en el mismo nivel analítico", se apresura a mostrar los riesgos que se derivarían de asentarla definitiva y formalmente como presupuesto de la culpabilidad; tal ubicación, dice, tendría sentido dentro de la concepción sicologista de aquel fenómeno, pero descartada dicha posición "carece de coherencia, porque también habría que colocar en plano anterior al de la tipicidad, una capacidad síquica de tipicidad, antes de la justificación, una capacidad síquica para la misma, y antes de la acción una capacidad de actuar de la misma naturaleza. Semejante construcción sería poco menos que alucinante e hipertrofiaría innecesariamente el capítulo de la capacidad síquica para el delito que, a guisa de corte longitudinal en la teoría, vemos que funciona en cualquiera de sus estratos: allí donde se requiera algo subjetivo, se requerirá también una particular capacidad".

Este atomismo conceptual que resulta de darle más importancia al sitio donde deben quedar colocados los fenómenos dentro de una cierta estructura mental, antes que a su propia esencia, deviene a la postre en puro nominalismo. La cuestión de todo radica en lo

que entendemos por imputabilidad; si definido este punto resulta que sin imputabilidad no hay culpabilidad, ésta 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.

El párrafo precedente, son voces del inolado profesor REYES ECHANDIA, y arroja torrentes de luz, sobre la forma como se debe desde ya abordar el fenómeno de la imputabilidad.

2. QUIENES SON INIMPUTABLES

2.1. CONCEPTO

Es inimputable quien en el momento de ejecutar el hecho legalmente descrito, no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica o trastorno mental. Así reza el artículo 31 del Código Penal.

2.2. CAUSALES DE INIMPUTABILIDAD

2.2.1. El Trastorno Mental

Es una locución carente de sentido psiquiátrico, que no encaja en la nomenclatura de esta ciencia, ni corresponde a ningún cuadro o síndrome psicopatológico. El trastorno es la perturbación, el desorden o desarreglo de las facultades mentales del sujeto, bien sea causada por factores patológicos permanentes o transitorios, o por circunstancias ajenas a estos factores. Sobre es-

te particular, REYES ECHANDIA dice que: "es una expresión muy amplia en la que caben las siguientes hipótesis: a) Las enfermedades mentales tradicionalmente calificadas como sicosis, sicopatías y neurosis; b) los casos de obnubilación de la conciencia determinados por profundas alteraciones de la esfera emotiva de la personalidad, por ebriedad, por ingestión de sustancias que produzcan dependencia física o síquica, por enfermedades físicas que generan graves estados febriles, o por causas naturales no patológicas. Necesario es, en todo caso, que el trastorno mental sea de tal magnitud, que en el momento de actuar, el sujeto no sea capaz de comprender la ilicitud de su conducta o de autodeterminarse de acuerdo con esa comprensión. Por eso no se estimó necesario calificar en la norma tal trastorno ni precisar su carácter transitorio o permanente".

Todas las perturbaciones de la conciencia o de la voluntad con origen en procesos patológicos quedan incluidas dentro del concepto de trastorno mental. Debe relevarse, sin embargo, que la situación de inconciencia total del sujeto puede ir mucho más allá de la imputabilidad para llegar a la incapacidad de acción. Lo mismo puede decirse del estado hipnótico, a pesar de las perplejidades que la materia suscita actualmente, porque debe advertirse que en estos casos no puede descartarse un pro-

blema de participación criminal por instigación o determinación, y eventualmente por el fenómeno que la doctrina denomina "autoría mediata". Pero el trastorno mental, como ya lo expresamos, puede derivarse de enfermedades físicas, situaciones traumáticas, anormalidades congénitas, estados emotivos intensos, procesos infecciosos, ingestión de alcohol y drogas sicotrópicas, etc.

La personalidad sicopática no entra en esta categoría. Con claridad lo ha dicho MAURACH: "A las anormalidades aprehensibles tan solo síquicamente pertenecen ante todo, prescindiendo de las debilidades mentales consideradas por el Código Penal no con demasiada razón como una categoría autónoma frente a los "trastornos morbosos", los numerosos casos de sicopatías, en los que lucus a non lucendo - no cabe precisamente apreciar una alteración morbosa de lo somático, extendida a la vida síquica. En las sicopatías nos hallamos ante manifestaciones de personalidades anormales con un - lo único que interesa al derecho penal - claro desvío hacia lo infravalorado y, a saber, en el sentido estricto de este término: En contraste al propio sujeto sicótico, el sicópata se caracteriza, no tanto por falta de inteligencia, como por defectos referentes a aquellas cualidades sicomorales que permiten concebir al hombre como personalidad social y moral. El sicópata se caracteriza en pri-

mer lugar, por vicios de la efectividad, voluntad y carácter, y a saber, por vicios congénitos; estos vicios son lo único que pueden ofrecer, y aún así, dentro de los más estrechos límites, las bases biológicas para el ulterior examen normativo. Por el contrario, simples influencias del ambiente descartan ya por regla la "patología" de la personalidad convertida en anormal. Pero aún con esta limitación, la veriguación de los componentes biológicos en las sicopatías va unida a graves dificultades, hasta el punto de que incluso puede ponerse en tela de juicio la existencia de un concepto general de sicopatía. La delimitación de las formas de sicopatías entre sí, guarda, en cambio, escaso interés para el derecho penal".

En el código derogado se hablaba de enajenación mental y grave anomalía síquica y parece que el nuevo código recoge estos conceptos en el denominado trastorno mental. En relación con el Código antiguo y explicando estos fenómenos mentales anómalos se dice, que la siquiatria, como ciencia causal-explicativa, está en constante desarrollo, sus conceptos son cambiantes y sus conclusiones aún no definitivas. La noción de enajenación mental nos la ofrece la siquiatria y consiste en el trastorno general permanente de las funciones síquicas, y en que sus causas patológicas las ignora o no las interpreta

debidamente el enfermo. La nota característica es que el enfermo es un desadaptado lógicamente y activamente a las normas del medio ambiente, sin provecho para él ni para la sociedad.

También se define, según SLUCHEVSKI, citado por LUIS CARLOS PEREZ, como una enfermedad de todo el organismo, y, sobre todo, del cerebro; se manifiesta en trastornos de la conciencia, o sea, en la alteración de la capacidad del individuo para reflejar exactamente el mundo circundante que lo rodea o influir sobre él con un fin determinado. La base de la sicosis son cambios fisiopatológicos de los procesos de la actividad nerviosa superior que conducen a la alteración de las relaciones mutuas entre todas las instancias del cerebro, con una manifestación más marcada en los trastornos del segundo sistema de señales, termina diciendo el autor mencionado. Se trata, en otras palabras, de un estado patológico-morbo que perturba el equilibrio del organismo y afecta la voluntad y los procesos intelectivos, como la percepción, la representación, el juicio, la memoria, la atención, etc., del sujeto. Dicho proceso o estado es persistente y la alteración de las funciones síquicas en general, siendo tales personas unas inadaptadas a la vida social, que carecen de una noción clara de las reglas éticas, morales, sociales y jurídicas.

Y en cuanto a la grave anomalía síquica, se trata de un término muy controvertido entre los especialistas, pues algunos consideraban que estaba comprendido dentro de la enajenación mental y otros, por el contrario, sostenían la necesidad de definirla de todas maneras. Para URIBE CUALLA, el término se refería a ciertas deficiencias mentales, que estaban lejos de ser verdaderas demencias o locuras, pero que, sin embargo, reduce al individuo. Se trata de una irregularidad transitoria de la mente, que afecta los sentimientos y las fuerzas volitivas del sujeto determinando actos imposibles de controlar o refrenar o suprimiendo la adaptación lógica y activa a las normas del medio ambiente.

Ahora bien: este trastorno mental, PARA QUE SEA CAUSA DE INIMPUTABILIDAD, DEBE PRESENTARSE EN EL MOMENTO DEL HECHO, ES DECIR, CUANDO SE EJECUTE EL HECHO LEGALMENTE DESCRITO Y DEBE SER LA CAUSA QUE DETERMINA LA INCAPACIDAD DE COMPRESION DEL CARACTER ILICITO DEL ACTO EJECUTADO LA INCAPACIDAD PARA QUE EL SUJETO PUEDA DETERMINARSE DE ACUERDO CON ESA COMPRESION.

Por otra parte, es de anotar, que nuestra ley a diferencia de otras legislaciones, no distingue entre trastorno total y parcial. Parecería del texto del artículo 31, que el Código exige el trastorno mental total, el

cual elimina en el momento del hecho toda clase de capacidad. Pero, qué sucede cuando el trastorno mental es parcial, cuando quedan algunas capacidades intelectivas, algún mínimo de comprensión, de entendimiento. En este evento el sujeto es inimputable, vale decir, se puede hablar de una inimputabilidad disminuída? SERVIO TULLIO RUIZ opina que es causa de inimputabilidad el trastorno mental parcial si éste ha sido suficiente para provocar el estado de incapacidad respecto a la comprensión de la ilicitud del hecho ejecutado, lo cual se determina caso por caso. A este respecto se ha dicho que la inimputabilidad es total o no lo es, que no puede existir la inimputabilidad a medias. Seguramente con base en este criterio, el legislador omitió referirse al trastorno mental parcial como sí lo hacen otras legislaciones, entre ellas, la italiana. En cambio, el nuevo Código Penal (Decreto 100 de 1980) si hace mención al trastorno mental transitorio, en el artículo 33, inciso segundo, evento en el cual no habrá lugar a la aplicación de medidas de seguridad, cuando el agente no quedare con perturbaciones mentales, sin perjuicio de la responsabilidad civil a que hubiere lugar.

En cuanto a la sugestión hipnótica y patológica, se puede pensar que aunque la ley no lo diga, se puede ubicar entre las causas de inimputabilidad a la sugestión hip-

nótica y patológica, como especies, del trastorno mental transitorio. En el Código Penal derogado, se relacionaban como causal de inculpabilidad, en el artículo 23, porque se entendía que quien obraba en tales circunstancias no había querido el hecho que es producto de su comportamiento.

SERVIO TULIO RUIZ dice que en vista del nuevo ordenamiento jurídico penal, la sugestión hipnótica y la patológica, son causales de inimputabilidad, porque en ambos casos, en el momento de realizar el hecho legalmente descrito, el sujeto que se encuentra en tales casos, no es penalmente capaz, es inimputable, porque no tiene la capacidad de comprender la ilicitud de su conducta ni de determinarse de acuerdo con esa comprensión. En efecto, en el caso de la sugestión hipnótica, con tal que el paciente no haya aceptado previamente sufrir ese estado, se obra sin conciencia de lo que se hace, el cuerpo se desplaza simplemente como un instrumento, la acción no le pertenece al sujeto, el cuerpo está exánime y se dirige al objetivo sin quererlo ni representarlo, sino guiado por los destinos de otro.

No es el caso de exponer aquí todas las cuestiones médico científicas en torno al hipnotismo; solamente nos proponemos dar un concepto general del fenómeno que co-

loca al agente en estado de inimputabilidad y lo convierte en incapaz de derecho penal. Por hipnotismo se entiende la transmisión de sensaciones, representaciones y especialmente impulsos volitivos, no mediante la persuasión, sino a través de estímulos directos que actúan sobre la siquis de una persona que se convierte en receptora de órdenes del hipnotizador; dicha persona al realizar conductas típicas y antijurídicas no obra culpablemente, pues las ejecuta bajo este poder sugestivo que obra sobre su ser. Pero debe quedar en claro que no se trata de una simple sugestión, fenómeno por el cual el individuo se apodera transitoriamente de la voluntad de otro, sino de un fenómeno especial, de una verdadera sugestión que se expresa, en una fuerza arrolladora que influye sobre el sistema nervioso del agente mediante maniobras artificiales producidas por el hipnotizador, quien indudablemente será el único responsable del delito, puesto que su hipnotizado actúa apenas como un instrumento.

JIMENEZ DE ASUA distingue entre el pequeño y el gran hipnotismo. El primero produce tan solo letargia, somnolencia, pesadez de los párpados, etc., pero el sujeto que recibe el influjo hipnotizador, puede en cierta medida, oponerse a los deseos de éste. En tal evento la imputabilidad, posiblemente disminuída, subsiste, pero

naturalmente debe estudiarse el caso concreto, para determinar pericialmente si el sujeto, objeto del llamado pequeño hipnotismo, tuvo, en el momento del hecho, la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión. Si este avalúo es positivo, la responsabilidad penal será posible.

Respecto del gran hipnotismo, éste presenta diferentes estados: el cataléptico, que se caracteriza por la rigidez muscular y la inmovilidad sin fatiga, en las diversas posiciones que se dan al sujeto; el letárgico, en cuyos momentos, el individuo oye y analiza lo que escucha, pero no puede expresarlo, puesto que se halla en inercia todo su sistema muscular; y el sonambúlico, que trae consigo la actividad del cerebro y la fuerza muscular, pero la sensibilidad dolorífica se halla anulada, en razón de lo cual, el sujeto se encuentra en absoluta analgesia. Se caracteriza este estado por el olvido completo, al despertar, de los actos ejecutados durante el sueño hipnótico, aún cuando quede el recuerdo del punto de partida y de la persona de quien provienen las sugerencias. En estado hipnótico, el sujeto no controla sus resortes volitivos y no tiene conciencia de su proceder ni iniciativa propias. Se halla en un estado intermedio entre la vigilia y el sueño.

Es evidente que mucho se ha discutido entre los especialistas sobre la posibilidad de que un sujeto pueda ser llevado por su hipnotizador hasta la comisión de hechos delictuosos, dividiéndose las opiniones entre las dos alternativas ubicadas en las dos escuelas, la de Nancy y la de Paris. LA MAYORIA DE LOS EXPERIMENTADORES OPINAN QUE LOS SUJETOS DESPIERTAN DEL HIPNOTISMO CUANDO SE LES HACE UNA SUGESTION CONTRARIA A SU MORAL. En cuanto a esto, BERNARD C. GINDES, relata que fue testigo de una exhibición en la cual el hipnotizador intentaba probar que es imposible obtener que el hipnotizado realice un hecho contrario a su sentido moral. Consistió la demostración en lo siguiente: una muchacha fue puesta en estado de sonambulismo profundo. Cuando el hipnotizador le ofreció un cuchillo y le solicitó a la muchacha que lo apuñalara, ella se resistió, se puso muy nerviosa y confundida y lo dejó caer. Posteriormente, se le cambió el cuchillo por uno de goma y se le repitió la orden. Esta vez, ella no ofreció resistencia al mandato del hipnotizador y procedió a apuñalarlo con el cuchillo de goma.

Exista o no la posibilidad de ejecutar acciones típicamente antijurídicas, en estado de hipnotismo, es una cuestión que corresponde dilucidar a la ciencia médica y a los especialistas. La verdad es que tal posibilidad

70

es aceptada por la mayoría. En este evento, no hay duda, el sujeto no es imputable, porque la influencia hipnótica tiene el poder de desbaratar la voluntad del agente, anula su capacidad de comprensión y de determinación, convirtiéndolo en inimputable.

En cuanto a la sugestión patológica, no hay duda, también, que puede ser causa de inimputabilidad penal, pues consiste en un estado personal de inconciencia que afecta el proceso volitivo y los mecanismos de percepción del agente y se produce, dice LUIS CARLOS PERES, en excepcionales condiciones personales, estando el sujeto afectado en la salud, especialmente de dolencias febricitantes. No importa que la sugestión tenga un subfondo patológico o que sea consecuencia de un proceso síquico irregular. Sobre todo interesa que el sujeto haya perdido la capacidad de entender, querer, comprender y determinarse. No hay duda que la sugestión patológica es ni más ni menos que un trastorno mental transitorio, una perturbación pasajera de las facultades mentales del sujeto, en cuyo caso será de las incluídas en el mencionado artículo 33 y si no le quedaren perturbaciones mentales, no se le impondrán medidas de seguridad, sin perjuicio de la responsabilidad civil que se derive por la ejecución del hecho legalmente descrito.

2.2.2. Actio Liberae in Causa

La necesidad social de sancionar las conductas criminosas que se realizan en estado de inimputabilidad cuando esta ha sido preordenada, es decir, cuando el agente ha buscado colocarse en tal situación como medio para cometer el delito, o cuando lo ha hecho por imprudencia, explica el surgimiento de la teoría de las acciones libres en su causa, de general aceptación en el derecho contemporáneo, y prevista en el artículo 32 de nuestro código.

El artículo 32 del Código Penal dispone que cuando el agente hubiere preordenado su trastorno mental, responderá por el dolo la culpa en que se hallare respecto del hecho punible, en el momento de colocarse en tal situación o, se podría agregar, de dejarse colocar.

Hay una concepción restrictiva que limita las actio liberae in causa únicamente a los casos de preordenación, aduciendo que los demás, la embriaguez por ejemplo, se rigen por las comunes reglas de la culpa y otra que amplía la teoría para comprender todos los casos de inimputabilidad procurada expresamente para cometer el delito o no. Así, BETTIOL sostiene que "la actio liberae in causa se tiene todas las veces en los cuales un delito ha sido perpetrado en estado de incapacidad como con-

secuencia de una precedente conducta consciente. El criterio de punibilidad debe encontrarse en el principio de causalidad según el cual causa causae est causa causati: aquel que determina voluntariamente una situación de la cual deriva un evento lesivo debe ser llamado a responder del mismo, independientemente de si el hecho ocasionado ha sido previsto o querido".

La punibilidad del hecho ejecutado en situación de inimputabilidad intencionalmente procurada no ofrece problema alguno, por cuanto debe entenderse que desde el momento mismo en que el agente preordena su propia conducta con el ánimo de cometer un delito, se están realizando los actos preparatorios y ejecutivos del mismo, y están guiados por el dolo, por lo menos en un momento importante del comportamiento. Por esta razón, ANTOLISEI, comentando el artículo 85 del código penal italiano, dice que esta norma es superflua y no tiene razón de ser, porque aunque no existiera, de todas maneras se penaría al agente que se coloca en estado de inimputabilidad para cometer un delito, por cuanto la ejecución de un delito no está formada por la actividad concreta que lo constituye, según el tipo penal, sino de cualquiera acto externo que esté dirigido a realizarlo. Nadie dudaría que hay ejecución del hecho si alguien se sirve de un animal para realizarlo, o de una persona a la cual

engaña o coloca en estado de inconciencia. En los llamados actio liberae in causa, el sujeto se sirve de sí mismo, convirtiéndose en instrumento de su plan delictuoso, iniciando el delito en estado de imputabilidad y continuándolo en estado de inimputabilidad.

En relación con las acciones cumplidas en situación de inimputabilidad no preordenada la doctrina distingue: si se trata de un estado al que se ha llegado por fuerza mayor o caso fortuito, la inimputabilidad subsiste; pero si se trata de una situación que aunque no se ha buscado deliberadamente, si se llegó a ella voluntariamente sin propósito delictivo alguno, las acciones así ejecutadas serán punibles a título de culpa. El anterior planteamiento es razonable, aunque la culpabilidad en la última hipótesis no aparece muy claramente definida, y debe acogerse entre otras razones por motivos de política criminal y de utilidad social.

Recogiendo estos conceptos, el artículo 32 dispone: "Trastorno mental preordenado. Cuando el agente hubiere preordenado su trastorno mental responderá por el dolo o la culpa en que se hallare respecto del hecho punible en el momento de colocarse en tal situación".

Refiriéndose a esta norma, REYES ECHANDIA dice: "En re-



sumen la fórmula aprobada significa que cuando el agente provoca su estado de inimputabilidad ya sea para cometer un delito determinado, o sabiendo que en tal estado puede cometerlo por imprudencia o negligencia, responderá penalmente como persona imputable, a título de dolo o de culpa, según que, en el primer caso, se hubiere colocado en situación de inimputabilidad con el propósito de ejecutar el delito previamente planeado o de procurarse una excusa, y en el segundo caso, se hubiere colocado en tal situación habiendo previsto o estando en condiciones de preveer que durante él podría delinquir".

Finalmente, conviene advertir que el artículo 32 se refiere a la preordenación del trastorno mental únicamente, porque la inmadurez psicológica no puede preordenarse ni a ella puede llegarse por imprudencia o negligencia.

2.2.3. Inmadurez Psicológica

Se trata de un desarrollo síquico incompleto, el cual puede tener como causa un incompleto desarrollo físico o una enfermedad física del sujeto o un incompleto desarrollo social. En el primero se encontrarían los menores, en el segundo los sordomudos, idiotas, retrasados mentales, tarados, etc. y en los últimos, los indí-

genas.

Respecto de los menores, el Código formula una presunción que no admite prueba en contrario, esto es, que los menores de 16 años son totalmente inimputables. Los mayores de esa edad lo son, a no ser que se demuestre un desarrollo síquico totalmente incompleto que, como los segundos, impida conocer la ilicitud del comportamiento o constituya una incapacidad de determinación. En cuanto a los terceros, esto es, a los indígenas, la inmadurez sicológica está determinada por la desadaptación al ambiente que nosotros llamamos civilizados, diferente a su medio ambiente geográfico y cultural, que no le permite para ciertas conductas típicas, comprender el carácter ilícito y las normas patrones de valor a que se refiere un ordenamiento jurídico ajeno a su desarrollo social y cultural.

La inmadurez sicológica no se refiere a ningún proceso patológico, pues todas las entidades de ese carácter quedan comprendidas dentro del trastorno mental que puede ser permanente o transitorio, ya que lo que interesa al derecho penal no es la transitoriedad o la permanencia del trastorno, sino el hecho de que tenga la gravedad que ocasione o produzca una total y absoluta incapacidad de comprender y querer. Tampoco se quiere

englobar en esa locución, afección alguna o situación que pueda tocar con la esfera volitiva (capacidad de querer), puesto que SE REFIERE A FACTORES SOCIO-CULTURALES Y ANTROPOLOGICOS que afectan sustancialmente la esfera cognoscitiva e intelectual del sujeto.

Resulta fácil entender que una persona privada de los medios de comunicación básicos con sus semejantes, o de fundamentales medios para la formación de su personalidad social, no pueda comprender en muchos casos la ilicitud de su acción, que deriva de la capacidad de evaluar los valores vigentes en una sociedad en un momento determinado. La ausencia de factores fundamentales para la formación del ser humano lleva necesariamente a una personalidad inmadura y defectuosa en su capacidad de comprensión. Tal ocurre con la ausencia de la capacidad de hablar o de ver, o con la imposibilidad de captar los bienes que produce la civilización y la cultura, que denotan a la vez una determinada axiología. Tal ocurre con los indígenas y los sordomudos, lo mismo que con los menores.

El Código Penal Tipo adoptó la fórmula "desarrollo síquico retardado o incompleto". Al discutirse el tema, el profesor HELENIO CLAUDIO FRAGOSO sostuvo que: "Por lo que se refiere al desarrollo mental incompleto, se

atiende por un lado a la minoría de edad y por el otro a las situaciones de sordomudez y también a las otras situaciones sociales a que alude el profesor MEDINA y que no hay que excluir de esta formulación. Lo que se busca con esta fórmula es establecer las características fundamentales de una posición personal, que hace que la persona no sea imputable". Y MAURACH, al comentar una norma similar del Código alemán, expresa: "Conforme al párrafo 55, párrafo 1, el sordomudo será imputable cuando carezca por retraso en el desarrollo síquico, de la capacidad de discernimiento o de dirección. Como quiera que el retraso en el desarrollo debe representar una consecuencia de la sordomudez - en otro caso debería estudiarse la aplicación del párrafo 1 del párrafo 51 - el cual ha de ser congénito, o al menos temporalmente contraído; una sordomudez surgida tras el uso de razón no cae bajo el párrafo 55. El retraso en el desarrollo debido a la sordomudez, representa un fenómeno de observación frecuente, que debe sin embargo ser demostrado positivamente en cada caso particular; las reglas de prueba antes estudiadas rigen también aquí. La falta de desarrollo del sordomudo puede radicar tanto en el ámbito intelectual como en el ético. En el caso particular puede subsistir la capacidad de discernimiento, y resulta excluída la de dirección".

La situación de los indígenas no reducidos a civilización en la legislación anterior suscitó numerosas perplejidades y creó problemas insolubles, particularmente a partir de la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia el 14 de mayo de 1970. Esta solución definió así el problema: "Como el artículo 1 de la ley 89 de 1890 excluyó a los indígenas en estado semisalvaje del imperio normativo de la legislación ordinaria y como el artículo 2 de la ley 72 de 1892, que otorgó al Gobierno la facultad de hacer delegación de competencia en lo judicial, civil y penal, a manos de los misioneros, resulta en franca oposición con la Constitución política, pues si la competencia es privativa de la rama jurisdiccional del poder público, tiénese como consecuencia deplorable que la situación de los indígenas, en estado salvaje o semisalvaje, cuyos actos se encuentren comprendidos en la esfera penal, carece de normas represivas, y, por la misma razón, de jueces competentes". Este gravísimo problema quedó resuelto, no solo porque las dos leyes mencionadas en la sentencia quedaron derogadas con la aprobación del nuevo concordato, sino porque el Código Penal regula íntegramente la materia, y particularmente la actividad delictiva de los indígenas, y determina en el artículo 31 cuándo pueden ser declarados inimputables. De ahí que se hubiera suprimido el artículo específico para ellos que aparecía en el

Proyecto de 1974 como en el de 1978, puesto que se consideró que el problema de los indígenas lo resuelve sin dificultades el artículo 31, a través del concepto de "inmadurez sicológica".

No cabe duda alguna de que el individuo que ha nacido y vivido en un medio cultural y social primitivo y limitado alejado de los bienes de la civilización, no posee un siquismo maduro, desarrollado, que le permita comprender en muchos casos, los fenómenos que pueden suceder en un medio que contrasta violentamente con el suyo. El Código Penal Tipo habla de "desarrollo síquico incompleto y retardado", para diferenciar aspectos patológicos como la idiocia (desarrollo retardado) de las situaciones normales de insuficiente desarrollo sicológico derivados de factores puramente antropológicos y socioculturales. Es una situación similar a la de los menores, en la que no se advierten procesos morbosos sino un siquismo inmaduro debido a la minoridad. El profesor boliviano MEDRANO OSSIO, citado en la sentencia a que nos hemos referido, dice sobre el particular: "El estado sicológico mental del indígena de hoy no permite responsabilizarle conforme a las normas procesales. No se da cuenta ni forma conciencia del verdadero acto que perpetra, incluso si es un crimen abominable, ni menos puede comprender, porque vive al margen

de los convencionalismos, aquellos otros delitos que se han llamado artificiales. La vida indígena contemporánea, se desarrolla al margen de la civilización que gozan el blanco y el mestizo. La igualdad ante la ley en que se ve colocado es por tanto absurda y no admisible en el derecho punitivo... a la vista de estas realidades, el indígena debe ser considerado inimputable, por el delito cometido, y la pena infecunda, debe ser sustituida por medidas sicopatológicas, siquiátricas y otras que hagan del indígena un ser inocuo, un ser incorporado definitivamente a la actual sociedad civilizada".

2.2.4. La embriaguez

La embriaguez es fundamentalmente un problema criminológico de gravísimas repercusiones. El Código no tiene especiales previsiones sobre el particular, porque en casos excepcionales puede darse la situación de inimputabilidad al amparo del artículo 31. Cuando es preordenada para cometer delito se da la actio liberae in causa, y se aplica al artículo 32. En los demás casos la embriaguez no produce especiales consecuencias en el ámbito de la culpabilidad.

REYES ECHANDIA presenta las soluciones adecuadas que no-

sotros compartimos: "En consecuencia, tal como quedó redactado el capítulo de la imputabilidad en el anteproyecto, el problema de la ebriedad se resuelve de la siguiente manera: Si la ebriedad produce en el individuo trastorno mental que le impida comprender la ilicitud de su conducta en el momento de actuar y de ese trastorno le quedan secuelas sicosomáticas, será tratado como inimputable y se le aplicarán medidas de seguridad. Si a pesar de actuar inimputablemente, la grave alteración alcohólica no deja en su mente huella alguna y, por lo mismo, el sujeto no requiere tratamiento curativo, entonces estaremos ante un trastorno mental transitorio que no amerita ni siquiera la imposición de medidas de seguridad, como lo establece el inciso segundo del artículo 39 del anteproyecto (artículo 33 del Código); si el trastorno mental del ebrio que le impide comprender la ilicitud de su conducta fue provocado, surge el fenómeno de la actio liberae in causa de que se ocupa el artículo 40 de anteproyecto (32 del Código) y al cual nos referiremos en el acápite; y si la embriaguez no ocasiona en el sujeto un trastorno mental de tal magnitud que le impida darse cuenta de que actúa antijurídicamente, vale decir, cuando su comportamiento es típico, antijurídico y culpable, esa persona es imputable y por eso responderá penalmente del delito o contravención cometida con la imposición de una pena, que se aumentará o

disminuirá según que su ebriedad haya sido accidental, o voluntaria o preordenada... Aceptada la fórmula del trastorno mental transitorio sin secuelas de base psicológica en el inciso segundo del artículo 39 (33 del Código), no encontramos lógico ni justo excluir de ella los casos de ebriedad que se ajustan a las características allí señaladas; mucho más cuando es el propio Estado quien fabrica, vende y auspicia el consumo de licores; sería una política de evidente maniqueísmo".

2.2.5. La Minoridad

El nuevo Código da a los menores de edad un tratamiento simple y que no ofrece dificultades, eludiendo la adopción de fórmulas especiales. Tanto el proyecto de 1974 como el de 1978 señalaban como límite superior de imputabilidad la edad de dieciocho años. ESTRADA VELEZ fue partidario de ese límite. Este autor consideraba que era erróneo, establecer la mayoría de edad de dieciseis años, como lo hizo la ley 75 de 1968; ahora considera que la polémica en torno a esta materia ha sido superada, a pesar de que aún subsisten voces discordantes, ya que la rauda metamorfosis de las costumbres y usos sociales, la vertiginosa tecnificación de los medios de comunicación y el perfeccionamiento en los sistemas de enseñanza han creado las condiciones para que los jóve-

nes tengan una personalidad bio-sicológica, cultural y social cabalmente desarrollada. La experiencia demuestra, en efecto, que la juventud contemporánea muestra una extraordinaria madurez que la capacita para comprender sin dificultades los fenómenos y valores del mundo social en que actúa. Por ello la Comisión Asesora, por unanimidad, acogió el límite de los dieciseis año. También se eliminó para los menores de dieciseis años el criterio puramente biológico para determinar la inimputabilidad, que adoptaros los dos anteproyectos, para establecer un sistema sencillo que remite a la legislación especial vigente, que tendrá que perfeccionarse cada día. NO SE AFIRMA DE UNA VEZ LA INIMPUTABILIDAD DE ESTOS SUJETOS, SINO QUE SE DISPONE QUE TENDRAN UN TRATAMIENTO FORMATIVO ESPECIAL, Y QUE NO ESTARAN SOMETIDOS A LA JURISDICCION COMUN ORDINARIA SINO A UNA ESPECIAL, QUE ES LA DE LOS MENORES. El artículo 34, dice, en efecto: "Los menores de dieciseis años estarán sometidos a jurisdicción y tratamiento especial". Quiere decir que los menores de dieciseis años quedan por fuera del régimen de las medidas de seguridad establecidas en el Código.

A sabiendas los comisionados se abstuvieron de hacer referencia a los menores de doce años, porque se consideró que la legislación vigente especializada resuelve todos

los problemas relativos a la minoridad. En efecto, no cabe duda, que los artículos 5, 6 y 7 del decreto 1818 de julio 17 de 1964 conservan su vigencia, y en este sentido se dejó expresa constancia en las Actas de la Comisión. En la "relación explicativa" que acompañó la presentación del Proyecto al Gobierno el 5 de diciembre de 1979, se dijo sobre este particular: "Finalmente tal como lo dispone el artículo 34, los menores de dieciseis años se someterán a jurisdicción y tratamiento especiales, que obviamente sean los que señala la ley. Actualmente, y también después de la vigencia del nuevo Código, la jurisdicción de menores para personas entre doce y dieciseis años, mientras que los menores de doce años están fuera de la jurisdicción penal, y su tratamiento es el indicado en los artículos 5 y 6 del decreto 1818 de 1964". Además, la Corte Suprema de Justicia ya se había ocupado del asunto. En sentencia del 3 de agosto de 1972 esa Corporación dijo: "Lo anterior nos lleva a concluir que cuando los artículos 5, 6 y 7 del decreto 1818 de 1964, invocados por el juez de menores de Yarumal hablan, muy concretamente, de que los menores de doce años "en ningún caso serán conducidos ante funcionarios de la rama jurisdiccional del poder público", y cuando necesiten especial protección del Estado, sea por abandono o peligro moral o físico, o por haber observado una conducta antisocial, serán atendidos por

la División de menores o por establecimientos de asistencia social del menor, no hace más sino sustraerlos del imperio normativo propio de los menores comprendidos entre los doce y los dieciseis años, quienes cuando delinquen son juzgados por el procedimiento especial de la competencia privativa de los jueces de menores. Vale decir, que dicha normas, claras de suyo, y la ley 75 de 1968, establecieron no un procedimiento para juzgar los delitos cometidos por los menores de doce años, pues no se consideran sujetos pasivos de la acción penal ni condignos por ende de las sanciones a que se contrae el Título II, Capítulos I y II del Código de Procedimiento Penal (aplicable a los menores entre doce y dieciseis años, apartado del artículo 61 del mismo estatuto), sino una jurisdicción especialísima para atenderlos y ofrecerles la protección especial social y moral adecuada a su edad, impidiendo toda posibilidad de que se pueda deducir responsabilidad penal a quienes de otra parte, con sobrada razón, se les desconoce capacidad civil". Y más adelante concluye la sentencia: "Queda a ojos vistas cierto que el artículo 769 del Código de Procedimiento Penal cuando advierte que el decreto 1345 de 4 de agosto de 1970 y las normas sobre procedimiento penal ordinario que no se encuentran incluídas en este Código, quedan derogados, no dice más sino que las normas que prescriben un tratamiento especial, sicopedagó-

gicos para los menores de doce años, por autoridades administrativas, establecidas para protegerlos de todo peligro físico y moral, por ser extrañas al procedimiento procesal ordinario y al especial contemplado en él para los menores entre los doce y los dieciseis años, siguen vigentes, pues, se repite el decreto 1818, artículos 5, 6 y 7, estableció dos categorías de menores, de los cuales, la correspondiente a los doce años de vida, ha sido excluída por expresa voluntad del legislador, como sujeto pasivo de la acción penal" Esta posición cobra renovado vigor si se tiene en cuenta que ni la doctrina ni la jurisprudencia consideraron derogados los artículos citados del decreto 1818 de 1964, a pesar de que el artículo 769 del decreto 409 de 1971 (Código de Procedimiento Penal) es muy enfático en cuanto a la derogatoria de normas. El código Penal en cambio, bajo el título "Vigencia de leyes especiales", dispuso en su artículo 376 que "las leyes penales especiales actualmente en vigencia, seguirán rigiendo en cuanto no se opongan a lo dispuesto en este Código".

En cuanto al decreto 50 de enero 13 de 1987 (nuevo Código de Procedimiento Penal) se puede afirmar que no hace ninguna variación fundamental sobre esta cuestión. Siguen con plena vigencia los artículos de marras del decreto 1818 de 1964, puesto que el artículo 678 del nuevo

estatuto procesal establece que: "Derógase la ley 2 de 1982 por la cual se adoptó el Código de Procedimiento Penal expedido mediante decreto 409 de 1971, y todas las disposiciones que sean contrarias al presente decreto"; y este estatuto no tiene en todo su articulado voces que se refieran a los menores de doce años. Y, por último, el artículo 608 del decreto 50 de 1987 revive el criterio biológico para determinar al decir: "Para todos los efectos legales de este Código se considerará que el menor de dieciseis años que hubiere incurrido en infracción penal es inimputable".

2.3. CRITERIOS REGULADORES DE LA INIMPUTABILIDAD

Las legislaciones acostumbran fórmulas diversas para calificar las causas de inimputabilidad, predominan estos criterios: el biológico, el cronológico, el psiquiátrico, el psicológico, el socio-cultural y el jurídico.

El biológico acepta argumentos de carácter físico u orgánico. Usan este sistema los Códigos que predicen inimputabilidad de quienes padecen intoxicación crónica, como que este es un fenómeno en que pondera lo fisiológico.

El criterio cronológico, atiende a la edad del agente

derivada del mero transcurso del tiempo.

La orientación siquiátrica descansa sobre comprobación médica de enfermedad mental en la persona que delinque.

La concepción psicológica se funda en el hecho de que el agente no comprende el significado de su comportamiento y por eso no es capaz de autorregularse; la causa de tal situación es la inmadurez psicológica o el trastorno mental.

El socio-cultural tiene en cuenta la personalidad del autor de acuerdo con el medio social y cultural en que nació y en el que desarrolla su vida de relación, para considerar como inimputable a quien no logra adecuar racionalmente su comportamiento al patrón socio-cultural predominante, porque procede de un ambiente social diverso cuyos valores culturales no coinciden con los del medio en que ahora actúan.

El jurídico atiende a la valoración que el juez debe hacer de la capacidad del sujeto para comprender la ilicitud de su comportamiento o de autorregularse, independientemente de la causa que haya podido generar esa situación; la imputabilidad surge entonces cuando de esa valoración judicial se concluye que el autor de una con-

ducta típica y antijurídica no estaba en condiciones de comprender la ilicitud de su actuar, o de autorregularse conforme a esa comprensión.

Finalmente, el criterio mixto combina todos o algunos de los precedentemente señalados de acuerdo con la causal de inimputabilidad que se trate; por ejemplo: Criterio biológico para la minoría de edad, siquiátrico para la enfermedad mental, sociológico para el indígena, etc. Nuestro Código Penal acogió esta última técnica, como se desprende de los artículos 31 y 34.

2.4. MEDIDAS APLICABLES A LOS INIMPUTABLES

A los inimputables se les aplicarán medidas de seguridad. Así lo establece el artículo 33 del Código Penal. Se discute si tales medidas tienen o no el carácter de sanción. NODIER AGUDELO BETANCUR conceptúa que sí lo son, puesto que, estas tienen por objeto la privación de un bien. Puede tratarse de la supresión o de la limitación de él. Así, puede consistir en la pérdida de la vida, de la libertad, de la propiedad, etc. Por tanto, si la sanción es la pérdida o disminución coercitiva de un derecho, por tener las medidas de seguridad las mismas características, ellas son una forma de sanción. Por su parte, ESTRADA VELEZ dice que "las medidas de seguridad

carecen pues, de contenido expiatorio, no constituyen sanción, y su finalidad se dirige siempre hacia el beneficio del inimputable. Quiere decir lo anterior que el juicio penal solo puede adelantarse contra los imputables, mientras con relación al hecho de los inimputables la labor del juez será de simple constatación, para que establecida o demostrada la inimputabilidad se decreten las respectivas medidas de seguridad". Agrega, además, este autor, que el nuevo Código Penal creó una tajante separación entre penas y medidas de seguridad. Tanto es así que las circunstancias, la condena de ejecución condicional, la libertad condicional y la extinción de la punibilidad, solo son aplicables a las penas.

Las medidas de seguridad de carácter curativo aplicable a los inimputables, son las siguientes:

- a) Para el trastorno mental permanente, internación por un mínimo de dos años y un máximo indeterminado (cadena perpetua?) hasta su completa recuperación sicosomática, en establecimiento siquiátrico o clínica adecuada, de carácter oficial (art. 94).
- b) Para el trastorno mental transitorio, internación en establecimiento siquiátrico o similar de carácter

oficial por un mínimo de seis meses y máximo indefinido hasta que se recupere (art. 95).

c) A los inimputables que no padezcan enfermedad mental, se les impone internación en establecimiento público o particular, aprobado oficialmente el último, donde se le pueda suministrar educación o adiestramiento industrial, artesanal o agrícola (art. 96, inciso primero). Como es lógico, esta norma se refiere a los casos que surgen de inmadurez psicológica y tendrá una duración mínima de un año, con un máximo indefinido hasta que la "persona haya adquirido suficiente adaptabilidad al medio social en que se desenvolverá su vida". (art. 95, inciso 2)

d) Para la inimputabilidad por inmadurez psicológica derivada de la calidad de indígena "la reintegración a su medio ambiente natural" (art. 96, inciso 3), tratamiento éste novedoso, que humaniza las relaciones con el indígena inmaduro, conserva los valores antropológicos y evita los traumatismos síquicos y sociales que pueden derivarse de una inadecuada regulación de las medidas que le son aplicables.

El artículo 97 del Código Penal establece medidas de seguridad accesorias, cuya aplicación es potestativa del juez, para que operen una vez que haya cumplido la medi-



da consistente en internación. Son ellas:

- a) Obligación de residir en determinado lugar por un término hasta de tres años.
- b) Prohibición de concurrir a determinados lugares públicos por un término máximo de tres años; y,
- c) Presentación periódica ante las autoridades encargadas del control de la medida, hasta por tres años.

Las medidas de seguridad tienen una amplia flexibilidad para su cumplimiento y aplicación. Pueden suspenderse condicionalmente, cuando se demuestre el retorno a la normalidad del sujeto (arts. 94, inciso 2; 95, inciso 2; 96, inciso 2). Pero se puede revocar la suspensión condicional de la medida "cuando oído el concepto del perito, se haga necesaria su continuación" (art 100, inciso 1). La medida se extingue, por declaración judicial, cuando hayan transcurrido diez años contínuos desde la suspensión condicional. Igualmente, el juez puede sustituir una medida de seguridad durante su ejecución por otra más adecuada, si así lo estimare conveniente, de acuerdo con la personalidad del sujeto y la eficacia de la medida (art. 99, inciso 1).

También puede prolongar o sustituir por otra las medidas accesorias de vigilancia "cuando hubiere sido quebrantada, pero sin exceder del límite máximo de su duración" (art. 99, inciso 2).

3. ANOTACIONES FINALES

3.1. LA IMPUTABILIDAD EN EL CODIGO PENAL DEROGADO

El Código Penal de 1936, al estar influenciado por la escuela positiva del Derecho Penal, consideraba que todas las personas, por el hecho de vivir en sociedad, eran penalmente responsables si naturalmente cometían un hecho previsto en la ley como delito. Se trataba de la llamada responsabilidad social o legal.

El artículo 11 del derogado estatuto advertía que todo el que cometía una infracción prevista en la ley era responsable, salvo las excepciones contempladas en los artículos 23 y 25 del mismo. Colegíanse las siguientes consecuencias:

a) Todos los ciudadanos eran penalmente responsables, pues todos los sujetos eran capaces de derecho penal, tanto los normales como los anormales, es decir, que todos eran imputables, entendida ella como la atribui-

bilidad sico-física del acto al sujeto y no como un modo de ser, como una cualidad, como capaz o no de derecho penal;

b) A los normales se les imputaba el acto a título de dolo, culpa o preterintención y a los anormales se les imputaba el acto por la presión producida; y

c) Tanto a los normales como a los anormales, si cometían una infracción prevista en la ley, se les deducía responsabilidad penal, se les aplicaba una sanción criminal, llamada pena para los normales y medida de seguridad para los anormales. A este se le castigaba porque se presentaba como socialmente peligroso.

3.2. PROPUESTA GAITAN MAHECHA SOBRE LA IMPUTABILIDAD

Las disposiciones que recoge este instituto jurídico-penal se gestaron en el Proyecto del Código Penal de 1974, redactado por la Comisión convocada en 1972. La comisión de 1972 encomendado al Profesor BERNARDO GAITAN MAHECHA la elaboración del articulado sobre este fenómeno y el 23 de febrero de 1973 presentó una ponencia integrada por cuatro artículos: Artículo... No es imputable quien en el momento de ejecutar la acción u omisión legalmente descritas, no tuviere la capacidad de

comprender la ilicitud o determinarse de acuerdo con esa comprensión, por insuficiencia síquica, enfermedad mental o trastorno mental transitorio.

Artículo... En los casos contemplados en el artículo anterior se aplicarán las medidas de seguridad correspondientes.

Artículo... Cuando el agente haya procurado voluntariamente el trastorno mental transitorio o consentido en él, será sujeto de pena por la infracción cometida.

Artículo... El trastorno mental transitorio por embriaguez voluntaria, no exime de la punibilidad de la infracción.

Presentados estos artículos el ponente explicó diciendo que "para este trabajo he tomado como fundamento los Proyectos de Código de Venezuela, elaborado por JIMENEZ DE ASUA, el Proyecto SOLER y el Código Penal Tipo para Latino América. No he prescindido de otros, pero estos han tenido especial importancia, ya que no se consigna en ellos una marcada tendencia hacia una de las escuelas que explican la naturaleza jurídica de la imputabilidad, sino que son el reflejo de una bien lograda síntesis psicológica, psiquiátrica y normativa. Los señores comisio-

nados comprenden muy bien esa gran cantidad de problemas que se han presentado en la doctrina y en la jurisprudencia en relación con la interpretación del actual artículo 29 de C.P., por contener una taxativa enunciación de los fenómenos siquiátricos que determinan el estado de inimputabilidad. Por ello, me ha parecido que el concepto de "insuficiencia siquiátrica", permite perfectamente consagrar todo fenómeno siquiátrico que pueda ubicarse dentro de esta concepción todavía no muy bien elaborada de la inimputabilidad, ya sea esta total o parcial, plena o semiplena, que exija especiales medidas de seguridad. Tiene también este término la ventaja de que permite al perito la posibilidad de hacer su calificación dentro de las distintas variantes de las perturbaciones que la siquiatria ha destacado y reseñado. También en este proyecto encontrarán los señores comisionados la referencia al trastorno mental transitorio, y para ello he tenido en cuenta el proyecto JIMENEZ DE ASUA. Nuestro actual estatuto represivo en este campo se ha limitado a la referencia de la sugestión hipnótica o patológica, lo cual ha cerrado al campo el estudio profundo de otros aspectos jurídico-sicológicos que legislaciones más modernas ya contemplan y regulan. En la norma siguiente se dice de manera general que en los casos de inimputabilidad, se aplicarán las medidas de seguridad correspondientes, sin especificarlas allí,

cómo lo hace por ejemplo el Código Penal Tipo para Latino América, ya que esa especificación debe hacerse en el capítulo de las medidas de seguridad. Comprendo que se presentará el problema de si es pertinente aplicar medidas de seguridad a quienes han padecido trastorno mental transitorio. Sobre este particular se podría predicar desde ahora, que existen dos clases de trastornos mentales transitorios: Los que dejan secuelas y los que no dejan; en el primer caso obvio es que es pertinente la aplicación de las medidas, lo que no ocurriría, por innecesarias, en el segundo. En el artículo siguiente se consigna el caso denominado por la doctrina "actio liberae in causa", en el que se aclara, que cuando el sujeto haya procurado voluntariamente el trastorno mental, se le impondrá la pena prevista para la infracción realizada y no la medida de seguridad, ya que la acción tuvo origen esencialmente doloso. Habrá que estudiar en su oportunidad, si se le deberán aplicar medidas de seguridad a aquellas personas que, después de un trastorno mental deliberadamente ocasionado, sufren secuelas. Finalmente, el último artículo de la ponencia establece que "el trastorno mental transitorio producido por embriaguez voluntaria, no exime de la punibilidad de la infracción". El problema de la embriaguez ha sido tratado en las más diversas formas, desde esa exigencia total de responsabilidad que sostenía la escuela

carrariana con base en la ausencia de libre albedrío, hasta la moderna concepción de la imputabilidad y consiguiente responsabilidad, con reconocimiento, apenas, de una circunstancia de menor peligrosidad. La embriaguez, según mi parecer, cualquiera que sea su grado, no produce situación diferente a la de un trastorno síquico transitorio, a no ser que haya degenerado en una sicosis profunda. Realizo la especial mención a este fenómeno, ya que si bien es cierto que en nuestro medio el alcoholismo es impulsado y propiciado por el mismo Estado, no es menos cierto que resulta arriesgado y peligroso para la sociedad abrir la puerta de la inimputabilidad, así sea ella relativa, para los delitos perpetrados por los embriagados, cuyo porcentaje es bastante alto, especialmente en lo que se relaciona con los delitos "de sangre". Estos son en general, las bases de mi ponencia, la que muy respetuosamente presento a los miembros de la Comisión". (Acta No. 41)

ROMERO SOTO, con el brillo que signa todas sus disertaciones, refiriéndose al articulado propuesto, destacó que la cuestión era ardua, ya que las posiciones que se han tomado en relación con la imputabilidad "han tenido los extremos de la escuela clásica con su libre albedrío, hasta el determinismo también exagerado de la escuela positiva. El fenómeno de la imputabilidad e

inimputabilidad, para algunos autores no ha pasado de ser un fenómeno de importancia para establecer la naturaleza de la sanción a imponer; para otros es elemento o presupuesto de la culpabilidad, etc., en el proyecto que ha presentado el Dr. GAITAN MAHECHA, encuentro una posición muy práctica, cual es la de no definir la inimputabilidad, sino la de relacionar a quienes 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 querer, sin que se pueda entender, exactamente, a qué clase de comprensión se refiere la norma, es decir, si se hace mención de la índole ilícita de su actuar, o a 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 la capacidad que tiene el individuo de inhibir, de controlar sus propios impulsos para dirigirlos en uno u otro sentido, o a una singular o bien determinada tonalidad afectiva relacionada con el acto delictuoso en sí. GAITAN MAHECHA nos ha hablado de inimputabilidad parcial e inimputabilidad total; vale la pena aclarar si existe en verdad esa llamada inimputabilidad parcial o inimputabilidad disminuída, ya que existen autorizados tratadistas que sostienen que la inimputabilidad existe

o no existe, pero que no admite grados o términos medios. No faltan tratadistas que sostengan que un individuo que no sea completamente inimputable y consecuentemente no completamente imputable, por tener la capacidad de comprensión de su ilicitud y de obrar de acuerdo con esa comprensión, es mucho más peligroso que los anormales o inimputables absolutos y que, en consecuencia, no se explica que se le dé un tratamiento punitivo favorable. También sobre la imputabilidad han existido posiciones eminentemente biológicas, como la del Código Francés de 1810, en el que se expresaba que no eran imputables los anormales; y posiciones psicológicas, que exigen la capacidad de comprensión. Cualquiera de estas posiciones resulta hoy insuficiente, y por ello necesario complementarlas, pues si bien es cierto que la inimputabilidad puede tener origen en un fenómeno biológico, resulta imposible divorciarlo de sus repercusiones psicológicas. Aunque la propuesta del Dr. GAITAN soluciona la mayoría de los problemas planteados, no deja de inquietarme si el intérprete, en un momento dado, podría pensar que, dada la redacción de los textos, no estarían cobijados algunos estados de inimputabilidad, que tienen origen fundamentalmente en aspectos biológicos, como ocurre con los sordomudos y los ciegos. Tampoco encuentro clara la situación para los menores de edad, pues no se fija una edad en la que la persona ad-

102

quiera capacidad de comprensión de la ilicitud de su conducta. Quiero anotar también que se podría presentar el problema de interpretación en relación con el término trastorno mental transitorio, frente a algunos estados que producen el trastorno y que en verdad no son verdaderas causales de inimputabilidad, como acontece con el estado de ira o con el estado de miedo, a los cuales se refirió el doctor ESTRADA VELEZ. Vale la pena, igualmente, anotar que el estado de trastorno no solamente puede ser ocasionado por el alcohol, sino por algunas sustancias, alimentos o drogas y en este aspecto la ponencia no profundiza. Son estas las anotaciones principales que debo hacer con respecto a la interesante ponencia del doctor GAITAN (Acta No. 41).

El Dr. GAITAN, en la misma sesión del 23 de febrero de 1973, en cuanto a lo de semi-imputabilidad y la dificultad para su determinación, acotado por el Dr. Romero, sostuvo que él no había empleado tal término, sino el de "insuficiencia síquica" en el cual se comprendía. En cuanto a menores de edad aclaró que "un menor de edad, por la insuficiencia de su desarrollo síquico, por su falta de instrucción, etc., no es capaz de comprender la ilicitud de su acto, ni de determinarse de acuerdo con esa comprensión, de tal suerte que su estado lo cobijaría el término "insuficiencia síquica" que empleo

en la fórmula propuesta. El problema radica en que la Comisión concluya que es conveniente que ese elemento normativo, en el caso de los menores, sea establecido por los peritos siquiátricos, o si es necesario fijar un límite desde ahora. También quiero expresar que estuve meditando sobre la problemática que presenta la situación de los sordomudos y de los ciegos y he llegado a la conclusión de que también pueden quedar ubicados dentro del término de insuficiencia síquica, siempre y cuando que esa insuficiencia o desperfecto orgánico, tenga repercusiones en el plano psicológico, en grado tal que impida que la persona comprenda la ilicitud de su acto y pueda actuar de acuerdo con esa comprensión. En lo que al indígena se refiere, obvio es concluir con base en lo ya expuesto que su especial situación de incompreensión de la realidad cultural nuestra, crea a la vez una insuficiencia síquica que le impide entender la ilicitud de los actos que fueren erigidos como tales en nuestra legislación". (Acta No. 41)

ALFONSO REYES ECHANDIA anotó que GAITAN MAHECHA aceptaba y consignaba los principios de la escuela finalista de WELSEL, según los cuales la imputabilidad exige capacidad de comprensión del injusto y capacidad de determinación, con lo cual se requieren dos momentos, el cognoscitivo y el volitivo. Para REYES ECHANDIA las causas

que pueden producir el estado de inimputabilidad "se pueden reducir a dos: Las que tienen origen en una anormalidad síquica y las que lo tienen en una inmadurez mental. Si lo anterior es así, considero que no es necesario calificar el trastorno mental, que sería una anormalidad, permanente o transitoria, sino que se podría emplear una expresión que cobijara los dos términos, como sería la de anormalidad mental o trastorno mental, simplemente. Lo anterior cobra fuerza si tenemos en cuenta que lo que importa es que esa anormalidad, total o parcial, permanente o nó, produzca en el agente, en el momento de ejecutar la acción, la incapacidad de comprender la ilicitud o de actuar conforme a esa comprensión. Dentro del concepto de anormalidad mental que sugiero, no solamente caben las anormalidades mentales permanentes, sino las transitorias y no solamente las de origen esencialmente patológico, como las socisis y las sicopatías, sino también las que se originan en alteraciones profundas de la esfera emotiva de la personalidad, o los fenómenos que el actual Código Penal llama sugestión hipnótica y los estados producidos por el alcohol o por sustancias que causen dependencia física o síquica. El término insuficiencia síquica, por otra parte, me parece que no alcanza a cobijar el problema de los indígenas, sobre el cual debemos hacer expresa referencia, máxime si se tiene en cuenta que existe un recien-

te pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, según el cual los indígenas no están sometidos al tratamiento de los estatutos ordinarios penal y procesal penal. Me atrevería a proponer el término "inmadurez sico-social", para referirnos a esa especial incapacidad de los indígenas no civilizados, de los sordomudos, de los menores, ya que la misma cobijaría las tres categorías. Con respecto al menor, obvio es que su falta de desarrollo mental lo lleva a comportarse socialmente en forma indebida. El sordomudo, puede tener un comportamiento aparentemente normal desde el plano psicológico, pero que bien estudiado aparece anormal frente a la sociedad a la que no puede adaptarse. El caso concreto del indígena es el que más relevancia adquiere en el aspecto sociológico, ya que estas personas en su mundo cultural, son plenamente normales, pero su inmadurez sico-social se evidencia, precisamente cuando rebasan su ambiente y actúan dentro de otro que le es completamente ajeno. Y, como lo hacen todas las legislaciones modernas, aunque resulte un tanto arbitrario, se debe fijar el término de su edad para los menores que sean considerados inimputables, pues resultaría muy arriesgado y de difícil aplicación práctica, el dejar esa determinación, en manos de peritos." (Acta No. 42)

Acogiendo las observaciones, sugerencias y críticas he-

chas por la comisión a su ponencia inicial, GAITAN MA-
HECHA resuelve, en la sesión del 23 de mayo de 1973,
presentar una nueva ponencia, cuyo texto fue el siguien-
te:

Artículo... No es imputable quien en el momento de eje-
cutar el hecho descrito, no tuviere la capacidad de com-
prender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con
esa comprensión, por inmadurez sicológica o trastorno
mental.

Artículo... En los casos contemplados en el artículo
anterior se aplicarán las medidas que se establecen en
este Código. Si el estado de inimputabilidad fuere por
causa de trastorno mental ocasionado en persona que no
sufre de anormalidad mental, y no quedaren como secue-
las de él consecuencias de anormalidad, no se aplicará
medida alguna, sin perjuicio de la correspondiente res-
ponsabilidad civil.

Artículo... Cuando el agente haya procurado voluntaria-
mente el estado de inimputabilidad, para cometer el he-
cho legalmente descrito, será sujeto de pena por la in-
fracción cometida.

Artículo... El trastorno mental producido por embriaguez

107

voluntaria, no exime de punibilidad de la infracción. Pero si el autor estuvo en incapacidad de prever los efectos de la embriaguez, se atenuará la pena hasta en...

Artículo... Los menores de doce años estarán excluidos de toda medida de carácter penal. Los menores de dieciocho y mayores de doce, están sujetos a las medidas establecidas en este Código o leyes especiales.

Artículo... Los indígenas pueden ser declarados inimputables, teniendo en cuenta, en cada caso, su incapacidad para comprender la ilicitud de su acto. La declaración corresponde al juez que debe dictar la sentencia.

GAITAN MAHECHA, en la Exposición de Motivos que acompañó el anterior articulado, decía que "de acuerdo con los debates ya adelantados y para contar con un material de estudio completo sobre inimputabilidad, me permito presentar el articulado que a mi juicio integraría el capítulo sobre inimputabilidad, en donde se establecerá el fundamento de la responsabilidad de los sujetos inimputables, o sea, de los no comprendidos en el capítulo de la inimputabilidad. Tal capítulo lleva las nociones de dolo, culpa y preterintención y las causas que excluyen la culpabilidad. Se entiende que a quienes obran dolosa

o culposamente, se les aplicará penas. Las causas de exculpación implicarán ausencia de punibilidad. La diferencia con la inimputabilidad consiste en que los inimputables serán sometidos a las medidas que establezca la ley (seguridad-curativas) y no de penas, a no ser que expresamente se les excluya de toda consecuencia. Las excepciones de punibilidad diferentes a las causas de inimputabilidad o de exculpación no se incluyen en estos capítulos, por razones obvias. En el primer artículo del nuevo anteproyecto, se expresa que no es imputable quien no tuviere capacidad de comprender la ilicitud de su acto, o de determinarse de acuerdo con esa comprensión por inmadurez sicológica o trastorno mental. Se modifica el anteriormente presentado teniendo en cuenta las observaciones que se hicieron en pasadas oportunidades, ya que se suprime la idea de "acción u omisión legalmente descritas", por la de "hecho legalmente descrito", como lo había sugerido el doctor Reyes. Tampoco se emplea el término "insuficiencia síquica", sino el de inmadurez sicológica. Aunque el doctor REYES había sugerido el empleo del término inmadurez sicosociológica, no me pareció conveniente referirme al último aspecto, porque el término se encaminaba especialmente al problema de los indígenas y en esta nueva ponencia se presenta un artículo separado para ellos. Al cambiarse el término insuficiencia síquica por el de in-

madurez sicológica, quedan comprendidos los menores, aunque por razones de técnica legislativa he resuelto redactar una norma especial. En cuanto a los sordomudos, ellos quedarían comprendidos dentro del término de inmadurez sicológica, sin que sea indispensable la estructuración de una norma especial para ellos, pues caeríamos en un exceso de especificaciones sobre el tema, poco aconsejable dentro de una correcta técnica legislativa. También con base en las observaciones que se hicieron y para evitar complicaciones interpretativas, en artículo separado he tratado el fenómeno del trastorno mental transitorio, haciendo la diferencia entre los casos en que el sujeto activo padece de enfermedad mental de origen patológico y quedan secuelas, de los eventos en que esa enfermedad no tiene origen patológico y no queda secuelas. En la ponencia insisto en la utilización del término "determinarlo de acuerdo con esa comprensión", que es el que utiliza el Código Penal Tipo para Latino América (proyecto) pero con la diferencia de que yo empleo determinarlo, en lugar de determinarse, con lo cual se pone de presente que la situación de inimputabilidad se REFIERE NO SOLAMENTE AL SUJETO, SINO A ESTE EN RELACION CON EL HECHO CONCRETO QUE ES OBJETO DE LA LEGAL DESCRIPCION, pues lo que importa a la ley penal, especialmente no es el que el sujeto se encuentre en estado de inmadurez sicológica, sino que ese estado

110

le impida comprende la ilicitud del acto o determinarse de acuerdo con esa comprensión. En el artículo 2, además del ya referido problema del trastorno mental, aclaro que en los casos que se contemplan en el primer artículo se aplicarán las medidas que se "establecen en este Código", y así, se reforma lo que se había consignado en la anterior ponencia, en la que se decía "se aplicarán las medidas de seguridad correspondientes". En esta forma queda la norma en blanco para lo que se establezca posteriormente. En el artículo siguiente se consagra el principio doctrinariamente denominado actio liberae in causa, ya que se dice que el sujeto activo quedará sujeto a pena y no a medida de seguridad, cuando ha procurado voluntariamente el estado de inimputabilidad. En relación con la embriaguez se dice en la norma pertinente del anteproyecto, que el trastorno mental producido por ella, no exime de la punibilidad de la infracción y en el caso de que el autor haya estado en incapacidad de prever sus efectos, la pena se atenuará, simplemente. Aunque en estos casos puede presentarse una situación de inimputabilidad transitoria, no he considerado conveniente ni siquiera en el caso de la embriaguez en la que no se pueden prever sus efectos, consagrarla como tal para los fines de las medidas de seguridad pertinentes, pues se podrían abrir las puertas a fenómenos de impunidad muy frecuentes. Los menores de

MM

doce años, como acontece con la mayoría de las legislaciones modernas, deben quedar exentos de toda medida de índole penal, y así se dispone en el artículo correspondiente de la ponencia. Los mayores de doce años y menores de dieciocho, deberán ser sometidos a las medidas de seguridad que se consagrarán en la parte pertinente del proyecto y en esta forma se fija un límite como lo habían solicitado los señores miembros de la Comisión. Finalmente, atendiendo también la solicitud de algunos de los miembros de la Comisión, elaboré un texto independiente para el fenómeno de la inimputabilidad de los indígenas, quienes podrán ser declarados inimputables por el juez que deba fallar teniendo en cuenta la incapacidad para comprender la ilicitud de su acto, en cada caso concreto. Esta norma está inspirada en el proyecto JIMENEZ DE ASUA, en el que, según el artículo 16, se dispone que el tribunal podrá declarar inimputable al indígena cuando cometa un hecho calificado de punible, teniendo en cuenta su capacidad de comprender la ilicitud de su acto o de obrar conforme a derecho. Explicó JIMENEZ DE ASUA, que AL INDIGENA NO SE LE DEBE CALIFICAR SIEMPRE DE INIMPUTABLE, SINO QUE, EN CADA CASO CONCRETO, CON BASE EN FACTORES SOCIOLOGICOS Y ANTROPOLOGICOS SE ESTUDIARA SI ESTA EN CAPACIDAD DE COMPRENDER LA ILICITUD DE SU CONDUCTA". (Acta No. 43)

112

El Dr. JORGE E. GUTIERREZ ANZOLA, Presidente de la Comisión, consideró oportuno que el ponente explicara y aclarara la expresión "trastorno mental transitorio" y si el cobijaba los casos de ira e intenso dolor que contempla el artículo 28 del Código derogado. El ponente respondió que era obvio que no se había pensado asimilar los estados emocionales o trastornos mentales transitorios, para los efectos de la declaratoria de inimputabilidad, y ellos debían ser tratados en forma especial, como lo hace el actual estatuto penal. "Aquí me he querido referir a ciertos estados como los febriles, en los que, sin existir una alteración estrictamente patológica, se crea una situación de trastorno mental transitorio, sin que queden secuelas, pero no a los eventos esencialmente emocionales".

A su vez HERNANDO BAQUERO BORDA, al criticar la ponencia, decía que se estaba confundiendo los conceptos de dolo e imputabilidad, porque al momento del análisis de ésta no se le debe exigir "al sujeto un juicio de desvalor jurídico del hecho, sino mejor uno de desvalor social. En este proyecto, no se sabría en realidad como concebir la imputabilidad, si como un presupuesto o como un elemento de la culpabilidad. De acuerdo con la fórmula que presenta GAITAN, quien no es imputable no puede obrar dolosa o culposamente y si a pesar de

ello se le impone una medida de seguridad, estaríamos en presencia de la responsabilidad legal, sin que se hubiese aclarado previamente si existió, o no, el dolo o la culpa. Quiero agregar, igualmente que la expresión "trastorno mental" es muy genérica y sería conveniente calificarla en su gravedad en forma tal que no quede duda al intérprete sobre la naturaleza del trastorno que produce la perturbación".

En respuesta al anterior cuestionamiento, REYES dice que cuando BAQUERO entiende que la expresión "capacidad de comprender la ilicitud del hecho", se está refiriendo solamente al aspecto doloso, más no al culposo: "creo entender que se está refiriendo a uno y a otro. Cuando A da muerte a B, con su vehículo, por razón del exceso de velocidad que le impidió detener la marcha, es indispensable que A tenga la capacidad de comprender que conducir un vehículo a exceso de velocidad es un comportamiento social y jurídicamente reprochable. La diferencia entre el comportamiento doloso y culposo sería la de que en el segundo evento no se quería el resultado. Esto para el caso de la culpa en la existe representación del resultado; y en la culpa sin previsión, la capacidad de comprender se refiere al hecho reprochable de no haber previsto cuando debía hacerlo. El Dr. BAQUERO manifiesta que sería más conveniente hacer

114

referencia a la inimputabilidad en el sentido sociológico y no en el jurídico, pero resulta muy difícil tomar partido sobre tan intrincado tema y a la postre, para los efectos prácticos, el que se haga énfasis en una o en otra posición, no tiene mayor importancia. Claro está que no basta el simple criterio jurídico, como que la imputabilidad implica en el fondo la incapacidad de comportarse socialmente en forma adecuada. Es indispensable aclarar que de acuerdo con nuestro Código, LA IMPUTABILIDAD ES UN FENOMENO QUE SE ENCUENTRA POR FUERA DE LA ESTRUCTURA DEL DELITO, tal como lo menciona el artículo 29. Pero, de todas formas, menester resulta poner de presente, que las medidas de seguridad allí previstas, son sanciones y como tales no se pueden aplicar sin que se deduzcan responsabilidades. En el proyecto del doctor GAITAN que se edifica sobre bases muy diferentes, se parte del principio de que la inimputabilidad es un elemento de culpabilidad; y si ello se acepta, el inimputable no puede obrar culpablemente y en consecuencia no puede ser responsable desde el punto de vista estrictamente penal. El inimputable, en este orden de ideas estaría sujeto a una medida de seguridad, pero no a título de sanción y aquí trasladamos el problema a un campo distinto, pues esa medida se aplicaría a título curativo, a título de vigilancia, etc. Resta anotar que si en verdad lo que importa es que el sujeto activo pue-

115

da regular, no su comportamiento genérico, sino el hecho en sí, el verbo que se debería emplear sería el de "actuar" y no el de "determinar" ya que en esta forma queda más claro lo que el ponente quiere expresar. Dice el doctor BAQUERO que convendría calificar el trastorno mental en cuanto a la gravedad, pero tal calificación sobra, si tenemos en cuenta que en la fórmula se dice que esa situación debe tener como consecuencia la de que el sujeto activo no pueda comprender la ilicitud de acto o de actuar conforme a esa comprensión, y es obvio que un grave trastorno mental podría producir la consecuencia anotada. Además, tampoco resulta práctico, y mucho menos necesario, hacer la distinción entre trastorno mental permanente y transitorio, pues la duración propiamente no importa ya que lo que si tiene entidad realmente, es el momento en que se produce, que debe ser el mismo en que se verifica el hecho legalmente descrito. La transitoriedad puede tener efectos jurídicos en casos muy especiales, a los que ya nos referiremos y por ello por lo que el ponente trae una norma específica. Ha sido objeto de discusión lo relacionado con los fenómenos que cabrían dentro del término trastorno mental. Me atrevería a realizar la siguiente enumeración de esas formas de trastornos mentales, así: En primer término las enfermedades mentales tradicionalmente calificadas como sicosis (sicosis epiléctica, sicosis maní-

116

co depresiva); las sicopatías siempre y cuando produzcan situaciones que impidan al agente comprender la ilicitud de su acto o autorregularse de acuerdo con esa comprensión. También cabrían las alteraciones emocionales en los casos en que se produzca un trastorno de tal magnitud en la conciencia, que impida la comprensión a la que nos hemos venido refiriendo. En este orden de ideas, los fenómenos emocionales tendrían un doble tratamiento: como causales de inimputabilidad en el evento antes relacionado y como simples circunstancias de disminución de la punibilidad, en el caso de la figura que contempla actualmente el artículo 28 C.P. La ebriedad, siempre que produzca alteraciones de la conciencia, o en la hipótesis de intoxicación. La ingestión de cualquier sustancia o droga que produzca dependencia física o síquica, en la medida en que se den los mismos requisitos que mencionamos respecto de la ebriedad y finalmente cualquier enfermedad física que produzca delirio febril, que a su vez implique trastorno mental. No me opondría a la utilización del término inmadurez psicológica, siempre y cuando existiera una norma especial para los menores y para los indígenas, con fijación en el primer caso, de un límite legal sobre la edad que, si go creyendo, ha de ser el de dieciseis años". (Acta No. 43)

MA

Los planteamientos hechos por el doctor REYES y aceptados por el Comisionado ROMERO fueron objeto de algunas observaciones especialmente en lo que se refiere al verbo "actuar", el cual, según este comisionado, "dentro de la concepción finalista equivale a obrar en relación con un fin, pero en la expresión "determinarse" existe algo más que es la consideración de la persona con respecto a ese fin o mejor, implica un estado psicológico que lleva al sujeto agente a optar entre diversos fines y por ello por lo que estaría mejor empleado este último término. El doctor BAQUERO insistía en que existe, en la fórmula que se discute una identidad entre imputabilidad y culpabilidad. Esta posición ya está muy revaluada y hoy por hoy se entiende que IMPUTABILIDAD CONLLEVA UN CONCEPTO ESTÁTICO, es una capacidad que resulta de un conjunto de condiciones naturales de los individuos que en un momento dado pueden darse cuenta de la ilicitud de un acto. Un individuo puede ser perfectamente imputable y no llegar a ser culpable por no haber verificado hechos legalmente descritos en los estatutos represivos. En cambio, LA CULPABILIDAD NO ES UN ESTADO, SINO UNA CONCRETA SITUACIÓN DINÁMICA. Con esto se aclara que los dos conceptos son diversos. Si estudiamos, por otra parte, los diversos Códigos y Proyectos modernos, encontraremos dos corrientes: La primera es casuística, que propende por la creación de normas que contengan

MB

una enumeración de las causas de inimputabilidad, y la segunda, una genérica, en la que con una fórmula muy amplia se fijan las pautas mínimas y se deja el resto a la elaboración doctrinaria. Yo estoy de acuerdo con la fórmula que propone el doctor GAITAN, porque en ella se logra una posición intermedia bastante conveniente".
(Acta No. 43)

El comisionado SALGADO planteó dos inquietudes fundamentales: La primera que la expresión "trastorno mental" dejaba por fuera algunos factores afectivos y la segunda que con la fórmula de la ponencia se desconoce el principio según el cual no puede existir responsabilidad sin culpabilidad. Sobre el particular y contestando a tal objeción, el ponente recuerda que en las normas rectoras del Código Penal se consagró el principio enunciado por SALGADO y que en relación con este tema no es el caso de abordar el fenómeno de la punibilidad, pues a los inimputables se les aplica especiales medidas.

De otro lado, para cobijar los aspectos a que se refiere SALGADO, en cambio de trastorno mental podría hablarse de "trastorno de la personalidad" anota el Dr. ROMERO, como lo hace el proyecto de Código Alemán, pero el Profesor GUTIERREZ, Presidente de la Comisión, considera inadecuado el término personalidad, "porque el se re-



119

fiere a diversos atributos de la misma y nos encontramos frente a una difícil situación de generalización. La personalidad puede estudiarse desde el punto de vista somático, desde el ángulo fisiológico o desde el aspecto psicológico. Si realmente el que nos interesa es el psicológico, pues sería excesivo el permitir que para factores de inimputabilidad se tuviesen en cuenta trastornos de los planos somáticos o fisiológicos de la personalidad, que no impiden la comprensión de la ilicitud de los actos legalmente descritos y tampoco impiden el determinarse de acuerdo con esa comprensión. Ahora bien, si tenemos en cuenta que el trastorno mental que causa la situación de inimputabilidad puede producir las dos consecuencias anteriores, lógico es concluir que la comprensión de la ilicitud y la determinación que de ella sigue, abarcan los aspectos cognoscitivos y volitivos a que se refería el doctor SALGADO". (Acta No. 43)

Al debatirse el artículo segundo de la ponencia GAITAN MAHECHA, el cual se refiere al estado de inimputabilidad por causa de trastorno mental transitorio ocasionado en persona que no sufre de anormalidad mental, BAQUERO ANOTABA que allí se estaba consagrando una especie de presunción, en el sentido de que todo trastorno mental constituye un estado de inimputabilidad, con lo

120

cual quedarían incluidos todos los estados emotivos o pasionales. A esta objeción el ponente recuerda que tales estados no quedan cobijados por la norma en discusión, por cuanto que ellos tendrán que estar incluidos en una norma especial del Proyecto en que se consagren como atenuantes. De otro lado, ROMERO anotaba en la sesión del 9 de marzo de 1973 y en relación con la norma que se discutía y a que hemos hecho alusión, que todo parece indicar que el mismo hecho de calificar los trastornos mentales de transitorios, está implicando el que no dejan secuelas, pues si estas quedan, naturalmente no serán transitorios sino permanentes, como en el caso de la epilepsia o ciertos estados de esquizofrenia, que se pueden presentar de manera periódica, pero no desaparece el fondo patológico. Y respecto al tema de la inimputabilidad en los casos de estados emocionales, ROMERO anotaba que no sería partidario de establecer esa clase de inimputabilidad en los casos de estados emocionales, "especialmente si se trata de móviles pasionales. Podrían aceptarse sí, como simples circunstancias atenuantes. Y es necesario tener en cuenta que cuando se habla de emoción, acostumbrados estamos a circunscribir el concepto al fenómeno de la ira, la cual es una pasión antisocial y no merece por ningún aspecto un tratamiento tan favorable como el de la inimputabilidad. Pero existen emociones de otra naturaleza como es

121

el caso del miedo, que se produce indistintamente según la constitución de cada persona. Puede llegar a producir efectos polarizantes, (emoción astémica) pero puede producir efectos de mucha actividad física que ocasionan en la persona pérdida de la conciencia que le impide comprender la ilicitud de su acción y la deja desprovista de frenos inhibidores. Pero, repito, en relación con estos fenómenos, sería conveniente elaborar una norma especial, que contenga atenuación de responsabilidad y no inexistencia de imputabilidad". (Acta No. 44)

En cuanto al nuevo Código Penal, siguiendo las pautas de la Comisión de 1972, consideró oportuno referirse solamente a la noción de inimputabilidad, al trastorno mental preordenado, a las medidas aplicables, a los menores, pero resolvió no pronunciarse expresamente sobre los sordomudos y los indígenas.

De todas maneras, hay que anotar que las normas del Proyecto de 1974 y las contenidas en el nuevo Código Penal son fundamentalmente coincidentes, razón por la cual me he detenido en los debates que se suscitaron en la Comisión de 1972.

CONCLUSIONES

A guisa de epílogo, se podría utilizar este trabajo de tesis de grado con la afirmación de que el devenir de este instituto jurídico-penal ha sido arduo, abstruso, polémico, ha suscitado discusiones bizantinas y enfrentamientos acalorados.

Lo dicho en el párrafo precedente es una perogrullada, pero en las líneas que siguen, haremos un necesario desarrollo de algunas conclusiones pertinentes sobre el tema de investigación, que no constituyen conquistas definitivas del derecho penal, por ser una ciencia sujeta a constantes revisiones de sus conceptos y de sus premisas, debido a las mutaciones que sufre la sociedad.

En primer lugar, es uniforme la doctrina y la jurisprudencia vernácula en relación con el concepto que se tiene del fenómeno y del papel que juega frente a la culpabilidad.

La Corte Suprema de Justicia, con ponencia del Dr. RODOLFO MANTILLA JACOME, el 28 de octubre de 1986, hizo el pronunciamiento más relevante de los últimos años sobre el fenómeno de la inimputabilidad, en estos términos: "En efecto, en la parte general (la nueva legislación penal) consagra un capítulo en donde trata de la inimputabilidad, de la cual da una noción al atribuir esta características a quien, al 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 sicológica o trastorno mental. Destácase de esta concepción que la calidad de inimputable no se deriva exclusivamente de la presencia de una inmadurez sicológica o de un trastorno mental; requiérese, además, que EXISTA CONCOMITANCIA TEMPORAL entre ellos y la realización del hecho legalmente descrito y, lo que es de suma importancia, que no debe tratarse de cualquier clase de inmadurez o trastorno, sino que ellos deben ser de tal entidad que impidan un comportamiento adecuado, en cuanto anulen la capacidad de comprensión o de correcta autodeterminación. En otras palabras, es indispensable que la situación de inmadurez o de trastorno haya dado lugar al comportamiento que se trate.

"En estas condiciones es evidente que frente a los inim-

putables no puede indagarse sobre el dolo o culpa con el cual pudieran haber procedido, pues el aspecto positivo de la culpabilidad EXIGE CLARIDAD DE CONCIENCIA Y LIBRE AUTODETERMINACION. De una parte, porque si el dolo es la realización del hecho típicamente antijurídico, querido y sabido por el agente, no puede hablarse de esta manifestación de la culpabilidad respecto de quien no está en condiciones de comprender o de determinarse adecuadamente; y con relación a la culpa debe hacerse similar planteamiento, porque aún cuando en el delito culposo el agente no quiere la producción del resultado dañoso, debe conocer y querer la conducta imprudente, imperita, negligente o violatoria de normas legales o reglamentarias de la cual se deriva el resultado". Este fallo es un resumen, una síntesis clara y feliz del fenómeno.

En segundo lugar, descontando a FEDERICO ESTRADA VELEZ, existe en el país una opinión mayoritaria, la cual compartimos, en el sentido de que los inimputables son responsables, que las medidas de seguridad son sanciones, y de que ellas tienen carácter jurisdiccional. En apoyo de la afirmación de que los inimputables son responsables, traémos a KELSEN para quien la "irresponsabilidad jurídica de un individuo designa simplemente el hecho de que tal individuo no es sancionable", y agrega

este autor "que una persona sea legalmente responsable de determinada conducta o que sobre ella recaiga la responsabilidad jurídica de la misma, significa que está sujeta a una sanción en el caso de un comportamiento contrario". EDUARDO GARCIA MAYNEZ, también hace planteamiento semejante, así: "La sanción puede ser definida como consecuencia jurídica que el incumplimiento de un deber produce en relación con el obligado. De lo dicho por estos dos autores, responsable es tanto como sancionable, por cuanto la responsabilidad es el sometimiento del sujeto a las consecuencias jurídicas de la infracción cometida; por ello, tanto el imputable como el inimputable son responsables, claro está con consecuencias diversas, penas para unos y medidas de seguridad para otros. En respaldo de que las medidas de seguridad si son sanciones, se tiene el argumento de que las medidas de seguridad participan de las características predicables de las sanciones, como lo es el hecho de que son un acto coercitivo y tienen por objeto la privación, supresión o limitación de un bien.

El Profesor JUAN FERNANDEZ CARRASQUILLA, comentando el artículo 5 del Código Penal, sostiene que este comporta una doble exigencia: La prohibición de la responsabilidad objetiva y la culpabilidad en todo caso para los sujetos que infrinjan la ley penal. Expresa: "Como pro-

hibición de la responsabilidad objetiva (parte final de la norma), representa la positiva exigencia de responsabilidad subjetiva o culpabilidad psicológica en todos los casos. En este aspecto, la culpabilidad comprende también, necesariamente, a los inimputables, pues de otro modo la aplicación a estos de las medidas de seguridad representaría una oprobiosa y primitiva responsabilidad por la mera causación material de resultado. Esto implica el reconocimiento de la incapacidad de los inimputables para actuar con dolo y culpa naturales, es decir, desprovistos de la relevancia de la conciencia de la antijuridicidad y la extensión a ellos de las causas de inculpabilidad del artículo 40, en cuanto pueda formularse el juicio ex ante de que, en la misma situación, un imputable habría actuado de idéntica manera", y concluye diciendo que "las medidas de seguridad se basan también en la culpabilidad, naturalmente, porque, si no se basaran en la culpabilidad, se tendrían que basar en la responsabilidad objetiva. No hay término medio; no hay absolutamente ninguna posibilidad de transición: la responsabilidad es subjetiva y responsabilidad subjetiva significa exactamente lo mismo que culpabilidad. No queda más alternativa que admitir la culpabilidad de los inimputables, ya que su responsabilidad, o es objetiva o es subjetiva. Y como está proscrita por el artículo 5, con toda razón, toda forma de responsabilidad

objetiva de este Código..."

La posición del Dr. FERNANDEZ CARRASQUILLA de que los inimputables obran culpablemente, no se cree que tenga muchos adeptos, particularmente no la compartimos, porque como es sabido, para actuar culpablemente hay que tener conciencia de la ilicitud y autogobierno de conformidad con esa comprensión y el inimputable no lo puede hacer por trastorno mental o inmadurez psicológica. Tal vez, el mencionado autor se apoyaba en el artículo 33 del Código Penal que decía "los inimputables que cometan hechos punibles", y el artículo 2 del mismo dice que hecho punible es "conducta típica, antijurídica y CULPABLE", pero resulta que el artículo 33 fue modificado por el artículo 1 de la ley 43 de 1982 y ahora dice "A los inimputables se les aplicarán las medidas de seguridad establecidas en este Código". SERVIO TULLIO RUIZ en su momento, consideró que la norma del artículo 33 se debía entender no el sentido de que cometían hechos punibles sino que el legislador había querido decir "los inimputables que realicen conductas legalmente descritas".

Queda por indagar qué piensa ahora FERNANDEZ CARRASQUILLA con la modificación de la norma, si él sostenía que de ninguna manera había sido un error del legislador.

En tercer lugar, es perfectamente posible que un sujeto

que padezca trastorno mental o inmadurez psicológica, actúe justificadamente (ejemplo, legítima defensa) o que en su acción concurren circunstancias de exclusión de la culpabilidad. Con relación a las causales de justificación de la antijuridicidad por cuanto no hay que averiguar en lo más recondito de la motivación humana - la psique - y, además, por ser de naturaleza preponderantemente OBJETIVAS y frente a las causas de inculpabilidad porque si ellas realmente se presentan, LA CAUSA DETERMINANTE DEL HECHO NO ES NI EL TRASTORNO MENTAL NI LA INMADUREC SICOLOGICA, SINO LA PRESENCIA DE UNA CUALQUIERA DE LAS RAZONES EXPRESAMENTE SEÑALADAS EN EL ARTICULO 40 DEL CODIGO PENAL, esto es, PORQUE EN ESTE SUPUESTO NO SE DA LA NECESARIA RELACION CAUSAL ENTRE LA INIMPUTABILIDAD Y EL HECHO, SINO QUE ES UNA RAZON DIVERSA COMO EL CASO FORTUITO, LA FUERZA MAYOR, LA COACCION O EL ERROR, la que conduce a esa persona a realizar comportamiento típicamente antijurídico. Para abundar más en razones, el hecho no es reflejo de la patología del sujeto, ni el sujeto actuó con dolo o culpa.

En cuarto lugar, hay que hacer unas precisiones en cuanto al tratamiento que le dá la legislación procesal penal a los inimputables.

Establecía el artículo 411 del Código de Procedimiento

Penal derogado que desde el momento mismo de la captura, y aún antes de la indagatoria si no era procedente la captura, el funcionario de policía judicial o el instructor que observaran en el procesado indicios de que se hallare en cualquiera de las circunstancias del artículo 29 del Código Penal (31 del nuevo), o en estado de intoxicación, embriaguez o inconsciencia, DEBIAN ORDENAR su examen por los peritos médicos.

Si se encontraba que el sindicado acusaba alguna de las circunstancias mencionadas, DEBIA el funcionario que estuviera conociendo el proceso, disponer que fuera detenido preventivamente en un manicomio criminal o en una colonia agrícola especial para anormales (artículo 444 del mismo estatuto), y debía DISPONER QUE EL PROCESO SE ADELANTARA SIN INTERVENCION DE JURADO (artículo 34, num. 5 de la segunda parte), esto, en tratándose de homicidio y otros delitos establecidos en la misma norma.

La nueva codificación, decreto 50 de 1987, trae las siguientes novedades, en relación con los inimputables.

En el Libro II, Título V, Capítulo VI, artículos 448 y s.s., se regula lo relativo a medidas de aseguramiento y libertad para inimputables. El 448 del nuevo estatuto refunde los artículos 411 y 444 del derogado Código

de Procedimiento Penal, tiene una redacción diáfana, evita el casuismo y es lacónico. Señala la norma: "Cuando estén demostrados los presupuestos probatorios y formales para dictar medida de aseguramiento, el juez ordenará la internación preventiva del inimputable". Este artículo guarda concordancia con el 274 que establece que cuando se trate de exámenes en la persona del procesado, el juez puede ordenar que éste sea colocado con las seguridades debidas en un establecimiento que facilite las investigaciones del perito, por el tiempo que estime necesario.

El nuevo estatuto, además, adiciona las funciones que cumple el ministerio público al ordenar visitas de establecimientos de internación siquiátrica donde haya reclusos vinculados a los procesos y ejercer la vigilancia de la ejecución de las medidas de seguridad (artículo 122, numerales 4 y 5).

La cuestión que más atrajo nuestra atención de la nueva normatividad en lo relativo a inimputables es la que plantea el artículo 451. El Código Penal de 1980 tuvo dos artículos que levantaron una polvareda (94 y 95) al preceptuar que a los inimputables por enfermedad mental permanente o transitoria, se les impondría medida de internación en establecimiento siquiátrico, cuyo

13N

mínimo para el permanente sería de 2 años y 6 meses para el transitorio y un máximo indeterminado en ambos casos, entendiéndose por muchos tratadistas que el Código Penal había consagrado cadena perpetua para los inimputables. Agregaban ambas normas, que se suspendería condicionalmente cuando se estableciere que la persona hubiere recuperado su normalidad síquica.

El 97 del Código Penal, ordena a su vez que podrá imponerse la libertad vigilada como accesoria de la medida de internación, UNA VEZ QUE ESTA SE HAYA CUMPLIDO (la medida de internación). Se escribe ésto último en mayúsculas, para resaltar que el artículo que sedujo nuestro interés el 451, establece perentoriamente que "en los casos de trastorno mental permanente, CUMPLIDO EL TIEMPO MINIMO de medida de seguridad, PODRA OTORGARSE LIBERTAD VIGILADA cuando el perito médico oficial aconseje dicha medida"; Lo que para nosotros constituye una modificación tácita del artículo 97 del Código Penal y soluciona afortunadamente el absurdo de someter a un inimputable por enfermedad mental permanente a internación siquiátrica por el resto de sus días.

En cuanto al homicidio cometido por inimputable, el decreto 50 de 1987 guarda silencio sobre si debe ser juzgado en audiencia pública con o sin jurado de conciencia,

como lo ordenaba el artículo 34 del viejo estatuto, entendiéndose que si la ley no distingue al intérprete no le es dado distinguir, debiendo por tal motivo ser juzgado con jurado de conciencia como los imputables, puesto que la ley no hace excepciones sobre este asunto, como sí lo hacía el otro.

Por último, como se desprende de lo que hemos dicho con anterioridad, a los inimputables se les somete a proceso que debe culminar con sentencia, sufriendo una única variante el mismo, en cuanto a la averiguación de la responsabilidad del procesado, que solo atenderá la tipicidad, la antijuridicidad y si obró amparado por una causal de inculpabilidad.

Legislaciones más modernas, sacan a los inimputables del Código Penal. Esto coincide con el planteamiento de FEDERICO ESTRADA VELEZ de que la labor del juez en estos casos, es de simple constatación y no de juzgamiento y que se le deben aplicar medidas administrativas.

BIBLIOGRAFIA

- AGUDELO BETANCUR, Nódier, Inimputabilidad y responsabilidad penal, Editorial Temis, Bogotá. 1984.
- ESTRADA VELEZ, Federico. Derecho penal, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1981.
- JIMENEZ DE ASUA, Luis. Tratado de derecho penal, Edit. Lozada, Buenos Aires, 1950.
- KELSEN, Hans, La teoría pura del derecho, Edit. Lozada, Buenos Aires, 1941.
- LOZANO Y LOZANO, Carlos, Elementos de derecho penal, Edit. Lerner, Bogotá, 1961.
- MAGGIORE, Giuseppe, Derecho penal, Edit. Temis, Bogotá, 1954.
- PAEZ POLO, Esteban, Derecho Penal general, Edit. Mejoras, Barranquilla. 1972.
- PERES, Luis Carlos, Derecho penal, Parte general y especial, Tomo I, Edit. Temis, Bogotá, 1981.
- REYES ECHANDIA, Alfonso, Derecho penal general, Edit. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1981.
- La imputabilidad, Edit. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1976
- RUIZ, Servio Tulio, Teoría del hecho punible, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1985
- Revista Nuevo Foro Penal, Números 9, 32, 34 y 35, Edit. Temis, Bogotá.