

NUEVO FORO PENAL

GRUPOS DE ESTUDIO DE DERECHO PENAL

Leihgabe Prof. Ambos

NODIER AGUDELO BETANCUR

DIRECTOR

DOCTRINA

Sentimiento de Justicia y Represión Social.
Pierrette Poncela

La Falsedad Documental en el Nuevo Código Penal
Luis Enrique Romero Soto

Oposición entre el sistema democrático futuro y la actual legislación penitenciaria en la República Argentina
Roberto Bergalli

La Teoría Jurídica del Método
Laureano Contreras Vergara

El Peritazgo médico - legal y su trascendencia
César Augusto Giraldo
Sobre el Robo agravado
Nódiar Agudelo Betancur

JURISPRUDENCIA

Cosa juzgada en materia penal. Falsedad en fotocopias.
Estado de necesidad y distribución de marihuana.
Veredicto y Contraevidencia. El atraco como tipo delictivo autónomo.

FORO HISTORICO

Un homicidio en estado de embriaguez del sueño.
Fernando Velásquez V., Patricia Guarín D., John Jaime Posada O., Nelson Sánchez E., Vidal de Jesús Restrepo V.

4

CO/XIV
F/Z

2345



AGOSTO



SEPTIEMBRE 1979

CO/XIV F12, 2345

- La responsabilidad de las opiniones emitidas corresponde a sus autores exclusivamente.
- Se autoriza la reproducción de artículos siempre que se indique que han sido tomados de esta Revista.

Solicitamos canje

Nous demandons l'échange
We request exchange

Pede se permuta
Wir bitten um Austausch von
Publikationen

Juristisches Seminar
der Universität
Göttingen

A partir de este número, inclusive, para efectos de PEDIDOS y SUSCRIPCIONES de la Revista debe escribirse a:

Editorial ACOSTA - Señor SIGIFREDO ACOSTA G.

Calle 49 N° 56-37 - Teléfono: 45 - 14 - 72
Medellín - Colombia

Dirección Académica de la Revista:
DR. NODIER AGUDELO BETANCUR
Apartado Aéreo 055790
Medellín

NUEVO FORO PENAL

Grupo de Estudio de Derecho Penal

Nódier Agudelo Betancur
Director

AÑO I — N° 4 — Julio - Agosto - Septiembre de 1979
— Licencia en Trámite —

Auxiliares

Guillermo Villa Alzate *Fernando Velásquez*
Ricardo Hoyos Duque *Jaime Posada Orrego*
Luis Miguel Marín Gaviria *Gustavo Ruiz Correa*

Medellín - Colombia
1.979

Juristisches Seminar
der Universität
Göttingen

TABLA DE CONTENIDO:

DOCTRINA

Sentimiento de Justicia y Represión Social <i>Pierrette Poncela</i>	Página 7
La Falsedad documental en el Nuevo Código Penal <i>Luis Enrique Romero Soto</i>	Página 16
Oposición entre el sistema democrático futuro y la actual legislación penitenciaria en la República Argentina <i>Roberto Bergalli</i>	Página 27
La Teoría Jurídica del Método <i>Laureano Contreras Vergara</i>	Página 37
El Peritazgo medio legal y su trascendencia <i>César Augusto Giraldo</i>	Página 48
Sobre el Robo agravado <i>Nódiar Agudelo Betancur</i>	Página 59

JURISPRUDENCIA

Cosa juzgada en materia penal. Falsedad en fotocopias.

Estado de necesidad y distribución de Marihuana.

Veredicto y Contraevidencia. El atraco como tipo delictivo autónomo.

FORO HISTORICO

Un Homicidio en estado de embriaguez del sueño	Página 89
---	-----------

P R E S E N T A C I O N

En este número presentamos en la sección de Doctrina algunos estudios de variada índole pero todos relacionados con nuestras disciplinas penales y Criminológicas.

Importantes autores tanto europeos como latinoamericanos y colombianos han comenzado a ocuparse de nuestra publicación y por ello podemos ofrecer estudios de elevado contenido científico. Así los artículos de PIERRETTE PONCELA, una de las más importantes Criminólogas europeas en la actualidad; la contribución de ROBERTO BERGALLI de lo más brillante de la nueva generación de juristas y criminólogos latinoamericanos.

De otra parte, ofrecemos también la contribución del doctor LUIS ENRIQUE ROMERO SOTO a la discusión sobre el nuevo Código Penal. Seguro, este será un artículo de obligada consulta en el futuro como guía en la interpretación del articulado que llegue a ser ley definitiva. El doctor CESAR AUGUSTO GIRALDO G., director del Instituto de Medicina Legal (seccional de Medellín), pone el dedo en lo que constituye uno de los factores que trascienden en la inidoneidad de los peritos médicos que a veces intervienen en nuestros procesos penales: la deficiente formación que en la universidad, en el aspecto de la Medicina Legal, reciben.

El doctor LAUREANO CONTRERAS VERGARA, juez de Instrucción Criminal, discurre sobre la teoría del Método y hace una llamada de atención a los redactores del nuevo Código Penal.

Finalmente, en esta sección doctrinaria, el lector encontrará un corto artículo sobre el robo agravado, el cual hemos decidido publicar

a pesar de la inminencia de una nueva ley penal. Si se nos permite decirlo, es un tardío descubrimiento de otra ingerencia del ejecutivo de 1936 en el Código Penal entre las muchas que ya han sido destacadas por otros estudiosos de nuestra ley represora.

La revista, sigue con la habitual sección de Jurisprudencia. La incidencia que las decisiones de nuestro Tribunal comienzan a tener en otros ámbitos del territorio nacional, animan, de veras, en esta dura labor de difusión y agitación de ideas.

Y al hablar de "difusión y agitación de ideas", no podemos dejar de referirnos al FORO HISTORICO. La ser edad con la que el grupo de estudiantes avocó el análisis de un proceso ya juzgado, las adquisiciones teóricas a que ese análisis dió lugar, el estudio todo sobre el fenómeno de la "Embriaguez del sueño" que han realizado, son frutos que comienzan a verse de nuestra iniciativa. El trabajo demuestra lo que puede hacer la labor en conjunto. Vaya aquí nuestro reconocimiento al coordinador FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ. El, con su trabajo en la revista, como Auxiliar y como Coordinador de este grupo, ha contribuido para que el subtítulo de la Revista sea más que eso.

NODIER AGUDELO BETANCUR
Director

SENTIMIENTO DE JUSTICIA Y REPRESION SOCIAL

Pierrette Poncela *

Traducción del francés: Tahí Barrios Hernández

Es muy frecuente en nuestros días, interrogarse sobre "la Justicia Penal" comentando o simplemente citando, los resultados de encuestas de opinión pública. No se trata aquí de ser víctimas de esa nueva transformación de la voluntad general, de esos llamados hechiceros al "consenso" destinados a legitimar la política penal existente o proyectada. Hacemos nuestras las diversas críticas metodológicas formuladas contra los sondeos de opinión pública (1).

Es claro, que las encuestas de opinión no tienen pretensión de informarnos sobre los comportamientos, sino sobre las reacciones inmediatas a ciertos interrogantes y que la mayor parte de las preguntas sugieren las respuestas dadas. Lo que nos importa aquí, es que la respuesta solicitada no deje de producirse o al menos, que una cierta forma de plantear los problemas de la justicia penal produzca invariablemente los mismos efectos.

Provocado por las preguntas, justificado por las respuestas, se perfila un "sentimiento de justicia", a la vez versátil y seguro de sí mismo, siempre vivi-

* La autora del artículo es doctora en Derecho. Investigadora en el Centro de Filosofía del Derecho de la Universidad de París II. Profesora de Derecho Penal y de Procedimiento Penal en la Universidad de Reims, de Criminología en la Universidad de París XII y de Filosofía Penal en la Universidad de París II. Durante varios años se desempeñó como Secretaria Académica del Instituto de Criminología de la Universidad de París y Jefe de Redacción de DEVIANCE, revista del mismo instituto.

1. En particular Pierre BOURDIEU, "Les dexophes", En Minuit, París, 1972, No. 1, 2645 y "L'opinion publique n'existe pas", en Les Temps modernes, París, 1973, No. 318, 1292 - 1309.

do intensamente por cada uno, del cual nos proponemos estudiar el origen, la naturaleza y significación.

Para hacérlo, en primer término, tomaremos prestada, en parte, la explicación del Dr. Etienne De Greeff: "los instintos de defensa son utilizados por el hombre para reaccionar contra un sentimiento latente de culpabilidad del cual el sentimiento de justicia es una de las expresiones. La justicia constituye el campo en el cual, el sentimiento de culpabilidad es completamente rechazado por un sistema elaborado de justificaciones diversas" (2).

Luego, en un segundo término, veremos como, oscilando entre la represión y el deseo de resocialización, la opinión pública no tiene en realidad más inquietud que su propia defensa. Esa necesidad de protección está unida a una necesidad de venganza, producto de un sentimiento de injusticia sufrido. Justicia represiva y justicia resocializante son la expresión de una reivindicación de igualdad y seguridad por parte de la comunidad. Estos componentes del sentimiento popular de justicia están al servicio del funcionamiento de la maquinaria judicial, tal como existe en nuestra sociedad.

SENTIMIENTO DE CULPABILIDAD, INSTINTO DE DEFENSA Y SENTIMIENTO DE JUSTICIA

Una fuerza interior libra al hombre a los mecanismos reductores: la reacción a un sentimiento de culpabilidad, la cual cuando no está balanceada por las funciones creadoras, lo entrega a su instinto de defensa. Más que la existencia de esta fuerza reductora, es el conflicto que de ella se deriva lo que constituye el problema. La vida interior se explica, a la vez, por las tendencias instintivas y por las inhibiciones que suscitan esas tendencias. El sentimiento de culpabilidad de origen infantil, está integrado en un conflicto profundo de fuerzas instintivas entre los mecanismos reductores y los procesos creadores, de los que E. De Greeff hace también así la génesis:

La necesidad para el niño de liberarse de sus padres da origen a un sentimiento de culpabilidad. El niño que encuentra la oposición de sus padres ve su simpatía inhibida, al tiempo que se desarrolla su instinto de defensa. Pero se siente, al mismo tiempo terriblemente privado de esta presencia simpática que parece protegerlo de toda amenaza. Entonces aparece el sentimiento de culpabilidad ligado a las primeras afirmaciones del ello y ubicado bajo el signo de la destrucción.

El sentimiento de culpabilidad recobra pues, un campo muy grande y concierne a todos los hechos que manifiestan el estado del individuo cuando la agresión o la defensa inhiben en él, el conocimiento simpático. Toda actividad importante del niño, del adolescente o del adulto se reduce siempre, ora a la afirmación del ello, ora a la subordinación del ello y alivia o agrava el sentimiento latente de culpabilidad. Cada vez que por su actitud o por un acto

el individuo inhiba sus funciones de simpatía, tendrá la tendencia a sentirse culpable. Para darse cuenta del elemento dramático ligado a la culpabilidad, es necesario comprender la ruptura de la integridad del yo, que acompaña al hecho generador del sentimiento de culpabilidad. Esta percepción de una pérdida de unidad interior está ligada al papel esencial que el conocimiento por el amor, juega en la vida afectiva del ser. La culpabilidad latente responde a una actitud fundamental suicida-homicida. Se manifiesta desde que el individuo se encuentra en una situación ambivalente: de una parte él se afirma (agresión y defensa u homicidio), de otra parte él ha perdido el conocimiento de simpatía y roto la armonía de su vida afectiva (suicidio). La condición esencial para el nacimiento del sentimiento de culpabilidad es esta conciencia vaga de una ruptura del equilibrio interior, de una pérdida de la posesión total de sí. Así el sentimiento de culpabilidad se acrecienta con la pérdida de la participación simpática con el prójimo y con el mundo.

A la vez general, porque está ligado a la naturaleza humana e individualizado en su forma, su intensidad y su influencia, pues depende de la experiencia de cada uno, el sentimiento de culpabilidad es generador de actitudes reactivas de defensa. Refuerza esas actitudes y conlleva la modificación del individuo a fin de escapar a la amenaza latente. El individuo elabora sistemas que justifican las actitudes o acciones futuras; el sentimiento de justicia es uno de los aspectos que toman esos sistemas justificadores.

Las justificaciones que el hombre elabora para legitimar su agresividad son ilustración de la lucha que libra contra su sentimiento de culpabilidad. Solo "afirmándose de antemano, legitimando de antemano su acción, tornándose más agresivo, es decir, más reductor" (3) el hombre puede llevar a buen término esa lucha. Pero no es solamente a nivel individual que el sentimiento de culpabilidad fundamenta y da su significación a los comportamientos humanos. Es también a nivel social que juega un papel esencial; es utilizado por la sociedad y mantenido por ella porque le es indispensable para aceptar y legitimar la existencia de ciertas instituciones sociales y, en particular, las instituciones judiciales. En este campo preciso, ora son los hombres mismos quienes llegan a eliminar su sentimiento de culpabilidad, su tendencia homicida con la ayuda de justificaciones diversas —aunque estas justificaciones no sean más que el privilegio de los mejores—, ora es la sociedad la que reactiva la culpabilidad infantil latente a propósito de situaciones que no tienen real significación moral.

En ausencia de una toma de conciencia por el hombre de sus mecanismos psicológicos internos, el engeguimiento afectivo lo conduce a disculparse sin cesar y a culpar a otro, todo ello estando en total incapacidad para darse cuenta de su falta. Es en el sentimiento de culpabilidad no asumido donde tienen origen las instituciones humanas tendientes a preservar y expresar una justicia de naturaleza esencialmente defensiva y reactiva, sostenida por actitudes de falsas motivaciones. La justicia espontánea da cuenta de este proceso, se

2. Cf. E. DE GREEFF, "Les instincts de défense et de Sympathie", P. U.F., Bibliothèque de philosophie contemporaine, Paris, 1947.

3. E. DE GREEFF, "Les instincts de défense et de sympathie", op. c. page 215.

confunde con el sentimiento de justicia, producto de los instintos de defensa, cuya integración social será más o menos acertada, según los individuos y en relación con las instituciones sociales.

JUSTICIA ESPONTANEA Y SENTIMIENTO DE JUSTICIA

Se puede comprobar a cada instante la convicción de cada cual en su actitud para distinguir lo justo de lo injusto, una especie de guía innata y de valor indiscutible que representaría una justicia espontánea. No obstante, se observa a menudo aberraciones en este campo. Hay a veces una gran distancia de la idea abstracta de justicia que se hace un espíritu evolucionado a las actitudes de esta misma persona frente a una situación precisa: la simpatía o la antipatía se anteponen a la justicia propiamente dicha. Los fallos dictados por la vida afectiva reflejan más que la ausencia de sentido moral, una falta de hábito en aquél que juzga de vigilar y legitimar ante su inteligencia sus apreciaciones y reacciones frente a su sentimiento de justicia. Estas reacciones son vividas por el individuo como un conocimiento absoluto e indiscutible el cual se confunde con su propio sentimiento de justicia. Cuando la inteligencia interviene entra en conflicto con el ser afectivo y no puede tener más que un papel modificador. El sentimiento de justicia es vivido por el individuo como una convicción espontánea que él ha de ejercer precisamente. En realidad, esta actitud respecto al juzgamiento de la justicia no es la expresión de una disposición innata perfecta, sino la expresión de una función evolutiva y terminada, que debe conducir al individuo a una virtud ética de justicia, etapa que tiende ella misma hacia la dimensión sobrenatural de justicia, tsedaka, norma ontológica en una perspectiva cristiana que da a la justicia, su razón de ser y su significación (4). El sentimiento de justicia es esta función en estado embrionario, inacabado, imperfecto, que lleva ya en ella, su propio destino. El hombre debe aceptar su evolución o bien oponérsele. En el orden psicológico esta función puede quedar en sus balbucesos y no dar al individuo más que una seguridad total en la legitimidad de su acción.

Por cierto, el hombre tiene cada vez más posibilidades de conocerse: los análisis e interpretaciones de sus comportamientos afectivos y sociales se multiplican en la florecencia literaria de las ciencias humanas y en las investigaciones médicas, biológicas y neuropsicológicas. Pero "La evolución no se hace a la misma velocidad en el puro dominio del espíritu y de la abstracción donde no se está comprometido tan profundamente y en el dominio de lo vivido. En este campo de los actos estamos todos retardados; no evolucionamos sino contra el corazón, experimentando una resistencia interior considerable. Esta resistencia está condicionada por nuestra vida afectiva; no es que nuestra vida afectiva

sea opuesta a la justicia, sino que ella tiende a fijarla en las formas simples, próximas al instinto, extremadamente satisfactoria para el siquismo inferior" (5).

La opinión pública nos es presentada a menudo, como oscilante entre la exigencia de una justicia represiva y el deseo de una justicia resocializante. Una investigación del Centro de Sociología del Derecho y de Justicia de Bruselas (6) revela que el 85% de las personas interrogadas en sondeos, estiman

que el delincuente puede cambiar, y el 63% cree más en la acción educativa que en la eficacia policiva. Pero al mismo tiempo, el 36% piensa que las autoridades abusan de la libertad condicional y el 25% que es necesario intensificar la represión. En realidad, represión y/o resocialización no difieren fundamentalmente. Estas dos reacciones se basan en una misma desaprobación o un mismo rechazo y tienden a satisfacer un mismo deseo de protección de sí mismo y del llamado orden social. Represión y resocialización se complementan: de un lado, se pune a quien transgrede las normas socio-jurídicas, de otro, se tiende a inculcarle respeto a esas normas. ¿Porqué esa necesidad, a veces tan viva, de protección y de defensa?

La vigilancia constante de los instintos de defensa se traduce por un miedo difuso e irrazonable. Está asegurado por una "función incorruptible" tendiente a la propia conservación y se traduce en el individuo, en angustia. En el sistema científico de De Greeff, la teoría de las funciones incorruptibles completa y perfecciona su teoría de los instintos (7).

Las funciones incorruptibles son "la expresión de los núcleos centrales ligados a nuestra vida afectiva profunda, cuya acción se desarrolla fuera del alcance directo de nuestros deseos o de nuestras intenciones, y están en relación con el siquismo profundo e indiferenciado, allí mismo donde se distingue apenas de su soporte neuro vegetativo". Resulta que esas funciones no son sino parcialmente perceptibles por la conciencia, pero son nuestra fuerza más profunda, pues se sitúa en el cerebro instintivo afectivo.

La función incorruptible que se expresa por la angustia está ligada a la conservación propia y a los instintos de defensa. Ese es "el proceso por el cual nuestra naturaleza gobierna sobre nosotros, nos fuerza a sentirnos en nuestra condición; es un proceso que no se detiene jamás, es la función que nos condena a mirar a nuestro alrededor y llena las regiones donde nuestras miradas no descubren fantasmas amenazantes. La angustia no es solo una función incorruptible, si no que también allí donde ella impera se debilita toda relación con la simpatía, toda posibilidad de liberarse de modo distinto que por una lucha más tenaz, por un esfuerzo más grande, por una agresividad implacable". Así, el hombre proyecta en las cosas y en los seres que lo rodean una

5. E. DE GREEFF, "LES instincts de défense et de sympathie", op. c. page 35.

6. "Justice pénale et opinion publique", éditions de l' Université de Bruxelles, 1972.

7. Cf. E. DE GREEFF, "L' homme et son juge", Desclée de Brower, Bruxelles, 1962.

4. Cf. P. PONCELA, "L'idée de justice dans l'oeuvre du Dr. E. De Greeff", Thèse, Paris, 1973.

alarma por un proceso sin tregua renovado: "es una noción infernal a la cual no podemos sustraernos, ella no se ajusta a nuestra vida, ella es una de las expresiones de nuestra vida" (8). Da cuenta del intencionalismo, disposición del espíritu que tiende a dotar de una intención a las cosas o los seres con los cuales entramos en contacto.

Al intencionalismo generalizado inicial se sustituye una desintencionalización progresiva de los objetos, los animales y finalmente, pero en forma parcial, de los seres humanos. Al mismo tiempo el reflejo espontáneo de reacciones es dilatado y atenuado. Hay inhibición a la reacción instintiva de agresión o indiferencia ante la ofensa o el padecimiento infligido.

Sin embargo, no es la actitud intencionalista que retorna con la edad, sino el número de acontecimientos a propósito de los cuales ella es aceptada. Generalmente el individuo engloba en el mismo conjunto el acto y la intención y hace de la malevolencia el móvil de la acción. Esta aptitud se acompaña de una necesidad de represalias, de reparación o de venganza. Pero en la práctica, una educación se hace en función de actitudes impuestas por la vida en sociedad. La reacción es diferida y no necesita una reparación equivalente. Se establece una zona de tolerancia más o menos amplia en los límites de la cual, por compensación no reaccionamos a la injusticia sufrida. Es por una especie de elección irracional que rechazamos de esta manera un movimiento afectivo.

La responsabilidad ajena es la forma que toma el intencionalismo integrado en la vida social. Esta noción de responsabilidad representa el núcleo por el cual el sujeto ofrece una toma de contacto con la sociedad; ella es la proyección en el prójimo del sentimiento de justicia. La responsabilidad es, pues la forma social que toma el conocimiento del hombre por el instinto de defensa. Es lo que explica que "el delincuente sea de todos los hombres aquel en quien la idea de responsabilidad se reduce a su más simple expresión" (9). Es también por lo que no hay idea mejor defendida que aquella de la responsabilidad del hombre, la responsabilidad de un hombre a los ojos de otro, aumenta con la gravedad y extensión de su actividad antisocial, es decir, al mismo tiempo que aumenta la agresividad o el temor respecto a él.

El hecho de que la idea de expiación haya sido poco a poco abandonada en provecho de la defensa social y luego en provecho de la idea de tratamiento, no es un criterio de progreso de la justicia penal; arriesga expresar el cambio progresivo de juicios de valor presentando un carácter relativamente objetivo por las apreciaciones sentimentales: "el tratamiento de la delincuencia se regla en función de un conjunto de conveniencias prácticas y afectivas" (10). El peligro de este proceso afectivo está en que puede conducir indiferentemente al suavizamiento o a una represión intensificada y "la suerte del hombre cul-

8. E. DE GREEFF, "La morale Est-elle inscrite dans notre psychisme?", en *Etudes Carmelitaines*, Declée de Brower, París, 1953, page 167.

9. E. DE GREEFF, "Les instincts de défense et de symphie", op. c. page 94.

pable no escapa a la venganza codificada por las leyes estables sino para caer a la merced de la sensibilidad de las multitudes" (11). Pero esas multitudes se sienten insuficientemente protegidas y aseguran su autodefensa. Se asiste así en nuestros días, al acrecentamiento de "policías privados", "policías paralelas" o grupos de ciudadanos formados para asegurar su propia defensa. Estos últimos han dado a menudo lugar a incidentes graves porque, animados solo por sus instintos de defensa, no son capaces de apreciar exactamente la gravedad del peligro corrido. Un individuo completamente inocente, considerado sospechoso será abatido; un hombre víctima ya de hurto, sediento de venganza, acechará y matará a aquel que hiciere ademán de penetrar en su negocio o en su casa.

El sentimiento de justicia tomará así, la forma de una lucha contra la injusticia. Se trata de una justicia-reivindicación que es utilizada por la sociedad y sirve de fundamento y medio de acción a algunas de sus instituciones.

LA UTILIZACION POR LA SOCIEDAD DEL SENTIMIENTO DE JUSTICIA

La vida social necesita dominar y atar al individuo y, para eso, halaga sus manifestaciones instintivas. Esto le es tanto más fácil cuanto que todo lo que está relacionado con las tendencias instintivas fundamentales o con la defensa del yo parece justo, apriori.

La reacción de estas tendencias instintivas a las situaciones que lesionan la persona, toma la forma de una lucha contra la injusticia. El sentimiento de justicia utilizado por la sociedad aparece como una justicia-reivindicación. Es así como una diestra dosificación y una conveniente excitación de esas tendencias permiten conducir al hombre donde se quiera, dándole la ilusión de que obra para o con justicia: "las grandes corrientes llamadas morales que "espiritualizan" tan extrañamente la vida contemporánea, no son más que inmensas reacciones instintivas, sincronizadas sabiamente" (12). Por intermedio de esos instintos y, sostenido y legitimado por una necesidad de justicia, una organización social o política cualquiera puede conducir al hombre donde lo desee.

Para suscitar la aprobación de una política represiva bastará despertar en el hombre sus instintos de defensa, exagerando las amenazas latentes de las que es objeto. El instinto de defensa exacerbado por la difusión de una información alarmante necesitará el doble de protección inmediata, no exenta de la aprobación de una política de resocialización a largo plazo. Esas necesidades aumentarán con la amplitud del peligro corrido, es decir, con la probabilidad de ser víctima y la importancia del perjuicio corrido. Las actitudes represivas son la consecuencia; varían según los individuos en función de su

10 y 11 E. DE GREEFF, "Notre destinée et nos instincts", Pion, C. U. Présences, París, 1949, page 202.

12. E. DE GREEFF, "Notre destinée et nos instincts", op. c. page 43.

implicación en el fenómeno criminal. La información que les será dada podrá provocar o acentuar una toma de conciencia de esa implicación y obrar sobre la naturaleza de ésta.

Pero la protección reclamada no apunta solamente a una seguridad material o física, sino también a una seguridad moral, a un confort intelectual, un temor al cambio, y a la puesta en tela de juicio de sí mismo y de la propia posición social que moviliza la opinión cuando ella reclama justicia. La justicia-reivindicación así manifestada conduce a menudo a una nivelación por lo bajo, pues se trata también de una reivindicación para la igualdad, y es en este sentido que la civilización corresponde a un equilibrio de las tendencias instintivas. Los mediocres no solo se protegen a sí mismos, sino que protegen a los otros. No pueden soportar que alguien tome un poco más de libertad de la que osan tomar ellos mismos. La vivacidad de su reacción es proporcional al movimiento general de ascensión que el ser en cuestión arriesga provocar: "rechazan siempre desde que ven en alguna parte una apariencia de verdadera vida, de vida libre o liberada". Su lucha por la libertad no es más que una lucha de defensa que no tarda en convertirse en resentimiento y venganza por poco que se sientan impotentes para reaccionar. Son los hombres cuya existencia constituye un ultraje para otros; es a nombre de una necesidad de justicia que ellos reaccionan violenta y despiadadamente (13).

Es a nombre de la justicia que la disposición es exigida y que la superioridad intelectual y moral tiende a ser considerada una tara que se debe eliminar. Ahora bien, esto no procede de una perversión del juicio, sino —eso es lo más grave— de una impotencia para percibir. "Este hombre-masa terminará por apagar la inteligencia sin haber sabido que existía" (14).

Porque se asiste a una suerte de sicosis colectiva en la que la justicia-reivindicación, siendo casi exclusivamente función de los complejos de los hombres, adlerianos, freudianos o simplemente instintivos, son inevitablemente los desequilibrados quienes a consecuencia de su insuficiencia, de sus complejos a la vez más numerosos y los más violentos, dirigen la lucha por la causa: "el hombre se encarnizará contra el hombre hasta la obtención de una mediocridad completa y uniforme, mientras subsistan las diferencias entre ellos, los hombres se esforzarán por nivelarse" (15). El intelectual dirige, crea, explota estos procesos y zozobra en una logomaquia de reivindicación y de justicia.

La mayor parte de los jueces, a pesar de su nivel cultural e intelectual, reúnen la sicología popular. "La justicia puramente represiva no es posible sino si, durante toda su vida quien juzga, que sirve de intérprete entre algunos instintos elementales y el individuo, rehusa encontrar al hombre que condena, rehusa aceptar su mirada, entrar en contacto con él, le anonada, le tiene

13. Cf. los filmes de Denis Hopper, "Easy rider" y de Arthur Penn, "The chase" (la persecución despiadada) (1966).

14. E. DE GREEFF, "Notre destinée et nos instincts", op. c. page 205.

15. E. DE GREEFF, "Notre destinée et nos instincts", op. c. page 212.

respeto, aún muerto, aún inmovilizado tras los muros de una celda. Y nada podría ser más fácilmente reemplazado por una máquina que la justicia como la entienden las gentes simples" (16). Para que exista eso que se llama impropriamente "la justicia" los jueces deben necesariamente negar su propia humanidad y la del acusado. Por cierto, la personalidad, el nivel socio-económico, el estado de salud del delincuente son estudiados, pero en razón de un solo acto alrededor del cual se centraron todas las conclusiones de los peritos y una consecuencia práctica, la sanción que la sociedad deberá infligirle. Antes de juzgar a un hombre, es necesario para el buen funcionamiento del aparato represivo, negarlo. El juez tiene un papel, una función de naturaleza social, es encargado por una sociedad dada de *administrar justicia*, con el objeto particular de evitar las vindictas personales. De Greeff ha hecho una descripción casi aterradora de esta función: "él le succiona la moral, descompone su esqueleto, le neutraliza el alma, le apaga la mirada, le despoja de la materia y de la forma, le embalsama con esencias principescas. Le reduce al estado de problema bajo la forma de una momia sin vendas. Sentandoos ante un juez de instrucción, tomáis lugar en la eternidad" (17).

Efectivamente el hombre así aprehendido "toma lugar en la eternidad", pues el juzgamiento en sí reposa sobre un postulado erróneo: el fijismo. Niega el tiempo, niega el carácter genético y evolutivo de la realidad: "pues ese juicio que hago, duramente, sobre un ser de quien ignoro su historia secreta, las dificultades interiores, el peso de los atavismos que tiene que asumir, las luchas que él ha debido tener, ese juzgamiento por el cual solidifico, inmovilizo, fijo, petrifico, lo que aún está en proceso de creación inacabada, finalmente la fe de la dureza de mi corazón y mi inteligencia de lo que es la creación, aquí la creación del hombre, mi falta de ternura y de compasión por esta humanidad inacabada, embrionaria, balbuceante que aprende torpemente a existir" (18).

El juez se honraría a sí mismo y honraría su función limitando su papel a la búsqueda de una sanción, la más equitativa posible, sin pretender llevar o hacer justicia, sin reclamarse un sentimiento ambiguo de justicia, el cual arriesga a abrir la vista a una reivindicación paranoica de justicia, exenta de la indispensable humildad que debe acompañar todo juicio humano.

La represión penal no es la encarnación de LA JUSTICIA. Al contrario, ella aparece siempre al servicio de un orden social, cualquiera que sea y será más bien sobre la justicia de ese orden social que deberá interrogarse. Ante todo, es un largo, difícil y doloroso esfuerzo que es reclamado a cada uno para desprenderse de ese sentimiento de justicia que nos ofrecen las encuestas de opinión pública, ejemplos perfectos de sincronización de las manifestaciones instintivas.

16. E. DE GREEFF, "Ames criminelles", Casterman, coll. Lovanium, París. *Tournaí*, 1949, pág. 23.

17. E. DE GREEFF. "Ames criminelles", op. c. p. page 221.

18. Claude Tresmontant, "L'enseignement de l'eschoua de Nazareth", Editions du Seuil, París, 1970, page 162.

LA FALSEDAD DOCUMENTAL EN EL NUEVO CODIGO PENAL *

Por Luis E. Romero Soto
Magistrado de la Honorable Corte Suprema de Justicia.

Artículo 287. *Falsedad material de empleado oficial en documento público.* El empleado oficial que en ejercicio de sus funciones elabore, en todo o en parte, documento público falso o altere uno verdadero, que pueda servir de prueba, incurrirá en prisión de tres a quince años.

Artículo 288. *Falsedad ideológica de empleado oficial en documento público.* El empleado oficial que en ejercicio de sus funciones y al extender documento público que pueda servir de prueba, consigne una falsedad o calle total o parcialmente la verdad, incurrirá en prisión de tres a quince años.

Artículo 289. *Falsedad material de*

particular en documento público. El que elabore, en todo o en parte, documento público falso o altere uno verdadero, que pueda servir de prueba, incurrirá en prisión de dos a ocho años.

Artículo 290. *Falsedad ideológica de particular en documento público.* El que obtenga que un empleado oficial en ejercicio de sus funciones, consigne en documento público que pueda servir de prueba, manifestación falsa, o que calle total o parcialmente la verdad, incurrirá en prisión de dos a ocho años.

Artículo 291. *Falsedad de empleado oficial fuera del ejercicio de las funciones.* En la misma pena señalada en

los dos artículos anteriores, incurrirá el empleado oficial que por fuera de sus funciones realice cualquiera de las conductas en ellos descritas.

Artículo 292. *Falsedad en certificación privada.* El que estando legalmente autorizado para expedir certificación privada que pueda servir de prueba, la elabore falsamente, la altere, consigne en ella una falsedad, o calle total o parcialmente la verdad, incurrirá en prisión de uno a seis años.

Artículo 293. *Falsedad en certificación privada por persona no autorizada.* El que sin estar autorizado para expedir certificación privada que pueda servir de prueba, la elabore falsamente, altere la que haya sido debidamente expedida, u obtenga que quien esté autorizado certifique de modo falso o calle de manera total o parcial la verdad, incurrirá en prisión de uno a cinco años.

Artículo 294. *Falsedad material en documento privado.* El que elabore, en todo o en parte, documento privado falso o altere uno verdadero, que pueda servir de prueba, incurrirá, si lo usa, en prisión de dos a seis años.

Artículo 295. *Falsedad ideológica en documento privado.* El que estando por ley obligado a decir la verdad en documento privado, consigne manifestación contraria a ella que pueda servir de prueba, o la calle en todo o en parte, incurrirá, si hiciere uso de él, en prisión de dos a seis años.

Artículo 296. *Uso de documento falso.* El que sin haber concurrido a su elaboración o alteración hiciere uso de documento público o certificación privada falsos, que puedan ser

vir de prueba, incurrirá en prisión de dos a ocho años.

Si la conducta anterior se realizare en documento privado, la pena será de uno a cinco años de prisión.

Si quien usa el documento o certificación a que se refiere el inciso primero de este artículo fuere el mismo que los elaboró o alteró, la pena se aumentará hasta en la mitad.

Artículo 297. *Destrucción, supresión y ocultamiento de documentos.* El empleado oficial que con ocasión de sus funciones, destruya, suprima u oculte, total o parcialmente, documento público que pueda servir de prueba, incurrirá en prisión de tres a quince años.

Si la conducta anterior se realizare por fuera del ejercicio de sus funciones o por un particular, la pena será de dos a diez años de prisión.

Artículo 298. *Destrucción, supresión y ocultamiento de documento privado.* El que destruya, suprima u oculte total o parcialmente un documento privado que pueda servir de prueba, incurrirá en prisión de dos a seis años.

Artículo 299. *Falsedad en registros técnicos.* El que suplante o altere registro técnico impreso, total o parcialmente con aparato mecánico, con el fin de que pueda servir de prueba, incurrirá en prisión de uno a cinco años.

Artículo 300. *Otros documentos.* Para efectos de los artículos anteriores son documentos, siempre que puedan servir de prueba, las declaraciones de autor conocido o conocible, recogidas por cualquier medio mecá-

* Este ensayo fue enviado por su autor a la Comisión Redactora del Nuevo Código Penal. Aunque desconocemos el destino que finalmente hayan tenido las sugerencias en el seno de la Comisión, sabedores del dominio que del tema tiene su autor, hemos considerado pertinente su publicación en este número de "Nuevo Foro Penal". Habremos de precederle del articulado del Proyecto de Código Penal de 1978, Título VI, Capítulo Quinto, en atención a las múltiples referencias que a él se hace, para facilitar, así, la labor del lector.

nico, los planos, dibujos, cuadros, fotografías, cintas cinematográficas, magnetofónicas, radiográficas, fonóópticas y archivos electromagnéticos.

Artículo 301. *Falsedad por abuso de firma en blanco.* El que en hoja firmada en blanco elabore un documento, contraviniendo las indicaciones de quien la haya firmado y lo use en provecho propio o de un tercero, incurrirá en prisión de uno a cinco años.

En la misma pena incurrirá el que de igual manera complete un documento que se le entregue firmado y parcialmente elaborado y lo use en provecho propio o de un tercero.

Si el que lo usa fuere el mismo que lo elaboró o completó, la pena será de seis meses a tres años de prisión.

Artículo 302. *Falsedad en título valor.* El que elabore, en todo o en parte, un título valor falso o altere de cualquier manera uno verdadero, incurrirá, si lo usa, en las siguientes penas:

1ª Prisión de seis meses a cuatro años, si la cuantía no excede de veinte mil pesos.

2ª Prisión de uno a cinco años, si la cuantía fuere mayor de veinte mil, sin exceder de cien mil pesos.

3ª Prisión de dos a ocho años, si la cuantía fuere mayor de cien mil, sin exceder de quinientos mil pesos.

4ª Prisión de tres a doce años, si la cuantía fuere mayor de quinientos mil pesos.

El que sin haber concurrido a su elaboración o alteración, lo use o de

cualquier modo lo ponga en circulación, incurrirá en la pena prevista en los apartes anteriores, reducida hasta en la mitad.

En las mismas penas previstas en este artículo incurrirá el que destruya, suprima u oculte un título valor.

Artículo 303. *Abuso de firma en título valor.* El que realice en título valor cualquiera de las conductas descritas en el artículo 301, incurrirá en las penas previstas en el artículo anterior disminuidas de la sexta parte a la mitad.

Artículo 304. *Elaboración, tenencia y tráfico indebidos de formulario para cheque.* El que elabore, adquiera, suministre o tenga en su poder, talonario - formulario o módulo de cheque, sin que pueda explicar satisfactoriamente su conducta, incurrirá en prisión de seis meses a dos años.

Artículo 305. *Tenencia y tráfico de cheque semielaborado.* El que enajene, adquiera, tenga en su poder o a cualquier título suministre formulario de cheque semielaborado, sin que pueda explicar satisfactoriamente su conducta, incurrirá en prisión de seis meses a cuatro años.

La pena se agravará en una tercera parte si el que lo enajena, suministra o tiene en su poder, fuere el mismo que lo elaboró en parte.

Artículo 306. *Tenencia y uso de tarjeta de crédito o documento similar falsos o alterados.* El que tenga en su poder tarjeta de crédito o documento similar falsos o alterados, sin que pueda explicar satisfactoriamente su tenencia, incurrirá en prisión de seis meses a dos años.

El que sin haber intervenido en su falsificación o alteración, los usare, incurrirá en prisión de uno a cuatro años.

Si quien los usa fuere el mismo que los falsificó o alteró, la pena será de dos a ocho años de prisión.

Artículo 307. *Tenencia y uso de tarjeta de crédito o documento similar ajenos y auténticos.* El que tenga en su poder tarjeta de crédito o documento similar auténticos que no le pertenezcan, y no explique satisfactoriamente su conducta, incurrirá en prisión de seis meses a dos años.

Si los usare la pena será de dos a ocho años de prisión.

Artículo 308. *Falsedad en tiquetes, boletas y contraseñas.* El que elabore o altere tiquetes de empresa de transporte, o boleta o contraseña para espectáculo público, o billete o documento similar de lotería o de rifa oficialmente autorizadas, incurrirá en prisión de seis meses a seis años y multa de mil a cincuenta mil pesos.

El que sin haber intervenido en su elaboración o alteración los tenga en su poder, y no explique satisfactoriamente su conducta, o comercie con ellos, incurrirá en prisión de seis meses a dos años y multa de mil a diez mil pesos.

Si quien comercia con ellos fuere el mismo que los elaboró o alteró, la pena será de uno a ocho años de prisión y multa de cinco mil a cien mil pesos.

Artículo 309. *Falsedad en documento de identidad.* El que elabore o altere licencia, cédula de ciudadanía, tarjeta de identidad, pasaporte o cualquier otro documento de identificación que

deba expedir autoridad competente y pueda servir de prueba, incurrirá en prisión de uno a cuatro años.

El que sin haber intervenido en su elaboración o alteración, tenga en su poder alguno de estos documentos, y no explique satisfactoriamente su conducta, incurrirá en arresto de seis a dieciocho meses; si de cualquier modo los usare, la pena será de seis meses a dos años de prisión.

Si quien lo usa fuere el mismo que lo elaboró o alteró, la pena será de dos a seis años de prisión.

Artículo 310. *Falsedad personal para la obtención de documentos.* El que para obtener alguno de los documentos a que se refiere el artículo anterior, suplante a otro, o se atribuya nombre, estado civil, calidad, profesión, oficio o condición falsos, incurrirá en prisión de seis meses a tres años.

Artículo 311. *Falsedad personal.* El que con el fin de obtener un provecho para sí o para otro, o causar daño, sustituya o suplante a una persona o se atribuya nombre, edad, estado civil o calidad que pueda tener efectos jurídicos, incurrirá, siempre que el hecho no constituya delito sancionado con pena mayor, en arresto de seis meses a dos años.

Si para realizar la conducta anterior se utilizare licencia, cédula de ciudadanía, tarjeta de identidad, pasaporte o cualquier otro documento de identificación, válidamente expedidos a nombre de persona diferente, la pena se aumentará hasta en una tercera parte.

Artículo 312. *Tenencia indebida de*

documento de identidad. El que tenga en su poder licencia, cédula de ciudadanía, tarjeta de identidad, pasaporte o cualquier otro documento de identidad, válidamente expedido a nombre de persona diferente, y no explique en forma satisfactoria su conducta, incurrirá en arresto de cuatro meses a un año y multa de mil a diez mil pesos.

Artículo 313. *Falsos informes a la autoridad.* El particular que estando obligado por ley a suministrar informe con destino a las autoridades policivas, laborales, judiciales, educativas o legislativas, lo diere falso, incurrirá en arresto de seis meses a dos años.

Artículo 314. *Falsedad en despacho postal o telecomunicado.* El que elabore o altere despacho postal o telecomunicado, que pueda servir de prueba, incurrirá, si lo usa, en prisión de uno a cinco años.

El que lo use, sin haber intervenido en su elaboración o alteración, incurrirá en prisión de seis meses a dos años.

Artículo 315. *Falsedad para obtener prueba de hecho verdadero.* El que cometa uno de los hechos descritos en este capítulo, con el fin de obtener para sí o para otro un medio de prueba de hecho verdadero, incurrirá en arresto de tres meses a dos años, si se tratare de documento público, título valor o certificación privada; y de dos meses a un año de arresto, si se tratare de documento privado.

Artículo 316. *Modalidad culposa.* El que por culpa realizare alguno de los hechos previstos en los artículos 287, 288, 292 y 297, inciso primero, incurrirá en la respectiva pena disminuida de las tres cuartas partes a la mitad.

Artículo 317. *Tenencia de elementos para confeccionar, falsificar o alterar documento.* El que tenga en su poder, sin que explique satisfactoriamente su conducta, sello oficial o privado legítimos, papeles, tintas, protectógrafos o cualquier otro elemento idóneo para confeccionar, falsificar o alterar documento, incurrirá en prisión de uno a tres años.

La estructura básica del capítulo quinto del título VI perteneciente a los "delitos contra la fe pública" y que lleva como epígrafe "de la falsedad en documentos" se inspira en el propósito de simplificar la reglamentación de estas infracciones dejando a un lado el casuismo que caracteriza la legislación española, fuente, en buena parte de la actual legislación y tan criticado en la misma España donde, sin embargo, ha sido el fruto de paciente y larga elaboración doctrinaria que arranca, prácticamente, de 1822 pero que, no obstante su raigambre histórica se califica de antitécnico por la profusión de normas y porque a más de que muchas de ellas son superfluas, no pocas resultan contradictorias.

Se ha buscado, en cambio, como modelo el código penal italiano de 1930 que no es extraño, en esta materia, a nuestra legislación puesto que en él se inspiraron muchas de las normas que actualmente componen el capítulo III del título VI como son los arts. 235, 236, 237, 238.

Además, en el código de Zanardelli se inspiraron los arts. 244, 245 y 246 de ese mismo capítulo.

O sea que éste tenía dos orígenes, el español y el italiano, lo que produjo no pocas perplejidades y contradicciones en su interpretación que se ha buscado eliminar en el nuevo código hasta donde ha sido posible.

Este, por otra parte, recoge una norma que se hacía necesaria por cuanto el progreso, los avances de la técnica han ido creando nuevos modos de comunicar el pensamiento como son los registros técnicos. De ahí el art. 299 del Proyecto de 1978 que protege los registros técnicos impresos total o parcialmente con aparatos mecánicos. Esta norma ha aparecido en casi todos los códigos modernos, entre ellos el alemán que en el párrafo 268, introducido en 1970 y tomado del Proyecto Oficial de 1962 protege todos los signos hechos por aparatos mecánicos y que la doctrina se ha encargado de interpretar en forma extensiva para cubrir las más variadas especies, no solo los registros en sí mismos sino cifras y señales de diversa especie destinadas a servir de prueba.

También en el código penal suizo se encuentra (art. 110) una disposición semejante, al igual que en el del Brasil (art. 333) de 1969.

Es de advertir que en el Proyecto de 1976 se han introducido algunas disposiciones que no corresponden exactamente al concepto de falsedad documental, como se verá más adelante.

Examinando el articulado del capítulo quinto se tiene que, en referencia al sujeto activo de los arts. 287, 288, 291, etc., se usa la expresión "empleado oficial" en sustitución de las denominaciones "funcionario o empleado público, trabajador oficial o quien ocasionalmente desempeñe funciones públicas".

Estas últimas tienen la importancia de definir, aun cuando a través de una enumeración, las calidades que debe tener el agente en esta clase de ilícitos sin dejar campo a interpretaciones más o menos acomodaticias.

A no ser que el legislador haya definido la expresión usada en el Proyecto, considero conveniente emplear la enumeración pues ella contribuye a despejar dudas sobre quién puede ser sujeto activo de las referidas infracciones, lo cual es importante pues aun cuando la expresión "en ejercicio de sus funciones" que contienen algunas de esas normas da a entender que solo puede serlo cuando la ley le ha conferido la función documentadora, habrá muchos casos en que es discutible si un escrito proveniente de un servidor del Estado fue elaborado o no en ejercicio de la función documentadora ya que las leyes no contienen siempre una enumeración exacta de ellas y buena parte

de los documentos provenientes de esa fuente no tienen un origen preciso en atribuciones legales sino en la costumbre o en la tolerancia del uso.

Sobre el artículo 291 del Proyecto cabe la observación de que se sanciona al funcionario público, que fuera del ejercicio de sus funciones, cometa una falsedad material o ideológica en documento público con la misma pena que al particular, lo que induce a pensar que la disposición está demás porque el empleado que obra por fuera de sus funciones es un particular y entonces bastaría lo dispuesto en el art. 290.

Me parece que para que la disposición se justifique, debe aumentarse la pena lo que vendría a corresponder a la mayor gravedad del hecho pues aun cuando el empleado obre por fuera de sus funciones, de todos modos es un individuo en quien la comunidad deposita la fe pública, es decir, tiene mayor confianza, la que es traicionada de modo más lesivo para la sociedad cuando dicho individuo comete una falsedad.

En el art. 300 se dice que "para efectos de los artículos anteriores *son documentos...*". En realidad aun cuando tal afirmación se hace solo para fines punitivos es necesario llamar la atención sobre su importancia pues lo que han hecho otros códigos penales como los atrás mencionados, es asimilarlos a documentos para extender a ellos la protección penal pero no los incluyen en la categoría de tales. Solo el código penal suizo los considera como documentos.

En cierto modo, si el art. 300 queda como está se le está reconociendo a esos signos la categoría de documentos lo cual es todavía cuestión polémica pues la mayor parte de los autores exigen que el documento sea, ante todo, escrito, y no admiten que se pueda llamar documento a los simples símbolos o a las cifras y letras que no tienen, por sí, una significación intelectual.

En el art. 301 que trata sobre "falsedad por abuso de firma en blanco" se ha omitido la expresión "que pueda servir de prueba" que es una constante en el nuevo capítulo sobre falsedad documental y que sería bueno consignarla para que no se vaya a interpretar esta norma en el sentido de que no es necesario que la conducta allí sancionada recaiga sobre un elemento con valor probatorio.

Los arts. 304 y 305 del Proyecto no parecen corresponder, en su totalidad, a la falsedad documental. La elaboración de formulario o módulo para cheques podría ser una tentativa de falsedad especialmente sancionada. Las otras modalidades comportamentales parecen, en cambio, corresponder mejor al orden económico aunque bien pudiera decirse que son actos preparatorios de la falsedad que se elevan a la categoría de delitos autónomos, pero aun así no tienen la suficiente univocidad pues pueden corresponder no solo a una falsedad documental sino a una estafa.

Respecto al art. 308 no es cuestión doctrinalmente definida si los tickets, boletas y contraseñas de empresas oficiales o particulares de transporte,

espectáculos públicos, loterías, rifas, etc., son documentos. Hay opiniones en pro y en contra. Quienes les niegan esa categoría parten de la base de que son totalmente impresos. Otros dicen, en contrario, que, pese a esa circunstancia tienen un autor cognoscible y no pocas veces contienen, expresamente o de modo implícito, un contrato.

Pese a esas dubitaciones creo conveniente conservar la disposición por la afinidad que tienen las conductas sancionadas con las de la falsedad documental.

El art. 311 sobre la falsedad personal está bien concebido. Empero esta clase de conductas se ha ido separando de la falsedad documental si bien algunos códigos, como el italiano, la conservan entre los delitos contra la fe pública.

Se trata, en verdad, de conductas que atentan contra la confianza que deben tenerse entre si los asociados en el aspecto de la identidad de las personas pero que, en su misma naturaleza, no necesitan de la falsedad documental. De ahí por qué el uso de documentos falsos en esos casos solo sea un agravante.

En el art. 312 como en el 304, 305, 306, y 307 se usan las expresiones "sin que pueda explicar satisfactoriamente su conducta", "no explique satisfactoriamente su conducta", etc. Creo, salvo mejor opinión, que debían ser reemplazadas por "no justifique su conducta" u otra semejante por ser aquellas vagas y no corresponder, en realidad, a una denominación jurídica ya que en derecho penal lo que permite la no aplicación de la pena es la justificación del hecho o la falta del elemento subjetivo.

El art. 313 corresponde a un comportamiento que unas veces ha sido considerado como delito, otras como simple contravención. En realidad, tal como está, no es una falsedad documental pues no se requiere que el informe sea escrito. Bien puede ser verbal y en este caso nada tiene que ver con la falsedad en documentos. De otro lado aunque es de suponer que todo informe que la ley obliga a dar a las autoridades tiene fines probatorios, esto no es una verdad absoluta y debería exigirse expresamente este requisito.

Para que sea una falsedad documental debe exigirse que se trate de informes escritos o destinados a ser escritos.

Otra cosa que debería tomarse en cuenta es si se hace de esta infracción una norma subsidiaria diciendo "si no está sancionada la conducta en otra forma" o "si no se trata de un delito más grave". Porque está de por medio la cuestión de las declaraciones de renta en las cuales es obligatorio decir la verdad y en que se discute si el faltar a ella es falsedad documental o solo infracción a disposiciones fiscales.

La conducta contemplada en el art. 315 del Proyecto es el llamado "falso veraz" que actualmente se encuentra contemplado por el art. 243 del Código

Penal tomado del art. 282 del código penal italiano de 1889 (Código de Zanardelli).

En Italia, sin embargo, no se reprodujo esa disposición en el actual código penal (Rocco) porque se consideró que debía quedar contemplada en las normas generales.

En realidad se trata de sancionar en forma menos grave un hecho que se considera poco lesivo del bien jurídico protegido. Pero es porque se parte de la base que este bien consiste en la verdad real olvidando que lo que se protege es la verdad documental. En otras palabras se sanciona el hecho de alterar el contenido de un documento o formar un documento falso. Es decir: crear una situación probatoria que no existía antes.

Es esto lo que hace quien crea un documento para demostrar un hecho verdadero y de ahí que se considere que esta conducta debe ser sancionada conforme a las normas comunes de falsedad si bien aplicando, según los casos, el mínimo de pena.

Examinando el art. 316 sobre la "modalidad culposa" de la falsedad es necesario decir que mucho se ha discutido sobre este particular. En la actualidad nuestro código de comercio la contempla en el art. 2.000 pero más parece deberse esa situación a una inadvertencia del legislador ya que la extendió inconscientemente, a mi modo de ver, a la quiebra documental culposa.

Pero aun cuando no han faltado autores que propugnen esta modalidad de la falsedad documental, son más los que se han opuesto a ella y, a mi modesto entender, debe suprimirse.

En efecto, aunque la pena sea leve no dejan de sancionarse hechos que la sociedad no considera gravemente lesivos de sus intereses tanto menos que ellos pueden corresponder no solo a la culpa grave sino a la leve.

Sobre este particular es bueno tener presente las palabras de Mirto, para quien "el bien de la fe pública es sumamente digno de tutela pero no aparece todavía de tal valor social y jurídico que exija la imputación (de la falsedad) a título de culpa. Porque, en último análisis, si se considera la causa genética de la imputación culposa de la falsedad en la generalidad de los casos, se verá que se reduce a una manifestación de error o a una expresión de negligencia: piénsese en el caso de una fecha erróneamente escrita en lugar de otra, de una frase escrita por otra o de la omisión errónea de una declaración bien fuera porque no se le oyó o no se la comprendió o se creyó de ninguna importancia" (La Falsità in Atti, pág. 468).

Siguiendo adelante en el examen del capítulo, se observa que no contiene norma sobre la falsedad en copias o en certificaciones como ocurre en el actual código y en otros ordenamientos penales.

Pudiera pensarse que tales conductas quedan sancionadas por las normas generales. Empero no está bien claro si se trata de una falsedad material o ideo-

lógica. El código italiano la llama del primer modo (art. 478). Pero no faltan autores (Mirto, 297) que la califiquen de ideológica.

Para evitar cualquier equívoco, sería conveniente insertar en el articulado una norma que contemple expresamente esta forma de falsedad y que podría ser del siguiente tenor:

"Art. . . (Falsedad en copias y certificados). El funcionario público que, en ejercicio de sus funciones simula la existencia de un documento público o privado que pueda servir de prueba y entrega una copia del mismo o el que entrega una copia de tales documentos diversa del original, incurrirá en prisión de tres a ocho años.

En la misma pena incurrirá el funcionario público que certifique falsamente sobre la existencia o el contenido de un documento público o privado que pueda servir de prueba".

Tres hipótesis contiene esta norma: dos se refieren a la llamada "falsedad transcriptiva" o sea la que se comete en copias y la otra a los certificados sobre la existencia de documentos o sobre su contenido.

Se considera que el sujeto activo debe ser un funcionario público porque las leyes solo conceden a éstos la facultad de certificar salvo el caso contemplado por el mismo código (arts. 292 y 293 del Proyecto). Pero en la norma que se examina la certificación debe recaer sobre otros documentos: sea su existencia o bien su contenido.

Exige además el artículo propuesto que los documentos puedan servir de prueba y que la copia o el certificado falsos sean entregados.

Se ha seguido en la elaboración de esta norma lo dispuesto por el numeral 7º del actual código penal, tomada del español. Se encuentra también en otros códigos como el italiano (art. 478).

Otra norma que parece conveniente introducir en el código es la que protege los documentos públicos extranjeros reconocidos como tales conforme a las leyes colombianas. La norma podría decir:

"Art. . . (Falsedad en documentos públicos extranjeros). Se equipara a documento público el extranjero de tal carácter reconocido en ese carácter conforme a las leyes colombianas".

La razón de esta norma sería la de que la falsificación de uno de tales documentos vulnera la fe pública de la misma manera que la cometida en documento público nacional sobre todo cuando existen relaciones de todo orden entre las naciones, especialmente vínculos de carácter comercial que llegan, inclusive, a la existencia de sociedades multinacionales cuyos documentos muchas veces son expedidos por funcionarios de países extranjeros.

Una norma de este carácter ha sido propuesta en el Proyecto de Código Penal Italiano de 1950 como parte de la que sanciona la falsedad en documentos públicos (ver Mirto op. cit. pág. 543).

Es bueno recordar que el Código de Procedimiento Civil colombiano reglamenta lo referente a documentos públicos extranjeros en su art. 259 si bien no dice en qué carácter deben ser considerados en nuestro país, si como públicos o privados. Es de presumir que lo sea en el primero ya que los llama "documentos públicos" y no hace ninguna salvedad al respecto.

De otro lado, la intervención de funcionarios colombianos les daría el carácter últimamente mencionado según la conocida tesis, sostenida entre otros por Carrara de la "publicación" de documentos.

OPOSICION ENTRE EL SISTEMA DEMOCRATICO FUTURO Y LA ACTUAL LEGISLACION PENITENCIARIA EN LA REPUBLICA ARGENTINA .

*Por Prof. Dr. Roberto Bergalli ***

El objetivo de que los países latinoamericanos alcancen a conformar unas sociedades más justas debe comenzar a lograrse desde la constitución de instituciones jurídicas que, en su actividad, sirvan en forma real a sus fines mas garantizando básicamente las libertades individuales. De otro modo no se podrá satisfacer la búsqueda de justicia en la que va insita la idea de democracia.

Por lo tanto, un aspecto que debe considerarse primordial, es el relativo a la armonización de todo el sistema del control social con los fines de convivencia pacífica y de respeto a los derechos humanos fundamentales.

Como lo ha manifestado Kaiser (1972, 1), tal como lo muestra la comparación histórica e internacional, en el campo del control social surgen múltiples y diversos problemas para solucionar. Las diferencias entre ellos son muy grandes, pero siempre se refleja el modelo del conflicto entre la conservación de la estabilidad del sistema social y el desarrollo del hombre. Dicho modernamente, lo que surge inmanente es la relación que existe entre "ley y orden" por un lado, y los "intereses emancipatorios" por el otro para mantener

* Esta fue una ponencia presentada por el autor del tema e) "La Institucionalidad jurídica y su transformación democrática" en la SEMANA UNIVERSITARIA LATINOAMERICANA, realizada en España del 2 al 7 de octubre de 1978.

** Investigador del Instituto de Criminología de la Universidad de Colonia (República Federal Alemana).

el "status quo" allá y el cambio social aquí. Este conflicto de fines domina toda la política social.

La política criminal es, indudablemente, un aspecto y muy importante de la política general (Gimbernat 1978, XXXVI), pero por tener ella la más íntima conexión con el aparato represivo del Estado es necesario ser muy cuidadosos en la búsqueda y elección de los medios e instrumentos punitivos que lo ponen en funcionamiento.

Las líneas de tendencia del sistema penal son en su complejo siempre la expresión de un devenir político de las instituciones y, más particularmente, de las instancias del control social. En el contenido del momento sancionatorio y entre sus dos polos (política criminal - instrumentos punitivos) se establece una evidente relación de condicionamiento recíproco (Gruppo penalístico di Bologna 1977, 27). Se piense, por ejemplo, cómo las promisorias afirmaciones de ciertas leyes de ejecución penal latinoamericanas, dirigidas al mejoramiento de las condiciones de los detenidos cuando no a la tan mentada readaptación social (Bergalli 1976, 17 ss.) están condicionadas por la existencia de una tendencia de política criminal hacia el autoritarismo (Schiffrin 1978, 311 y ss.).

No es la intención aquí la de formular una denuncia del uso indiscriminado que los países del cono sur de América Latina hacen de sus sistemas penales a fin de efectivizar la persecución y represión más indiscriminada de los disidentes. Personalidades del mundo cultural, científico y deportivo; todos los medios de comunicación; organismos internacionales; instituciones humanitarias; etc., han puesto de público manifiesto su repulsa de cara a la aberrante situación en torno a la violación de los derechos humanos fundamentales que las dictaduras oligárquico - militares de aquellos países llevan a cabo (Amnesty International 1977), lo cual, a su vez, ha inficionado todo el ámbito de la ejecución común de las penas privativas de libertad (Bergalli 1978, 80). De lo que se trata en esta contribución es, precisamente, aportar un número de reflexiones críticas sobre algunas disposiciones de la ley penitenciaria argentina las que ponen en evidencia no sólo la falta de respeto a los derechos humanos y a las garantías cívicas de los sometidos a ellas, sino también la fidelidad que el sistema de ejecución penal ha demostrado en favor del proceso de criminalización, al servicio de una estructura de relaciones sociales particulares. Estas reflexiones se formulan, asimismo, para poner de resalto la contradicción en que caerán semejantes disposiciones cuando se produzca el retorno a una convivencia en que las libertades públicas sean reconocidas y para la que será preciso reencauzar los instrumentos punitivos a su contexto natural. Este contexto es aquel en que su empleo está únicamente limitado a los desbordes que provoca un comportamiento humano que, aunque aleatoriamente, es denominado como criminal en relación a los parámetros legítimamente fijados por una ley penal de fondo que ha seguido los carriles habituales del régimen democrático de creación legislativa. Pues, aun cuando se entienda la pena y su ejecución como una amarga necesidad y como la "ultima ratio" a la que tiene que acudir la sociedad si desea que subsistan sus reglas de coexistencia, es

necesario conocer el sentido que ha de tener en un Estado de derecho social y democrático. (Quintero Olivares 1976, 140).

Mas esas afirmaciones provocan, de hecho, unos comentarios previos.

1) El régimen de diferenciación social que impone un sistema político, instituido por la clase que detenta el poder del Estado, ha asumido en los países que interesan, y particularmente en la Argentina, una agudización llamativa. Por tanto, precisamente, el papel que desempeña el aparato represivo del Estado, en cuanto tal, consiste en asegurar con la fuerza (física o no) las condiciones políticas necesarias para que se siga manteniendo el tipo de relaciones de producción propias al poder, que se transforman, en último análisis, en relaciones de explotación (Althusser 1950, 1976, 37).

Es muy difícil, en una colaboración como la presente, recurrir al uso de conceptos que envuelven complejas y extensas relaciones entre los diversos niveles de la estructura social. Empero, a propósito de la idea de poder empleada, parece oportuno dejar sentado que como tal, y contrariamente a las concepciones interindividuales que del poder se tienen (Mills 1970, 50), queda designada "la capacidad de una clase social para realizar sus intereses objetivos específicos" (Poulantzas 1971, 1977, 410). Semejante calidad del poder es la que, necesariamente, se traslada a la legislación penitenciaria y, opuestamente a la posibilidad de que la ley sea creada por la comunidad o por el "populus" mediante una organización apropiada, en la Argentina debe interpretarse según la concepción "descendente", según la cual, "la autoridad gubernativa y la competencia legislativa descienden de un sólo órgano supremo: el poder desciende de lo alto hacia lo bajo (...) de manera tal que cualquier poder que se encuentre en la base de la pirámide no es, como en el caso de la concepción ascendente, un poder originario sino, por el contrario, uno derivado de la alto" (Ulmann 1972, 14 y 15).

Las normas que constituyen un ordenamiento jurídico pueden ser creadas en dos modos distintos: o por aquellos mismos a quienes las normas se dirigen (que es el modelo de la autonomía), o por personas diversas de los destinatarios (o sea el modelo de la heteronomía). Al primer modo corresponde un sistema democrático; al segundo, uno autocrático. Contra este último sistema, precisamente en boga en el cono sur latinoamericano, es que la reinstauración institucional debe dirigirse poniendo en vigencia, antes que nada, un método democrático, o sea, un conjunto de reglas para la formación de la voluntad colectiva. Este método deberá alejar, con su función de garantía, el riesgo que implique el ejercicio del poder instrumentando el empleo de las penas privativas de libertad. El rol que estas penas han jugado en la formación de la sociedad capitalista (Rusche/Kirchheimer 1968), como la complementación que el establecimiento penitenciario ha procurado (Melossi/Pavarini 1977), constituyen una prueba de cuanto ha influido un método autocrático en la formulación de la política criminal.

El método democrático, sobre cuyo significado terminológico no ha habido mayor alteración en la discusión política a lo largo de los siglos, aunque

sí ha recibido distintos juicios de valor, debe ser preferido según tres perspectivas fundamentales (Bobbio 1977, 77 ss.). La perspectiva *ética* que es aquella que puede ser individualizada en la famosa definición de Rousseau sobre la libertad: "la obediencia a las leyes que cada uno se ha prescripto". Aquí se trata de la llamada libertad positiva o de la libertad como autonomía. Si es verdad que uno es más libre cuanto más no obedece a otros que a sí mismo, el método democrático es aquel que consiente la actuación del máximo de libertad en la esfera de la vida política, o sea en aquella esfera en la que se adoptan las decisiones que son vinculantes para toda la colectividad. Aquí el valor positivo de la democracia se deduce del valor positivo que comúnmente es atribuido a la libertad como autonomía. En base a la perspectiva *política*, la razón de la preferibilidad de la democracia está en que constituye el principal remedio contra el abuso del poder. Es una regla que dicta la experiencia y que la historia ha ratificado, el hecho que quien detenta el poder político tenga la tendencia a abusar de él. Pero, ¿cómo se puede limitar ese poder? Uno de estos límites es el control popular que el método democrático permite ejercitar. Según la tercera perspectiva denominada *utilitaria*, la democracia se entiende preferible a la autocracia porque se juzga que los mejores intérpretes del interés colectivo son los mismos interesados. De las tres razones favorables a la democracia esta última es la más cuestionable y es la que más parece aportar sustento a los reaccionarios si se piensa que resulta muy fácil objetar que el individuo no ve más allá de su propia nariz y que el interés colectivo nunca es la suma de los intereses individuales.

II) Afirmada la necesidad y dadas las razones para reinstaurar un ordenamiento jurídico democrático en los países del sur de América Latina, es oportuno ahora hacer hincapié sobre cómo un método semejante no resulta compatible con el sistema penal y, más precisamente, con el propio de la ejecución de penas privativas de libertad vigente en la Argentina.

Si la idea central de democracia hace eje alrededor de las decisiones colectivas, o sea, que las decisiones que interesan a toda la colectividad (por grande o pequeña que sea) deben ser adoptadas por el mayor número de miembros que la componen, no puede dudarse que la cuestión tan trascendente como lo es la relativa a una de las principales agencias del control social oficial, deba ser decidida teniendo primordialmente presente el modelo de la autonomía. Luego, es necesario, en primer lugar, que del marco jurídico que encuadra la aplicación de las penas privativas de libertad (dejando de lado ahora el asunto de una mayor desinstitucionalización), sean desterradas todas las disposiciones que únicamente tengan en cuenta a un conjunto de individuos disminuidos a quienes ha de imponerse un régimen de vida coactivo sin atenderse a que, a pesar de haber violado la ley y de estar condenados a una privación de libertad, los afectados continúan siendo ciudadanos.

Que los establecimientos penales sean un lugar de encuentro de aquellos sujetos que se hallan en una situación social subordinada, no parece un hecho a esta altura del desarrollo histórico de la pena privativa de libertad que necesite mayor corroboración (Baratta 1976). El modelo reeducativo que la ley pe-

nitenciaria argentina (dec./ley 412/58, publicada en B.O. de 24.I.58, rat. por ley 14.467) delinea, tiene como referencia un sujeto social, proletario o subproletario, necesitado de instrucción para el trabajo (Cap. VI), para la vida ordenada (Cap. IV) e, incluso, de alfabetización (Cap. VII) pero, de todos modos, siempre sujeto a control. Por lo tanto, es efectivamente respecto de los reales destinatarios de la cárcel —quienes no tienen poder para realizar sus intereses objetivos—, o sea, eminentemente hacia los autores de formas de criminalidad que encuentran su raíz en la marginación y en la disgregación social (que deriva del modo con el cual se organizan las relaciones económicas en la sociedad), que se muestra particularmente importante estructurar formas de intervención penal que puedan conciliar la exigencia de control con el goce del sujeto de las articulaciones democráticas y participativas a través de una libertad más amplia y substancial de la gozada en el pasado.

A tal efecto pueden enfocarse los temas centrales mediante los que se traduce habitualmente en las leyes de ejecución penal toda la carga autocrática que despliegan las clases sociales que ejercitan el poder del Estado, las cuales utilizan el sistema penal como primer instrumento del control social. Disciplina, trabajo y tratamiento constituyen los tres ámbitos de la realidad y la normatividad penitenciaria donde el conflicto de fines de la ejecución penal se presenta ostensiblemente.

La ley penitenciaria argentina, por un lado, exalta como objeto de la ejecución la readaptación social del condenado (art. 1); en otro lugar se ha discutido largamente este concepto (Bergalli 1976). Un criterio moderno de resocialización presume que el fin de la ejecución penal consiste en procurar que el condenado se haga apto "para conducir una vida futura con responsabilidad social sin caer en la comisión de hechos punibles" (§2 StVollzG, Rep. Fed. Alemana). Esto se contradice con la idea de someter a los internos a un rígido sistema disciplinario (arts. 39 y 40 LPN Arg.) en el cual no sólo no toman participación como sujetos implicados a fin de compartir la responsabilidad de las sanciones que se aplican (como instrumento de formación democrática), sino que además son objeto de medidas cuya imposición no admiten control judicial ni reposición (arts. 41, 42 y 43 LPN Arg.). En lugar de intentar crearse un concepto de autodisciplina que prepare a los individuos para asumir responsabilidades en la vida comunitaria, con el sistema argentino se desarrollan las posibilidades de un "poder carcelario" (Bergalli 1978, 80) que favorecen el sometimiento y el trato arbitrario. Por cierto que para contrarrestar las influencias negativas que ejerce el establecimiento penal como "institución total", es imprescindible abolir todos los medios de coerción y limitación de derechos fundamentales, salvo aquellos cuya privación o restricción constituyen precisamente el contenido de la pena impuesta. Las sanciones de internación —en propia celda (art. 45, c) y en celda de aislamiento (art. 45, d)— constituyen una reducción progresiva, hasta la completa destrucción, de todas las estructuras del "sí mismo" (Goffman 1961, 1974, 43 ss.) y representan una prolongación de la antigua hipótesis penitenciaria canónica (ergastulum) que revive en la técnica cuáquera del sistema filadelfiano (Melossi/Pavarini 1977,

211). En una palabra, todo el aparato disciplinario de la ley argentina —rígido y minucioso en la descripción de las funciones, competencias y tareas de la administración— propone coactivamente al interno (ser abstracto), en escala reducida, el mecanismo del universo social perfecto: un conjunto de relaciones jerarquizadas, orientadas piramidalmente (Foucault 1975, 240 ss.) e impuestas autocráticamente.

Por lo tanto, la conservación de la “seguridad y el orden” en los establecimientos penitenciarios, concepto tradicional en la ejecución penal ortodoxa tras el cual siempre se han cumplido las más graves violaciones, deberá asumir un carácter muy diverso. Según una reciente legislación esa conservación deberá ser ejecutada teniendo en cuenta los siguientes principios: el de la “propia responsabilidad” que deberá despertarse y procurarse a los detenidos para una vida ordenada en el establecimiento (§81, Abs. 1, StVollzG, Rep. Fed. Alemana); el de la “subsidiaridad”, por el cual obligaciones y limitaciones sólo podrán ser aplicadas cuando su fin no pueda ser alcanzado por otras medidas y el de la “prohibición del exceso”, mediante el cual las obligaciones y restricciones impuestas al detenido para la conservación del orden y la seguridad del establecimiento sólo se utilizarán cuando estén en una relación medida con su fin y no causen al detenido un daño mayor que el necesario. (§81, Abs. 2, StVollzG, Rep. Fed. Alemana).

Más de cualquier modo, una idea semejante de disciplina mantiene aún la contradicción que el establecimiento penitenciario representa. La hipótesis de la cárcel como instrumento de ejecución penal para la reeducación a través de la disciplina a la subordinación está “históricamente” presente, concomitante, esencialmente compenetrada en la lucha por la certeza del derecho y, por tanto, en la lucha por la certeza de las penas, o sea, por la pena como retribución. (Pavarini 1976, 266 ss.).

No puede desconocerse que esa retribución posee profundas raíces en la concepción de la división social del trabajo y en el sistema capitalista de producción (Melossi 1975, 319 ss.), del cual surgen unas características que necesariamente aparecen dominantes en el establecimiento penitenciario. La relación de trabajo en toda estructura de libre cambio supone una subordinación del trabajador que se prolonga al terreno de la ejecución penal. El trabajo subordinado, como prestación, es esfuerzo penoso, es sufrimiento, es disciplina (en el ámbito de la fábrica). La pena privativa de libertad, como contenido de la retribución que se modela sobre la relación laboral es, esencialmente, trabajo y trabajo disciplinado.

Es entonces en ese punto donde aparecen entrelazadas estas cuestiones esenciales de la ejecución penitenciaria tradicional: disciplina y trabajo. El vínculo funcional entre la cárcel y la fábrica está dado por el concepto de *disciplina* y la disciplina de las masas populares es la base sobre la que se apoya el poder. La realidad social es, de hecho, una realidad disciplinada. Foucault da los ejemplos de la fábrica industrial, de la escuela, del ejército. Cada una de estas realidades puede funcionar sólo en cuanto los individuos

que viven en ella están disciplinados. La disciplina es una serie, un conjunto de relaciones que involucra a los individuos y su efecto es el de transformar a éstos en dóciles y útiles; útiles en cuanto dóciles, dóciles sólo si son útiles (Cottesta 1976, 443 ss., esp. 459). ¡Cómo no ha de lograrse ese sometimiento si la conducta de un interno —que será calificada según su adaptación a las normas disciplinarias institucionales (art. 50 LPN Arg.) y no a las de una convivencia en libertad, será la base sobre la cual se concederán, como recompensas (?), las posibilidades de tomar contacto con el mundo exterior e, incluso, las de salir por cortos periodos del establecimiento y obtener la libertad condicional, la conmutación de la pena y el indulto (art. 53 LPN Arg.)!

El trabajo penitenciario, según lo regula la ley argentina (Cap. VI), debería asumir las mismas características de las condiciones que impone el llamado “trabajo libre” (art. 61 LPN Arg.). En la observación de su organización se comprende cómo ha sido estructurado sobre el ejemplo de la fábrica y cómo el trabajo subordinado y la obediencia se convierten en los mecanismos de alienación forzada a la disciplina del salario. La absoluta falta de control de las organizaciones obreras; la imposibilidad que los internos puedan participar en ellas y beneficiarse del apoyo y la asistencia que brindan a sus afiliados; la incongruencia que significa hacer del trabajo el eje central del tratamiento penitenciario (art. 54 LPN Arg.) y luego remunerarlo del modo más retaceado (art. 64 y ss. LPN Arg.); la total ausencia de capacidad del interno para administrar la retribución; etc., constituyen la máxima acentuación de la situación real en la que viven, en el mundo del mercado libre del trabajo, las clases subalternas. De aquí es de donde, entonces, puede extraerse la función ideológica principal que la ejecución de las penas privativas de la libertad ha cumplido en la República Argentina: la hipótesis emergente del establecimiento penitenciario como universo donde la situación material del sometido (interno) es siempre y de cualquier manera inferior a aquella del último proletario.

El condenado en la Argentina está obligado a acatar en su integridad el tratamiento penitenciario que se determine (art. 2 LPN Arg.). Si se observa con atención, ese tratamiento consiste sencillamente en imponer unas normas de disciplina —a las que ya se aludió—, una organización del trabajo —también mencionada— y ciertas reglas de educación (enseñanza, Cap. VII LPN Arg.). Las investigaciones de pedagogía criminal más modernas, demuestran que son necesarias muchas más intervenciones si lo que se pretende como objeto del tratamiento es que el autor no se convierta en reincidente y, por eso, la concepción del tratamiento más humanitaria que la ejecución penal tradicional ha elaborado destinada a la resocialización, es la que corresponde a la aplicación de la terapia social (Kaufmann 1977, 152 ss.).

Si bien las nuevas técnicas psico y socioterapéuticas que se aplican en el ámbito penitenciario en los países donde tiene realización semejante concepción, constituyen una transposición de las que se utilizan con los pacientes en la vida en libertad (Mauch/Mauch 1971, 82 ss.), no puede negarse que su empleo ha producido resultados negativos parciales (Schneider 1977, 168)

y que han levantado firmes objeciones por parte de quienes las entienden como formando parte de una "ideología del tratamiento" (Hilbers/Lange 1973, 52 ss.; comp. también Peters/Peters 1970, 144 ss.). Asimismo, acaba de ser recordado que si la población penitenciaria proviene en su mayor parte de zonas de marginación social caracterizadas por defectos que inciden sobre la socialización primaria en la enseñanza, entonces el tratamiento dirigido a la readaptación social sería incorrecto (Córdoba Roda 1978, 143).

Empero, el tratamiento prescripto por la ley argentina, pese a que aparece normativamente como dirigido a la readaptación social, no incluye intervenciones que tiendan siquiera a comprenderlo como un tratamiento de ayuda en fases, destinado a que el interno colabore voluntariamente en él para el fortalecimiento de su Yo, la reconstrucción de la personalidad y el gradual proceso de socialización tan necesario y previo a su liberación (Kerner 1977, 287 ss.). La aplicación de un tratamiento en el que no se tiene en cuenta la voluntad o el deseo de los afectados y que aparece tan ligado a la imposición de un comportamiento de sumisión a ciertas pautas disciplinarias y laborales, no hace más que servir a la manipulación de los individuos y a mantenerlos en la misma condición de marginados con la que fueron destinados a la privación de libertad.

El aislamiento en el cual se sigue manteniendo la cuestión penitenciaria en la Argentina y la imposibilidad de concretar formas posibles de participación ciudadana para encarar auténticos programas de tratamiento comunitario (Plewig 1978, 118 ss.), constituye tanto un modo para seguir violando los derechos humanos más fundamentales como un medio de imposición de las formas antidemocráticas de convivencia tan necesarias a la subsistencia de las dictaduras.

BIBLIOGRAFIA

- ALTHUSSER, L. (1950), "Ideologie et appareils ideologiques d'Etat. Notes pour une recherche", en: *La pensée*, No. 151, Paris. Versión en castellano. "La ideología y los aparatos ideológicos del Estado", Buenos Aires 1969. Versión en italiano: (trad. M. Gallerani), "Sull'ideologia", Bari 1976.
- AMNESTY INTERNATIONAL (1977), "Bericht einer Mission in Argentinien von november 1976", Wien.
- BARATTA, A. (1976), "Marginalidad y justicia. Informe general sobre los aspectos jurídicos", ponencia al IX Congreso Internacional de Defensa Social, Caracas. Publicada en: *Juridica*, año 5, No. 7, tercera época, junio 1977, Mérida (Venezuela), págs. 45 - 74. Versión en italiano, "Sistema penale ed emarginazione sociale. Per la critica dell'ideologia del trattamento", en: *La Questione criminale*, 2-3/1976, Bologna: págs. 237 - 261.
- BERGALLI, R. (1976), "¿Readaptación social por medio de la ejecución penal?. Notas a propósito de la Ley Penitenciaria Nacional Argentina y del Proyecto de Reformas a la parte general del Código Penal (1974)", Madrid.
- BERGALLI, R. (1978), "La ejecución penal y la política criminal en América Latina", ponencia presentada al Coloquio regional de la Asociación Internacional de Derecho Penal, "Política criminal y Derecho Penal", Madrid - Plasencia 19 - 23 octubre de 1977, organizado por el Grupo español. Publicada en: *Revue International de Droit Pénal*, año 49, No. 1.
- BOBBIO, N., (1977) "Perche democrazia" en: "Quale socialismo?" *Discussione di un'alternativa*, Torino (4a. ed.).
- COTTESTA, V. (1976), Michel Foucault; dall'archeologia del sapere alla genealogia del potere", en: *La Questione criminale*, anno II, No. 2-3.
- CORDOBA RODA J. (1978), "Evolución política y derecho penal en España", ponencia presentada al Coloquio regional de la Asociación Internacional de Derecho Penal, cit. Publicada en: *Revue International de Droit Pénal*, año 49, No. 1.
- FOUCAULT, M. (1975), "Surveiller et punir. Naissance de la prison", Paris. Versión en italiano: "Sorvegliare e punire. Allnascita della prigione", Torino 1977.
- GIMBERNAT ORDEIG, E., (1978), Relación general del Coloquio regional de la Asociación Internacional de Derecho Penal cit. Publicada en *Revue International de Droit Pénal*, año 49, No. 1.
- GRUPPO PENALISTICO DELL'UNIVERSITA DI BOLOGNA (1977), "Sulle misure c. d. alternative", en: *Il carcere riformato, a cura de F. Bricola*, Bologna.
- GOFFMAN, E., (1961), "Asylums: Essays on the Social Situation of Mental Patients an Other Inmates", New York. Versión en italiano: "Asylums: Le istituzioni totali, i meccanismi dell'esclusione e della violenza", Torino 1968. Versión en alemán: "Asyle", Frankfurt 1972.
- HAFFKE, B. (1975), "Gibt es ein verfassungsrechtliche Besserungsverbot?", en: *Monaschrift fur Kriminologie und Strafrecht reform* 58.
- HILBERS, M. y LANGE, W. (1973), "Abkehr von der Behandlungsideologie?", en: *Kriminologische Journal* 5.
- KAISER, G., (1972), "Strategien und Prozesse strafrechtlicher Sozialkontrolle. Legitimation, Wirklichkeit und Alternativen", Frankfurt.
- KAUFMANN, H. (1977), "Kriminologie III. Strafvollzug und Sozialtherapie", Stuttgart Berlin - Koln - Mainz.
- KERNER, H. J. (1977), "Strafvollzug. Eine Einfuhrung in die Grudlagen", Heidelberg
- MAUCH, G. y MAUCH, R. (1971), "Sozialtherapie un die sozial therapeutische Anstalt", Stuttgart.
- MELOSSI, D. (1975), "Criminologia e marxismo: alle origini della questione penale nella societa de il capitale", en: *La Questione penale*, anno I, No. 2.
- MELOSSI, D. (1976), "Istituzioni di controllo sociale e organizzazione capitalstica dei lavoro: alcune ipotesi di ricerca", en: *La Questione criminale*, anno II, No. 2-3.

- MELOSSI, D. y PAVARINI, M. (1977), "Carcere e fabbrica. Alle origini del sistema penitenziario", Bologna.
- MILLS, C. W. (1970), "The Sociological Imagination", Harmondsworth.
- PAVARINI, M. (1976), "In tema di economia politica della pena: i rapporti tra struttura economica e lavoro penitenziario alle origini del sistema capitalistico di produzione", en: La Questione criminale, anno, II, No. 2-3.
- PETERS, D. y PETERS, H. (1970), "Therapie ohne Diagnose. Zur soziologischen Kritik am kriminologischen Konzept sozialthe rapeutischer Anstalt", en: Kriminologische Journal 2.
- PLENNING, H. J. (1978), "Berandlung oder Freiheit. Hintergrün de von 'Community Treatment' - Programmen und deren Bedeutung für die Betroffenen", en: Kriminologische Journal 2.
- POULANTZAS, N. (1971), "Potere politico e classi sociali", Roma. También publicado en: "La sociologia del potere" a cura de F. Ferraroti, Roma - Bari 1977, pág. 410 y ss.
- QUINTERO OLIVARES, G. (1976), "Represión Penal y Estado de Derecho", Barcelona.
- RUSCHE, G. y KIRCHHEIMER, O. (1968), Punishment and Social Structure", New York, 1939 (1a. ed.), reimpresión. Versión en Alemán: "Sozialstruktur un Strafvolzug" (trad. H. y S. Kapcynski). Frankfurt - Köln 1974. Versión en italiano: "Pena e struttura sociale", Bologna 1978.
- SCHIFFRIN, L. (1978), "La política criminal autoritaria en la Argentina y las garantías constitucionales del derecho penal", ponencia al Coloquio regional cit. Publicada en Revue Inter. Droit Pénal, año 49. Nr. 1.
- SCHNEIDER, H. J. (1977). (Kriminologie. Standpunkte und Probleme", Berlin - New York (2a. ed.), 1974 (1a. ed.).
- ULLMANN, W. (1972), "Principi di governo e politica nel medioevi", Bologna.

LA TEORIA JURIDICA DEL METODO, UNAS SUGERENCIAS PARA EL PROYECTO DE CODIGO PENAL

*Por Laureano Contreras Vergara
Juez de Instrucción Criminal*

"Las ideas no podemos concebirlas si no es viviendo en ellas. Quererlas aprender, directamente, en lugar de indirectamente en el medium de lo finito e individual, conduce a lo fantástico y, así, a lo vano".

Karl Jaspers

INTRODUCCION

Hasta donde han podido llegar nuestros afanes en los escasos momentos de estudio que permite el cargo judicial, sabemos que en nuestro medio se desconoce la Metodología del Derecho. Sólo dos trabajos pueden hallarse en nuestras librerías y bibliotecas: la Metodología Jurídica de Rafael Bielsa y la Metodología del Derecho de Antonio Hernández Gil. Estados dos obras obligaron al estudio de la Metodología General, a planteamientos filosóficos, que si bien poco tienen que ver con el Derecho Penal stricto sensu, constituyen los fundamentos que infunden la validez al escrito.

Lo primero en aprender nos fue enseñado por la Metodología General. Toda ciencia está estructurada por dos elementos básicos: la teoría —demarcación de su objeto— y el método de trabajo. Así, la investigación metodológica disciplinar (por ejemplo derecho) acusa conocimiento previo de la teoría que explica el área de fenómenos a cuestionar, con necesidad apunta hacia el objeto

del Derecho. También, en su turno, la Filosofía General nos ubica ante el problema de la practicidad de la teoría, de las formas de manifestarse un objeto —esencia y fenómenos del ser—, de la concepción dialéctica del objeto. De otro modo: la exigencia a las disciplinas científicas de la demarcación de su objeto, no se gratifica precisando el conocimiento de las cosas a realizar. La presencia del objeto incluye a la vez el ser y la relación. Y es por esto, además, que la lingüística insiste en la función significativa de la teoría, en que el conocimiento objetivo del derecho, lo da el conocimiento de los fenómenos jurídicos, de toda su realidad dinámica; invita a la sociología para encontrar en ella al derecho como conducta humana viviente.

La asimilación de las enseñanzas anteriores proporcionó el punto de apoyo para iniciar el relato: es menester la vinculación entre la teoría y la práctica. El mero practicismo conduce a la rutina, al igual que la desierta teoría a las concepciones ilusas o vanas. El problema está en saber cuál debe ser esa teoría y cuál su vinculación con la práctica. La solución de esta dificultad es precisamente la Metodología que nos da el conocimiento de la teoría y la manera de lograr su realización. Lo es, porque el estudio abstracto del Derecho apunta al descubrimiento del contenido ideal de lo jurídico, que funciona como esquema de interpretación del Derecho dinámico y a expresar el contenido ideal del Derecho como un sistema integrado.

I. CONSIDERACIONES METODOLOGICAS

Ya se dijo, toda ciencia está estructurada por dos elementos básicos: la teoría —demarcación de su objeto— y el método de trabajo. La metodología es una ciencia cuyo objeto es la investigación en orden a cuestionar nuevos conocimientos (1), estrictamente el conocimiento de los conceptos, su valoración y análisis hacia un fin determinado (2). Tímidamente emerge como disciplina científica después de habersele negado su autonomía (3). La razón de esta errónea apreciación parece radicar en que la ciencia misma se torna objeto de nuestra reflexión en la investigación metodológica (se inquiera el propio proceso seguido en la elaboración de los conocimientos científicos). Los métodos son disímiles y aparecen encausados por los objetos de cada ciencia en particular, por su peculiar problemática; así en las ciencias de la naturaleza y en las normativas, las investigaciones metodológicas están inspiradas en principios distintos: causalidad e imputación respectivamente, que conducen a interpretaciones heterogéneas (causales o normativas) (4).

1. Pardinas, Felipe. *Metodología y Técnicas de Investigación en Ciencias Sociales*. Tercera edición. México. Ed. Siglo XX 1969. p. 1.
2. Bielsa, Rafael. *Metodología Jurídica*. Santa Fe. Ed. Castelví, 1961, p. 4.
3. Hace énfasis en este respecto Hernández Gil, Antonio. *Metodología del Derecho*. Madrid. Ed. Revista de Derecho Privado, 1945. p. 2 - 10. Igualmente en su nueva obra.
4. Kelsen, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. Octava edición. Ed. Suramericana, 1969. p. 16 - 20.
Piaget, Jean y otros. *Tendencias de la investigación en las ciencias sociales*. Madrid, Ed. Alianza, 1970. p. 50.

La demarcación del objeto en cada área científica da lugar a una pluralidad metodológica disciplinar: al lado de una metodología general aparecen metodologías particulares o especiales (disciplinares) en virtud de las conductas cuestionadas en cada área determinada de fenómenos. La existencia de una metodología disciplinar no es razón para predicar una absoluta y cerrada pureza metodológica, puesto que la autarquía de las ciencias es de ordinario pretenciosa cuando no utópica. Este lineamiento no debe, sin embargo, conducirnos a equívocos: a creer que la metodología disciplinar es sólo una proyección de esa metodología más general, ni que resulte posible el trasplante de cualquier método válido para otras.

La teoría jurídica del método, organizada bajo el signo del positivismo, implica una actitud previa ante el problema de la demarcación del objeto del Derecho (5) "ya que sólo la comprensión de la conexión interna del derecho liberan su aplicación del acaso y la arbitrariedad" (6). Obligatoria, es en consecuencia, la búsqueda de una sólida base teórica y el rechazo inmediato de la tendencia empírica puesto que ésta da a los estudios conceptuales un carácter provisional y particular, que si bien aparentemente los hace más apropiados a ciertos fines inmediatos y concretos, los anula filosóficamente (7).

En el campo del Derecho Penal es necesaria una determinación previa del objeto de la Ciencia Jurídica, para estar en la posibilidad de precisar si la sustantividad de la realidad jurídica es rigurosamente homogénea, o por el contrario, da pie más bien para un pluralismo o sincretismo metodológico. Investigación en orden a determinar el objeto de la ciencia del Derecho, es pues, tarea inicial a fin de disponer de los instrumentos elementales de la labor investigativa: conocimiento de los principios, los conceptos y la terminología jurídica.

II. EL PROBLEMA DEL CONOCIMIENTO DE LO OBJETIVO

A. Representación y ser del objeto.

A la determinación del objeto del Derecho Penal sólo se llega si logramos superar todos los problemas filosóficos que el conocimiento del objeto plantea. Es por eso menester la superación de esta dificultad inicial y obtener bases filosóficas ciertas para su remisión disciplinar.

En el conocimiento disciplinar, el ser del objeto aparece velado por la pluralidad de representaciones concretas por él asumidas. El conocimiento ontológico del objeto, implica la aprehensión de las formas de ser que lo velan y

5. Pardinas. *Ob. cit.* p. 39.
6. Welzel, Hans. *Derecho Penal Alemán*. Onceava edición. Santiago. Ed. Jurídica de Chile, 1970. p. 11.
7. Del Vecchio, Jorge. *Supuestos conceptos y principios del Derecho*. Barcelona, Ed. Bosch 1962. p. 11.

manifiestan. El ser no puede ser despojado de su múltiple base óptica, ya que esta es su veste, cualquiera sea la realidad concreta en que se manifieste (8). La aprehensión de una de las formas concretas en que el objeto aparece, no es el conocimiento del objeto puesto que una manera de ser del objeto no puede en sí misma develar su ser. "El sentido del ser en tanto que se devela a la conciencia, es el fenómeno del ser" (9).

El conocimiento objetivo no debe referirse sólo a una manera de ser del objeto: al fenómeno del ser (10). Esto implicaría una aprehensión restringida del objeto, es decir, el conocimiento de una manera de ser. Es preciso captar el objeto "a través de la manera de ser que a la vez lo manifiesta y vela" (11). Este cometido se logra partiendo de las pluralidades fenoménicas ópticas que el objeto representa. La investigación de la esencia del objeto es a la vez análisis de la representación del objeto (12), ya que al decir de Husserl esta constituye el punto de partida hacia la consecución de aquélla. No nos basta, en consecuencia, el conocimiento de las formas de ser del objeto para tener el conocimiento objetivo. Es menester la superación de las aprehensiones objetivas parciales, ganar un nivel teórico más alto que nos permita contrastar apariencias y esencia para hallar el ser a través de las múltiples representaciones fenoménicas. Es necesaria una visión comprensiva del objeto que nos acerque lo más posible a lo real, puesto que sólo así —al decir de Jean Guilton— tendría entonces el valor de verdadera abstracción (13).

En elemental traducción al Derecho Penal afirmamos, que su conocimiento objetivo lo da el conocimiento de los fenómenos jurídicos, de toda su realidad dinámica, ante los cuales la función de la Norma jurídica es meramente semántica (14). Y ello, luego lo demostraremos, porque el Derecho Penal no se gratifica en lo positivo: la norma positiva no es el Derecho íntegro. Es una de las maneras de manifestarse el ser del Derecho Penal. Por ello debemos estar atentos en el propósito de la interpretación jurídica, porque el derecho tiene pretensión de validez objetiva y ésta sólo es posible en la medida en que él tenga fuerza motivante, es decir, en la medida en que traduzca los fenómenos jurídicos (necesidades culturales, sociales, económicas, etc., del pueblo para el cual se legisla). Es

8. Sartre, Jean Paul. *Ensayo de Ontología Fenomenológica*. Segunda edición. Buenos Aires, Ed. Losada, 1966. p. 31.
9. *Ibidem*. p. 32.
10. Usamos la expresión en el sentido kantiano.
11. Sartre, Jean Paul. *Ob. cit.* p. 31.
12. Merleau - Ponty, Maurice. *La Fenomenología y las Ciencias del hombre*. Buenos Aires. Ed. Nova, 1964, p. 48.
13. Guilton, Jean. *La existencia temporal*. Buenos Aires, Ed Sudamericana, 1956. p. 9.
14. Ross, Alf. *Sobre el Derecho y la Justicia* Buenos Aires. Ed. Eudeba, 1963. p. 19. Cita no textual. Cfr. El carácter normativo de la Ciencia del Derecho significa que se trata de una doctrina referente a normas, y no de una doctrina cimpuesta de normas.

por esto, que tanto la actividad de los órganos creadores de derecho como la de los magistrados o jueces reclaman un doble esfuerzo: por una parte, la intuición de los valores que la regulación jurídica debe realizar, por otra, la adaptación de aquellos preceptos a los casos concretos, de acuerdo con la índole de cada negocio. Y es claro que tales exigencias aumentan cuando la especie no ha sido prevista por los órganos de creación jurídica, y el órgano jurisdiccional tiene que buscar alguno de los principios axiológicos que debe incorporar el legislador en el Código Penal para integrar su fondo estimativo, puesto que su tarea implica una experiencia axiológica prenortativa (15).

B. Conocimiento metafísico y conocimiento dialéctico.

Obtenido el conocimiento objetivo a través de las representaciones concretas parecería satisfecho el interés epistemológico. No es cierto. Son dos las formas de considerar las cosas: la metafísica y la dialéctica. La primera, sostenida por los eleáticos, considera al objeto como absolutamente fijo, inmóvil. La segunda, lo mira en movimiento: nada se queda donde está, nada continúa siendo lo que es, nada permanece en el lugar que ocupa, puesto que aún lo que nos parece inmóvil, se mueve (16). Cada una de las formas mencionadas de considerar el objeto se vale de un método propio: el método metafísico y el método dialéctico. El primero se sustenta en la lógica: Lógica y Metafísica están, por consiguiente, íntimamente vinculados (17). El segundo, concebido por Hegel al volver a la vieja idea de Heráclito que mira las cosas como algo sujeto a perenne movimiento y a cambio constante, como algo que se renueva y se desarrolla, que muere y caduca, fue adaptado a los progresos científicos por Marx y Engels, enseñando además, que nada está aislado, que todo depende de todo (18). Exige que los fenómenos se examinen, no sólo desde el punto de vista de sus relaciones mutuas y de su mutuo condicionamiento, sino también desde el punto de vista de su movimiento, de sus cambios y de su desarrollo (19). Sostiene que a fin de comprender el objeto debemos estudiarlo por dentro y en sus relaciones con otras cosas; dicho de otro modo, debemos considerar el

15. En cuanto a las exigencias axiológicas del Derecho Natural, en los ordenamientos privados, puede mirarse a Carnelutti, Francisco. *Sistema de Derecho Procesal Civil*. Y en cuanto a las faenas del legislador y los jueces puede mirarse a Eduardo García Maynez. *Lógica del Raciocinio Jurídico*.

16. Engels, Federico. *Anti - Dühring*. Uruguay. Ed. E. P. U. 1969. p. 30.

17. Es bueno no olvidar que la finalidad de la lógica no es darnos el conocimiento verdadero, sino la corrección o incorrección de un razonamiento (plámase en el razonamiento silogístico). Coppi, Irving. *Introducción a la Lógica*. Novena edición Buenos Aires, Eudeba, 1970. Es por esto que la Lógica es ciencia formal. Romero, Francisco. *Lógica y Nociones de Teoría del Conocimiento*. Méjico. Ed. Espasa - Calpe, 18 ed. 1958 p. 33 y ss. Nuestro propósito es insistir en el conocimiento objetivo, ir más allá del formalismo. W WW W WW

18. Althusser, Louis. *Sobre la relación entre Marx y Hegel*. Bogotá, Ed. Imprenta Nacional 1971. pág. 86 - 90.

19. Stalin, José. *Sobre el materialismo dialéctico y materialismo histórico*, Moscú, Ed. Progreso 1969. pág. 55.

culpabilidad, que en su aspecto negativo se corona en la causa general de exclusión que se denomina en Alemania "no exigibilidad de otra conducta" (27).

III. SUGERENCIAS AL LEGISLADOR

A. Sobre nuestras necesidades.

"La primera condición para un mejoramiento de la situación presente es hacerse bien cargo de su enorme dificultad. Sólo esto nos llevará a atacar el mal en los estratos más hondos donde verdaderamente se origina".

Ortega y Gasset

Tenemos nuestra propia autenticidad sin que sea menester ir a rastras de los países más adelantados. Por ella, por lo autóctono, valgan los esfuerzos, cuando recordamos a Kierkegaard: "La realidad no se une a lo posible en la necesidad, sino que esta última es la que se une a lo posible en la realidad (Tratado de la Desesperación). Que nuestros juristas más adelantados, y aquellos que han tenido la oportunidad de estudiar en las universidades europeas, de estudiar las fuentes frescas del derecho, nos enseñen los adelantos de la Ciencia Penal, hagan sugerencias al legislador (véanse los números 1, 2 y 3 de esta misma revista y repárese en las sugerencias de los doctores Nódier Agudelo Betancur, Juan Fernández Carrasquilla y Alfonso Ortiz Rodríguez) y a las Salas Penales de los Tribunales, sin olvidar en ningún momento las complejas causas de la delincuencia colombiana. El Derecho Penal no sólo necesita, sino que debe exigir a la Filosofía, la Sociología Criminal, la Antropología, la Biología, la Criminología, la Estadística Colombiana, a las fuentes de que se alimenta la inducción experimental como enseñara Rocco (28), pues como predicara el doctor Parmenio Cárdenas, hay necesidad de analizar los postulados científicos que al correr de los días van dejando enseñanzas, y las costumbres, necesidades, sentimientos, educación, sicología, ambiente físico y social del pueblo para el cual se legisla (29). Por ello, el Código Penal Tipo para Latinoamérica, no debe constituir la única fuente de información. En él —como lo anota el doctor Ortiz Rodríguez— no intervinieron sociólogos, axiólogos y filósofos americanos. (*Ob. cit.*)

Nuestra nación se halla caracterizada por los profundos desequilibrios sociales (la gran mayoría del pueblo colombiano devenga un salario totalmente insuficiente para colmar sus necesidades primarias y las de su familia, mientras

crece incesantemente la concentración monopolística del capital), por las masivas corrientes migratorias hacia las grandes metrópolis donde los miserables se asientan en tugurios en condiciones infrahumanas (30) ante la densa bruma del desempleo y la inasistencia estatal, que obligan a insistir en la creación de instituciones públicas o estatales que indirectamente previenen el delito, como lo son la creación de organismos que se preocupen por la vagancia, por la carencia de trabajo, por la creación de escuelas (primordialmente en el sector rural), casas para tratamiento y reeducación de menores (dirigidas por especialistas), hospitales o unidades de salud; ante el peligro del desorbitado crecimiento de la población, la emigración campesina, la vivienda, la prostitución, la salubridad, el abandono familiar, la infancia desprotegida, etc. Mientras estos apremios no constituyen preocupación del Estado, vanos serán sus esfuerzos por combatir la criminalidad, pues el Derecho Penal en amparo de los valores ético-sociales de la comunidad y de los bienes individuales, debe procurar —en palabras del doctor Enrique Gutiérrez Anzola (31)— estas formas preventivas para actuar, a nuestro juicio, más importantes que las represivas porque operan sobre las causas de la delincuencia.

También en la represión penal, la función protectora, preventiva, retributiva y resocializadora de la pena —como la concibe el Proyecto—, al igual que los fines de curación, tutela y rehabilitación de las medidas de asistencia y protección, no dejarían de ser huérfanos preceptos mientras el Estado no proporcione suficientes establecimientos carcelarios que permitan al recluso vivir siquiera en hacinamiento. Cuando Lucio Mendieta y Núñez (32) realiza críticas al moderno penitenciarismo de Europa, en Colombia no sólo se desconoce el Derecho Penitenciario, sino que las atestadas, antihigiénicas y deficientes cárceles, dirigidas en su mayor parte por empíricos, continuamente albergan mayor número de detenidos en condiciones infrahumanas. ¿Cómo entonces conseguir que los fines de la pena predicados por el proyecto sean una realidad? ¿Cómo, cuando los reclusorios especiales para menores y alienados de que trata el actual código, inspirado en ideología distinta, no están todavía al alcance de la rama judicial? Las estadísticas dejan en relieve la escasez de establecimientos carcelarios en Colombia. Cuando los afanes de los penitenciaristas modernos no han logrado reducir la criminalidad (33) (construyendo edificios especialmente para los prisioneros: cómodos, higiénicos, funcionales hasta llegar al ideal de cárceles sin rejas; humanizando el trato para los prisioneros, des-

27. Jiménez de Asúa, Luis. *La Ley y el Delito*. Ed. Sudamericana, octava edición, 1978. pág. 209.

28. "Que si no nos equivocamos son tres: la Antropología (incluyendo en ella la Sociología y la Psicología), la Historia y el Derecho comparado". Rocco, Arturo. *El Problema y el Método de la Ciencia Penal*. Bogotá., Ed. Temis. 1978, pág. 37

29. Cárdenas, Parmenio. *El Código Penal Colombiano*. T. I. Bogotá., Ed. Kelly. 1968, pág. 25

30. Puede verse la brillante exposición del doctor Federico Estrada Vélez en el número dos de esta misma revista, más concretamente en la página 44. "En un escenario así, por contagio, por imitación o por rebeldía contra un orden social injusto, la criminalidad será siempre planta silvestre".

31. Gutiérrez Anzola, Jorge Enrique. "El Proyecto de Código Penal" *Derecho Penal y Criminología* No. 1, Diciembre 1977. pág. 9.

32. Mendieta y Núñez Lucio. *Breve crítica del Moderno Penitenciarismo*. Documento próximo a publicarse en la revista de Derecho de la U. de A.

33. Seguimos al doctor Mendieta Núñez.

pojándolo de todo procedimiento drástico innecesario; proporcionándoles alimentación científicamente balanceada; trabajo en talleres especiales, sin explotarlos; educación en los niveles requeridos en cada caso; atención médica; distracciones deportivas; cine y televisión; visita conyugal; penas individualizadas; terapias psicológicas y psiquiátricas aplicadas por equipos de científicos y expertos, con miras a lograr la rehabilitación total de cada prisionero: al terminar la "cura" y obtener su libertad, el liberado goza de la protección y vigilancia de un patronato que se ocupa de reacomodarlo en la sociedad. Mientras se le rehabilita, un Servicio Social Criminológico vela por su familia) en Colombia sin pretender paternalismo penitenciario que anulen las prisiones, creando nuevos reclusorios, procuremos en primer término, la defensa y la seguridad de la sociedad y en segundo, en cuanto sea posible, la rehabilitación de los delinquentes y criminales. No poner en riesgo lo primero en aras de algo que después de más de un cuarto de siglo de experiencia, lejos de estar definitivamente probado aún no da resultado satisfactorio. Es que no es en las cárceles, repetimos, en donde se debe combatir la delincuencia y la criminalidad, sino en el seno de la sociedad misma que produce delinquentes y criminales ininterrumpidamente, cada vez en mayor número (34).

B. Sobre las garantías a las nuevas instituciones.

Todos los esfuerzos del legislador serán inútiles si pretende infundir al Código principios que el Estado no está en posibilidad de garantizar. (Recuérdese el actual sistema carcelario, piénsese por ejemplo en el funcionamiento de la policía judicial). El legislador debe tomar especial interés en que los propósitos que ahora animan al Estado a la aprobación del Proyecto, hagan realidad los nuevos postulados penales. Los claros principios del título preliminar, por su carácter de normas rectoras de la ley penal, deben constituir preocupaciones del legislador, no laceradas siquiera por decretos de excepción que desarmonicen con el contenido del próximo código. ¿Qué quedaría, por ejemplo, de la institución del Juez Natural (Artículo 8º), del importante principio de la Igualdad de la Ley (Artículo 5º), si estuvieran —como parece estarlo el artículo octavo— al arbitrio del ejecutivo? ¿Qué sería de la validez del Derecho cuándo su misión es la de proteger los valores elementales de la vida en comunidad? (35). ¿Qué sería del Derecho cuando su contenido ideal es dado por los fenómenos jurídicos? Si los gobernados muestran su inconformidad con el ordenamiento, rechazándolo o transgrediéndolo, es porque él no acuerda a las necesidades sociales. Y el Estado no puede negar la honestidad que reviste la acción del hombre que viola un derecho cuyos principios no acuerdan a la realidad. No es el caso entonces, de una imposición ligera o

34. Puede verse a Mendieta y Núñez. *Ob. cit.* pág. 2, 3, 12, 19.

35. Sobre la misión del Derecho Penal pueden mirarse las observaciones que a la parte general del Proyecto hace al doctor Alfonso Ortiz Rodríguez, en el número tres de esta misma revista, pág. 45.

coactiva. Es la oportunidad para razonar en la creación de las normas, en su interpretación y aplicación. Para razonar en el objeto del Derecho Penal. Si ello no fuere así, si la coacción primara, advertimos que el sistema será histórica, la impunidad crecerá, todo esfuerzo será inútil, el Derecho Penal degenera en sus anhelos, será un medio de atropellos antes que traductor de la realidad nacional. Juiciosas nos parecen, por eso, las palabras de Welzel: "Cuando el derecho se presenta como puro factum, como simple poder —por más que su ejercicio esté regulado— no puede alcanzar aquello que precisamente le interesa fundamentalmente y que tiene que interesarle: la obligación, por parte de los miembros de la comunidad jurídica, de obedecer la norma. El Derecho tiene entonces que renunciar a la imposición de un deber jurídico y a la pretensión de validez. Esto significa, con otras palabras, que el Derecho deja de ser Derecho" (36).

III. SUGERENCIAS A LOS PROFESIONALES DEL DERECHO

Permítanme hablarles del compromiso contraído con el Derecho Penal Colombiano. Con nuestra Dogmática Jurídica, porque a través del ejercicio están en posibilidad de auxiliar al órgano judicial en su difícilísima tarea de interpretar y aplicar las normas jurídicas, de hacer sugerencias al legislador, de aprovechar al máximo la libertad de expresión concedida por el gobierno y a través de los medios escritos, de los foros penales, propugnar en contra del empirismo que aqueja nuestra profesión y torna al Derecho Penal Colombiano en mera concepción vana, pues muchas de sus instituciones no acuerdan a nuestras necesidades históricas, ni muchas de nuestras decisiones ajustan al sentido y alcance que se quiso infundir a las normas.

Ya al terminar, cuando muchas ideas escapan a la memoria por lo limitado de mis conocimientos, por el tiempo disponible, me parece recordar un verso de "La Jolie Rousse":

"Carl il y a tant de choses que je n'ose
vous dire. Tant de choses que vous ne
me laisseriez pas dire".

Guillaume Apollinaire.

36. Welzel, Hans. *Más allá del Derecho Natural y del Positivismo Jurídico*. Universidad Nacional de Córdoba, 1962 pág. 62

EL PERITAZGO MEDICO LEGAL Y SU TRASCENDENCIA

César Augusto Giraldo G. *

(RESUMEN)

El presente trabajo pretende describir el sistema actual de la docencia de la medicina legal en las facultades de medicina y de derecho, conceptuando que el futuro profesional de ambas carreras, sale con una deficiente formación en las ciencias médico-forenses, deficiencia que incide negativamente en la administración de la Justicia. Explora además las relaciones de la Medicina Legal y de la Salud Pública, proponiendo un sistema de registro técnico que sirva de base para una adecuada vigilancia epidemiológica. Finalmente señala la relación íntima de la Medicina Legal y de la Medicina carcelaria, propugnando por una coordinación de ambas entidades que administrativamente dependen del Ministerio de Justicia.

I

Por amable invitación de la máxima institución médico científica del país, se presentan estas consideraciones sobre el dictamen médico legal y sus

Director del Instituto Seccional de Medicina Legal, Medellín.
Profesor Facultad de Medicina, Universidad de Antioquia.

consecuencias ya no jurídicas, sino referente al papel que la Medicina Legal desempeña en el campo de la patología social.

El dictamen es ante la ley penal una prueba pericial que ha de tener todo el rigor técnico y científico, para poder cumplir su cometido de auxiliar de la justicia, tal como lo manda el Código de Procedimiento Penal (1).

Requiere entonces que el concepto rendido cumpla con el rigor del idioma, que define el perito como "el que, poseyendo especiales conocimientos técnicos o prácticos, informa, bajo juramento al juzgador sobre puntos litigiosos en cuanto se relaciona con su especial saber o experiencia" (2); el perito requerirá muchas veces que sus conocimientos tengan el respaldo de diferentes aparatos de laboratorio, de tal manera, que de acuerdo a la exigencia legal de la prueba pericial, el concepto rendido sea fundamentado técnicamente.

En la Justicia Penal, el peritazgo médico legal es parte fundamental en la comprobación del cuerpo del delito que acredita la materialidad de un hecho y señala al funcionario judicial la existencia o no del nexo de causalidad entre una lesión infrigida y la muerte, o entre unas lesiones y la incapacidad con sus secuelas, además de indicar circunstancias que explican la manera como se produjo el homicidio, unas lesiones personales o un atentado a la libertad sexual.

La organización actual del sistema médico legal, señala en el país un Instituto Central en Bogotá, con oficinas regionales en las capitales de los departamentos (3, 4, 5, 6), pero impone la obligatoriedad de cumplir esas funciones en el área al respectivo médico oficial (3, 4, 6), y como además el ejercicio de la medicatura rural es obligatorio (7), prácticamente todo estudiante de medicina será, una vez graduado, médico legista en su respectiva localidad, por mandato de la ley.

Esta obligatoriedad del cargo de perito parece suponer un nivel académico en esta asignatura que asegure un correcto desempeño en las funciones médico-legales, puesto que nuestro ordenamiento jurídico no acepta como impedimento para ser perito la ignorancia en la materia (8).

1. Código de Procedimiento Penal. Capítulo VII, prueba pericial; artículo 265-281.
2. Diccionario de La Academia de La Lengua Española. Vigésima Novena Edición. Espasa Calpe. 1970.
3. Ley 101 de 1937.
4. Ley 9a. de 1952.
5. Decreto Ley 1700 de 1964.
6. Código de Procedimiento Penal. Artículo 266.
7. Ley 14 de 1962.
8. Código de Procedimiento Penal. Artículos 77 y 271.

Con el fin de conocer la intensidad horaria teórico práctica y nivel curricular de la asignatura, hicimos una encuesta entre doce facultades de medicina de las diez y seis existentes en el país, pero solo respondieron las unidades docentes que aparecen en el cuadro siguiente:

CUADRO N° 1

Docencia de la Medicina Legal a nivel pregrado en las Facultades de Medicina:

Universidad	Nivel	Teoría Horas semanales	Práctica: horas semanales
Nacional (Bogotá)	VII Semestre	5 horas durante 10 semanas (total 50)	5 horas durante 10 semanas (50)
Antioquia (Medellín)	IX Semestre	4 horas durante 15 semanas (total 60)	10 horas durante 15 semanas (150)
Valle (Cali)	Paralelo a curso patología	7 Conferencias total 7	16 horas necrop. 25 horas reconoc.
Javeriana (Bogotá)	VIII Semestre	4 horas teórico-prácticas en la semana por un semestre	
Colegio Mayor del Rosario (Bogotá)	IX Semestre	50 horas total	50 horas total
Industrial (Santander) Bucaramanga	IX Semestre	2 horas durante 20 semanas (total 40)	4 horas durante 20 semanas (80)

De las nueve facultades que aún no han graduado su primera promoción, la Universidad Libre de Barranquilla tiene ya su programa teórico a realizar.

Encuestas realizadas en la década 1970, indicaban que los egresados manifestaban haber recibido suficiente docencia (9).

Ignoramos cual es el nivel teórico práctico para esta asignatura en las otras universidades colombianas, pero es nuestro concepto que el cuadro anterior puede ser un indicador de la importancia curricular de la materia, que a nuestro juicio no está a nivel de las obligaciones que impone la prueba pericial.

La medicina legal, como todas las ramas de la medicina, entraña en su docencia un adecuado nivel teórico práctico, y el marco práctico forzosamente tiene que ser alrededor del Instituto de Medicina Legal y sus seccionales, tal como se quizo en la última reestructuración del Ministerio de Justicia, en 1974 (10). El resultado práctico de la integración docente a nivel pregrado, posiblemente no ha rendido los frutos que eran de esperar y muchas de las investigaciones fallan precisamente por una prueba técnica mal realizada porque el "perito" responde al funcionario que no es idóneo para la práctica de las necropsias, aceptando el Juez una causal de excusa inexistente en nuestro código, con el consiguiente perjuicio, no solo del proceso, sino de los deudos que han de desplazar el cadáver a la capital del departamento y luego retornarlo al terruño; y con respuestas, cuando al encontrarse algún trastorno cardíaco, se signa el acta de necropsia con una muerte atribuida a una cardiopatía, y al conocerse por circunstancias procesales que al fallecido le **habían administrado** un insecticida del tipo de los fosforados orgánicos, (Folidol), amplía el perito el dictamen, diciendo que si una persona normal se muere por Folidol ¿qué no le pasará a un cardíopata? Pero los equívocos no son solo en este campo, sino también en el de las lesiones personales, **auxiliando por ejemplo** a una autoridad penal con una incapacidad en términos de la Medicina Legal Laboral, o con una anarquía en la fijación de incapacidad y secuelas.

En Medicina Laboral la situación es crítica: la última reestructuración del Ministerio del Trabajo, (11), solo dejó oficinas de Medicina del Trabajo en Bogotá, suspendiendo las oficinas regionales en las capitales departamentales, pero como el Decreto 832/53 dejó como segunda instancia a los médicos legistas, se recargó el trabajo, sin aumento de los médicos y con el agravante de que el dictamen laboral requiere presentación durante la audiencia, y así medicina legal, que a duras penas auxilia la Justicia Penal quedó con tal carga adicional, con el agravante de no disponer siquiera del tiempo físico para emitir el dictamen y luego sustentarlo oralmente, so pena de nulidad del trabajo hecho. Recientemente esta disposición fue subsanada (12).

9. Paz Otero Gerardo. Tres recomendaciones sobre medicina legal. Tribuna Médica XLI No. 6, mayo 1971.

10. Decreto Ley 576 de 1974.

11. Decreto Ley 062 de 1976.

12. Decreto 654 de 1979.

La experiencia en este campo nos lleva a sugerir que la medicina legal debe incluirse en el curriculum como asignatura que tenga mayor número de créditos y de docentes, propugnando porque se aprovechen todas las facilidades a nivel local e incluir también la medicina legal laboral como materia obligatoria, porque el médico rural ha de hacer práctica profesional, en lugares que por no estar industrializados o tecnificados agricolamente, carecen de los servicios del Instituto de los Seguros Sociales, y además la opinión de que se organice el sistema médico laboral para que, por medios adecuados, sea sometido a una custodia única por el Instituto de Medicina Legal.

Si la docencia a nivel pregrado en las Facultades de Medicina deja que desear, en los estudios de derecho el problema no es menor. Hicimos la misma encuesta para conocer la ubicación curricular e intensidad horaria en veinticinco Facultades de Derecho de las cuarenta existentes, pero solo obtuvimos las respuestas que se ven en el cuadro siguiente:

CUADRO N° 2

Docencia de Medicina Legal a nivel pregrado en las Facultades de Derecho (4° semestre)

Universidad	Nivel	Teoría	Práctica
Colegio Mayor El Rosario (Bogotá)	Ninguno	No	No
La Gran Colombia (Bogotá)	5º año	3 horas por 32 semanas	No
P. Javeriana (Bogotá)	4º año	2 horas por 1 año	1 hora por 1 año
Libre (Bogotá)	5º año	2 horas	"Menor porcentaje con la práctica"
Antioquia (Medellín)	3º año	3 horas por 1 semestre	No
Pontificia Bolivariana (Medellín)	3º año	3 horas por 1 semestre	1 visita al Anfiteatro por práctica necropsia
Autónoma Latinoamericana (Medellín)	Opcional 3º año	3 horas por 1 semestre	No
Medellín (Medellín)	Ninguno	No	No

En 1977 fue puesto en vigencia un nuevo plan de estudios de derecho (12a) que no mencionó entre las asignaturas obligatorias la medicina legal, y la dejó optativa, razón que hizo que fuera retirada del pènsum de muchas universidades y así muchos de los egresados de universidades tuvieron que aceptar el empleo que les resultó una vez terminados sus estudios, se posesionaron como Jueces Penales de municipios, sin que nunca en la vida hubieran tenido contacto con la Medicina Legal, y de buenas a primeras se encuentran solicitando dictámenes e interpretándolos, puesto que la prueba pericial no es de fozosa aceptación (13). Así las cosas, vimos que de pronto estaban solicitando, aún con anterioridad al decreto que no incluyó la asignatura como obligatoria, oficios al siguiente tenor: examinar varones adultos, "con el fin de dictaminar si hasta el presente han tenido relaciones sexuales con mujeres, si es que ese acto dejó huellas, o en caso contrario si aún conservan sus tejidos o membranas de naturaleza", petición de un Juez de sexo masculino, que no difiere de la hecha por una Juez de sexo femenino, para "dictaminar el estado de virginidad de un varón adulto" o examinar a un hombre joven para ver si fue desflorado, antigua o recientemente". Parece claro que un funcionario judicial que haga petición de tales dictámenes, no podrá interpretarlos, ni tampoco podrá aplicar en estos casos específicos recta justicia. En otras oportunidades las preguntas son desconcertantes, como interrogar al perito, cuánto hace que determinada ropa fue lavada y el tipo de jabón usado, o la ubicación del estado mental de un procesado al tenor del artículo 29 del Código Penal, pero, "no utilizando los parámetros de esa odiosa ciencia oficial, la siquiatria", frases que parecen entresacadas de la solapa de un libro de antisiquiatria.

Aunque tradicionalmente han sido las Facultades de Medicina y de Derecho, las únicas que han procurado la docencia de esta importante asignatura, no deja de ser curioso que a otros niveles profesionales nunca se haya intentado asignatura similar, a pesar de que los profesionales de química y farmacia, odontología, tecnología médica, sicología y enfermería, tienen funciones que han de prestar auxilio a la Justicia Penal.

La situación actual es en general, no solo deficiente en cuanto a contenido e intensidad de la Medicina Legal, sino también en el número de docentes que a nivel pregrado dedica a esta enseñanza la universidad colombiana. De las encuestas enumeradas parece que las Facultades de Medicina de la Universidad Nacional y Javeriana, son las únicas con suficientes docentes; en las escuelas de Derecho la modalidad docente parece ser el profesor de Cátedra.

Si a nivel pregrado hay deficiencia, a nivel post-grado el problema parece mayor.

Las Universidades Externado y Nacional de Bogotá son las únicas que ofrecen en la actualidad especialización en Derecho Penal y Criminalística; la

12a. Decreto No. 225 de febrero 3 de 1977.

13. Código de Procedimiento Penal. Artículo 276.

Universidad de Medellín ofreció ese programa hasta hace dos años. En general puede decirse que no hay profesionalización, en el sentido de que quien ingrese a la carrera judicial no es un especialista que le permita tener conocimientos médico legales y de las ciencias criminalísticas, sino que sus conocimientos los va adquiriendo sobre la marcha, paralelos con el ejercicio judicial.

En el campo de la formación de peritos estamos ayunos de una institución dedicada a esta disciplina, con la excepción de dos cursos en grafología, y otro en balística, no ha existido el centro docente que capacite al patólogo, al siquiatra y al químico forense, a pesar de que en el año 1964 fue creada la Escuela Superior Médico Forense (14) que aparentemente nació muerta.

Es ya hora, para que existan en el país verdaderos centros de capacitación post-grado, máxime cuando se ventila el cambio del Derecho positivista hacia el Derecho finalista como orientador de nuevos códigos punitivos. Esos centros tendrán que funcionar, no como ruedas sueltas sino en coordinación de un centro universitario y del Instituto de Medicina Legal.

II

La deficiente formación en las disciplinas médico legales puede ser uno de los factores para que entre nosotros no exista aún, investigación autóctona en la ciencia Médico Criminalística.

La misma esencia del trabajo médico legal: personas lesionadas, cadáveres, es un filón de conocimientos en problemas de victimología, salud pública y sociología, filón que adecuadamente explotado podría sentar las bases para una política criminal conforme a nuestra peculiar nación.

El registro técnico y uniforme de las actividades médico legales puede ser una base única para iniciar un programa de vigilancia epidemiológica en trauma. En lesiones personales los escasos estudios existentes (15) llaman la atención de como la violencia no es accidental; en las principales ciudades del país la morbilidad y mortalidad por accidentes de tránsito, adquiere características alarmantes (16, 17, 18) y la clara delimitación del peatón como persona de mayor riesgo (18, 19), a diferencia de lo que sucede en países adelantados, impone la necesidad que este problema sea tratado globalmente, como situación jurídica, de salud pública y de criminalística, porque muchos accidentes

14. Decreto 1.700 de 1964.

15. Jaramillo, J. S., Flórez M., y Arango M. Lesiones personales en la ciudad de Medellín, durante el año 1972. Antioquia Médica, 24, 237-43, 1974.

16. Mortalidad en las Américas. Oficina Panamericana Sanitaria. 1964.

17. Suescún T. David. Estudio estadístico de 388 necropsias medicolegales. Medellín. 1972. Revista Instituto de Medicina Legal de Colombia. 1: 83: 103, 1975.

18. Giraldo, C. A. Accidentes de tránsito fatales. Antioquia Médica. 23: 63, 91, 1975.

19. Vasco A., y Giraldo, C. A. Accidentes de tránsito fatales en peatones en Medellín, Revista de la Escuela Nacional de Salud Pública.

no son simplemente culposos o negligentes como lo presume nuestro Código de Procedimiento Penal (20).

El suicidio consumado, fenómeno de patología social, ha tenido dos estudios importantes en medicina legal (21, 22) que señalan algunas características que permiten sentar una base de política preventiva.

Estudios sistemáticos de necropsias médico-legales aportarán luces a las muertes sin asistencia médica y el cubrimiento de sus causas por las autoridades de salud y señalarán las diferencias geográficas de la muerte súbita. Es bien conocido que las necropsias médico-legales han servido de fuente a numerosos estudios de patología geográfica, que han venido a señalar la verdadera incidencia de procesos patológicos, en personas que aparentemente no sufrían enfermedades y cuyo fallecimiento trágico las puso al descubierto (22).

La epidemiología del homicidio no se ha intentado estudiar en nuestro medio, precisamente por no existir una bases estadísticas que permitan mantener un sistema de vigilancia epidemiológica.

III

La Medicina Legal y la Medicina Carcelaria, ambas bajo la égida del Ministerio de Justicia, tienen mucho para aportar a nivel de salud del detenido, y a la comunidad. Si el Instituto de los Seguros Sociales, con sindicatos que de continuo presionan, y asociaciones profesionales que buscan una mejor atención, es frecuentemente blanco de las críticas por sus usuarios, ¿qué será de la Medicina Carcelaria carente de sindicato que propugne por la mejoría sanitaria?

La situación de salud de los reclusos, puede llegar a constituirse y de hecho lo ha sido un factor de impunidad. Nuestro actual Código de Procedimiento Penal, dispone que cuando un detenido se hallare gravemente enfermo, se le ha de suspender la detención preventiva o la condena (24). El término grave enfermedad parece claro, pero la situación de algunos estados de salud hacen difícil la aplicación. La tuberculosis pulmonar por ejemplo, bajo una terapia adecuada, y con una dieta equilibrada, no merece el calificativo de grave, pero esta misma enfermedad sin el régimen terapéutico y dietético apropiado, y en condiciones de hacinamiento, es no solo grave para quien la sufre, sino también para los compañeros de celda, y lo peor, algunos infractores rein-

20. Código de Procedimiento Penal. Artículo 453.

21. Paredes G., Vásquez G. R. El suicidio en Bogotá durante los años de 1974 a 1976. Revista del Instituto Nacional de Medicina Legal en Colombia. 2: 57-107. 1977.

22. Matiz C., Restrepo G., Flórez E., y Giraldo, C. A. El suicidio en Medellín. Revista del Instituto de Medicina Legal en Colombia. (En Prensa).

23. Giraldo, C. A. Medicina Legal y Salud Pública. Revista de La Escuela de Salud Pública 3: 87-90. 1977.

24. Código de Procedimiento Penal. Artículos 452 y 673.

cientes, sabedores de su padecimiento, quieren convertirlo en patente de corso para delinquir. Otros estados patológicos crónicos, irreversibles, que de por sí no son graves, sino que solo requieren cuidados de enfermería, tal como las paraplejías por sección de la medula espinal, pueden llegar por una interpretación errónea de la norma legal, a ser estado de impunidad penal, como un caso reciente de un parapléjico que mantenía varias libras de marihuana en papeletas individuales, "para frotarse las piernas".

En el mismo plano, la carencia de servicio médico continuo, impide que algunos delincuentes que se ha dispuesto sean trasladados a la Isla Prisión Gorgona, aleguen requerir algún tipo de vigilancia médica por supuestos quebrantos de salud, para evitar esa prisión y esa falta de atención es uno de los problemas de nuestra medicina carcelaria.

En Medicina Legal y Medicina Carcelaria existen aproximadamente cien médicos, como ya se dijo dependientes administrativamente del Ministerio de Justicia; si se hiciera una encuesta entre esos cien profesionales, para ir voluntariamente durante un lapso a Gorgona, es posible que 24 de ellos aceptaran ir por periodos de 15 días, y así el cubrimiento sería completo en todo el año. Esta solución no parece muy costosa.

La coordinación de la Medicina Legal y de la Medicina Carcelaria, con adecuada dotación de laboratorios de diagnóstico de Medicina Legal, serviría para que ese servicio de auxilio diagnóstico de la medicina moderna ayudara también como base para un enfoque de medicina más integral para el recluso.

SOBRE EL ROBO AGRAVADO *

NODIER AGUDELO BETANCUR

Profesor de Derecho Penal de la Universidad de Antioquia

La imposibilidad de obrar que no sea maniatamiento o amordazamiento no agrava el robo. (Nº 4º art. 404 C. P.).

Tradicionalmente la interpretación del numeral 4º del artículo 404 no ha ofrecido discusión. Los comentaristas del Código Penal se han limitado a interpretar los conceptos de "maniatar", "amordazar" y de "imposibilidad de obrar" de la víctima como consecuencia de la actividad del sujeto. Ha sido una interpretación simple del "texto definitivo del nuevo Código Penal" adoptado por el Decreto 2300 de septiembre 14 de 1936 y publicado por el Diario Oficial número 23.320 de 29 de octubre del mismo año.

En realidad, no habría podido ser de otra manera si se tiene en cuenta el texto del numeral enunciado:

"La pena de robo será de tres a catorce años de presidio, en los siguientes casos: 1...2...3...4. "Cuando la violencia ejercitada sobre las personas consista en maniatarlas o amordazarlas, o las ponga en imposibilidad de obrar (1).

* Este artículo fue originalmente publicado por la revista "Derecho Penal y Criminología", de la Universidad Externado de Colombia, Volumen 2 No. 5, de marzo de 1979, páginas 33 a 40. Se reproduce con la debida autorización de su director.

1. La pena fue aumentada (de 5 a 14 años de presidio) por el artículo 90. de la ley 21 de 1973. La única variación que introdujo la mencionada ley fue la relacionada con la pena.

Ejemplo de interpretación clara del anterior texto nos lo ofrece el Dr. HUMBERTO BARRERA DOMINGUEZ quien afirma:

"La oposición de la víctima puede resultar absolutamente quebrantada mediante el despliegue de una fuerza física contra su persona, como las ataduras o el amordazamiento; o colocándola en estado de inconsciencia bien por el hipnotismo, o ya haciéndole ingerir narcóticos, bebidas alcohólicas u otras semejantes" (2).

El Dr. LUIS EDUARDO MESA VELASQUEZ, después de definir lo que es amordazar y maniar, afirma: "el maniatamiento y el amordazamiento son medios de violencia que reducen a la víctima a la impotencia para defender el patrimonio por acción propia o con la ayuda de terceros, cuyo auxilio no se puede pedir.

La imposibilidad defensiva puede obtenerla el ladrón por otros medios, por ejemplo, amarrando a la víctima a una pilastra, encerrándola, suministrándole un narcótico, etc. En todos estos casos se tendrá un robo de la clase agravada del artículo 404, ordinal 4." (3).

Finalmente, para no abundar más, tenemos a LUIS CARLOS PEREZ: "Se imposibilita la acción defensiva no sólo amarrando a la víctima sino también administrándole narcóticos, hechos descritos como más grave en el Código Italiano; pero, dentro del concepto, es preciso incluir también toda sustancia que tenga la propiedad específica de provocar un estado de somnolencia, de insensibilidad o quietud que anule la capacidad de defensa o por lo menos la de reaccionar en este sentido, o en el de huir. La sustancia debe aplicarse expresamente sobre el cuerpo, o suministrarse en la comida o la bebida. También puede ser aplicada en el ambiente actual que respira, como cuando se vaporiza para hacérsela llegar, o en una fuente a donde deba llegar para proveerse de agua o licores..." (4).

2. HUMBERTO BARRERA DOMINGUEZ, delitos contra el Patrimonio Económico. Editorial Temis, Bogotá. 1963, página 143 y 144.
3. LUIS EDUARDO MESA VELASQUEZ, delitos contra la vida y la integridad personal. Delito contra la Propiedad. Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1972, página 177.
4. LUIS CARLOS PEREZ. Tratado de Derecho Penal, Ed. Temis, Bogotá, 1974, páginas 628 y 629. En el mismo sentido pueden consultarse JORGE ENRIQUE GUTIERREZ ANZOLA, Delitos contra la propiedad. E. Litografía de Colombia, Bogotá, 1944, páginas 59 y 60; GUSTAVO RENDON GAVIRIA, Derecho Penal Colombiano. 1953, nada dice acerca del mencionado numeral ANTONIO VICENTE ARENAS, Delitos contra la vida y la integridad personal y Delitos contra la propiedad. E. Antares, Ltda. Bogotá, 1962, página 256. LUIS GUTIERREZ JIMENEZ, Derecho Penal Especial. Ed. Temis, 1965, página 529; PACHECO OSORIO, después de explicar los términos "maniar" y "amordazar", dice que "fuera de los anteriores medios explícitamente previstos, la disposición incluye todos los que pongan a la víctima en la imposibilidad de obrar, a los cuales les asigna igual poder calificante. Ellos pueden consistir en atar a un poste o a otro objeto cualquiera, en encerrarlo en un sitio del cual no pueda salir ni pedir socorro, en privarla del conocimiento, etc.". Derecho Penal Especial", Ed. Temis, 1975, Vol. IV, páginas 142 y 143.

Como decíamos al principio, ha sido, pues, pacífica la interpretación del numeral 4º del artículo 404 que consagra una de las agravantes del Robo.

Empero, consultando la historia de la disposición hemos llegado a una interpretación opuesta en lo que respecta a la parte que dice "o las ponga en imposibilidad de obrar". Hemos llegado a la conclusión de que para poder predicar la circunstancia de agravación del robo por el aspecto de poner a la víctima en imposibilidad de obrar, es necesario que esta imposibilidad sea consecuencia del maniatamiento o amordazamiento.

En efecto: si nos fijamos en el Acta 198 de los trabajos preparatorios del actual Código Penal nos percatamos de que el Dr. LOZANO Y LOZANO propuso una fórmula a simple vista igual al numeral 4º ya transcrito pero, en verdad, radicalmente diferente.

"El Dr. LOZANO considera que para el delito de robo deben señalarse circunstancias específicas distintas de las generales y de las adoptadas para el hurto, porque no basta la violencia sobre los objetos para especificar cierta clase de robos en que la violencia no tiene lugar sobre las cosas mismas, sino sobre los elementos que resguardan exteriormente la propiedad, pues es claro que no es lo mismo llegar de visita a una casa y allí romper un baúl para robar, que entrar a una misma casa rompiendo las puertas y perforando las paredes o los techos.

El doctor CARDENAS dice que esas son circunstancias generales típicas del robo, que no hay necesidad de que se consideren aparte en forma especialísima. Como ya se dijo al hablar del hurto, no es partidario de las agravantes específicas por temor de que queden algunas sin contemplar; bastan las agravantes generales, y si se adopta el sistema de prever las agravantes específicas es necesario contemplar una muy grave, cual es la de amordazar a las personas para robarlas.

El doctor LOZANO presenta la siguiente fórmula, que es aprobada:

4º) Cuando la violencia ejercitada sobre las personas consista en maniarlas o amordazarlas poniéndolas en imposibilidad de obrar". (La subraya es nuestra) (5).

En la discusión del día participaron los doctores Lozano y Lozano y Cárdenas. Más tarde, en el acta 201, se lee que el Dr. ESCALLON, "considera que dentro de las agravantes adoptadas en el capítulo referente al Robo es necesario incluir las maniobras o precauciones tomadas por el agente para impedir la resistencia de la víctima o reducirla a la impotencia. A tal efecto propone que la agravante señalada con el número 4 sea variada por la modificación que presenta en seguida, y que contempla la asechanza, el empleo de narcóticos, de golpes, etc. La fórmula dice así:

5. Trabajos Preparatorios del Nuevo Código Penal, Imprenta Nacional, 1938, Vol I., Acta 198, páginas 230 y 231.

“4º) Cuando en cualquier forma se han tomado precauciones para impedir la resistencia de la víctima o reducirla a la impotencia”.

El doctor Cárdenas dice que con la agravante ya aprobada se contempla el caso de que la víctima sea amordazada o maniatada, y quizás esto sea suficiente, pues las demás violaciones en general son características del robo y quedan cobijadas en las disposiciones ya aprobadas a ese respecto. Por otra parte, las heridas o golpes también ya fueron contempladas, y en lo referente a las heridas mismas se llegó hasta aceptar las circunstancias agravantes que se aprobaron para el asesinato. Agrega también que la modificación propuesta por el doctor Escallón puede ser presentada cuando esté presente el doctor Lozano, pues ya se adoptó el sistema de que el artículo aprobado por dos miembros de la Comisión se entiende aceptado ya de manera definitiva” (6).

Puede verse que según la fórmula que presentó el Dr. LOZANO, por el gerundio empleadó, la imposibilidad de obrar de la víctima debía ser efecto del maniatamiento o del amordazamiento: “...maniatarlas o amordazarlas poniéndolas en imposibilidad de obrar”. Se propuso, pues un tipo cerrado, en el sentido de que eran taxativos los motivos de la imposibilidad de obrar.

Según se lee en el acta 198, algunos de cuyos apartes ya hemos transcrito, “el doctor LOZANO presenta la siguiente fórmula que es aprobada”.

Pasó la fórmula del Dr. LOZANO al Congreso y según se lee en el Diario Oficial número 23316 del sábado 24 de octubre de 1936, en la página 231, con el número 405, aparece aprobada tal como lo propuso LOZANO con la única variación de una coma después de “amordazarlas”, así:

Artículo 405; 1...2...3...4: “cuando la violencia ejercitada sobre las personas consista en maniatarlas o amordazarlas, poniéndolas en imposibilidad de obrar” (7).

Sin embargo, el Diario Oficial número 23320 del 29 de octubre de 1936, en vez de “poniéndolas”, aparece “o las ponga”.

En este Diario Oficial ya no apareció el verbo “poner” en gerundio sino en modo subjuntivo: la expresión “poniéndolas” es cambiada por “o las ponga”.

Con lo anterior ya no estamos en presencia de un tipo cerrado sino abierto, con respecto a la determinación de la imposibilidad de obrar de la víctima: como dicen los autores, sería robo agravado el dar a la víctima algún narcótico, privarla del conocimiento, encerrarla en algún sitio, etc. Y es que los autores nacionales han comentado, he dicho, el artículo en la forma que aparece en el Diario Oficial, fórmula que no fue la aprobada por el Congreso, como hemos visto.

6. Trabajos Preparatorios, cit. Acta Número 201, página 235.

7. Diario Oficial, Bogotá, sábado 24 de octubre de 1936, número 23316, página 231.

¿Cómo se explica que aparezca otra fórmula diferente de aquella aprobada por el Congreso? El artículo 435 de la Ley 95 de 1936 autorizó al gobierno “una vez aprobado este Código”, “para ordenar su nomenclatura y para subsanar cualquier deficiencia de redacción o falta de armonía, que pudiera encontrarse en cualquiera de sus disposiciones”. Como se sabe, el gobierno envió el Código “una vez aprobado” a la Academia Colombiana de la Lengua, entidad que comisionó a los doctores MIGUEL ABANDIA MENDEZ y JULIAN MOTTA SALAS para que lo estudiaran e hicieran las correcciones pertinentes, así como a la Comisión de Asuntos Penales y Penitenciarios “para que en vista de aquellas modificaciones, presentara al gobierno el texto definitivo y corregido”. Una vez hecho esto, el gobierno dictó el Decreto 2300 de 1936, de septiembre 14, “por el cual se adopta el texto definitivo del nuevo Código Penal”. No nos es posible afirmar quién o quiénes y dónde se hizo esta modificación, que realmente rebozó la misión encomendada de “ordenar su nomenclatura” y corregir “cualquier deficiencia de redacción y falta de armonía”.

Lo importante es pensar en cuál de los dos textos es el aplicable. A mi manera de ver, el propuesto por el Dr. LOZANO en el seno de la Comisión Redactora y que fue el mismo que aprobó el Congreso. ¿Por qué mi anterior afirmación? Sencillamente porque el gobierno no tenía facultades para hacer modificaciones que cambiaran la sustancia de lo ya aprobado por el Congreso sino que se debió haber limitado a realizar una labor de simple pulimento (8) pues esta y no otra fue la facultad que le dio el Congreso en el ya aludido artículo 435 (en el texto definitivo corresponde al artículo 434).

Para el caso es aplicable lo dicho en otra oportunidad por la Honorable Corte Suprema de Justicia, cuando discutió el problema que presentaba (9) la expresión “mujer mayor de edad” del artículo 350 del Código Penal, según la publicación del Diario Oficial número 23320, pero que en el número 23316 no aparecía tal sino la de “menor”. Dijo la Corte: “Cabe entonces, concluir que tanto en las codificaciones como en el Diario Oficial número 23320 de 29 de octubre de 1936, se incurrió en un yerro tipográfico, al cambiar la palabra “menor” por el vocablo “mayor” pues es obvio que debe estarse al texto mismo de la Ley 95 de 1936 y a la publicación que, citándose a ella en el artículo 351 se hizo en el Diario Oficial número 23316 citado”.

Vemos entonces cómo la Honorable Corte Suprema de Justicia da aplicación al texto aparecido en el Diario Oficial número 23316 (10).

8. El gobierno estaba “limitado a eventuales variaciones de continente mas no de contenido del texto de la ley”, dice carteramente Alfonso Reyes Echandia, refiriéndose a hipótesis semejante (ver nota 10).

9. Decimos “presentaba” pues el mismo legislador resolvió cortar la discusión con la ley 16 de 1969, artículo 15”; el artículo 350 del Código Penal quedará así: “si la mujer fuere menor de 16 años y hubiere prestado su consentimiento...”.

10. Casación de 7 de noviembre de 1969. Gaceta judicial Número CXVIII bis (2283) pág. 74. El Tribunal Superior de Bogotá, con ponencia del profesor ALFONSO REYES ECHANDIA, (Auto de 21 de julio de 1972), estudió el problema que nos

Según lo que hemos visto, no debe aplicarse el artículo 404 numeral 4º en lo que dice: "o las ponga en imposibilidad de obrar". Se debe aplicar sólo en casos de maniatamiento o amordazamiento y sólo en estos casos. Quedarían fuera de esta causal eventos como la "máquina", puesto que apretar la nuca a otro poniéndose el sujeto por detrás, no es ni "maniatar" ni "amordazar"; también aquellos señalados por los autores como el "estado de inconsciencia" (BARRERA), "suministro de narcóticos" (BARRERA, MESA, PEREZ) o el "encierro" (MESA, PACHECO).

A propósito de esto es bueno reseñar una reciente decisión de la Honorable Corte Suprema de Justicia de abril 13 de 1978, que viene como anillo al dedo para explicar nuestra posición. Veamos los hechos: unos sujetos que simulan ser agentes de la autoridad penetran a una residencia "interesados" en hacer una requisita: "Los presuntos agentes empezaron inmediatamente a registrar la residencia en presencia de todos sus moradores, catorce entre hombres y mujeres adultos y niños, pero poco después se mostraron incómodos; entonces el "teniente" manifestó que era casi imposible efectuar adecuadamente el registro con tantas personas "estorbando" y dispuso que todas entraran en uno de los cuartos de baño, donde permanecieron con la puerta abierta bajo vigilancia de uno de aquellos, mientras los otros requisaban los dos pisos de la casa; y como al rato se quejaron, especialmente niños, de que allí hacía mucho frío, en gesto de cortesía y delicadeza les llevaron mantas, tapices y café para que pudieran estar cómodos.

"En el cuarto de baño permanecieron los moradores de la residencia como hasta las ocho de la mañana, cuando el que actuaba como jefe del grupo de supuestos detectives, a quien decían "teniente", ordenó que los trasladaran a la última pieza, la de la trabajadora doméstica, y allí los encerraron, no sin antes comunicarles que no podían salir antes de un cuarto de hora y que en la puerta quedaría un "agente" vigilándolos, pues los otros tenían que registrar también una casa vecina.

"Instantes después la residencia quedó en completo silencio y como a los diez minutos don NN, ya molesto por el largo encierro a que había sido sometido con sus familiares por los presuntos agentes de Decypol, salió de la pieza para protestar por ello y observar lo que afuera ocurría y entonces vio la casa desordenada y que ya ninguno de aquellos estaba allí, llegando así a la con-

ocupa en relación al numeral 1o. del artículo 232 de la ley 95 de 1936 (que corresponde al artículo 231, del "texto definitivo") que describía como comportamiento delictuoso la confección total o parcial de un documento falso. Después de hacer un recuento histórico de las vicisitudes atravesadas por el actual Código Penal desde la aprobación de la ley 95 del 36 hasta su puesta en vigor, conviene que el Decreto 2300 del 36 no podía derogar el texto original de la ley mencionada, inconstitucional el artículo 231 del actual texto del código penal en cuanto no reprodujo en No. 1 de la norma original y vigente el artículo 232 de la ley 95 de 1936 que contiene ese código, la sala se inclina por la aplicación de éste, mediante el uso del mecanismo de excepción de inconstitucional autorizado por el artículo 215 de la Carta Fundamental". Este auto puede consultarse en Foro Colombiano, número 47 mayo de 1973.

clusión de que habían sido víctimas de un robo por parte de tan habilidosos individuos, comunicando inmediatamente lo sucedido a los demás y a las autoridades de policía".

Estos son los hechos tal como fueron narrados en el auto de proceder y sobre los cuales tanto el Tribunal Superior de Medellín en Providencia de 29 de marzo de 1977 como la Corte en providencia de fecha ya aludida, condenaron a siete años de presidio por robo agravado.

Con base en estos hechos, la Corte afirma:

"Los autores del ilícito emplearon medios suficientes para impedirles toda reacción de defensa. El número de las personas que irrumpieron en su habitación, la fingida orden de autoridad competente (aspecto decisivo para anular protestar y excluir toda posibilidad de protección y amparo), la proximidad de otro esfuerzo policivo (la radiopatrulla estaba por llegar) y el mandato de reclúirse primero en un sanitario y luego en la pieza del servicio, siempre bajo la vigilancia de uno de los asaltantes, dispuestos a rigорizar su intervención y llegar a las consecuencias que fueran necesarias. (Estas subrayas no son del texto). Por eso (N.N.) no obstante aseverar los buenos modales de los delincuentes (y así tenía que ser para aparentar eficazmente su condición de agentes de Decypol), afirma que "nos encerraron", expresión que coincide con lo manifestado por su hermano T.T., anota que "nos metieron al baño dizque porque no dejábamos hacer nada con tanta gente que habíamos ahí. De ahí nos sacaron y nos llevaron para el otro baño, para el de la pieza de servicio". Los miembros de esta familia coinciden en indicar que uno de los autores del ilícito, del cual suministran sus físicas características, se dedicó siempre a vigilarles, al punto que no les permitía actuar en el más mínimo sentido. (Las subrayas son del texto).

Se trataría de una violencia tácita, que se contrapone a la efectiva, pero tiene un igual valor. La doctrina suele comprender dentro del concepto de violencia física no solamente la acción corporal que recae sobre la víctima, con absoluta prescindencia de su poder decisorio, sino también aquella que quebranta o paraliza su voluntad (vis compulsiva).

La interpretación del Tribunal no muestra, como lo recomienda el impugnador, un error manifiesto al aceptar una situación de violencia que impidió a las víctimas su posibilidad de obrar". (Las subrayas no son del texto).

Como se ve, la Honorable Corte deduce la "imposibilidad de obrar" de factores del todo ajenos al maniatamiento o amordazamiento: número de sindicados, el fingimiento de orden de autoridad, la proximidad de otro refuerzo, finalmente (y es lo que más recalca) "el encierro".

Creo, por lo visto, que diversa hubiera sido la decisión de la Corte si a tiempo se hubiera descubierto esta otra intromisión del ejecutivo en el texto del Código de 1936 aprobado por el Congreso y hoy ya maltrecho y parece que agonizante (11).

11. La causal entre las señaladas por el artículo 580 del C. de P. P. que entonces hubiera debido invocarse tendiente a casar la sentencia, no puede ser tratada aquí. Otro problema que se plantea es el de saber ante quién se debe demandar el numeral 4o. del artículo 404. Es ante la Corte Suprema de Justicia? Es ante el Consejo de Estado?

JURISPRUDENCIA

COSA JUZGADA EN MATERIA PENAL

Magistrado Ponente: Dr. Juan Fernández Carrasquilla

El delito continuado constituye una unidad indisoluble para todos los efectos legales, pues así lo dispone el artículo 32 del C. P. Juzgada una fracción del hecho continuado, todas las demás quedan juzgadas y sobre éstas no puede recaer nueva sentencia ni levantarse nuevo proceso, salvo que sean posteriores.

TRIBUNAL SUPERIOR SALA DE DECISION PENAL

Medellín, veinticuatro de mayo de mil novecientos setenta y siete.

V I S T O S

Por apelación del proceso conoce el Tribunal, en segunda instancia, del auto de proceder dictado por el Juzgado Octavo Superior de la ciudad en contra de ERNESTO DE JESUS GARCIA por los delitos de "falsedad en documentos" y "estafa".

El recurso no fue fundamentado, ni el contexto procesal permite inferir con claridad los motivos de la impugnación, salvo que el sindicado pretenda en realidad ser completamente inocente de las imputaciones que se le formulan, en vista de su reiterada alegación de que el cheque de marras lo recibió, junto con otro, de un niño desconocido que sólo le dijo que allí le enviaban "eso".

El señor Fiscal Tercero de la Corporación, tras encontrar la prueba sumarial gravemente comprometedor para el acusado, solicita la integral confirmación de la providencia impugnada.

Los hechos originarios del proceso fueron fielmente historiadados por el señor Juez a-quo de la siguiente manera:

"En hora indeterminada del veintisiete de octubre de mil novecientos setenta y cinco, en la heladería conocida como "La Rabe" del municipio de Santa Bárbara, Ernesto de Jesús García se dedicó a la ingestión de bebidas embriagantes. Cuando la cuenta ascendía a la suma de cuarenta y dos pesos con cincuenta centavos (\$ 42.50), llamó al administrador del establecimiento de nombre José Leonel Molina Villada a fin de solicitarle le recibiera un cheque por valor de doscientos pesos, girado por Adán Valencia contra la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero de la misma población, para cancelar la deuda contraída, pero con la advertencia de que solamente podía presentarlo para su cobro el diez de noviembre siguiente, por cuanto el girador carecía de fondos para ello. Molina Villada, sin ambages de ninguna naturaleza, aceptó la propuesta y entonces procedió a cubrirle el excedente con dinero efectivo. Pues bien, precisamente en las horas de la mañana del diez de noviembre José Leonel se encontró con Ernesto de Jesús en dicha localidad. Este le preguntó sobre si ya había cambiado el título valor, recibiendo respuesta negativa. Le insinuó entonces que no lo hiciera hasta las horas del medio día y que se dirigía hacia donde José Flórez para que le prestara los doscientos pesos. Al momento apareció éste, dueño de la chequera sustraída, manifestándole al ofendido que el documento pertenecía a chequera robada y por eso había perdido el dinero. Fue pues la razón para que el denunciante se trasladara a la Caja de Crédito Agrario, donde le protestaron el cheque porque la firma del girador no concordaba con la auténtica. Luego se inició la correspondiente investigación, operándose la captura del responsable" (fs. 53-54).

La Sala no va a detenerse en el mérito de la cuestionada providencia, porque observa que el proceso se ha rituado con pretermisión de claras reglas de unidad procesal y fundamentales garantías de conveniencia para el reo. No obstante haber en el expediente constancia inequívoca de que el hecho investigado es apenas sí una parte o fracción de un delito continuado, cuya unidad jurídica y procesal es irrompible, el sumario se adelantó por separado y de esta guisa pretendió concluirse, para arribar, desde luego, al resultado eventual de la acumulación material de penas tras dos sentencias condenatorias por dos hechos distintos, cuando en realidad el hecho es legalmente uno solo, al tenor del artículo 32 del C.P., que es aquí una de las normas violadas.

Desde su indagatoria dijo el procesado que el cheque de doscientos pesos a que estas diligencias se refieren lo obtuvo conjuntamente con un cheque por cincuenta y dos mil pesos que también puso en circulación en los mismos días. A folio 34 vto., el instructor certifica sobre la existencia del proceso penal adelantado por el otro cheque espurio e igual cosa consta a folio 48 vto. por directa petición del juez del conocimiento. No obstante la inquietud que el

a-quo tuvo al dictar el auto ampliatorio de la investigación, ordenando la averiguación del estado del otro proceso "a fin de establecer si se trata de un posible delito continuado" (fs. 33 fte.), nada hizo para unificar los procedimientos. Pero **tampoco** en el otro proceso, en el que igualmente constaba la existencia del presente, se hizo nada en tal sentido. Se ha actuado, pues, como si las varias fracciones de un delito continuado, objetivamente separables pero teleológicamente fusionadas por **ministerio** de la ley, pudieran ser objeto de diversos procesos penales. La regla general es, sin embargo, que un proceso debe tener un solo objeto procesal, pero debe abarcarlo universalmente porque ningún aspecto o fragmento del mismo podrá ser revisado en distinto proceso. Luego de sentar que la unidad del objeto procesal se circunscribe por la "identidad subjetiva" (autor) e "identidad objetiva" (hecho), advierte BELING que "dos actos punibles independientes constiuyen siempre dos objetos procesales. En cambio, un delito a los efectos del derecho penal representa un objeto procesal, aún tratándose de una pluralidad de actos jurídicamente "dependientes", por ejemplo el delito continuado". (Derecho Procesal Penal, pág. 85).

Pero estamos, en realidad, ante la hipótesis de dos actos legalmente unificados en la figura del delito continuado a virtud de la unidad de designio criminoso? En orden a decirlo vale tener en cuenta que ambos cheques fueron falsificados por el mismo sujeto, en desprendibles de la misma chequera sustraídos a su patrón José Flórez y que ambos sucesos tuvieron ocurrencia dentro del mismo marco espacio-temporal y bajo la misma tensión o pulsión de aprovechamiento de la misma oportunidad delictiva, sin duda con el mismo ánimo de lucro.

La indisoluble unidad jurídica, procesal y existencial de las mencionadas conductas, se apreciará mejor al reparar en el relato de los hechos efectuado por este Tribunal al confirmar la sentencia que se dictó por el cheque de los cincuenta y dos mil pesos, con ponencia del H. Magistrado doctor Jaime Ruiz Restrepo, mediante fallo del 23 de abril de 1977.

"Quiso Ernesto de J. García comprar a Raúl Ruiz Cuartas, el 9 de noviembre de **este mismo** año (1975), unos muebles que en total sumaban el valor de noventa mil (\$ 90.000.00) pesos, los que cancelaría con un cheque por valor de cincuenta y dos mil (\$ 52.000.00) pesos, y el dinero restante, en efectivo, que pagaría unos días después. Entregó García el cheque a Raúl Ruiz, quien antes de que perfeccionara el negocio, y de entregarle los muebles, averiguó con el señor Darío Mejía, quien figuraba como girador del instrumento, constatándose que él, no había girado el cheque, ni era ese el número de su cuenta".

"Plenamente se comprobó que el cheque N° 027470 pertenecía a la cuenta N° 073 del señor José Flórez, a quien en esos **mismos** días se le perdió su chequera. Y plenamente se comprobó también que Ernesto de Jesús Correa fue quien falsificó el cheque que entregó a Raúl Ruiz, pues así concluyó el perito grafólogo después de analizar las graffias suministradas por el procesado, en dictamen que obra a fs. 55 y 56 del expediente. Además su no-

via, María Consuelo Castañeda, que estaba presente cuando el procesado entregó el cheque a Raúl Ruiz, manifestó que "...Ernesto lo firmó hay, y se lo entregó al señor Raúl, yo no le puse atención a eso, me parece que él lo firmó por detrás y le puso el número de la tarjeta de identidad, no se decir más sobre eso del cheque".

"Igualmente se estableció que el procesado trabajaba con el señor José Flórez, dueño de la chequera, en su carpintería, en la que permanecía solo en algunas oportunidades; que el cheque fue elaborado en la máquina de escribir de propiedad del señor Bernardo Valencia, quien a folios 11 y en diligencia de careo con el procesado (fls. 20), sostiene que este muchacho García le pidió el favor de confeccionar el instrumento negociable; y como el mismo procesado lo aceptó, fue él quien entregó al señor Ruiz tal cheque, sólo que quiso desvirtuar su responsabilidad, al manifestar que un menor para él desconocido le entregó el cheque el que recibió al darse cuenta que estaba elaborado a su nombre, explicación que en ningún momento puede atenderse, máxime cuando el señor Leonel Molina también entregó otro cheque perteneciente a la chequera del señor Flórez, conducta esta que fue investigada por separado, a pesar de que bien podían haberse acumulado los procesos".

Ahora bien:

Los largos intervalos de tiempo pueden ser indicios del rompimiento de la unidad de designio, pero esto no puede tomarse como regla inquebrantable o fácil expediente. Dice por ello REYES que "resulta indiferente que la multiplicidad de conductas se efectúe en un mismo ciclo temporal o en oportunidades distintas, siempre que un prolongado lapso entre ellas no modifique o haga desaparecer la unidad psicológica que integra la figura" (Derecho Penal, 175). Para CORREA, "continuar el delito conforme a lo originalmente resuelto" significa, ni más ni menos, "completar con acciones futuras lo ya realizado para concretar el objeto propuesto" (Delito continuado, 137), de suerte que las conductas se realizan objetivamente en distintos tiempos cronológicos y subjetivamente en el orden de la misma preocupación existencial, es decir, en el mismo presente vital que se prolonga porque no agotó sus posibilidades en las cristalizaciones iniciales. "Cuando efectivamente media unidad de resolución, ella no es destruida por el hecho de que tal resolución única sea ejecutada en tiempos y espacios diversos. Estas circunstancias de unidad de tiempo y lugar sóloamente son tomadas en cuenta como exponentes de una eventual incompatibilidad con la unidad de resolución" (SOLER, Derecho Penal Argentino, II, 304-5).

Si la justicia estimó mal la tipicidad del conjunto de los actos imputables, ateniéndose a un formalismo abstracto y contrario a las leyes materiales tanto como a las instrumentales, o si descuidó integrar las varias pesquisas en un solo proceso a efectos de surtir un juzgamiento unitario e indivisible, estos yerros no pueden perjudicar al acusado. Porque es absolutamente contrario a la justicia imputar dos delitos cuando de verdad no existe sino uno, o condenar por cuatro cuando a lo sumo podría quizás hablarse de los dos (falsedad

documental y estafa, ambos continuados y en concurso real, según la tesis tradicional, o bien solamente la primera infraccional). Lo cierto es que, como se ha visto y consta en los autos, los juzgamientos sí pudieron y debieron integrarse. Y contra la tesis de la cosa juzgada, que va a aplicarse, nadie dice que los jueces no hubieran dejado constancia expresa y clara de estar procediendo por un delito continuado, pues lo cierto es que éste constituye un mismo hecho (un solo objeto procesal, por tanto) para los efectos del artículo 115 del C. de P. P., porque así lo dispone expresamente sin restricción alguna, el artículo 32 del C. Penal. Dice por ello WELZEL:

"El objeto de enjuiciamiento lo constituyen todos los actos particulares que quedan comprendidos en la relación de continuidad (también los no conocidos) y el fallo que produce cosa juzgada respecto de un hecho continuado, resuelve todos los actos particulares que pertenecen a él, aún aquella que no han sido considerados o no eran conocidos" (Derecho Penal Alemán, pág. 315).

En el mismo sentido se pronuncia MAURACH (Tratado de Derecho Penal, II, 429) y SAUER (Derecho Penal, pág. 346).

Para que el delito continuado exista como tal, jurídicamente, "los actos particulares posteriores han de producir sóloamente una ampliación del mismo contenido de injusto". Signa WELZEL con maestría (Ob. cit., 313). Esta "ampliación" o agravación del mismo tipo de injusto es fácil apreciarla en los delitos que atacan un bien jurídico cuantitativamente mensurables, como los económicos. Pero en los otros también cabe o puede haber la continuidad, aunque el criterio cuantitativo no sea tan claro, es decir, sea más moral que material. Sabido es que la jurisprudencia nacional ha admitido la continuidad en los delitos contra la fe pública, cuando el aprovechamiento de idéntica oportunidad o tentación revela la unidad intencional que fusiona los diversos actos. Aplicables son al caso las enseñanzas de MAURACH, para quien el aspecto subjetivo de la figura, de suyo problemática, del delito continuado, queda bien definido al decir que "subjetivamente presupone la reunión de los particulares "delitos objetivamente independientes" en una unidad de acción, de suerte que el acto renueva la misma o similar resolución de actuar bajo la eficacia motivadora de circunstancias iguales o esencialmente iguales" (Ob. cit. II, 432). Difícil sería dar una distinta o mejor formulación al alcance de la unidad de designio criminoso", porque ésta es lógica y ontológicamente imposible si se la entiende como identidad y conlleva a injustas soluciones (que favorecen más al reflexivo y frío programador que al débil claudicante ocasional) si se adopta el criterio severísimo del "plan conjunto" o el "programa total". En autos está claro que el agente procedió, previa la unidad de los actos preparatorios comunes (sustracción conjunta de dos desprendibles en blanco) a renovar el mismo propósito ante una situación idénticamente similar, atacando el mismo bien jurídico para producir con el último acto una reafirmación agravante del primer resultado.

"Una acción continuada —escribe E. SCHMIDT— constituye también un suceso histórico unitario en el sentido del derecho penal material, sólo cuan-

do se entiende el concepto encerrado en sí, desde el punto de vista social, una unidad de sentido. Todos los elementos particulares llevan en sí el carácter de lo fragmentario y están unidos por el "dolo común" dirigido a la continuación de un acto a otro; y por la relación inmanente al resultado común a que se aspira; y que no se pueden considerar independientes ni en el sentido jurídico material, ni en el sentido procesal. Resulta, por tanto, que la sentencia firme en que se condena al acusado por una violación de la ley cometida en forma continuada, comprende todos los actos particulares comenzados antes de la publicación de la sentencia y que forman parte de la relación continuada, siendo indiferente si el juez los ha considerado o no, si pudo o no hacerlo y si tuvo o no motivo y ocasión de procurarse su conocimiento. Siempre que un acto particular perteneciente a una relación continuada está en unidad de hecho con otra violación de la ley, el deber de cognición universal del juez se extiende también a esta última infracción. Si la misma escapa a la apreciación del Tribunal, y la sentencia que se refiere al hecho continuado hace cosa juzgada, ya no es posible el juzgamiento de esa infracción" (Los Fundamentos Teóricos y Constitucionales del Derecho Procesal Penal, págs. 177-78).

Se equivoca, pues, el doctor A. ORTIZ RODRIGUEZ al sostener, en su ensayo sobre "La cosa juzgada penal", que la palabra "hecho" tiene distintos significados en los artículos 32 del C.P. y 115 (antes 103) del C. de P.P. Ello puede ser cierto ontológicamente (aunque es dudoso), pero no jurídicamente (lo que sí es muy claro), porque los varios hechos del delito continuado los fusiona la ley en un solo hecho, para todos los efectos legales. El artículo 32 dice que "se considera como un solo hecho..." mientras el citado ensayista tiene que concluir expresamente, para sostener su desfavorable tesis, que para efectos de la res iudicata la repetida infracción a que se refiere esa norma dizque "no se considera como un solo hecho", conclusión que está en manifiesta pugna con el derecho positivo escrito, tanto si se lo mira en su expreso tenor literal cuanto en su sentido racional o fin (Rev. Temas de Derecho Penal, N° 1, págs. 49 y 50). Realidad o ficción, el delito continuado conforma una irrompible unidad jurídico-penal y jurídico-procesal. No puede escamotearse el argumento de que si todas las "fracciones" de la infracción continuada son "legalmente", "un solo hecho", cada una o varias por separado no constituyen un hecho (el hecho juzgable), sino tan sólo parte de él, y ciertamente no es posible que un delito unitario se juzgue por parcialidades en procesos separados. Si la figura legal de la continuidad exceptúa las reglas del concurso de delitos, la prohibición de regreso de la ley a la general existirá siempre, ya que la ley no ha creado contra-excepciones y este defecto no puede suplirlo el intérprete judicial; y, sin embargo, el separado juzgamiento conduce de la mano a la punibilidad por acumulación aritmética de penas, que ni siquiera a la acumulación jurídica que para el concurso material está previsto en el Derecho Penal Colombiano. De haberse juzgado en un sólo proceso los dos actos de que se trata, como debió ser y pudo ser, tal vez la pena impuesta a Ernesto García se hubiera incrementado un poco; por tanto, impedir el nuevo juzgamiento aparea la posibilidad de un poco de impunidad. Pero esta es una secuela lógico-

jurídica de que el ordenamiento colombiano, a diferencia de otros sistemas penales y procesales, no permite revisar ordinariamente la condena para ajustarla a las tasaciones que nuevos aportes determinen. Es, pues, la propia ley la que ha querido que el valor de seguridad (individual-social) prevalezca en la hipótesis sobre el valor justicia material, y esta escogencia axiológica del legislador puede el intérprete criticarla, pero jamás burlarla, eludirla o inadvertirla. En casos así hay que pensar al revés el célebre aforismo *dura lex sed lex*: suave es la ley, pero es la ley; y quizás la ley ha proferido esto porque *summum ius summa iniuria*: el extremo tecnicismo lógico formal del derecho suele aparejar graves injusticias y frente a éstas los sistemas democráticos y liberales garantizan el bien individual sobre el bien común. De aquí el *favor rei* en lugar del *favor societatis*.

Como, en conclusión, ya una parte del hecho fue juzgada por sentencia en firme, no es posible juzgar por separado la otra parte. Huelga considerar que este último quedó también incluido en el primer juzgamiento, dada la inquebrantable unidad histórica, jurídico-penal y jurídico-procesal del hecho debatido, que es un solo delito integrado por varios actos separados que, en razón de la unidad de propósito, conforman una inescindible unidad finalista. Se revocará, pues, la resolución que se revisa por la vía de apelación y en su lugar se ordenará la cesación extraordinaria del procedimiento, de conformidad con el artículo 163 del Código de P.P., porque la acción penal no podía iniciarse ni puede proseguirse por separado, dado que sobre el delito mismo recayó ya una condena ejecutoriada, que hace cosa juzgada con respecto a lo que en este proceso se debate.

Así, entonces, en desacuerdo con el señor Fiscal, el Tribunal Superior de Medellín, en Sala de Decisión Penal, *REVOCA* el auto de fecha, origen y contenido indicados y en su lugar *RESUELVE*: Declárase que, por efecto de la cosa juzgada penal, la acción penal no puede proseguirse en este proceso. Se ordena, en consecuencia, la cesación de todo procedimiento contra el procesado ERNESTO DE JESUS GARCIA, por los cargos de "Falsedad en documentos" (cheque) y "estafa" de que trata este expediente. Revócase el auto de detención y se ordena la libertad incondicional del procesado por cuenta de este sumario (quedando, pues, solamente con cuenta de la causa que le adelanta el Juzgado 10 Superior de la ciudad).

Discutido y aprobado en sesión de la fecha, según consta en el acta respectiva.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVA.

Mayo 24 de 1977.

Magistrados, Juan Fernández Carrasquilla, Fernando Gómez Gómez, Alvaro Medina Ochoa, Oscar Vallejo Tobón, Secretario.

FALSEDAD EN FOTOCOPIAS

Para que exista el delito de falsedad es menester que se refiera a hechos que el escrito deba probar. Cuando la falsedad versa sobre fotocopias, solo si éstas están autenticadas se constituye el delito.

Magistrado Ponente: DR. HECTOR JIMENEZ R.

LOS HECHOS

El señor N.N., alumno de la Facultad de Ciencias Agrícolas de la Universidad Nacional de Colombia (seccional de Medellín), quien no había culminado aún sus estudios académicos y de consiguiente carecía de título profesional, logró vincularse, en esas precarias condiciones, a la "Corporación Regional de Desarrollo de Urabá" (Corpourabá), según Resolución N° 2.700 de 15 de noviembre de 1977 y acta de posesión extendida el 1° de diciembre del mismo año. Resultó, sin embargo, que los reglamentos de ese organismo exigían, para el desempeño de determinados cargos —y el asignado a N.N. era uno de ellos—, la calidad de profesional en la rama en que actuaba, y por exigencias de auditoría se requirió al elegido para que procediese a llenar ese requisito. Con el específico fin de conservar su posición, el requerido dióse a idear la forma de superar el obstáculo, logrando hacerse a *la copia auténtica de un acta de grado* de la citada Facultad universitaria (la distinguida con el número 56 de 10 de noviembre de 1972), en la que aparecía, al lado de otros nombres y especialidades, un elenco de doctorados en la rama "Ingeniería Agrícola", en número de catorce (14), la misma que utilizó como modelo —eso afirma en su indagatoria— para tomar de ella una "fotocopia" o reproducción mecánica, luego de hacer el siguiente truco o composición: "lo que pasa es que el acta que me encontré tenía tres hojas, sin membrete, y yo arreglé la segunda (intercalando allí su nombre, aclara la Sala), entonces al presentarla me quedaba con firma y sello, la firma que tenía era la de la Secretaría de la Universidad Nacional..." (folios 202 v., subraya el Tribunal).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

"Ahora bien, la Universidad Nacional de Colombia es un organismo estatal, y por ende, los documentos expedidos por las autoridades que la regentan, en uso de sus funciones, tienen la calidad de públicas. De igual manera, las copias tomadas de los escritos originales, con garantía de autenticidad, y autorizadas por firma responsable, comportan el mismo valor probatorio que éstos (artículos 251, 252 y 254 del C. de P. Civil).

Lo que se trata de dilucidar y establecer aquí es si la fotocopia utilizada por N.N., como reproducción de la copia auténtica del acta de grado, tiene fuerza y calidad de documento.

Se entiende por tal todo escrito que atesta un hecho, o una relación jurídica o tiende a demostrarlo. Pero para que ese escrito documentario tenga

el carácter de público u oficial es necesario que esté autorizado con la firma del respectivo funcionario, extendido con sujeción a las formalidades legales, y que ese mismo funcionario tenga facultad legítima para actuar en él, abonándolo.

"La firma es en los documentos, enseña la Corte Suprema de Justicia en la casación penal de 19 de junio de 1975, particularmente en los públicos, el principal signo de autenticidad. El Estado, que disfruta del privilegio de impartir la máxima autenticidad y, por lo tanto, el mayor valor probatorio, a los documentos que de él emanan en su calidad de persona de derecho público, lo ejerce por medio de signos visibles que muestran de inmediato la procedencia del documento, signos llamados de autenticidad que unas veces son de carácter sustancial y hacen referencia al contenido de los documentos, otras, las más, de índole formal como sellos, aspecto del papel en que se escribe, y que otras son de naturaleza formal y sustancial al mismo tiempo como la firma del funcionario, que aunque es uno de los principales signos exteriores, tiene repercusiones sustanciales ya que exterioriza el ejercicio de la función pública, lo que imparte su fuerza probatoria al escrito".

"Así, pues, como lo ha dicho la Sala, cuando uno de tales escritos no va firmado por el funcionario, *carece de carácter documental* salvo que la ley establezca expresamente lo contrario" (subraya el Tribunal).

La autenticidad de un documento consiste en la certeza (convicción que excluye toda duda) de que es obra de la persona a quien se atribuye haberlo manuscrito, extendido o elaborado.

De esa certeza está revestido ab initio el documento público o la copia certificada del mismo que bien puede consistir "en transcripción o reproducción mecánica". El escrito así amparado con la presunción de veracidad de su contenido y forma tiene por objeto establecer la existencia de obligaciones o de derechos, y éstos no pueden imponerse o reclamarse de determinada persona, natural o jurídica, si no hay seguridad de que de ella proviene el escrito que los consigna. De ahí que la ley y la doctrina procesales insistan en la trascendencia de la firma del funcionario público (juez, notario, secretario, empleado administrativo o de policía), requisito, observa Devis Echandía, "indispensable para que exista el documento público, pues sin ella no se considera autorizado por él" (Derecho Procesal Tomo II, Ed. 1972, pág. 395).

Las copias de documentos o su reproducción mecánica gozan del mismo valor del original cuando han sido autorizadas por un notario, o funcionario público en cuya oficina se encuentra el original, si están autenticadas por juez o notario, previo el respectivo cotejo, o en la hipótesis de que aparezcan compulsadas del original o de copia auténtica en el curso de inspección judicial (artículos 253 a 255 del C. de P. Civil).

Para rectificar el criterio del señor Juez y de la Fiscalía es muy importante saber que "Las copias no son simples reproducciones de un original,

ESTADO DE NECESIDAD Y DISTRIBUCION DE MARIHUANA

Dr. Héctor Jiménez Rodríguez

LOS HECHOS

En horas de la noche del treinta (30) de junio de mil novecientos setenta y ocho (1978) el agente de la Policía Nacional, R.R., se acercó cautelosamente a un simulacro de venta de cigarrillos que funcionaba en la carrera 51 con la calle 44, de esta ciudad, a cargo de la mujer S.S., con tan buena suerte que, al hacerlo, sorprendió a L.L. en posesión de un "pucho" que fumaba, pero que deglutió tan pronto se impuso de la presencia del uniformado. Al interrogarlo sobre la forma como había adquirido el vegetal, señaló como vendedora a la mencionada S.S., pues que a ella había comprado la pequeña dosis en la suma de cinco pesos. Sobre esa pista, el agente procedió a inspeccionar el lugar, encontrando treinta (30) papeletas con hierba que la mujer ocultaba dentro de un empaque de cigarrillos extranjeros (folios 1 y 2).

El adquirente de la sustancia, tanto en su versión voluntaria ante la Policía Judicial (folios 3), como en su indagatoria (folios 10 v. a 12) y en el careo que sostuvo con la vendedora (folios 24 a 25), fue suficientemente expreso en la afirmación de que de manos de ésta recibió "un cosito de cinco pesos" que "me lo tragué"; y a renglón seguido le lanza la imputación de que "la requisaron y en el suelo le encontraron una caja de Marlboro que era la que contenía la marihuana".

Por su parte, el agente autor del procedimiento fue enfático en sostener que al requerir a L.L., quien ya había ingerido el estupefaciente, para que le indicara la persona que se lo había vendido, le señaló a S.S., a quien decomisó en el acto "30 puchos envueltos en papel brillante" (folios 33).

Tampoco la inculpada tuvo obstáculos para admitir la verdad de ese decomiso, y con la mayor frescura afirmó que acostumbraba comprar "un paco de cincuenta pesos" que revendía después al público, "cada bolita a cinco pesos"; que desde unos cinco meses atrás venía entregada a esa ilícita actividad; y que, ciertamente, el policía recogió la marihuana del suelo "pero sí es mía" (léanse las intervenciones de la procesada a folios 4, 7 a 9, 24 a 25 y 98 a 100).

Mayor de cincuenta años, esta mujer, desde los albores del proceso y no a última hora, siempre expuso que su aguda indigencia la llevó a incurrir en la conducta que se le reprocha, pues que revendía la marihuana para el exclusivo fin de procurarse el sustento propio y el de sus pequeños hijos, a los cuales hay que sumar uno más de crianza. Esto dijo en algunos pasajes de su indagatoria: "... estaba muy pobre, aguantaba hambre... las tenía (las papeletas con hierba, se aclara) par vender porque si no con qué iba a comprar la comida del otro día", agregando que obró aconsejada por una vecina en el sentido de que se dejara de vivir en permanente hambruna (folios 8 f. y v.). Y en iguales o parecidos términos se expresó en el acto de la audiencia pública.

sino que además de la identidad del texto y demás circunstancias, deben ser expedidas y autenticadas por funcionario competente, en ejercicio de sus funciones. Cuando llenan todos estos requisitos tienen el mismo valor que el respectivo original y las alteraciones que sufran, si son dolosas, constituirán delito de falsedad documental" (Romero Soto, La Falsedad Documental, Ed. Temis, 1960, pág. 176). También Devis Echandía sostiene el criterio de que la copia sólo tiene el valor probatorio del original cuando ha sido expedida con las formalidades legales (ver Ob. Cit., pág. 389), es decir, las que establece el Código de Procedimiento Civil, ya invocadas, en armonía con los artículos 261 a 263 del C. de P. P.

Para que se advierta más la irrelevancia jurídica del apócrifo escrito que utilizó el acusado, es bueno transcribir este aparte de la obra de Romero Soto, quien refiriéndose a la clasificación de los documentos públicos observa que "La segunda especie de esta clase (documentos de certificación) de actos o documentos de certificación es la puesta al pie de documentos que contienen la transcripción integral de otros y en la cual el funcionario hace constar que esa reproducción sigue fielmente el original. Es lo que, entre nosotros se conoce con el nombre de autenticación de la copia" (subraya la Sala, La Falsedad Documental, 2ª Ed., Edit. Presencia, 1976, pág. 72).

Si la burda copia que utilizó N.N. carece de todo valor probatorio, por ausencia de autenticación, es lógico que ella adolece de mérito documental (el documento no existe jurídicamente) y por lo mismo de entidad para atacar la seguridad y la certeza de la prueba literal.

El falsario no logró entonces inmutar la verdad, cambiando el sentido de un documento auténtico, ya que, se insiste, para completar su acción debió certificar, suplantando a la Secretaria de la Universidad, que esa copia o reproducción mecánica acataba de manera fiel algún original.

No está satisfecho entonces el recaudo probatorio que demanda el artículo 439 del C. de P. P., lo cual significa que es obligante la revocatoria del auto sub examen y la libertad incondicional del acusado.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVA.

Septiembre 30 de 1978.

Los Magistrados,

J. Héctor Jiménez Rodríguez

Alvaro Medina Ochoa

Luis Alfonso Montoya Cadavid

Alberto García Quintero
Secretario.

El señor Fiscal sostiene que el concubinario de S.S. contribuye con su cuota al sostenimiento de la casa, olvidando que es un modesto albañil, con sesenta y tres años de edad que, como él mismo lo asegura (folios 9 a 10), han transcurrido cuatro y hasta cinco semanas sucesivas sin registrar el más mínimo ingreso, por carencia de trabajo. Y para colmo de males es un intemperante en la bebida, lo que multiplica los apuros económicos de ese hogar.

No serán meras disculpas de la acusada, cuando a sus lamentaciones se suman las voces de dos testigos, las señoras F.F. y J.J. Asegura la primera que con pesar la ha obsequiado con una libra de panela para preparar un desayuno frugal, conmovida por la extrema pobreza de su vecina (folios 19). Y la segunda, ponderando esa situación calamitosa de la inermis y de las personas con quienes convive, dice: "ellos son muy pobres, pues les toca hasta aguantar hambre" (folios 21 v.).

Considérese, además, y es justo que se tenga en cuenta porque el fin fue laudable, que buena parte de los limitadísimos o reducidos ingresos que ella percibía, derivados de la venta de los estupefacientes, los invertía en el estudio de una de sus hijas (léase a folios 7 f.).

De otro extremo, obsérvese que a S.S. la aqueja una "tuberculosis pulmonar", que a la hora actual debe estar muy evolucionada, y no es desatinado pensar que el origen de esa dolencia pueda estar en las largas y repetidas privaciones a que ella estuvo expuesta (ver folios 44).

Así la sustancia a ella decomisada, cuyo peso neto era de 6.148 gramos, fuese de naturaleza estupefaciente, tal como se demostró con la pericia de folios 27, y que se la hubiera sorprendido en el acto de traficar con ella, el hecho claro es que esta mujer ha vivido en una situación de indigencia casi permanente. Es que muy lánguidas debieron ser las entradas que registraba en una pequeña venta de buñuelos, la misma que el Colaborador-Fiscal señala como suficiente para atender al sustento suyo y de la familia.

Aquí es donde se presenta el conflicto o choque de dos derechos, igualmente protegidos por la ley, cuando por preservar uno se viola el otro. Subsistir es un derecho subjetivo de la persona humana, tan respetable y trascendental que, en casos especiales, es lícito anteponerlo a cualquiera otro, cuando por los medios ordinarios y permitidos no puede conservarse, con grave riesgo. Ese es el caso de autos, y la Sala encuentra plenamente establecido que los motivos determinantes de la acción delictuosa, traducidos en un estado de apremiante necesidad, justifican el comportamiento que se ha querido llevar al campo punible.

Si el Ministerio Público estima que la acusada bien puede dedicarse a actividades lícitas para atender a la subsistencia de la casa, sin necesidad de recurrir al delito, y que sus ingresos, aunque modestos, servían a ese objetivo, fue porque no tuvo en cuenta que el estado de necesidad, como fenómeno jurídico, no lo determinan medidas matemáticas precisas, por ser de orden puramente subjetivo, que exige estudiarlo a la luz de cada caso particular, pues

lo que basta a una persona para sobrevivir, puede ser insuficiente para otra, según sea su posición social, edad, medio geográfico, costumbres, número de personas a cargo, etc., amén de que el acceso a las fuentes de trabajo —cuando existen en el país— es oportunidad de la cual no disfrutaban siquiera todas las personas con alguna formación intelectual o especializadas en algún oficio.

Sobre el particular ha sostenido esta misma Sala que en tales eventos "se plantea un enfrentamiento o conflicto de derechos, y por ello es indispensable buscar la equivalencia entre ellos. Es que el principio contenido en el artículo 25, (num. 2º del C.P.), no puede interpretarse en sentido literal, restringido tan sólo a los delitos contra la vida y la integridad personal, puesto que la conservación de la existencia amenazada, no ya por la agresión ajena, sino por la ausencia y escasez de bienes de fortuna que propendan al sustento, vestido, drogas, etc., es un derecho individual tan respetable y protegible como es el de la sociedad para que el Estado la libre de los nocivos efectos que acarrearán el uso y comercio de narcóticos. Por eso escribe el tratadista Fernando Díaz Palos en su obra "Culpabilidad Jurídico-Penal", en la parte que trata sobre el "Estado de Necesidad", que la extensión de este estado especial, "en cuanto a los bienes amparados, ya hemos adelantado que, virtualmente, los comprende a todos: Vida e integridad física, honestidad, honor, libertad y propiedad, en contraste con la raquílica concepción, ya periclitada, que sólo permitía el ataque a los bienes patrimoniales. Y en cuanto a las personas que pueden actuar en estado de necesidad está admitido que lo hagan, además de quien personalmente lo sufre, los terceros íntimamente vinculados al necesitado". (página 85).

De ahí que no esté en lo cierto el señor Juez cuando se quedó corto en la valoración de ese comportamiento que la Sala deja diseñado, al ubicarlo dentro de las previsiones del artículo 27 *ibídem*, como si la inculpada simplemente hubiese excedido los límites impuestos por la necesidad, de donde surge el deber de revocar ese fallo condenatorio para trocarlo en uno absolutorio. Es que, se insiste, al amparo de la confesión libre, espontánea, circunstanciada y verosímil que hizo la señora S.S. y que respaldan en lo esencial testigos dignos de crédito en virtud de su conocimiento íntimo del suceso, de la manera como declaran y de la ausencia de cualquier motivo que los aleje de la verdad o que indique yerro en sus percepciones (C. de P. P., artículos 236 y 264), la causal de justificación del hecho no desborda el marco de la norma que acaba de citarse, ni trasunta exceso punible, ya que en lenguaje diáfano y muy expresivo asegura la inculpada "que yo no vendía (la marihuana, aclara la Sala) para llenarme sino para comer con mis hijas, podía ser con setenta pesos y con eso comía" (folios 8 y 99).

Sin necesidad de otras consideraciones y en desacuerdo con el Ministerio Público, el Tribunal Superior de Medellín, Sala Penal de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **REVOCA** la sentencia de fecha, origen y contenido indicados, y, en su lugar **ABSUELVE** a S.S. del cargo (venta de marihuana) que originó su llamamiento a juicio.

En consecuencia, se dispone la cancelación y entrega de la fianza constituida para gozar de libertad provisional.

No es el caso de revisar en sede de consulta, por los motivos expuestos en la parte considerativa, el sobreseimiento definitivo de que se hizo mérito.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVA.

Julio 4 de 1979.

Los Magistrados,

J. Héctor Jiménez Rodríguez

Alvaro Medina Ochoa

Luis Alfonso Montoya Cadavid

Alberto García Quintero

Secretario.

VEREDICTO Y CONTRAEVIDENCIA

Dr. Fernando Gómez Gómez

Consulta el Juzgado Décimosegundo Superior de esta ciudad, la providencia proferida el catorce de diciembre del año próximo pasado, mediante la cual absolvió, con fundamento en el veredicto emitido por mayoría "NO ES RESPONSABLE POR FALTA DE PRUEBA PLENA", a GILBERTO DE JESUS VANEGAS LONDOÑO, quien había sido enjuiciado por ese mismo despacho en providencia que esta Sala confirmó. Concluido el trámite de rigor y escuchado el parecer del señor Agente del Ministerio Público —partidario de que se declare el veredicto contrario a la evidencia de los hechos—, se procede a estudiar de fondo el proceso en esta instancia, ante la ausencia de motivos de nulidad en lo actuado.

A los hechos se refirió la Sala en anterior oportunidad así: "Hugo Ruiz Pérez, hombre de 31 años, se acercó en estado de embriaguez a la tienda de bebidas y abarrotes del señor Vicente Acevedo, localizada en el vértice de la calle 71 con la carrera 30 de la nomenclatura local (barrio Manrique Oriental), donde tomó por sus hombros a la jovencita Nidia Vanegas Castro, de 15 años, que se encontraba cerca a la puerta de ingreso del referido establecimiento. Eran las siete de la noche del 26 de marzo de 1976 (viernes). Como su padre Gilberto Vanegas se encontraba en el citado ventorrillo en compañía de su compadre Jesús Antonio Zapata ingiriendo algunas cervezas, recriminó al intruso por su comportamiento. Hubo por ello discusión entre ambos, motivo que movió a Zapata a acercarse con agresividad a propinarle a Ruiz fuerte botellazo en la región frontal, al punto de haber destruido el envase de cerveza utilizado. Obvio que el agredido tambaleó, instante aprovechado por Vanegas para arremeter, igualmente, a golpes de pies y manos, contra el mismo hombre, labor en la cual intervino también su amigo Zapata. Ruiz Pérez como era de esperarse se fue de bruces al piso, luego de dar tumbos en un muro o pared y un arrume de adobes y ladrillos existentes allí entonces, para desplomarse en una cuneta,

donde, claro, esgrimió el revólver Smith 32 largo de propiedad de su padre que portaba y realizó un disparo que no hizo blanco en ninguno de sus agresores. Estos, sin espera, imposibilitaron a la víctima a pura fuerza corporal, impidiéndole la posterior utilización del arma de fuego, forcejeo que le permitió despojarlo de ella para quedar en manos de Vanegas Londoño, quien por el ímpetu psicológico del zafarrancho, hizo uso de la misma contra aquel incrustándole un proyectil en la región clavicular que produjo lesión de la vena cava superior, cuya subsecuente anemia determinó su óbito cuatro días después (marzo 30) en el Hospital Universitario San Vicente de Paúl, según claras constancias procesales".

Ciertamente que en proceso cuyo desenlace es la veredicción del jurí, réstale al fallador únicamente entrar a estudiar la procedencia de aquella, con el fin de desentrañar si la decisión que revela la convicción que en conciencia se han formado sus integrantes responde a una razón seria y que encuentre explicación dentro del proceso, o si, por el contrario, repugna con lo acreditado, para aceptarla en su caso o para declarar la contraria a la evidencia de lo probado.

Por manera que, a la postre, requiere la verificación seria del recaudo probatorio, análisis que en eventos como el presente se hace necesario, no sólo con respecto a la autoría, sino a la culpabilidad y a la antijuridicidad, pues que la falta de la "PRUEBA PLENA" ahí enunciada, puede afectar cualesquiera de esos ámbitos, en razón de que no se agregó especificación alguna. Ello porque el Jurado no sólo decide sobre la responsabilidad, sino sobre los hechos y es labor del fallador en derecho acomodar el veredicto a términos legales.

El Señor Fiscal Primero de la Corporación en su concepto de fs. 296 y ss. propugna por la contraevidencia de la indicada veredicción y, por su fundamentación, refiere la decisión del Jurado simplemente a la prueba de la autoría. En efecto expresa: "No podemos caprichosamente darle la espalda a una prueba que señala de manera inequívoca la autoría del sindicado en el hecho que se predica en su contra y en opinión de este Colaborador Fiscal, el veredicto, va contra la evidencia de lo investigado. La respuesta es injusta en absoluto y adquiere contornos de ser un veredicto ad-hoc". (Fis. 300 fte.).

Sin tomar en la cuenta otros aspectos largamente debatidos en la audiencia pública, no parece enteramente fácil aceptar la apreciación del distinguido Colaborador del Ministerio Público, quien, al contrario de lo que ahora ve evidente, en el concepto precalificadorio en esta instancia expresó: "Se configura en los autos un homicidio intencional, ya que éste está plasmado en la conducta de Zapata, pues no otra cosa nos demuestra la naturaleza del arma...", vale decir, que fijó la autoría del disparo en cabeza de Zapata y no de Vanegas, como luego se concluyó.

Indudablemente que la apreciación ahí puntualizada por el destacado Fiscal, surgió de las constancias que aparecían confusas dentro del expediente.

Pero si así emitía el juicio un funcionario de derecho, cómo no entender razonable la duda que afloró en el Jurado sobre la autoría del disparo?

Verdad es que la Sala en el proveído mediante el cual se confirmó el auto de proceder en contra de VANEGAS, a la vez que revoca dicha medida en favor de Zapata, precisamente por entender que aquel había sido quien había disparado contra la víctima, afirmó que la autoría del insuceso radicaba en GILBERTO VANEGAS LONDOÑO. Pero si a esa conclusión se llegó en razón del examen que se hizo de algunos testimonios como el de la niña DIANA PATRICIA VELEZ URIBE quien, aunque firme en unas versiones (fls. 163 y 248), aparecía aseverando en otras que no sabía quién había hecho el disparo, el Jurado en su soberanía no podía dejar de examinar la versión favorable y, si no lo convencía, podía en él suscitar la duda sobre cual de las versiones era la mentirosa y apreciar que procediendo de una niña de doce años de edad —sin conocimiento de la trascendencia del juramento—, la prueba no podía convencer totalmente.

Y ante un examen crítico como el que hizo la Sala al confirmar el enjuiciamiento contra Vanegas, encontró sospechoso el dicho del testigo CESAR AUGUSTO DUQUE LOPEZ, quien aseveraba que quien había quedado con el revólver había sido Zapata (fls. 18 y ss.). Pero ciertamente el Jurado en uso de sus atributos podía apreciar esa prueba de conciencia y, en consecuencia, su perplejidad subir de tono como para permitirse un juicio de certidumbre frente al desarrollo de los hechos cuya complejidad no puede desconocerse.

Esos factores, entonces, atendidas las circunstancias como se cumplieron los episodios —un forcejeo por el arma que portaba la víctima contra quien actuaban a una los señores Zapata y Vanegas—, aunque en derecho y frente a la crítica del testimonio pudiera aparecer claro, no permitía a personas ajenas a la técnica del derecho la diafanidad del panorama.

Explicable, pues, y razonable en el ámbito en que ellos actúan —los integrantes del Jurado—, que si su conciencia no les permitía el juicio de certidumbre con respecto a la autoría —si a ella se referían—, hayan expresado que la prueba no era “PLENA” para el efecto. Es porque, como bien lo indica el señor Fiscal 12º Superior (fls. 279 y 280) “La expresión ‘falta de prueba plena’ nos indica que el Jurado no desecha por entero la existencia de alguna prueba que incrimine a Gilberto de Jesús Vanegas; pero sí indica, de otro lado, que la existencia no constituye las exigencias para condenar, según dos de los integrantes del tribunal popular”. Ello es, que su decisión se tradujo jurídicamente a los términos del art. 216 del C. de P. Penal.

Pero, como desde antes se dijo, ese estado de duda versaría de verdad sobre la autoría o sólo sobre ella? Es factible, pero aseverarlo no dejaría de ser enteramente caprichoso, porque el debate no versó únicamente sobre la autoría sino sobre aspectos como la culpabilidad y la antijuridicidad.

Ciertamente la falta de nexos psicológico no sólo se descartaría por no estar comprobada la autoría o acreditada la acción por parte suya —lo que

desquiciaría propiamente la tipicidad—, sino, porque “el caso fortuito” sostenido por el inculcado muy especialmente durante la audiencia pública y apoyado por el defensor, haría desaparecer la voluntad o ánimo de herir y de matar. No podría sostenerse graciosamente que el Jurado no se detuvo en esta consideración, al ser motivo de reflexiones en el debate. Y si en verdad, por la forma como tuvieron desenlace los episodios, por el forcejeo ocurrido entre los protagonistas y, precisamente, por el disparo mortal haber ocurrido cuando todos estaban en el suelo, como lo indica en una de sus versiones la menor antes nombrada y otros testigos, para el Jurado no podía ser enteramente claro que el disparo se produjo intencionalmente y dirigido hacia la humanidad del finado. Racionalmente no repugna que un arma se dispare en instantes confusos de una trifulca así cumplida; y aunque muchos elementos de prueba permitirían deducir lo contrario, es cierto que hay otros no despreciables —particularmente en el campo de su soberanía para decidir— que no había lugar para un juicio cierto sobre ese tópico.

Y es más: Dijo el defensor, por otra parte, que si la voluntad cierta de Vanegas hubiere sido la de matar, pues habría hecho uso de todo el pertrecho y no se habría contentado con el disparo ocurrido en esa confusa forma. Aunque de aparente fuerza, el argumento no pudo conmover al Jurado en cuanto a la posibilidad del verdadero propósito y ante la alternativa —en su ignorancia— de no saber expresar la debida fórmula o la de responder que sí respondía por homicidio voluntario, optaron por la duda en cuanto a la intención de matar, lo que descarta también la responsabilidad por las lesiones seguidas de muerte o del delito de homicidio ultraintencional.

Y aunque el inculcado sí se ocupó de legítima defensa fue para dirigirla a la acción del despojo del revólver, su representante la llevó propiamente al campo de la acción mortal. Argumentó él — y esto se dirige a combatir la estimación de antijuridicidad—, que el hecho de arrebatarle al agresor el revólver para de inmediato disparar con él, no desfigura la causal justificante. Tampoco es repugnante la tesis, porque en momento de esos el alma humana no es plenamente gobernable y frente a las complejidades que involucra una angustiosa situación en la que la víctima ya había disparado contra la pareja de amigos, la acción de despojar del revólver y la de dispararlo prestamente —si así ocurrió—, no aparecen plenamente escindibles y, por tanto, puede apreciarse como un solo acto de defensa. Tan borrascosos momentos, tan apretadas situaciones podrían alcanzar diferenciación sobre la tranquilidad de un escritorio, pero pretender esa serenidad en el ciudadano que se debate ante la alternativa de vivir o morir, podría trastornar el alcance psicológico del quehacer humano.

Por tanto, como que en el juicio público ese aspecto fue también largamente debatido, el Jurado —si no convencido— quedó perplejo ante la posibilidad de tal ocurrencia; y si no era totalmente eliminable esa duda, pues el camino que tenía que tomar era el de la respuesta emitida.

Ahí la razón, pues, para que esta Sala entienda como explicable el comportamiento del Juri y aceptable el veredicto dado por el mismo. Reconócese

EL ATRACO COMO TIPO
DELICTIVO AUTONOMO

No se aplican para este ilícito las agravantes del robo. La competencia para conocer de este delito corresponde siempre a los Juzgados de Circuito pues no se tiene en cuenta la cuantía de lo que eventualmente hubiese podido apropiarse el atracador.

DR. EUDORO BENAVIDES RIVERA

VISTOS:

El señor JUEZ SEGUNDO PENAL DE CIRCUITO de la ciudad de Ipiales consulta la sentencia de 27 de marzo del presente año, mediante la cual condenó a X.X.X. por robo y lesiones personales. Cumplido el trámite en esta instancia la Sala debe resolver la consulta.

SE CONSIDERA:

1). Los hechos materia de este proceso fueron resumidos así por el señor Juez:

"Evidencia el informativo que el día 7 de marzo del presente año (1977), aproximadamente a las siete de la noche, cuando el ciudadano R.B. se dirigía a su casa de habitación, procedente del café I... de esta ciudad, a la altura de la calle 11 con carrera 10ª, ya para llegar a su destino, sintió que alguien le pegó un garrotazo en la cabeza dándose cuenta de que se trataba del procesado X.X., el cual se encontraba acompañado por otro sujeto desconocido, los cuales le exigían que les entregara un maletín que contenía la suma aproximada de \$ 100.000.00, producto de su trabajo consistente en el cambio de moneda colombiana por sucres. Como pidió auxilio y salieron algunos vecinos, los mencionados sujetos emprendieron la huída sin lograr apoderarse del dinero, y luego que hubo dejado el maletín en su casa, se dio a la tarea de perseguirlos, logrando posteriormente la captura de X.X. en el parque La Pola, con la colaboración de otros ciudadanos".

2). El procesado fue condenado a trece meses y diez días de prisión por los delitos de robo tentado y lesiones personales, a la interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas, a la suspensión de la patria potestad y a la indemnización de los perjuicios civiles causados con la infracción.

3). El señor Fiscal 4º del Tribunal al contestar el traslado pide que se decrete nulidad de lo actuado a partir del auto de proceder, por haberse incurrido en error relativo a la denominación jurídica de la infracción.

Estima que el delito más grave que se imputa al procesado no es el de robo en grado de tentativa sino el denominado de atraco, previsto en el artículo

así la soberanía de la institución del Jurado que, aunque criticable por su operancia frente a aspectos enteramente técnicos, como institución legal vigente se le debe algún respeto, particularmente en el análisis de situaciones humanas de tan honda complejidad.

Fue este el pensamiento maravillosamente logrado en providencia de esta Corporación, cuando en providencia del año de 1968, el Dr. Gustavo Gómez Velásquez, como ponente de ella, se expuso: "Al enfrentar una decisión del jurado, para fijar su significación y conducencia, no puede hacerse abstracción del amplio campo valorativo que le es propio y consustancial en el ejercicio de sus funciones. Es imperativo tener presente este atributo de juzgamiento para no correr el riesgo de deteriorar, mermar o desconocer la institución en el cumplimiento de su especialísima misión... El Juez de Derecho, en este orden de ideas, más que pretender la permanencia y eficacia de los dictados que han provocado el llamamiento a juicio, empresa de fácil cometido cuando ha cumplido un exhaustivo análisis de las probanzas y se han formulado conclusiones de visible solidez valorativa, debe preocuparse por rastrear si existen o no atendibles fundamentos de la decisión popular, venciendo así la natural pero dañina tendencia de imponer un imperio judicial que reclama otro momento procesal, ya vencido, y asegurar la intangibilidad de lo que fue pasado acierto. De allí, entonces, que en múltiples ocasiones lo que aparece como repugnante a una ordenada forma de raciocinio, en el ámbito de las apreciaciones de puro y estricto derecho, tiene que perder este carácter, sofocando impresiones adversas; para no comprometer el rol que corresponde jugar al jurado de conciencia. Sólo cuando se da el extremo de una manifiesta aberración del proceso cognoscitivo, la pérdida del sentido común de justicia o el olvido de elementales y empíricos modos de juzgamiento, obliga, en preservación del propio sistema, controlar el abuso y la desfiguración de los medios de acción y finalidades inherentes al mismo. La declaratoria de contraevidencias es el remedio para corregir estos desafueros. Pero esta evaluación no puede darse cuando median aspectos dubitativos o réplicas atendibles sobre los puntos considerados en el auto de cargos. La desconocida y rechazada evidencia de que se trata (juicio incontestable de verdad, absoluto y cierto) no resulta, entonces, en este grado y condición y de allí la improcedencia de aplicarlo".

Frente a tan nítidas puntualizaciones, toda otra consideración sobra y ahí la razón para que esta Sala proceda a confirmar la sentencia proferida por el Juzgado de instancia, desatendiendo la solicitud del señor Colaborador del Ministerio Público.

En mérito de lo expuesto, oído el concepto del señor Agente del Ministerio Público y en desacuerdo con él, el Tribunal Superior de Medellín, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CONFIRMA.

Julio 31 de 1978.

Dr. Fernando Gómez Gómez

Dr. Héctor Jiménez Rodríguez

Dr. Alvaro Medina Ochoa

405 del Código Penal. Entre otras cosas dice que "el hecho atribuido a X.X. no es otro que el previsto en el art. 405 del C. P., desde luego que concurren los elementos que integran dicha figura considerada por los tratadistas como una infracción sui generis, esto es, el propósito de apoderamiento de bienes ajenos, el empleo de violencias o amenazas que envuelvan peligro inminente para la vida o la integridad personal, proyectadas a cumplir esa finalidad y, de preferencia, aunque en forma concurrente, que el delito contra la propiedad perseguido con la acción violenta previa o como medio "no se realice por una energía o causa ajena al ladrón, pues si el ilegítimo apoderamiento se consuma se tratará de robo perfecto y punible conforme a los artículos precedentes (al 405 C.P.) en el cual la modalidad especial del Art. 405 desaparecería como delito autónomo por constituir una parte del delito consumado" como dice el tratadista Luis Eduardo Mesa Velásquez".

"Que es diferente a que se cometa el delito de robo en su manifestación autónoma, o quede en el grado de tentativa, ejecutando actos de violencia física o moral, cuando la infracción perseguida adquiere caracteres de gravedad o agravación mejor dicho, por adquirir el robo mayor entidad y consiguiente mayor sanción, de acuerdo con lo establecido por el Art. 404 ibidem".

4). La Sala comparte el criterio del señor Fiscal cuando sostiene que se ha incurrido en la nulidad anotada.

El legislador estableció en el artículo 405 del Código Penal un tipo delictivo especial, según el cual se sanciona al que ejecute violencias sobre las personas o las amenace con un peligro inminente, con el propósito de cometer cualquier delito contra la propiedad.

Ese tipo delictivo tiene completa autonomía, más aún si se considera que la Ley 21 de 1973 en el artículo 11 acogió en su plenitud la fórmula primitiva adoptada en la Comisión Redactora del Código Penal que contenía la advertencia de la configuración del delito "por ese solo hecho" de ejecutar tales violencias con el propósito ya dicho.

En este como en otros casos, el legislador elevó a la categoría de delito autónomo un comportamiento que de otra manera quedaría en el ámbito de los actos preparatorios dentro del denominado "iter criminis" o cuando mucho alcanzaría la entidad de tentativa. Cosa similar ocurre, por ejemplo, en el artículo 218, que reprime a quien fabrique o introduzca al país, o a sabiendas conserve en su poder instrumentos destinados exclusivamente a la falsificación o alteración de moneda.

Por otra parte el código consagra en la parte general normas para reprimir la tentativa de los diversos tipos delictivos descritos en la parte especial. Es uno de los llamados dispositivos ampliadores del tipo penal, establecidos con el objeto de que no se queden sin sanción conductas que si no se adecúan en forma completa con la descripción de cada delito hecha en esa parte especial por no haber logrado el resultado previsto, tienen indudable carácter ilícito.

Pero cuando se ha concretado en una norma de la parte especial como delito autónomo algo que sin esa norma no sería sino una tentativa, no puede darse aplicación a las disposiciones que rigen ésta. Hay un concurso aparente de normas penales que se resuelve por el principio de la especialidad.

En el caso que nos ocupa, no puede preponderar el artículo 16 del Código Penal, en concordancia con el 402 o el 404, con desmedro de la norma especial del 405.

De allí por qué dada la autonomía de la figura delictiva del atraco, no es pertinente predicar de ella las agravantes previstas para el robo en los artículos 403 y 404. Y siempre su represión corresponde a los jueces de circuito, de acuerdo con la regla de competencia plena contenida en el numeral 2 del artículo 36 del Código de Procedimiento Penal, pues no se tiene en cuenta el factor de la cuantía de lo que el atracador eventualmente hubiese podido apropiarse, elemento que sí influye para el delito de robo.

Si el señor Juez del conocimiento llamó a juicio y condenó por tentativa de robo, debió tener en cuenta la agravante proveniente del ordinal primero del artículo 404 del Código Penal en vista de que el hecho se cometió con arma. Por este aspecto se habría perjudicado al procesado ya que, según queda dicho, para el atraco, que es el delito demostrado, no rigen las agravantes previstas para el robo.

Finalmente debe anotarse que con el atraco bien puede concurrir el delito de lesiones personales, cuando quiera que la violencia ejercida comporte algún daño en el cuerpo o en la salud de los contemplados en los artículos 371 a 376. Las lesiones no son de la esencia del atraco; este puede ocurrir sin ellas, cuando se trata de amenazas o de violencias que no impliquen daños corporales. Si en la ejecución del delito se producen, se tienen en cuenta como elemento común de los dos delitos.

5). Debe mantenerse la libertad del procesado decretada en auto del 18 de abril de 1978 dado que su detención se ha mantenido durante un tiempo equivalente al que podría caberle en caso de condena por atraco y lesiones personales. (Artículo 453 del C. de P.P. ordinal 6º). Pero debe fijarse la caución.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en Sala Penal de Decisión, DECLARA NULO lo actuado en el presente asunto desde el auto de proceder del 14 de octubre de 1977, inclusive, y ordena que se reponga lo pertinente.

Queda vigente la orden de libertad dada en auto del 18 de abril de 1978. El procesado depositará cien pesos en el Banco Popular y a órdenes del Juzgado, a título de caución. Se le impone la obligación de presentarse cada dos

meses ante la primera autoridad política del lugar donde fije su residencia y de no cambiar de domicilio sin autorización del señor Juez del conocimiento.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE. DEVUELVA SE.

Fdo. Dr. Eudoro Benavides Rivera
Magistrado

Fdo. Dr. Plinio Calvachi V.
Magistrado

Fdo. Dr. Guillermo Dávila Muñoz
Magistrado

Fdo. Dr. Jaime Guerrero T.
Secretario.

Junio 15 de 1978.

FORO HISTORICO *

FERNANDO VELASQUEZ VELASQUEZ (Coordinador del Grupo)
PATRICIA GUARIN DUARTE
JOHN JAIME POSADA ORREGO
VIDAL DE JESUS RESTREPO VELASQUEZ
NELSON SANCHEZ ESCOBAR

1. HECHOS

Presentamos el caso, tal como fue narrado por el Juzgado Vigésimo de Instrucción Criminal:

“Como empleado —“bombero”— de la Estación de Servicios situada en la Carrera 70 con la Calle 30 A del barrio Belén de esta ciudad, el señor REINALDO ANTONIO RUIZ QUICENO laboraba, en forma como normal, en la noche del 26 al 27 de noviembre de este año. Como celador del lugar actuaba, esa misma noche, el señor ANGEL ERNESTO PALACIO MIRA.

Pasada la media noche, (y después de que LEONARDO OLIVER HE-NAO GIRALDO, también encargado de la venta de combustible, se había re-

* El presente FORO PENAL ha sido elaborado por algunos de mis discípulos de la facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia, pertenecientes a los grupos de Derecho Penal General.

El proceso sobre el cual han trabajado se encuentra en el Juzgado Décimo Superior de la Ciudad de Medellín, radicado bajo el número 077 (3324-30-428). Instruyó el proceso el Dr. Mauro Vanegas Estrada. En primera instancia conocieron de él los doctores Fernando Gómez Gómez y Alvaro Medina Ochoa, quien calificó el mérito del sumario como más adelante se dirá. La Sala del Tribunal estuvo integrada por los doctores Héctor Jiménez R., Alfonso Ortiz R. y Gustavo Peláez Vargas. Fueron Agentes del Ministerio Público los doctores José Luis Gómez Pérez, Gabriel Giraldo Lama y Germán Botero Eastman, durante la Instrucción, en primera y segunda instancia respectivamente.

tirado a dormir por insinuación que le hiciera, en este sentido, el celador PALACIO MIRA), fue cosa convenida entre éste y el sindicato RUIZ QUICENO, en el interior de uno de los buses de servicio público que allí suelen parquear, que mientras los dos descansaban el revólver que PALACIO MIRA tenía asignado para el cumplimiento de su misión, fuera colocado a continuación de éste, en la banca de atrás, mientras que el sindicato tomaba asiento en la banca siguiente.

Alrededor de las dos y media o tres de la madrugada del día en cuestión (ya el 27 de los corrientes) en momentos en que el señor TULLIO PALACIO ARANGO, conductor de automotores, se acercó al bus en cuestión con el objeto de que le fuera vendido combustible, tocando para ello, como era su costumbre, uno de los vidrios del carro, escuchó en el interior del vehículo algo así como el ruido de una detonación. Temeroso de lo que pudiera acontecer —según lo afirma en su testimonio— no quiso huir. Instantes después, por la puerta posterior del bus hizo su aparición el sindicato REINEL ANTONIO RUIZ QUICENO portando un arma de fuego con la que, sin dilaciones, le disparó por una sola ocasión, causándole herida en el muslo izquierdo.

Ante los gritos reiterados del herido que se identificaba como alguien que solo pretendía comprar gasolina, el celador cesó en el acto de disparar. Instantes después se le vio, sumamente nervioso, indagar sobre lo que acontecía. El mismo explicó a quienes pudieron escucharlo, que había disparado sobre PALACIO ARANGO en la creencia de que se trataba de un ladrón. Allí mismo mostró seria preocupación por la suerte de su amigo y compañero ANGEL ERNESTO PALACIO MIRA, instando a LEONARDO OLIVER HENAO GIRALDO (quien a la sazón había despertado con la bulla de los disparos), de quien decía no estaba seguro de lo que hubiera podido acontecerle. Fue así como, siempre en compañía de HENAO GIRALDO, el sindicato penetró al bus, para hallarse ante el impresionante espectáculo de su amigo ANGEL ERNESTO PALACIO MIRA, ya muerto, quien presentaba herida de arma de fuego a nivel de la base de la nariz" (Fls. 26 y 27).

2. PROBLEMAS TEORICOS QUE LOS HECHOS PLANTEAN

Consideramos que los hechos anteriormente descritos, plantean problemas teóricos tanto generales como particulares: el trastorno mental transitorio y la embriaguez del sueño, como particular forma de aquel fenómeno.

a. El trastorno mental transitorio. Notas características.

El caso planteado, es un estado constitutivo de trastorno mental transitorio; dicho estado, ha sido descrito por la jurisprudencia española, en los siguientes términos:

"Trastorno mental transitorio es todo aquel de causa inmediata, necesaria y fácilmente evidenciable, de aparición más o menos brusca, de duración, en general, no muy extensa y que termina por la curación sin dejar huella producida por el choque

psíquico de un agente exterior, cualquiera que sea su naturaleza: es decir, una verdadera reacción de situación que produce en el individuo la alteración de su mente, en términos tales que le hacen irresponsable de los actos en tal momento cometidos por él mismo" (sentencias de 26 y 31 de enero 1934; 13 y 15 de marzo 1934; 19 diciembre 1935; 28 diciembre 1964) (1).

La jurisprudencia española, pareció exigir inicialmente los siguientes requisitos (2):

PRIMERO. Una perturbación mental de causa inmediata, evidenciable, pasajera, que termina por la curación y que por ello se diferencia de la enajenación permanente.

SEGUNDO. Una base patológica probada. Sin embargo, con posterioridad el tribunal abandona la base patológica (3).

TERCERO. Que produzca anulación del libre albedrío y generalmente inconsciencia, no bastando la mera ofuscación como causa eximente, siempre y cuando produzca la inconsciencia.

Para el psiquiatra dominicano ENRIQUE C. HERNANDEZ (4), el trastorno mental transitorio, se puede definir de la siguiente manera:

"Trastorno mental transitorio, modificativo de la responsabilidad criminal, (es decir médico-legal), es una perturbación órgano-psíquica, pasajera, que impide discriminar la naturaleza ética de las acciones, o inhibir los impulsos delictivos".

1. La jurisprudencia española, fue magistralmente glosada por el maestro LUIS JIMENEZ DE ASUA: *El Criminalista*, Tomo II, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1950, pág. 301 y ss.

Puede consultarse también a J. CORDOBA RODA y G. RODRIGUEZ MOURULLO: *Comentarios al Código Penal Español*, Vol. I, Ed. Artel, Barcelona, 1976, Pág. 217 y ss. EUGENIO CUELLO CALON: *Derecho Penal*, Tomo I, Ed. Bosch, Barcelona, 1960, pág. 466 y ss.

2. LUIS JIMENEZ DE ASUA, *ibidem*.

3. CORDOBA RODA y RODRIGUEZ MOURULLO, ya citados, nos refieren la evolución de la doctrina y jurisprudencia españolas, con respecto al mencionado requisito de la base patológica, en los siguientes términos:

"En la doctrina y jurisprudencia los pareceres se muestran divididos. Así, Mientras Alberca, López Gómez y Codón y López Saiz se manifiestan en el sentido de exigir la base patológica, Cuello Calón, Antón Oneca, Del Rosal, y Pérez-vitoria se pronuncian en sentido opuesto. Por lo que a la jurisprudencia se refiere, junto a un sector, seguramente mayoritario, que ha condicionado la estimación de la actual eximente a la presencia de la base patológica —sentencias de 1 de marzo 1935, 11 de abril 1936, 28 junio 1941, 10 enero 1945, 5 marzo 1945, 23 septiembre 1966, 21 abril 1967, 19 mayo 1967, 29 abril 1969, 20 noviembre 1969 y 24 febrero 1971— existen numerosas sentencias que han prescindido del referido requisito —resoluciones de 13 marzo 1934, 19 diciembre 1936, 14 octubre 1944, 15 abril 1948, 27 febrero 1954, 28 diciembre 1964, 4 abril 1968, 30 mayo 1968 y 25 septiembre 1970—" (pág. 218).

4. ENRIQUE C. HENRIQUEZ: *Trastornos Mentales Transitorios*, en *Revista Criminalia*, año XXX, núm. 6, 30 de junio 1964, págs. 368 y 369.

Esta noción, presenta como agregado sustancial, la particular concepción de la imputabilidad esbozada por su autor, al pedir que se considere:

“Imputable a todo aquel que posee la capacidad de prever el resultado de su delito, y de juzgar su importancia y su significación con un criterio análogo al de la sociedad en que vive. Inimputable será, según esto, y a contrario sensu, el que no esté en este caso”.

Si partimos de la definición enunciada, el trastorno mental transitorio podría caracterizarse de la siguiente manera (5):

“*Primero:* El trastorno debe ser realmente transitorio, es decir, que el agente deberá haberse encontrado, en las épocas que antecedieron y subsiguieron al acto, dentro de los límites convencionales de la normalidad. Todo trastorno mental de cierta categoría, anterior o posterior, por largos que sean los períodos comprobables de sanidad mental aparente, debe hacer sospechar que el acto incriminado no fue sino manifestación episódica de una frenotipia larvada permanente, de la cual, dicho sea entre paréntesis, a diferencia del trastorno mental transitorio, se deriva un índice permanente de peligrosidad que reclamará medidas de seguridad igualmente permanentes.

Segundo: El trastorno debe ser de corta duración. Aunque, en rigor, puede admitirse que sus causas actuén durante algún tiempo, el lapso no puede rebasar ciertos límites que, en último extremo, no podrían ir más allá de algunos días, como en un caso de desarrollo o reacción paranoica diagnosticada por el profesor Luis Jiménez de Asúa en contradicción con el fallo de los magistrados de Tucumán. La acción automáticamente cambiante del tiempo y los acontecimientos no permite concebir que trastornos del tipo que nos ocupa se prolonguen mucho, ya que, de lo contrario, los jueces se sentirán fuertemente inclinados —y con motivo— a sospechar la premeditación o la alienación permanente. El trastorno mental transitorio típico dura unos segundos, unos minutos, pocas horas, muy raramente algunos días, como en un caso de tentativa de homicidio estudiado en otra parte de este libro.

Tercero: A la producción del fenómeno deben concurrir factores o causas de calidad y proporción adecuada. Habrá que apreciar, según los casos, la constitución genotípica, la educación y la cultura; la constelación afectiva preparatoria del acto; el grado de intoxicación, o de delirio; la entidad o magnitud

5. ENRIQUE C. HENRIQUEZ: Trastornos Mentales Transitorios y Responsabilidad Criminal, Biblioteca Jurídica de Autores Cubanos y Extranjeros, Vol. CXXX, La Habana, 1949, pág. 71 y ss.

de las causas del miedo insuperable; la importancia del trastorno endocrino, etc. Y no debe olvidarse que factores de apariencia banal, como la sorpresa y el semisueño, son capaces en ciertos casos de producir conductas anormales o peligrosas en alto grado.

Cuarto: El grado de perturbación debe ser suficiente, puesto que, si a ello vamos, variados estímulos —característicamente las emociones y pasiones— pueden producir efectos que merecen calificarse de perturbación o trastorno, sin llegar a explicar una conducta antisocial, ni acarrear inimputabilidad. Como antes dijimos, al perito compete apreciar la intensidad de la perturbación; y a los jueces, que unen a los de orden técnico otros informes de índole diversa, fallar, en definitiva, sobre la cuestión de la inimputabilidad, o de la apreciación del trastorno como atenuante (6).

Quinto: No deben existir motivos, intereses o móviles que pudieran explicar por sí solos el acto. En otras palabras, deben poderse excluir el dolo y la culpa. De no ser así, sería difícil reclamar, como único factor del acto incriminado, un trastorno mental transitorio y, por tanto, la completa irresponsabilidad. *Sexto:* La impulsión o la inhibición originadas deben ser de carácter irresistible para conllevar la inimputabilidad, rasgo este último que ha de quedar en cada caso, inevitablemente, a discreción de la estimativa de peritos y jueces” (7).

Como formas médico-legales de trastorno mental transitorio, tenemos las siguientes (8):

1) Atendiendo a su significado clínico. Trastornos mentales transitorios patológicos y no patológicos.

6. En realidad (y sobre el particular véase más adelante, pág. 113), como lo afirmó JIMENEZ DE ASUA, respecto a éste criterio hay que anotar que HENRIQUEZ “acaso en su justo deseo de cortar los excesos del abogado defensor, en el empeño de liberar de culpa a su cliente, el doctor Henriquez aprietta demasiado los tornillos en esta causa de inimputabilidad cuando tiene como etiología la “cólera”, el “amor” o los “celos”; ya que, como lo ha aceptado la doctrina posterior y la jurisprudencia (también los Proyectos de Código Penal Colombiano, según veremos), los ESTADOS EMOCIONALES, si pueden originar trastornos mentales transitorios, con la condición de que afecten la capacidad de comprender el acto o la de determinarse de acuerdo con esa comprensión (JIMENEZ DE ASUA en el prólogo del libro del Dr. HENRIQUEZ, ya citado, pág. 25).

7. Otros criterios de trastorno mental transitorio, son los elaborados por los profesores JOSE MIRO CARDONA y EVELIO TABIO y CASTRO PALOMINO, que pueden consultarse en la Memoria del Primer Congreso Panamericano de Medicina Legal, Odontología Legat y Criminología, La Habana, Cuba, 1946, pág. 258 y ss.

8. E. F. PABLO BONNET: El Trastorno Mental Transitorio, en la Revista del Instituto de Investigaciones y Docencia, Criminológicas, Universidad de la Plata, número 9 años 1965 y 1966, pág. 93 y ss. El mismo artículo, puede consultarse en la Revista Criminalia, año XXX, núm. 4, abril 30 de 1964, pág. 242 y ss.

2) Atendiendo a su significado psicológico. Trastornos mentales transitorios concientes e inconscientes.

3) Atendiendo a su significado penológico. Trastornos mentales transitorios atenuantes y eximentes.

4) Atendiendo a su significado criminológico. Trastornos mentales transitorios peligrosos y no peligrosos.

E. F. PABLO BONNET, quien se arroga la paternidad de la anterior clasificación, realiza también una clasificación psiquiátrico-forense del trastorno mental transitorio, partiendo del aspecto clínico, así:

Aspecto clínico	Trastorno mental transitorio completo (alienación mental).	a) Ebriedad fisiológica completa. b) Ebriedad patológica. c) Ebriedad del sueño. d) Manía transitoria. e) Sonambulismo. f) Hipnosis. g) Epilepsia psíquica. h) Raptus emocionales. i) Raptus pasionales. j) Estados oníricos.
	Trastorno mental transitorio incompleto (estado crepuscular).	a) Estados oniroides. b) Delitos reflexoides. c) Emociones violentas. d) Estados puerperales. e) Estados Preparoxísticos epilépticos. f) Estados post-paraxísticos epilépticos.

La mayoría de los anteriores estados, eran ubicados a comienzos de siglo, por el psiquiatra vienés R. VON KRAFFT-EBING, como ESTADOS DE INCONSCIENCIA PATOLOGICA, quien los describía como:

“Una serie de perturbaciones psíquicas que se distinguen de las enfermedades mentales crónicas y autónomas en las cuales el enfermo conserva la conciencia de sus actos.

Estas perturbaciones se caracterizan en efecto: 1º. por la fugacidad de sus síntomas, lo que indica su origen sintomático; 2º. por la gravedad de la perturbación de la conciencia, que llega hasta la supresión, y que es muy profunda en comparación a su duración; 3º. por la coincidencia de la confusión con la falta completa de memoria para los hechos pasados durante el estado de enajenación.

Estas perturbaciones psíquicas especiales se reconocen por la ley que designa a esos estados según su síntoma principal, la perturbación de la conciencia, con el término de “estados de inconsciencia” y les considera que suprimen la capacidad de imputación con la misma razón que las enfermedades mentales” (9).

La clasificación de los estados de inconsciencia patológica, que realizara KRAFFT-EBING, es la siguiente:

1) Estados anómalos de sueño y ensueño (embriaguez del sueño y somnambulismo).

2) Estados de perturbaciones circulatorias cerebrales de naturaleza vaso-motriz, acompañados de síntomas psíquicos:

a) La manía transitoria por hiperemia fluxionar de la corteza cerebral.
b) Raptus melancólico, verosímilmente causado por una anemia cerebral brusca secundaria a espasmos vasculares.

c) Estados de intoxicación:

(1) por el alcohol.

(2) por otras sustancias tóxicas.

d) Estados de delirio febril y delirio de inanición.

e) Estados patológicos de cólera bajo la influencia de estados cerebrales morbosos, congénitos o adquiridos.

A estos, se añaden la mayor parte de los estados de inconsciencia aguda, con frecuencia delirantes, debidos a neurosis epiléptica, histérica y neurasténica (10).

b. La embriaguez del sueño. Notas características.

Por embriaguez del sueño, se entiende aquel estado de corta duración, que se traduce clínicamente por la persistencia, al despertar, de la actividad subconsciente u onírica, en una situación intermedia entre el sueño y la vigilia (11).

Tal estado —como lo anota R. VON KRAFFT-EBING—, resulta de que “El retorno inmediato de la conciencia y la presencia del espíritu que acompañan al despertar se retardan; tanto, que las representaciones, los errores de

9. R. VON KRAFFT - EBING: Medicina Legal, Tomo II, Ed. La España Moderna, sin fecha, págs. 155 y 156.

10. Ibidem, pág. 158.

11. ROBERTO CIAFARDO: Psicopatología Forense, Ed. Ateneo, Buenos Aires, 1972, pág. 295.

los sentidos, las apercepciones falsas, que son el resultado del sueño y que impiden la percepción clara del mundo exterior. determinan un estado de confusión mental comparable al de la embriaguez" (12).

Como notas características de este estado, podríamos cifrar las siguientes:

- 1) Es un estado transitorio, su duración no excede de algunos minutos.
- 2) Que presenta persistencia de la actividad subconsciente u onírica al despertar. En estos estados —dice KRAFFT-EBING— "el sujeto puede reaccionar de una manera activa, tiene apercepciones falsas, imágenes sensoriales subjetivas y representaciones suministradas por el sueño". Con la conciencia onírica, se presentan actos de aparente sonambulismo.
- 3) Con amnesia consecutiva. El recuerdo de lo acontecido al sujeto durante tal estado es sumamente rudimentario y conlleva a veces amnesia completa. "Cuando hay embriaguez del sueño —anota KRAFFT-EBING—, la memoria es simplemente rudimentaria y puede no contener más que el recuerdo **subjetivo del crimen** y no las circunstancias objetivas".
- 4) Se presenta una inhibición del consciente superior por el sueño, como dice ENRIQUE C. HENRIQUEZ (13).

En cuanto a las causas que producen la embriaguez del sueño, podemos decir con KRAFFT-EBING, que "Todas las circunstancias que hace el sueño particularmente pesado, crean la disposición a la constitución de la embriaguez del sueño; las primeras horas del sueño en la juventud, en las que es especialmente profundo; las grandes fatigas físicas debidas a largas marchas, las prolongadas privaciones del sueño, y las causas ocasionales son los malos sueños, las pesadillas que despiertan al durmiente con sobresalto, el despertar con terror de los niños que tienen sueños con especialidad vivaces, pertenecen a este orden de cosas, lo mismo al ser despertado bruscamente por un tercero".

Estado de embriaguez del sueño es el que podemos ver en el comportamiento de una madre, que soñando con un incendio, toma a su hijo y lo arroja por la ventana con el ánimo de salvarlo. O el caso del joven, que vivía en una casa aislada y como tenía ataques nocturnos, dormía con un sable y un fusil cerca de él. En una oportunidad al ser despertado por su padre, quien venía en su búsqueda, embriagado por el sueño, tomó el fusil y dio muerte a éste (14).

12. KRAFFT - EBING, op. cit., págs. 159 a 164. Sobre el particular, manifiesta NERIO ROJAS: Medicina Legal, Ed. Ateneo, Buenos Aires, 1976, lo siguiente: "La ebriedad del sueño es la persistencia de la actividad onírica al despertarse, durante ello pocos minutos, en los cuales el sujeto está como semidormido y semidespierto a la vez" (pág. 330).

13. ENRIQUE C. HENRIQUEZ: Trastornos Mentales Transitorios y Responsabilidad Criminal, op. cit., pág. 114.

14. Estos y otros casos pueden consultarse en KRAFFT - EBING, ya citado.

5. CONFRONTACION DEL CASO CON LA TEORIA.

Examinados atentamente los hechos, vemos como se identifican estos, con las ideas ya expuestas en los literales a. y b. del número anterior. En efecto:

a. *Aspecto sintomático.* Recuérdese como en la cita que hicimos de NERIO ROJAS, dice el autor que en este fenómeno "el sujeto está como semidormido y semidespierto a la vez". Veamos un aparte significativo de la indagatoria rendida por el sindicado:

"Ya era la madrugada y me quedé dormido ahí sentado en la banca y entre dormido ví venir unas sombras encima y entonces le mandé la mano como a coger alguna cosa y cogí lo que llaman el revólver y ví que se movió como una cosa dentro del bus y yo salí corriendo del bus y vi un señor parado ahí junto al bus y lo vi venir como encima y también le disparé y entonces él gritó ...ay ... ay me diste, me vas a matar, yo vine fue a echar gasolina" (Fl. 14 frente).

ROBERTO CIAFARDO, recalca el fenómeno de la *obnubilación* que se presenta, así: "En esas condiciones, el sujeto permanece obnubilado durante un momento, con ilusiones y alucinaciones hipnagógicas, es decir, con los caracteres propios de los que se producen en un estado intermedio entre el sueño y el de vigilia y desarrolla la actividad condigna, que redundante a menudo en marcada tendencia a las reacciones antisociales" (15).

Y KRAFFT-EBING, afirma: "en estos estados el sujeto puede reaccionar de una manera activa, tiene apercepciones falsas, imágenes sensoriales subjetivas y representaciones suministradas por el sueño, pudiendo suceder se cometan actos violentos sobre las personas que están próximas al individuo, así abismado en la embriaguez del sueño" (16).

En la diligencia de reconstrucción de los hechos, dijo el sindicado:

"*PREGUNTADO:* Quiere indicar qué recuerda usted que ocurrió desde el momento exacto en que usted subió con su amigo ERNESTO al bus? *CONTESTO:* El celador y yo conversamos un rato hasta que yo me dormí. No volví a saber nada. No volví a saber nada hasta los hechos. Hasta cuando ocurrieron los hechos. Yo seguro estaba dormido y entonces vi una sombra muy grande encima de mí. Yo le hice así a la sombra (pone las dos manos, como quien, con ellas abiertas, pretende atajar o rechazar a alguien) con las manos y salí como de huida de la sombra. Y entonces saliendo al bus había otra sombra ... ya no me di cuenta sino que el tipo me dijo: "Me

15. ROBERTO CIAFARDO, op. cit., pág. 294.

16. KRAFFT - EBING, op. cit.

diste, me diste" o "Me hirió, me hirió...". Yo le dije: "Señor, qué le pasó?" y en eso venía otro tipo y él se recostó contra un bus y echó para arriba (señala que tomó dirección norte-sur). Ya entonces en ese momento me di cuenta yo que tenía el revólver en la mano, que no sabía ni como cargarlo. El señor... venía otro señor y cogió al herido, y entonces me dijo el que le echó mano al herido que: "Lo heriste. Te va a pesar mucho" y le dije: "De qué señor, si yo no le he hecho nada. No sé que le he hecho". Se lo llevaron para el lado de allá, y yo revisé el carro... me encontré con este bombero que hay ahí (señala al testigo LEONARDO HENAO) y entonces me dijo: "¿Qué te pasó?" y dije yo: "Ah, me dijo él que: "Heriste este señor?" y le dije: "Vamos a despertar al celador" y nos vinimos y fue cuando yo subí y lo encontré en el estado... que dije. Tenía sangre en la cara, aquí". PREGUNTADO: Esas dos sombras que usted menciona, cómo podría definir las en una forma más precisa y en dónde estaban? CONTESTO: "Propiamente yo... como no me di cuenta porque estaba en un estado que no estaba para saber nada. Solamente entre borrones vi una sombra que venía hacia mí como a cogerme, a cogerme. Siempre a cogerme. Esa primera la vi entre el bus, como por aquí (señala un sitio no determinado o más bien general, entre el bus, hacia atrás, como en los contornos del que ocupaba su compañero y occiso). Y la otra sombra fue cuando me bajé del bus" (Fis. 91 vuelto y 92 frente).

Repárese en lo siguiente y confróntese con las citas teóricas:

"Yo seguro estaba dormido y entonces vi una sombra muy grande encima de mí... Y salí como de huída de la sombra. Y entonces saliendo del bus había otra sombra...".

De "apreciaciones falsas, imágenes sensoriales subjetivas y representaciones suministradas por el sueño" nos habló KRAFFT-EBING; de "ilusiones y alucinaciones hipnagógicas" CIAFARDO.

El sindicado, reitera el fenómeno al manifestar:

"Solamente entre borrones vi una sombra que venía hacia mí como a cogerme, a cogerme. Siempre a cogerme".

Este estado, puede originar comportamientos violentos, pues "las ideas del sueño persisten sin rectificación, son tomadas por realidad", afirma NERIO ROJAS (17). Como se sabe, REINEL ANTONIO disparó contra su compañero ANGEL ERNESTO PALACIO MIRA e hirió a TULIO PALACIO ARANGO. Solo después de realizados los hechos, el sujeto regresa a la realidad. Al pare-

17. NERIO ROJAS, op. cit., pág. 330.

cer, el fenómeno consiste aquí en que factores externos (golpes en el vidrio trasero del bus), iniciaron en el sindicado un proceso onírico (sueño de que lo estaban atacando), que desencadenó. En realidad, el ataque al compañero y al cliente de la bomba (18).

Insistimos de nuevo, en que solo después el sujeto se percató de la realidad; a las palabras del herido de que "me diste", "me diste", retorna la conciencia:

"Ya entonces en ese momento me di cuenta yo que tenía el revólver en la mano, que no sabía ni como cargarlo".

En cuanto al fenómeno de la amnesia, este es también ostensible en el caso de autos y en ello insiste el sindicado a lo largo del proceso:

"...me dijeron: "hombre eso te va a pesar mucho" y entonces yo le dije, de que me va a pesar, si yo no he hecho nada" (indagatoria a Fl. 14 frente).

"...entonces yo le dije al compañero, vamos a llamar al celador, cuando fuimos tenía el celador el rostro lleno de sangre y entonces dijo LEONARDO qué le pasó al celador? ...qué le pasó?, entonces yo le dije, no sé, no me acuerdo y entonces yo me puse a llorar encima del celador..." (Fl. 14 vuelto).

La amnesia puede ser completa según NERIO ROJAS o rudimentaria según KRAFFT-EBING; veamos lo que nos dice el primero de estos autores:

18. LUIS JIMENEZ DE ASUA: Adiciones al Programa de Derecho Criminal de Francisco Carrara. Ed. Reus, Madrid, 1925, nos confirma lo expuesto, al manifestar que el fenómeno se caracteriza "por el hecho de retardarse el retorno inmediato a la conciencia de sí mismo y a la lucidez de los sentidos, que ordinariamente es simultáneo al momento de despertarse, y por quedar el sujeto bajo la impresión de las ilusiones sensoriales relativas al sueño precedente y bajo las falsas apreciaciones del mundo externo real, todavía no incorporado a la conciencia" (pág. 646). Además, debe observarse que el sujeto no es que se encuentre en un proceso onírico en pleno desarrollo y el estímulo externo coincide con un fragmento de su contenido, sino por el contrario, la excitación sensorial externa o estímulo comprobado (golpes en el vidrio trasero del bus), es lo que origina el sueño y a la vez lo finaliza, y en escasos segundos se desarrolla un drama completo en la mente del sujeto. Así lo anota SIGMUND FREUD: Interpretación de los sueños, Ed. Alianza, 1975, tal como se constata en los siguientes párrafos que transcribimos:

"La atenta observación de los investigadores han coleccionado toda una serie de sueños en los que el estímulo comprobado al despertar, coincidía con un fragmento del contenido onírico hasta el punto de hacernos posible reconocer el dicho estímulo la fuente del sueño" (pág. 87).

"...más de cien veces sucedió que el agudo sonido del timbre venía a adaptarse de tal manera al contenido de un sueño, largo y coherente en apariencia, que la totalidad del mismo parecía no ser sino su necesario antecedente y hallar en él su apropiada e indispensable culminación lógica y su fin natural" (pág. 88).

"...sostuvieron LE LORRAIN y EGEER sobre como y en que forma era posible al durmiente acumular en el corto espacio de tiempo transcurrido entre la percepción del estímulo despertador y el despertar una cantidad aparentemente tan considerable de contenido onírico" (pág. 91).

"...el estímulo que durante el reposo actúa sobre los sentidos no aparece en el sueño en su forma real, sino que es sustituido por una representación cualquiera distinta relacionada con él, en alguna forma. Pero esta relación que une el estímulo y el resultado onírico es según palabras de MAURY: une affinité quelcomque, mais n'est pas unique et exclusive" (pág. 92).

"Este estado es pasajero, dura algunos minutos solamente, con una amnesia consecutiva a veces completa, aunque casi siempre la memoria es rudimentaria, y contiene los recuerdos subjetivos del hecho, como si fuera un sueño, y no las circunstancias objetivas del mismo" (19).

El segundo de los autores citados, nos dice:

"Cuando hay embriaguez del sueño, la memoria es simplemente rudimentaria y puede no contener más que el recuerdo subjetivo del crimen y no las circunstancias objetivas" (20).

Que se presentó amnesia en el sindicado, nos lo reitera él mismo:

"...no me acuerdo bien, pues solamente me acuerdo del señor ese que le di y eso porque me gritó, porque yo estaba como sonámbulo y tenía era como una pesadilla" (Fl. 15 vuelto).

"...para mí yo sí me recuerdo del herido porque gritó y ya me di cuenta porque desperté. Del muerto si no me acuerdo nada" (Fls. 23 vuelto y 24 frente).

b. *Causas.* Las causas que determinan el fenómeno son, como dijimos, en unos casos predisponentes y, en otros ocasionales.

A lo largo del expediente resaltan las siguientes causas:

Así, a folios 75 vuelto, encontramos la declaración del padre del sindicado, en el sentido de que:

"Ya estaba grandecito, de escuela, cuando se aporreó en la cabeza y quedó como sonso, como bobo. Se tiró de un balcón, lo empujó otro muchacho y así fue que se golpeó".

"Y a veces que se levantaba él de noche, era llamando a uno, con pesadillas. Se levantaba a deshoras de la noche, asustado, diciendo ay, ay, ay, dormido, como tembloroso y había que despertarlo y pegaba un grito, cuando uno lo despertaba y uno le decía que por qué se había levantado y decía: yo no me acuerdo".

Su esposa a folios 53 frente y vuelto declara:

"...él ha sido una persona que a veces lo ve uno como ido del sentido y ya últimamente se ha venido mostrando sumamente nervioso hasta el punto de que estando él en la casa durmiendo cuando oía pitar la olla a presión, él inmediatamente se ponía de pie todo asustado e inmediatamente iba donde él y le decía que estuviera tranquilo que esa olla no estallaba y volvía y se acostaba y dormía tranquilo".

19. NERIO ROJAS, en obra y página citadas.

20. KRAFFT - EBING, en obra y páginas citadas.

"...yo si lo he visto hablando de noche dormido. También es común en él que al escuchar algún ruido durante la noche inmediatamente se levanta todo asustado y corre a retrancar las puertas y a observar lo que ocurría".

Su madre a folios 54 vuelto y 55 frente, nos relata que:

"...luego se colocó en El Poblado a celar día y noche y no dormía, entonces dizque se bañó y ahí le vino otra vez la enfermedad, es decir, le volvió a recaer la que sufría cuando niño. Ya cuando los doctores lo curaron de esa enfermedad ya quedó muy delicado, él me decía que lo llamara para ir a cualquier parte y entonces si uno lo llamaba bruscamente ahí mismo despertaba todo asustado y como buscando, como todo desesperado, entonces yo lo dejaba más bien que perdiera trabajo...".

"Recuerdo un detalle y fue una vez que le dijo a la niña chiquita de la casa que lo despertara y ella lo hizo y en ese momento despertó así como asustado y casi la ahorca. Eso era muy común y sobre todo que se le contaba lo ocurrido y siempre decía que él no había hecho nada, que no se acordaba de nada de eso".

Su compañero de trabajo LEONARDO HENAO, a folios 19 vuelto, nos afirma que:

"...el se arrecostaba e inmediatamente se quedaba dormido y cualquier bullita lo despertaba y que despertaba era asustado...".

El sindicado por su parte, al rendir su indagatoria a folios 15 vuelto y 23 frente, manifiesta:

"...yo ese día no pude dormir nada en la casa, pues tenía dolor de cabeza y como un sofoco".

"Pues yo le digo que es poco lo que puedo dormir, inclusive tengo que comprar pastillas para poder dormir cuando lo hago de día... yo en mi hogar he sido nervioso el cual se manifiesta mediante un miedo a los ladrones hasta el punto que no puedo oír pasar a nadie ni tocar la puerta porque ahí mismo despierto...".

c. *Aspecto probatorio.* Afirma KRAFFT-EBING, que para la constatación del fenómeno se hace necesario determinar las causas —de las que hemos hablado ya—; la historia del sujeto: sus antecedentes en la infancia, en la juventud, sus comportamientos anteriores o recientes, análogos al fenómeno en estudio; sus antecedentes familiares: resulta importante establecer si entre los familiares del sindicado, se han presentado reacciones análogas a las del sindicado; finalmente, hay que tener en cuenta los fenómenos que desencadenan la reacción, la forma de actuación durante y después del hecho, la falta de motivación, la obnubilación y amnesia, etc.

De la obra del autor extractamos los siguientes párrafos:

"Para probar que existe realmente embriaguez del sueño en el momento de ejecutarse el acto incriminado, es importante saber

si en el inculpado o en otros miembros de su familia, se han observado con frecuencia estados análogos, cuáles son las causas predisponentes y ocasionales que han obrado simultáneamente para hacer al sueño particularmente profundo, cuales son las causas externas o internas que han interrumpido el sueño, es necesario establecer si el acto se ejecutó realmente en el momento del sueño habitual, tiempo que éste ha durado y cual la duración del sedicente estado de embriaguez del sueño, si entre el acto y el despertar no se han pronunciado palabras o ejecutado actos que permitan concluir en el retorno de la percepción y de la conciencia. . . Es muy importante saber de manera exacta cuál fue la actitud de la conciencia, una vez despierta en parte del hecho ejecutado, el estado de la memoria, duración de las lagunas y los detalles conservados por la memoria. . . El juez obtendrá indicaciones complementarias estudiando la vida anterior, reputación, naturaleza de los motivos (con frecuencia no existen) y la actitud del sujeto después del acto”.

4. EL CASO FRENTE A LA LEGISLACION PENAL COLOMBIANA.

La ubicación del trastorno mental transitorio, en la legislación penal colombiana, ha ofrecido serias dificultades. A estas disímiles interpretaciones, han contribuido los artículos 23 y 29, veamos:

El artículo 23, establece que “No hay lugar a responsabilidad cuando el hecho se comete:

1º) Por insuperable coacción ajena o en estado de sugestión hipnótica o patológica, siempre que el sugestionado no haya consentido previamente en cometerlo”.

El artículo 29, establece: “Cuando al tiempo de cometer el hecho, se hallare el agente en estado de enajenación mental o de intoxicación crónica producida por el alcohol o por cualquiera otra sustancia, o padeciere de grave anomalía psíquica, se aplicarán las sanciones fijadas en el capítulo II del título II de este libro”.

Circunscribiéndonos a la última disposición, encontramos que bajo la locución “grave anomalía psíquica”, se han ubicado todas aquellas perturbaciones, que no pueden catalogarse como ENAJENACION MENTAL, entendiendo este fenómeno en el sentido de NERIO ROJAS, como “el trastorno general y persistente de las funciones psíquicas, cuyo carácter patológico es ignorado o mal comprendido por el enfermo, y que impide la adaptación lógica y activa a las normas del medio, sin provecho para sí mismo ni la sociedad” (21).

21. NERIO ROJAS, en obra citada, pág. 307. Este concepto de enajenación, ha sido unánimemente acogido por nuestra doctrina y jurisprudencia.

La pregunta es entonces: ¿puede ubicarse como grave anomalía psíquica el fenómeno de la embriaguez del sueño? A nuestra manera de ver, no. Esto, por cuanto la ubicación del sujeto en el artículo 29, acarrea como consecuencia una medida de seguridad, la que no tiene razón de ser, allí donde no exista la necesidad de una curación (22).

Por eso, lo más viable es su ubicación en el artículo 23 numeral 1º, como “sugestión patológica”, ya que no hay norma expresa sobre trastorno mental transitorio en nuestra legislación, como sí la traen los Proyectos de Código Penal. Esta es, precisamente la posición en la doctrina.

a. *Referencia a la doctrina nacional.* Un amplio sector de la doctrina nacional, encabezado por LUIS CARLOS PEREZ y BERNARDO GAITAN MAECHA, ubican el trastorno mental transitorio en el artículo 23 N° 1, en la locución “sugestión patológica”. Ello supone una previa determinación del alcance de la mencionada locución.

En efecto, GAITAN MAECHA, sostiene que “en realidad el término sugestión patológica no dice nada, ni corresponde a una entidad diferenciada. Existe el fenómeno sugestivo y existe el fenómeno patológico. Hay ciertos estados patológicos que pueden engendrar un estado sugestivo. En otros términos: sobre un estado patológico puede implantarse un estado sugestivo, pero la excluyente se determina por el trastorno mental transitorio. De ahí que al mencionar la causal, hemos adoptado esta denominación, que es más amplia, más científica e interpreta cabalmente la razón de ser de la excluyente” (23).

Y LUIS CARLOS PEREZ, la define en los siguientes términos:

“Fundamentalmente, la sugestión patológica consiste en la completa falta de conciencia para actuar y puede provenir de choques emocionales, el delirio por enfermedades infecciosas, el sonambulismo, la embriaguez del sueño o entresueño, y, aislándolo conceptualmente aunque en esencia es el resultado de los determinantes citados, el trastorno mental transitorio, sin excluir la embriaguez aguda en que rematan ciertas tendencias psicológicas irregulares” (24).

Como puede apreciarse, se ubica todo tipo de trastorno mental transitorio en el artículo 23, dando una interpretación amplia a la locución “sugestión patológica”; la norma general pues, es el tratamiento del trastorno mental transitorio como causal de inculpabilidad y por ende, el no sometimiento a medidas curativas en ningún caso.

22. Véase a JORGE ENRIQUE GUTIERREZ ANZOLA: Un Caso de Homicidio en Trastorno mental Transitorio, en revista Nuevo Foro Penal, No. 3, Abril, Mayo, Junio, Medellín, 1979, pág. 100 y ss.

23. BERNARDO GAITAN MAECHA: Curso de Derecho Penal General, Ed. Lerner, Bogotá, 1963, pág. 178.

24. LUIS CARLOS PEREZ: La Práctica Jurídico Penal, Ed. Temis, Bogotá, 1976, pág. 657. En el mismo sentido SERVIO TULLIO RUIZ: La Estructura del Delito en el Derecho Penal Colombiano, Ed. Temis, Bogotá, 1969, págs. 165 y 166.

Otros autores como ANGEL MARTIN VASQUEZ ABAD, sostienen contrariamente, que todo tipo de trastorno mental transitorio, debe ser ubicado en el artículo 29, pues "el numeral 1º del artículo 23, hace referencia a un evento distinto del que se produce cuando la causa del hecho delictuoso es un trastorno mental transitorio... De ahí que el que obre impulsado por un trastorno mental transitorio, puede decirse que llena aquellos elementos en la medida necesaria para resultar imputable ante la ley. Pero su misma situación psíquica, que lo aproxima en la escala de las clasificaciones psiquiátricas al que padece de grave anomalía psíquica en el momento de delinquir, tiene que producir consecuencias en el campo penal que no pueden ser otras que un tratamiento sancionatorio distinto de la pena, cual es la medida de seguridad" (25).

Es decir, que según el autor últimamente citado, todo trastorno mental transitorio sin distinciones de ninguna índole, debe ser ubicado en el artículo 29 y por consiguiente el tratamiento debe ser el de las medidas de seguridad que correspondan.

Estamos pues, ante dos posiciones totalmente encontradas, por lo que tenemos que entrar a hacer las distinciones pertinentes.

Someter a todo trastornado mental transitoriamente a medidas de seguridad, se nos hace aberrante, pues es claro, que existen trastornos mentales transitorios sin base patológica, que no dan lugar a imponer medidas de seguridad. Pero no someter ningún tipo de trastorno mental transitorio a medidas de seguridad, es una solución tan aberrante como la anterior, pues es claro, que hay trastornos que tienen base patológica y que requieren tal tratamiento (26).

Por lo anterior, es por lo que nos inclinamos a ubicar el trastorno mental transitorio sin base patológica, en el artículo 23 N° 1 (27); cuando tengan base

patológica, su ubicación será en el artículo 29, en la locución "grave anomalía psíquica", entendiéndola con VICENTE LAVERDE APONTE, en los siguientes términos:

"Una anomalía psíquica es grave en todos aquellos casos en que, descartada la alienación y la intoxicación crónica, la acción criminal obedece a un impulso morboso insuperable; siempre que haya una alteración tan intensa de las funciones mentales que anule o suprima la conciencia; cuando produzca un verdadero derrumbamiento síquico, a tal punto que la persona sea determinada a obrar en forma antisocial por la presión insuperable de un impulso o de otra clase de explosión patológica (embriaguez patológica, crisis agudas de hiperemotividad, reacciones explosivas o de corto circuito, etc.)" (28).

Si hemos dicho que la embriaguez del sueño, es una forma específica de trastorno mental transitorio, ¿cuál debe ser su ubicación? Como se trata de un trastorno mental transitorio sin base patológica, su ubicación, debe ser en el artículo 23 N° 1, como lo habíamos enunciado (29).

b. *Como fue tratado el caso concreto.* Varios pasos se dieron en orden a la solución final del caso concreto, veamos:

En el *auto de detención preventiva*, se dijo por parte del instructor, que el sindicado se encontraba en el artículo 29:

"La ausencia de todo móvil delictivo (el Juzgado a (sic) escudriñado, con atención, posibles causas de enemistad entre el sindicado, la víctima y el lesionado o cualquier tipo de interés malsano del primero para los segundos, con resultados negativos); el comportamiento del encartado después de ocurridos los hechos, como lo describe él mismo y lo confirma uno de los testigos; la conducta asumida por el mismo al aceptar, desde un principio, el haber disparado contra el lesionado y la posibilidad de haberlo hecho también contra el que resultó muerto; los antecedentes psicopatológicos que refiere el encartado en su indagatoria y que no están desmentidos y, en fin, las circunstancias mismas del hecho, inclinan al Juzgado a pensar, con base en los medios de convicción, aún escasos, que se tienen, que REINEL ANTONIO RUIZ QUICENO actuó en el marco del artículo 29 del C. Penal" (Fl. 36).

25. ANGEL MARTIN VASQUEZ ABAD: Tratado de Derecho Penal Colombiano, tomo I, Ed. U.P.B., Medellín, 1948, págs. 151 y 152.

26. La distinción entre el trastorno mental transitorio con base patológica y sin base patológica, es hecha en nuestro medio por el Profesor ALFONSO REYES ECHANDÍA: La Imputabilidad, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1976.

27. Que hay necesidad de hacer la distinción de la que hablamos, nos lo confirma el Profesor MARCO A. CASTRO REY: Manual de Psiquiatría Forense y Reflexología, Publicación de la "Sociedad Bogotana de Sofrología y Medicina Psicosomática", Bogotá, 1967. Para este autor, la carencia en nuestra legislación de una norma expresa, para el caso de los trastornos mentales transitorios que se presentan en personas normales y por ende no peligrosas, no puede llevarnos a ubicar todo tipo de trastorno en el artículo 29, sino que hay que darles otro tratamiento, el del artículo 23, aunque para él, no es adecuado. Dice así: "Como existen trastornos mentales pasajeros, cuyas características son las de presentación en personas normales, no peligrosas hasta la época del ilícito, y posteriormente, que no requieren ser tratadas mentalmente en Manicomio o Colonia, por recuperación pronta del mencionado trastorno y por la seguridad de que éste no repite, y como nuestro Código no los incluye en artículo especial, se han considerado estos casos como de INIMPUTABILIDAD y se han incluido en un artículo (Art. 23) que realmente no es el apropiado" (página 228). Véase también, como el autor ubica los trastornos mentales transitorios, que se presentan en personas anormales y peligrosas, en el artículo 29 como grave anomalía psíquica, en su obra citada, página 192.

28. VICENTE LAVERDE APONTE: Temas Penales y de Procedimiento Criminal, Ed. Temis, Bogotá, 1960, pág. 4.

29. El Dr. ALFONSO TENORIO NIETO, en célebre concepto médico legal, publicado en el Diario Jurídico, año VI, Vol. VIII, núm. 382, pág. 251 y ss., ubica un caso de homicidio cometido en estado de embriaguez del sueño ("síndrome de Elpenor"), en el artículo 29, como grave anomalía psíquica, a pesar de que se trataba de un sujeto normal y que no representaba peligrosidad alguna.

Sin embargo, el mismo Juez Instructor, envió al sindicado a los médicos legistas, a fin de que se le practicara el examen de rigor y solicitó que dictaminaran sobre los siguientes puntos:

a).- Descripción de la personalidad del procesado REINEL ANTONIO RUIZ QUICENO, desde el punto de vista psico-somático.

b).- Que digan los peritos si al momento de cometerse los hechos, el sindicado Ruiz Quiceno se hallaba en "estado de enajenación mental" producida por el alcohol o alguna otra sustancia, o si padecía de "grave anomalía psíquica" (Art. 29 C.P.); en caso afirmativo describirán la entidad psico-patológica respectiva y su etiología.

c).- Si en caso de que los hechos atribuidos al sindicado no hubieran tenido cumplimiento en ninguna de las circunstancias descritas en el anterior numeral, fueran, o no, cometidos en estado de "sugestión o autosugestión patológica" ("Sonambulismo natural", "Embriaguez del sueño", o "Estado delirante"). Art. 23 C. Penal. Si ello es así, se describirá el fenómeno y su etiología próxima y remota" (Fl. 46 frente).

Como resultado de lo anterior, los médicos legistas, en escueto dictamen manifestaron como conclusión final, que el sindicado se encontraba dentro del artículo 23, en los siguientes términos:

"En cuanto a los momentos mismos en que incurrió en los hechos de causar la muerte a su amigo y compañero de trabajo Angel Ernesto Palacio Mira, y de haber lesionado a Tulio Palacio Arango, creemos señor Juez sólo hallar una explicación dándole cabida al numeral 1º del Art. 23, sobre responsabilidad, del Código Penal, que a la letra dice: "1º. Por insuperable coacción ajena o en estado de sugestión hipnótica o patológica, siempre que el sugestionado no haya consentido previamente en cometerlo", pues repetimos que antes ni en los momentos actuales, por sus propias declaraciones, por los exámenes practicados en él y por todas las constancias del informativo, sufría ni sufre grave anomalía psíquica, y que todo obró, en nuestro concepto en un estado de "embriaguez del sueño" (Fl. 110).

Con base en lo anterior, el Instructor revocó el auto de detención preventiva, afirmando lo siguiente:

"Se plantea, pues, la circunstancia de que el sindicado obró, al momento de cometer el hecho, bajo el influjo de una sugestión patológica, que lo exime de responsabilidad frente a la Ley Colombiana (Art. 23, Inciso 1º C. Penal) y en consecuen-

cia debe gozar de libertad en forma incondicional, toda vez que no hay constancia, —ni la hipótesis se insinúa siquiera como tal— que hubiera consentido previamente someterse a cualquier estímulo que hubiera podido desencadenar esa situación eminentemente transitoria.

El Art. 23 del C. Penal, en su numeral 1º comprende tres causas excluyentes de responsabilidad, a saber: a) INSUPERABLE COACCION AJENA, b) ESTADO DE SUGESTION HIPNOTICA, y c) ESTADO DE SUGESTION PATOLOGICA. Es esta última causa la que interesa al caso presente, y la que seguidamente ha de examinarse" (Fls. 114 y 115).

En apoyo de su decisión, trajo al tratadista LUIS CARLOS PEREZ, quien dicho sea de paso, es quien mejor trata el problema.

Llegado el momento de calificar el mérito del sumario, el Fiscal conceptúa que se debe amparar al sindicado con un sobreseimiento definitivo, ya que en su actuar no hubo discernimiento ni control de la voluntad:

"Se dice que para que un acto humano sea considerado como delito doloso, se requiere que en su producción haya intervenido una intención acompañada de una voluntad libre y espontánea, sin vicio alguno.

De donde es lógico deducir que no habiendo discernimiento ni control de la voluntad, la actividad del agente y su resultado se sustraen del campo punitivo. He ahí entonces las exenciones de responsabilidad indicadas en el Art. 23 del C. Penal" (Fl. 140).

El Juez de la causa, sobreseyó definitivamente, considerando que la actuación del sujeto encajaba dentro del artículo 23 Nº 1.

Consultado el Honorable Tribunal Superior de Medellín (30) sobre el sobreseimiento definitivo, éste lo confirmó "pero con la REFORMA de que Reinel Antonio Ruiz Quiceno es inculpable del homicidio y las lesiones corporales que se investigan en este sumario porque obró de buena fe y en circunstancias que estructuran un error esencial de hecho no proveniente de negligencia" (Fl. 165). Para tal decisión, el Tribunal se fundamentó en lo siguiente:

"Reexaminando el aspecto probatorio, la Sala encuentra que se ciñe más a la juridicidad y a los elementos de certeza (versiones del sindicado y los testigos) que establecen el doble suceso en sus antecedentes y modalidades consumativas, admitir la inculpabilidad de Ruiz Quiceno a la luz de un error esencial

30. Como magistrado ponente actuó el Dr. HECTOR JIMENEZ RODRIGUEZ, siendo acompañado en su decisión por los Dres. ALFONSO ORTIZ RODRIGUEZ y GUSTAVO PELAEZ VARGAS.

de hecho, no proveniente de negligencia, situación que se presenta cuando alguien, como en el evento de autos, obra en la equivocada creencia de que se defiende de una agresión contra su vida o los bienes ajenos puestos bajo su custodia.

Es que, aunque el inculpatado fantasea en el relato de algunos de los episodios de las acciones que se le atribuyen y digan los expertos médicos en términos muy escuetos que a tiempo de disparar el revólver era víctima de una "embriaguez del sueño", se acomoda mejor a la dinámica de los hechos la tesis del error excusable, pues que no siendo atribuible a negligencia la falsa interpretación de los movimientos que hicieron el occiso y el lesionado, la mañana del luctuoso acontecer, resulta lógica la causa de inimputabilidad de la conducta averiguada.

Este criterio se extrae de la legislación patria y se ilustra con un ejemplo de la jurisprudencia extranjera, citada por JUAN P. RAMOS en su "Curso de Derecho Penal", Tomo II, pág. 243, según la cual "Incorre en error de hecho quien a altas horas de la noche y en una habitación a oscuras da muerte a uno y hiere a un tercero en la firme creencia de que era víctima de una agresión ilegítima" (Fls. 163 y 164).

Por nuestra parte, consideramos desacertada la anterior decisión, por las razones siguientes:

1) La defensa putativa supone un ERROR, entendiendo por tal, la no concordancia entre la idea y el objeto; como lo dice FRANCISCO ROMERO:

"El error consiste en tomar lo falso por lo verdadero. En el uso corriente y aún en el técnico, las palabras "error" y "falsedad" suelen emplearse indistintamente; conviene sin embargo, llamar falso al juicio no verdadero, y denominar error a la situación del que considerara verdadero lo falso. La falsedad tendería, por lo tanto, carácter objetivo, se daría en el juicio como tal, mientras que el error tiene alcance subjetivo, es un estado de conciencia" (31).

Y ese "ESTADO DE CONCIENCIA" es lo que no se da en el caso de autos. Recuérdese las transcripciones que hemos hecho, de las cuales solamente recordaremos las expresiones del sindicado: "entredormido", "entreborrones", etc. Expresiones que denotan un estado de obnubilación que es precisamente la negación de la conciencia, como factor necesario para que haya errónea valoración.

2) Las bases fácticas que tuvo el Tribunal para su decisión, fueron las siguientes:

31. FRANCISCO ROMERO: Lógica, Ed. Espasa-Calpe, Buenos Aires, Argentina, 1962, pág. 113.

"Así, el mismo acusado fue quien se encargó de decir, inmediatamente después de los acontecimientos, a varios testigos, que "yo creí que me estaban robando"; "que había despertado" con mucho susto y por ello disparó para rechazar el imaginario peligro; que cuando Palacio Arango lo llamó para aprovisionar su carro de gasolina, "se encontraba soñando que lo iban a matar"; que al despertar "de esa pesadilla vio como un bulto y eso fue lo más raro"; "él antes de dispararme me dijo: me vas a robar?, e inmediatamente disparó" (Fl. 164).

Según el Tribunal, de estas expresiones:

"...se colige sin mayor dificultad el proceso alucinatorio, la falsa apreciación de las circunstancias en que incurrió de buena fe y sin negligencia Ruiz Quiceno, error esencial que elimina la culpabilidad y justifica el sobreseimiento definitivo materia de examen" (Fl. 165).

Parece que el Tribunal tomó como fundamento básico, la expresión del sindicado, en el sentido de que "yo creí que me estaban robando" y de que "se encontraba soñando que lo iban a matar". Pero si recordamos lo dicho en la nota 18, concluiremos que ello no puede ser así: Como veíamos, no es que el sindicado hubiera estado soñando al momento de habersele tocado el vidrio trasero del bus, sino que esto fue lo que originó el proceso onírico que desencadenó la reacción fatal.

3) En la cita doctrinaria que se hace, el notable tratadista argentino JUAN P. RAMOS, habla de "FIRME CREENCIA", y creencia implica opinión y ésta como estado de conciencia en que se piensa que algo es verdadero, implica aprehensión o valoración conciente de una realidad.

Coincidentalmente en Argentina, también advertimos un caso estructuralmente igual al presente y también fallado como error esencial de hecho, fundamentando la defensa putativa de la vida (32).

32. El caso en mención, es narrado por LUIS P. SISCO: La Defensa Justa, Ed. El Ateneo, Buenos Aires, 1949, como un error esencial de hecho, en los siguientes términos:

"El día del suceso, Bustamante se encuentra entregado al reposo después de una jornada fatigosa, y al filo de la media noche, es despertado por su cónyuge quien le dice que ha oído ruidos sospechosos en la casa, seguidos del insistente ladrido de los perros; por eso, y por el antecedente de los robos que han venido realizándose en el vecindario, la mujer y su esposo, entran en cuidado; y, a fin de conjurar cualquier peligro, la esposa pide a Bustamante que cargue su revólver —ordinariamente descargado— y que lo ponga en lugar próximo al lecho matrimonial. Accede el marido, retirando de una caja para ventosas una bala, con la que carga su revólver, el que cotea debajo de la almohada; hecha esta operación, Bustamante recobra el sueño, y poco tiempo después, vuelve a despertarse por causa de un ruido que oye en su habitación; despierto, puede ver, en el vano de la puerta, la figura de una persona vestida de blanco; la preocupación por los robos cometidos en perjuicio del vecindario, la circunstancia de haber sido despertado tiempo antes por su mujer para pedirle que cargara su revólver, el ruido y el ladrido de los perros, anteriores a su sueño, este mismo sueño del que había sido sacado por un ruido producido en el interior de

Se trata, del famoso caso de "Pedro Ramírez", bien conocido en la literatura jurídica latinoamericana, generalmente tratado como error esencial de hecho. Así puede verse en la obra de LUIS P. SISCO (33). Empero, LUIS JIMENEZ DE ASUA, trata el caso como embriaguez del sueño, con argumentos de bastante monta (34).

5. TRATAMIENTO DEL TRASTORNO MENTAL TRANSITORIO —Embriaguez del sueño— EN LOS PROYECTOS DE CODIGO PENAL.

En Colombia se ha venido agitando la reforma penal en los últimos años; fruto de este movimiento renovador, son el Anteproyecto de 1974 y los Proyectos de 1976 y 1978. Como es conocido, al ser presentado este último Proyecto ante la Comisión Primera del Senado de la República, el Congreso Colombiano, optó por conceder facultades al Gobierno Nacional; fue así como se expidió la Ley 5 de 1979, mediante la cual se crea una comisión asesora del Gobierno y se establece que el nuevo Código se expedirá con fundamento en el Anteproyecto de 1974 y el Proyecto de 1978.

Pues bien, los Proyectos en mención han reconocido el trastorno mental transitorio como causal de inimputabilidad, veamos:

a. *Anteproyecto 1974.* El artículo 38 nos presenta una modernísima fórmula de imputabilidad, con fundamento en la cual, el trastorno mental transitorio se convierte en causal de inimputabilidad, veamos:

"Concepto. No es imputable 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" (35).

Pero es el artículo 39 el que distingue el trastorno mental transitorio con base patológica del que no tiene base patológica, para efecto de aplicar o no medidas curativas; dice así el mencionado artículo:

la habitación y, finalmente, la circunstancia de ver una figura vestida de blanco, a pocos metros de su lecho, traen a Bustamante a la natural convicción de que se encuentra frente a un ladrón; y, sin más trámite, busca su revólver guardado bajo la almohada y dispara un tiro contra la sombra blanca; oye un grito, que le parece de mujer, busca con su mano a la esposa en el lecho y, al no encontrarla, enciende la luz, pensando que ha ocurrido una tragedia; y así es, en efecto: junto al vano de la puerta, ya sin vida, se encuentra tirada la figura blanca a la que disparó su arma, que no es otra que su propia esposa" (págs. 321 y 322).

33. Coincide con SISCO, en calificar este caso como una defensa putativa por error esencial de hecho, RICARDO C. NUÑEZ: Derecho Penal Argentino, Vol. I, Buenos Aires, Argentina, 1959, pág. 378.

34. LUIS JIMENEZ DE ASUA: El criminalista, tomos II y VIII.

35. Véase Proyecto y Anteproyecto de Código Penal Colombiano, Publicaciones Fundación Justicia y Desarrollo, Bogotá, 1977.

"Medidas aplicables. En los casos contemplados en el artículo anterior, se aplicarán las medidas de seguridad que establece este Código.

Salvo los casos especialmente previstos, si el estado de inimputabilidad se debiere a trastorno mental transitorio en persona que no sufra de anormalidad psíquica, y no quedaren como secuela de él perturbaciones mentales, no se aplicará medida alguna, sin perjuicio de la correspondiente responsabilidad civil".

Como puede apreciarse, cuando el trastorno mental transitorio tiene base patológica, se somete al sujeto a medidas de seguridad; lo que no ocurre, cuando no tiene base patológica, pues una persona que ha retornado a la normalidad, no requiere tratamiento de ninguna índole.

En cuanto a las medidas aplicables, pueden ser de tres tipos: curativas, de internación y de vigilancia (art. 69).

Según el artículo 70, las medidas curativas están destinadas a los inimputables por trastorno mental:

"Medidas curativas. Las medidas curativas se impondrán a los sujetos declarados inimputables por trastorno mental y se aplicarán con internamiento en establecimientos especiales, anexos psiquiátricos o clínicas adecuadas, con sujeción al tratamiento terapéutico que corresponda".

El artículo 72 por su parte, establece la duración de tales medidas, pecando a nuestro modo de ver de exagerado, veamos:

"Duración de medidas curativas. Las medidas de seguridad curativas se aplicarán por un mínimo de dos años y un máximo indeterminado. Estas medidas serán suspendidas por resolución judicial y previo dictamen pericial que establezca que el sujeto ha regresado a la normalidad psíquica y que ha dejado de constituir un peligro para sí o para terceros".

Es que, al aplicar un mínimo de dos años de internamiento a un trastornado puede originar arbitrariedades: como se trata de trastorno con base patológica, puesto que el que no tiene base patológica no está sometido a medidas de seguridad (curativas), nos sitúa ante situaciones en las que estas personas a pesar de haber recobrado su normalidad en un término inferior al previsto por la norma, seguirían sometidas a las mencionadas medidas, como consecuencia del mínimo taxativamente impuesto; y tratándose de trastornos mentales transitorios con base patológica, es apenas previsible que tal situación ocurra.

De todas maneras, creemos que los mínimos de internación son bastante arbitrarios, ya que mal puede el legislador sujetar la recuperación de la salud mental a la rigidez de una norma.

Finalmente, el Anteproyecto trae una consagración especial para los inimputables que sufran de trastorno mental, en su artículo 75:

“Tratamiento especial de inimputables que sufren trastorno mental. Cuando el Juez considere que un inimputable que padezca de trastorno mental no deba ser enviado a uno cualquiera de los establecimientos señalados en el artículo 70, podrá confiarlo al cuidado de su familia, o, bajo la responsabilidad de ella, remitirlo a clínica, hospital, o casa de salud no oficiales, para el tratamiento terapéutico que corresponda. El establecimiento clínico informará periódicamente al Juez sobre el estado de salud y rehabilitación del paciente.

En estos casos se aplicará lo dispuesto por el artículo 73”.

Como es apenas lógico, esta última previsión beneficiará notablemente, a quienes tengan los ingresos suficientes, para que sus familias les costeen su propio tratamiento en clínicas particulares; mientras que los inimputables desposeídos de la fortuna, tendrán que acogerse al régimen del artículo 70.

Volviendo sobre la fórmula del artículo 38, digamos que en ella, para considerar al sujeto inimputable, basta con que al momento de ejecutar el hecho legalmente descrito, presente una perturbación de las facultades intelectivas o volitivas, pues la norma utiliza la “o” disyuntiva, para indicar que con la ausencia de cualquiera de las dos facultades o de ambas, el sujeto se ubica dentro de la situación sobredicha.

En cuanto a los estados, que pueden originar inimputabilidad, se mencionan dos: La INMADUREZ PSICOLOGICA y el TRASTORNO MENTAL.

Dentro de la locución inmadurez psicológica, quedarían comprendidos los menores y los sordomudos; sin embargo, por cuestiones de técnica legislativa, se consagraron normas especiales para ellos: el artículo 41 para menores e impúberes, el 43 para los sordomudos y el 42 para los indígenas.

En cuanto a la locución “trastorno mental”, ella es comprensiva tanto de los trastornos generales y persistentes de las facultades mentales, como de los trastornos mentales transitorios, pues se consideró por parte de los comisionados, que no resultaba práctico ni necesario “hacer la distinción ante el trastorno mental permanente y el transitorio, pues la duración propiamente no importa ya que lo que sí realmente tiene entidad, es el momento en que se produce, que debe ser el mismo en que se verifica el hecho legalmente descrito” (36). Fue por ello, por lo que se decidió consagrar normas específicas para el trastorno mental transitorio (37).

36. Anteproyecto de Código Penal Colombiano, Actas, Exposición de motivos y Artículo, Ministerio de Justicia, Bogotá, 1974, pág. 298.

37. El Dr. REYES, propuso que dentro de la locución trastorno mental, se podrían incluir los siguientes fenómenos: “En primer término, las enfermedades tradicionalmente calificadas de psicosis (psicosis maniaco-depresiva, etc.); las psicopatías siempre y cuando produzcan situaciones que impidan al agente com-

b. *Proyecto de 1976.* Este Proyecto abolió de sus normas las expresiones “trastorno mental” e “inmadurez psicológica”, utilizando en su lugar la expresión “enfermedad mental permanente o transitoria”, esto se desprende del contenido de su artículo 33 que dice:

“No es imputable quien al tiempo de ejecutar el hecho, no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con ese conocimiento, por padecer de enfermedad mental permanente o transitoria” (38).

La variante anotada, fue justificada por los comisionados en su “Exposición de Motivos”, en los siguientes términos:

“En relación con la imputabilidad, se conserva el mismo criterio adoptado por el Anteproyecto, determinándose más precisamente las causas que la excluyen. Se suprime el término de “inmadurez psicológica” por la ambigüedad del mismo, para hacer referencia a los más concretos de menores, sordomudos e indígenas. El concepto de “trastorno mental” se cambia por el más técnico de “enfermedad mental”, recomendado por los médicos psiquiatras del Instituto de Medicina Legal por acomodarse a las clasificaciones internacionales y ser comprensivo de un sinnúmero de estados psicopatológicos” (39).

Realmente, desde el punto de vista psiquiátrico sí es “más técnico”, hablar de enfermedad mental; pero desde el punto de vista jurídico no. La redacción de la citada norma, nos sitúa ante la dificultad de determinar que se va a entender por “enfermedad mental”, pues de ser estrictos si acudimos a su significado etimológico, encontramos, que es sinónimo de “morbo”, de “patológico”, con lo que sólo quedarían cobijados por la disposición, los estados de “índole patológica”.

Significa lo anterior, que el trastorno mental transitorio sin base patológica acertadamente consagrado en el Anteproyecto de 1974, quedaría eliminado; o sencillamente quedaría comprendido dentro de la locución “enfermedad mental”, pero habría que dar a ésta una interpretación amplia.

prender 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 punibilidad, en el caso que contempla actualmente el artículo 28 del C. P. La ebriedad, siempre que produzca alteraciones de la conciencia, o en las hipótesis de intoxicación. La ingestión de cualquier sustancia o droga que produzca dependencia física o psíquica, 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” (ibidem, pág. 298).

38. Véase el Proyecto y Anteproyecto de Código Penal Colombiano, que mencionamos en la nota 35.

39. Ibidem, pág. 105.

Pero las dificultades en lo tocante a la regulación del trastorno mental transitorio, no paran ahí; en efecto, si observamos el contenido del artículo 110 del Proyecto, nos encontramos con que a los inimputables del artículo 33, se les somete a medidas de seguridad, sin hacer distinciones de ninguna índole, dice así la disposición:

“Al inimputable de que trata el artículo 33, cuando la enfermedad mental fuere transitoria, se le impondrá la medida de internación en establecimiento psiquiátrico, o similar, de carácter oficial, en donde será sometido al tratamiento científico que corresponda.”

Esta medida tendrá un mínimo de seis meses de duración y un máximo indeterminado. Se suspenderá condicionalmente cuando se establezca que la persona ha dejado de constituir un peligro para sí o para los otros”.

Lo anterior significa, que aún dando la interpretación amplia que hemos esbozado más arriba para el término “enfermedad mental”, estaríamos sometiendo el trastorno mental transitorio sin base patológica a medidas de seguridad.

Se nos hace sí, más razonable el mínimo que fija la disposición, es decir seis meses; pero seguimos creyendo que en este punto se dio un paso atrás, con respecto al Anteproyecto de 1974.

c. *Proyecto de 1978*. Este Proyecto, que es el del año 76, con algunos retoques, define así la imputabilidad en su artículo 34:

“Es imputable quien al tiempo de ejecutar el hecho no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud y de determinarse de acuerdo con ese conocimiento” (40).

A su turno, el artículo 35, en extraño malabarismo lógico y con la más absoluta falta de técnica legislativa, dice quién es inimputable:

“No es imputable quien al tiempo de ejecutar el hecho no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con ese conocimiento, por padecer de enfermedad mental permanente o transitoria.
Tampoco es imputable...”

Realmente, en este punto no se presentaron modificaciones con respecto al ya comentado Proyecto de 1976, salvo claro está, en lo atinente a la doble regu-

lación de la imputabilidad. Se volvió a hablar de “enfermedad permanente o transitoria” y en el artículo 114, se vertió prácticamente el mismo contenido del artículo 110 de 1976, no distinguiéndose entre trastorno mental transitorio con base patológica y sin base patológica; por ello, las observaciones ya formuladas, valen igualmente en este punto.

40. Proyecto de Código Penal Colombiano, Publicación del Ministerio de Justicia, Bogotá, 1978.

juristisches Seminar
der Universität
Göttingen

Esta
Revista se
imprimió en los
Talleres de Editorial ACOSTA
TELEFONOS: 31 65 44 - 45 14 72
Medellín - Colombia - Suramérica

P R E C I O :

Unidad suelta	\$ 200.00
Unidad fuera de Medellín	\$ 220.00
Suscripción fuera de Medellín (4 números)	\$ 880.00