

- LONDOÑO BERRÍO, Hernando/SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto: "El Código del menor: ¿Una nueva política criminal?", en *Nuevo Foro Penal*, núm. 49, Bogotá, Temis, 1990, p. 315 a 324.
- MARTINEZ GONZÁLEZ, María Isabel: "La minoría de edad penal", en *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid, Edersa, 1983, ps. 385 a 454.
- MUÑOZ CONDE, Francisco: "La resocialización del delincuente: análisis crítico de un mito", en AA.VV.: *Política criminal y reforma del derecho penal*, Bogotá, Temis, 1982, ps. 131 a 154;
- RADBRUCH, Gustav: *Relativismo y derecho*, Bogotá, Temis, 1992.
- SALAZAR, Alonso: No nacimos pa' semilla, en *Análisis*, núm. 4, Bogotá, Cinep, Documentos Ocasionales, núm. 60, 1990.
- SANDOVAL HUERTAS, Emiro: *Penología. Parte general*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1982; *Penología. Parte especial*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1984; *Sistema penal y criminología crítica*, Bogotá, Temis, 1989.
- SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto: *Inimputabilidad y sistema penal*, Bogotá, Temis, 1996.
- UPRIMNY, Rodrigo/VARGAS CASTAÑO, Alfredo: La palabra y la sangre: violencia, legalidad y guerra sucia, en PALACIO, Germán (comp.): *La irrupción del paraestado. Ensayos sobre la crisis colombiana*, Bogotá, ILSA-CEREC, 1991, ps. 105 a 165.

## EL HOMICIDIO AGRAVADO DEL ARTÍCULO 324 NUMERAL 5o.: "VALIÉNDOSE DE LA ACTIVIDAD DE INIMPUTABLE"

Juan Carlos AMAYA CASTRILLÓN\*

### I. INTRODUCCIÓN

El artículo 324 del Código Penal Colombiano, que establece el tipo agravado de homicidio, dice en su numeral 5o. lo siguiente:

"La Pena será de cuarenta (40) a sesenta (60) años de prisión, si el hecho descrito en el artículo anterior (el tipo básico de homicidio, se aclara) se cometiere: "5o). Valiéndose de la actividad de Inimputable".

Con fines didácticos, es necesario tratar de precisar algunos aspectos importantes de esta circunstancia de agravación, toda vez que normalmente se cree que se debe deducir en casos en donde en realidad no procede su aplicación, lo que obedece, a no dudarlo, a deficiencias en el tratamiento dogmático del asunto, es decir, a falta de precisión de conceptos de la moderna teoría del delito. Por ello, se presenta aquí una propuesta de solución a algunos casos concretos, teniendo como intención la de definir en cuales eventos se puede aplicar y en cuales no es posible hacerlo, pues en realidad, no siempre que en un hecho susceptible de ser adecuado al tipo de homicidio agravado del artículo 324 del C.P. en el que intervenga un menor de edad, un inmaduro psicológico o un trastornado mental (hipotéticos inimputables) se puede deducir, ineludiblemente, la aplicación de la agravante que se pretende comentar.

Igualmente conviene precisar aún más el asunto, dado que en la actualidad en Colombia es frecuente que se presenten homicidios en los que participan (generalmente como autores materiales, aunque también como partícipes, es decir, como instigadores o como cómplices) personas que tienen la calidad de menores de edad, considerados inimputables para todos los efectos por el artículo 34 del C.P. (modi-

\* Profesor Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Universidad de Antioquia y Doctor en Derecho y Ciencias Políticas, de la misma.

ficado en este aspecto por el artículo 165 del Código del Menor), y que existe una tendencia doctrinal y jurisprudencial a considerar aplicable a todos esos casos el tipo de homicidio agravado del artículo 324 nral. 5o., lo que no puede aceptarse, pues se corre el riesgo de cometer injusticias y/o graves errores de técnica jurídica, como se pretende dejar esclarecido en este escrito.

Baste recordar que a raíz de la conmoción interior decretada en agosto de 1.995 (decreto 1370 de 1.995), en el decreto 1371 de 1.995 se dispuso lo siguiente:

*Artículo 1o. "El que realice el hecho punible incurrirá en la pena prevista para la infracción. El que determine a otro a realizarlo incurrirá en la misma pena aumentada de una sexta parte a la mitad".*

Con ello se incrementó considerablemente la pena para el instigador de un delito cualquiera, lo que en el caso del homicidio generaba que tendría más pena el instigador o determinador que el autor material, lo que no resultaba coherente con el grado de lesión que implicaba la conducta realizada por cada una de esas dos clases de intervenciones en el hecho, frente al respectivo bien jurídico (la vida humana independiente).

Por otro lado, el artículo 2o. del mismo decreto 1371 dispuso:

"El que mediante cualquier medio conforme, promueva, financie, dirija o encabece concierto para delinquir o una empresa o asociación organizada y estable para cometer delitos o actividades ilícitas, incurrirá, por ese sólo hecho, en la pena de treinta a cincuenta años de prisión y multa de ....".

"La pena será de cuarenta a sesenta años de prisión y multa de ....., cuando:

"1. ....

"2. *Se utilice a menores de doce años de edad o inimputables para los propósitos de la empresa o asociación".*

Igualmente, el artículo 8o. del mismo decreto, en norma que resultaba semejante a la anterior, pero aplicable a todos los delitos, dispuso:

"Circunstancias especiales de agravación. Las penas previstas en la Ley penal se aumentarán en la mitad en los siguientes casos, siempre que no constituyan hecho punible ni elemento del mismo, ni sean circunstancia específica de agravación:

"1. ....

"2. *Cuando el hecho se ejecute valiéndose de la participación de inimputables o de menores de doce años o contra ellos".*

Sin entrar en análisis dogmáticos respecto de la aplicación de estas normas al caso del homicidio, pues no es ello motivo de este escrito y además dichas normas fueron declaradas inexecutable por la Corte Constitucional, resultan ellas ilustrativas del interés que el legislador (generalmente, como en este caso el extraordinario) tiene de incrementar las penas para los imputables cuando interviene un menor de edad en la comisión del hecho punible, en el entendido de que este tipo de normas permitirán evitar la existencia de "ciertas conductas (que) constituyen actos de aprovechamiento contra personas que se encuentran en condiciones de inferioridad...", según se lee en los considerandos del ya citado decreto 1371 de 1.995.

Es por todo esto que resulta conveniente intentar "desentrañar" esta agravante, sin pretender hacer un estudio exhaustivo de la misma, para tratar de definir en que casos se aplica, en cuales no, y de ésta manera favorecer la solución adecuada de casos concretos estudiados en la vida real por la judicatura.

Antes de abordar el punto planteado en párrafos anteriores, debe decirse que no aparece clara la razón de la existencia de esta agravante, pues no puede decirse que exista un mayor injusto por un mayor desvalor de la acción por el solo hecho de que se presente en el caso de un homicidio la intervención de una persona que tenga el carácter de inimputable, de tal manera que pueda decirse que existe un mayor riesgo para ese bien jurídico. Es decir, el riesgo para el bien jurídico no se incrementa en nada porque en la acción intervenga un menor de edad, un inmaduro psicológico o un trastornado mental (hipotéticos inimputables).

Ahora bien, si se aceptara (en gracia de discusión) que en el evento en que intervenga un inimputable se incrementa el desvalor de la acción porque se incrementa con ello el riesgo para el bien jurídicamente protegido, no se podría decir que ello es un asunto que sólo compete al delito de homicidio, sino que ello se podría sostener frente a todos los delitos, cualquiera sea el bien jurídico que con ellos se pretenda proteger. Por ello, resulta contrario a toda lógica, desde esta perspectiva, que se plantee dicha agravante como especial para el homicidio (y para otros pocos delitos como el hurto, en el artículo 351 numeral 3o.) sabiendo que ella ya se encuentra consagrada en el artículo 66 numeral 6o. como agravante genérica, y ella se aplica, según el encabezamiento de dicho artículo, cuando no se consagra expresamente como agravante especial.

De ahí que podría suprimirse como agravante especial (artículo 324 numeral 5o.), sin que se afecte la posibilidad de deducir una responsabilidad penal agravada en un homicidio, obviamente aplicando la circunstancia genérica, es decir, se tratará de un delito de homicidio simple, pero la pena puede tasarse en un monto superior al mínimo establecido por el artículo 323 del Código Penal, precisamente porque se presenta una agravante punitiva genérica del artículo 66 del mismo código. Debe

quedar claro que para que se aplique como agravante genérica, se deben reunir los mismos requisitos que se exigen para aplicarla como agravante especial, dado que la redacción en ambas es la misma y por tanto su aplicación dependerá de que se cumplan los requisitos y condiciones que más adelante se plantearán.

Tampoco puede aceptarse que la justificación de la agravante se encuentra en un mayor injusto por un mayor desvalor del resultado, pues el resultado siempre será el mismo, es decir, la lesión (destrucción) del bien jurídico en el caso de la consumación del homicidio o su puesta en peligro en los casos de la tentativa (art. 22), independientemente de que participe o no un inimputable en la acción homicida. En últimas, participe o no un inimputable, ello para nada influye en la valoración del resultado producido frente al bien jurídico, por lo cual no es aquí tampoco donde se puede encontrar la justificación de la agravante que se comenta.

Tampoco, puede decirse que existe una mayor culpabilidad en el caso de la intervención de un inimputable en un homicidio, pues el reproche jurídico o juicio de exigibilidad (no moral o de mero reproche) que puede hacerse frente a un homicida en nada se modifica (para aumentarlo) con la presencia en su acción de un inimputable. Puede decirse que siempre el grado de exigibilidad de una conducta acorde con el ordenamiento jurídico será el mismo para toda persona y no es posible hablar aquí de una mayor culpabilidad (tal vez en ninguna de las otras del artículo 324 del C.P.) solamente porque participe en los hechos un inimputable.

En conclusión, no es claro el fundamento de la agravante que se comenta y por lo tanto, también por este aspecto, se justifica suprimirla pues, su inexistencia como agravante específica del homicidio no implica que no pueda agravarse la pena mínima para el autor de un homicidio que se valga de un inimputable para cometer ese delito, pues como ya se dijo antes, puede aplicarse la circunstancia genérica de agravación punitiva del artículo 66 numeral 6o. del Código Penal. Respalda también la sugerencia de suprimir su vigencia el hecho de que, como se demostrará más adelante, tal como se encuentra redactada esta agravante específica ella tiene muy poca aplicación, es decir, se aplica en muy pocos casos.

## 2. PUNTO DE PARTIDA

El profesor Nódier AGUDELO BETANCUR, en conferencia dictada en las "Jornadas de la Universidad Externado de Colombia" celebradas en septiembre de 1.984 (publicada en la revista Nuevo Foro Penal No. 27, p.p. 44-61) había avanzado hasta el punto de precisar, como regla general, el sentido de la expresión "inimputable" que aparece en la agravante que se comenta, pues el artículo 31 del Código Penal contiene un nuevo concepto de inimputabilidad, del cual dice el autor

citado que "ya no es una manera *permanente* de ser del sujeto que comete el hecho tenido como ilícito; por el contrario, es un predicado del sujeto referido al *momento* de la comisión del hecho y referida a ese concreto hecho" (pág. 49. Subraya en el texto).

A partir de allí, se pregunta el autor si "¿siempre que se utilice como medio para la comisión de un homicidio un inmaduro psicológico o un trastornado mental estaremos en presencia de un homicidio agravado, con una penalidad de 16 a 30 años?" (págs. 49-50) (hoy de 40 a 60 años, en virtud de lo establecido por la ley 40 de 1.993 que modificó parcialmente el artículo 324 del C.P.).

Como punto adicional pero estrechamente vinculado con el asunto allí debatido, el profesor Agudelo se refería a la evolución legal, doctrinaria y jurisprudencial en el tratamiento del complejo problema de la imputabilidad, o mejor aún, de la inimputabilidad y en particular al reconocimiento que puede hacerse a los inmaduros psicológicos y/o trastornados mentales que realicen conductas típicas, de las causales de justificación (art. 29 C.P.) e inculpabilidad (art. 40 C.P.), por lo cual no podrán ser tratados, en esos casos, como inimputables.

Por último, a raíz del nuevo concepto de inimputabilidad que consagra el artículo 31 del C.P., sostiene el citado autor que no basta que en un hecho típico de homicidio esté implicado un inmaduro psicológico o trastornado mental para que se afirme que se trata de un homicidio agravado de conformidad con el artículo 324 numeral 5o. del C.P., sino que es necesario que además de tener tales características, el individuo en cuestión sea objeto de la "calificación" y tratamiento de inimputable, lo cual solamente es posible cuando reúne *todos* los requisitos consagrados en el artículo 31 del C.P., es decir, que se trate de persona que por inmadurez psicológica o trastorno mental haya actuado en circunstancias tales que al momento de realizar el hecho típico no haya podido comprender la ilicitud del mismo o determinarse de acuerdo a esa comprensión. Esto significa que dichas circunstancias deben haber tenido relevancia al momento de cometer o realizar el hecho penalmente descrito por el legislador como punible.

Parece que la intención de los codificadores fue la de entender que bastaba la intervención de un inmaduro psicológico o un trastornado mental en un homicidio para que se aplicara la agravante del artículo 324 numeral 5o., pero dos motivos hacen limitada la aplicación de dicha circunstancia de agravación, a saber:

1. La utilización del concepto "inimputable" en el texto de la agravante que se comenta, el cual tiene un sentido preciso establecido en el artículo 31 del C.P. La utilización de este concepto técnico-jurídico restringió notablemente la aplicabilidad de la agravante, pues para considerar un homicidio como agravado por esta cir-

cunstancia se debe partir de la consideración de que se trata efectivamente de un *inimputable* la persona de quien "se vale" otro para cometer un homicidio.

Conviene recordar que el texto de una agravante similar que existía en el Código Penal Colombiano de 1.936 era el siguiente:

Artículo 363: "El homicidio toma la denominación de asesinato y la pena será de quince a veinticuatro años de presidio, si el hecho previsto en el artículo anterior se cometiere:

....

"6. Valiéndose de la actividad de menores, deficientes o enfermos de la mente o abusando de las condiciones de inferioridad personal del ofendido".

De dicho texto se deduce que no se exigía tener la calidad de *inimputable* sino que "bastaba", para aplicar la agravante, con ser "menor, deficiente o enfermo de la mente...", con lo cual no se estaba refiriendo sino a la causa de una hipotética *inimputabilidad* de la persona de quien se valía un *imputable* para matar a otro, sin asociar esa causa con la consecuencia de la *inimputabilidad*, como ocurre en el texto hoy vigente (Decreto 100 de 1.980, modificado parcialmente por la Ley 30 de 1.993).

2. La redacción de la agravante exige que para su aplicación a una persona por la realización de un homicidio efectivamente esa persona "se valga" de la actividad de un *inimputable*, lo cual exige unas determinadas características en la actividad del mismo y respecto del señorío que pueda tener el *imputable* sobre el *inimputable*, de tal forma que no siempre que intervenga en un homicidio un *inimputable* puede decirse que alguien se está "valiendo" de él para cometerlo. Esto se tratará de aclarar más adelante.

Otro problema que debe tenerse en cuenta es la frecuente utilización por la doctrina nacional, por el legislador (ordinario y/o extraordinario) y en menor escala por la judicatura, de una categoría jurídica ya superada, es decir, ya no aceptada en la moderna teoría del delito, cual es la del "autor intelectual", pues hoy solamente se acepta como autor a quien tiene el dominio o señorío del hecho, siguiendo de esta forma la "teoría final objetiva o del dominio del hecho"<sup>1</sup>. La utilización de

1 Ver, entre otros, los siguientes textos sobre el tema: VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. "Derecho Penal. Parte General. 1a. edición. Editorial Temis, Bogotá. 1.994. p.p. 536 y siguientes. BACIGALUPO, Enrique. "Lineamientos de la Teoría del Delito". Editorial Hammurabi S.R.L. Buenos Aires, Argentina. 1.989. p.p. 95 y siguientes. GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel. "Teoría Jurídica del Delito". Editorial Civitas. Madrid, España. 1a. reimpresión de la 1a. edición. 1.988. p.p. 114 y siguientes. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Manual de Derecho Penal. Parte General. Editorial Ariel S.A. Madrid, España. 1.989. 3a. edición. p.p. 284 y siguientes.

aquel concepto es la base para muchos errores en la solución de casos concretos, tal como se expresará más adelante.

### 3. ¿CUÁNDO SE APLICA ENTONCES LA AGRAVANTE DEL ARTÍCULO 324 NUMERAL 5O. DEL CÓDIGO PENAL?

La norma que se comenta se refiere a que se aplica el tipo de homicidio agravado por el numeral 5o. del artículo 324 cuando el autor "SE VALE" (UTILIZA, SE SIRVE, REALIZA UN HECHO "A TRAVÉS DE OTRO") de la actividad de un *inimputable*, siempre que el sujeto *imputable* conserve la calidad de AUTOR, es decir, conserve el dominio del hecho.

Al sujeto *inimputable* utilizado por el sujeto *imputable* se le aplicarán medidas de seguridad (SI SE REÚNEN LOS REQUISITOS PARA ELLO, es decir, PARA CONSIDERARLO TAMBIÉN RESPONSABLE PENALMENTE, de acuerdo a las normas establecidas al respecto) y al *imputable* se le sancionará como autor de homicidio agravado, de acuerdo al numeral que se estudia.

Para la aplicación de la agravante, como ya se dijo, es necesario acreditar la calidad de *inimputable* en los términos del artículo 31 del C.P., pues no otro debe ser el sentido del concepto incluido en el numeral que se comenta, ya que es el mismo código penal el que define en el artículo citado quién es el que puede ser denominado de esta forma. No es suficiente que en el hecho intervenga o participe una persona que sufre de inmadurez psicológica o de trastorno mental para que se pueda aplicar la agravante, sino que es necesario que el individuo efectivamente sea un *inimputable*, de tal forma que haya actuado por esa falta de comprensión de la ilicitud de su actuar o por falta de capacidad de determinarse de acuerdo a esa comprensión.

Si no se presenta entonces esta circunstancia (LA VERDADERA INIMPUTABILIDAD DE AQUEL DE QUIEN SE VALE EL AUTOR), el autor, sujeto *imputable*, no puede ser sancionado con la agravante, pues no podrá decirse que "SE VALIÓ" de la actividad de un *inimputable*, sino que simplemente en los hechos participó una persona en una de esas características de inmadurez o trastorno, pero que ellas para nada intervinieron en la motivación del individuo (comprensión de la ilicitud y/o autodeterminación de acuerdo a esa comprensión) en la realización u ocurrencia del hecho. Su homicidio se considerará como simple (tipo básico del artículo 323 del C.P.), o por lo menos, sin la agravante del numeral 5o. del artículo 324 del C.P..

Es que, proceder de otra forma implica aceptar que puede extenderse la aplicación de la agravante a los casos en que solamente participen personas con inma-

durez psicológica o trastorno mental, sin que ESA CIRCUNSTANCIA tenga alguna importancia o influencia para la realización del homicidio de que se trata. Es el caso de un cleptómano, que puede participar (como autor o partícipe) en hechos constitutivos de un homicidio, sin que su cleptomanía influya sobre la capacidad de autodeterminación y/o de comprensión de la ilicitud de ese hecho por él realizado.

Debe recordarse nuevamente que la doctrina reconoce a los inmaduros psicológicos o trastornados mentales (hasta aquí solo hipotéticos inimputables) la aplicación de las causales de justificación (art. 29) y de inculpabilidad (art. 40), de tal forma que el asunto de la imputabilidad (propio de la culpabilidad) se examinará en cada caso concreto únicamente después de analizar para el presunto inimputable interviniente en el homicidio (hasta aquí sólo considerado inmaduro psicológico o trastornado mental) si actuó o no dentro de una causal de justificación (es decir, si cometió o no un injusto) o de inculpabilidad (si actuó o no dentro de los parámetros de alguna de las causales de inculpabilidad del artículo 40 del C.P.).

De no estar presente una de estas circunstancias (de justificación o de inculpabilidad), se debe analizar si se presenta la imputabilidad o inimputabilidad. Si se reconoce que efectivamente el inmaduro psicológico o trastornado mental sí actuó en circunstancias de inimputabilidad en los términos del artículo 31 del C.P., se podrá pasar a la aplicación de las consecuencias propias para los inimputables, es decir, las medidas de seguridad. De lo contrario, si no se presenta la inimputabilidad, se debe dar el tratamiento de imputable y si realizó conducta típica, antijurídica y culpable, se le aplica una pena.

Esto es así por cuanto *la inimputabilidad de los trastornados mentales o inmaduros psicológicos no es un "estado" sino una consecuencia jurídicopenal propia de una situación mental del individuo al momento de cometer un hecho punible*, de tal forma que se puede decir que si la situación de inmadurez o trastorno no influye en la ocurrencia del hecho, no puede hablarse de que se está ante un inimputable. Cosa diferente se presenta en el caso de los menores, pues ellos se consideran inmersos dentro de lo que podría llamarse "un estado permanente de inimputabilidad", establecido por el legislador por razones de política criminal<sup>2/3</sup>

2 Al respecto puede estudiarse, nuevamente, a VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. op. cit. p.p. 497 y siguientes. También, GALLEGO GARCÍA, Gloria María, "Tratamiento jurídico-penal del Menor en Colombia". En: Revista Jueces para la Democracia. Información y Debate. No. 29. Julio de 1.997. Publicación de Jueces para la Democracia. Madrid, España. p.p. 94-104.

3 LONDOÑO BERRIO, Hernando y SOTOMAYOR ACOSTA Juan Roberto. "El Código del Menor: ¿Una Nueva Política Criminal?". En: Nuevo Foro Penal No. 49. Bogotá. Editorial Temis. 1.990. p.p. 315-324.

(que no es del caso analizar aquí) y entendiendo que son personas que están en formación (no propiamente "inmaduros psicológicos") y que como tienen limitada su capacidad de participación (política, económica, social, etc.), frente a ellos existe siempre, una menor exigibilidad jurídico-penal y por lo tanto no son sujetos de penas.

Debe anotarse que el sujeto imputable (autor), el que "se vale" de la actividad del inimputable, debe actuar con dolo respecto de la agravante, es decir, debe conocer y querer que participe un inimputable y "valerse" de él, para que respecto suyo se pueda predicar la aplicación de la agravante, pues de lo contrario, el dolo no abarcaría el contenido del numeral 5o. del artículo 324 y por lo tanto, no podría decirse que se actuó con dolo respecto de la "utilización" del inimputable. Sancionarlo con la agravante sin que el dolo la alcance o incluya, violaría el principio de culpabilidad. Además, no otra cosa puede concluirse de la expresión normativa, cuando afirma: "*valiéndose...*", pues para "valerse" de alguien se debe conocer y querer valerse de ese alguien.

Ante estas precisiones se pueden presentar los siguientes casos:

3.1. El homicidio es cometido por un imputable (como autor material, con pleno dominio del hecho) y un inmaduro psicológico o un trastornado mental participan en él como determinador o como cómplice. Aquí, se insiste, tiene únicamente el imputable la calidad de autor y el otro (el inmaduro psicológico o trastornado mental) la calidad de partícipe.

Puede suceder entonces:

3.1.1. Que el inmaduro psicológico o el trastornado mental actúe "determinado" por su incapacidad de comprender o determinarse de acuerdo a la comprensión de la ilicitud del hecho realizado. En tal evento, el imputable responde por homicidio sin la agravante (homicidio simple, en principio, salvo que concurra otra agravante diferente) porque al realizar personalmente el hecho (domina el hecho y ese hecho es un hecho propio) no puede decirse que "se vale" del inmaduro psicológico o trastornado mental para cometer el homicidio. Para considerar que alguien "se vale" de ese inimputable debe presentarse la situación de que se realice el hecho A TRAVÉS DEL OTRO, es decir, que lo utilice para realizar el hecho. Ese es el sentido que se le debe dar a la expresión "valiéndose" que utiliza el numeral 5o. del artículo 324. El otro, el inmaduro psicológico o trastornado mental puede responder penalmente como instigado o cómplice inimputable, si se reúnen los requisitos del artículo 31 del C.P. y por tanto debe ser sujeto de las medidas de seguridad.

3.1.2. Que el inmaduro psicológico o el trastornado mental actúen como partícipes, es decir, determinadores o cómplices, de tal forma que su situación mental no influya para nada en la realización del hecho punible de homicidio. Es el

caso de cleptómano que participa en un homicidio. Así, para ese hecho, él no sería un inimputable y por ello no se le aplica una medida de seguridad sino una pena, es decir, se les trata a ambas clases de intervinientes (autor y partícipes) como lo que son, esto es, como imputables. Con respecto al autor, no puede aplicarse tampoco la agravante que se comenta, pues no puede decirse que "se valió" de un inimputable (que no existe en el caso) y por tanto su homicidio será simple, salvo que concurra otra agravante diferente a la del numeral 5°. Del artículo .

Lo anterior varía un poco en el caso de los menores de edad. Ellos son considerados por el código del menor "para todos los efectos penales" como inimputables, con lo cual el legislador modificó la fórmula del artículo 31 del C.P. en cuanto a referir a una causa (trastorno mental o inmadurez psicológica) y una consecuencia (incapacidad de comprender o de determinarse de acuerdo a esa comprensión) para la definición de la inimputabilidad. Frente a los menores se estableció la inimputabilidad, como se dijo antes, por razones político-criminales y ella se presenta siempre que el menor intervenga en un hecho punible. En últimas, los menores son inimputables por disposición legal, pero no porque de ellos se predique una situación de inmadurez psicológica o de trastorno mental.

Por ello, tanto si se presenta la situación descrita en el numeral 1.1. anterior, como la del numeral 1.2., en la cual el que participa como cómplice o instigador es un menor de edad, no se aplica la agravante para el autor (imputable) porque no "se valió" (no utilizó o realizó el hecho a través) de un inimputable. El menor de edad, en tal caso, será sometido a medidas de seguridad. Su inimputabilidad sí es un "estado permanente" y frente a él no se aprecia si al momento de los hechos estaba o no bajo un trastorno mental o una inmadurez psicológica y si ella influyó en su participación en los hechos, pues como se dijo, su inimputabilidad no depende de una causa como las anotadas, sino que está establecida por el legislador para todos los casos.

Obviamente, lo anterior no se opone a que también a ellos les sean reconocidas las causales de justificación (art. 29) o de inculpabilidad (artículo 40), tal como se hace con "los otros" inmaduros psicológicos o trastornados mentales, caso en el cual no se aprecia su inimputabilidad legal. Ellos realizarían conducta típica pero no antijurídica en el primer caso (el de la justificación) o conducta típica y antijurídica pero sin culpabilidad, en el segundo caso.

3.2. Que el imputable actúe como autor mediato del homicidio, de tal forma que el inmaduro psicológico o el trastornado mental actúan como instrumento de ese autor mediato. Aquí, el autor es el que tiene el dominio del hecho (siguiendo la misma teoría ya mentada), en el sentido en que todo el proceso se desenvuelve

como obra de la voluntad rectora del "hombre de atrás" (el imputable) el cual debe tener en sus manos al instrumento, gracias a su influjo.

Esta modalidad de autoría tiene los siguientes requisitos, para lo cual se sigue la exposición del profesor Fernando VELÁSQUEZ V. en su obra "Derecho Penal, Parte General", 1a. edición, pág. 541-543:

a. Dominio del hecho por el hombre de atrás, de tal forma que si lo posee el "instrumento" o lo comparte con él, no se trata de autoría mediata sino de una autoría de parte del "instrumento" o de una co-autoría, según el caso.

b. Subordinación del instrumento al hombre de atrás, de tal forma que sea en él en quien concurren los presupuestos de punibilidad y referidos sólo a él.

c. Debe tratarse de un hecho doloso, no culposo.

d. Debe ser un tipo que no requiera realización corporal o personal de la acción típica (delitos de propia mano), como el delito de acceso carnal violento, consagrado en el artículo 298 del C.P.. Aquí el profesor Fernando VELÁSQUEZ (op. cit., pág. 541) excluye el caso de los delitos en que se requiera de una característica especial del autor (delitos propios, como el peculado por apropiación o el prevaricato) o un elemento subjetivo del tipo de carácter especial (delitos de intención) ya que en ellos, dice, no cabe la autoría mediata. No parece ello acertado, pues efectivamente puede existir un autor mediato de peculado por apropiación, por ejemplo, o de un hurto, siempre y cuando "el hombre de atrás" contenga la calidad especial exigida (funcionario público) o tenga el elemento subjetivo del tipo exigido (el "ánimo de lucro", en el caso del hurto, o el "fin terrorista" en el homicidio agravado por el artículo 324 numeral 8o.).

e. Realización por el instrumento de una conducta penalmente relevante.

Así las cosas, pueden presentarse los siguientes eventos dentro de la categoría de la autoría mediata, para lo cual se seguirá muy de cerca al profesor VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ en su obra ya citada:

3.2.1. Que el instrumento actúe sin dolo por una situación de error o de ignorancia en relación con las circunstancias típicas. Aquí puede presentarse el caso, ampliamente conocido por la doctrina, en el que el médico (con intención de matar al paciente) le entregue a la enfermera una jeringa con un veneno, pero ella considera que contiene el remedio apropiado para la curación y que es el que el médico le prescribe al paciente.

Si el instrumento aquí (enfermera) es un menor o un inmaduro psicológico o trastornado mental, él no realizaría conducta típica (esquema finalista) o actuaría sin culpabilidad (esquema "causalista") por actuar en una de estas circunstancias (art. 40 nral 4o). Así, no se aplica la agravante al sujeto "de atrás" (al médico, el autor mediato) y la enfermera (menor de edad o inmadura psicológica o con tras-

torno mental) no responde penalmente, es decir, no se le aplica medida de seguridad, pues para los efectos no es un inimputable ya que su situación mental o sus condiciones especiales como menor de edad no influyeron para nada en la realización del hecho.

3.2.2. El instrumento que no actúa típicamente, como el caso de quien se mata o lesiona a sí mismo, actuando bajo el influjo de otra persona. Aquí, puede suceder que alguien induzca a un menor (16 años) a tocar un cable de energía haciéndole creer que es inofensivo, cosa que es falsa porque al tocarlo el menor, el inmaduro psicológico o el trastornado mental, muere o perece electrocutado. También, en el caso de la "ruleta rusa" en donde alguien se dispara un arma de fuego inducido por otro, dentro del citado "juego de azar" (aunque algunos plantean aquí, no una autoría mediata de homicidio sino un evento de inducción o ayuda al suicidio).

En estos casos no se aplicaría la agravante, pues aquí no puede decirse que "se vale" de la actuación de un inimputable sino que se realiza un homicidio utilizando a la misma víctima como instrumento de su propia muerte. Respecto del menor, inmaduro psicológico o trastornado mental no se cuestiona el hecho de su posible inimputabilidad, ya que su acción es atípica (no está tipificada la "autoeliminación" ni su tentativa).

En estos eventos, se tomará el hecho como un homicidio simple pero se puede aplicar la circunstancia genérica de agravación punitiva del art. 66 numeral 5o. del C.P., es decir, en cuanto se abusa de las condiciones de inferioridad del ofendido, lo cual permite aplicar una pena superior al mínimo (25 años) establecido en el artículo 323 del C.P.

Por lo demás, debe anotarse que algunos de estos casos han sido ubicados por el legislador como eventos de inducción o ayuda al suicidio de acuerdo al artículo 327 del C.P.

3.2.3. El instrumento actúa coaccionado: Aquí se refiere únicamente al caso de la violencia compulsiva, no la violencia absoluta que implica que no hay ACCIÓN por parte del instrumento sino directamente del autor (mediato). La violencia compulsiva puede dar lugar al fenómeno de la autoría mediata si obra la subordinación plena al "hombre de atrás", además de los otros requisitos señalados para aceptar esta forma de autoría, pues si ello no ocurre se presenta un caso de instigación o determinación como forma de participación criminal.

Aquí se plantea el caso del terrorista que con una granada en la mano obliga a un menor a disparar un arma contra otro, al cual da muerte. El caso del individuo que a su novia menor de edad le exige matar a su "molesto padre" para lo cual la coacciona con un arma, so pretexto de matarla a ella si no lo hace. Se deben

distinguir estos eventos de los de instigación, como el del individuo que convence a su novia de dar muerte a su padre por cuanto él se opone a sus relaciones amorosas.

En estos casos no se aplica la agravante, pues a pesar de ser el autor material de la muerte de otro un menor de edad o un inmaduro psicológico o trastornado mental, sus condiciones de minoría, inmadurez o trastorno (presupuestos de su inimputabilidad) no se expresan en los hechos, de tal forma que no pueden considerarse inimputables en los términos del artículo 31 y 34 del C.P. También, de esa misma forma pueden actuar los mayores de edad o los maduros psicológicos o no trastornados mentales. Aquí el menor de edad actúa amparado por una causal de inculpabilidad (insuperable coacción ajena), razón por la cual no se le puede tomar como un inimputable y por ello él no responde PENALMENTE (no se le aplican medidas de seguridad) y por tanto no se aplica la agravante del numeral 5o. del artículo 324 al autor mediato (IMPUTABLE). Puede decirse que, en conclusión, en esos hechos no interviene un verdadero inimputable.

3.2.4. El caso del Instrumento que actúa conforme a Derecho. El instrumento, actuando de acuerdo con las normas penales, posibilita al hombre "de atrás" realizar una conducta típica. Es el caso de quien cuando Alberto incita a Bernardo, a quien quiere eliminar, a que ataque con un cuchillo a Camilo, de quien sabe que se encuentra armado de trabuco (arma de fuego de fabricación artesanal), y quien es menor de edad, caso en el cual éste se defiende y mata a Bernardo. Aquí Camilo actúa legitimamente (DENTRO DE UNA CAUSAL DE JUSTIFICACIÓN) y por lo tanto, no se le considerará inimputable, razón por la cual, frente a Alberto no se puede aplicar la agravante. Camilo, OBIAMENTE, no será sujeto de medidas de seguridad, pues actuó conforme a Derecho.

3.2.5. Finalmente, el caso del instrumento que no posee capacidad de motivación de acuerdo con la norma, es decir, se trata de un verdadero inimputable. Aquí, puede presentarse el caso de que una persona se valga de un paranoico para matar a otro, para lo cual le hace creer que ese otro es su supuesto perseguidor. O quien le dice a un niño que el arma de fuego es inofensiva y lo incita a dispararla sobre otro (al cual quiere matar) y a quien efectivamente le da muerte.

En estos casos, se da la circunstancia como lo exige la norma y por tanto, se debe aplicar la agravante del artículo 324 numeral 5o. del C. P. al autor mediato. Al ejecutor material de la acción típica se le pueden aplicar medidas de seguridad por ser verdaderamente un inimputable.

3.3. Puede ocurrir también el caso del menor que es determinado por otro para cometer el homicidio. Se refiere al evento en el cual un menor es determinado (instigado) por otro para matar a alguien. En este caso, a pesar de que se puede

decir que ese otro "se vale" del menor para cometer el homicidio, no se aplica la agravante, pues el autor del hecho (el que domina el hecho y lo realiza como propio, con plena voluntad y conocimiento) es el menor (inimputable) y el determinador no tiene tal calidad (no es autor), con lo cual debe decirse que no se le aplica la agravante pues, en primer lugar él (el verdadero autor) o se vale de un inimputable, como lo exige la norma, sino que él es el inimputable. Además, el principio de la accesoriedad implica que la responsabilidad del determinador depende de la del autor material, y si este aquí no actúa en las circunstancias del artículo 324 numeral 5o., no puede aplicarse tampoco la agravante al determinador.

Es el caso de un menor de 17 años que es contratado (por precio) para matar a otro. Aquí, el menor, así sea inimputable según el artículo 34 del C.P., actúa como único autor (autor material, con dominio del hecho). El instigador no puede ser sancionado con la agravante, pues ella no se aplica al autor material, el menor de edad, y menos a él que no tiene la calidad de autor.

Debe recordarse que el art. 323 (tipo básico) se refiere a "el que..." dando así cuenta de que se refiere y sanciona al autor. Cuando alguien intervenga en un hecho en forma diferente a la de autor, su responsabilidad penal estará definida por la forma de participación (instigación o complicidad) y por el tipo realizado por el autor. Pero, ello no autoriza a que, fuera de los casos establecidos en la Ley, se considere o sancione como autor a quien no lo es, es decir, a los determinadores y a los cómplices, quienes no realizan el tipo, sino que con respecto al hecho típico cometido por el autor tienen una relación diferente, la cual puede considerarse accesoría.

3.4. Finalmente, se puede presentar el caso en el que dos personas, un menor de edad (inimputable) y un mayor de edad, por ejemplo, actuando de común acuerdo y con co-dominio del hecho, sean coautores de un homicidio, como en el caso en el que el uno conduce la motocicleta desde la que el otro dispara sobre una persona a la que le dan muerte. En tal caso, tampoco se aplica la agravante del artículo 324 numeral 5o., pues allí, a pesar de que intervenga un menor de edad que se considera inimputable, no puede decirse que el mayor de edad se vale de él para realizar el homicidio. Allí, por tratarse de un evento de coautoría, ambos realizan el hecho como propio, cumpliendo cada uno de ellos una parte de las acciones necesarias para cumplir el objetivo de darle muerte a un tercero, es decir, con división del trabajo. No puede allí decirse que uno se vale de otro, que lo utiliza, que lo domina, que realiza el hecho a través del otro, por lo cual allí no se dan todos los elementos para que se aplique la agravante, de acuerdo a como lo establece la norma citada.

Así las cosas, la agravante que se comenta tiene una muy reducida aplicación (solamente algunos de los casos de autoría mediata), lo que en últimas viene a chocar con los intereses del legislador al tratar de establecer una agravante que cobijara una gran cantidad de casos y particularmente los hoy frecuentes homicidios realizados por menores de edad que son "contratados", "mandados" o determinados por otros para cometer tales hechos delictivos. Para lograr este objetivo el legislador tendría entonces que modificar el texto de la agravante, pues tal como se ha visto, como se ha redactado el artículo 324 numeral 5o., no tiene mayor importancia su existencia. Cosa semejante puede decirse frente al artículo 351 numeral 3o., en el cual aparece una agravante similar para el delito de hurto.