NUEVO FORO PENAL

GRUPOS DE ESTUDIO DE DERECHO PENAL

NODIER AGUDELO BETANCUR

DIRECTOR

DOCTRINA

Estado de Derecho y Justicia Criminal en Chile.
Juan Bustos Ramírez
La Detención Preventiva.
Hernando Londoño Jiménez
Estupefacientes y Pruebas Técnicas.
César Augusto Giraldo
Breves Apuntes sobre la Marihuana.
Bernardo Ramírez Zuluaga
El Trastorno Mental como Causa de Inimputabilidad en el Nuevo Código Penal - Primera parte.
Nódier Agudelo Betancur

CARTAS AL DIRECTOR

Mandrax y Farmacodependencia.
César Augusto Giraldo

JURISPRUDENCIA

La Esquizofrenia - El Dictamen Psiquiátrico - La Enajenación Mental. Legítima Defensa y dudas sobre su existencia - Dosis Personal de Marihuana.

TEMAS DE DISCUSION

1. Inimputabilidad y Jurisdicción.
   Rodolfo Mantilla J. - Orlando Ramírez G. - Alberto Suárez S.
2. El Procedimiento Abreviado.
   Hernán Prada Niño

6

ABRIL ⚙ MAYO ⚙ JUNIO 1980

NUEVO FORO PENAL

Grupos de Estudio de Derecho Penal

Nódier Agudelo Betancur

Director

AÑO II — Nº 6 — Abril - Mayo - Junio de 1980

— Licencia en Trámite —

Auxiliares

Guillermo Villa Alzate

Ricardo Hoyos Duque

Luis Miguel Marín Gaviria

Patricia Guarín Duarte

Jaime Posada Orrego

Vidal de J. Restrepo V.

Medellín - Colombia
1.980

TABLA DE CONTENIDO

DOCTRINA

Estado de Derecho y Justicia Criminal en Chile **Página 11**
Dr. Juan Bustos Ramírez

La Detención Preventiva **Página 25**
Dr. Hernando Londoño Jiménez

Estupefacientes y Pruebas Técnicas **Página 41**
Dr. César Augusto Giraldo

Breves Apuntes sobre la Marihuana **Página 47**
Dr. Bernardo Ramírez Zuluaga

El Trastorno Mental como Causa de Inimputabilidad en el Nuevo Código Penal. - Primera parte. **Página 55**
Dr. Nódier Agudelo Betancur

CARTAS AL DIRECTOR

Mandrax y Farmacodependencia **Página 92**
Dr. César Augusto Giraldo

JURISPRUDENCIA

La Esquizofrenia. El Dictamen Psiquiátrico. La Enajenación Mental. - Legítima Defensa y dudas sobre su existencia. - Dosis Personal de Marihuana. **Página 95**

TEMAS DE DISCUSION

1. **Inimputabilidad y Jurisdicción** **Página 125**

Dres. Rodolfo Mantilla Jácome
Orlando Ramírez Gamboa
Alberto Suárez Sánchez

2. **El Procedimiento Abreviado** **Página 128**
Dr. Hernán Prada Niño

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

Con profunda satisfacción hemos visto surgir en diversas partes del país grupos de estudio entregados con verdadera vocación científica al estudio de la Teoría del Delito, la Criminología y el Derecho Procesal Penal. Grupos que incluso han acometido, lo que en nuestro país resulta ser una verdadera quijotada, la tarea de publicar revistas como órganos de expresión de sus ideas.

Tal es el caso de Cali y Bucaramanga. En la primera ciudad, Cali, vemos surgir nuevas revistas, la del Colegio de Abogados Penalistas del Valle del Cauca y la Revista de la Universidad Libre, impulsadas, entre otros, por el Dr. JORGE ENRIQUE VALENCIA, quien con su trabajo trasunta la dinámica de la nueva generación de juristas del Valle. Reseño al menos el contenido básico de estas revistas para demostrar su significado como aporte a la literatura jurídica nacional: *La Responsabilidad Jurídica en el Proyecto de Código Penal 1978* (Edgar Saavedra Rojas); *Los Principios Rectores del Nuevo Código Penal* (Alfonso Reyes Echandía); *La Prejudicialidad y la Revisión* (Mauricio Luna Bisbal); *El Elemento Sicológico de la Imputabilidad* (Fernando Tocora); *Notas a una Sentencia* (Jorge Enrique Valencia). Esto en lo que respecta a la Revista del Colegio de Abogados Penalistas. En la Revista de la Universidad Libre, observamos: *Facetas del llamado "Derecho Automovilístico"* (Jorge Enrique Valencia); *La Prueba Circunstancial* (Jorge Caro Copete); *Intervención del Tercero Civilmente Obligado en el Proceso Penal* (Norman Zuluaga); *La Analítica Filosófica Crítica, el Derecho y la Criminología* (Ramón Garzón); *Observaciones Críticas a la Administración de Justicia* (Edgar Saavedra Rojas).

En Bucaramanga, el Dr. RODOLFO MANTILLA JACOME, coordina el Curso de Derecho Penal a nivel de pregrado en la Universidad Autónoma e impulsa un grupo de estudios con reuniones periódicas cuyas opiniones comienzan a manifestarse en el "Boletín del Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas", dirigido por el Dr. ORLANDO RAMIREZ GAMBOA. El contenido del Boletín Número 4 correspondiente a los meses Marzo - Abril del presente año, en lo que respecta a nuestras disciplinas es: *El Procedimiento Abreviado* (Hernán Prada Niño); *Recomendaciones del Segundo Encuentro de Profesores de Criminología; Inimputabilidad y Jurisdicción* (Rodolfo Mantilla Jácome, Orlando Ramírez Gamboa, Alberto Suárez Sánchez); *Análisis de la Situación del Hijo de Presidiaria en el Centro de Reclusión de Mujeres de Bucaramanga* (Dora Isabel Gómez G., Clara Inés Cansino de Silva, María Cristina de Villalobos).

El contenido de estas nuevas publicaciones es muestra de que en el país hay gente que comienza a trabajar en serio. Dentro de este contexto es indiferente que se afirme que nuestro grupo de Medellín con esta Revista, hubiera servido de ejemplo para que surgieran nuevos grupos o que sólo sirvamos de estímulo a iniciativas ya dadas. Lo importante es que existen y que por un cierto fenómeno de "inducción recíproca" nosotros a la vez nos sentimos reconfortados y sabedores de que tenemos interlocutores de quienes, seguro, mucho tenemos que aprender.

Esto último, sobre la base de que nadie se encierre en torres de marfil y, al contrario, se establezca una comunicación entre los diferentes grupos.

Con la anterior orientación, en el presente número la acostumbrada sección FORO HISTORICO no aparece y el espacio está dedicado a la publicación de dos cortos trabajos sobre Teoría del Delito y Procedimiento Penal, referido éste a la problemática del Procedimiento abreviado y aquel a la relación que debe existir entre Inimputabilidad y Jurisdicción Penal.

Ellos son el producto de reuniones periódicas donde se discuten las nuevas reformas penales tanto en su aspecto sustantivo como en el adjetivo. Más que trabajos acabados, ellos tienen la pretensión de ser propuestas o puntos de partida para la discusión. Se aspira entonces a que otros círculos de estudiosos manifiesten sus puntos de vista sobre los temas publicados. Los trabajos pueden enviarse a la Dirección de la Revista.

Estamos convencidos de que la verdad (o lo que uno cree ésta sea) sólo surge de la confrontación de ideas y creemos que así contribuimos al mejoramiento del estudio de las disciplinas penales en nuestro medio.

NODIER AGUDELO BETANCUR
Director

DOCTRINA

Estado de Derecho y Justicia Criminal en Chile

(1973 - 1979)

Prof. Juan Bustos Ramírez *

1. *Estado de Derecho.* Al inicio de su régimen, en la "Declaración de Principios del Gobierno Chileno", Capítulo III, Nº 5, la Junta Militar dejó establecido:

"Chile ha vivido siempre dentro de un ordenamiento jurídico. La majestad de la ley ha estado invariablemente presente en nuestra evolución social. Pero además ese orden jurídico ha sido reflejo del aprecio profundo que el chileno siente por la dignidad espiritual de la persona humana y, consiguientemente, por sus derechos fundamentales. Es en ese respeto por los derechos humanos, más que en su tradición de generación popular y sucesión constitucional de los gobiernos, donde debe encontrarse la savia y la médula de la democracia chilena", y agrega más adelante: "Otra importante característica de nuestra tradición jurídica ha sido el respeto por la libertad de conciencia y el derecho a discrepar. Ambos aspectos deberán ser preservados por el Estado de Derecho que el movimiento del 11 de septiembre se propone recrear... los derechos humanos deberán reforzarse para que su ejercicio pueda ser efectivamente disfrutado por todos, y ampliarse a sus manifestaciones más modernas. El derecho a discrepar deberá ser mantenido...".

Ultimamente en el Preámbulo al Proyecto de Constitución Política se incluyen conceptos semejantes: "La Nación Chilena, comunidad de hombres y mujeres libres...", "...el ser humano tiene derechos naturales, anteriores y superiores al Estado...", "reconoce en el Derecho el instrumento válido para regular la vida en sociedad, como norma jurídica de carácter impersonal que obliga por igual a gobernantes y gobernados y que radica las funciones del gobierno en órganos diversos e independientes...", "adhiere a los principios y normas universalmente aceptados del Derecho Internacional y manifiesta su

* **El autor, es Doctor de las Universidades de Bonn y Madrid. Actualmente es Profesor de Derecho Penal en la Universidad de Barcelona.**

voluntad permanente de contribuir a la paz, a la justicia y al progreso de los pueblos".

En tales declaraciones se hace hincapié en aspectos fundamentales de lo que se entiendo por Estado de Derecho. Pero el Estado de Derecho no está constituído sólo por declaraciones, sino que es la conformación de una realidad política social concreta. Para tales efectos hay que considerar que el Estado de Derecho, en todo caso, en su concepción general, no sólo significa la ejecución del actuar estatal mediante determinadas formas organizativas y de procedimiento (principio de la división de poderes, composición, delimitación y restricción de competencias), sino además la prohibición de lesionar derechos humanos fundamentales y de menoscabar intereses de modo más intenso de lo que requiere obligatoriamente la protección de bienes superiores [1]. Luego, para constatar, en lo que a la Justicia Criminal se refiere, si efectivamente hay consecuencia con estas declaraciones trascritas de la Junta Militar y con lo que en general se entiende por Estado de Derecho, es necesario analizar si la realidad político social chilena actual se hace eco de tales contenidos formales y materiales del Estado de Derecho. Porque el sistema penal de cualquier sociedad no es un fenómeno aislado, sujeto a sus propias leyes, sino que es parte integral de todo el sistema social y comparte sus aspiraciones y defectos [2]. La Justicia Criminal en general, por ser concreción de la esencia opresiva del Estado, es un indicador sumamente sensible en el reflejo de las características del sistema político social imperante.

2. *Régimen legal* [3]. No es necesario destacar, por lo conocido, que desde el punto de vista formal, el decreto ley Nº 128 de 1973, lesionó gravemente la concepción de Estado de Derecho, al establecer en el Artículo 3 que "el Poder Constituyente y el Poder Legislativo son ejercidos por la Junta de Gobierno mediante decretos leyes con la firma de todos sus miembros y, cuando

---

1. Cfr. ZZIPPELIUS, REINHOLD: Allgemeine Staatslehre, edic. 6a., 1978, pág. 185. DIAZ, ELIAS: Estado de Derecho y sociedad democrática, 6a. edic., 1975, pág. 29; PERIS, MANUEL: Juez, estado y derechos humanos, 1976, págs. 31 sgts.; QUINTERO OLIVARES, GONZALO: Represión Penal y Estado de Derecho, 1976, págs. 17 sgts.

2. RUSCHE, GEORG Y KIRCHHEIMER, OTTO: Sozialstruktur und Strafvollzug, 1974, págs. 9 sgts. y 288 (1a. edic. 1939 en inglés: "Punishment and Social Structure").

3. Fuentes utilizadas: del VILLAR BRITO, WALDO: Decretos Leyes en materia penal, 1975; VASQUEZ FRANCISCO: El derecho humano de libertad personal en Chile: análisis jurídico de las nuevas disposiciones del gobierno militar, 1976. Informes Comisión de Derechos Humanos Naciones Unidas 1977 y 1978 (E/CN. 4/1221 y E/CN. 4/1266). Tercer Informe sobre la situación de los derechos humanos en Chile, 1977 (OEA/Ser. L/V/II. 40. Doc. 10); Informes International Commission of Jurists, 1974 y 1976; además debo agradecer a ALICIA HERRERA, ex magistrado de la Corte de Apelaciones del Trabajo de Chile, por haber puesto a mi disposición todo el valioso material que ha recopilado en estos años.

éstos lo estimen conveniente, con la de él o los Ministros respectivos" [4]. Por los límites de este trabajo interesa ahora sólo resaltar el contenido de los decretos leyes vinculados directamente a la justicia criminal. Entre ellos, especialmente los que configuran nuevos tipos penales y los que se refieren a garantías procesales.

A. Decretos Leyes que configuran nuevos tipos penales:

a. D. L. Nº 12 de 24.IX.1973, prohibe la existencia de la CUT (Central Unida de Trabajadores) y su funcionamiento directo o indirecto, estableciendo una pena que va entre los 5 años y un día a 20 de presidio, relegación o extrañamiento.

b. D. L. Nº 82 de 31.X.1973, castiga el descongelamiento de los fondos que posea la CUT en cualquier institución bancaria, a cualquier título, y de los que pudiere poseer en asociaciones de ahorro y préstamo u otras instituciones similares.

c. D. L. Nº 73 de 13.X. 1973 y D. L. Nº 145 de 27.XI.1973, por los cuales se considera asociación ilícita a los Partidos de la Unidad Popular y a todas aquellas entidades, agrupaciones, facciones o movimientos que sustenten la doctrina marxista o que por sus fines o por la conducta de sus adherentes sean sustancialmente coincidentes con los principios y objetivos de dicha doctrina y que tiendan a destruir o a desvirtuar los propósitos y postulados fundamentales que se consignan en el Acta de Constitución de la Junta Militar. En ellos, además, se establece que importa delito el sólo hecho de organizarse en tales asociaciones, también la promoción o inducción a su organización, e igualmente todo acto de propaganda, de palabra, por escrito o por cualquier otro medio, de la doctrina marxista o de otra sustancialmente concordante con sus principios y objetivos [5]. Las penas van entre 541 días a 5 años. Complementario de estos decretos en cuanto a su contenido es el D. L. 1684 de 28.I.1977 que declaró la disolución de los demás partidos políticos.

d. D. L. Nº 81 de 6.XI.1973, sanciona con presidio de 3 años y un día a 5 o relegación de 10 años y un día a 15, al que encontrándose en el interior o en el extranjero (conforme a modificación del D. L. Nº 285 de 26.I.1974), ante el llamamiento público hecho por la autoridad, no se presente ante ella.

---

4. El D. L. Nº 527 de 1974 fijó definitivamente el Estatuto de la Junta e introdujo como modificación esencial el que el Poder Ejecutivo sería ejercido en forma unipersonal por el Presidente de la Junta.

5. Dentro de este mismo orden de ideas el Proyecto Constitucional de la Junta en el Art. 8 señala: "Todo acto de persona o grupo destinado a propagar doctrinas que atenten contra la familia, propugnen la violencia o una concepción de la sociedad, del Estado o del orden jurídico de carácter totalitario o *fundada en la lucha de clases, es ilícito* y contrario al ordenamiento institucional de la República" (subrayado nuestro).

e. D. L. Nº 81 de 6.XI.1973 castiga, a los asilados, expulsados, que hayan hecho abandono del país, por ingresar clandestinamente al territorio nacional, sin autorización del Ministerio del Interior, con el objeto de atentar contra la Seguridad del Estado, con la pena de quince años y un día a muerte [6]. Tipo semejante establece el D. L. Nº 604 de 10.VIII.1974, respecto de aquellos que por Decreto Supremo se les ha prohibido su ingreso a Chile en razón: de propagar o fomentar de palabra o por escrito o por cualquier otro medio, doctrinas que tiendan a destruir o alterar por la violencia el orden social del país o su sistema de Gobierno; de estar sindicados o de tener reputación de ser agitadores o activistas de tales doctrinas y, en general, por ejecutar hechos que las leyes chilenas califiquen de delito contra la seguridad exterior, la soberanía nacional, la seguridad interior o el orden público del país; y, de realizar actos contrarios a los intereses de Chile o que a juicio del Gobierno constituyan un peligro para el Estado.

f. D. L. Nº 559 de 12.VII.1974 y D. L. Nº 1009 de 8.V.1975 introducen modificaciones a la Ley 12.927 sobre Seguridad del Estado en relación a hechos que, cometido con propósito de alterar el orden instituído o la seguridad pública o intimidar a la población, constituyan atentados contra la integridad física de las personas, contra la vida, la libertad, destruyan o inciten a la destrucción de servicios de utilidad pública o instalaciones de interés nacional, etc. Además, se agrega como causal de exención de pena la circunstancia de revelar al tribunal antecedentes no conocidos, que sean útiles para la comprobación del delito o la determinación de los delincuentes, e igualmente el hecho de denunciar a la autoridad del plan y circunstancias de toda nueva conspiración o maquinación.

g. D. L. Nº 559 de 12.VII.1974, modificatorio del D. L. Nº 221 de 1931, establece como delito la piratería aérea; posteriormente le introduce algunas innovaciones el D. L. 1009 de 8.V.1975.

h. D. L. Nº 211 de 22.XII.1973 y D. L. Nº 280 de 24.I.1974, establecen figuras destinadas a la protección penal del sistema económico de libre mercado, así por ejemplo se castiga los hechos que perturban la libre competencia, los delitos de defraudación, de cobro excesivo, de desviación del crédito, de infracciones en materias laborales, etc.

El simple enunciado de la mayor parte de esta legislación muestra una abismal incongruencia entre las declaraciones sobre Estado de Derecho de la

---

6. Dentro de los absurdos del D. L. Nº 81 estaba el castigar en el Art. 5 con mayor pena a los cómplices y encubridores, lo que se subsanó por el D. L. Nº 189; pero en el D. L. Nº 304 se volvió a cometer el mismo error de técnica penal, quizá más bien obedece a un criterio claro de política criminal del terror.

Junta Militar y aquello que se impone como "injusto o ilícito". Vana ilusión resultan las expresiones de "sociedad de hombres libres" o "con derecho a discrepar", si se conmina penalmente al que pretenda asociarse libremente y al disidente en el ejercicio de sus derechos laborales y políticos [7]. En realidad lo que se busca es justamente hacer desaparecer toda posibilidad de discrepancia y, por eso, la disolución de todos los partidos políticos. Dentro de esta misma línea se inscribe la supresión (Diario Oficial de 20.X.1978) de siete entidades sindicales, que agrupan a 550 sindicatos y alrededor de 400 mil trabajadores [8], declaradas ilícitas por el Ministerio del Interior porque "la conducta de las entidades a que se refiere el decreto ley, así como las acciones de sus dirigentes, han revelado que éstas actúan bajo inspiración foránea, siendo su proceder y propósitos sustancialmente coincidentes con los principios y objetivos de la doctrina marxista, persiguiendo en definitiva, fines disociadores de la comunidad nacional" [9]. Para la Junta Militar, la libertad de pensamiento, de expresión, de asociación, y su ejercicio, remueven los fundamentos mismos del sistema político social erigido, y, por eso, es necesario declarar ilícitos esos derechos y ponerlos bajo conminación penal. Evidentemente no se trata de una "recreación del Estado de Derecho", como señala la Declaración de Principios de la Junta, sino de una negación absoluta de su origen y evolución desde la revolución francesa hasta ahora. En este sentido, es importante destacar que la simple autoridad administrativa se arroga el ejercicio de la facultad punitiva, por encima de la ley y de los tribunales, al castigar por su sola decisión con la privación del derecho de vivir en su país al nacional, en razón de haber manifestado en alguna oportunidad sus puntos de vista no coincidentes con el régimen sostenido por la Junta Militar.

De más está insistir sobre el carácter autoritario de los tipos, con abundancia de elementos subjetivos, en que claramente no se castiga conductas, sino la conciencia o el ánimo, la forma de expresarse en la vida social, lo que en su conjunto constituye un derecho penal de autor de claro corte nacista. Pero en todo caso hay que poner de relieve dos figuras delictivas. Una es la que sanciona con pena que puede llegar hasta los cinco años de presidio al que no concurre al llamamiento de la autoridad. Bajo la apariencia de un tipo claramente delimitado y objetivo, se da lugar a una figura absolutamente abierta, en que una vez más la sola autoridad administrativa es la que establece los autores y no el tipo legal. Con ello, materialmente, se niega la separación de

---

7. En el Proyecto Constitucional, Art. 8º, a las personas que intervienen en estas llamadas asociaciones ilícitas, se les priva de todos sus derechos para optar a cargos y a funciones de representación popular, vecinal, gremial, sindical, estudiantil, etc. Además se establece que "las personas sancionadas en virtud de este precepto *no podrán ser objeto de rehabilitación*" (subrayado nuestro). Condena parecida a la antigua muerte civil, con ello se constituye una categoría inferior de seres humanos dentro de la sociedad.

8. Información entregada por el Mercurio en su edición del 21 de Octubre de 1978.

9. Diario el Mercurio, 21 de Octubre de 1978.

poderes y el principio de la legalidad de los delitos y de las penas, que aparentemente se pretende respetar por la vía de los decretos leyes [10]. Además, hay en ello una abierta contradicción entre lo que proclama el Proyecto Constitucional, que reconoce al derecho "como norma jurídica impersonal" y esta práctica legal en que es la autoridad la que en forma absoluta, al hacer el llamamiento, la que determina que Juan, Pedro o Diego serán los autores del delito. Este estado de cosas no difiere del existente antes de la Revolución francesa y cuya desaparición justamente dio paso al Estado de Derecho. Esta práctica de la Junta Militar no guarda relación alguna con los postulados de J. J. ROUSSEAU en esta materia: "Si digo que el objeto de las leyes es siempre general, quiero decir que la ley considera a los sujetos en su conjunto y las acciones como abstractas, *jamás a un hombre como individuo* ni a una acción particular" [11]. Si bien este es un tipo paradigmático al respecto, semejante es el que prohibe el ingreso al país a determinadas personas.

Otra figura que hay que destacar es la exención de pena por delación. Difícilmente se la puede compatibilizar con la declaración de la Junta de que "ese orden jurídico ha sido reflejo del aprecio profundo que el chileno siente por la dignidad espiritual de la persona humana...", y que por cierto es la base sobre que se asienta un Estado de Derecho. Pero, sin embargo, la ley premia a quien por razón de seguridad de estado se rebaja a la calidad de delator. En tiempos de Tiberio proliferó en Roma la profesión de delator y desde entonces en todos los regímenes en que imperó el terror, y el terror aunque sea ley jamás podrá constituir un derecho justo. Los delatores y las policías secretas son los pilares sobre los que se asienta un estado totalitario, pero no un estado de derecho. Traición y seguridad del estado son términos correlativos en este tipo de sistemas, por eso al fundamentarse el D. L. Nº 1009 se anota: "Que todo cuanto atañe a la Seguridad Nacional es de vital importancia para el país, ya que de ella depende al estabilidad del Estado y de sus instituciones y es, además, condición indispensable para la protección de los valores y bienes jurídicos del hombre y de la sociedad, como asimismo para el desarrollo económico y social de la nación".

Los tipos modificatorios de la Ley de Seguridad del Estado, los sobre piratería aérea y aquellos sobre derecho penal económico, se enmarcan dentro de una posible legislación emanada de un Estado de Derecho, sin perjuicio de las fallas técnicas que ostentan, como castigo por el resultado, redundancia con los tipos del Código Penal, abuso de las presunciones, exaltación del concepto de seguridad del Estado, etc. Pero de todos modos hay que recalcar al respecto que tales figuras antes no habían sido necesarias y su incorporación legislativa surge justamente en razón de la instauración de un determinado sis-

10. Al respecto véase el comentario de Manuel Rivacoba y Rivacoba al D. L. Nº 81, en Revista Nuevo Pensamiento Penal, año 1974, Págs. 411 sgts.

11. Du Contrat Social, en Les Classiques du Peuple, pág. 94.

tema político económico social por parte de la Junta Militar [12]. Con razón, MUÑOZ CONDE afirma que una culpabilidad entendida materialmente no es posible que se de dentro de una dictadura, sólo empieza su camino en una democracia social [13].

B. Disposiciones en relación a garantías procesales penales: regulación de la privación de libertad (la detención).

La Junta Militar ha trastocado completamente el régimen relativo a la detención, convirtiendo en regla general lo que antes era excepcional. Hasta 1973, conforme a la Constitución Política de 1925 y el Código de Procedimiento Penal, la detención debía ordenarla el juez por escrito, sólo excepcionalmente podía dictarla otra autoridad [14], e igualmente sólo en casos muy determinados se podía detener sin ella en el delito flagrante. Por último el afectado debía ser puesto a disposición del Tribunal, y a más tardar dentro de las 48 horas siguientes.

A partir del golpe se decretó por la Junta Militar estado de sitio, de emergencia y de guerra. Nos interesa sobre todo el estado de sitio y el de guerra. Por el estado de sitio el Presidente de la República puede trasladar personas de un departamento a otro o arrestarlas en sus propias casas y en lugares que no sean cárceles ni otros que estén destinados a la detención o prisión de reos comunes. Conforme al estado de guerra entran en funcionamiento los tribunales militares en tiempo de guerra, con un procedimiento especial sumarísimo. Este esquema ha sufrido diferentes modificaciones durante el último tiempo, especialmente en el sentido de establecer diversos grados al estado de sitio, mediante los cuales se ha ampliado las materias objeto de conocimiento por los tribunales militares, especialmente en lo que se refiere a los delitos contra la seguridad del Estado [15].

12. Sobre esta materia véase fundamentalmente a los criminólogos que en la actualidad se refieren al "labeling approach", cfr. SACK, FRITZ: Definition von Kriminalität als politisches, Handeln: der labeling approach, en Kriminologisches Journal, 1972, 1.

13. Uber den materiellen Schuldbegriff, Goltdammer's Archiv, 1978, Heft 3, pág. 76. Como muy bien señala el mismo autor: "Mal se puede reprochar, en efecto, a un individuo que lesione o infrinja una norma que no le motiva en absoluto porque, por ejemplo, es la expresión de una situación que le oprime o le priva de sus derechos fundamentales" (III Jornadas de Profesores de Derecho Penal U. Stgo. de Compostela, "El Principio de culpabilidad", pág. 231).

14. Conforme al Art. 72 de la Constitución Política del Estado, el Presidente de la República, en estado de sitio.

15. En el D. L. Nº 527 se repite respecto del Presidente de la Junta de Gobierno la facultad que la Constitución Política otorgaba al Presidente de la República de *trasladar* y *arrestar* personas, además de señalar la oportunidad y extensión del estado de sitio. El D. L. 640 señaló los regímenes de emergencia: estado de guerra externa o interna, estado de asamblea, estado de sitio, facultades extraordinarias, zonas y estado de emergencia, y jefatura de plaza. Pero el más importante ha sido el D. L. 1008, cuyas modificaciones son las siguientes: a. se fija cuatro grados al Estado de sitio (por estado de guerra, por defensa interna, por seguridad interior, por simple conmoción); b. *en todos los grados los tribunales militares conocen de los delitos contra la seguridad del estado, funciona el procedimiento sumarísimo de consejo de* guerra; d. los tribunales militares de tiempo de guerra tienen la misma competencia en el grado de guerra o en el de defensa interna.

Dentro del período en que ha gobernado la Junta Militar, lo *normal* ha sido lo que es excepcional dentro de un estado de derecho: la población ha vivido permanentemente en estado de sitio o emergencia, la facultad de decretar detenciones ha correspondido al Presidente de la Junta y no a los Tribunales de Justicia, la Justicia Militar ha desplazado la competencia de los tribunales ordinarios.

Pero no sólo eso, hasta 1973 el organismo encargado de las pesquisas y detenciones estaba fundamentalmente vinculado al Poder Judicial, el Servicio de Investigaciones. Durante el período de la Junta Militar y en virtud del estado de sitio tales funciones se traspasan a organismos especiales y secretos, los que son reconocidos expresamente en el D. L. Nº 1009 de 5 de mayo de 1975:

"Durante la vigencia del estado de sitio, *los organismos especializados* para velar por el normal desenvolvimiento de las actividades nacionales y por la mantención de la institucionalidad constituída cuando procedan —en el ejercicio de sus facultades propias— a detener preventivamente a las personas a quienes se presuma fundamentalmente culpable de poner en peligro la seguridad del Estado..." [16]. Tales organismos no son otros que, primero, la Dirección de Inteligencia Nacional (Dina) y, posteriormente, la Central Nacional de Informaciones (CNI). Tanto uno como otro son organismos militares, vinculados directamente con la Junta Militar [17], esto es, completamente ajenos a los Tribunales de Justicia y fuera de su control y jurisdicción. Las detenciones practicadas por ellos dentro del estado de sitio o de emergencia, por hechos contra la seguridad del Estado, pueden durar hasta diez días [18]. Por otra parte, el Presidente de la Junta, por sóla razón de seguridad del Estado, sin necesidad de vinculación a hecho alguno, puede ordenar detenciones hasta por cinco días [18]a.

16. El D. L. 187 reglamentó el D. L. 1009, esto es, la facultad de arrestar del Presidente de la República en caso de estado de sitio, sin agregar nada nuevo a lo existente ya hasta 1973; por el contrario es muy deficiente técnicamente y en ese sentido es de destacar su Art. 2: "Si del mérito de los certificados a que se refiere el inciso final del artículo precedente apareciere que el detenido ha sido objeto de malos tratos o apremios indebidos, el Ministro de Justicia procederá, a denunciar tales hechos a la autoridad administrativa, institucional o judicial...". Realmente resulta absurdo que sólo el Ministro de Justicia pueda denunciar, sobre todo si se tiene en cuenta que conforme a las leyes procesales chilenas todo empleado de policía, funcionario o facultativo tiene el deber de denunciar los delitos de que tenga conocimiento.

17. El D. L. Nº 521 de 14. VI. 1974 creó la Dirección de Inteligencia Nacional (DINA) y el D. L. 1878 de 12. VIII. 1977 creó la Central Nacional de Informaciones (CNI).

18. El Acta Constitucional No. 4 en su único artículo vigente estableció que durante los regímenes de emergencia —que ella misma establece— el plazo de detención por hechos que afecten la seguridad del Estado es de diez días (Art. 13).

18 a. El D. L. 1877 de 12. VIII. 1977, que trasfirió al estado de emergencia todas las facultades existentes en el estado de sitio, y que es el estado que ahora existe en Chile una vez derogado el de sitio —luego un simple cambio formal—, otorgó además esta facultad especial.

La gran diferencia entre absolutismo y estado de derecho en relación a la privación de libertad, no está ciertamente en el establecimiento del delito de secuestro —u otro semejante—, que ha existido en todos los regímenes y no hace al carácter del estado, sino en el control jurídico sobre los organismos del Estado, lo que implicó que la facultad de detener debía quedar sometida a un determinado procedimiento de control, que no podía ser sino de carácter judicial. Con ello se limitó el poder absoluto del soberano y se dio un paso hacia el estado de derecho. Derecho fundamental del ciudadano y por eso su sanción constitucional, es su libretad y por ello, el establecimiento constitucional de garantías frente al Estado en lo referente a la privación de libertad. La Junta Militar ha retrocedido al estadio previo del estado de derecho de la democracia liberal; por eso su "respeto por los derechos humanos...", "savia y médula de la democracia liberal", no pasa de ser una formulación meramente declarativa, pero no constitutiva de *estado* democrático alguno.

3. *Administración de justicia y sistema de ejecución.* A. Administración de justicia.

Conforme al sistema vigente hasta 1973, correspondía conocer, por regla general, de los hechos delictivos de cualquier naturaleza a los tribunales ordinarios de justicia, por excepción a tribunales especiales como los militares. Por otra parte la Corte Suprema era el tribunal máximo de la República, para todos los efectos, esto es, también para aquellos de carácter disciplinario y correccional.

Con el advenimiento de la Junta Militar este sistema se ha visto sensiblemente alterado:

a. Se ha extendido considerablemente la competencia de los tribunales militares, en virtud del estado de sitio han entrado a conocer de todos los delitos contra la seguridad del estado, y también la de los tribunales militares en tiempo de guerra en ciertas situaciones particulares [19].

b. Los tribunales militares con posterioridad al año 73, conocieron de hechos anteriores al golpe de estado, esto es, previos a la constitución del gobierno de la Junta Militar y, por tanto, convirtieron hechos de lealtad al gobierno legalmente constituído del Presidente SALVADOR ALLENDE en actos de rebelión y sedición en contra de un inexistente Gobierno de la Junta Militar en tal momento, con lo cual se juzgó y castigó delitos imaginarios. Se fue más allá aún de una aplicación retroactiva de la ley [20].

c. Los afectados por detención han quedado en la más absoluta indefensión. En una primera etapa los tribunales de justicia ordinarios se decla-

19. Véase en general el D. L. 1009 y el D. L. 1008 (cfr. nota 15).

20. Así sucedió en los procesos contra ERIC SCHNAKE, CARLOS LAZO y contra una gran cantidad de oficiales y soldados leales al Gobierno del Presidente SALVADOR ALLENDE.

raron incompetentes de conocer de los recursos de amparo en virtud del estado de sitio y las facultades conferidas a la Corte Marcial por el Código de Justicia Militar. Ello era insostenible, tanto porque el recurso de amparo opera en cualquier situación, cuanto porque las detenciones no eran decretadas por los Tribunales Militares, sino por los Servicios de Inteligencia de las Fuerzas Armadas. Posteriormente los Tribunales, si bien han aceptado los recursos de amparo, se han conformado simplemente con el informe de que la víctima está detenida por el estado de sitio, sin comprobar las condiciones en que se encuentra, o bien se han limitado a aceptar sin mayor averiguación de que la víctima no está detenida. Por su parte la Corte Suprema en esta materia ha actuado limitando las facultades de los tribunales, así por ejemplo en el proceso Nº 6799-13 del undécimo Juzgado del Crimen de Mayor Cuantía de Santiago, en que el juez DAHM pretendió hacer mayores averiguaciones, el máximo tribunal chileno señala: "se decide que la aludida orden se entiende limitada a la información, por parte del Servicio de Inteligencia Nacional, al juez sumariante, de todos los antecedentes relacionados con la posible detención de las tres personas presuntivamente desaparecidas..." (Resolución de 16 de Septiembre de 1976).

d. La Corte Suprema ha hecho abandono de sus funciones, en cuanto se ha declarado incompetente para conocer los recursos de queja interpuestos en contra de los Tribunales Militares, negándose así a revisar y reparar los graves abusos cometidos en estos procesos, lo que aún debería hacerlo de oficio.

e. Junto a las detenciones, se ha incomunicado ilegalmente a los detenidos, se les ha sometido a toda clase de apremios ilegítimos, se les ha torturado síquica y físicamente, han desaparecido gran cantidad de ellos sin que en la práctica los tribunales y en especial la Corte Suprema hayan llevado a cabo investigación alguna al respecto [21]. En el proceso Nº 45-73 de la Fiscalía Militar de Coquimbo en contra de una serie de imputados, se declaró sobreseimiento definitivo por la muerte de los reos, pero tal muerte había sido por ajusticiamiento, sin que por ello se iniciara investigación alguna. Entre esos ajusticiados estaba JORGE PENA HEN, destacado musicólogo. En el recurso de Amparo Nº 761-76 en favor de MARTA UGARTE ROMAN, el Ministerio de Interior negó la detención, sin que la Corte de Apelaciones hiciera ninguna otra diligencia para esclarecer la desaparición; a los pocos días ella apareció muerta en una playa, con señales de haber sido torturada bárbaramente. Lo mismo sucede con el recurso de amparo Nº 548-76 en favor de ARTURO BARRIA ARANEDA; más aún, en el proceso criminal Nº 100.002-10 iniciado en el 5º Juzgado del Crimen de Mayor Cuantía de Santiago, se dictó

---

21. Véase Informes Comisiòn de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, citados en nota 3.

sobreseimiento temporal, a pesar de que las investigaciones realizadas confirmaron sin lugar a dudas la detención de ARTURO BARRIA. Extremadamente dantescos fueron todos los abusos cometidos con el menor CARLOS ARNALDO VELOSO REIDENBACH, dentro del proceso seguido ante la Segunda Fiscalía Militar de Santiago, año 1977, de lo cual quedó constancia ante notario, sin que en la práctica se hiciera gestión alguna para determinar y castigar a los culpables. La lista de arbitrariedades, irregularidades y apremios ilegítimos, en los procesos seguidos durante el período de la Junta Militar son inacabables, queden los citados como una pequeña muestra de lo que sucede en la Administración de Justicia chilena.

Paradójicamente con lo expuesto, la Junta de Gobierno estableció en su Estatuto que "El Poder Judicial está constituído y ejerce sus funciones en la forma y con la independencia y facultades que señalan la Constitución Política del Estado y las leyes de la República". La realidad, una vez más, desmiente esta afirmación. Los tribunales, incluída la Corte Suprema, han sido absolutamente dependientes de la estructura militar de gobierno, pues por encima de ellos se han colocado los tribunales militares y los organismos especiales de investigación —también de decisión—, esto es, la DINA y la CNI. Pero no sólo esto, como sucede siempre en todo sistema sujeto a dependencias y subordinaciones represivas, los propios organismos del sistema se someten a autodependencia represiva, y en tal sentido la Corte Suprema se ha convertido en el máximo guardián de tal censura interna, como queda patente en la resolución citada respecto de las facultades del juez DAHM [21]a.

B. *Sistema de ejecución.* No me referiré a la ejecución penal propiamente tal, sino al sistema de ejecución que surge con ocasión del estado de sitio a que ha estado sometido constantemente el país. Conforme al Art. 72 de la Constitución Política de 1925 en tales casos el Presidente de la República tiene "la facultad de trasladar a las personas de un departamento a otro y la de arrestarlas en sus propias casas y en lugares que no sean cárceles ni otros que estén destinados a la detención o prisión de reos comunes".

De esta disposición surgen con nitidez varias conclusiones. Los lugares destinados a estas medidas de *arresto* han de ser públicos, como pública es la casa de una persona. Han de disponer de las comodidades y las personas tener el tratamiento, propios al de la casa, por eso también la distinción con los lugares de *detención* y *prisión*. Y, evidentemente, los arrestados, con exclusión de la restricción de la libertad ambulatoria han de gozar de todos sus demás derechos.

Sin embargo muy diferente ha sido la situación desde el golpe militar: el sistema de ejecución penal ordinario, a pesar de lo atrasado que está en Chile, se ha convertido en una quimera para aquellos que han estado some-

---

21 a. Véase los diferentes informes citados en nota 3.

tidos a este sistema de ejecución, en principio privilegiado. Hasta ahora hay lugares secretos de arresto, tanto las condiciones de los lugares públicos como secretos atentan contra la dignidad humana, dentro de ellos se han practicado toda clase de apremios ilegítimos a los arrestados y éstos han visto suprimidos todos sus derechos fundamentales [22]. Sólo el 25 de febrero de 1976 por Decreto Supremo se oficializó algunos de estos lugares de arresto: Puchuncaví, Tres Alamos y Cuatro Alamos. Se olvidó, sin embargo, incluir otros internacionalmente famosos, por constituir un símbolo de violación de los derechos humanos, como Villa Grimaldi, Colonia Dignidad, etc.

Frente a esta situación de la administración de justicia y del sistema de ejecución "privilegiado" resulta farsesca la declaración de derecho natural clásico que hace el Proyecto de Constitución: "...el ser humano tiene derechos naturales, anteriores y superiores al Estado...". El desarrollo del sistema jurídico político social impuesto por la Junta Militar chilena no se condice con tal definición clásica del derecho natural. Tampoco podría encuadrarse en una revisión moderna del derecho natural, como la de WELZEL: "Lo que queda del mundo de ideas del Derecho Natural no es un sistema de principios jurídicos eternos, sino la exigencia frente al Derecho positivo —una exigencia que hay que cumplir bajo condiciones siempre nuevas— de que la lucha en torno a la conformación justa de las relaciones sociales sea siempre una polémica *entre ideas* y no se trate de poner fin a ella por el sometimiento, ni mucho menos por la aniquilación del hombre por el hombre" [23].

4. *Características jurídico políticas* (política criminal). Desde el Estatuto de la Junta, pasando por las Actas Constitucionales, hasta el Proyecto de Constitución Política, la Junta Militar ha proclamado su adhesión a los principios democráticos. Sin perjuicio naturalmente de las limitaciones que se han reconocido y sobre todo de la crítica ya en el Estatuto, como aparece en las frases trascritas al principio, al sufragio universal y que recientemente repite en su discurso el Ministro del Interior SERGIO FERNANDEZ: "Aquí estamos forjando una democracia que *no endiosa ni hipertrofia el sufragio universal* hasta convertirlo en un fin, sino que proclama que una forma de gobierno sólo se justifica en cuanto sea eficaz para favorecer una sociedad políticamente libre, económicamente eficiente, y socialmente solidaria..." [24]. Se ha puesto el acento, sobre todo, en la base económica, asegurando que se den las condiciones de un sistema económico de libre mercado, de ahí, como se ha señalado, la dictación de una profusa legislación en materia penal

22. Esto queda de manifiesto además en razón de las instrucciones del año 75 del Ministro de Justicia MIGUEL SCHWEITZER, dirigidas a la Corte Suprema en el sentido de que los tribunales deben abstenerse de oficiar directamente a la Dina, sino que debe hacerse a través del Ministerio del Interior. Luego, Tribunales sin independencia y la Corte Suprema un mero guardián.

23. WELZEL HANS: Introducción a la Filosofía del Derecho, pág. 267.

24. Diario el Mercurio 20. X. 1978.

económica para proteger este sistema. Estas características, por lo demás en su conjunto no difieren de las de Brasil, Uruguay y especialmente Argentina [25].

Estos planteamientos resultan contradictorios con los del facismo clásico, ya que en éstos se dirigía una violenta crítica al sistema político liberal, como la causa y origen de todos los males. Así, en la Alemania nazi, sin recurrir a las obras jurídicas generales de CARL SCHMITT [26], en el campo específicamente penal está la obra de HERBERT RAUCH: "Die klassische Strafrechtslehre in ihrer politischen Bedeutung" [27], que es una crítica a las bases mismas del derecho penal liberal [28].

En el sistema chileno más bien se detracta el estado social de derecho, que se inicia con la Constitución de la República de Weimar y que se asienta sobre una economía social de mercado, y que no es sino una superación dentro del sistema capitalista de las fallas estructurales manifestadas en la economía de libre mercado y consecuentemente en el estado liberal de derecho. Como muy bien señala JURGEN HABERMAS "juntamente con las fallas de funcionamiento del mercado y los efectos secundarios disfuncionales del mecanismo de mercado entra en quiebra también la ideología burguesa básica del intercambio equitativo. Por otra parte surge una necesidad reforzada de legitimación: el aparato de estado, que ahora ya no sólo asegura las condiciones de mantenimiento del proceso de producción, sino que se inserta con iniciativas en éste, ha de ser legitimado en el creciente ámbito de intervención estatal..." [29]. Pero el sistema chileno subdesarrollado y dependiente en todo sentido está, por una parte en incapacidad de erigirse en detractor del libre mercado y consecuentemente en crítico abierto del estado liberal de derecho, y, por otra, está también imposibilitado de plantear una economía social de mercado, por el contrario sólo tiene el camino de su negación; el facismo clásico en cambio trató de imponerla por la fuerza. El sistema chileno se levanta sobre el intento de imponer por el bruto poder una economía liberal de mercado y de darle una protección jurídica mediante el terror penal, lo que necesariamente no lleva a un estado de derecho liberal, esto es, *a un estado de derecho primario y mínimo* en la actualidad, sino a un *estado de derecho fal-*

25. En Argentina se ha vivido también durante todo el último tiempo en estado de sitio, la situación de la administración de justicia y de los sistemas especiales de ejecución es igual, también la legislación directa (véase los comentarios de DAVID BAIGUN a las leyes 20.642 y 20.840 en Nuevo Pensamiento Penal, 1974, págs. 337 sgts.

26. Véase Staat, Bewegung, Volk (Hamburg 1934).

27. Sobre el cuestionamiento del derecho penal liberal véase: MARXEN, LAUS: Der Kampf gegen das liberale Strafrecht. 1975.

28. Por supuesto que no hay que confundir los ataques nacistas contra el derecho liberal, incluído el penal, y el realizado por múltiples juristas ante las fallas estructurales de este para garantizar realmente la dignidad de la persona y mantener un estado de derecho, lo que ha llevado justamente a superar el estado de derecho liberal por el estado de derecho social.

29. HABERMAS, Jürgen: Zur Rekonstruktion des historischen Materialismus, pág. 308.

sificado, meramente declarativo y destinado ineluctablemente al fracaso. Como dice NIKLAS LUHMAN: "...visto políticamente se comprueba que poder "absoluto" se convierte en una ficción, porque el poder sólo puede ser construído en procesos de comunicación motivados recíprocamente, en referencia al intercambio. Quien quiere ganar poder debe abrirse a la influencia. La tentativa de estabilizar el sistema parcial político de la sociedad como dominio absoluto, exclusivamente mediante programas de objetivo, fracasó con el estado policial" [30].

Lo expuesto se refleja en el análisis crítico de la justicia criminal de la Junta Militar chilena. Su política criminal se basa en los conceptos de traición y seguridad del estado, terminología ya puesta en boga por el ideólo penal nacista GEORG DAHM [31], lo que necesariamente tiene como presupuesto: una justicia dependiente del brazo represivo absoluto del Estado, del terror, y la constitución de servicios especiales secretos de investigación y control de los disidentes, con poder decisorio superior al de la justicia dependiente, en cuanto representan directamente el terror de estado. El estado de derecho se cambia por estado de terror. Lo demás son consecuencias secundarias, una legislación adecuada, lugares especiales de ejecución, tortura, delación, etc. Un tal sistema penal, producto de esta política criminal es un mero remedo tragicómico de un derecho penal liberal. Cómico, por lo farsesco de la representación, trágico por las nefastas consecuencias que recaen sobre las personas.

Para terminar este breve esbozo sobre el estado de derecho y la justicia criminal en el Chile de hoy, y frente a la posible objeción de invadir campos que no son de mi competencia, hago mías las certeras observaciones de MICHEL MIAILLE: "Si es verdad que el *capital* no es una suma de dinero, sino una *relación social*, esto significa que *el Estado es inherente a esa relación social* y no exterior: no se puede tratar al Estado como "alguna cosa" diferente y exterior al sistema capitalista. El es ese sistema. Es por eso que nuestra investigación no puede estar reducida a una vuelta al juridicismo clásico. Nuestra hipótesis es que *el Estado a causa de los juristas ha sido siempre pensado "más allá" del sistema social burgués: es necesario comprender hoy día que él es ese sistema"* [32].

---

30. LUHMAN, NIKLAS: Zweckbegriff und Systemrationalität, pág. 105.

31. DAHM, GEORG: Verrat und Verbrechen, en ZStaatw. 95 págs., 283 sgts.

32. L'Etat du Droit, 1978, pág. 20.

LA DETENCION PREVENTIVA *

Dr. Hernando Londoño Jiménez

Hablar sobre la privación de la libertad del hombre por parte de los órganos competentes del Estado, es plantear ya mismo un profundo y apasionante tema de carácter filosófico, jurídico y humano. Esa es una de las facetas de mayor trascendencia en el estudio del Derecho Público, por cuanto es solo el hombre el protagonista del derecho penal y el destinatario exclusivo de sus normas. Pero dígase lo que se quiera, dentro de un auténtico Estado de Derecho, en el jurídico mundo civilizado de hoy, cuando el legislador busca proteger a la sociedad a través de la norma penal, esa misma norma de una manera intrínseca estará garantizando y tutelando los derechos del delincuente o presunto delincuente, así como también protege y defiende los bienes e intereses jurídicos de los particulares.

Tan cierto es lo anterior, que en la portada de los códigos penales y de procedimiento, lo mismo que en los Títulos sobre Derechos Civiles y Garantías Sociales de las Constituciones, no puede faltar la consagración del principio de reserva o de legalidad, en virtud del cual nadie puede ser privado de su libertad mediante una condena, sino por un hecho que previamente haya estado definido en la ley como delito. Porque un código penal que quiera inspirarse en principios de una verdadera filosofía democrática y liberal, no puede dejar de inscribir dicho postulado dentro de su normatividad jurídica. El nullum crimen, nulla poena sine previa lege penale, ha sido una de las grandes conquistas del Derecho, después de un duro y proceloso camino en donde la propia sangre del hombre le ha servido de bautismo jurídico.

Desde la Declaración Universal de los Derechos del Hhombre adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el día 10 de diciembre de 1948, se proclamó solemnemente que nadie podría ser arbitra-

---

*** Conferencia pronunciada en Cali, ante el Colegio de Abogados Penalistas del Valle del Cauca. El Dr. Londoño Jiménez, es autor de varias obras, tales como "De la Captura a la Excarcelación", "El Homicidio ante el Jurado" y "Confesiones de un Penalista".**

riamente detenido, y que toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa. Esta declaración fue incorporada a una ley del Congreso de Colombia, por lo cual nuestro legislador quedó obligado a introducir dichos principios en la Constitución y códigos penales y de procedimiento.

Posteriormente, en el año de 1966, en la ciudad de Nueva York, la misma Asamblea General de las Naciones Unidas le impartió su aprobación a los Pactos Internacionales de Derechos Políticos y Civiles, de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, pactos que se incorporaron a nuestro sistema jurídico, mediante la Ley 74 de 1968. Y entre sus principios fundamentales referidos al tema en estudio, está el de que nadie podrá ser detenido de una manera arbitraria, sino por causas previamente definidas en la ley y de acuerdo con el procedimiento indicado legalmente; que toda persona que haya sido ilegalmente detenida, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación por parte del Estado; que toda persona privada de su libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano, y que la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas, no debe ser la regla general.

Algunos de estos derroteros se han incorporado a nuestra Constitución Nacional, y otros, a los códigos penal y de procedimiento. De donde tenemos que la libertad individual se vería seriamente desprotegida, si el juez encargado de la instrucción o conocimiento del proceso penal, conculcara u olvidara dichos principios. Y son, como se ha visto, Pactos Internacionales, que si por serlos han obligado a nuestro país como signatario de ellos y a nuestro legislador, con muchísima mayor razón deben obligar al juez en su misión investigadora y juzgadora.

No se trata entonces de propugnar al igual que Dorado Montero, por un derecho protector de los criminales o de que el código penal sea la Carta Magna del delincuente. Sin embargo, no se puede negar que tanto la ley sustancial como la de procedimiento, están sembradas de principios jurídicos que constituyen más concretas y rotundas garantías para toda persona a quien se le imputa la comisión de un hecho presuntamente delictuoso.

Existe también otro catálogo de garantías que si no están expresamente reseñados en un código, deben suponerse dentro de un lógico ordenamiento legal, o desprenderse consecuencialmente del contexto general de sus normas, como son los principios rectores de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, los que en una u otra forma están garantizando y protegiendo la libertad individual.

En este orden de ideas, se violarían los principios que tutelan la libertad individual, si se privara de ella a una persona imputándosele la comisión

de un delito determinado, si su conducta no se subsume de una manera plena dentro del correspondiente tipo penal. En la misma forma se atentaría contra esa libertad, si se privare de ella sin haberse establecido satisfactoriamente que se ha lesionado o puesto en peligro un bien o interés jurídico, bien del Estado o de los particulares, porque si así ocurriera, se estaría violando el principio de la antijuridicidad, el cual establece que para que una conducta sea punible, se requiere que lesione o ponga en peligro, sin justa causa, el interés jurídico tutelado por la norma penal. Y de la misma manera, se quebrantaría el derecho a la libertad, si se privare de ella a una persona sindicándosele de la comisión de un delito, si no estuviere establecida su culpabilidad, es decir, el haber obrado con dolo, culpa o preterintención.

Otro principio universal que nunca debe olvidarse en estas materias, es el de presunción de inocencia, el cual debiera operar en todas las etapas del proceso, aún desde el mismo momento en que se deba resolver si se ordena o no la captura de una persona.

De otra parte, la duda que tanto aflora en el proceso penal, siempre debe resolverse en favor del destinatario de la norma penal, en cualquiera de las etapas procesales, aún desde el momento en que se deba resolver sobre si se captura o no, si se va o no a recibir indagatoria al capturado, cuando se va a resolver situación jurídica, calificar el mérito del sumario o dictar sentencia. En todas esas etapas que tienen que ver directamente con la libertad individual, el principio del favor rei, el de la duda, debe resolverse en la forma indicada, por cuanto es a todas luces preferible dejar por fuera de la acción de la justicia a un presunto culpable, que privar de la libertad a un presunto inocente. Siempre estará más tranquila la conciencia del juez al saber, a posteriori, que dejó en libertad mediante auto o sentencia, a un culpable, y no que privó injustamente de la libertad a un inocente. Es que realmente, al detener a una persona mediante auto privativo de su libertad, de cierta manera se está violando el principio de la presunción de inocencia para invertirlo por el de presunción de culpabilidad.

LOS EXCESOS DE LA CAPTURA

Muchas veces sería preferible una breve y discreta detención que una captura espectacular. No tiene sentido, entre otras cosas, el que generalmente se prefiera el sistema de la orden de captura a la simple citación de la persona que deba rendir declaración indagatoria.

Está muy bien la captura de las personas sorprendidas en estado de flagrancia o cuasiflagrancia, por cuanto en dichas eventualidades sería desmoralizador ante la opinión pública el que la autoridad tuviera que permanecer a manera de convidada de piedra ante el agresor de un derecho, ante el violador de las normas penales. Pero cuando no sea esa la situación, creemos que en la generalidad de los casos, con un buen criterio selectivo, el juez

puede y debe preferir la citación a la captura. A no ser que se trate de verdaderos delincuentes que ya declararon su total y abierta rebeldía contra la sociedad y contra el orden jurídico reinante. De no ser este el caso, la mayoría de los sindicados que fueren citados judicialmente, seguramente atenderían de inmediato el llamado de la justicia.

Sería ciertamente muy excepcional el caso de quien requerido judicialmente a través de una citación, en lugar de comparecer a salir de la incertidumbre y empezar inmediatamente su defensa, abandonar su trabajo, su familia, sus negocios, sus amistades, con el fin de huír y evitar así equivocadamente el alcance de las autoridades. El que huye no se defiende, sino que por muchos aspectos estará perjudicando su propia causa, por la cual no podrá existir ningún profesional del derecho que pueda llegar al extremo de aconsejar tan perjudicial medida.

Es absolutamente cierto que este mal de la captura está incrustado primordialmente en la Policía Judicial. Esta nunca cita a una persona a quien se le ha imputado la comisión de un hecho delictivo. El verbo citar lo desconocen. Casi sin excepción, de toda denuncia penal que conocen, proceden de inmediato a la captura del presunto responsable. Y si esto fuera poco, siempre que se verifica una captura, proceden a recibir "la versión espontánea" del capturado, sin la presencia de un apoderado, y frecuentemente, bajo coacciones físicas y morales, o por procedimientos irregulares.

Esas capturas, muchas de ellas sin fundamento, constituyen un tremendo baldón dentro de nuestro sistema penal, como queda evidenciado posteriormente, cuando ni siquiera se le recibe indagatoria al capturado, por falta de mérito para ello, o al tomarle la injurada se le deja en libertad por la misma razón, o cuando se dicta por el juez el auto inhibitorio que ordena no abrir investigación por no existir transgresión alguna a la ley penal, o cuando al resolver la situación jurídica, el juez se abstiene de proferir auto de detención preventiva, bien porque no ha existido delito que merezca la imputación penal, o porque existiendo, el sindicado no lo ha cometido, o no existe el acervo probatorio suficiente en su contra.

Por esto resulta bien preocupante el que en la mayoría de las veces quede a juicio de un agente de policía o de un detective, resolver sobre la captura de una persona, hacer la evaluación si determinada conducta es o no constitutiva de delito. Ellos no tienen la preparación jurídica necesaria para tomar determinaciones de tanta importancia. Ellos desconocen si determinada infracción por la que se acusa, tiene fijada una pena de arresto, de prisión o de presidio, para saber en el primer caso, que por tener pena de arresto, no debe proceder la captura, por prohibirlo así las normas de procedimiento, o porque teniendo una pena de prisión, al no ser grave el delito y presumirse con alguna razón que el acusado no eludirá la acción de la justicia, podría ser suficiente para una simple citación.

Fuera de todo esto, se somete al capturado en dichas dependencias, muchas veces sin necesidad, a una incomunicación prolongada, sin permitirle a los familiares tener noticia de su aprehensión. Y lo que es peor todavía, sin facilitarle la asesoría de un abogado. Para la "versión espontánea" ante dichas oficinas de la Policía Judicial, lo que generalmente acontece es que hacen comparecer al capturado ante la oficina respectiva, y sin ponerlo en conocimiento de los derechos que tiene, practican con él la citada diligencia, casi nunca por la propia iniciativa del incriminado, sino por la decisión de la autoridad policiva. Lo que constituye un claro abuso de poder, y por lo tanto, una arbitrariedad, por cuanto si del contexto de las normas procesales resulta imperativo y evidente de que no se puede practicar con el capturado ninguna diligencia sin la presencia de un apoderado, mal podría la Policía Judicial recibir esa primera diligencia sin la presencia del representante legal del acusado, ya que en el fondo es una especie de indagatoria. Y si ante el juez que es el único competente para recibir la injurada, se requiere indispensablemente la presencia del apoderado, no se entiende que ante la policía judicial no lo necesite legalmente.

De todas maneras, el espíritu de la norma que consagra el derecho a la "versión espontánea", no puede ser otro distinto al de que la determinación para dicha diligencia debe resultar de la propia y espontánea iniciativa del capturado y no por la decisión misma de la Policía Judicial. Y lo cierto del caso es que muy excepcionalmente se presenta lo primero y sí casi generalmente lo segundo.

EXCESOS DE LA DETENCION

El segundo momento procesal en que frecuentemente se deja privada de la libertad a una persona capturada, es una vez recibida la declaración indagatoria. Con esta diligencia ya vertida al proceso, el juez puede advertir una de estas situaciones: O el delito no se ha cometido, o el indagado no fue el autor, o pudiendo serlo, no hay la suficiente prueba de incriminación en su contra, o siendo el autor y existir prueba para privarlo de su libertad, tuviere derecho a la excarcelación. En todas estas situaciones procesales, no sería justo el que sin necesidad alguna se mantuviere capturada a la persona después de la indagatoria hasta esperar el momento en que se le deba resolver favorablemente su situación jurídica. En todos esos casos bastaría una simple conminación para que el sindicado se presentara al juzgado el día en que presuntamente se le deba dictar la providencia respectiva resolviendo su situación jurídica, bien absteniéndose de detenerlo, o mediante un auto privativo de su libertad pero con beneficio de excarcelación, o bien sin este último beneficio, en el evento de que la situación jurídica varíe desfavorablemente al llegar el momento de la decisión judicial. Si el derecho a la libertad o excarcelación quedó claro desde la recepción de la indagatoria, ¿por qué no recono-

cerlo desde ese mismo instante y no diferirlo varios días hasta el momento en que se deba resolver la respectiva situación jurídica?

La tercera oportunidad procesal en que el juez debe reflexionar muy bien con respecto a la privación de la libertad de un sindicado, es al momento de resolverle la situación jurídica. Es aquí cuando se debería tener la mayor precaución en la decisión a tomar, por cuanto ese breve tiempo de detención transcurrido hasta ese momento, no ha alcanzado tal vez a tener serias y graves repercusiones en la vida del acusado, como serían los traumatismos económicos, la pérdida de su empleo, el perjuicio en sus negocios, su desprestigio ante la sociedad, el impacto moral en toda su familia. Hasta ese instante, probablemente la unidad familiar todavía está intacta, aún no ha transcurrido el tiempo laboral que le haría legalmente perder el oficio que tiene en la empresa privada o pública, las economías familiares todavía alcanzan para proveer a los gastos más urgentes, aún el ritmo normal de sus negocios no ha sufrido ninguna alteración sensible, por todo lo cual esa breve detención pudiera no significar un serio impacto al reingresar en estado de libertad al seno familiar, de la sociedad y de sus actividades de todo orden. Fuera de que por haber sido tan breve aquella privación de la libertad, podría haber pasado socialmente inadvertida, en cuyo caso podría librarse del entredicho y las sospechas con que generalmente la opinión pública sigue adjudicándole al excarcelado.

Todo esto tiene que hacer pensar seriamente en la urgencia y en la necesidad de modificar sustancialmente nuestro sistema de detención preventiva y del régimen de la excarcelación. Para el primer caso, debieran exigirse mayores requisitos, o trasladarse la detención a una etapa más avanzada del proceso, etapa en la cual se pueda ya con un mejor acervo probatorio emitir un juicio sobre la muy probable culpabilidad del autor de los hechos. Y para el segundo caso, hacer más extensivas las causales de excarcelación, mediante cauciones que permitan mantener al sindicado vinculado a la investigación.

Es que no se ha reparado lo suficiente por el legislador al crear la ley, ni por el juez al aplicarla, sobre las deplorables consecuencias que traen para la sociedad, para la familia y para el mismo sindicado, la privación de su libertad, perjuicios que indudablemente resultan ser muy superiores a los beneficios que pueda reportarle a la misma sociedad, al Estado, a la propia administración de justicia, manteniendo privado de su libertad al hombre que está amparado por el principio de la presunción de inocencia. Piénsese no más en la aberrante injusticia que representaría mantener privado de su libertad a un hombre por espacio de uno o varios años, al cabo de los cuales resulta ser amparado por un sobreseimiento definitivo, una cesación de procedimiento o una sentencia absolutoria, porque el Estado a través de sus órganos competentes encontró que no había cometido delito alguno, o que el hecho imputado no constituía violación a la ley penal, o que obró con su conducta dentro de una causal de exclusión del injusto o de la culpabilidad.

No es entonces constructiva política criminal hacer severo el régimen de la detención preventiva. Por el contrario creemos que ésta en muchas ocasiones hace proliferar la delincuencia, la engendra, por así decirlo. Ahí está, por ejemplo, el terrible drama del hombre con su hogar bien constituído, merced a la posición económica que ostenta debida exclusivamente a su trabajo. Al detenérsele por un tiempo considerable, aquella situación económica se ve sensiblemente afectada por la pérdida del empleo o la cesación de su trabajo. Y como consecuencia de esto, los hijos al no resistir más la dramática situación, pueden quedar frente al peligro de ser absorbidos por la delincuencia y la prostitución. Fuera de que en la cárcel el hombre vive en el inminente peligro de ser víctima o victimario, por la alarmante inseguridad en esos centros de reclusión. Sin contar con la injusticia de la sociedad, que cuando el hombre sale en libertad, absuelto o sobreseído, le vuelve la espalda al excarcelado, le hace el vacío, le cierra las puertas del trabajo, le coloca el inri de quien tuvo que ver con la justicia, por todo lo cual se puede sentir acosado y constreñido para poder velar por su propia subsistencia y la de los suyos, no quedándole otro camino que el de la delincuencia.

En parte para evitar estas deplorables consecuencias, pero también con las miras de que el hombre no pierda su adaptación al trabajo y pueda seguir velando por su familia, sin perder su empleo ni alterar el normal funcionamiento de sus actividades laborales, el actual código de procedimiento penal tiene una innovación de trascendental importancia, cual es la de la detención parcial en el propio lugar de trabajo.

Creemos que ni la justicia, ni el Estado, ni la sociedad han tenido hasta ahora motivos para lamentarse de esta institución jurídica tan humanizada, de tan alta política criminal y por lo tanto, de tanta conveniencia para la sociedad misma y para la institución familiar. Creemos por lo tanto que sería muy excepcional el caso insólito y equivocado de quien estando disfrutando de tan provechoso beneficio de la detención parcial en el propio lugar de trabajo, aprovechara dicha situación para fugarse.

Causa sí verdadera y justificada extrañeza ver cómo muchos jueces se rebuscan los argumentos más especiosos y extrafalarios para negar aquel beneficio, como cuando para hacerlo argumentan la solvencia económica del sindicado, o cuando por tratarse de un delito que lo permite, según el máximo de la pena, niegan el beneficio por tratarse de un concurso material, por ejemplo, en el homicidio culposo.

Teniendo entonces en cuenta los inmensos beneficios que en los distintos órdenes anotados ha traído esta institución, debe pensarse en su ampliación en la reforma que vaya a hacerse, extendiendo el beneficio a un mayor número de casos y sindicados.

Fíjese entonces el Juez, en todas las funestas consecuencias que puede

ocasionarle a un detenido, a su familia, a la sociedad, al Estado, a la misma justicia, cuando sin razón le niega este derecho a un sindicado.

Las ideas que hasta ahora he venido exponiendo, han tenido y tendrán indudablemente muchos opositores, pero que no son la mayoría, porque el pensamiento jurídico volcado hacia el procedimiento penal moderno, está inspirado en estos mismos principios de respeto máximo a la libertad individual y de no privar de ella sino en casos urgentes y de verdadera necesidad. Por eso, FRANCISCO CARRARA, quien en nuestro concepto, hasta este momento de la historia del derecho penal es la figura que más sabias enseñanzas nos ha legado en todas estas materias, decía que "la excesiva precipitación para encarcelar antes de la condena definitiva y el afán tan grande de hacerlo, por simples sospechas de faltas a veces levísimas, son una poderosa causa de desmoralización del pueblo... La custodia preventiva desmoraliza a los inocentes que por desgracia son víctimas de ella, y desmoraliza por naturaleza propia, y más todavía, por la forma como es preciso efectuarla, pues deprime y abate el sentimiento de la dignidad personal en el individuo...". Y concluye el Miguel Angel del Derecho Penal, haciendo estas dos observaciones: "1º) Disminuír y abreviar en cuanto sea posible los encarcelamientos preventivos; 2º) Una vez reducidos a los límites de la más estricta necesidad, reglamentarlos de modo que no sigan siendo escuelas prácticas de perversiones morales".

Por todo esto, los jueces antes de detener a una persona a quien se le ha imputado la comisión de un delito, debieran reflexionar sobre los diferentes perjuicios que ello puede atraerle al sindicado. Porque ya éste privado de su libertad, en la práctica le está condenando bajo muchos aspectos, bien una condena indirecta contra su propia existencia, contra su salud, contra su patrimonio, contra su dignidad. Es así como muchos hombres han perdido su propia vida dentro de los establecimientos carcelarios, como consecuencia misma de estar allí en calidad de reclusos; o han perdido todo su patrimonio económico por la misma causa, cuando no es que el concepto de hombre de bien con que siempre ha gozado dentro de la sociedad, ha quedado por tierra, avasallado por el prejuicio social contra quien ha estado en una cárcel, así haya probado de una manera plena y absoluta su inocencia o una causal de justificación del hecho.

Con la detención preventiva también se deja sentir una especie de condena contra la salud del sindicado. Basta pensar en lo que representa una ración diaria de dieciseis o dieciocho pesos para cada detenido, para concluír sin peligro de poder ser seriamente refutados, que con esa ración de hambre y de miseria, nuestros presos están soportando muchísima hambre en las cárceles del país. En la desvitaminazada y cicatera alimentación que reciben, no solo se desmejora la calidad, sino que se disminuye la cantidad, a plena conciencia de los propios directores de esos establecimientos, sino también de

sus ecónomos, para así recibir gratificaciones de sus proveedores. ¡¡Conocemos a individuos inescrupulosos que se enriquecieron en esos cargos mediante un crimen nefando, el crimen de haberse enriquecido a costa del hambre de los presos!!

Pero en donde resulta ser más dramática la situación de los detenidos, es en el constante e inminente peligro a que quedan sometidos de recibir contagios de enfermedades y de no poder recibir oportuna y adecuadamente los servcios y tratamientos indispensables cuando están enfermos. Es evidente el precario servicio médico, hospitalario y asistencial de nuestros centros de reclusión. La tuberculosis y la sífilis están diezmando a la población carcelaria del país, sin que sus directores hayan hecho esfuerzo alguno para atender y solucionar tan gravísimo problema. Además de la alarmante insensibiladad del Estado ante esta afrentosa situación de indiferencia, hay escasez de médicos, de psiquiatras, de psicólogos y de drogas en las cárceles colombianas. La denuncia ha sido pública con respecto a uno de esos centros carcelarios: "Actualmente en la Cárcel Modelo hay 15 médicos de nómina y solo dos atienden a los detenidos, por falta especialmente de drogas". Y agrega la información que "uno de los reclusos afectados por la tuberculosis es propietario de un restaurante en uno de los patios en donde hay alrededor de mil presos y dicho tuberculoso es quien le suministra a sus compañeros de patio el respectivo alimento".

Entonces, como se ve, también hay una condena contra la salud del detenido, cuya situación se empeora por otros factores, como el del hacinamiento en celdas con ocho, diez o más reclusos, cuando la capacidad de la misma es solo para dos o cuatro como máximo. Además carecen de la suficiente ventilación y de los adecuados y necesarios servicios sanitarios, higiénicos, de campos de deporte, de posibilidades de trabajo, de seguridad, cuando no es que arbitrariamente son las víctimas del garrote de los guardianes o del cepo humillante. Es decir, el más oprobioso atentado contra la dignidad humana.

Toda esta filosofía, lo sabemos de sobra, no suena muy bien a los oídos de quienes pugnan todos los días por hacer más represivo el derecho penal, por recortar las garantías individuales dentro del proceso, y que con retrógrado y retributivo concepto de la detención preventiva y de la pena, quieren que el delincuente o presunto transgresor de la ley, sufra en las cárceles y presidios. Contra ellos es nuestra lucha por estos principios, lo mismo que contra quienes ahora con crudo desenfado publicitario se declaran partidarios de revivir el concepto positivista de la peligrosidad como fundamento de la pena, en lugar de la concepción espiritualista de la culpabilidad como fundamento de la misma. Contra ellos y contra quienes escandalosamente ahora mismo predican a todos los vientos que se debe invertir el principio de presunción de inocencia por el de presunción de culpabilidad, nosotros

nos quedamos con el pensamiento luminoso y humanizado de quienes han defendido todo lo contrario: con Carrara, Becaria, Roeder, Quintiliano Saldaña, Montesinos, Dorado Montero, Carnelutti, Concepción Arenal, porque con ellos aspiramos a que se haga conciencia universal el pensamiento de que quien entra en una cárcel o presidio es el hombre y no el delincuente, y que hay que matar al criminal que hay en el hombre, pero no matar al hombre. Haciéndolo así, estaremos espiritualizando hermosamente el derecho penal, la detención preventiva, el fundamento y los fines de la pena.

En contraste con tan elevados propósitos y jerarquizados principios, ahora mismo se abre campo una represión penal que desborda los cauces propios de la juridicidad, por cuanto mediante decreto de estado de sitio, como el número 70 de 1978, se creó una bárbara causal de justificación para todo comportamiento de las Fuerzas Armadas cuando traten de prevenir o reprimir determinado tipo de delincuencia. Y tenemos también el Estatuto de Seguridad, sobre el cual no vamos a hablar ahora. Simplemente recordemos que allí, en un acto si se quiere de refinada crueldad legislativa, para ciertos sindicados y condenados, se prohibió la suspensión de la detención preventiva y de la condena, cuando el sindicado o condenado estuvieren aquejados de alguna grave enfermedad o algún pariente cercano estuviere en inminente peligro de muerte, o cuando la mujer estuviere para dar a luz o hubieren transcurrido unos meses después del alumbramiento. Fue tan inhumano, tan drástico, tan cruel, tan despiadado, tan ofensivo de la dignidad humana, que la propia Corte lo declaró inexequible.

En otras épocas se ha querido abolir los subrogados penales y restringir las causales de excarcelación, todo ello con franco detrimento de la libertad individual y en abierta oposición a los altos postulados de una sana y conveniente política criminal.

DETENCIONES ARBITRARIAS

No vamos a referirnos al tradicional y típico caso de detención arbitraria, sino a otras formas más disimuladas pero no por ello menos graves de atentar contra la libertad individual, ya que el fenómeno se puede presentar en todas las instancias del proceso penal, desde el instante de la captura hasta el último día de cumplimiento de la condena.

Piénsese a este respecto, en la situación del detenido o condenado, en que al primero, teniendo derecho a ello, no se le concede oficiosamente la excarcelación, y en que al segundo tampoco se le da su libertad de oficio, la condicional a que tiene pleno derecho, por llevar ya en detención preventiva las dos terceras partes o las tres cuartas partes de la condena. Cuando no es que abusivamente se niega el subrogado de la libertad condicional, con los más especiosos y extravagantes argumentos, como el de que esa larga permanencia de varios años en presidio observando una conducta intachable, no fue más que la maliciosa y deliberada argucia de preconstituír una prueba en su favor para conseguir más tarde su libertad, o el monstruoso e inhumano argumento de que son precisamente los más peligrosos y empedernidos criminales quienes observan el mejor comportamiento en los centros de reclusión.

Y con estas falacias judiciales, a un hombre condenado a veinte años de presidio, que lleve quince dedicados a su trabajo, observando una buena disciplina, con una conducta intachable en todo sentido, se le pueden negar cinco años de libertad de una manera muy injusta y arbitraria. Piénsese en la extraordinaria gravedad que reviste el hecho de que por una simple apreciación subjetiva del juez, —como aquella de que los antecedentes del condenado no le permiten presumir fundadamente que ha dejado de ser peligroso para la sociedad y que por lo tanto no volvería a delinquir— se le pueda negar a un hombre cinco o más años de libertad. Aplicar un determinismo tan crudo a una situación de estas, es no solo atentar contra el derecho, sino contra los más elementales postulados de justicia.

O el caso insólito de que un simple sindicado teniendo derecho a la excarcelación (delitos culposos) si en caso de condena fuere merecedor de la suspensión condicional de la misma, se le niega esa libertad con el argumento de que no está probado aún en el proceso de que no tenga antecedentes judiciales, como si la sola ausencia de éstos dentro de la investigación no fuera ya un hecho rotundo y relevante en favor de la situación jurídica del sindicado.

Negar esa excarcelación con argumentos tan exóticos y arbitrarios, es prácticamente colocar al sindicado ante una desventajosa prueba diabólica, porque para demostrar que no se tiene antecedentes judiciales, se necesitaría exhortar a los miles de juzgados en todo el país. Entonces ocurriría que mientras se allega la prueba negativa de dichos antecedentes, el incriminado habría estado injusta e innecesariamente privado ese tiempo más de su libertad. En cambio, si se le excarcela sobre la base de que hasta ese momento no le figura ninguna clase de antecedentes, mañana se le volverá a detener en el caso de que esos antecedentes le lleguen al proceso, en cuyo caso se le deberá revocar la excarcelación concedida.

Por todo esto creemos que si en la actualidad se pudiera hacer una revisión a los miles de procesos penales que están en curso en todo el país, se encontraría que aproximadamente en una mitad de los mismos, los respectivos sindicados y condenados tendrían hoy derecho a la libertad, a la excarcelación, por una u otra razón. Y no lo han conseguido hasta ahora, porque arbitraria e injustamente se les ha negado, o porque no conocen sus derechos para reclamarlos, o porque existe censurable negligencia en sus abogados para velar oportunamente por su suerte. Fuera de que una buena parte de ellos son gente pobre, son "los de abajo" que no tienen abogado que tutele sus dere-

chos y los haga valer ante la justicia, o que teniendo sus apoderados o defensores de oficio, éstos no cumplen a cabalidad el sagrado ministerio, como debieran de hacerlo, con tremenda angustia, porque en sus manos está la suerte de un hombre que ha perdido desgraciadamente su libertad.

Hay otros casos de abuso contra la libertad individual, como es el fenómeno que se presenta con mucha frecuencia en algunas cárceles del país, principalmente en las de capital del departamento, cuando las boletas de libertad llegan a dichos establecimientos en determinados días y a determinadas horas, víspera de los fines de semana o de los famosos "puentes". Cuando ello ocurre, ya han salido a sus breves vacaciones los empleados de reseña, sin la cual no se puede permitir la libertad. Por lo cual un hombre que podía salir en libertad desde un viernes por la tarde, no puede hacerlo hasta el próximo lunes o martes, arrebatándosele así unos preciosos días de libertad, pero que para el Estado insensible, esto no inquieta ni preocupa a sus indiferentes funcionarios públicos.

REFORMAS

Pensamos por todo lo dicho hasta ahora, que en la legislación del mañana se debieran introducir convenientes y benéficas reformas que procuren ante todo rodear de amplias garantías la libertad individual y hacer que los derechos del sindicado estén plenamente protegidos y custodiados en todo el ordenamiento jurídico. Algunas de esas inquietudes apenas las enuncio, sin entrar a fondo en su análisis y defensa, lo que podría hacerse en otra oportunidad:

a) Entre nosotros, al igual de como está legislado en muchos países de avanzada cultura jurídica, se debiera introducir en nuestro ordenamiento legal o constitucional, la institución de la indemnización de perjuicios por parte del Estado, cuando una persona ha sido privada de su libertad o condenada de una manera abiertamente ilegal e injusta. Así como el Estado a través de su legislación obliga al delincuente a indemnizar por concepto de perjuicios morales y materiales a la víctima del delito o sus herederos, del mismo modo y con mayor razón ese mismo Estado debiera quedar obligado a ese mismo resarcimiento de perjuicios en favor de la víctima de sus errores, de sus negligencias o de sus abusos, al privar de la libertad a un inocente. Si legalmente está consagrada esa indemnización para el caso de las contravenciones, con igual o mayor razón cuando se trata de la injusta detención por la imputación de un delito;

b) Elevar a canon constitucional la prohibición de que salvo en caso de guerra, la justicia militar pueda conocer de los delitos cometidos por los particulares. Aunque siempre hemos defendido el concepto de que dicha prohibición surge muy claramente de nuestro ordenamiento constitucional, ante

las a nuestro juicio equivocadas interpretaciones que casi siempre le ha dado la Corte Suprema de Justicia, la nueva norma al respecto debe ser tan perentoria, tan rotunda y tan clara, que en lo sucesivo no se pueda prestar a confusas y variadas interpretaciones;

c) Solamente se debe autorizar a la Policía Judicial para la captura en estados de flagrancia y cuasiflagrancia. En los demás casos será solo el Juez de Instrucción o de conocimiento quien pueda expedir órdenes de captura, para lo cual deberá hacer una previa evaluación de las pruebas o indicios que puedan pesar contra alguna persona como presunta autora de un delito;

d) Darle un vuelco total al régimen de la detención preventiva, para limitarla al máximo posible y para casos verdaderamente extremos y necesarios. Se debe por lo tanto sustituír con cauciones que garanticen la presencia, cada que se necesita, del acusado en proceso, buscando así otras más benéficas reacciones jurídicas. Con medidas de esta naturaleza podrían ser más que suficientes, en primer lugar, para que no entrabe el normal desenvolvimiento de la investigación, y en segundo lugar, para que el sindicado esté siempre obligado y dispuesto al llamado de la justicia. En el Proyecto Alternativo Alemán se tiene propuesta la abolición de la pena privativa de la libertad de corto tiempo, para sustituírla por la imposición de penas pecuniarias, con la ventaja de que quienes no puedan pagarla, pueden hacerlo con trabajos en instituciones de utilidad común. Otro tanto ocurrirá con el nuevo Código Penal Colombiano;

e) El régimen sobre la excarcelación debe ser ampliado y extendido considerablemente, teniendo en cuenta de que para muchos delitos por no ser de entidad jurídicamente muy grave, y para muchos sindicados con quienes en nada se beneficiaría la administración de justicia y la sociedad manteniéndolos encarcelados, resultaría de muchísima mejor política criminal permitir la libertad;

f) La suspensión condicional de la pena y la libertad condicional por pena cumplida parcialmente, también se debe extender a un mayor número de casos y de sujetos activos del delito. En la sistematización de dichos subrogados penales, hay que acercarlos a un verdadero y auténtico derecho del condenado, para que no sea posible, como ya lo hemos anotado, el abuso que se hace frecuentemente de estas instituciones en contra del procesado;

g) En el mismo sentido del numeral anterior se debe proveer en el caso de la detención parcial en el propio lugar de trabajo, facilitando, como ya fue previsto acertadamente en el anteproyecto de Código de Procedimiento Penal, que los sindicados que derivan su subsistencia de las faenas agropecuarias, puedan también ser beneficiados con dicha institución, con el compromiso de presentarse periódicamente, cada ocho o quince días, podría ser, al respectivo establecimiento carcelario;

h) Se debe prohibir la reformatio in pejus, prohibición que fue derogada por una ley reciente, ya que si el procesado se conforma con la decisión del a quo, debe ser respetado en ese auténtico derecho de defensa, para impedir así que el ad quem agrave su situación jurídica cuando conoce del proceso por causa distinta a la de la apelación y de la consulta;

i) Se debe permitir que un sindicado o condenado declarado en contumacia pueda defenderse otorgando un poder debidamente autenticado. Actualmente al reo ausente se le estorba legalmente el derecho de defensa, obligándolo a tener que admitir un apoderado o defensor de oficio, tal vez incompetente, irresponsable, que bien poca cosa haría en su favor. ¿Cuál es, nos preguntamos, el beneficio que reportaría la administración de justicia, no permitiéndole al contumaz su defensa a través de un abogado de su confianza, competente? ¿Por qué habría de preferir la administración de justicia al apoderado o defensor de oficio? Un poder autenticado dentro o fuera del país, siempre debiera ser recibido por las autoridades judiciales, en acatamiento a elementales principios de justicia. Un hombre declarado reo ausente, no siempre lo será porque quiera eludir la acción de la justicia. Puede ser por muchísimas otras causas: Enfermedad suya o de sus familiares, un tratamiento médico, falta de medios económicos para su defensa, dejar arreglado el estado de sus negocios, ausencia del país para una delicada intervención quirúrgica, etc., etc. No tiene entonces razón que el Estado ejerza esa especie de venganza contra un acusado ausente, prohibiéndole su defensa a través de un abogado de su confianza. La norma debiera ser entonces derogada, ¡¡por deshumanizada!!

j) La norma actual que permite la excarcelación al momento de la calificación del sumario, en consideración a que de ser condenado tendría derecho al subrogado de la suspensión condicional de la pena, se debe reformar en el sentido de que lo mismo pueda hacerse mejor al momento de resolver la situación jurídica y hubiere mérito para detener. Así no se hace ilusorio el beneficio, ya que la calificación muy excepcionalmente se hace antes de los seis meses. De donde se concluye que tal como está autorizada la excarcelación en este momento,, casi ningún sindicado se puede beneficiar de ella, por cuanto conseguirla al cabo de los seis meses, ya su libertad sería en la mayoría de las veces, por pena cumplida, es decir, por el subrogado de la libertad condicional y no por el de la suspensión condicional de la pena.

Estos son sustitutivos penales justos y de sana política criminal, ya que por tratarse de penas cortas, es más el daño que se le ocasionaría al reo obligándolo a pagar la pena. El daño sería moral, físico, espiritual, psíquico, daño económico. Se debe inclusive ampliar a los delitos que tienen fijada pena de presidio, ya que en la actualidad es solo para los que tienen pena de prisión. Así hoy, unas lesiones personales que traigan como consecuencia un trastorno funcional transitorio, por tener pena de presidio, no quedarían

amparadas por la condena condicional. Además, el límite de dos años se debe ampliar. En la Argentina, por ejemplo, el mismo subrogado penal opera para los delitos que tienen una pena máxima de seis años. Y en Alemania, un Proyecto sobre el particular, considera que si el procesado así beneficiado observa intachable conducta en el período de prueba, se considera como no dictada la sentencia condenatoria;

k) Debería existir una mejor reglamentación del artículo 28 de la Constitución Nacional sobre retención de las personas que el gobierno considere como sospechosas de estar participando en actos subversivos, o como dice la Carta, "contra quienes haya graves indicios de que atentan contra la paz pública". La mejor reglamentación de dicha norma sería en el sentido de que dicha determinación en ningún caso pueda tomarla sino el Presidente de la República con el concepto favorable de todos sus Ministros, y no como hoy ocurre muy frecuentemente por las autoridades militares y por su propia iniciativa;

l) Se hace imperativa una norma que consagre la obligatoriedad de revisión permanente de los procesos penales por parte de los jueces, a fin de que oficiosamente puedan ir concediendo la excarcelación a quienes vayan teniendo derecho a ella, como con gran acierto lo tiene actualmente previsto la legislación italiana;

m) El Estado debiera proveer de una manera eficaz a la defensa de los pobres, de todas aquellas personas que apremiadas por una imputación penal ante la administración de justicia, carecen de los medios económicos para cubrir los honorarios profesionales para su defensa. Si el interés de un verdadero y auténtico Estado de Derecho es el de realizar la Justicia, ninguna mejor manera para hacerlo, que colocando al lado de sus acusadores, al lado de sus Fiscales, igual cuerpo de Defensores, en el mismo plano de igualdad y con la misma jerarquía;

n) Dentro de nuevas causales de excarcelación se debieran introducir las de libertad automática, mediante caución, si transcurrido determinado tiempo, no mayor de los seis meses de estar privado de la libertad, no se hubiere calificado el mérito del sumario, y si a partir de este momento y en igual tiempo, no se hubiere verificado la correspondiente audiencia pública. No es justo que repercutan en contra de la libertad del procesado las demoras que por cualquier razón tenga la administración de justicia para tramitar oportunamente una causa penal.

Estas reformas, en nuestro concepto, debieran de hacerse, con la seguridad de que sin desproteger los intereses de la sociedad, sin causarle ningún traumatismo a la administración de justicia, dejando a salvo completamente las pretensiones de las víctimas del delito, estaríamos con ello haciendo la mejor política criminal, como sería la de no privar de la libertad a los sindicados de

algún delito, sino en casos de estricta necesidad, los cuales enumeraría la ley. Y de todas maneras, ampliando para efectos de la libertad individual, todas las instituciones y principios que la reglamenten.

No puedo terminar esta conferencia sin expresar ante vosotros un grande anhelo: El que sigamos concibiendo la alegoría sobre la justicia, con los platillos de la balanza en perfecto equilibrio, para significar con ello la equidad en sus decisiones; la diosa Temis, con la estética realeza de sus formas, para expresar así su mensaje sobre la armonía que debe reinar como supremo ideal entre los hombres; grave y adusto el semblante, pero alejado de él todo gesto de venganza; la frente amplia y despejada, como para que sirva de limpio pedestal a la majestad de sus más altos sueños por el orden universal; sin venda en los ojos, para que no vaya a equivocar su camino, para que así trate de penetrar mejor en el misterioso universo del hombre que delinque y para que no le vaya a arrebatar el derecho a quien lo tiene; tal vez mejor que la espada, una pluma en sus manos con un vibrante mensaje de justicia a todos los hombres, dándoles la seguridad de que sus fallos habrán de caer sobre el verdadero culpable y no sobre el presunto inocente; tal vez fruncido el seño, denotando así la angustia por darle a cada uno lo suyo, como se ha dicho desde El Digesto; los códigos a su lado, abiertos y cerrados, para enseñar que el Derecho y la Justicia deben ir siempre unidos, pero que el día en que haya algún enfrentamiento entre los dos, la justicia debe ser la brújula en las decisiones del juez. Y si faltare aún la espada, que sea en reposo, no como una amenaza, sino como una advertencia, porque para decirlo del Derecho que resulta ser su aliado, el Derecho sin la espada sería la impunidad, pero la espada sin el Derecho, sería la arbitrariedad. Que no sea esto último en Colombia ni en el mundo, tiene que ser el más alto ideal, el más grandioso anhelo de una orden que como la nuestra de los abogados, quiere transitar solo por los caminos de la paz, del orden, de la equidad, del derecho, de la justicia.

ESTUPEFACIENTES Y PRUEBAS TECNICAS

(MARIHUANA Y COCAINA)

Dr. César Augusto Giraldo G.

Instituto Seccional de Medicina Legal, Medellín.

Profesor Facultad de Medicina Universidad de Antioquia.

El Decreto Ley 1188 de junio de 1974 estructuró en una codificación lo atinente a las sustancias que inducen farmacodependencia, y encomendó a los médicos legistas la peritación de la dosis personal, teniendo en cuenta la calidad y cantidad de la sustancia, y la historia y situación clínica del sindicado; el dictamen es trascendente, pues, cuando de una manera fundamentada, expresa que determinada cantidad de un producto excede una dosis personal, la sanción será de presidio y multa considerable; si por el contrario esa cantidad fuere compatible con una dosis personal, la sanción será solo de arresto y multa de menor cuantía (1).

La fundamentación del dictamen no es más que un requisito exigido por el actual Código de Procedimiento Penal para que la prueba pericial tenga validez.

Desde que se empezaron a rendir estos dictámenes, parece haber dos concepciones: la una del funcionario judicial que piensa muchas veces que el dictamen es lacónico, dogmático y no expresivo, y de otra parte del perito, que persiste en sus dictámenes cortos.

En lo que se refiere a dosis personal, la fundamentación del dictamen reside en tres parámetros que claramente establece la ley; el primero, la definición de la dosis personal, que en el artículo 6º se circunscribe a la cantidad de fármaco que una persona ingiere *de una sola vez* (1); el segundo es la cantidad y calidad de la sustancia, y el tercero, en los antecedentes clínicos del

sindicado. Emitir un dictamen de dosis personal, requiere que el perito conozca esas tres características y el juzgador sepa interpretarlas. Pasaremos un breve repaso a los aspectos farmacológicos y clínicos de los presupuestos anteriores, pues el desconocimiento de ellos no permite una prueba técnica ni una justicia oportuna y pronta.

La definición de la dosis personal, descartó la dosis de aprovisionamiento que consagran otras legislaciones, y el intento de hacerlo, en la marihuana por ejemplo, con el célebre Decreto 701 de 1976, fue declarado inexequible por el Consejo de Estado, por haber excedido el ejecutivo lo autorizado por la la ley (2), y desde el punto de vista técnico hubo otro error, porque si el artículo 6º del Decreto 1188, habla de la ingestión del producto *de una sola vez,* por decreto no podían cambiarse las propiedades farmacológicas de la marihuana para tasar la dosis personal en 28 gms. Para poder comprender el sentido *de una sola vez,* se requiere saber el significado farmacológico de la propiedad de la *tolerancia,* que es una característica peculiar de los diferentes fármacos o drogas, de tal manera que cuando el producto induce tolerancia es necesario el incremento paulatino de la droga para sentir efectos; por el contrario, cuando la sustancia no induce tolerancia, los efectos son los mismos, con la misma dosis, a pesar del uso repetido por años. Los derivados opiáceos por ejemplo inducen a tolerancia y el adicto aumenta cada vez la dosis, y llega a ingerir tal cantidad de producto, que esa misma cantidad produciría la muerte en una persona no dependiente del producto; podemos decir que la tolerancia es un acostumbramiento del organismo al uso de algunos productos. En otras sustancias la tolerancia no es manifiesta, y por ejemplo en la marihuana se negó por muchos años, aceptándose ahora que el uso repetido por largo tiempo puede en algunas pocas personas llegar a inducir tolerancia (3); con esta sustancia se describió la "tolerancia de reserva" que se observa en algunos usuarios que cada vez requieren menos cantidad de producto para sentir los efectos síquicos (4). La cocaína tampoco induce tolerancia.

La cantidad y calidad de la sustancia, segundo presupuesto del dictamen de la dosis personal, requiere efectivamente que el médico examinador sepa cuánto pesó el producto incautado y cuál será la proporción del producto activo. Importa por ejemplo en la marihuana, el peso total en gramos de la sustancia, y no el número de papeletas individuales; el contenido de sustancia activa ya se conoce en términos generales para la cannabis, y así Cannabis Sativa variedad índica (Hachish) tiene de 15 a 20 veces más producto activo (tetrahidrocanabinol) que la Cannabis Sativa variedad americana; en Colombia el contenido de tetrahidrocanabinol es del orden del 2% al 4% (5); esta determinación ya es lo suficientemente conocida y no es procedente por ejemplo, determinar la concentración en cada muestra, pues el procedimiento no es de rutina en el laboratorio; este truco de querer hacer determinar el % en cada muestra es socorrido por algunos apoderados. Lo que sí es importante es el diagnóstico correcto del laboratorio de que la sustancia incautada sea marihuana; en esta droga el procedimiento es sencillo, y la simpre prueba microscópica, con

los característicos pelos sistolíticos es suficiente (6), para ser la imagen microscópica, la fundamentación del dictamen del analista (5-7); existen también pruebas químicas colorimétricas, como la de Duquenois, de la que hay un excelente resumen (8), Beam y Ghamrawy (5). La dosificación en fluídos orgánicos no es rutinaria, pues el método del análisis es costoso y requiere un laboratorio con adecuados equipos, y por eso se hace sólo en algunas partes, bien por radioinmunoanálisis, cromatografía gaseosa o espectrofotometría de masa (9), indicando lo anterior que no es procedente tampoco solicitar que se determine la cantidad de tetrahirocanabinol en sangre. Un punto adicional importante en marihuana es el que respecta a las semillas; en realidad tienen muy poco o nada de sustancia sicoactiva, pero legalmente la marihuana es definida como todas las partes de la planta Cannabis Sativa L, en crecimiento o almacenamiento; las semillas, la resina, los derivados y las mezclas de productos (10).

En cocaína la determinación de la cantidad y la calidad requiere algunas explicaciones; el producto es extraído de la Erytraxilon Coca, que contiene cocaína en proporción de 0.5% a 2.5% (11). Luego de recolectadas las hojas por medio de procesos químicos no complicados se extrae el alcaloide impuro, o cocaína base, o "bazuca" en nuestro medio, a partir del cual se purifica por lo general a Clorhidrato de Cocaína (12), y posteriormente mezclada para el expendio con otras sustancias de características físicas parecidas, en general anestésicos locales como Xilocaina, hidrocaina, procaina, benzocaina, o con anfetaminas. En Estados Unidos el precio al mayorista en 1977 era de U.S. $ 100 por gramo (13). El asunto de la cantidad y la calidad en esta droga es un delicado problema de índole pericial, y la parte inicial se reduce a demostrar cualitativamente que la sustancia cuestionada es cocaina. La identificación inicial se hace con las conocidas pruebas de Campo o Screning, que incluye la reacción con Sales de Cobalto (narcotest) (14-15); recientemente se ha informado de la especificidad de los blanqueadores comerciales (Hipoclorito de Sodio) para estos fines (16). De todas maneras, para abundar en garantías de defensa del procesado, estas muestras son consideradas como pruebas orientadoras, de tal manera que un diagnóstico positivo orienta hacia la cocaina, pero también pueden reaccionar con los adulterantes ya mencionados, y por ello se requiere ulterior comprobación por otros métodos de laboratorio. Existe consenso que la cromatografía en capa delgada es un método sencillo, barato y confiable para este propósito (10, 13, 14, 15, 16, 17). Identificado el producto como cocaina se requiere luego el estudio de la calidad, o sea la cuantificación o pureza de la sustancia. Los procedimientos son varios, pero la espectrofotometría de luz ultravioleta, tiene también completa aceptación (13-15).

Nos referimos específicamente a la cromatografía en capa delgada y la espectrofotometría de luz ultravioleta, por ser los dos medios que rutinariamente se utilizan en el Instituto Nacional de Medicina Legal de Bogotá, y en la Seccional de Medellín. El Estatuto de Estupefacientes ordenó en su artículo 71 que, incautada la sustancia cuestionada, sea enviada al Instituto de Medicina Legal

para hacer nueva peritación, y en el 73 se dispone que las sustancias que decomisó la autoridad sean enviadas al Instituto de Medicina Legal más cercano que disponga del equipo técnico adecuado; en uno y otro caso ordena que la muestra para peritación no exceda de los 3 gramos; sólo por excepción y con fundamentación puede ser más la cantidad. Las consideraciones anteriores y el procedimiento para mezclar cocaina con los adulterantes, que por lo general no hacen la mezcla de una manera rigurosa, puede dar pábulo a pequeñas diferencias de concentración entre los análisis, cuando se hacen en dos laboratorios diferentes, sin que esas diferencias pequeñas permitan vulnerar la prueba; hoy es corriente que se solicite un análisis en un laboratorio y luego el apoderado pida una contramuestra en otro, para sacar partida de cualquier pequeña diferencia en la concentración del producto, y aducir a renglón seguido grave error en la prueba. Desde el punto de vista muy personal, considera el autor, que en realidad alguna diferencia de concentración puede ser importante en cantidades muy pequeñas que fueron la base del diagnóstico de una dosis personal, porque como lo veremos luego, es diferente para este propósito 5 gms. de cocaina con 95% de pureza, que 10 gms. con 10% de pureza; en cambio 20 kilogramos de cocaina que tengan sólo demostración cualitativa por cromatografía en capa delgada, excederán una dosis personal, y el problema de porte o tráfico puede investigarse por otras circunstancias procesales. En el mismo grado de objeciones, se ha traído a colación la pureza de las sustancias que elaboran los laboratorios farmacéuticos, que tienen un riguroso control de calidad, para extrapolar la pureza y procedimiento de un laboratorio ético que entrega un producto determinado al comercio, con los procedimientos de quien comercia con cocaina, o comparar la pureza certificada de los productos de análisis de laboratorio con los del comercio ya mencionados, rigor de mezclas y comercio que no pueden compararse.

Es cierto que existen otros métodos más refinados para el diagnóstico pericial de la cocaina, como cromatografía gaseosa, el sistema Emit (R) basado en sistemas inmunológicos que permiten detectarlo en fluídos orgánicos; cromatografía gaseosa y espectrofotometría de masa (10, 12, 13. 16, 18, 19).

En la consideración de la cantidad y calidad del producto es procedente tener en cuenta otras propiedades farmacológicas mencionadas por el Estatuto en sus artículos 3º, 4º y 5º que definen técnicamente la farmacodependencia y diferencia la dependencia síquica de la física (1). La marihuana y la cocaina inducen solamente dependencia síquica, y ninguna de ellas lleva al estado anormal metabólico que producen los fármacos que llevan a dependencia física; este tipo de dependencia física y tolerancia son comunes en opiáceas, metacualonas y benzodiazepinas, para no mencionar sino las drogas más comunes (20); al no inducir dependencia física, ni tolerancia, tampoco llevan a síndrome de abstinencia (5).

El tercero de los puntos a considerar para la fundamentación del dictamen de la dosis personal, lo trae el artículo 39 al hacer referencia a la historia y situación clínica del sindicado.

Esta exploración se hace por interrogatorio del encartado y puede generalizarse al decir que la gran mayoría de los consumidores de drogas padecen de un trastorno de personalidad, muchas veces del tipo anormalmente dependiente, para venir a ser la farmacodependencia uno de los rasgos salientes de su personalidad; los trastornos de personalidad no son considerados en nuestro actual Código Penal en el artículo 29 (21). En muy pocas oportunidades los usuarios de la marihuana llegan a una sicosis tóxica, esa sí encuadrable en el artículo 29 en caso de delinquir (25), y tal vez con más frecuencia que el farmacodependiente de la marihuana llega a una sicosis tóxica el usuario crónico de cocaina; en ambos casos suele ser el cuadro clínico de tipo esquizofreniforme paranoide.

Todas las consideraciones anteriores son las requeridas para emitir el concepto sobre dosis personal. En marihuana por ejemplo, si fuéramos a ceñirnos a la letra de la ley, un solo "pucho" de 200 mgs. sería la cantidad que produciría efectos ingeridos de una sola vez, pero interpretando la norma entendemos por la dosis personal la cantidad de fármaco que un usuario suele consumir en el transcurso de un día, y así la interpretamos, habida en cuenta las propiedades farmacológicas y la historia clínica, como en 5 gms., que generalmente consume en el transcurso de un día un farmacodependiente, apartándonos de otras interpretaciones que tasan esa dosis en 2 gms. (22); la cantidad de 5 gms. figura en el proyecto de ley que modifica el Estatuto de Estupefacientes como una dosis de aprovisionamiento personal. Es claro que si en la legislación actual esos 5 gms. los porta alguien que no es consumidor, y los lleva en sitios no usuales de la anatomía como vagina, ampolla rectal, con el fin de introducirlos a alguna cárcel, esa conducta sería porte ilegal, pero toca definirla es al juez y no al perito. Por haber mencionado la dosis de aprovisionamiento en otro escrito (5-23), no lo consideramos aquí.

En cocaina, establecer la dosis personal requiere también la exploración clínica del sindicado, y si se establece que es farmacodependiente del producto (5-11), hasta 5 gms. pueden ser compatibles con la dosis personal para el transcurso de un día (24), dado lo fugaz de los efectos y metabolismo rápido de la droga; si no hay estigmas de farmacodependencia, los que clínicamente no son difíciles de demostrar, obviamente no consideramos esa cifra. El proyecto de ley que modifica el Estatuto de Estupefacientes, establece la dosis personal para un gramo de cocaina cuya pureza no exceda el 10%, y no considera la pasta a base de coca (bazuca) como dosis personal.

El dictamen de dosis personal ha de tener pues en cuenta este trípode de fundamento: definición de la dosis personal, cantidad y calidad de la droga (propiedades farmacológicas) e historia clínica. De la misma manera que en un dictamen pericial de lesiones personales por ejemplo, no se citan los procesos de reparación parenquimatosa y del estroma, sino que se diagnostica la herida y el arma, para concluir con una incapacidad y secuelas, en el dictamen de

estupefacientes, se retrotraen brevemente las bases del dictamen y se conceptúa si la cantidad de producto excede o es compatible con la dosis personal.

R E S U M E N

El autor presenta una revisión de los fundamentos medicolegales de la prueba pericial en marihuana y cocaina.

B I B L I O G R A F I A

1. Decreto Ley 1188 de 1974.
2. Consejo de Estado. Sentencia de 1976.
3. Marihuana and Health. Sixth Annual Report to the U.S. Congress.
4. Marihuana and Healt. Second annual Report to Congress from the Secretary of Healt, Education and Welfare 1972.
5. Giraldo C. A. Medicina Forense. Imprenta Nacional de Colombia, 1979.
6. Castilla G. y Villanueva E. Método práctico en los informes de investigación de marihuana. Segundas Jornadas Toxicológicas Españolas. Gráficas Mora. Madrid 1975.
7. Keith Bailey. The value of the Duquenois test for Cannabis-Asurvey. Journal of Forensic Sciences 24: 817-841, 1979.
8. Willete R. E. (editor). Cannabinoid: Assays in humans. National Institute of Drug Abuse. Monograph Series Nº 7, Maryland 1976.
9. Marihuana and Health: Fifth and Seven Annual Report to U.S. Congress 1975 y 1977.
10. Basic Training Program for Forensic Drug Chemists. Bureau of Narcotics and Dangerous Drugs. Washington 1972.
11. Giraldo C. A. Intoxicación aguda por cocaína. Revista Instituto Nacional de Medicina Legal de Colombia. Vol. III (Nº 2) 7-14, 1978.
12. Clandestine Laboratory Guide for Agents and Investigators. Drug Enforcement Agency. Washington (sin año de edición).
13. Cocaine 1977. Research Monograph Series Nº 13. National Institute on Drug Abuse. Maryland.
14. Arango P. M. y Saldarriaga L. H. Métodos Analíticos para determinar la Cocaína en los laboratorios Químico-Forenses. Revista del Instituto Nacional de Medicina Legal de Colombia 2: 75-78, 1977.
15. Téllez G. Otro ensayo de identificación de Cocaína. Revista Instituto Nacional de Medicina Legal de Colombia Vol. 2: 23-27, 1977.
16. Samuels W. R. Evaluation of Sódium Hypochlorite as a Screning Reagent for the determination of Cocaine. Clinical Toxicology 12: (5) 543-558, 1978.

16 a) Dupont R., Goldstein A. and O' Donnell J. Handbook on Drug Abuse. National Institute of Drug Abuse. Washington 1979.

17. Baker P.B. Gouth B. The rapid extermination of Cocaine and other local anesthetics using field tests and Chromatography. Journal of Forensic-Sciences 24: 847-855, 1979.
18. Olivares G. J. Evaluación y análisis de muestras urbanas anónimas con especial referencia a Cocaína. Rev. Fac. Med. (Maracaibo) Vol. 7: 57-64, 1975.
19. Gelsomino A. NMA. Identification of Cocaine. Microgram. December 1979 (vol. XII, Nº 12).
20. Way L. E. Basic Mechanism in Narcotic tolerance and Physical Dependence. Annals New York Academy of Sciences 1978.
21. Mora I. R. Situación de las personalidades antisociales en el Código Penal Colombiano. Revista Instituto Nacional de Medicina Legal de Colombia. Vol. 2: 39-57, 1977
22. Ghitis M. A. Farmacodependencia Canábica y Dosis Personal. Revista Instituto Nacional de Medicina Legal de Colombia, Vol. III: 49-59, 1978.
23. Giraldo C. A. Estudios de Derecho Universidad de Antioquia, Septiembre 1977, Nº 92: 405-417, 1977.
24. Campo F. E. Drug Dependence: Racent Advances in Forensic Pathology. S. A. Churchill Edireburg 1969.
25. Mora I. R. Aspectos forenses de la enfermedad mental. Revista del Instituto Nacional de Medicina Legal de Colombia: IV: 11-26, 1979.

BREVES APUNTES SOBRE LA MARIHUANA

Dr. Bernardo Ramírez Z.

Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia

La *planta* que en Colombia se conoce con le *nombre vulgar de* "MARI HUANA", en México como "MARIGUANA", en Estados Unidos como "MARY JANE", en Brasil como "MACONHA", y con *muchos otros nombres* según la parte del mundo de que se trate, no es más que una *variedad fisiológica del cáñamo común* y su *denominación científica* dentro de la clasificación botánica de CARL VON LINNEO es la de "CANNABIS SATIVA L".

En el siglo XIX, LAMARCK, al descubrir algunas propiedades particulares en el cáñamo de la India, consideró que ellas bastaban para constituír una especie diferente, y propuso denominarlo "CANNABIS INDICA".

También se ha hablado con mucha frecuencia del "CANNABIS AMERICANA".

Empero, lo cierto es que desde el punto de vista de la Botánica, actualmente se considera que CANNABIS SATIVA L., CANNABIS INDICA y CANNABIS AMERICANA *pertenecen a una misma especie:* la especie descrita y clasificada por el naturalista LINNEO, y que las *propiedades particulares* que puedan encontrarse en ellas no son sino producto de las *diferencias climatológicas,* es decir, que no son especies diferentes. Esto mismo puede decirse también de los demás tipos de marihuana que se producen en las demás regiones del mundo.

Pero si desde el punto de vista meramente botánico la planta constituye una misma especie, cualquiera sea la región del mundo donde crezca o se cultive, desde el punto de vista *farmacológico* y de su *poder psicotropo* se pueden encontrar *grandes diferencias,* como claramente lo han establecido los investigadores, entre ellos el doctor JEAN-MICHEL OUGHOURLIAN, quien dice:

"En efecto, el poder psicotropo de un cáñamo varía en función del clima, del suelo, del momento de la recolección, de las condiciones y de la duración de la conservación, etc.". [1].

1. "LA PERSONA DEL TOXICOMANO", Editorial Herder, Barcelona, pág. 76.

En cuanto al *lugar de origen,* los consumidores le dan una gran importancia con respecto a los efectos psicotropos. El mismo autor anteriormente citado anota:

"Esto lo saben los toxicómanos actuales: los más conocedores designan con nombres particulares los cáñamos de calidad extrafina :El Acapulco de Oro, el Rojoa Panamá o Rangoon, el Yucatan Azul, el Ketama Verde, el Congo Pardo, el Angola Negro,, etc." [2].

Aunque ello no parece estar muy bien establecido, ordinariamente se considera que la planta es originaria del Asia Central.

La Marihuana es una planta herbácea anual; de altura media entre 1,50 y 4 metros; en condiciones óptimas se dice que puede llegar a alcanzar hasta 5 y 6 metros de altura. De tallo erecto, angular y ramoso; hojas palmeadas y alternas, e inflorescencias axilares. Es propia de climas cálidos y templados, no de climas fríos, por ser muy sensible a ellos. Por ser de estructura fibrosa muy resistente, ha sido utilizada en la industria textil para la fabricación de sacos, cordeles, redes, etc. Crece espontáneamente, en forma silvestre. Pertenece a la familia de las "MORACEAS" y a la subfamilia de las "CANNABOIDEAS".

El *principio químico-activo* de la marihuana lo constituyen los *cannabinoles,* especialmente los *Tetrahidrocannabinoles:* Delta Nueve Tetrahidrocannabinol (△ 9-THC) y Delta Ocho Tetrahidrocannabinol (△ 8-THC); pero es al primero, el delta nueve tetrahidrocannabinol, al que en mayor proporción se le atribuyen los efectos farmacológicos de la planta, tanto en el animal como en el hombre.

Aunque en el laboratorio se han logrado aislar unos treinta o más *cannabinoides,* los investigadores no les conceden mayor importancia en razón de que su *actividad biológica es muy poco conocida.*

Con el conocimiento del principio químico-activo de la marihuana se ha hecho posible su *producción sintética* en el laboratorio, pero por los costos que ello implica, comparados con los del cultivo natural, se ha considerado poco importante.

El *mayor poder psicofármaco* se encuentra en la *resina* contenida en las extremidades florales y en las hojas superiores, el cual se considera en un 40%; y su *menor poder,* en las hojas inferiores, en el tallo y en las semillas, calculándose aproximadamente en un 10%.

Mucho se ha extendido la opinión de que el pie hembra de la planta es el único que contiene la substancia psicoactiva. Sin embargo, el doctor JEAN-MICHEL OUGHOURLIAN considera que no es así; que también el pie

---

2. Op. cit., pág. 76.

duo esté en incapacidad de entender y de querre al momento del hecho [17].

ANTONIO VICENTE ARENAS, parte de la base de que entre enajenación mental y grave anomalía psíquica, "no hay diferencia de calidad sino de cantidad". Mientras que la enajenación mental es un trastorno general y persistente, "la anomalía psíquica grave es parcial, le permite al paciente vivir en sociedad donde su dolencia suele pasar inadvertida y puede ser apenas transitoria, aunque hay algunas, como la epilepsia que son permanentes [18].

Si se me permite, resumo los conceptos de la Doctrina, en lo que respecta con la interpretación de la expresión "grave anomalía psíquica", en los siguientes términos:

1º Frente a la enajenación mental está la grave anomalía psíquica, la cual refiere a trastornos de menor gravedad que la enajenación.

2º Esta menor gravedad, hace que el individuo generalmente no pierda su adaptabilidad.

3º Para que la anomalía psíquica sea "grave" como lo exige el artículo 29 del Código Penal, es necesario que sea de tal intensidad que haga que el individuo pierda la capacidad de entender o de determinarse.

4º Algunas veces la grave anomalía psíquica tiene el carácter de persistente pero, en general, la grave anomalía psíquica está referida a situaciones transitorias [19].

III. LAS PERTURBACIONES TRANSITORIAS FRENTE AL CODIGO PENAL DE 1936

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

Después de reseñar la doctrina en torno al concepto de enajenación mental y de grave anomalía psíquica, y de resaltar el carácter transitorio que generalmente a este concepto se le da, llegamos al problema que han presentado en nuestra doctrina y en nuestra práctica jurisprudencial las perturbaciones mentales transitorias.

---

17. ESTRADA VELEZ, op. cit. Pág. 346. Menciona como tales "la embriaguez patológica, la reacción explosiva o de corto circuito, los estados obsesivos, etc.". Pág. 347.

18. Cito la Segunda Edición de su Compendio, cit. Pág. 35.

19. Digo "en general", pues hemos visto como se incluye dentro del concepto, fenómenos permanentes como la epilepsia (ROMERO SOTO, REYES, ARENAS), los estados obsesivos (ESTRADA VELEZ). Y nuestra Corte Suprema de Justicia, ha mencionado como grave anomalía psíquica la "debilidad mental". (Cas. de 13 de julio de 1943, G. J. Tomo LVI (2001-5), Pág. 366. la "sico - neurosis", Cas. de 4 de julio de 1947, G. J. Tomo LXIII (2057-8), Págs. 767, 768.

mental y de las intoxicaciones crónicas, *perturbaciones sin verdadera entidad clínica,* que carecen de etiología exógena o que no equivalen a lesiones anatomopatológicas del cerebro, pero que sí *socaban o anulan* —como dice Lozano y Lozano— *los sentimientos y las fuerzas volitivas, determinando actos imposibles de controlar y refrenar,* o suprimiendo (lo que es igual) "¡la adaptación lógica y activa a las normas del medio ambiente!", en forma de influír decisivamente en la comisión de hechos que imponen la aplicación a su autor de una medida de seguridad, a manera de defensa social" [9].

En las anteriores condiciones, la doctrina ha ido ubicando dentro del término que se comenta una serie de afecciones, siempre que en concreto, socaben o la capacidad de comprensión o la de determinación y que no constituyan enajenación. Así, se ha dicho que ahí están comprendidos los estados que se encuentran entre la normalidad, y la alienación mental y a veces caen en la segunda, al decir de ANGEL MARTIN VASQUEZ ABAD y AGUSTIN GOMEZ PRADA [10]; VICENTE LAVERDE APONTE, en el fallo citado enunciaba como tal "la embriaguez patológica; crisis agudas de hiperemotividad; reacciones emotivas o de corto circuito, etc." [11]; BERNARDO GAITAN MAHECHA, no dice qué afecciones deben quedar comprendidas dentro del término, pero sí da una noción de él: "por grave anomalía psíquica, dice, debe entenderse toda perturbación que produzca el efecto de *eliminar la capacidad de entender y de querer, la capacidad de control* desde el punto de vista intelectivo y volitivo del acto, de tal modo que aparezca como consecuencia de la anormalidad y no causado por la perversa, voluntaria y maliciosa transgresión del derecho" [12].

ALFONSO REYES ECHANDIA, acepta como concepto de grave anomalía psíquica el ya transcrito del Tribunal Superior de Bogotá y al enunciar casos de ella menciona "el acto obsesivo de un siconeurótico, el acto impulsivo

9. **RAFAEL CAMPO RESTREPO, Op. Cit. Pág. 134.**

10. **VASQUEZ ABAD, Op. cit. Pág. 148 a Pág. 152, refiere claramente el concepto a la "zona intermedia entre la sanidad mental y la anormalidad"; GOMEZ PRADA, Op cit. Pág. 223. Ambos autores remiten a NERIO ROJAS, Op. cit. Tomo II, Pág. 155 quien bajo el rubro de "Semialienación" ubica los "estados fronterizos, zona mediana, matoides, etc. En estos estados el trastorno psíquico es de menor gravedad en relación con la alienación, pero también revisten el carácter de persistentes. "El trastorno —dice el autor argentino— se caracteriza especialmente por dos signos: 1) el enfermo tiene conciencia de su estado patológico, 2) no pierde su adaptabilidad" (Op. cit. Pág. 155). Comprende un grupo de procesos heterogéneos como la neurastenia, la histeria, la psicastenia, la epilepsia, las toxicomanías, la debilidad de espíritu, la llamada "locura moral", etc.**

11. **LAVERDE APONTE, Op. cit. Pág. 24.**

12. **GAITAN MAECHA, Op. cit. Pág. 330. SAMUEL BARRIENTOS RESTRREPO, no da un concepto expreso de grave anomalía psíquica. Empero al referirse al artículo 29, dice que "de acuerdo con el sistema penal actual, el *estado de enajenación mental, en el cual se comprenden las locuras a grande orquesta,* y el estado de**

que puede ocasionar una embriaguez patológica, y la reacción explosiva o de corto circuito de un epiléptico" [13].

LUIS CARLOS PEREZ, acepta sobre el particular las opiniones de LOZANO Y LOZANO, PABLO A. LLINAS y CAMPO RESTREPO, transcritas antes. Según él, sí existe ambigüedad en la expresión, esa ambigüedad hay que tratar de superarla, ya que la interpretación precisamente conduce a esclarecer el sentido de la norma y los límites de su aplicación doctrinaria [14]. En este orden de ideas acepta que la ley colombiana, clasificó a grandes trazos las enfermedades mentales, destacando la alienación mental, las intoxicaciones y finalmente, la grave anomalía psíquica, "entendida como un grupo de trastornos de menos importancia, los cuales no constituyen auténticas entidades clínicas y se caracterizan porque el enfermo, tiene conciencia de su estado patológico, cosa que no ocurre con el enajenado ni con el intoxicado crónico" [15]. Enuncia como especies de tales anomalías mentales, los delirios producidos por infecciones o toxiinfecciones, como la tífica y la parasitaria, y la embriaguez patológica [16].

ESTRADA VELEZ, dice:

> "Todas las acciones generadas por un estado, así sea transitorio de verdadera convulsión psíquica, analizadas caso por caso, que no tengan cabida en un síndrome psiquiátrico, pueden encuadrarse dentro de la grave anomalía psíquica para efectos penales". Lo importante es que, debido al trastorno, el indivi-

grave anomalía psíquica, no excusan el acto". Elementos, Edición de Bedout, cit. Pág. 348. Esto quiere decir que en todo caso la grave anomalía psíquica, para el autor, no están comprendidas "las locuras a grande orquesta", lo cual quiere decir que designarían otras afecciones de menor entidad pero que de todas formas originaría "un elemento psíquico anormal", el cual es una de las diversas formas a que puede reducirse el elemento subjetivo del delito, según su sistemática. Op. cit. Pág. 338.

13. **ALFONSO REYES ECHANDIA, Derecho Penal, Ed. de 1964, Pág. 348; en la última edición de 1979, véase Pág. 270 en su monografía sobre la Imputabilidad concluye que el término "ha de referirse a aquellas anormalidades psicosomáticas diversas de la enajenación mental y de las intoxicaciones crónicas, que alteran las esferas intelectiva o volitiva de la personalidad de tal manera que el enfermo —a lo menos en el momento del hecho— no es capaz de comprender la ilicitud de su conducta o de autoregularse de acuerdo con esa comprensión". Ediciones Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1976, Pág. 143.**

14. **LUIS CARLOS PEREZ, Op. Cit. Pág. 595.**

15. **Op. Cit. Pág. 599, siguiendo en lo último a NERIO ROJAS. Sostiene también el autor que como la Ley no enumeró la génesis de las distintas dolencias, hay que reconocerlas en toda su amplitud. "Basta, dice, que el autor haya perdido el control consciente en el momento de delinquir, para que sea tratado como lo que fué en ese instante; un anormal" (601 y 602).**

16. **Op. cit. Pág. 601. Muy cerca del autor citado hay que estudiar a SERVIO TULIO RUIZ, en quien se observa una gran influencia del autor que acabamos de mencionar. Este trata la enajenación y la grave anomalía psíquica como "formas de referibilidad psíquica anormal en el delito", op. cit. Págs. 124, 151 a 157.**

2. LA GRAVE ANOMALIA PSIQUICA

Debe advertirse que el término no tiene una precisa connotación psiquiátrica. En efecto, anomalía, según el Diccionario de la Real Academia, es sinónimo de "irregularidad, discrepancia de una regla". Así las cosas, la enajenación misma sería una anomalía psíquica, pues la enajenación implica "irregularidad" y "discrepancia". Sin embargo, como la ley enuncia los dos términos y les da consecuencias diferentes como se ha visto (para aplicar a los enajenados, manicomio criminal y a los anómalos psíquicos graves, medidas de seguridad diferentes), como esto acontece, hay que concluír que desde el punto de vista jurídico, son cosas diferentes. Es un término jurídico que remite, como el de enajenación, a la enciclopedia psiquiátrica en orden a buscar su contenido.

¿Cómo se ha resuelto el problema en la práctica? A mi manera de ver, este ha sido un problema en el que ha habido una determinación por exclusión. Voy a explicar por qué hablo de "determinación por exclusión".

Lo digo en el sentido de que probado un trastorno y probado que no se trata de una intoxicación crónica producida por el alcohol o cualquiera otra sustancia y probado que no se trata de una enajenación mental, resta la anomalía psíquica. Pero es necesario hacer una precisión: para que se entre a discutir si esta afección constituye enajenación o grave anomalía psíquica, es necesario estar ya en el campo de la anormalidad para los efectos jurídicopenales, es decir, a efecto de aplicar una medida de seguridad.

Lo anterior quiere decir que cuando en un caso se entra a discutir el problema de que tratamos, ya se ha descartado que el individuo sea sujeto pasible de pena, porque al momento de cometer el hecho no era normal, o lo que es lo mismo, no tenía la capacidad de comprender o de determinarse. Planteado esto, se ha operado así: el sujeto al momento del hecho estaba en un estado de anormalidad. Ahora bien: no es *intoxicado crónico;* no es un *enajenado* porque no tenía un trastorno general y persistente. Pero, como de todas formas al momento de ejecutar el hecho no comprendía la ilicitud, o no podía determinarse, entonces estamos en presencia de una *grave anomalía psíquica.*

La vaguedad del término, su no precisa connotación psiquiátrica, es lo que ha hecho que se opere así, sin que se haya trabajado con un concepto preciso.

A propósito de lo que se viene diciendo, es significativa una importante decisión del Tribunal Superior de Bogotá, de la cual fue ponente VICENTE LAVERDE APONTE:

> "El Tribunal conceptúa que la anomalía síquica 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 o la facultad volitiva;* cuando produzca, para emplear los términos del señor Procurador Delegado en lo Penal, en la casación de Cárdenas Jaramillo, "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.)" [7].

Repárese en las expresiones "descartada la alienación mental y la intoxicación crónica" y en la otra, "...siempre que haya una alteración tan intensa de las funciones mentales que anule o suprima la conciencia o la facultad volitiva".

La Providencia transcrita concreta el proceder de la práctica. Y entonces, "grave anomalía psíquica" ha sido cualquier afección que no sea enajenación o intoxicación pero que hubiera sido determinante de la pérdida de la capacidad de entender y/o de querer.

El doctor PABLO A. LLINAS, escribió sobre el particular lo siguiente:

> "Con el nombre de "anomalía psíquica" la ley colombiana no se refiere a síndromes psiquiátricos específicos sino a los juicios o concepciones mentales irregulares, desordenados, y a los actos determinados por esas concepciones contrarias a la razón natural, a los preceptos, o a las leyes sin motivo, sin objeto y sin provecho para nadie, *sea cual fuere la causa que lo produzca, o la entidad nosológica en que se hallen,* porque a la justicia no le interesa saber si el inculpado es maníaco-depresivo, paralítico general, epiléptico o esquizofrénico, sino estar cierta de que el agresor en el momento de agredir *obró bajo la influencia de una anomalía psíquica,* es decir, *sin lucidez en la conciencia ni rectitud en el discernimiento o por ímpetu involuntario o superior a su voluntad"* [8].

Con base en el anterior concepto, sostuvo RAFAEL CAMPO RESTREPO en el estudio ya citado, que la expresión grave anomalía psíquica, "comprende una serie de perturbaciones mentales de carácter transitorio, bien distinta de la enajenación

---

7. VICENTE LAVERE APONTE, op. cit. Pág. 24. Mutatis Mutandi, era lo mismo que significaba LOZANO Y LOZANO al explicar el por qué de la expresión legal; "... hay psicosis y neurosis que no producen enajenación mental, en sentido técnico, pues conservan el goce del raciocinio, del juicio y de la lucidez intelectual. Pero socaban o anulan los sentimientos y las fuerzas volitivas, determinando actos imposibles de controlar o refrenar". (Cit. Pág. 362).

8. PABLO A. LLINAS, Revista de Medicina Legal de Colombia, Vol. XI, Nro. 57-58, Págs. 17 a 20.

Como sabemos, este es uno de los más autorizados intérpretes de nuestro Código del 36 debido a la gran influencia que ejerció dentro de la Comisión Redactora.

Y veamos cuál fue la evolución del concepto. Como se necesitaba un apoyo en la psiquiatría para la determinación del concepto "enajenación mental", la Doctrina lo encontró en el tratadista argentino NERIO ROJAS, quien definió el concepto de alienación [2] mental así:

> "Alienación mental es el trastorno general y persistente de las funciones psíquicas, cuyo carácter patológico es ignorado o mal comprendido por el enfermo, y que le impide la adaptación lógica y activa a las normas del medio ambiente, sin provecho para sí mismo ni la sociedad" [3].

Sobre el concepto anterior de alienación, la casi totalidad de la doctrina nacional erigió la interpretación del contenido del artículo 29 en lo que hacía relación a ese término [4]. Si reparamos en las notas distintivas del concepto, podemos destacar en él como característica principal la permanencia ("persistente", dice el autor). La nota de la desadaptación del sujeto respecto de las normas del medio ambiente es ya un efecto del trastorno persistente y, en verdad, no es una característica particularizante del fenómeno, ya que otras afecciones precisamente por la desadaptación que crea, precisamente por ello, tienen su ubicación en el cuadro de las noxas psiquiátricas. Empero, es de

---

2. Los términos "enajenación" y "alienación" los usa el Código en comento de manera indistinta: de "enajenación" habla en el art. 29; de "alienados" en el art. 63; de "alienación" en el art. 319, Párrafo Segundo.

3. Medicina Legal, Ed. El Ateneo, Buenos Aires, 1942, Tomo II, Pág. 152. El autor emplea el término "alienacón" en vez de "enajenación", porque "su etimología es la explicativa de su significado: alienación proviene del latín aliens, alius, extraño, otro. Es el hombre cuya enfermedad mental lo hace distinto a sí mismo y extraño a los demás". Op. Cit. Tomo II, pág. 151.

4. ANGEL MARTIN VASQUEZ ABAD, Tratado de Derecho Penal Colombiano, Ediciones Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín, 1948, Tomo I, Pág. 147; AGUSTIN GOMEZ PRADA, Derecho Penal Colombiano, Parte General, Imprenta del Departamento, Bucaramanga, 1952, Pág. 222. El mismo autor en la misma obra, editada por la Editorial Temis, Bogotá, 1959, Pág. 303. VICENTE LAVERDE APONTE, Temas Penales y de Procedimiento Criminal, Temis, Bogotá, 1960, Págs. 15 y 16; RAFAEL CAMPO RESTREPO, La Responsabilidad de los anormales en el Código Penal Colombiano, Diario Jurídico, Bogotá 1962, Nro. 566-7-8. La cita de autor puede verse en el número 567, Pág. 134. Este concepto puede verse en parte transcrito en la obra del Dr. BERNARDO GAITAN MAHECHA. Curso de Derecho Penal General, Ed. Lerner, Bogotá, 1963, Págs. 314 a 324; SAMUEL BARRIENTOS RESTREPO, Elementos de Derecho Penal, Ed. Bedout, Medellín, 1977, Pág. 342; ALFONSO REYES ECHANDIA, Derecho Penal Colombiano, Parte General, Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1964, Pág. 347. El mismo autor, en la última edición de su obra, la misma Editorial, Bogotá, 1979, Pág. 268; LUIS CARLOS PEREZ, Tratado de Derecho Penal, Temis, Bogotá, 1967, Tomo I Pág. 592; SERVIO TULIO RUIZ, La Estructura del Delito en el Derecho Penal Colombiano, Temis, Bogotá, 1969, Pág. 154; LUIS ENRIQUE ROMERO SOTO, Derecho Penal, Parte General, Ed. Temis, Bogotá, 1969, Tomo II Pág. 24; FEDERICO ESTRADA VELEZ, Manual de Derecho Penal, Editorial Salesiana, Medellín, 1972, Págs. 345 y 346. ANTONIO VICENTE ARENAS,

destacarse el "carácter patológico... ignorado o mal comprendido por el enfermo", pues con la *persistencia* del trastorno y, a mi manera de ver, con la *profundidad* de la afección, se completa el cuadro de lo que en Psiquiatría corresponde al nombre de *psicosis*.

Y no solo la Doctrina ha aceptado el contenido de la expresión "enajenación mental" connotada por las características de generalidad, persistencia e ignorancia o mala comprensión por parte del agente, conforme con el pensamiento del autor citado sino también la Jurisprudencia [5]. Y es que en la práctica después de que se establece que el sindicado se encuentra en el artículo 29, aun cuando a primera vista pudiera pensarse que ahí se agota el trabajo, en realidad, ello no es así según los términos de nuestra ley.

En efecto: la interpretación del art. 61 y siguientes y en especial del artículo 63 llevó a la obligación de concluír que la distinción entre las diversas formas de actividad psicopatológicas consagradas en el artículo 29 tenían un interés que iba más allá del simple ejercicio académico. El artículo 63 al que he aludido dice que el manicomio criminal, con una duración mínima de dos años, se reserva para los *alienados* que hayan cometido delitos sancionados con pena de presidio o cuyo estado los haga especialmente peligrosos. De donde se dijo que el manicomio criminal sólo operaba para los alienados, o enajenados, es decir, para los que padecen de trastorno general y persistente y no para los que al momento del hecho padecían de grave anomalía psíquica o intoxicación crónica [6].

Compendio de Derecho Penal, Ed. "Derecho Colombiano Ltda.", Segunda Ed. Bogotá, 1978, Pág. 35. Este autor, aunque no cita al tratadista argentino, maneja el mismo concepto ya dicho de enajenación como trastorno general y persistente

Lo anterior en lo que respecta a Doctrina Jurídico-penal. También los que en Colombia han escrito sobre Psiquiatría Forense, se han basado en NERIO ROJAS para definir el contenido de la expresión "enajenación" mencionada en el artículo 29. Véase a ROBERTO SERPA FLOREZ, Manual de Psiquiatría Forense, Ed. Cooperativa Artes Gráficas, Bogotá, 1953, pág. 168; GUILLERMO URIBE CUALLA, Medicina Legal y Siquiatría Forense, Ed. Temis, Novena Edición, Bogotá, 1971, Pág. 884.

5. Casación de 18 de Octubre de 1966, Gaceta Judicial Tomo CXVIII (bis), Pág. 32, Ponencia de HUMBERTO BARRERA DOMINGUEZ; 18 de Octubre de 1968, Derecho Colombiano, Número 82, Bogotá 1968; Pág. 163, Ponencia de LUIS EDUARDO MESA VELASQUEZ.

6. Entre las más importantes Casaciones que tratan el punto pueden citarse, fuera de las dos enunciadas en la nota anterior, las siguientes: Casación de 26 de Mayo de 1967, la cual puede verse en la Revista de la Universidad Externado de Colombia, Vol. III, Nro. 2, Bogotá, Septiembre de 1967, Págs. 521 a 530; 20 de Octubre de 1971, Casación de Ramón de Jesús Vásquez Gallego. Este proceso puede verse en el Juzgado 5 Superior de la ciudad de Medellín; Providencia de 1º de Agosto de 1972, Gaceta Judicial Nro. 253 a 263 de 1972; Agosto 9 de 1972, Derecho Colombiano, Nro. 129, Bogotá, Septiembre de 1972, Págs. 351 a 361; Agosto 17 de 1976, Extractos de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Publicaciones del Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia, Bogotá, 1977, Págs. 60 a 63; en Providencia de 30 de Septiembre de 1976, con Ponencia del Dr. MARIO ALARIO DI FILIPPO se alude a casi todas las decisiones que he reseñado. Extractos citados, Págs. 58 a 60. La última decisión que en tal sentido conozcamos es la Casación de Mayo 3 de 1979, aparecida en Jurisprudencia y Doctrina, Tomo VIII, Nro. 91. Bogotá, 1979, Págs. 526 y 527.

I. INTRODUCCION

En las faenas agrícolas a veces se practica una de manera rudimentaria, la siembra de pasto con estaca. Se toma ésta, se introduce en la punta entreabierta un "cadejo" de la yerba y se lanza a la tierra con fuerza; en seguida, se pisa la punta aún recubierta y se saca de nuevo el rudo instrumento. El cadejo de pasto queda entonces ahí puesto y el resto, lo hace el tiempo cubriendo el campo de verdor.

Corrieron muchos años desde que yo mismo en la infancia hubiera desempeñado la labor simple antes descrita y no se dónde leí o a quien escuché la expresión "trasplante de instituciones por estaca" asimilando a la labor relatada lo que acontece con algunos fenómenos legislativos en virtud de los cuales muchas veces se crean o trasladan instituciones de un ámbito a otro sin que ellas tengan raigambre alguno en el acervo cultural de un pueblo pero que se crean o se trasladan con la pretensión de que fructifiquen y regulen situaciones determinadas, a pesar de que en el ámbito cultural a donde llegan de manera forzada, aparezcan como cuerpos extraños por resultar de la noche a la mañana.

Por fortuna, no ha ocurrido así en relación con el fenómeno, tema del presente trabajo. El trastorno mental como causal de inimputabilidad en el Nuevo Código es la culminación de un largo proceso doctrinario y jurisprudencial, esfuerzo hecho en la interpretación de los artículos 29 y 23, en lo que hace relación con las expresiones "enajenación mental", "grave anomalía psíquica" y "sugestión patológica".

El esfuerzo aludido en relación con los términos anteriores se hizo con miras a ubicar los casos de trastorno mental transitorio que en la práctica se daban o podían darse, bien en el artículo 23 o bien en el 29, según que este fenómeno mostrara al sujeto como necesitado o no de una medida de seguridad.

Y bien, el Nuevo Código Penal contempla el trastorno mental como causal de inimputabilidad y, como luego veremos, distingue varias formas de él, según las notas de permanencia o transitoriedad. A su vez, aquí distingue según que el fenómeno deje o no perturbaciones mentales en el sujeto, con consecuencias diferentes en cada caso.

El presente trabajo tiene por objeto estudiar hasta donde llegó nuestra doctrina en la conceptualización de los contenidos de los artículos citados y ver en qué medida el Nuevo Código es la concresión de esa discusión que duró casi medio siglo. El problema que frente al Código Penal de 1936 presentó la ubicación del fenómeno del trastorno mental transitorio (sí contemplado en la legislación española y en otras legislaciones) puso a dura prueba la capacidad recursiva de nuestros doctrinantes para buscar salidas al problema en forma equitativa.

Como se verá, el Nuevo Código Penal, a pesar de las críticas que se le pueden y se le deben hacer, regula la materia de manera más clara y más técnica. Dentro de este contexto hay que ver entonces cuales son las equivalencias existentes entre los dos Códigos, según esa interpretación doctrinaria ya aludida, lo que será, a mi manera de ver, una guía en la interpretación de los alcances del Nuevo Código Penal.

II. ANALISIS DEL ARTICULO 29 DEL C. PENAL

El artículo 29 consagra tres formas de actividad psicopatológica a saber, la enajenación mental, la grave anomalía psíquica y la intoxicación crónica. Limitémonos a las dos formas en primer lugar enunciadas.

1. LA ENAJENACION MENTAL

Dentro del término "enajenación mental" comprende la doctrina las perturbaciones de cualesquiera de las esferas de la personalidad con la característica de ser permanente y con una gravedad o profundidad tal que lleven al sujeto a la incapacidad de comprender o de determinarse de acuerdo con tal comprensión.

CARLOS LOZANO Y LOZANO, al escribir sobre el artículo 29 dijo: "El Código habla de enajenación mental, intoxicación crónica producida por el alcohol o cualquiera otra sustancia y de grave anomalía psíquica. En el estado actual de la psiquiatría no era posible usar términos más precisos, pues se habría corrido el riesgo de dejar por fuera de la disposición alguno de los grupos de las enfermedades mentales. En efecto: según lo que dejamos explicado atrás, hay *psicosis* y *neurosis* que no producen enajenación mental, en sentido técnico, pues conservan el goce del *raciocinio, del juicio y de la lucidez intelectual. Pero socavan o anulan los sentimientos y las fuerzas volitivas, determinando actos imposibles de controlar o refrenar.* De otra parte, no se sabe con exactitud en qué momento las variadas intoxicaciones producen un estado definido de psicosis que pueda ser diagnosticado como tal por la clínica, *y sinembargo los actos del paciente escapan al control consciente.* Por último, como también lo dijimos ya, existen perturbaciones o anomalías psíquicas transitorias, episódicas, que por eso no caben dentro del término *enajenación, que indica estado más o menos permanente;* y existen también *síndromes psicopatológicos,* es decir, estados caracterizados por grupos de síntomas que todavía no constituyen verdaderas entidades clínicas" [1]. (Las bastardillas no son del texto).

1. Elementos de Derecho Penal, Ed. Lerner, Bogotá, 1961, pág. 362.

de quienes sostienen el punto de vista de la nocividad y peligrosidad del uso de la marihuana, y hemos encontrado que sus autores se ocupan más de la refutación por la refutación misma, que de hacer estudios suficientemente explicativos y fundamentados, y que en su desbocado empeño, no sabemos con qué intereses, de defender la tesis de la "legalización" o "descriminalización" de la Marihuana, no son pocas las imprecisiones, vaguedades y ambigüedades en que incurren.

De este último tipo o estilo, además de otros reparos que pueden hacérsele, son una considerable cantidad de escritos periodísticos, de intervenciones en foros, en programas de radio y televisión, etc., que se han venido dando en Colombia con motivo de la propuesta lanzada al ámbito nacional por algunos personajes de la economía y la política, de "legalizar" o "descriminalizar" la producción, comercio y consumo de la Marihuana, la cual se ha venido defendiendo y promoviendo con tan sistemática insistencia y con tan desusado despliegue publicitario que no pueden menos de reñir abiertamente con la prudencia, ponderación y profundidad que deben presidir y orientar el análisis científico y el tratamiento de un problema que, como el de la Marihuana, tiene tan variadas y complejas implicaciones; y, así, del simple planteamiento que invitara a la reflexión y a la tarea investigativa, se ha pasado a una burda campaña alrededor de una consigna: la "legalización de la marihuana", así se la disfrace con abultadas cifras estadísticas e impactantes argumentos económicos, pero sin expresarse los intereses que la mueven y sin que las gentes hayan tomado conciencia de los fines que se persiguen.

EL TRASTORNO MENTAL COMO CAUSAL DE INIMPUTABILIDAD EN EL NUEVO CODIGO PENAL

PRIMERA PARTE

Rastreamiento de la figura en nuestra doctrina y su regulación en el Código Penal de 1980 *.

Nódier Agudelo Betancur
Profesor de Derecho Penal de la Universidad de Antioquia.

I. INTRODUCCION.

II. ANALISIS DEL ARTICULO 29 DEL CODIGO PENAL.
1. Enajenación mental.
2. Grave anomalía psíquica.

III. LAS PERTURBACIONES MENTALES TRANSITORIAS FRENTE AL CODIGO PENAL DE 1936.
1. Planteamiento del problema.
2. Algunos casos que ilustran el problema:
A. Los casos de "sideración emotiva".
B. Algunos eventos de embriaguez patológica.
C. La embriaguez del sueño.
D. El choque afectivo.
E. Otros.

IV. LA SUGESTION PATOLOGICA.
1. Breve referencia histórica.
2. Interpretación del término en la doctrina.
3. La Sugestión Patológica como forma de Trastorno Mental Transitorio en nuestra Doctrina.

V. LA REGULACION DEL TRASTORNO MENTAL COMO CAUSAL DE INIMPUTABILIDAD EN EL NUEVO CODIGO PENAL.
1. Formas de trastorno mental:
A. Permanente.
B. Transitorio.
a. Transitorio sin secuelas.
b. Transitorio con secuelas.

VI. RESUMEN, CONCLUSIONES Y CUADROS COMPARATIVOS.

*** El presente trabajo resume las ideas expresadas en conferencias dictadas en las ciudades de Bucaramanga y Cali en los días 17 y 28 de Marzo del año en curso, por amables invitaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, en Bucaramanga y, en Cali, de la Universidad Libre y el Colegio de Abogados Penalistas del Valle del Cauca.**

De no ser así, jamás podríamos comprender la acción de los medicamentos sobre la mente. Precisamente por el hecho de que todos los procesos mentales y emocionales tienen una base química, esos agentes químicos pueden ejercer su acción. En cambio, si la mente existiera en un vacío separado de la materia, no podríamos influírla con substancias materiales" [10].

Que sepamos, ninguna otra de las drogas o substancias de masivo consumo actualmente en el mundo para *fines no médicos* ha suscitado tantas *dudas* y *controversias* entre quienes se han ocupado de su estudio científico, ni conducido a los mismos a *posiciones* tan diametralmente *opuestas* y en tan *múltiples aspectos,* como la *Marihuana.* Sobre ella se ha dicho y escrito tanto; se han hecho afirmaciones y negaciones tan contrarias entre sí acerca de los *efectos* y *consecuencias* de su *uso* y *abuso* por las personas, que necesariamente se llega a la conclusión de que el *nivel de su conocimiento científico* es aún precario e inseguro, y que ha sido y sigue siendo una droga *muy controvertida.*

Resulta verdaderamente paradójico. Siglos, milenios de ser conocida empíricamente; de ser empleada por pueblos de antiquísimas y apreciadas culturas, por sus propiedades presuntamente medicinales, como también como proporcionadora de bienestar y felicidad, y, sin embargo, tan contradictorios los informes y opiniones de los investigadores científicos modernos sobre lo que ella hace y produce en el organismo y la psiquis del usuario. ¿Tendrá, entonces, la *Marihuana* el excepcional privilegio, que no lo tuvo la *Adormidera,* de tan remoto pasado como ella, de mantener en secreto sus propiedades y poderes y de ser objeto permanente de contradicción entre los científicos?

Las *conclusiones* y *opiniones* de los investigadores sobre los efectos de la Marihuana en los seres humanos podemos decir que se mueven, fundamentalmente, en *dos direcciones opuestas,* tendiendo, la una, a mostrar las razones en virtud de las cuales debe considerarse como una *droga nociva para la salud física y mental* y de *desastrosas consecuencias en el orden social,* por lo cual su *producción, comercio y consumo debe prohibirse y sancionarse por la ley;* y la otra, a crear un ambiente favorable a la *abolición* de tales *prohibiciones* en los países en donde ellas existen, bien porque *se niega* tajantemente su *nocividad,* alegando que ella no se ha demostrado científicamente, o bien porque extremando mucho las consideraciones que se hacen sobre su nocividad, merece el tratamiento de *permisión* o *tolerancia* que se da a las llamadas *drogas convencionales: alcohol, tabaco,* etc., máxime si se tiene en cuenta que de droga de minorías y de bajos estratos sociales en los países occidentales inicialmente, su consumo se ha venido generalizando en los últimos tiempos, hasta alcanzar, inclusive, los mismos estratos superiores, lo que indica que ha pasado a ser una *droga aceptada socialmente.*

¿Por qué esa divergencia en las conclusiones y opiniones acerca de la

10. "LAS DROGAS Y LA MENTE", Compañía Editorial Continental S. A., Méjico. Pág. 16.

marihuana? Una respuesta a este interrogante, y que consideramos muy acertada, la podemos encontrar en palabras del doctor ANDREW T. WEIL, quien dice:

"Es sorprendente que los conocimientos que poseemos acerca de la cannabis sean tan reducidos cuando tenemos en cuenta la gran controversia que esta droga ha causado por tanto años. En los Estados Unidos se ha consumido Cannabis en forma de marihuana desde hace más de 50 años, pero los estudios serios de experimentación que se han hecho de ella, se pueden contar en los dedos de una mano. La literatura científica acerca de Cannabis es amplia, pero en su mayoría esta basada en rumores, anécdotas y en observaciones indirectas. Los datos farmacológicos más sencillos sobre la droga y sus efectos aún no han sido recolectados" [11].

Ciertamente, mucho es lo que se ha escrito sobre la Marihuana; inclusive, investigaciones de campo y estudios experimentales de laboratorio datan desde el siglo pasado, pero, en general, bien puede decirse que ha faltado verdadera continuidad investigativa, hasta el punto de afirmarse que estudios serios y controlados científicamente sólo han venido a realizarse desde hace unos diez o doce años. A este respecto anotamos que investigadores de los Estados Unidos se han quejado, no sabemos con qué fundamento, de las dificultades o trabas legales para llevar a cabo sus estudios y experimentos sobre la marihuana, a raíz de su prohibición en 1937, pues tanto la obtención del material como los experimentos mismos han estado sometidos a trámites dispendiosos y prolongados para poder obtener su autorización.

A los estudios realizados en la India, Egipto y Marruecos, que hablan de psicosis, desórdenes de la personalidad e impulsión al crimen, como consecuencia del uso crónico de la marihuana, se les ha tachado el haberse realizado únicamente sobre grupos de población marginales o de bajo nivel socio-económico, por lo cual sus conclusiones carecen de validez científica general.

En muchos otros escritos acerca de los efectos y consecuencias del uso de la marihuana hemos encontrado más de emotividad, de prejuicios sociales y de consideraciones moralistas, que de análisis racional, de ánimo desprevenido, de conocimiento directo y, en síntesis, de objetividad científica. Sus autores, en general, sacan conclusiones acerca de la nocividad y de los peligros de esta droga, con lo cual explican y justifican la necesidad de la prohibición y represión de su producción, tráfico y consumo.

Pero también hemos conocido un gran número de escritos o trabajos en los que se impugnan o, por lo menos, se ponen en duda las conclusiones

11. "CANNABIS", en Science Journal, London, England. Sptiembre de 1979. Reproducido en "MARIHUANA. Legalización o Represiòn", Biblioteca ANIF de Economía, 1979, pág. 95.

GRINSPOON, el "charas" "produce efectos de cinco a ocho veces más fuertes que la más potente mariguana disponible normalmente en los Estados Unidos" [5].

En los países árabes este preparado se denomina "haxix" o "hachís", por lo cual los autores, fundados en la equivalencia de preparados, utilizan más frecuentemente la denominación árabe, y no tanto la de "charas".

Es interesante traer aquí el testimonio de CHARLES BAUDELAIRE, el poeta francés que tantas y tan intensas experiencias tuvo con el "hachís", hasta el punto de artibuírsele a esta droga la causa de su psicosis y muerte:

"Se ha intentado fabricar hachís con cáñamo francés. Hasta ahora todos los intentos han fracasado, y aquellos que desean procurarse, al precio que sea, esos goces mágicos, tienen que seguir utilizando el hachís que ha atravesado el Mediterráneo, es decir, el que ha sido fabricado con cáñamo indio o egipcio" [6].

b) Para el "ganja" se emplean las *flores* y las *hojas superiores* de plantas esmeradamente cultivadas y seleccionadas. El "ganja" *es menos activo que el "charas"*, pero mucho *más que el "bhang"*, porque las partes empleadas en su elaboración son de un elevado contenido en resina.

c) Para el "bhang" se emplean las *hojas* y, en pequeña proporción, las flores, de plantas aún no maduras; pueden también emplearse el tallo y las semillas. Es *el menos activo de los tres preparados*, no sólo por el bajo contenido en resina de las partes de la planta que la componen, sino, además, por tratarse de plantas aún verdes. "La mayoría de la marihuana fumada en Estados Unidos es de este grado", dice LESTER GRINSPOON [7].

Según ISTVAN BAYER, miembro de la División de Estupefacientes de las Naciones Unidas, en la India se ha prohibido el consumo de la pura resina. En cuanto al "ganja" y el "bhang", son permitidos "con fines médicos, cuasimédicos y rituales".

De acuerdo a lo anteriormente expuesto sobre el "charas", el "ganja" y el "bhang", bien puede concluírse que cuando vaya a hablarse de los *efectos de la marihuana sobre las personas* y a *determinar si ella es o no perjudicial para su salud física o mental*, es menester determinar el *nivel de concentración* o contenido del *principio químico activo en el preparado*, como primer elemento del juicio, y como en el mundo y aun en cada país no se consume uno solo, sino una gran variedad y con diferentes grados o niveles de actividad, bien puede apreciarse lo *difícil* que resulta llegar a *conclusiones*

5. **"MARIHUANA", en revista "CRIMINALIA", órgano de la Academia Mexicana de Ciencias Penales, Nº 8, de agosto 31 de 1971, pág. 404.**
6. **"LOS PARAISOS ARTIFICIALES", Editorial Fontamara S. A., Barcelona, pág. 29.**
7. **Op. cit., pág. 404.**

válidas universalmente. Así, por ejemplo, no puede hablarse de los mismos efectos en quienes, como en los países árabes o en la India, consumen "charas" o "hachís", cuya concentración de principio químico activo es del orden del 40%, que en quienes, como en los Estados Unidos, consumen un preparado o producto que solo contiene de un 8 a 12%, o en Túnez y Marruecos, que apenas llega al 5%, según datos del eminente tratadista de Medicina Legal, doctor C. SIMONIN [8].

El principio químico activo de la marihuana actúa sobre el *sistema nervioso central,* al cual llega a través de la *corriente sanguínea,* habiendo pasado a antes por los *pulmones,* si se administró el preparado que lo contiene por *vía de inhalación,* o sea, mediante la aspiración del humo de un cigarrillo, o por el *tracto gastrointestinal,* si se administró por *vía oral,* vr. gr., ingiriendo un alimento sólido o una bebida.

Médicamente se ha comprobado que la substancia químico-activa de la marihuana, los tetrahidrocannabinoles, *permanecen por un buen tiempo en el organismo humano,* ya que *su metabolismo es lento.* Especialmente, en las *células cerebrales* llega a permanecer *hasta ocho días después de la administración.* Sobre este punto dice el doctor RAMSES HAKIM:

"Estudios con tetrahidrocannabinol marcado con carbono radioactivo, han mostrado que ese tetrahidrocannabinol permanece en la célula cerebral hasta ocho días después del individuo haber sido administrado con tetrahidrocannabinol. Eso significa una permanencia de más de ocho días en contacto directo con la célula nerviosa" [9].

Sobre el *mecanismo o modo como actúa* la substancia químico-activa de la marihuana en el *cerebro humano,* para producir los efectos psíquicos de los que tanto se ha hablado por usuarios y científicos, podemos citar al doctor ROBERT S. DE ROPP, quien, refiriéndose a todas las drogas conocidas y clasificadas actualmente como alucinógenas, sedantes, ataráxicas y analépticas, dice:

"Todos esos agentes obran al modificar la química del cerebro, pues precisamente por las propiedades de esa química se revela lo que entendemos por "mente". En efecto, la mente, la inteligencia humana no existe en el vacío; se halla en íntima relación con la química del cerebro, gracias a la cual aparece en todos sus manifestaciones. Ni el pensamiento ni las emociones pueden ocurrir sin algún cambio de orden químico".

"No podemos separar la mente de la materia, a pesar de todos los esfuerzos, ni aislar lo que entendemos por alma humana del cuerpo del hombre.

8. **"MEDICINA LEGAL JUDICIAL", Editorial Jims, Barcelona, 1966. Pág. 654.**
9. **"EL USO CRONICO DE LA MARIHUANA", ponencia publicada en "MARIHUANA. Legalización o Represiòn", Biblioteca ANIF de Economía, 1979, pág. 29.**

macho la contiene; y aduce como razón para la opinión contraria el que por ser las partes superiores del pie macho más pequeñas que las del pie hembra y con tendencia a marchitarse después de la polinización, generalmente se tiende a evitar cuidadosamente su recolección [3]. Esta misma opinión la hemos encontrado corroborada por el doctor OCTAVIO APARICIO, quien afirma:

"Las últimas investigaciones han demostrado que la actividad de la resina es idéntica tanto en la especie masculina como en la femenina" [4].

El *modo de empleo* de la marihuana *más extendido* y que se considera *de mayores efectos* en la persona es fumándola en pipa o en cigarrillos; empero, en algunas partes del mundo se ingiere a través de *alimentos sólidos* o en *bebidas,* como en la India y Africa del Norte. Como producto de confitería, se emplea mezclada con especias, frutos secos, miel y aromas. En la India se mezcla también con otras *substancias tóxicas:* opio, nuez vómica, etc.

La *multiplicidad de nombres* con que se conoce la marihuana en el mundo se debe, generalmente, a la gran *variedad de preparados* que se hacen de ella para su consumo, variedad que, inclusive, llega a darse aun *dentro de un mismo país,* en lo cual juegan, como es obvio, muchos factores, tales como los gustos, hábitos, costumbres, peculiares de cada pueblo, y hasta el mismo nivel socio-económico de productores y consumidores.

Lo anterior indica que resulte prácticamente imposible la descripción y análisis de todos los preparados de marihuana de uso en el mundo, limitándose los autores, al menos los conocidos por nosotros, a referirse a unos pocos, entre los cuales ocupan los lugares más destacados el *"charas",* el *"ganja"* y el *"bhang",* nombres con los que se conocen en la India tres tradicionales preparados de gran consumo en ese país, y que se diferencian entre sí, principalmente, en razón de las partes de la planta que se emplean en la elaboración.

Es de gran interés científico el saber lo que son el "charas", el "ganja" y el "bhang" porque pueden servir como términos de comparación para medir el *nivel de actividad* o *poder psicotropo* de los *demás preparados* de marihuana que se conocen en el mundo, lo cual no parece arbitrario afirmarlo, por lo menos como pauta general, si se tiene en cuenta que ellos mismos difieren entre sí en nivel de actividad en razón de las partes de la planta que se utilizan en su elaboración, como lo veremos en seguida:

a) Para el "charas" se emplea *principal o exclusivamente* la *resina,* extraída de las partes superiores de plantas maduras. Es el más potente de los tres preparados, pues, como ya dijimos, la resina contenida en las extremidades floridas y en las hojas superiores posee la mayor concentración del principio químico activo: aproximadamente un 40%. Según el doctor LESTER

3. Op. cit., pág. 75.

4. "DROGAS Y TOXICOMANIAS", Editora Nacional, Madrid, Pág. 298.

El problema se puede enunciar así: todos los trastornos mentales que conduzcan al individuo a un estado de no poder comprender la trascendencia de su comportamiento o a no poder determinarse, todos estos trastornos constituyen indiscriminadamente "grave anomalía psíquica"?

Recordemos que la grave anomalía psíquica, trae como consecuencia una medida de seguridad consistente en la relegación a colonia agrícola o la libertad vigilada [20]. Y entonces la pregunta es: ¿siempre que el hecho se cometa encontrándose el sindicado en un estado transitorio de perturbación, se le podrá someter a una medida de seguridad?

2. *ALGUNOS CASOS QUE ILUSTRAN EL PROBLEMA.*

Voy a referirme de manera breve a unos cuantos casos para ver de manera más clara el problema:

a. WEIGANDT, en su psiquiatría nos refiere los denominados casos de "sideración emotiva" [21]. Describe él el caso de una enfermera que está pendiente de una mujer que va a dar a luz.

En un momento dado la mujer va al sanitario y el niño se desprende y cae a la taza. Llama y la enfermera que llega presurosa suelta el agua, con la consecuencia de muerte para el niño.

Otro caso es el del médico que asiste a una mujer que da a luz. Al hacer ésta fuerza, en vez del niño, aparece un manojo de intestinos. El médico siderado, aturdido, corta el paquete y la mujer muere.

En estos casos, dice ENRIQUE C. HENRIQUEZ, el mecanismo mental es "fulminado, por una emoción excesivamente contundente. La volición, el enfoque consciente, trastornado, erraron el encausamiento del impulso sicomotor" [22].

b. Y mencionemos más eventos. La embriaguez patológica [23]. A ésta

20. Aunque por mucho tiempo se sostuvo que la libertad vigilada sólo operaba en materia de contravenciones, la Honorable Corte Suprema de Justicia, en Providencia citada ya de 1º de agosto de 1972, ponencia del DR. LUIS CARLOS PEREZ, dijo que también opera para delitos. De manera que un grave anómalo psíquico que haya cometido un delito, puede ser sometido a libertad vigilada.

21. Así los denomina ENRIQUE C. HENRIQUEZ, al comentar los casos que se relatan en el texto. Trastornos Mentales Transitorios y Responsabilidad Criminal, Biblioteca de autores cubanos y extranjeros, La Habana, 1949, Pág. 47. Los casos relatados, los trae W. Weigandt en su Psiquiatría Forense, Editora Nacional, México 1959, Pág. 32.

22. ENRIQUE C. HENRIQUEZ, op. cit. Pág. 47.

23. Mientras que en la embriaguez *normal* o *cuantitativa,* se dan tres fases, a saber, la fase de *excitación,* sensación de euforia, agilidad mental, locuacidad, etc.; la fase de *trastornos* de lenguaje y del pensamiento así como *dificultades* en la percepción y comprensión y trastornos motores, para llegar a la fase última, la tercera, caracterizada por la inhibición y oscurecimiento de las funciones psíquicas hasta

se le denomina embriaguez cualitativa porque ella misma no depende de la cantidad de alcohol que se ingiera como sí acontece con la denominada embriaguez aguda, sino de otras causas. Entre éstas se habla de causas predisponentes y se menciona a los neurópatas, histéricos, esquizofrénicos, epilépticos y psicópatas" [24]. Pero también se dice que esa predisposición puede ser adquirida y se mencionan los traumatismos craneales, graves enfermedades cerebrales, sífilis, infecciones generales, abusos del tabaco, estados de *agotamiento corporal o psíquico, los grandes fríos o calores en personas no habituadas.* Así lo sostiene ANTONIO VALLEJO NAGERA [25].

TH. SPOERRI, al hablar de las causas que predisponen menciona como predispuestas "las personalidades que se hallan sometidas a una fuerte tensión afectiva" [26]; y KURT KOLLE, dice que la embriaguez patológica se puede ver favorecida "por una enfermedad anterior, agotamiento, fatiga, hambre, vivencias desagradables, ingestión rápida de bebidas embriagantes" [27].

c. En tercer lugar podemos mencionar el fenómeno de la "embriaguez del sueño". En este fenómeno, dice R. von KRAFFT EBING, "el retorno inmediato de la conciencia y la presencia del espíritu que acompañan al despertar se retardan; tanto que las representaciones, los errores de 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" [28].

d. En cuarto lugar podemos mencionar los choques afectivos. En estos, el impacto que produce la aprehensión súbita de un suceso, paraliza el juicio y desata impulsos incontrolados por la voluntad. A veces la conciencia puede verse perturbada pero a veces ella puede permanecer o verse sólo reducida pero

---

llegar al *estado comatoso* (ANTONIO VALLEJO NEGERA, Tratado de Psiquiatría, Salvat, Tercera Edición, Madrid, 1954, Pág. 839), mientras que en la embriaguez aguda se dan estas tres etapas, la *embriaguez patológica* se caracteriza por la agitacin brusca, la inexistencia de motivo para el hecho o la futileza o nimiedad del mismo, el enturbiamiento de la conciencia, la ferocidad extravertida, la ansiedad, a vecs alucinaciones, la ausencia de trastornos motores, en fin, generalmente termina en sueño profundo después del cual el sujeto poco o nada recuerda del hecho. (Autor Citado, Págs. 840 y 841).

24. VALLEJO NAGERA, op. cit. Pág. 840.

25. Op. cit. Pág. 840.

26. Compendio de Psiquiatría, Ed. Toray, Barcelona, 1965, Pág. 67.

27. Psiquiatría, Editorial Alhambra, S. A. Madrid, 1964, Pág 303.

28. Medicina Legal, Ed. La España Moderna, sin fecha, Madrid, Págs. 155 y 156. Sobre el mismo fenómeno también puede verse a NERIO ROJAS, Op. Cit. Pág. 330, quien dice que "la ebriedad del sueño es la persistencia de la actividad onírica al despertarse, durando ello pocos minutos, en los cuales el sujeto está como semidormido y semidespierto a la vez". También puede verse a FERNANDO VELASQUEZ VELASQUEZ, PATRICIA GUARIN DUARTE y otros, en el análisis de un caso concreto del fenómeno: "Un homicidio en estado de embriaguez del sueño", en Revista Nuevo Foro Penal, Nro. 4, julio, Agosto y Septiembre de 1979, Págs. 89 a 115.

sin que el sujeto pueda dominar la fuerza que lo compele a obrar, lo cual lo lleva a que obre de una manera desadaptada. Al respecto dice TH. KAMMERER:

> "Se denomina choque afectivo la intervención brusca de un factor inesperado en una actitud afectiva dada, llevando al sujeto a la incapacidad de responder mediante una reacción adaptada. Se trata de un traumatismo psíquico que gravita sobre las instancias afectivas elevadas. El choque afectivo será, por ejemplo una muerte, una ruptura (amor, amistad), un fracaso (amoroso, profesional), o un éxito, una pérdida material, un aislamiento repentino (detención, exilio), una sorpresa, una intuición brusca, etc." [29].

e. Finalmente, tenemos los delirios febriles [30] y las emociones violentas en grado sumo [31].

3. EL FACTOR COMUN DE LOS CASOS ANTERIORES.

Reparemos algo en común a todos estos casos: el sujeto pierde de manera transitoria su capacidad de comprender la trascendencia valorativa de su acto o la capacidad de autodeterminar su conducta. Pero tienen algo más en común: pasado el hecho, el sujeto generalmente vuelve a la normalidad sin que el trastorno deje rastros.

Entonces nos preguntamos de nuevo: ¿qué pasa con todos estos casos frente a la actual legislación colombiana? ¿Cómo los ha tratado la Doctrina y la jurisprudencia? ¿Los ubica dentro del artículo 29 y dice que el sujeto debe someterse a una medida de seguridad? Me parece que no. Y me da la impresión de que la Doctrina saca la mayoría de los casos mencionados, en los que pasado el trastorno el sujeto regresa a la normalidad, los saca del artículo 29 y no los considera "enajenación" por no tener el carácter de persistencia y tampoco como "grave anomalía psíquica" para no tener que someter al sujeto a una medida de seguridad que no necesita por no ser necesario su tratamiento.

Y la solución que se encontró fue ubicarlos dentro del artículo 23 Número 1º como "sugestión patológica".

---

29. Manuel Alphabétique de Psychiatrie, Presses Universitaires de France, París, 1969, Pág. 119, obra dirigida por ANTOINE POROT.

30. Véase sobre el particular a B. J. LOGRE, Psiquiatría Clínica, Ediciones Troquel, Buenos Aires, 1965, Pág. 19 a 25.

31. En la actualidad preparo un trabajo sobre el particular, el cual espero publicar próximamente.

IV. LA SUGESTION PATOLOGICA

1. REFERENCIA HISTORICA

Muy escasos datos nos brinda la historia del artículo 23 que pudieran ayudarnos en la interpretación del numeral 1º en lo que se relaciona con la expresión "sugestión hipnótica o patológica". En efecto, el proyecto de Código Penal elaborado por la Comisión de 1924 [32] en el Capítulo II, de la responsabilidad, decía:

> "Artículo ... No hay lugar a imputabilidad penal cuando el hecho se comete.
>
> 1—. Por insuperable coacción ajena; o en estado de sugestión patológica, siempre que el sugestionado no haya consentido anteriormente en cometer el hecho [33].

Lo primero que notamos es el hecho de que mientras el artículo del proyecto transcrito se encabeza con la exprsión "no hay lugar a *imputabilidad*", el artículo 23 Nº del C.P. de 1936 encabeza diciendo "No hay lugar a *responsabilidad*". En segundo lugar, y es lo que nos interesa ahora, es que mientras que en el Código del 36, se habla de "sugestión hipnótica o patológica", el aludido Proyecto sólo aludió a la "sugestión patológica". Veamos que dicen las Actas. Acta Nº 18:

> "El doctor Escallón dio lectura a los correspondientes artículos del Código Penal italiano en vigencia y al propuesto por la real Comisión italiana en su proyecto de reforma. También le dio lectura a los respectivos artículos del Código argentino de 1921 y se estudió la exposición de motivos de éste y la del proyecto italiano".
>
> Y sobre el término "sugestión patológica" se lee lo siguiente: "Las legislaciones antiguas no contemplan el caso de quien ejecute un hecho punible a tiempo que se halle en estado de sugestión patológica; y aún el Código Penal italiano vigente (por ende la Ley 109 de 1922) carece de disposición sobre el particular. Pero dado los estudios que en lo moderno se han hecho sobre *hipnotismo* y *sugestión*, parece imprescindible contemplar en el Código Penal el estado de quien ejecute un acto violatorio de la ley cuando se halla bajo la influencia de una *sugestión patológica*. Puede suceder, sin embargo, que la sugestión patológica se haya efectuado por convenio previo entre el que la hace y el que la recibe, caso en el cual, si bien es cierto que el *sugestionado (hipnotizado, por ejemplo)*, en el momento de obrar, lo hace *automáticamente y por un impulso que ya no le es dado dominar*, no es menos cierto que por su voluntad se dejó colocar en esta situación y puede equipararse al que voluntariamente se embriaga, con el propósito ya determinado de delinquir; por eso, al establecer la Comisión que es causa de no imputabilidad penal el hallarse el agente en estado de sugestión patológica, advierte que ello es así, "siempre que el sugestionado no haya consentido anteriormente en cometer el hecho". (Las bastardillas no pertenecen al texto) [34].

De la lectura de las Actas podemos darnos cuenta que a veces parece que el término "sugestión patológica" abarcara ambas situaciones ("Las legislaciones antiguas no contemplan el caso de quien ejecute un hecho punible a tiempo que se halle en estado de *sugestión patológica*"); otras veces parece utilizar los dos términos como equivalentes ("pero dados los estudios que en lo moderno se han hecho *sobre hipnotismo y sugestión*..."); otras veces parece tomarse la sugestión como género del cual sería el hipnotismo una especie ("Puede suceder, sin embargo, que la sugestión se haya efectuado por convenio propio entre el que la hace y el que la recibe, caso en el cual, si bien es cierto que el *sugestionado (hipnotizado,* por ejemplo), en el momento de obrar lo hace automáticamente...").

A pesar de las ambigüedades anotadas, a mi manera de ver, los comisionados querían en todo caso, regular aquellas situaciones en las que el individuo obra sin voluntad: "automáticamente y por un impulso que ya no le es posible dominar" [35].

De otra parte, los Comisionados parecen suponer que en el fenómeno sugestivo siempre intervienen dos personas, lo cual es de relievarlo, dada la

---

32. La Ley 81 de Noviembre 7 de 1923 dispuso que la Ley 109 de 1922, Código Penal (dictada teniendo como base el Proyecto de Código Penal de JOSE VICENTE CONCHA de 1912) no comenzara a regir en la fecha prevista sino el 1º de Enero de 1925. A la vez dispuso la creación de una Comisión que se encargaría de estudar el Código y las modificacones que a él se proponían. Esta Comisión debía presentar un Proyecto de Reforma definitiva en los primeros días de las sesiones ordinarias de 1924. Fué integrada por los doctores RAFAEL ESCALLON, JOSE A. MONTALVO, PARMENIO CARDENAS, LUIS RUEDA CONCHA y VALERIO ISAZA. A esta Comisión nos referimos en el texto. Véase La Reforma Penal en Colombia, Antecedentes, Imprenta Nacional, Tomo I, Bogotá, 1924; Tomo II, Primera y Segunda Parte, Bogotá, 1925; Tomo III, Proyecto de Código Penal, Bogotá, 1925.

33. El artículo tenía dos numerales más, sustancialmente iguales a los numerales 2 y 3 del Código Penal de 1936. Proyecto de Código Penal, en La Reforma Penal, cit. Tomo III, Pág. 8.

34. Actas de las sesiones de la Comisión Revisora del Código Penal, La Reforma Penal en Colombia, Cit. Tomo II (Segunda Parte), Cit. Pág. 202 y 203.

35. Me parece que allí se encuentra la esencia de la situación que se quisiera regular. Tomo las palabras entre comillas del pensamiento de la Comisión. Desde luego, repárese, la Comisión emplea la frase de las comillas para decir que cuando el fenómeno se da pero la sugestión ha sido acordada, el fenómeno sugestivo no se debe reconocer (Op. Cit. Pág. 203). Es pues, una opinión expresada contrario sensu.

importancia que esta concreta cuestión tiene en la interpretación que en el futuro se haría del artículo 23 del Código Penal.

Los miembros de la Comisión Redactora del Código Penal que ha de regir hasta 1981 [36], según el Acta 56, discutieron el artículo propuesto por la Comisión de 1924, numerándolo como artículo 16. En esta Acta se da cuenta de la modificación consistente en que en vez de encabezarse el artículo diciendo que "No hay lugar a *imputabilidad*", se encabeza diciendo "No hay lugar a *responsabilidad*" [37]; también se modifica el Numeral 3 propuesto por la Comisión de 1924, de manera no sustancial. Luego se lee: "De común acuerdo fue propuesto y redactado el siguiente artículo sustitutivo del 16:

> "Artículo. No hay lugar a responsabilidad penal cuando el hecho se comete:
>
> 1—. Por insuperable coacción ajena; o en estado de *sugestión hipnótica o patológica,* siempre que el sugestionado no haya consentido anteriormente en cometer el hecho.
>
> 2—. Con plena buena fe...
>
> 3—. Por ignorancia de que el hecho esté prohibido...".

El anterior artículo es el actual 23. En el Acta 56, en parte alguna se dejó constancia acerca del por qué de la introducción de la palabra "patológica" en el nuevo artículo. Los comisionados se limitaron sólo a dar una explicación de dos renglones acerca del término y apuntaron: "Observan los miembros de la comisión ... que la sugestión de que allí se habla es aquella que quita por completo al agente la conciencia de su acto" [38].

Entonces se comprenden las dificultades doctrinarias y jurisprudenciales en la interpretación de lo que sea la "sugestión patológica".

2. *LA INTERPRETACION DEL TERMINO EN LA DOCTRINA.*

En primer lugar es necesario hacer notar que el artículo 26 dice que en los casos del Numeral 1 de los artículos 23 y 25, "será responsable el que determinó a otro a obrar". De otra parte, el mismo Numeral 1º del artículo 23 dice que el sugestionado no es responsable siempre que no haya consentido previamente en cometer el hecho.

---

36. Esta Comisión fué creada por la Ley 20 de 1933 e integrada por los Doctores PARMENIO CARDENAS, RAFAEL ESCALLON, CARLOS LOZANO Y LOZANO, y CARLOS REY. JORGE GUTIERREZ GOMEZ, actuó como Secretario.

37. "Teniendo en cuenta que esta última es la que interesa en el campo penal, se resolvió cambiar el término *imputabilidad* por *responsabilidad*". Tal fué el fundamento que se dió. Acta 56. Trabajos Preparatorios del Nuevo Código Penal, Imprenta Nacional, Bogotá 1938, Tomo I, Pág. 131.

38. Véase Trabajos Preparatorios, Cit. Tomo I, Pág. 132.

De aquí deduce un sector de la Doctrina que en el caso que regula el Numeral 1º del artículo 23, es indispensable siempre la presencia de dos sujetos, el sugestionado (que no es responsable según este artículo) y el sugestionador quien responde del delito, según el artículo 26 [39].

Otro sector de la Doctrina opina que el fenómeno sugestivo no siempre implica la existencia de dos sujetos, es decir, que el aludido numeral abarca tanto la heterosugestión como la autosugestión [40]. Particularmente he sido partidario de esta interpretación y así lo he venido enseñando en la cátedra de Teoría General del Delito desde hace algunos años. En este orden de ideas he sostenido que el artículo 26 hay que interpretarlo de forma que diga: "...será responsable el que determinó a otro a obrar, *cuando* hubiere existido otro que hubiere determinado al sujeto a obrar".

La anterior interpretación se impone desde el momento en que de no interpretarse así el artículo 26, habría de llegarse a la conclusión de que el artículo 23 nunca podría cobijar aquellos casos de perturbaciones transitorias

---

39. En este sentido puede verse a JORGE GUTIERREZ GOMEZ, Comentarios al Código Penal Colombiano, Bogotá, 1940, Pág. 120. Este autor, en verdad no lo afirma expresamente, pero habla de la sugestión patológica como una forma de coacción psíquica, la cual, como la física, exige la intervención de otro sujeto: "La coacción puede ser *física* o *moral*, dice. La primera implica una violencia material o muscular ejercida sobre el coaccionado. La segunda, una amenaza de un mal grave, o una sugestión patológica; es decir, no solamente se prevé aquí la coacción en un sentido moral, sino también en uno patológico". En idéntico sentido, AGUSTIN GOMEZ PRADA, Op. Cit. Págs. 227 y 228, quien dice que "La sugestión *hipnótica* o *patológica* es otra forma de coacción, porque la hipnosis o la sugestión patológica quitan el control de la voluntad sobre los actos propios". El mismo autor sostiene que en los casos de autosugestión, habría que clasificar al sujeto "entre los anormales para aplicarles medidas de seguridad".

El Profesor LUIS EDUARDO MESA VELASQUEZ, dice que en el hecho deben intervenir dos personas, la sugestionada y el sugestionador, aquella que determina a obrar "y otra que recibe la influencia y procede como un autómata, sin actividad psíquica criminosa, esto es, sin dolo alguno de su parte. Se hace la anterior aclaración porque en ciertos individuos tarados o enfermos se puede presentar una sugestión por causas internas, o sea una verdadera autosugestión morbosa. En este caso cuando no ha habido ninguna intervención ajena en la sugestión, si se comete una infracción a la Ley Penal, el agente debe ser tenido como enfermo mental o anómalo psíquico, penalmente responsable como tal y sujeto a las medidas de seguridad a que se refiere el artículo 29". Lecciones de Derecho Penal, Parte General, Ed. Universidad de Antioquia, Medellín, 1962, Pág. 241.

Sin embargo, como se verá luego, la Doctrina sobre el fenómeno del Trastorno Mental Transitorio admite que pueda haber casos de ellos sin que exista una base patológica. Pese a que la Jurisprudencia española en un principio siempre la exigió, más adelante no exigió tal base entre los requisitos del fenómeno. Véase a LUIS JIMENEZ de ASUA y antes de nota 52 (bis).

En estas condiciones, y frente a la legislación colombiana, de no quedar comprendidos estos casos de autosugestión en el artículo 23, se repite, quedaría vigente el problema de tener que someter a estos sujetos a medida de seguridad.

40. BERNARDO GAITAN MAHECHA, LUIS CARLOS PEREZ, JORGE ENRIQUE GUTIERREZ ANZOLA, autores cuya posición veremos más detenidamente, Pág. 73 a Pág. 77, infra; LUIS CARLOS PEREZ, Tratado, cit. Tomo II, Pág. 99. SERVIO TULIO RUIZ, op. cit. 164, quien siguiendo a los dos primeros autores en esta nota

ya aludidas atrás, como los casos de sideración emotiva, embriaguez del sueño, embriaguez cualitativa sin base patológica, etc., trastornos en los que una vez pasado el hecho, el sujeto vuelve a la normalidad y en los que no vemos un sugestionador. Habría que ubicar estos casos aludidos en el artículo 29 como graves anomalías psíquicas, lo cual conduciría a aplicar a sus autores una medida de seguridad que en realidad no necesitan y la medida de seguridad aplicada sin necesidad alguna tomaría un sentido expiatorio que contradiría la filosofía de tal clase de sanción.

Acorde con lo anterior se entiende por sugestión, "el proceso psicológico que obliga a que nuestra conciencia acepte ideas sin criticarlas, originando la aceptación de la representación mental sugerida cierta reacción psíquica y orgánica" [41], lo cual no implica necesariamente la intervención de un tercero. Este concepto, se aplicaría pues tanto a la heterosugestión como a la autosugestión.

3. *LA SUGESTION PATOLOGICA COMO FORMA DE TRASTORNO MENTAL TRANSITORIO EN NUESTRA DOCTRINA.*

Se debe a BERNARDO GAITAN MAHECHA, lo mismo que a LUIS CARLOS PEREZ y a JORGE ENRIQUE GUTIERREZ ANZOLA la introducción de la figura del trastorno mental transitorio en nuestra Doctrina a propósito de la interpretación del artículo 23 Numeral 1º del Código Penal [41] bis.

Es importante examinar el análisis que sobre el particular hace GAITAN MAHECHA en su Curso de Derecho Penal [42]. Comienza por decir que "la denominación (se refiere al término "sugestión patológica") es evidentemente ambigua, y de ahí que prefiramos una más amplia y mas comprensiva del fenómeno que se establece como excluyente de la responsabilidad". Habla el autor de *heterosugestión* y de *autosugestión*, según que dependa de elaboraciones meramente subjetivas o intrapersonales, dependientes de datos externos interpretados siempre en el mismo sentido ideático, lo que acontece en la última forma. En la heterosugestión, por el contrario, la imposición de la idea nace por elaboraciones de otros, son impuestas" [43].

---

mencionados, sostiene que el término abarca el trastorno mental transitorio, embriaguez del sueño, sonambulismo y algunos estados febricitantes. ROMERO SOTO, op. cit. 33, sostiene que la "sugestión patológica" a que se refiere el artículo 23, es aquella que se produce en el curso de una enfermedad", lo cual no implica, pues, la existencia de una tercera persona; FEDERICO ESTRADA VELEZ, op. cit. Pág. 238, admite que allí estén comprendidos sólo las verdaderas situaciones patológicas surgidas del propio sujeto, lo que quiere decir que no siempre exige otro sujeto. Op. cit., pág. 340.

41. VALLEJO NAGERA, Tratado de Psiquiatría, citado, Pág. 1051: "Suelen denominarse *sugerencias* —dice— las ideas que se nos ofrecen para que las rechacemos o aceptemos; y *sugestiones*, las vivencias afectivas o ideativas del mundo externo contra las que no oponemos resistencias intelectivas críticas".

41 (bis) ANGEL MARTIN VASQUEZ ABAD, op. cit. Pág. 151 y 152 aludió al fenómeno de trastorno mental transitorio pero para sostener de manera expresa que de ninguna manera queda contemplado en el Art. 23 sino siempre en el Art. 29.

42. Op. cit. Pág. 176 á 181.

43. Op. cit. Pág. 176.

Según el autor en comento, la sugestión patológica de que habla el Numeral 1º del artículo 23, comprende tanto la heterosugestión como la autosugestión: "Pero reducir el campo del problema sólo a una especie —dice— es minimizar tan importante asunto del Derecho Penal; de allí que no seguimos solamente el rubro de la sugestión patológica, sino que consideramos la sugestión en sentido amplio, ya dependa o no de un fenómeno patológico, que es, entre otras cosas, el más restringido" [44].

Sin embargo, precisa, no es el fenómeno sugestivo ni son los fenómenos patológicos (estados delirantes, celotipias, etc.), por sí solos los que explican la exclusión de la culpabilidad, sino porque los fenómenos sugestivos aparecen implantados sobre estados patológicos "que implican perturbaciones intelectivas y volitivas que afectan integralmente la capacidad de entender y de querer; porque son, en síntesis, trastornos mentales transitorios" [45].

Después de citar un gran párrafo de CUELLO CALLON, sobre el trastorno mental transitorio concluye diciendo que la sugestión en realidad es una forma de aquel. Por esto se explica que en la obra citada cuando titula las causales de exclusión de la culpabilidad, al llegar a la sugestión patológica, hubiera, entre paréntesis, utilizado el término "trastorno mental transitorio".

Vale la pena transcribir un aparte de su obra, en la que resume su pensamiento y además enumera los requisitos del trastorno mental transitorio:

> "1º. La sugestión patológica de que habla el artículo 23 del C.P. Colombiano es una forma de trastorno mental transitorio y comprende diversos fenómenos entre los cuales pueden mencionarse los tradicionalmente aceptados por los expositores colombianos (la embriaguez del sueño, el sonambulismo natural, algunos estados delirantes); la excluyente no se determina por ser un fenómeno sugestivo, sino por ser trastorno mental transitorio. 2º. Para que el trastorno mental transitorio excluya la culpabilidad debe producir una total o completa anulación de la inteligencia o de la voluntad. 3º. El trastorno mental transitorio no debe dejar rastro alguno, ya que si aparece implantado sobre una enfermedad mental profunda y duradera, debe aplicarse el artículo 29 del C.P. 4º. Es indiferente que el trastorno sea producido por un estado patológico —episódico desde luego— o que sea determinado por causas meramente psíquicas como la sugestión. 5º. No debe ser buscado de propósito por el

---

44. Op. cit. Pág. 177. Aquí mismo al hablar de la forma autosugestiva, dice que ésta muchas veces depende de factores patológicos, como en las celotipias, denominándose entonces "patológicas". Más adelante pone a los "estados delirantes" como ejemplo de estado patológico sobre el cual puede implantarse el estado sugestivo.

45. Op. cit. Pág. 177.

agente, porque en tal caso constituiría una actio libera in causa" [46].

Como puede verse, menciona los casos de embriaguez del sueño, sonambulismo natural, y algunos estados delirantes, fenómenos que indican una perturbación transitoria de la conciencia y/o de la voluntad y en los que pasado el hecho, el sujeto regresa a la normalidad [47].

JORGE ENRIQUE GUTIERREZ ANZOLA y LUIS CARLOS PEREZ como el autor mencionado también deben ser mencionados entre los autores que primero enrutaron la solución del problema que comporta la ubicación de las perturbaciones transitorias en el Código Penal de 1936. Ambos son partidarios de la ubicación de tales fenómenos bien en el artículo 23 como sugestión patológica o bien en el artículo 29 según el caso.

El primero de estos dos autores mencionados refiriéndose a un caso particular de emoción violenta en sumo grado, dice:

> "Esta cuestión es útil tenerla en cuenta, porque *ocurre que se asimila a estado de inimputabilidad bajo el artículo 29 al individuo normal, de conducta social irreprochable, que por causa de una circunstancia de orden accidental, sufre un shock nervioso y ocasiona un daño, como reacción, y luego regresa a su estado de normalidad absoluta.* Y es una cuestión aún no resuelta, sobre la conducta que ha de adoptarse, con las anormalidades psíquicas de carácter meramente transitorio, dado que pasado el peligro, no tiene validez jurídica la medida de seguridad; en mi sentir, cuando tal ocurre, no hay base para aplicar la medida y debe dejarse al sujeto en libertad si el examen científico demuestra el regreso absoluto a la normalidad, porque un proceder distinto *implicaría una verdadera sanción con carácter de pena,* estando exento de ella el sujeto. Este es el pensamiento imperante en la doctrina, y ya tuve oportunidad de mencionar a Soler más arriba.
>
> A mi modo de ver, estos estados excepcionales que inicialmente pertenecen al campo de la ira e intenso dolor, pero que por la

46. Op. cit. Pág. 178. Como prueba de que el fenómeno sugestivo por sí solo no es el que conduce a la exclusión de la culpabilidad aduce el artículo 38, ordinal 6 que alude "haber obrado (el sujeto) por sugestión de una muchedumbre en tumulto". Aunque presenta el criterio —dice— de no considerar por sí misma como fenómeno excluyente de la culpabilidad" (Pág. 178).

47. No era de extrañarse que al autor se nombrara como Ponente para el tema de la imputabilidad, en la Comisión que elaboró el "Anteproyecto de 1974". Ver Anteproyecto de Código Penal 1974, Publicación del Ministerio de Justicia, Bogotá 1974. Acta Nº 41.

En el artículo 38 se contempló el trastorno mental transitorio como causal de inimputabilidad.

naturaleza de los acontecimientos, rebasan el límite de la atenuante disminuyendo hasta la totalidad la capacidad de entender y de querer, no pueden asimilarse a la inimputabilidad conforme al artículo 29, sino a la exculpación, de conformidad con el artículo 23 del Código Penal, numeral 1º, que trata de las sugestiones de orden patológico.

Cualquiera puede verse en un instante privado de facultades volitivas, siendo incapaz de entender y de querer, por obra de una verdadera sugestión que para el caso el brote iracundo por obra del intenso dolor, es de origen patológico y morboso; entonces el acto no debe ser tratado como fenómeno de inimputabilidad sino *como de impunidad,* y así, sí puede jurídicamente explicarse porqué el individuo que en tal situación se encuentra debe gozar de libertad, y no quedar en una condición injurídica, cual es la de inimputable, pero sin ser sujeto de medida de seguridad por haber pasado el momento de disminución de las facultades. El tratamiento jurídico acertado para estos casos, debidamente probados, es el de la exculpación o no responsabilidad consagrada en el artículo 23, numeral 1º, por estado de sugestión patológica. La ira y el intenso dolor en estos casos, son estados morbosos, patológicos, que pueden llevar a la pérdida total de las facultades, transitoriamente, y así deben ser tratados *cuando excepcionalmente se presenten.* Y como nuestra Ley no asimiló tales casos al régimen de la inimputabilidad como ocurre en el Código Alemán, el estudio dogmático de las normas no permite colocarlos en ese campo, sino en el de la exculpación. El Código Alemán coloca también en la inimputabilidad el estado hipnótico, cuando entre nosotros se encuentra en las causas de exculpación y no puede negarse entonces que el encuadramiento de los estados de sugestión, cualquiera que sea su origen, cae en nuestro Estatuto bajo el régimen del artículo 23. La medida jurisdiccional apropiada entonces es el sobreseimiento definitivo, al tenor del artículo 43,7 del Código de Procedimiento Penal.

(La anomalía psíquica transitoria tiene orígenes diversos, y es en su origen donde debe buscarse el encuadramiento del hecho para juzgarlo; el estado inicial de ira e intenso dolor, cuando adquiere intensidad tal que rebasa el límite de la atenuante, *volviendo el sujeto a la normalidad, debe tratarse como un verdadero caso patológico, ya que no sería jurídicamente posible aplicar medida de seguridad que supone perturbación permanente.* Queda así como única solución posible la exculpación bajo el régimen del artículo 23) [48].

48. Un caso de homicidio en Trastorno Mental Transitorio, Revista Nuevo Foro Penal, Nro. 3, abril, mayo y junio de 1979. Editorial Acosta, Medellín, Pág. 100 a 122.

En LUIS CARLOS PEREZ encontramos por primera vez en la Doctrina colombiana el tratamiento del fenómeno del trastorno mental transitorio de manera detenida y el desenvolvimiento de la idea expresada por GAITAN MAHECHA de que tal fenómeno es el género que abarca los casos que se tenían como "sugestión patológica", a saber, el sonambulismo natural, la embriaguez del sueño y ciertos estados delirantes.

En la Práctica Jurídico Penal [49], cita a GAITAN MAHECHA cuando dice este autor que si en los casos de sugestión patológica se excluye la culpabilidad en realidad es porque el fenómeno implica la pérdida de la capacidad de entender y de querer, o sea un fenómeno más amplio cual es el del trastorno mental transitorio.

Es en esta misma obra donde primero encontramos, en Colombia, desarrollado el tema del trastorno mental transitorio en sus notas características. Lo define con la Jurisprudencia española así:

> "Es trastorno mental transitorio 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, producido 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 hacen irresponsable de los actos en aquel momento ejecutados por el mismo. Es necesario, por tanto, examinar cuidadosamente los hechos sobre los que se haga descansar la eximente alegada pues precisa que los anteriores al de la ejecución del acto, el determinante de éste y los que siguieron al trastorno, justifiquen los elementos integrantes de tal situación de trastorno, sin que haya dato alguno que se oponga ni pueda enervar siquiera la integridad de dicha eximente" [50].

---

49. Ediciones Universidad Libre, Bogotá 1964. Homicidio por Trastorno Mental Transitorio, Pág. 469 a 499. En este estudio se trataba de un padre de familia que ve arrollar a su pequeño hijo por un vehículo. A causa del choque afectivo, el progenitor, quien se encontraba sobre un caballo, sin apearse, se avalanza raudo, llega al sitio donde por el frenaso ha parado el carro y descarga varios disparos sobre el chofer.

El profesor LUIS CARLOS PEREZ, solicita para el Sindicado un sobreseimiento definitivo, con base en el artículo 23, numeral 1º del Código Penal. "Si la sugestión de que trata el artículo 23 en su numeral 1, tiene mérito sólo en cuanto acarrea pérdida transitoria de las capacidades racionales del hombre, quiere ello decir que se confunde con lo que la ley y la doctrina española bautizaron como "situación de trastorno mental transitorio". Op. cit. 495 y 496.

50. Esta Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Ed. España, puede verse en El Criminalista, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1942, Pág. 266, obra de LUIS JIMENEZ de ASUA.

En seguida, señala como sus notas características las siguientes:

1º Una causa externa o interna de carácter inmediato al hecho.

2º La intensidad de la causa que coloca al sujeto en un estado de inconsciencia.

3º La fugacidad del estado anímico, que desaparece sin dejar huella del trastorno, y

4º La imposición de la causa, es decir, que el agente la sufra sin haberla buscado [51].

Posteriormente, en su Tratado de Derecho Penal al explicar el contenido del término "sugestión patológica" incluye dentro del mismo el sonambulismo natural, la embriaguez del sueño y ciertos estados delirantes. Y luego afirma: "si el sonambulismo natural, la embriaguez del sueño o el estado crepuscular hípnico y el delirio, esto es, las tres formas en que se había venido manifestando la *sugestión patológica,* constituyen situaciones pasajeras de inconsciencia, y si al cabo el agente vuelve a su normalidad sin que haya quedado rastro de la anormalidad síquica momentánea, es mucho más claro tratar dichos disturbios y otros que ocurren con la misma resonancia sicológica, bajo la denominación de trastorno mental transitorio. Si nos quedáramos en el concepto de sugestión patológica, no podríamos referir la causal de inimputabilidad a los estados en que se pierde la conciencia, pero no por influjos mórbidos, sino por hechos externos que desquician el entendimiento de los procesos e impiden controlar los resultados. El agente va al delito sin quererlo, sin que haya tenido a su alcance la capacidad previsora, porque el dramatismo de los hechos lo impulsa en un turbión insospechado [52].

Los autores citados fueron los que perfilaron la idea mencionada de ubicar las perturbaciones mentales transitorias entre las denominaciones causas de inimputabilidad o entre las de inculpabilidad, según los casos.

La evolución Doctrinaria sobre este particular aspecto, culmina con ALFONSO REYES ECHANDIA, quien al criticar a ROMERO SOTO [53], en su interpretación del artículo 23 numeral 1, se declara partidario de una interpretación amplia. Como el autor refutado por él sostiene que la sugestión a la

---

51. La Práctica Jurídico Penal, cit. Pág. 497. Ya en su Manual de Derecho Penal, Editorial Temis, Bogotá, 1962. Pág. 125, siguiendo la mismo jurisprudencia española citada en el texto había enumerado las notas características del fenómeno. Empero, en esta obra aún no trata de él como fenómeno general comprensivo de los eventos que se ubicaban dentro del término "sugestión patológica" del artículo 23 número 1º.

52. Tratado de Derecho Penal, cit. Tomo II, Pág. 104.

52 (bis) Como se sabe, al principio la Jurisprudencia española no reconoció el fenómeno si no existía base patológica. Empero, hoy por hoy lo reconocen de manera amplia tanto esa misma jurisprudencia como la doctrina. Véase LUIS JIMENEZ DE ASUA, El Criminalista, cit. Pág. 267 y 270; J. CORDOBA RODA y G. RODRIGUEZ MOURULLO, Comentarios al Código Penal, Barcelona, Reimpresión de 1976, Tomo I, Pág. 218 y siguientes.

53. ROMERO SOTO, como se vió en la nota 40 no exige, para que se dé el artículo 23 la existencia de 2 sujetos. Empero, se opone a interpretar en forma amplia el término "sugestión patológica" y cree que la expresión está solamente referida a la sugestión que se produce "en el curso de una enfermedad" (Op. cit. Pág. 33), pues no cree que se pueda decir que "todo trastorno, es decir, toda situación o

que se refiere el Código "no es cualquier clase de sugestión, sino aquella que se produce en el curso de una enfermedad", al criticar esta posición, dice que si se hiciera esta interpretación" quedarían por fuera muchas situaciones de alteración de la conciencia que generan inculpabilidad" [54].

El profesor REYES cree que la expresión debe cobijar "todas aquellas sipótesis en que aparecen modificaciones anormales del biosiquismo que lesionan transitoriamente las esferas intelectiva y volitiva de la personalidad" [55].

V. *EL TRASTORNO MENTAL COMO CAUSAL DE INIMPUTABILIDAD EN EL NUEVO CODIGO PENAL.*

1. Formas de Trastorno Mental.

Corresponde entonces enunciar las diversas formas del trastorno mental, aunque sea de manera muy breve, para tratar de demostrar nuestra afirmación

estado que se aparte de la normalidad, es patológico" (Op. cit. 32). Al contrario, si se dice con Stanley L. Robins que patología es el estudio de las alteraciones producidas por las enfermedades, "patológico es, por fuerza lo ocasionado por una enfermedad" (32). Por tal motivo el estado de vigilia que precede o sigue al sueño normal, la embriaguez, el sonambulismo, etc., no pueden considerarse como estados patológicos, "a menos que se compruebe que proceden de una enfermedad". En los casos en los que al sujeto falte la conciencia, lo que pasa es que estamos frente a la ausencia de aquel mínimo de actividad sicofísica indispensable para la existencia del delito y el sujeto, en realidad, no ejecuta ningún acto en el sentido jurídico penal. Si en uno de los estados referidos por el autor se comete un delito y el fenómeno tiene un origen patológico, se debe ubicar en el artículo 29. En cambio aquellos que tengan origen en una enfermedad, patológicos entonces, pero caracterizados por el hecho de que desaparecida la causa somática, "desaparece también la manifestación síquica y no es necesario el internamiento prolongado", estarían en el artículo 23 Nº 1º. En este orden de ideas, el autor enuncia fenómenos tales como amnesia traumática, sicosis consecutiva a enfermedades infecciosas agudas (diabetes, uremia), sicosis carenciales, puerperales, etc.

Como puede verse, hay parcial coincidencia con los autores analizados y con la tesis que nosotros defendemos: los autores y quien esto escribe ubicamos en el artículo 23 como sugestión patológica los fenómenos transitorios de pérdida de la conciencia y/o de la voluntad, tengan o no origen en una enfermedad. Lo único que exigimos es que pasado el hecho, o desaparecida la causa somática, desaparezca también la manifestación psíquica y no sea necesario el internamiento prolongado. Si así no fuere, el fenómeno habría que ubicarlo en el artículo 29. Se hace pues, una determinación a posteriori: necesita el sujeto un tratamiento? Entonces se ubica en el artículo 29. De lo contrario, se ubica en el 23, tenga el fenómeno como base una enfermedad (como piensa ROMERO SOTO) o no la tenga. De acuerdo con el autor en comento, está FEDERICO ESTRADA VELEZ, Manual. Cit. Pág. 238 239. También manifiesta que en la mayoría de los casos que dan lugar a la discusión, se pueden tratar a través de la teoría de la acción como ausencia de ésta.

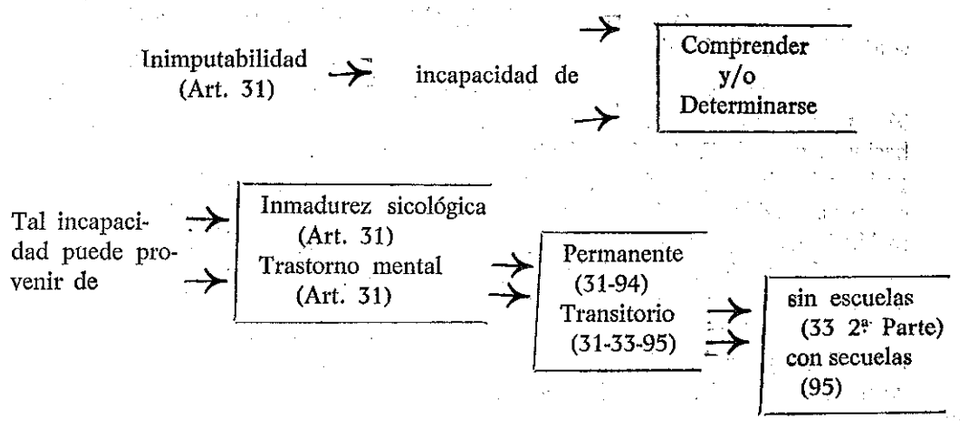
54. Véase su monografía La Culpabilidad, Universidad Externado de Colombia,, Bogotá, 1977, Pág. 191.

55. Op. cit. Pág. 191. El autor en cita, está básicamente de acuerdo con GAITAN MAHECHA y PEREZ en que el fenómeno del trastorno mental transitorio sea un fenómeno comprensivo de los estudiados en el Nº 1 del artículo 23. Empero, dice, "el fenómeno del trastorno mental transitorio no debe referirse solamente a alteraciones patológicas de la conciencia, sino que ha de abarcar también los trastornos que pudieran ser calificados de normales, en cuanto no originados por agentes patógenos; fenómenos como la hipnosis, el sonambulismo natural y algunas profundas alteraciones emotivas son en esencia formas de trastorno mental transitorio. Porque pueden producir los mismos efectos biosíquicos que las otras entidades patológicas, consecuencialmente deben tener el mismo tratamiento jurídico. De esta manera lo que nuestro Código designa con las ambiguas denominaciones de sugestión hipnótica y patológica no son más que especies del género trastorno mental transitorio" (La culpabilidad, cit. Pág. 197).

inicial en el sentido de que el Nuevo Código lo que hizo fue concretar la discusión doctrinaria y jurisprudencia de más de 40 años. Veámoslo:

> Artículo 31. *Concepto.* Es inimputable quien en el momento de ejecutar el hecho legalmente descrito, no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez sicológica o *trastorno mental*".
>
> Artículo 33. *Medidas aplicables.* Los inimputables que realicen un hecho punible, serán sometidos a las medidas de seguridad establecidas en este Código.
>
> Si la inimputabilidad proviniere exclusivamente de *trastorno mental transitorio* no habrá lugar a la imposición de medidas de seguridad, cuando el agente no quedare con perturbaciones mentales, sin perjuicio de la responsabilidad civil a que hubiere lugar".

De la confrontación de estos dos artículos con los artículos 94 que habla de "internación para enfermo mental permanente" y del artículo 95 que alude a la "internación para enfermo mental transitorio" y respectivamente de "enfermedad mental permanente" y de "enfermedad mental transitoria", podemos deducir el siguiente cuadro:



Particularizo la explicación refiriéndome sólo al segundo esquema, descartando dentro de éste lo relacionado con la inmadurez psicológica para tratar de demostrar el acerto inicial.

A. *El trastorno mental permanente.* En el Capítulo VI, De la Inimputabilidad por parte alguna se menciona el trastorno mental permanente como una clase de trastorno mental. ¿De dónde entonces se deduce su existencia?

En primer lugar, del hecho de que se mencione expresamente en el artículo 33, en la segunda parte, el "trastorno mental transitorio". Si hay una forma de trastorno mental transitorio, implícitamente se reconoce la forma permanente, ya que si la pérdida o perturbación de la capacidad de comprensión pasajera conduce a la inimputabilidad, a fortiori, la pérdida o perturbación permanente también debe conducir a lo mismo.

En segundo lugar, el artículo 94, titula "internación para *enfermo mental permanente*" y encabeza diciendo: "Al inimputable por *enfermedad mental permanente*...".

¿Y qué debemos entender por "trastorno mental permanente"? Aquí, con seguridad, la Doctrina y la Jurisprudencia, seguirán encontrando una guía en la cita de NERIO ROJAS ya transcrita. Será cualquier afección que de manera permanente afecte las esferas de la personalidad y cuya intensidad sea tal que suprima o debilite la capacidad del sujeto para insertar su comportamiento en el mundo de los valores o la capacidad de autorregular su conducta conforme a ellos a pesar de tener conciencia de lo que hace.

La forma como se denomine la afección en las clasificaciones psiquiátricas, poco importa. Lo determinante es que tenga el carácter de permanente y que repercuta en el sujeto en la forma ya dicha.

B. *El trastorno mental transitorio.* Como puede verse en el esquema 2, aquí debemos distinguir:

a. *Trastorno Mental Transitorio sin secuelas:* a él se refiere el artículo 33 en su segunda parte. Este se da "cuando el agente no quedare con perturbaciones mentales". Aquí quedarán todos los casos que la Doctrina y nuestra Jurisprudencia sacaban del artículo 29 e introducía en el artículo 23, Numeral 1º como "sugestión patológica": los casos de embriaguez del sueño, los de sideración emotiva ya referidos, algunos casos de embriaguez patológica, algunas formas de emociones demasiado violentas, delirios febriles; cualquier fenómeno, denomínese como se denominare en psiquiatría, corresponda o no a una clasificación determinada, con tal que pasado el evento, el sujeto regresa a la normalidad y que, obviamente, haya puesto al sujeto en incapacidad de comprender la ilicitud o en la incapacidad de autorregular su conducta.

Para esta forma de trastorno no hay ninguna pena ni medida de seguridad. Esto se debe a que probado que el sujeto ha regresado a la normalidad, ya ningún sentido tendría la medida de seguridad e imponer una pena, sería sancionar a título de responsabilidad objetiva.

Es necesario precisar aquí, sin embargo, que a primera vista aparece una contradicción entre el artículo 33 que dice que no hay lugar a medida de seguridad alguna si la inimputabilidad proviniere de trastorno mental, cuando el agente no quedare con perturbaciones mentales y el artículo 95 que dice que "al inimputable por enfermedad mental transitoria se le impondrá la medida de internación en establecimiento psiquiátrico o similar...".

En verdad, esta norma se refiere a lo que me he permitido denominar *trastorno mental transitorio con secuelas.* Mal podría la ley decir que no se impone medida y a la vez decir que sí se impone.

Lo que sucede es que a veces el que ha obrado en un trastorno mental transitorio, queda con algunas perturbaciones que es indispensable tratar porque pueden ser causa de otros ataques lesivos y a estos casos es a los que refiere el artículo 95.

Repárese que tanto el artículo 94 como el 95 se refieren a "enfermedad mental permanente" y a "enfermedad transitoria". El término enfermedad como algo morboso o patológico no refiere a los trastornos transitorios sin secuelas. La expresión *enfermedad* con el agregado de permanente o transitoria, que aparece en los artículos 94 y 95 tiene la siguiente explicación:

El Proyecto de 1976 decía en su artículo 33:

"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". Así mismo regulaba el fenómeno el artículo 35 del Proyecto de 1978 [56].

Y en los artículos 109 y 110, se señalaba la medida de seguridad que bien podía ser o internación en establecimiento psiquiátrico por dos años o por seis meses, según la permanencia o transitoriedad de la *enfermedad.*

De manera particular me preocuparon los anteriores artículos porque, a mi manera de ver, el trastorno mental transitorio sin secuelas, o no quedaba regulado o si lo estaba tenía consecuencias que no se compadecían con su naturaleza. Y por tal motivo, me permití enviar a la Comisión algunas observaciones [57], las cuales resumo:

Si el término "enfermedad" remite a lo patológico, a lo morboso, entonces frente al trastorno mental transitorio sin base patológica y sin secuelas [52] bis, se presentaría una de dos alternativas:

---

56. Consúltese los Proyectos de Código Penal de 1976 y 1978, Publicados por el Ministerio de Justicia, 1976 y 1978 respectivamente.

57. NODIER AGUDELO BETANCUR, Sobre la regulación del Trastorno Mental Transitorio sin base patológica en el Proyecto de Código Penal Colombiano 1978. Revista Nuevo Foro Penal Nro. 3, Abril Mayo, Junio de 1979, Medellín, Págs. 97 a 100.

a. O se partía de la base de que el Proyecto de 1976 y el de 1978 no lo regulaba, y en este caso se presentaría el problema de saber que repercusión tenía el fenómeno en la estructura del delito.

b. O se aceptaba que sí lo regulaba y que lo comprendía dentro del término "enfermedad". En este caso, estábamos frente al artículo 110 del Proyecto de 1976 o 114 del Proyecto de 1978, que mandaban internar al sujeto en un establecimiento psiquiátrico "en donde será sometido al tratamiento que corresponda". Y aquí nos encontrábamos frente a una disyuntiva inexorable:

— O al sujeto no se internaba pues que el trastorno había sido transitorio y sin secuelas, y entonces se iba contra el texto de los artículos citados que ordenaban la internación, o,

— Al sujeto se le internaba pero no se le trataba pues no había de que tratarlo.

Si lo primero, absurdo; si lo segundo, también.

Por lo anterior, sugerí a la Comisión utilizar el término "trastorno" o "perturbación" es decir, regresar a la fórmula del Anteproyecto de 1974, el cual en el artículo 38 contempla el trastorno mental como causal de inimputabilidad y en artículo aparte contempla el trastorno mental transitorio que no deja secuelas para no imponer ni pena ni medida de seguridad. Se trata del artículo 39 del mencionado Anteproyecto.

En realidad el defecto se corrigió, y el Código en su redacción definitiva habla genéricamente del *"trastorno mental"* como causal de inimputabilidad en el artículo 31 para luego, en el artículo 33 hablar expresamente del Trastorno Mental sin secuelas o sea "cuando el agente no quedare con perturbaciones mentales".

Sin embargo, obsérvese que la expresión "enfermedad permanente o transitoria" se suprimió del artículo genérico que regula la imputabilidad, artículo 31, pero no la suprimieron de los artículos 94 y 95, los que siguen hablando de "enfermedad mental permanente" y de "enfermedad mental transitoria", como en los Proyectos de 1976 y 1978.

De lo anterior podemos concluír que la contradicción entre el artículo 33 que dice que cuando en el caso de trastorno mental transitorio el agente "no quedare con perturbaciones mentales" no habrá lugar a medida de seguridad y el artículo 95 que habla de internación para enfermo mental transitorio, la contradicción es más aparente que real.

Según lo visto, el trastorno mental transitorio sin secuelas no da lugar a medida de seguridad. Tampoco da lugar a pena, pues si se impusiera pena

se violaría el artículo 5º que prohibe la responsabilidad objetiva, como ya lo he dicho. El trastorno mental con secuelas tiene como consecuencia la internación en establecimiento psiquiátrico por un tiempo mínimo de 6 meses y es a éste al que se refiere el artículo 95.

De lo dicho podríamos concluír que el nuevo Código entiende que el trastorno mental permanente es una "enfermedad permanente"; el trastorno mental transitorio no es considerado como *"enfermedad"* si no deja perturbaciones mentales como secuela como sí acontece con el trastorno mental transitorio con secuelas, el cual sí está considerado como "enfermedad mental transitoria".

b. *Trastorno Mental con secuelas.* En el Capítulo VI, De la Inimputabilidad, no habla la ley del trastorno mental con secuelas. Pero la existencia del fenómeno se deduce de la comparación de los artículos 31, 33, y 95. Como ya lo hemos dicho, el artículo 33 en la segunda parte dice que no se impondrá ninguna medida de seguridad en el caso de trastorno mental transitorio, "cuando el agente no quedare con perturbaciones mentales". En cambio, el artículo 95, sí consagra medidas de seguridad para el caso del inimputable "por enfermedad mental transitoria". Y esta es la consagración del trastorno mental que he dado en llamar "trastorno mental con secuelas".

El problema se va a presentar en la práctica cuando se trate de saber a qué "secuelas" o a qué "perturbaciones mentales" se debe referir tal forma de trastorno mental. Voy a plantear el problema con un ejemplo:

Un soldado mata a su compañero de trinchera en una reacción shock producida por una granada que cae muy cerca. A consecuencia de ello, el soldado queda padeciendo de una psicosis traumática [58].

Supongamos que tal psicosis se manifiesta en trastornos de personalidad consistentes en que cada vez que va por la calle y oye, por ejemplo, los ruidos que hacen los carros grandes a manera de disparos por alguna falla de funcionamiento, frente a estos ruidos, el soldado puede extravertir cambios de personalidad de muy variada índole. Bien puede deshacerse en lamentaciones; bien puede deshacerse en llantos incontrolables; bien en oraciones implorando la protección de Dios. También puede matar al peatón que por su lado pasa, a consecuencia de impulsiones incontroladas e incontrolables desencadenadas por la asimilación de la circunstancia actual con la que creó la afección.

A esta altura me pregunto de nuevo: ¿qué debe entenderse por trastorno mental transitorio *con secuelas* o mejor, trastorno mental transitorio con "perturbaciones mentales"?

---

58. Véase a EMILIO MIRA y LOPEZ, Psiquiatría, Librería y Editorial El Ateneo, Buenos Aires 1946, Tomo I, Pág. 390 a 397; WERNER WOLFF, Introducción a la Psicopatología, Fondo de Cultura Económica, 2a. Ed., Méjico 1956, Pág. 237 a 240; TH. KAMMERER y ANTOINE POROT, Manual Alphabétique de Psyquiatrie, cit. Pág. 601 a 603.

Al soldado que mata a su compañero y que pasado el hecho queda con algunos trastornos de personalidad pero que no lo hacen peligroso por ningún aspecto, ¿se le va a someter a una medida de seguridad? Si frente a un hecho que rememora la situación psicotraumatizante despliega actividades que no comportan ningún peligro, ¿estará el juez autorizado para disponer el internamiento?

Me parece que el camino para la solución le quedará a la Jurisprudencia. Por mi parte, creo que las "perturbaciones mentales" como secuelas del trastorno mental deben ser perturbaciones mentales que comporten peligro para el sujeto o para los demás.

Las razones que tengo para hacer esta afirmación son las siguientes: *Primera:* el término "perturbaciones mentales" no se agota en su significado psiquiátrico, sino que se le debe dar un sentido jurídico penal, pues que ahí está en el código y con consecuencias jurídicas de importancia. Es a partir de las consecuencias que se siguen para el sujeto que se debe interpretar el término. Aquí las expresiones lingüísticas tienen una específica connotación en función de la utilización que de ellas hace el derecho penal.

Segunda: Particularmente, encontraba un fundamento para esta interpretación en el artículo 102 del Anteproyecto de 1979 [59].

En efecto, este Anteproyecto tanto en el artículo 102 como en el 103, al hablar de la duración de la medida de seguridad aplicable tanto en los casos de trastorno mental permanente como en los de trastorno mental transitorio alude a la "enfermedad mental permanente" y a la "enfermedad mental transitoria" y dice (el Anteproycto) que pasados 2 años o 6 meses, según los casos, el internamiento "se suspenderá condicionalmente cuando se establezca que la persona ha recuperado su normalidad psíquica *o ha dejado de constituír un peligro para sí o para otros*" [60].

Como puede verse, la libertad no estaba condicionada al regreso a la normalidad del sujeto sino a la peligrosidad. Era pues posible que el sujeto estuviera en libertad aunque estuviera enfermo desde el punto de vista psiquiátrico; desde que no fuera peligroso, según la Ley, no exigía estar en internación.

---

59. Es conveniente saber que existe un eslabón de importancia para seguir la evolución que tuvo nuestro Nuevo Código Penal, y que se encuentra entre el Proyecto de 1978 y el texto final que se convirtió en Ley. Me refiero al Anteproyecto que la última comisión (prevista en el artículo 2 de la Ley 5a. de 1979), presentó el Gobierno y desafortunadamente aún no publicado. Por atención del doctor FEDERICO ESTRADA VELEZ, tuve la oportunidad de conocer el mencionado Anteproyecto (al que denominaré en lo sucesivo Anteproyecto de 1979, pues fue entregado al Gobierno el 5 de diciembre de 1979) y a él me refiero en esta parte del trabajo.

60. También el artículo 112 del Proyecto de 1976 y el artículo 116 del Proyecto de 1978, señalaban que cuando la infracción ejecutada por el anómalo tenga pena privativa de la libertad inferior a 1 año, y el inimputable por sus condiciones especiales *no constituya peligro para sí o para otros, el tratamiento,* oído el concepto de perito, *podrá realizarse sin necesidad de internación permanente*".

Con base en lo anterior, pensaba al analizar el artículo 35, igual al actual artículo 33 del Código Penal de 1980, o sea el texto final, que si en términos de peligro para sí o para los demás no era necesaria la medida de seguridad, no había para que imponerla.

Sin embargo, desaparecido el párrafo que dice "o ha dejado de constituír un peligro para sí o para otros", se me ha escapado el apoyo mencionado para la interpretación. Empero, como ya lo he señalado, aun con la supresión, la internación no resulta fatal, repito, desde el momento en que al término "trastorno mental con secuelas" o con "perturbaciones mentales" (para emplear la terminología del Código) hay que darle una precisa connotación jurídica.

Tercera: Las medidas de seguridad no son medidas caritativas del Estado sino formas de reacción frente al delito. Y la *tutela* a que alude el artículo 12 como uno de los fines de la medida de seguridad, implica precisamente que ella no se imponga allí donde no es necesaria. La necesidad de la tutela, debe ser un límite del Estado en el ejercicio de la función de protección de valores (en el caso, evitar ataques a los bienes de los otros) que es precisamente lo que explica la existencia del derecho penal como instrumento o medio de lograrlo.

Cuarta: Me parece que aquí hay que volver los ojos a la Doctrina y a la Jurisprudencia producida durante la vigencia del Código Penal de 1936, para ver que la tendencia era precisamente la de no imponer medida de seguridad mientras ella no fuera necesaria. En torno a este afán se elaboró, como lo he señalado, la doctrina acerca de la "grave anomalía psíquica" y de la "sugestión patológica".

Como lo hemos visto, en el fondo lo que hacía la Doctrina era conceptuar que cuando el sujeto representaba un peligro que exigiera un tratamiento o readaptación, se debía optar por el artículo 29. O sea que unas mismas manifestaciones externas se consideraban enmarcadas en el artículo 23 o 29, según el diagnóstico de peligrosidad que sobre ello se hiciera.

La tendencia de nuestra Jurisprudencia ha sido la de no internar al sujeto, incluso condenado a una medida de seguridad, sino cuando ello es necesario. Y este es otro argumento que debe servir para fundamentar mi idea de que sólo los trastornos mentales transitorios con perturbaciones mentales que reporten peligro para el individuo o para la sociedad, se deben considerar trastornos mentales con secuelas, si es cierto como lo he tratado de demostrar que el Código en el particular aspecto de que tratamos, el trastorno mental, es la concresión de la Doctrina y Jurisprudencia de 40 o 44 años.

En efecto: el artículo 96 del Código de 1936, dice que "el tiempo de detención preventiva se tendrá como parte cumplida de la *pena* privativa de la libertad".

El problema se presentaba cuando un sujeto que era condenado a una

medida de seguridad, al momento de la sentencia, ya había estado en detención preventiva un tiempo igual o superior al mínimo de la medida de seguridad respectiva, por ejemplo, un año de colonia o dos años de manicomio criminal y se consideraba no peligroso al momento de la sentencia.

En Casaciones de mayo 28 de 1947 y de septiembre 29 de 1950, dijo la Corte:

> "Cuando en el artículo 96 del C.P. se habla de penas, ello debe entenderse en forma concreta a una cualquiera de las que están definidas para la ley penal, como el presidio, la prisión, o el arresto, si son corporales, o el confinamiento, la multa o la interdicción de derechos o funciones públicas cuando no entrañan separación o aislamiento de los demás asociados. No podría, por consiguiente, pensarse que por vía de extensión, cuando se habla tan expresamente de penas en el artículo 96, pudiera abarcarse a la vez esa forma de sanción legal que está constituída por las medidas de seguridad. Pero puede suceder, a la vez, que al momento de ejecutarse la medida de seguridad se halle el reo restablecido a la normalidad, porque su estado de insania fue pasajero y se manifestó precisamente en el momento de la comisión del hecho ilícito. *Resultaría inaceptable, no solo desde el punto de vista teórico sino también práctico, imponer la medida de seguridad manicomio criminal a un sujeto que ya no es anormal y a quien se causaría un grave perjuicio sometiéndolo al régimen privativamente especial y científico adecuado para los enajenados de la mente, cuando el mínimo en la sanción impuesta se ha cumplido ya en detención preventiva, no en manicomio ni en una colonia agrícola especial, sino en una cárcel común de detención, sin detrimento alguno ni para la justicia ni para el propio reo por haberse reintegrado éste a la normalidad síquica.* En otras palabras, si por la latitud del proceso penal no es posible aplicar ni la medida de seguridad, cuando se trata de anormales, ni la pena, cuando se trata de normales porque una y otra han sido cumplidas en el término de la detención preventiva, la solución debe ajustarse a los principios que rigen la cuestión.
>
> "Armonizando los arts. 98 y 99 del C.P. resulta posible conferir al condenado a cumplir una medida de seguridad el beneficio de que se le descuente como parte cumplida de la misma el tiempo que haya permanecido en detnción preventiva. (Cas., 28 mayo 1947, LXIII, página 196; 29 septiembre de 1950, LXVIII, página 258).

Como puede verse, es clara la Corte en afirmar que no se debe internar al sujeto que no necesita tal internamiento.

Posteriormente en casación de 18 de octubre de 1968, vuelto a ventilarse ante ella el mismo problema, dijo que no debía abonarse el tiempo de detención preventiva, como parte de la medida de seguridad. Empero dijo:

> "Otra cosa es si la excarcelación preventiva se ha cumplido en un manicomio criminal o en una colonia agrícola especial, pues *en estos supuestos ese tiempo bien puede tomarse* como parte de la reclusión que reglamentan los artículos 62, 63 y 64 del Código Penal" (Gaceta Judicial Tomo CXVIII, páginas 15 a 33).

Luego, en agosto 17 de 1976, dijo:

> "Si ese término (se refiere la Corte a los mínimos de la medida de seguridad) ha discurrido antes del pronunciamiento de la sentencia o después de tal acto procesal, o parte antes y parte después tales incidencias carecen de relevancia jurídica, porque *lo que importa averiguar es si el delincuente ha recuperado su salud como consecuencia del tratamiento a que se le ha sometido durante la reclusión* hasta el extremo que pueda reintegrarse al seno de la sociedad de manera normal, *sin que constituya un peligro para él mismo y para los demás.* Porque si al proferirse la sentencia condenatoria a un año de reclusión en una colonia agrícola especial, ya el delincuente está inocuizado de su tendencia antisocial por haber sido tratado durante tal lapso; según la ciencia médica en general, sería injurídica la providencia que negara la cesación condicional de la reclusión, basándose en la consideración de que, aún cuando ya el delincuente tuviera las condiciones de resocialización que le hagan apto para regresar a convivir en su medio social, debe permanecer recluído durante un año. Y sería antijurídica esa determinación porque estará considerando la reclusión como pena priativa de la libertad" (Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema de Justicia, 1976-1978. Bogotá, Ediciones Librería El Profesional, páginas 62 y 63.

Como puede verse, el concepto de la Corte Suprema de Justicia ha sido el de evitar que, sin necesidad, el sujeto sea internado.

Consecuencia de las anteriores jurisprudencias es el artículo 102 del Código Penal de 1980:

> *"Cómputo de la detención preventiva.* El tiempo de la detención preventiva se computará como parte cumplida del mínimo previsto en estas disposiciones, si la persona ha estado sometida al tratamiento o régimen especial que le corresponda".

Si se internara al sujeto que después de un trastorno mental transitorio "quedare con perturbaciones mentales" no peligrosas ni para sí ni para los demás, se estaría navegando en contra de la corriente jurisprudencial ya aludida. Vanos serían los esfuerzos de tantos años.

Quinta. Hay todavía más: si el cambio en la filosofía del Nuevo Código Penal consistió en abolir la idea peligrosista, patrimonio de nuestra herencia ferriana, por los excesos a que podía dar lugar, me parece que internar a un sujeto que no necesita tratamiento, hablando en términos de prevenir para evitar que vuelva a delinquir, sería regresar mucho más atrás de donde se quiso avanzar. Esto choca con la idea de progreso que debe orientar la interpretación teleológica de la norma.

Tengo la impresión de que la idea de peligrosidad o no del sujeto entendida en términos de evaluación sobre su probabilidad de volver a dañar, está todavía ahí latente y que ella dirá cuando hay necesidad de un tratamiento o no y que es con base en esto como sabremos cuando estaremos frente a un "trastorno mental transitorio con perturbaciones mentales" para emplear la terminología del código, o, si usamos la que propongo, frente a un trastorno mental transitorio con secuelas.

—.—.—.—.—.—

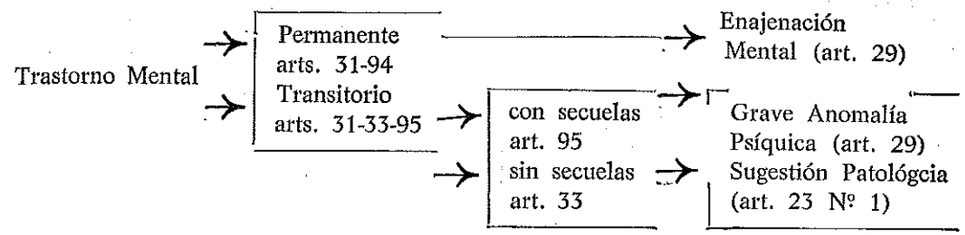
Si se me permite, resumo la idea central que quiero expresar con el presente trabajo:

Que el nuevo Código Penal en el particular aspecto de la regulación de una de las causas de la inimputabilidad, a saber el trastorno mental, es la concresión de 44 años de discusión Doctrinaria y Jurisprudencial, discusión que implicó un esfuerzo por ubicar en el Código Penal los fenómenos de trastornos mentales transitorios en el artículo 23 o en el 29, según que el sujeto necesitara un tratamiento o no lo necesitara.

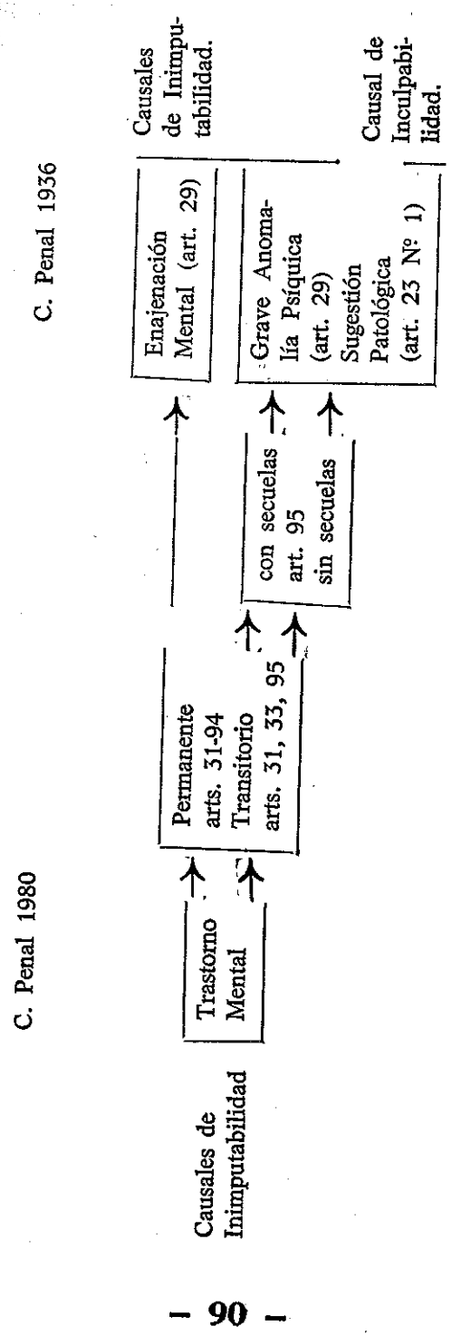
Que el Código Penal de 1980 culmina la evolución doctrinaria y jurisprudencial al consagrar el trastorno mental transitorio como causal de inimputabilidad. Este Código habla de *trastorno mental transitorio,* lo cual viene a ser la *enajenación mental* del Código de 1936; habla de *trastorno mental transitorio con secuelas,* lo cual es equivalente a la *grave anomalía psíquica* consagrada en el Código aludido y, finalmente, consagra el *trastorno mental transitorio sin secuelas* lo que equivale en el Código Penal de 1936 a la *sugestión patológica* consagrada en el artículo 23 numeral 1.

Me permito presentar el siguiente cuadro que resume lo que hasta aquí he tratado de demostrar a lo largo del presente trabajo. En él pueden verse las equivalencias entre el Código de 1980 y el de 1936.

Código Penal de 1980 — Código Penal de 1936



Lo anterior quiere decir que mientras en el Código de 1936 las perturbaciones transitorias de la conciencia y/o de la voluntad se trataban como causales de inimputabilidad o de inculpabilidad, según el caso, en el Código Penal de 1980, estos fenómenos se regulan todos como causales de inimputabilidad.



Si la regulación del trastorno mental como causal de inimputabilidad no fue algo que apareció en el Nuevo Código de un momento a otro, "como por obra y milagro" sino la culminación de un esfuerzo doctrinario y jurisprudencial grande quiero ello decir, en verdad, que la solución a darse con base en el nuevo Código Penal para los casos de trastorno mental que en la práctica se puedan presentar ya estaba dada con base en el Código Penal de 1936.

El mérito del Nuevo Código en este particular aspecto, es el de regular la cuestión de manera más técnica, más comprensible.

El hecho de que el Código en este aspecto no sea una improvisación, es muestra de que en nuestro acervo cultural vamos teniendo ya una cierta cultura jurídica frente a la cual, en manera alguna, podemos cerrar los ojos cuando miremos el Nuevo Código Penal. No hay pues un "trasplante de instituciones por estaca".

CARTAS AL DIRECTOR

MANDRAX Y FARMACODEPENDENCIA

Señor Doctor

Nódier Agudelo B.

Director "Nuevo Foro Penal"

Medellín.

Señor Director:

En el Nº 5 de su ya muy conocida e importante Revista, aparece en la sección dedicada a la jurisprudencia, una de la que es ponente el señor Magistrado, Doctor Juan Fernández Carrasquilla, aprobado además por el Doctor Fernando Gómez Gómez, con salvamento de voto del Doctor Julián Muñoz Sánchez.

No quiero de ninguna manera incursionar en las sabias consideraciones de tipo legal anotadas por el Magistrado Fernández, pues no es ese mi campo, sino hacer algunas precisiones de tipo farmacológico y pericial sobre la propiedad de inducir farmacodependencia por las metacualonas, nombre genérico de drogas como Mandrax (que tiene además Benadryl), Nubarene, Qualude y Mequelón, cuyas propiedades son hipnóticas, pero no tranquilizantes, con efectos similares a los barbitúricos [1].

Que las metacualonas tengan la propiedad de inducir dependencia síquica, física y síndrome de abstinencia está más allá de cualquier duda farmacológica [2], [3], [12]; la abstinencia por ejemplo suele iniciarse 12 a 24 horas después de la última dosis con un pico de intensidad del cuadro clínico entre las 24 y 72 horas, y el síndrome incluye ansiedad, temblor, pesadillas, insomnio, amnesia, náuseas, vómito hipotensión postural, convulsiones, delirio e hiperpirexia, cuadro clínico que no parece anodino, si se compara por ejemplo, con la marihuana que no induce nunca estos síntomas y signos, y no resistiendo tampoco la comparación de que reprimir el tráfico de las metacualonas sea una bagatela. En el año pasado tuvimos dos necropsias de individuos jóvenes con hallazgos post-mortem de severa hipoxia, y el resultado toxicológico fue positivo para Mandrax; las metacualonas ocupan el segundo lugar en algunas instituciones colombianas dedicadas a la atención de farmacodependientes [10], y en el servicio

más grande del país para estos pacientes, el Hospital Mental de Antioquia, el mayor problema y causa de consulta es precisamente el Mandrax, superando aún a la marihuana y cualquier otra droga de abuso [11].

El problema de la farmacodependencia, entraña desde el punto de vista epidemiológico un triángulo que incluye el (I) agente (la droga), (II), el huésped (el farmacodependiente) y (III) el vector (el traficante). El agente puede ser bueno e inclusive útil con precisas indicaciones médicas. El huésped es siempre un enfermo y por eso la legislación de todos los países tiende a darle ese enfoque [4]; en muchas oportunidades padece de transtornos de personalidad, con características de ser anormalmente dependiente, y este tipo de individuos es precisamente el más vulnerable y propenso a constituírse en un habituado; esta característica síquica hace que las metacualonas puedan inducir farmacodependencia, y el perito no afirme que induzca siempre esa adicción, porque pudiera consumirlas transitoriamente un individuo sin trastornos de la salud mental sin desarrollar la enfermedad, y en cambio el propenso ha de quedar dependiente de ellas.

Los esfuerzos punitivos se reducen a cargar la mano en el vector, el tercero de los considerados en el triángulo epidemiológico, porque se sabe que la fácil disponibilidad de la droga anulará cualquier esfuerzo de rehabilitación en un farmacodependiente.

Desde hace mucho tiempo se ha recalcado la mala información que existe entre nosotros sobre las sustancias que llevan a dependencia; sólo parece hacerse publicidad a la marihuana, cocaina, y derivados del opio, dejando aparte los preparados farmacéuticos, muchos de ellos tan nocivos, o más nocivos que los derivados de los tres vegetales mencionados.

Cuando por ejemplo son presentados a nuestro cuerpo médico, los efectos secundarios se minimizan, o no se mencionan [4] - [5], y parece que en otros países de América Latina [6] - [7], sucediera lo mismo. El comentario que hace el Magistrado sobre la presunta inocuidad del Mogadón, Nobrium, Noctec y Valium, dan pleno respaldo a la difundida mala información sobre las propiedades farmacológicas de las drogas promocionadas en nuestro medio. El que esto escribe ha comparado las instrucciones que presentan los Vademecums, Diccionarios de Especialidades Farmacéuticas, y propaganda en revistas médicas en presentación para Colombia, y en la presentación para países desarrollados [4] - [5], y sólo en dos oportunidades ha encontrado que la información sea igual para el médico del país desarrollado y el médico del país subdesarrollado. En una oportunidad el Congreso de Colombia pareció interesarse en ello [8].

El problema de la farmacodependencia debe ir más allá de la marihuana, cocaina y opiáceos. Un boletín de la Organización Mundial de la Salud, dedicado a la responsabilidad legal de las drogas "no narcóticas", incluyó en esas listas a las metacualonas, y parece claro que estos productos estarían incluídos en el artículo 4º del Decreto Ley 1188 de 1974.

Atentamente,

César Augusto Giraldo G.

BIBLIOGRAFIA

1. Goodman Louis y Gilman Alfred. Bases Farmacológicas de la Terapéutica. 4a. Edición Interamericana 1974.

2. Swartzburg M., Lieb J. and Schwarz A. II.: Methacualone Withdrarwal. Arch. Gen. Psychiahy, 29: 46-47, 1973.

3. Smith E., Symons R., and Wesson D. - The Abuse of Barbiturates and other-Sedatine - Hypnotiques in Handbook on Drug. - Abuse Edited by Robert Dupont Avram Goldstein and John O' Donnell. National Drug Abuse. - U.S. Deparment of Healt, Education and Welfare 1979.

4. Giraldo C. A. - El consumo de sustancias no narcóticas. - Antioquia Médica Vol. 26, Nº 3, 1976.

5. Giraldo C. A. - El Control de Drogas. - Antioquia Médica Vol. 26, Nº 4, 1976.

6. Morales de A. C. - Contenido Ideológico de la Propaganda de la Industria Farmacéutica. - Revista de la Escuela Nacional de Salud Pública, Vol 4, Nº 1, pág. 130-148, 1978.

7. Silverman M. Drugning of the Americas: How multinational componier say one thing about their products to physicians in the United States and another thing to physicians of latin american. - University of Berkeley, 1977.

8. Especial de Nueva Frontera. - Y la otra droga? - Nueva Frontera, Nº 205, noviembre 1º de 1978.

9. Isbell H. and Chrusciel T. L. - Dependence Liability of "Non Narcotic Drugs". - World Health Organization Suppl 43. W. H. O., 1976, Pj. 18-19.

10. Urdaneta T. H. - Características del abuso de drogas. - Tribuna Médica de Colombia; Segundo Número de septiembre, Pj. 25-26, 1979.

11. Estadísticas Servicio Farmacodependencia Hospital Mental de Antioquia.

12. Mayers F., Jawetz E., Goldfien A. - Manual de Farmacología Clínica. - Manual Moderno; 4a. Edición, México 1980.

JURISPRUDENCIA

LA ESQUIZOFRENIA. EL DICTAMEN PSIQUIATRICO. LA ENAJENACION MENTAL.

La esquizofrenia, afección cuyos principales síntomas son la pérdida del control o contacto vital con la realidad y el autismo (polarización interior de la vida mental, un repliegue o aislamiento del sujeto), puede conducir también a atentados contra la propiedad, al menos en algunas de sus formas. El dictamen pericial que afirme o niegue la existencia de una afección que lleve al sujeto a la anormalidad para, en consecuencia, aplicarle la medida de seguridad, no debe limitarse a una entrevista más o menos convencional y a unas cuantas frases sacramentales. El debe tener un mínimo de requisitos para que tenga fuerza de convicción. Debe consultar las resultancias del proceso así como la historia individual y la familiar cuando ésta depara datos de interés; en este sentido se dice que la pericia psiquiátrica debe ser también una pericia criminológica. El Juez puede, pues, llegar a una conclusión opuesta a la del perito psiquitra con una posición crítica frente al dictamen. La esquizofrenia puede catalogarse como una enajenación mental ubicada en el artículo 29 del Código Penal, en virtud de la profundidad de la afección y de su persistencia. La enajenación mental acarrea manicomio criminal como medida de seguridad y el tiempo de detención preventiva no cuenta si el sujeto no ha estado sometido a ningún tratamiento durante ella.

Ponente, Dr. Jaime Taborda Pereáñez

Los hechos que fundamentan la sentencia, los resume el Tribunal así:

A eso de las nueve y media de la mañana del día 16 de noviembre del año próximo pasado, Héctor Javier Jaramillo Moncada penetró en la sucursal del Banco de Colombia ubicada en la carrera 50 número 46-76, (Plazuela Uribe Uribe) y exhibiendo un cuchillo en una de sus manos se trepó al vidrio que protegía la taquilla que atendía la cajera Angela María Yepes Vélez y sin decir palabra, pero intimidándola con el cuchillo, recogió la

suma de $ 45.000.00 que la empleada tenía en ese momento, de la entidad bancaria, para atender al público. Raudo, como entró, asimismo salió, sin dar tiempo que los otros empleados lo capturaran o siquiera persiguieran. No dejó huellas. Nadie supo qué camino siguió. Se trataba de una persona desconocida. Las señales de identificación que el Gerente denunciante dio a las autoridades eran bien vagas: "varón, joven, de baja estatura, color moreno, cabellos rizados, camisa blanca; al parecer se encontraba bajo los efectos de droga".

Todo parecía, entonces, indicar que la labor investigativa de este delito se dificultaría al máximo y que no se descubriría el autor de la ilícita sustracción, ni menos se recuperaría el dinero. Pero vino lo imprevisto: a los ocho días siguientes, dos agentes auxiliares de la policía, que no tenían conocimiento del robo al Banco y que estaban dedicados a la labor de "batidas", observaron a un individuo que al verlos a ellos se detuvo, muy nervioso y asustado. Lo retuvieron y al requisarlo le hallaron en un bolsillo del pantalón $ 38.317.00, dinero que el sujeto dijo a los agentes era producto de un robo que él había hecho a un Banco. En tal forma se produjo la captura de Héctor Javier Jaramillo Moncada y se le decomisó no sólo la suma anteriormente indicada, sino también una chaqueta de cuero, unos pantaloncillos y unas medias nuevas, que llevaba en las manos. Los captores dejaron expresa constancia —sin que se les preguntara sobre el particular—, "que se encontraba muy sucio, parecía que estuviera en ropa de trabajo" (fls. 56 y 57).

De la prueba y su consecuencia.

En la primera versión que ante la Policía Judicial dio Jaramillo Moncada (fls. 30) manifestó: "...entré al Banco sólo y en la mano llevaba un cuchillo y entonces llegué y le quité la plata a una señorita que estaba contando una plata ahí en la ventanilla, entonces le arrebaté la plata y salí corriendo y entonces por allá entré a un café y tomé algo porque no había comido nada, *entonces empecé por ahí por Barrio Triste a caminar, a deambular,* entonces de ahí *seguí andando todo el día y en la noche también. Al otro día me di cuenta de que la policía estaba de continuo y entonces yo le sacaba el cuerpo, porque cogí buses de allá para acá y de aquí para allá y me la pasaba todas las noches de aquí para allá sin dormir y unas veces me quedaba dormido y tenía miedo de entrar a un hotel porque tenía miedo de que me cogieran...".* "...no se cuanta plata sería, únicamente compré de esa plata medias, zapatos, camisa...", agrega que era la primera vez que realizaba un comportamiento de esa naturaleza, *"...lo hice por coger fama un poquito y poder hacer gozar a unas almas".*

A fls. 35 nuevamente acepta la autoría del hecho investigado, expresando: "...eso fue la semana pasada que yo necesitaba un dinero y entonces vi que el Banco estaba abierto y entonces dije, *pues yo estoy sin cinco centavos y aquí debe haber mucha plata porque aquí es donde los ricos guardan el*

dinero y entonces ahí fue donde yo me entré al Banco y entonces *como yo portaba un cuchillo para defenderme de cualquier cosa que le diera la gana de hacerme alguna persona,* entonces lo saqué y como no me abrieron ahí en el mostrador para yo entrar entonces me monté por encima de unos vidrios que había ahí en el mostrador y llegué a donde se encontraba la mujer que yo creo que era la cajera del banco, pero como ella no me dijo nada entonces yo me cogí un dinero que había ahí y me fui con él, pero a mí no me hicieron buya ni me dieron nada y entonces yo me puse a gastarme el dinero, porque yo tengo mucha necesidad de plata, pero no me la gasté toda porque necesitaba para varios días y entonces fue cuando el día de ayer o me parece que antes de ayer, me encontré con los agentes y me decomisaron la plata y no se para donde la llevarían, porque no la volví a ver nunca y necesito dinero para poder vivir, porque donde me encuentro no me dan el dinero suficiente que yo necesito...".

En la indagatoria de fls. 39 manifiesta: "...yo me encontraba buscando plata porque se me había acabado, ya que los últimos centavos que tenía me encontraba pensando a ver en que los podía invertir, luego compré un cuchillo y asalté ese banco o sea el Banco de Colombia, situado en Palacé con Pichincha, luego que hice eso salí corriendo con dos fajos de billetes de doscientos pesos, luego me fui gastando ese dinero, me parece que unos cinco mil o seis mil pesos no recuerdo la cifra exacta, *después del robo me quedé por ahí rondando pues me daba temor de ir a la casa porque me daba miedo que me retuvieran pero eso no me dio ningún resultado pues yo veía que constantemente la policía pasaba y entonces me imaginaba que era que me estaban buscando,* no se si duraría *unos cinco o seis días caminando por las calles y durmiendo por ahí mismo,* es decir, *en las aceras, hasta que fui detenido...* la plata que me gasté fue en una chaqueta que compré el día que me retuvieron, unos pantalones, medias y pantaloncillos, también creo que compré zapatos... se me había olvidado que *yo tomaba muchos buses con el fin de librarme si era que me estaban persiguiendo...*" ... "no tuve tiempo de contarla (la suma sustraída) fueron dos rollos envueltos en cauchitos, pero no se su total... a mí ni me ayudó nadie para cometer ese delito, eso lo planee yo solo... la persona que cometió ese robo lo fui yo, sin que nadie me hubiera prestado ninguna clase de ayuda".

....

No cabe duda alguna, entonces, sobre la autoría del hecho investigado y tampoco en lo que respecta a la materialidad del ilícito pues la sustracción del dinero fue suficientemente acreditada; igualmente la cuantía (fls. 71), y, como la sustracción se realizó por medio de violencia se integró el delito de robo de que trata el Código Penal en su Libro Segundo, Título XVI, Capítulo II, art. 402 en armonía con la Ley 21 de 1973, art. 8º.

Los elementos de convicción anteriormente relacionados constituyen prueba plena de la infracción por la cual se llamó a juicio a Héctor Javier

Jaramillo Moncada y la de que es responsable de ella, satisfaciéndose, por tanto, las exigencias del art. 215 del C. P. P., para proferir sentencia condenatoria.

Con estos presupuestos el juez del conocimiento impuso, como ya se dijo, la pena privativa de libertad de cinco años de presidio al procesado. El Tribunal está en total desacuerdo con esta parte de la sentencia y para la decisión que se tomará, se hace la siguiente motivación:

¿Quién es el procesado?

Según la noticia que da el expediente, Héctor Javier Jaramillo Moncada es un joven de 26 años de edad, soltero, natural de esta ciudad, miembro de una familia de escasos recursos económicos, residente en el barrio Belén-San Bernardo, que recibió educación secundaria hasta cuarto año de bachillerato nocturno; que ha trabajado en oficios varios tales como artesanías, pintura y celador de un taller; en talabartería, obrero, y regador de balastro. No tiene antecedentes penales, ni de policía; su conducta anterior al hecho por el cual se llamó a juicio ha sido siempre buena; las personas que lo conocen, de trato y comunicación y por muchos años, afirman que es de excelente conducta; honrado, muy callado, meditabundo, que hubo de dejar el estudio en razón de una enfermedad mental que padece. Sobre este referido aspecto, y su comportamiento, son bien elocuentes los siguientes testimonios: Virgelina Moncada de Jaramillo (fls. 42), madre del sindicado, (del padre nada se sabe): "...hace aproximadamente unos siete años que mi hijo viene sufriendo desviaciones mentales, a él siempre lo han tratado médicos del Hospital Mental de Antioquia, tiene la Historia Clínica número 38.414 e inclusive entró interno el 20 de marzo de 1978, me parece que estuvo un mes poco más o menos; en un principio cuando le empezó la enfermedad se la pasaba en la iglesia y entonces todo lo que conseguía se lo daba al cura de ahí de la Iglesia de San Bernardo; se la pasaba rezando, ahora en estos días se mantiene enfurecido con todos los de la casa y nos quiere matar a todos e inclusive hace un mes me reventó toda la cara pues me cogió a golpes porque le dije que se tomara una pastilla; la casa me la mantiene llena de piedras y palos y se me está tirando por el balcón de la calle, eso es cosa de todas las madrugadas; cuando se me sale lo hace en pantaloncillos. El día que lo retuvieron yo le encontré debajo de la almohada dos libras de sal, una libra de azúcar, un sal de frutas y se estaba tomando un frasco de emulsión De scott. No se que le estará pasando a ese muchacho tan raro que se está metiendo debajo de las camas y se pone a llorar porque no tiene trabajo... hace quince días que se me fue de la casa, él se arregló bien y me dijo que se iba a venir en busca de trabajo; de ahí no se en donde se mantendría en esos días... él vive de lo que se le da en casa, él no tiene ninguna clase de dinero...". Agrega la madre que su hijo no acostumbra cargar arma y que le parece "horroroso que él haya robado pues nunca ha tenido malas mañas".

La señora Ana Rosa Zapata de Ortega (fls. 44), vecina en el barrio San Bernardo de la familia del sindicado, así se refiere a él: "...hace cinco años que lo conozco... ese muchacho se mantiene encerrado allá en la casa, él sufre locura mística; le da por brincar y en otras ocasiones por atacar a sus familiares, él a diario se mantiene así loco y por ello sus padres lo tienen en tratamiento... es de conducta excelente, es educado, callado y muy honrado. Se que a pesar de ser loco yo nunca he tenido conocimiento de que le de por robarle las cosas a los vecinos y demás personas".

María Vitalina Vargas (fls. 45): "...Hace doce años que lo conozco, se debe lo anterior en razón de que yo vivo en seguida de su casa... ese muchacho es muy loco, pues en la casa se mantiene dedicado a la oración, a brincar por todas partes y a hablar cosas que se le vienen a la imaginación y que quizás no existen... estuvo en el manicomio de Bello, no recuerdo la fecha... es de muy buena conducta, ha sido honrado, antes estudiaba pero dada su enfermedad no pudo continuar. Nunca he tenido conocimiento de que le guste apropiarse de las cosas ajenas. Agrego que él se mantiene a diario como meditando... nunca ha estado detenido".

Pero no sólo la prueba testimonial está indicando la anormalidad mental del sindicado. En el proceso existe, también, dos certificaciones del Hospital Mental de Antioquia que atestan que Jaramillo Moncada padece desde hace varios años, una enfermedad que produce graves transtornos progresivos en la personalidad y por ende en su comportamiento. En efecto, el Jefe del Departamento de Servicios Ambulatorios de ese centro hospitalario en diciembre 7 de 1978, dirigió al juez de instrucción la comunicación de fls. 74, en la cual le expresa:

"...El señor HECTOR JAVIER JARAMILLO M., asistió por primera vez a esta Institución el 25 de octubre de 1973, impresión diagnóstica ese día Psicosis Esquizofreniforme. En controles periódicos desde entonces en el Hospital Mental con base a neurolépticos y psicoterapia. Ultima consulta el 18 de octubre de 1978 donde se le formula Sinogán de 25 miligramos...".

En enero 31 del presente año, el Jefe del Departamento de Hospitalización en comunicación dirigida esta vez al juez de conocimiento (fls. 73), manifestó:

"...HECTOR JAVIER JARAMILLO MONCADA, ha estado en tratamiento en esta Institución desde octubre de 1973. Inicialmente fue controlado ambulatoriamente, luego en un episodio agudo psicótico fue hospitalizado del 23 de noviembre al 17 de diciembre de 1974. Volvió a numerosos controles en consulta externa, el último de los cuales fue el 18 de octubre de 1978. Ha sido diagnosticado como una ESQUIZOFRENIA PARANOIDE".

Lo que viene de decirse está mostrando que existe fundamento serio y científico de que el sindicado en este proceso no es persona normal, sino un

enfermo mental. Tal es el diagnóstico de los médicos psiquiatras que desde el año de 1973 lo vienen tratando y controlando en su psicosis. La Sala, en orden a precisar ideas, se detendrá, desde luego en forma breve, en algunos conceptos relativos al estado patológico del procesado.

A la esquizofrenia se le llama también "demencia precoz" porque a diferencia de la "demencia senil", comienza en la juventud del individuo, ataca de preferencia a las personas jóvenes. "El enfermo sufre una ruptura del mundo circundante, experimenta disturbios intelectivos, afectivos y volitivos, padece alucinaciones sensoriales y atraviesa por fases delirantes. La disociación entre su mundo síquico y el de la realidad que lo rodea, es tan grave que lo impulsa a comportarse absurdamente; no presenta defectos visibles en sus funciones síquicas elementales, pero no las utiliza correctamente; sus sentimientos y tendencias actúan descordinadamente; no obstante la lucidez de su conciencia, el enfermo actúa como separado de la realidad; su lenguaje hablado y escrito es formalmente correcto pero sustancialmente ilógico, absurdo e incoherente". (REYES, "Criminología", 2ª ed. pág. 102).

Como síntomas más importantes de la esquizofrenia se ha indicado, 'la pérdida del contacto vital con la realidad', y *'el autismo'*. Refiriéndose a ellos, ALTAVILLA (La Dinámica del Delito. T. I., pág. 454), expresa: "El enfermo aunque de la impresión de debilitamiento mental, es capaz del ejercicio correcto de ciertas funciones y operacions síquicas, como la inteligencia y la memoria, con reacciones y respuestas a veces pertinentes de modo asombroso, pero es incapaz de penetrar en los sucesos reales y de que éstos le penetren. Por consiguiente, podemos decir que está separado del mundo interno, en desacuerdo con él, sin nutrir ya su vida síquica con relaciones externas, que sirven para regular el dinamismo mental. No se trata de un fenómeno alucinatorio por el cual la imagen se proyecta en el mundo externo y lo anima con realidad ficticia; se trata de un aislamiento que se concreta en el autismo. *El autismo* es un fenómeno de repliegue interior, de aislamiento, en que no se rebaja la personalidad síquica, como en los frenesténicos, pero sí se modifica, de modo que el individuo no se hace 'menor', sino 'otro', 'alter', pues en sus manifestaciones afectivas e intelectivas no es el mismo que era. Y esto sucede porque la concentración interior autística viola la sintonía que armoniza al individuo con el ambiente". Este mismo autor, en relación con la Esquizofrenia Paranoide, habla de la alteración del propio 'yo', a causa de la cual el enfermo tiene la penosa impresión de que el mundo, en cuanto a él se refiere, ha cambiado. "Se torna por ello desconfiado y sospechoso, y con no poca frecuencia se ve envuelto por un delirio de persecución, que si no tiene alguna lógica sistemáticia de que experimente el paranoico, puede producir, al ser reforzado por alucinaciones, una actitud de defensa-agresión, de la que pueden provenir graves delitos..." (cfr. Sicología Judicial. V. I., pág. 309).

Se indicó en precedencia cómo a medida que ha ido progresando el estado patológico de Jaramillo Moncada, se han hecho igualmente notorios los

cambios profundos en su personalidad y la mudanza en su comportamiento. Así, del autismo que lo llevaba a vivir encerrado dentro de sí mismo, recluído en su habitación entregado a la meditación y a los rezos; o a la inútil labor de recoger palos y piedras, o dedicado a "hablar cosas que se vienen a la imaginación y que quizás no existen", pasa a sentirse impotente, escondiéndose debajo de la cama, temeroso de inexistentes peligros y lloroso porque no tiene trabajo. Luego se torna agresivo y peligroso, "enfurecido contra todos los de la casa, nos quiere matar a todos", hasta el punto de atentar contra la madre que lo insta a que se tome un medicamento. Así emerge su delito, de una inutilidad tal que por sí sóla revela la enfermedad. En efecto, luego de la apropiación violenta del dinero y lejos del lugar en donde lo cometió y de una posible captura pues ni siquiera lo persiguieron, se dio a andar, a deambular día y noche; tomaba buses en distintas direcciones en procura de evitar y distraer a la policía, que no lo estaba siguiendo, pero que él imaginaba por todas partes. En esa situación de zozobra, caminando, durmiendo en las aceras, estuvo ocho días hasta cuando fue capturado con la casi totalidad del dinero metido en un bolsillo del pantalón. A los agentes captores dio tan insólita razón de la tenencia de ese dinero, que ellos en sus declaraciones juradas anotaron que, lo retuvieron, "porque no dio ninguna explicación satisfactoria de su procedencia".

Huelga decir que en el delincuente normal el intelecto está vigilante y coherente en perseguir una finalidad útil "y si bien es cireto se da en él una torpe asociación, está inspirado por la realidad misma como animadora de sus deseos y de su maldad. Es más: mientras en el esquizofrénico se da un déficit de instintividad, el delincuente en cambio obedece a una instintividad prepotente. Todo lo cual se explica porque al formar el instinto un sistema preconstituído y super-individual, en cuanto a través del individuo se encuentra la sociedad, en el esquizofrénico, con el extrañarse del ambiente social, se disminuye también ese vínculo que a esa sociedad lo unía completándose así las características o conjunto de éstas que sirven para distinguir el autismo del esquizofrénico del subjetivismo del criminal" (JULIO ROMERO SOTO. Antropología y Psicopatología Criminales, pág. 210). Ya se indicó cómo en su psicosis persecutoria el sindicado no se preocupó ni por guardar, ni esconder el dinero. Ninguna satisfacción material dedujo pues, algunas ropa que compró con parte de lo sustraído, (chaqueta, pantaloncillos, medias), le fue decomisado sin estrenar, mientras que él, según los agentes, "se encontraba muy sucio, parecía que estuviera en ropa de trabajo".

Del dictamen Psiquiátrico. A folios 76 obra un dictamen de uno de los Psiquiatras Forense del Instituto Seccional de Medicina Legal, con sede en esta ciudad, de brevísima fundamentación y en el cual, —en una entrevista, de poca duración ya que el paciente fue citado para las tres de la tarde y es sabido que "la remisión" urge el ingreso de los detenidos al establecimiento carcelario— se concluye de la siguiente manera: "Conceptúo que se trata de

un trastorno de personalidad esquizoide, limítrofe, y por lo tanto no incluído bajo los considerandos del artículo 29 del Código Penal. Se sugiere orientarlo a consulta psiquiátrica regular".

Las motivaciones de ese concepto las concreta el Forense en tres líneas, diciendo que Jaramillo Moncada 'se halla parcialmente orientado en el tiempo. Pensamiento coherente pero con tendencia al bloqueo. Afecto indiferente. Memoria conservada. Su atención fluctúa mostrándose distraído en ocasiones y concentrado en otras. Sin trastornos sensoperceptivos'. Para nada le sirvió al Psiquiatra Forense la noticia que el proceso da de la vida familiar del sindicado; tampoco tuvo en cuenta las circunstancias antecedentes, concomitantes y subsiguientes al hecho criminoso que aquí se juzga. Ni siquiera el diagnóstico de los peritos del Hospital Mental en el sentido de que es un *Esquizofrénico Paranoide*. Con la ausencia de esos fundamentales presupuestos se produjo el dictamen psiquiátrico que el funcionario del conocimiento acogió en su integridad manifestando que "el juez por lo general y así ocurre con el titular del despacho, apenas sí posee elementales conocimientos en siquiatría y por eso se ve precisado a recurrir a los médicos legistas especializados en ese campo...", agregando que, "ese dictamen, como es lógico, cuenta con mucha posibilidad de acierto cuando es rendido por un perito de esa ciencia, por lo cual se hace difícil su rechazo...". Bien se ve, en ese razonamiento, que para ser aceptada la pericia, el Juez partió de la base de sus escasos conocimientos psiquiátricos y de la presunción de que, quien la practicó sí los tiene no obstante que el funcionario apenas le concede al dictamen '...muchas posibilidades de acierto'. Aquí cabe decir con DI TULLIO, que si se quiere conocer con exactitud necesaria el estado mental del imputado en el momento del delito, si se quiere buscar la relación entre tal estado mental y el delito mismo, es absolutamente necesario saber reconstruír, precisamente, la dinámica del delito. Ese es el motivo de que toda pericia psiquiátrica debe ser también una pericia criminológica. Para que se observe hasta donde es deficiente el dictamen que en este proceso fue aceptado y de las fallas que adolece, se anotan a continuación las partes que al decir del autor últimamente citado ("Psiquiatría Forense", 3ª edic., pág. 360) debe contener el informe pericial: Se divide en cinco partes: 1º. Las preguntas. 2º. La relación de los hechos. 3º. El examen clínico del imputado. 4º. La epicrisis y 5º. Las conclusiones.

En la primera parte se consignan, fielmente, las preguntas hechas por el Magistrado que, en la mayor parte de los casos, invitan al perito a someter al imputado a los exámenes necesarios, para establecer si en el momento en que ha cometido el hecho estaba en tal estado mental por enfermedad, capaz de excluír o disminuír grandemente, la capacidad de entender y de querer, y de establecer, asimismo, si se trata de una persona socialmente peligrosa. En la segunda parte, se pasa a la exposición sumaria del hecho delictuoso, como se deduce de los motivos concretos y del resumen de todos los documentos y declaraciones de interés clínico y médico legal. Esto es, se trata de reconstruír

el suceso criminal, con criterio preferencialmente histórico... Tarea, por tanto, del perito es el poner de particular relieve todas las circunstancias de hecho que puedan favorecer el conocimiento de la personalidad del reo, la reconstrucción de las situaciones psicológicas mediante las cuales el sujeto ha llegado al delito, la concreción de las condiciones psíquicas en las cuales el sujeto se encontraba en el momento del detilo... a este fin, debe examinar atentamente tanto las particularidades del ilícito, como los episodios de la vida y los actos realizados por el imputado antes, durante y después del delito, utilizando, del mejor modo posible, las afirmaciones de los distintos testigos llamados a referir los precedentes del sindicado o las particularidades del delito. La tercera parte está dedicada al examen clínico del imputado. Este debe ser lo más completo posible y realizarse con el máximo rigor, atendiéndose a las enseñanzas de la sintomatología médica y de la siquiatría y de la psicología con constantes referencias a las exigencias de la sintomatología criminológica. La cuarta parte del informe pericial debe estar dedicada a la elaboración de los datos históricos, y sobre todo, clínicos, que han sido recogidos en las precedentes indagaciones. Es ésta indudablemente la parte más delicada, porque va dirigida a establecer, entre la eventual enfermedad y el delito, un seguro nexo de causalidad, y si por tal enfermedad el estado mental del reo en el momento del delito era capaz de excluír o disminuír grandemente, sin excluírla, la capacidad de entender y querer. La quinta parte está destinada a las conclusiones".

Infortunadamente estas elementales reglas no fueron tenidas en cuenta por el Médico Forense, por eso su conclusión resulta inmotivada, sin nexos con la verdad procesal en cuanto al comportamiento anterior al delito del sindicado, lo que pudo inducirlo al mismo, ni en cuanto a su conducta posterior; así la dinámica del delito queda trunca y el conocimiento de su personalidad y de la anormalidad mental notoriamente deficiente. Cómo, con ese dictamen, hacer un pronóstico de la peligrosidad del agente cuando no se hizo un estudio motivado de la personalidad del delincuente bajo el triple aspecto antropológico, psíquico y moral; ni se examinó la vida anterior del procesado al hecho delictivo; ni se hizo estudio de la conducta posterior del agente una vez cometido el delito; ni de los móviles o calidad de los motivos; ni tampoco del hecho delictivo que se presenta peligroso para la sociedad? "Si el dictamen no está motivado, —anota MITTERMAIER, "La Prueba en materia Criminal, 8ª edic., pág. 165)— el juez no ve en él más que una opinión puramente arbitraria, que no podría satisfacerle. Si a su vez los motivos no son otra cosa en el fondo que aserciones sin fundamento racional, si parecen traídos con ligereza y sin trabazón entre sí, o también las premisas sentadas parecen deben producir otras consecuencias diferentes de las que se han sacado de ellas y acusar a los peritos de haber violado la lógica, el juez no puede admitir una decisión que así peca por su base". No otro es el espíritu del artículo 278 del código de Procedimiento Penal cuando preceptúa que "el dictamen del perito no es por sí plena prueba. Debe ser apreciado por el juez o el funcionario instructor, quienes para acogerlo o desecharlo, total o parcialmente,

ha de expresar clara y precisamente las razones en que se funda su decisión". Y el sistema para la apreciación de esta prueba no debe ser otro como lo dice GUSTAVO HUMBERTO RODRIGUEZ ("Pruebas Criminales", T. II, pág. 282) que el de la sana crítica. "¿Cuáles son esas reglas de la sana crítica? Como lo ha recordado Amílcar Banos citando a la doctrina argentina, las reglas de la sana crítica "no son otras que las de la lógica, basadas en la ciencia, en la experiencia y en la observación, que conducen al juez a discernir lo verdadero de lo falso, o a criterios normativos (reglas, pero no jurídicas) que sirven al hombre normal, en una actitud prudente y objetiva (sana), para emitir un juicio de valor (estimar, apreciar: crítica) acerca de una cierta realidad". Son, pues, los principios de la lógica y de las ciencias, las enseñanzas de la psicología práctica y los juicios de la vida social. Las pruebas tienen sus propias leyes, y ellas son las de la sana crítica". Op. Cit.

Dentro de una apreciación lógica de los elementos de convicción del proceso y el fundamento científico de los médicos del Hospital Mental de Antioquia, la Sala no puede menos que desechar el concepto del médico forense de fls. 76, aceptado que *Héctor Javier Jaramillo Moncada padece una esquizofrenia paranoide.* Sólo así se explican sus impulsos imprevistos, sus descargas motrices "que convierten a estos enfermos en seres peligrosísimos, ya que eluden toda posibilidad de previsión" al decir de ALTAVILLA ("La Dinámica del Delito"), agregando que "a veces sus actos son tan extraños a su personalidad afectiva, por los residuos que pueden subsistir en ella, que algunos enfermos tienen la impresión de que el delito lo han realizado manos distintas de las suyas". Esta conclusión que encuentra respaldo como ya se ha dicho, en las constancias del proceso y en la de los peritos médicos del Hospital Mental lleva a otra de mayor consecuencia: la de ubicar al procesado dentro de las prescripciones del artículo 29 del C. Penal según el cual "cuando al tiempo de cometerse el hecho se hallare el agente en estado de enajenación mental o de intoxicación crónica producida por el alcohol o por cualquier otra sustancia, o padeciere de grave anomalía psíquica, se aplicarán las sanciones fijadas en el capítulo II del Título II de este libro", vale decir, las llamadas "medidas de seguridad".

Sabido es que la disposición anteriormente transcrita contempla tres categorías de enfermedades mentales: la enajenación mental; la intoxicación crónica y la grave anomalía psíquica. Importa ahora, a los fines de esta decisión, determinar en dónde encuadraría la esquizofrenia paranoide que padece el procesado Jaramillo Moncada. Siguiendo la definición de NERIO ROJAS ("Medicina Legal y Siquiatría Forense", 6ª edic., pág. 581), acogida por la jurisprudencia colombiana, por enajenación o alienación mental se entiende "el trastorno general y persistente de las funciones síquicas, cuyo carácter patológico es ignorado o mal comprendido por el enfermo, y que impide la adaptación lógica y activa de las normas del medio ambiente, sin provecho para sí mismo ni para la sociedad". Esa definición presenta como notas

características: trastorno general de las funciones síquicas (inteligencia, memoria, voluntad, imaginación, vida afectiva, etc.); persistencia en la alteración integral del siquismo; inconsciencia de quien padece la enfermedad, por ignorancia de sus causas o errada interpretación de las mismas; conducta notoriamente anormal y contraria a las normas éticas y lógicas de la vida social; y, ausencia de beneficio social o individual de esa anormal conducta que resulta generalmente nociva por ambos aspectos.

Deliberadamente la Sala no se detendrá en la 'intoxicación crónica' por ser un estado psicopatológico ajeno a este proceso, limitándose únicamente a decir que el concepto se refiere a las toxifrenias y que por tanto supone en el sujeto agente la existencia de ciertos trastornos anímicos o perturbaciones de la mente de variada naturaleza, los cuales se presentan como consecuencia de la ingestión continua y excesiva de sustancias venenosas como el alcohol, la morfina, la cocaína, la marihuana, etc., que se expresan en lesiones cerebrales.

Según VICENTE LAVERDE APONTE, una anomalía síquica 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 aguda de hiperemotividad, reacciones explosivas o de corto circuito, etc.). (cfr. "Temas Penales y de Procedimiento Criminal". pág. 4 y s.s.). Entre la enajenación o alienación mental y la anomalía síquica grave —expresa ARENAS, ("Comentarios al Código..., Parte general", pág. 318)— no hay diferencia de calidad sino de cantidad. Todos los enajenados mentales padecen de grave anomalía síquica, pero puede haber personas que sufran de grave anomalía síquica sin que sean verdaderos enajenados mentales.

Las diferencias de grado pueden puntualizarse así: a). En la enajenación mental el trastorno de las funciones síquicas es de carácter general; en la grave anomalía síquica es parcial y por eso mismo permite que el paciente viva en sociedad donde su grave dolencia puede pasar muchas veces inadvertida. b). En la enajenación mental la alteración de las facultades síquicas es permanente.

La grave anomalía síquica es transitoria como ocurre en la embriaguez patológica en la cual la persona, una vez desaparecida la intoxicación alcohólica vuelve a la normalidad. c). En la enajenación mental el enfermo no tiene conciencia de su mal, desconoce las causas de sus trastornos síquicos o los interpreta equivocadamente. En la grave anomalía síquica, por el contrario, el enfermo puede tener conciencia de su dolencia y conocer las causas de su anormalidad síquica... (op. cit.). Es la esencia de la grave anomalía síquica la transitoriedad del estado, por oposición o contraste con la enajenación mental, que es de por sí una enfermedad mental de carácter general y persistente

y que por ello requiere un tratamiento científico apropiado para que desaparezca. Este es criterio reiteradamente sostenido por la jurisprudencia. Pues bien: la esquizofrenia paranoide tiene las notas características de la alienación o enajenación mental pues que ella entraña un trastorno general y persistente de las funciones síquicas (inteligencia, memoria, voluntad, imaginación, vida afectiva) que impide la adaptación lógica a las normas del medio ambiente. En la esquizofrenia simple, a diferencia de la paranoide, no hay delirios persecutorios.

"Existe un debilitamiento mental progresivo, con alteración de los mecanismos del pensamiento, de los afectos y de los actos, que en los desórdenes de la actitud y de la conducta revelan su morbosidad, sus atipias, sus trabas: "...En el enfermo paranoide las funciones vitales parecen en peligro continuo, y de ahí su permanente actitud de defensa contra el presente y el futuro; así se explica el que se hable de esquizofrenia 'paranoide'., precisamente porque esta forma da pábulo a delirios persecutorios. El enfermo se forma una causalidad adaptada a su situación mental, aglutinada y fragmentaria, que contribuye a esa desorientación y a esa disociación que son notas características y comunes de todas las formas; de modo que, y digámoslo con Guiraud, en el primer período, el enfermo es capaz de cierto pensamiento lógico, pero desprovisto de colorido afectivo; en el segundo, que absorbe toda su afectividad, toma el aspecto de quien se encuentra en lucha penosa y constante contra los obstáculos".

"Si de la etiología pasamos a la sintomatología, podemos decir con Binswagner *que la forma paranoide se caracteriza por una formación progresiva y abundantísima de ideas delirantes, que empieza después de un breve período prodrómico de naturaleza depresiva, que asume bien pronto las formas más fantásticas y absurdas, reforzadas por delirios* ricos en fenómenos ilusorios y alucinantes". "...El esquizofrénico paranoide se revela en la tonta narración que hace de los ridículos motivos con que trata de explicar su delito. Así se explica que en muchos casos los actos parecen inmotivados, pues se trata de simples reacciones motrices y de ilusiones y alucinaciones de contenido hostil, que hacen que el enfermo se lance de improviso contra la primera persona que vea, por un simple mecanismo reflejo, sin que pueda realizarse ningún movimiento inhibitorio". (ALTAVILLA. op. cit.).

El doctor GERMAN DIAZ LOPEZ haciendo la diferenciación entre anomalía síquica y enajenación mental en un proceso criminal en donde actuó como perito (causa contra Carlos Enrique García) expresó: "El antiguo código penal, inspirado en la escuela clásica, solo comprendía a los llamados alienados, palabra que en castellano se refiere a los locos; dentro del estatuto penal actual el art. 29 del C. Penal comprendió a los delincuentes afectados de grave anomalía síquica y a los que delinquen en estado de enajenación mental, lo que a simple vista podría aparecer como una redundancia; pero el legislador quiso señalar dentro del término enajenación mental a los individuos que pudiéramos llamar manicomiables, es decir, a quienes por razón de un trastorno de la mente permanente es necesario recluír en un frenocomio, para protegerlos contra sí mismos y para proteger a los asociados; así por ejemplo, un individuo con una manía aguda, *un esquizofrénico delirante o catatónico, es un enajenado mental* y su reclusión en un centro de vigilancia y tratamiento se impone, so pena de que mate a alguno en la calle, cause daños contra las cosas o se suicide; mientras que un anómalo síquico grave, siendo igualmente un desequilibrado de la mente, no delinque sino en circunstancias especiales, y más aún, si no media un estímulo directo, no delinque..." *.

Partiendo de la base, entonces, que Héctor Javier Jaramillo Moncada es esquizofrénico paranoide y por tanto enajenado mental, la medida de seguridad que con él debe tomarse no es otra que la reclusión en el manicomio criminal conforme lo indica el art. 63 del C. Penal, pues además de su estado patológico al tiempo de cometer el hecho, (alienado), consumó un delito que tiene señalada pena de presidio y ese estado de alienación lo hace especialmente peligroso. Esa reclusión no puede ser menor de dos años, según lo dispuesto por el art. 64 ibídem y no podrá cesar sino mediante el cumplimiento de las condiciones allí señaladas.

Al procesado no se le puede abonar el tiempo que lleva en detención preventiva al que se fija como mínimo de la sanción, no solo porque el art. 96 del C. Penal se refiere a penas y no a medidas de seguridad, sin que sea procedente la aplicación analógica que desnaturalizaría la finalidad del internamiento en el manicomio criminal, que no es otro que el tratamiento médico-siquiátrico, sino además, porque Jaramillo Moncada ha estado detenido en la cárcel común de "Bellavista", en donde no se le ha brindado el cuidado científico que su enfermedad requiere. Sobre este particular aspecto la Corte en forma reiterada ha dicho:

"El tiempo que lleva en detención preventiva el procesado, no puede abonarse al que se fija como mínimo de la sanción, en este fallo, porque el art. 96 del Código Penal, alude a penas y no a medidas de seguridad. Esta norma, en efecto, dice: "El tiempo de la detención preventiva se tendrá como parte cumplida de la pena privativa de la libertad...". La aplicación analógica no procede, por lo que pasa a observarse.

"El fin mismo de la medida de seguridad que se examina, o sea el de tratar o readaptar al alienado mental, intoxicado o perturbado síquico mediante reclusión, según el caso, en el manicomio criminal o en la colonia agrícola especial, al menos por los plazos señalados en el artículo 64 del Código Penal, resultaría inoperante si se tuviese como parte cumplida de la sanción el término de la detención precautelativa, pues no es durante ese lapso, por lo general, cuando el anormal recibe el tratamiento pertinente.

---

* **Este dictamen puede verse en el Foro Histórico de esta revista, en el número 1, Octubre, Noviembre, Diciembre de 1978, Págs. 86 y 87. Nota del Director.**

"Otra cosa es si la encarcelación preventiva se ha cumplido en un manicomio criminal o en una colonia agrícola especial, pues en estos supuestos ese tiempo bien puede tomarse como parte de la reclusión que reglamentan los artículos 62, 63 y 64 del Código Penal" (G.J.T. CXVIII (BIS) Nº 2283 (BIS) (pág. 159, octubre 18 de 1966; auto de noviembre 7/66; Sentencia de 9 de agosto de 1972 publicada en "Derecho Colombiano" Nº 129).

En este orden de ideas la sentencia recurrida habrá de confirmarse pero con la sustancial *reforma* de que a Jaramillo Moncada *no se le sancionará con la pena de presidio* por el término de cinco años, en un establecimiento carcelario, *sino que se le impondrá medida de seguridad,* específicamente, la reclusión en el manicomio criminal por un término no menor de dos años, que empezará a contarse desde la fecha en que se efectúe su traslado al establecimiento de la clase indicada que designe el gobierno a través de la Dirección General de Prisiones. Dicha reclusión durará el tiempo que sea necesario para que el enfermo deje de ser peligroso para la sociedad y cesará en la forma indicada en el art. 64 del C. Penal, en armonía con el 680 del C. de P. Penal.

Las penas accesorias impuestas en la sentencia se revocarán, pues no tienen razón de ser dado que se impone una medida de seguridad. Ley 16 de 1969, art. 12.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, obrando en desacuerdo con el señor Fiscal 5º colaborador, *CONFIRMA* la sentencia de que se ha hecho mérito, de la fecha y procedencia indicadas, con la sustancial *REFORMA* de que Héctor Jaramillo Moncada queda condenado a reclusión en manicomio criminal, por un término no menor de dos años, que empezará a contar desde la fecha en que se efectúe su traslado al establecimiento de la clase indicada que designe el Gobierno, en lugar de la pena de presidio por el término de cinco años impuesta en la sentencia que se revisa. Dicha reclusión durará el tiempo que sea necesario para que el enfermo deje de ser peligroso para la sociedad y cesará en la forma indicada en el art. 64 del C. Penal, en armonía con el art. 680 del C. de P. Penal. *REVOCA* las penas accesorias impuestas en la sentencia, por las razones dichas en la parte motiva, en su lugar absuelve al sindicado en relación con ellas.

Aprobada en la fecha, según acta Nº 92.
COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE.
23 octubre de 1979.
Los Magistrados,

Jaime Taborda Pereáñez

Edgar Tobón Uribe — *José Aguilar Pardo*

Alberto García Quintero
Secretario.

LEGITIMA DEFENSA Y DUDAS SOBRE SU EXISTENCIA.

Dr. Juan Fernández Carrasquilla

En la *legítima defensa* no se protege únicamente el bien jurídico del atacado, sino también la supremacía del orden jurídico frente al injusto. Por eso las dudas deben favorecer al agredido y no al agresor.

V I S T O S :

Revisa el Tribunal, por el grado legal de la consulta, el interlocutorio del 17 de enero de 1980, por medio del cual el Juzgado Primero Superior de Medellín sobreseyó definitivamente al procesado JUAN GUILLERMO CASTAÑO ARCILA, sindicado de "Homicidio", por considerar que había actuado en legítima defensa (objetiva) de su vida al dar muerte violenta a *Carlos Mario Jaramillo,* según hechos ocurridos en la vecina población de Envigado (Ant.), el 17 de agosto de 1978.

Con toda razón, la justificante se ha admitido desde el momento de resolver la situación jurídica del procesado. Concepto favorable a ella emitió el señor Fiscal de la primera instancia y en este mismo sentido se pronunció el de la segunda, quien, luego de examinar con gran cuidado y serenidad el recaudo probatorio, concluye por citar, en respaldo de su demanda de confirmación del auto consultado, una providencia de esta misma Sala en donde se analizó el espinoso tema de la legítima defensa del hombre de bien y de paz frente al malvado y pendenciero. Expone el diligente representante de la sociedad, al describir el hecho mismo y sus trascendentales antecedentes:

"A mediados de noviembre de 1976, dentro del establecimiento de cantina denominado "PALOMAR", ubicado en la zona urbana del municipio de Envigado, cuando Manuel Uribe Arcila, recibía un cambio de $ 200.00 de manos del administrador Juan Guillermo Castaño Arcila, se presentó Guillermo Lotero, despojando a Uribe de la suma de cien pesos ($ 100.00). Este formuló la denuncia y como prueba de cargos ofreció la declaración del administrador del establecimiento de heladería. Lo anterior, le valió a Guillermo Lotero, una reclusión en la cárcel de la localidad, cobrando hacia el único testigo, Juan Guillermo Castaño, marcado odio y sus firmes intenciones de venganza, fs. 10, 25, 25 vto. 34, 37, 52v., 89 y 98 vto. Una vez Lotero obtuvo su libertad, se dio a la tarea de injuriar a Castaño, lo mismo que su prometida, empleando los términos más ofensivos, obligando al sindicado a propinarle unos

golpes de peinilla lo cual aparentemente retiró al gratuito enemigo. Acicateado por el odio, buscó la colaboración de un sujeto ampliamente conocido por sus desmanes, con fama de indeseable, marihuanero, con antecedentes, violento, quien se identificó con Lotero en sus pretensiones homicidas, pues agrégase, que siempre acostumbraba portar arma. Sucedió que el día 17 de agosto de 1978. siendo alrededor de las siete y media de la noche, cuando el procesado se hallaba recostado en el muro de la casa conservadora, ubicada en el parque de la localidad, observó la presencia de Lotero y Jaramillo, y éste se vino directo hacia él "y cuando había llegado a la mitad de la calle se echó la mano a la cintura para sacar revólver o el arma, entonces cuando yo vi que me iba a sacar arma yo le pegué dos tiros...". Sabemos que la confesión debe ser espontánea, verosímil, determinada, precisa y explícita y que el sindicado, de acuerdo con la indagatoria, fs. 10 y s.s., virtió una confesión cualificada, vale decir, acepta el hecho material —muerte de Carlos Mario Jaramillo, en las circunsiancias conocidas— pero alega a su favor un motivo justificante, cuestión que incide en el fenómeno de la divisibilidad e indivisibilidad de la confesión. Después de analizar detenidamente los antecedentes que generaron la tragedia: examinar con especial escrúpulo las personalidades de los protagonistas, uno un hombre de bien y el occiso, una mácula para la sociedad; comprobar que la prueba arrimada, de las personas que presenciaron el hecho, corroboran la causal invocada por Castaño, concluímos que éste ha sido veraz al confesar el hecho delictivo, no con un criterio mecánico, sino crítico. El procesado fue humillado, inferiorizado, herido en su sentimiento varonil y amenazado por Guillermo Lotero. Posteriormente por éste y Carlos Mario Jaramillo, que gozaba de inquietante fama en la ciudad de Envigado, por sus desmanes y violencias. Sobre este particular, basta leer las citas que se han consignado en el cuerpo de este concepto".

Cierto que ninguno de los testigos oculares percibió el ademán agresivo de la víctima, a excepción de Fernando Castaño Arcila, hermano del victimario. Cierto también que al occiso no se le encontró arma alguna, pero esto no prueba que no la tuviera porque su cuerpo fue movilizado por particulares y curiosos en el marco de la plaza de Envigado y luego en la misma forma trasladado a una clínica particular, en donde estuvo rodeado de parientes y amigos antes que la autoridad acudiese a practicar el levantamiento del cadáver. No era, con todo, necesario que el interfecto portara realmente un arma para que se advitiera la defensa justa de parte del sindicado, ya que a éste le bastaba con que objetivamente el agresor hubiese creado, como en verdad creó, un clima de hostilidad en que la agresión se hiciera inminente y cierta para cualquier observador razonable. Castaño tenía derecho a creer razonablemente que su enemigo portaba arma de fuego, pues portarla era su costumbre, lo mismo que amenazar con ella a sus plurales y gratuitas víctimas. Tampoco estaba Castaño obligado por el Derecho a esperar un comienzo objetivamente indiscutible de la agresión, pues la amenaza de la misma había entrado en juego

desde tiempo atrás y se había concretado con vehemencia esa misma tarde; y dado que se enfrentaba a un sujeto agresivo y peligroso, tenía necesariamente que buscar la oportunidad de salir adelante para que su reacción defensiva no fuese tardía o insuficiente.

Al agredido no lo obliga el derecho a valerse de medios de dudosa eficacia, ni a esperar que la amenaza concreta y seria cristalice en acometimiento, pues en ambos casos el bien del agredido llevaría las de perder frente al agresor y en todo caso el derecho estaría retrocediendo ante el injusto o privilegiándolo irracionalmente. Indispensable es destacar que en la legítima defensa no se protege únicamente el bien concreto e individual puesto en peligro por la injusta agresión actual o inminente, sino que también se afirma la prioridad del orden jurídico frente a las pretensiones de su desconocimiento. "El fundamento de la eximente es, efectivamente, doble. Tiene un lado individual, consistente en la *necesidad de defensa del bien jurídico particular*, y un lado supraindividual: *la necesidad de defensa del orden jurídico*", escribe con razón LUZON PEÑA (Aspectos esenciales de la legítma defensa, pág. 79), quien advirte luego que en todo caso la defensa general del orden jurídico solo puede actuarse, por medio de la legítima defensa, a través de la defensa de un bien particular puesto en peligro por una agresión injusta (pág. 81). Esto explica por qué la legítima defensa ostenta, frente al estado de necesidad, el privilegio de no estar sometida a la ponderación de bienes, ya que, *si es necesario*, el agredido puede sacrificar un bien mayor que el bien amenazado, dentro del racional principio de la *mínima lesión posible*. Esto explica también por qué la defensa justa no es subsidiaria de la protección del Estado, sino que puede ejercerse en presencia de la autoridad y aún contra ésta. También se explica así que las dudas sobre su existencia, *agotada la investigación*, en el ciclo pertinente, se resuelvan según el principio *pro societatae:* en favor del Derecho y no del injusto, aunque en el caso este principio general coincida en sus consecuencias con el *pro reo* que rige en el tratamiento de las pruebas penales. Si así no fuera, la propia ley no habría creado el instituto de la defensa presuntiva, amén de que es palmario que el Derecho no puede negarse autoprotección en favor de su negación que es el injusto.

Las dudas insalvables que se resuelven contra la legítima defensa, representan en definitiva una decisión del Derecho en contra de sí mismo y en favor del entuerto. Ello es absurdo porque pone la protección jurídica al lado de la injusticia y no del orden jurídico, del agresor y no del agredido, lo cual representa una inversión de todos los valores y de toda razón, inversión que agrega al crimen de la agresión la atroz injuria de su protección jurídica. Un pensamiento así deja a los bienes jurídicos en el más asombroso abandono, desanima a los ciudadanos rectos, desestimula la vocación por el bien y la justicia y, contrariamente, propicia la delincuencia y favorece la violencia del malvado, sembrando en la sociedad agudos y peligrosos sentimientos de inseguridad y zozobra.

En un clima así, los ciudadanos se tornan cobardes y mezquinos, incapaces de defender sus derechos, tanto o más temerosos del Derecho que del delito. Es entonces cuando el crimen prospera con la mayor eficacia, pues si no puede decirse que el Derecho está con él, sí resulta indudable que está contra los que a ese crimen se oponen con valor y riesgo. Difícilmente puede pensarse en algo más criminal que tratar como criminal a quien, enfrentándose al delito, defiende la prevalencia absoluta del orden jurídico y combatiendo el injusto contra sus bienes hace prevalecer la justicia general. Ese crimen se comete cuando, para desvirtuar el indicio de antijuricidad que se desprende del cumplimiento de los tipos cerrados, se invierte la carga de la prueba y se exige al agredido (sindicado) una prueba imposible o diabólica de la objetiva necesidad de su defensa. Ese crimen se comete también cuando, resolviendo las dudas fácticas contra la legítima defensa (y por tanto contra la sociedad, contra el Derecho y contra el agredido-sindicado), se evoca a quien se defiende a los terrores de una larga detención procesal, a las vicisitudes de un juicio penal, o a los inmisericordes padecimientos de una condena. Por ese camino los hombres de derecho llegan a preferir el mal del delito al incomprensible bien de una justicia que los encarcela por defenderse, o por no poder probar una agresión que muchas veces no previeron y para cuya ejecución naturalmente los criminales no buscaron testigos, ni dejaron pruebas preconstituídas, ni llamaron previamente la atención de los eventuales espectadores para que la percibieran y certificaran. Por ese camino se crea la nociva actitud ciudadana de preferir los males que les infligen los delincuentes a los más graves que les infiere una mala justicia. Y entonces, cultivada por el doble abono de la temerosa y pasiva actitud de los titulares de los bienes jurídicos y de la decisión judicial segura o probablemente adversa a los intereses del agredido (y por tanto, inexorablemente, favorable a los del agresor que así deviene santificada víctima), se acrecienta en la sociedad el crimen, se agiganta y envalentona la violencia, crece la impunidad, se magnifica la zozobra, se privilegia la injusticia so pretexto de administrar justicia y, en suma, se invierten y desvertebran los más importantes valores regentes de la ordenada, pacífica, solidaria y segura convivencia comunitaria. Nada propicia más la impunidad que una mala justicia, porque a su sombra prospera el crimen y se desvanece el valor oponente de quienes lo repudian.

Para combatir y prevenir tan dantesco horizonte, se decidió esta Sala a signar la doctrina que el señor Fiscal cita y que, en lo que tiene de aplicable al caso de autos, reza:

"Pero se ha querido negar la proporción del contra-ataque. Se sabe, empero, que no hay reglas absolutas y matemáticas para medir tal requisito, sino que la existencia del mismo debe apreciarse a la vez objetiva y subjetivamente, atendida la totalidad de las circunstancias del caso, tanto las concomitantes como las precedentes. Zafra decía que es un factor que hay que apreciar sobre todo de manera subjetiva, lo mismo que la necesidad de la

defensa, porque sólo el que se defiende sabe, en el sobresalto de su temor y de su angustia, cómo puede conjurar con eficacia el mal que lo amenaza. Una cosa es cierta: el derecho no obliga al agredido a valerse de medios inciertos, según acota Maurach. Pero también es evidente que el derecho no puede obligar al hombre de bien a soportar indefinidamente las injurias y agresiones ajenas, ni tampoco a medir sus fuerzas o sus armas de igual a igual con un malvado. Si esto último se exigiera, el hombre pacífico, sin experiencia en la reyerta, estaría siempre de antemano perdido de modo casi irremediable y entonces siempre triunfaría la injusticia. Para compensar la audacia psicofísica, la ventaja mental y la experiencia del agresor habitual o temerario, el derecho tiene que conferir al atacado honesto la posibilidad de una ventaja para poder tener siquiera una *chance* de proteger sus bienes. Si el orden jurídico procediera de otra manera, la paz social no podría estar tutelada de modo adecuado. No se puede, pues, exigir a un hombre de bien, pacífico y honrado, que se mida en combate cuerpo a cuerpo con un pendenciero consuetudinario o con un malandrín. Frente a este último, el primero está autorizado, y tiene que estarlo mientras impere el buen sentido de la justicia, a reaccionar con medios de eficacia suficiente para compensar sin graves riesgos su perversidad y su osadía. Para apreciar la proporcionalidad hay que tener en cuenta, claro está, la comparación entre los medios empleados por el agresor y los disponibles para el agredido, pero también la calidad moral de las personas enfrentadas" *.

Por haberse apartado de ese mismo horizonte, tenebroso y tempestuoso, por haberse salido de ese ambiente gazmoño y repugnante en donde el injusto tiende a prevalecer sobre el Derecho, es por lo que resultan loables las decisiones valientemente tomadas en este proceso por el instructor y por el a-quo, quienes resolvieron (sin decirlo) las dudas en favor de la legitimidad y no de la injusticia, no exigieron del agredido pruebas diabólicas y se atuvieron al contexto racional de los hechos más que a los hechos en bruto. Porque la violencia que con la defensa se puede justamente repeler no se limita al acometimiento, ya que del carácter violento de éste nadie duda, sino que llega hasta la inminencia verosímil del ataque, que ciertamente es la violencia que aún no ha comenzado pero podría comenzar en el acto, según apreciación razonable del agredido. Si ante un contexto así, plagado de circunstancias que casi a cualquiera hubieran conducido a ese convencimiento, el agredido se equivoca al fin de cuentas, esto no lo saca del terreno de la defensa legítima para lanzarlo al de la putativa (error esencial de hecho), ya que con tales errores debe cargar el agresor y no el agredido. Es que en un caso así la violencia sí ha existido, no como actualidad sino como inminencia y sobre este último aspecto no puede tildarse de errónea la razonable apreciación del atacado.

---

* **Esta Providencia ha sido publicada en la Revista Nuevo Foro Penal Nº 3, Abril, Mayo y Junio de 1979, Págs. 78 a 83: "Legítima Defensa. Proporción entre ataque y reacción. Defensa de un hombre justo frente a un sujeto peligroso". Nota de la Dirección.**

Pero es más: Juan Guillermo Castaño no sólo defendió su vida e integridad personal contra una violencia que las circunstancias históricas y biográficas habían hecho inminente, sino que, incluso antes de esos bienes, defendió el derecho a su tranquilidad y defendió también su honor. Su honor, contra las continuadas agresiones verbales del occiso y contra la tacha eventual de aparecer socialmente como un cobarde indigno si no se enfrentaba de una vez a su injusto perseguidor; su tranquilidad, porque en el ambiente de inseguridad creado por los reiterados atropellos y las permanentes amenazas de Carlos Mario Jaramillo, la vida social y jurídica del agredido venía haciéndose poco menos que imposible: insoportable. Violento no es tan sólo el acometimiento contra la vida misma, sino también el atentado grave contra las condiciones que le hacen posible, segura y deseable desde el punto de vista de los valores de convivencia protegidos por el orden jurídico. Con ese agregado, pues, se confirmará la providencia de que se trata.

Podría a alguien inquietar la apariencia de que esta doctrina contradice la ya añosa jurisprudencia nacional de que toda sombra de duda o matiz que la perturbe, sirve para probar que la legítima defensa no existió, pues ésta es un derecho y como tal debe probarse plenamente en juicio. En el fondo no existe, sin embargo, tal contradicción, pues aunque la vieja y civilista sentencia no admita la declaración de legítima defensa cuando hay sobre su existencia dudas probatorias, en modo alguno afirma o sostiene —como lo han interpretado erróneamente muchos jueces— que en tal supuesto deba proferirse condena (u otra decisión desfavorable al acusado). Este último planteo que, se repite, no emana de la tesis de la H. Corte Suprema sino de su judicial desinterpretación, sería abiertamente ilegal, pues en contra del artículo 216 del C. de P. P., resolvería las dudas probatorias contra el reo y no en su favor. Es claro que si hay dudas sobre si el reo obró o no en legítima defensa, las hay también sobre su responsabilidad, pues frente a uno de los elementos esenciales del delito (la antijuridicidad) hay perplejidad insalvable. Y no habiendo sobre el delito y la responsabilidad una prueba completa sino insuficiente, resulta imperativo e ineludible aplicar el *favor rei*.

Así, entonces, de acuerdo con el distinguido señor Fiscal, el Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, *CONFIRMA* el auto de fecha, origen y contenido indicados, *con la adición* especificada poco antes.

Aprobado acta Nº 16 de la fecha.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE.

14 de abril de 1980.

Los Magistrados,

Juan Fernández Carrasquilla

Fernando Gómez Gómez *José Luis Gómez Pérez*

Alberto García Quintero

Secretario.

DOSIS PERSONAL DE MARIHUANA.

Las graves penas de presidio que prevé el artículo 38 del Decreto 1188 de 1974 se dirigen a la represión de los narcotraficantes y las benignas de arresto al control de los toxicómanos que no sean intoxicados crónicos (pues de serlo se aplicaría el artículo 29 del C.P.). Severa injusticia comete el Juez que le aplica al uno (toxicómano) la pena del otro (narcotraficante), pues ello es contrario al principio de culpabilidad. De otra parte, la ley vigente no determina la cantidad que constituye *dosis personal* y por tanto la noción de ésta tiene que ser *cualitativa:* la cantidad (cualquiera) destinada al consumo personal. Esa cantidad varía en virtud de múltiples factores, pero su determinación aritmética y fija es siempre arbitraria frente al E.N.E. En esa determinación el dictamen médico legal, estando bien expedido, es prueba secundaria, mientras que resulta como principal la prueba del ánimo o fin del agente, prueba en la que la cantidad incautada es ella misma un indicio importante.

Ponente, Dr. Juan Fernández Carrasquilla

Nota: El hecho que originó la providencia consistió en la incautación a un sujeto de marihuana en cantidad superior a la normalmente considerada por el Instituto de Medicina Legal como dosis personal. El procesado fue condenado a tres años de presidio, pero el Tribunal modificó la sentencia con base en las consideraciones que se insertan. Resulta de interés transcribir el concepto fiscal, al menos en algunos de sus apartes.

Concepto del señor Fiscal 10 del Tribunal Superior, Dr. Guillermo Escobar Mejía *.

"Lo dicho por los médicos, también pertenece a los Jueces. Ellos están obligados, cuando el moderamen probatorio así lo indique, a entender cuando una cantidad será consumida GRADUALMENTE en dosis personal, y cuando no...

*** El concepto fué emitido en Febrero 8 de 1980; sin embargo la misma Fiscalía había sostenido idéntica tesis en concepto de Enero 22 de 1980, el cual a pesar de no ser acogido por la Sala del Tribunal de la que actuó como ponente el Dr. Fernando Gómez G., en Marzo 11 de 1980, marcó un hito fundamental en pro de la tesis que hoy se abre camino.**

"La cita que se hace de las legislaciones de: México, Canadá y Estados Unidos, en lugar de ser un argumento de legislación comparada que aplasta nuestra interpretación, constituye un apoyo: Significará, a lo sumo, que, en aquellos países, los médicos y los jueces no necesitan recordar que hay una operación aritmética, la división, que, aun cuando no lo creamos, también pertenece a los marihuaneros crónicos.

"Y más hemos de decir: Es falso, para quien estudie, con respeto y devoción, el Estatuto Nacional de Estupefacientes, el pensar que su espíritu es cicatero con los intoxicados crónicos y sólo pretende, como medida social, el llevarlos a las cárceles. Por el contrario: Su angustia fue notable en relación con este problema que ellos, los redactores del Estatuto entendieron de siempre, en cada una de las sesiones, no como un problema cuya solución fuese la represión, sino como un problema de salud pública, que exigía penológicamente tan sólo un arresto que pensaron serviría para obligar al sujeto enfermo a someterse a tratamiento de desintoxicación. Y para estos intoxicados crónicos, elaboraron el capítulo 8º, utópico en un Estado horro de sensibilidad social, que habla de "tratamiento y rehabilitación".

"Pensar que los ilustres redactores del Estatuto Nacional de Estupefacientes, al redactar el inciso 2º del Art. 38 que sanciona al sujeto que "lleva consigo" lo correspondiente "a una dosis personal", exigían, para la aplicación del mismo, la balanza física de "DECYPOL" o del Instituto Médico-Legal, usureros científicos del 1,5, es ignorar que su lúcido criterio, fue el siguiente: "En el primer evento (se refiere a la dosis personal) la sanción será más benigna *PORQUE ESTA DESTINADA AL AGENTE;* la segunda, indica que el agente *ESTA DESTINADO AL TRAFICO DE DROGAS O SUSTANCIAS Y LA SANCION ES MAS GRAVE".* (Tomado de las Actas de los redactores del Estatuto. Traídas por la revista "Temas de Derecho Penal Colombiano", Nº 12, 1973).

"Por tanto, hace falta predicar un espíritu crítico en los señores Jueces, para que no se sumen, mecánicamente, a los dictámenes médico-legales que se inspiran en el singular criterio del Instituto Médico-Legal de Medellín, dañino, inclusive, para los médicos legistas, porque con esta formalidad de cuantificar merced a una balanza, han llevado a un facilismo pernicioso que les ha hecho olvidar el examen del sindicado-paciente y su historia clínica. Los jueces, a su vez, con ESTOLIDEZ, no han resistido la tentación del facilismo mental y ello es grave, porque está bien ser hedonista en nuestra vida íntima o personal, pero muy mal está el ser epicúreo a costa del estoicismo de los caídos.

"Retornando al caso sub-júdice, cabe afirmar:

"Jairo Restrepo nunca ha sido traficante de marihuana. Lo que dijo en la audiencia, visible a fl. 73, tiene que tomarse, procesalmente, como expresión nítida de verdad "verdadera":

"Sí señor la conozco y la consumo (habla de la marihuana), la conozco desde 1977 más o menos, y yo me fumaba por ahí unos dos o tres puchitos en el día pero cuando tenía plata para comprarla y cuando no no la fumaba".

"Lo único que digo que para el cargo es correcto, pues en verdad en mi vida no había llegado a tener tanta cantidad, pues lo más es que he mantenido en el bolsillo pues ser una o dos papeletas, eso es todo".

"Pues yo la tenía (habla de la marihuana decomisada) con el fin de que al presentarme una oportunidad de comprarla, yo la compré *CON EL FIN DE FUMARLA"* (Mayúcula y subrayas nuestra).

"En fin, todo lo que hizo fue comprar SESENTA PESOS de marihuana, para consumirla GRADUALMENTE: Dividiéndola, en dosis personales.

"Por tanto, la penalidad que se impuso ha sustituído la que legalmente le corresponde: Una pena de arresto que roza el mínimo y una multa, digamos, de doscientos pesos; pudiera ponérsele la de "mil pesos", una u otra, difícilmente podrá pagarlas.

"En conclusión: El fallo ha de ser reformado en este sentido" (págs. 6 a 8).

— — —

Las consideraciones del Tribunal fueron las siguientes:

Es incuestionable que el artículo 38 del Decreto 1188 de 1974 está sobre todo destinado a la fuerte y justa represión del tráfico de estupefacientes. Este artículo fue precisamente rotulado con el nombre de "tráfico" por la Comisión Redactora. Tras discutir las diversas modalidades típicas propuestas, a petición del Dr. Reyes la comisión incluyó la conducta "llevar consigo", reduciendo la pena sensiblemente si se trataba de una dosis personal. Cuando la cantidad fuere superior, según el sano criterio de la comisión, habría que presumir el fin de tráfico y reconducir la imputación a otra de sus formas típicas, según los casos. Pero sí quedó completamente claro en las actas que el fin del estatuto es reprimir severamente a los narcotraficantes, en modo alguno aplicar las mismas penas a los toxicómanos no-traficantes. Porque esto, según FONTAN BALESTRA, comportaría una presunción de autoría contraria al derecho penal de culpabilidad: admitir presunción legal de culpabilidad, más bien de autoría, e inversión de la prueba en materia penal es un paso hacia el voluntarismo; un paso grande y peligroso. Por lo demás, el argumento encierra una falacia: *no se condena al traficante, aunque sea un toxicómano, sino al toxicómano aunque no sea traficante.* Es decir, que al primero se le condena por traficante, lo que es justo, y al segundo por toxicómano, lo que es injusto..." (Tres leyes penales federales, pág. 37).

Según su clara, objetiva y racional finalidad, las graves penas del E.N.E. se destinan a combatir el tráfico de estupefacientes. Según la Comisión Re-

dactora, la represión del porte o llevar consigo depende del fin subjetivo que el agente persiga: si el ánimo es de consumo para su propia persona, la pena es benigna porque es remoto el atentado contra la salud pública y porque el sujeto se aproxima más al toxicómano que al traficante. Pero es claro que si se trata de un toxicómano en el grado de intoxicado crónico, se puede estar en presencia de un estado de inimputabilidad, al tenor del artículo 29 del C.P., norma general que no ha sido derogada para estos casos. Lo que no está claro es que siempre que la cantidad portada por el toxicómano o drogadicto exceda de "una dosis personal", el sujeto deba ser tratado punitivamente lo mismo que un verdadero y peligroso traficante. La Comisión tomó la cantidad como un indicativo del ánimo y parece que de la ley se desprende la presunción de ese ánimo en quien lleva una cantidad superior a la dosis personal. Pero esa presunción no es de derecho sino meramente legal y por tanto admite prueba en contrario, pues el justo criterio de la distinción es y seguirá siendo el fin subjetivo del agente: consumir personalmente o traficar. ¿Qué hacer con esas "dosis superiores" en los eventos en que el ánimo de tráfico esté probatoriamente descartado? La solución no puede ser la pena del traficante, pues ella es injusta, sino el acudir a las normas generales del Código Penal sobre concurso y delito continuado, que en estos procesos los jueces tienden a olvidar, pese a la válida remisión del artículo 10º del C.P. vigente, conservada también en el 375 del C.P. expedido para 1981. Una solución distinta resultaría tan contraria al derecho como ajena a los universales principios de la doctrina demoliberal. Según esta última, no se admite la responsabilidad objetiva sino únicamente la subjetiva (principio de culpabilidad al que resultan contrarias las presunciones penales no desvirtuables). Por lo demás, es obviedad de Perogrullo que toda imputación criminal descansa en la correspondencia de los inseparables aspectos objetivo y subjetivo de la conducta típica, no bastando aisladamente ninguno de ellos para fundamentar la punición. Sin embargo, una forma de responsabilidad objetiva es la que los jueces vienen deduciendo al sancionar a los consumidores no traficantes, por el hecho del porte con fin de consumo, como si se tratara de narcotraficantes. Ese modo de proceder no sólo prescinde del elemento subjetivo o psicológico de la infracción, que es su sentido existencial, sino que expresamente la contraviene al tratarlo como su contrario; es decir, se prueba el fin de consumo personal y los jueces proceden exactamente lo mismo que si se hubiera probado el fin de expendio, suministro, comercio o tráfico. Bien dice ZAFFARONI que la interpretación aislada y exegética de preceptos particulares puede llevar a cualquier conclusión, pues no cuenta con el contexto normativo, ni con los principios constitucionales, legales y doctrinales de la sistemática.

A mejor ilustración, conviene recordar el Decreto 701 de 1976, que daba buena cuenta de ese espíritu de la legislación nacional y que fue declarado inexequible simplemente por defectos de forma, en modo alguno por consideraciones médicas, presunciones u otras conjeturas. Según ese decreto, se admitía

como dosis personal una cantidad hasta de 28 gramos de marihuana. Claro que todo límite objetivo o cuantitativo es arbitrario, pero una tan alta cantidad indicaba con claridad y precisión que la finalidad del E.N.E. no era servir como instrumento altamente represivo de conductas poco nocivas de porte para el consumo, sino de arma de control de una delincuencia muy peligrosa —el tráfico de estupefacientes—. Indicaba también que ambas conductas no son equiparables punitivamente. Su inexiquibilidad formal no significa que tan sanos principios se abandonen y deban los jueces suplirlos con bárbaras manipulaciones, sino que la fuente de los mismos ya no lo será la legislación positiva sino la doctrina y la equidad. Lo que en modo alguno se infiere de las normas vigentes es que el poder decisorio sobre tan grave represión se haya legalmente desplazado de los jueces penales a los médicos legistas. Es el juez quien debe apreciar el valor de estos dictámenes, que de ninguna manera deben tomarse como dogmas de la "juris-dictio", al modo romano. La fijación médica de un límite, arbitrario y caprichoso, de 1,5 gramos de marihuana para la dosis personal de este cáñamo, no es obligatoria para el juez, tanto menos si se lo ve como lo que es, o sea una abstracción que prescinde del examen individualizador de los casos. Puede ser que alguna vez la cantidad portada sea tan grande que resulte incompatible con la intención de consumirla, debiendo por tanto inferirse el fin de tráfico, pero este es un asunto probatorio y en todo caso la cantidad no se podrá fijar exacta e invariablemente por vía general. Esto lo podía hacer el legislador y también el reglamentador. Pero al quedar vacante el precepto reglamentario, no por esto habrá de admitirse que el legista decide a su amaño los casos particulares que se le someten y provee por vía general el criterio cuantitativo que la potestad reglamentaria no pudo válidamente mantener en el orden jurídico nacional. Sin embargo, es ello lo que los jueces están admitiendo cándida y acríticamente al recibir y cultivar la costumbre de aceptar sin restricciones ni reservas las *creencias* de los médicos legistas, en cuyas lacónicas experticias vienen ni más ni menos que suplantando al legislador y, tras éste, a los propios juzgadores. Ello apareja la conclusión de que es inadmisible, por arbitrario y carente de racional motivación, así como por contrario a la ley, el dictamen médico-legal que en este caso fijó en un gramo y medio la cantidad de la dosis personal de marihuana, sin tener en cuenta la calidad del paciente, a quien allí mismo se calificó, no obstante, contradictoriamente, como adicto crónico al consumo de dicho vegetal. También es arbitrario, irracional e inadmisible que los médicos se atengan en sus dictámenes al dicho del sindicado, quien en este caso creyó favorecerse con la afirmación de que los ocho o diez gramos de marihuana que se le incautaron se los fumaría en ocho o diez porciones, pues en circunstancias especiales también un solo cigarrillo puede proporcionar más de una porción. ¿Pero qué es la porción? ¿Es acaso una sola fumada, o, en caso contrario, cuántas? Lo que se busca no es la cantidad que habitualmente se consume o puede consumirse, sino la necesaria para satisfacer la adición por un período razonablemente duradero de mitigación de la ansiedad. Pero ello fue lo que los médicos en este caso no

dijeron y en verdad es lo que no dictaminan en ningún caso. Ello exige un examen minucioso y una serie de experimentaciones que no se puedn suplir con el formalismo de una simple entrevista de pretexto y unas cuantas frases de cajón.

Conviene destacar, igualmente, para adobar mejor esta doctrina, que la misma coincide sustancialmente con el artículo 1º del Proyecto de Ley Nº 2 de 1979, según el cual se entiende por "dosis para uso personal" la "cantidad de sustancia, droga o fármaco que una persona porta o conserva para su propio consumo", aunque luego, contradictoriamente, esa cantidad se fija en cinco gramos de marihuana (art. 4º).

A mayor abundamiento, conviene trascribir, para avalar históricamente las conclusiones de la Sala, algunos pasajes muy significativos de la pertinente discusión en el seno de la Comisión Redactora del E.N.E.:

"DOCTOR VELASQUEZ. Sigo creyendo, señor Presidente, en la conveniencia de establecer como conducta especial la del porte, con las limitaciones de que se habló, concretando la circunstanciación a lugar público o abierto al público, el ingrediente de tipo subjetivo que sea para uso personal y el que pudiéramos denominar de dosificación, relacionado con la cantidad. Entiendo que las circunstancias de agravación de una figura deben, por lo menos, contemplar los elementos básicos de la figura típica y aquí hay varios elementos que no forman parte de esa figura especial. Por tanto, creo que es de conveniencia consagrarla como conducta especial, desde luego con las modificaciones necesarias.

"DOCTOR REYES. ¿Cree entonces el doctor VELASQUEZ que no sea necesario adicionar el tipo del artículo que figura con el epígrafe de "tráfico de estupefacientes", con el verbo "llevar consigo"?

"DOCTOR VELASQUEZ. No habría necesidad, pues quedarían comprendidas dentro de las que ya están contempladas como el transporte o el tráfico. Por vía de ejemplo, si la persona lleva una cantidad de droga que no sea reducida, hay que referir su conducta a cualquier otra de las modalidades básicas, bien sea el tráfico.

"DOCTOR REYES. ¿Si me sorprenden con una libra o treinta papeletas de marihuana o media libra de cocaína entre el bolsillo y en la calle, sin que haya prueba del tráfico, dónde se ubicaría esa conducta?

"DOCTOR VELASQUEZ. Desde luego el problema es de prueba, porque habría que predicarle a la persona la intención o la finalidad con que él lleva los objetos. Podría quedar dentro de la conducta de conservar.

"DOCTOR REYES. ¿Podría convenir que ese hecho implica conservar, pero resulta muy fácil llegar a una conclusión diversa, pues dicho verbo supone una relación temporal más o menos estática respecto de una cosa. Si a mí me

encuentran en mi casa guardada una libra de marihuana, puede decirse que yo conservo esa sustancia?

"Acto seguido, la Comisión decide adicionar el artículo aprobado en sesión precedente bajo el epígrafe "tráfico de estupefacientes" con la expresión "llevar consigo" la cual se colocará después de la palabra "transporte". Además, se aprobó un inciso, propuesto por el doctor REYES, para este artículo, con el siguiente texto definitivo:

> "Si la cantidad de sustancia o droga que el sujeto lleva consigo corresponde a una dosis personal, la pena se disminuirá de la mitad a las tres cuartas partes y en vez de prisión se impondrá arresto" (La reforma penal, en Rev. "Temas de Derecho Penal Colombiana", Nº 12, págs. 114-115).

De consiguiente, la Sala extrae las siguientes conclusiones:

a) En la justicia y en la ley, es muy distinto el tratamiento del tráfico de estupefacientes y el de su simple porte para el consumo personal.

b) Es contrario a la ley y a la justicia equiparar punitivamente al narcotraficante con el drogadicto o el toxicómano, y aún debe distinguirse entre éste y el verdadero intoxicado crónico; en el primer caso para distinguir entre la pena de arresto y la de presidio y en el segundo para descartar toda pena y acudir a una medida de seguridad (tratamiento y no castigo).

c) El artículo 38 del Decreto 1188 de 1974 no es incompatible con las normas generales del Código Penal sobre codelincuencia, concurso, delito continuado, culpabilidad, etc.

d) La interpretación de las normas del E.N.E. no tiene por qué salirse de los principios generales y universalmente aceptados de la doctrina constitucional y legal del derecho penal demoliberal.

e) La cantidad que constituya la dosis personal es variable en razón de cada droga o sustancia y también de cada persona. Su determinación no es asunto de la fijación de un arbitrario tope aritmético, sino de determinar la cantidad que una persona dada debe consumir para que se produzca el efecto estupefaciente o se alivie por un lapso razonable de tiempo la ansiedad de la drogadicción. Es tan absurdo e imposible fijar aritméticamente esa cantidad, como determinar, en la marihuana, por ejemplo, el número de fumadas o aspiraciones que la constituyen. Esa dosis tampoco coincide con la cantidad que el paciente suele o puede de hecho consumir. En tal sentido, la misión de los legistas es médica y no políticocriminal.

f) El médico legista no puede sustituír al juez y mucho menos al legislador en la determinación de la dosis personal. Cualquier cantidad abstracta (esto es, impersonal, con pretensión de validez para un amplio o indeterminado número de casos) que ellos señalen es arbitraria y en modo alguno liga al juzga-

dor. El juez debe rechazar todo intento legiferante por parte de los legistas, pues las experticias de éstos son una prueba, pero no una fuente del derecho.

g) Al llevar consigo o portar una cantidad de estupefaciente superior a una abstracta dosis personal, el agente suministra un indicio de que destina la sustancia al tráfico, pero ese indicio no es presunción de derecho y puede contraprobarse. Aquí, como en todo el ámbito de la estimación probatoria, las dudas se deben absolver en favor del reo, no por conveniencia médica sino por mandato legal.

h) El criterio definitivo e irrebasable de la distinción radica en el elemento subjetivo de la conducta, el ánimo que inspira al agente, la finalidad que persigue: el que busca el consumo personal exclusivamente, jamás podrá ser tratado como traficante; a la inversa, quien no busca el consumo personal privativamente, nunca podrá recibir el benigno tratamiento de los consumidores.

i). En caso de duda sobre la intención ha de estarse, como ya CARRARA lo admitía en la delicada materia de la tentativa, a la intención más benigna, que para el caso es la de consumo.

j) Para aplicar, en fin, la grave pena destinada a los traficantes, no sólo habrá que probar la conducta objetiva o material, sino también su aspecto psíquico traducido en la finalidad de comercio, distribución, suministro, expendio o tráfico. Esto es así en toda imputación criminal y ninguna norma especial ha exceptuado este bondadoso régimen de la responsabilidad subjetiva, ni autorizado en el tópico de las drogas la aplicación de criterios objetivos.

k) No significan las anteriores acotaciones que, al margen de la ley, se admita judicialmente la "dosis de aprovisionamiento". Pero sí se reconoce el hecho real de que la ley no ha fijado el tope aritmético de la cantidad que constituye la dosis personal y de que es posible que un sujeto divida esa dosis en varios consumos. Lo que resulta poco frecuente en los estrados judiciales es que el agente acumule en un solo consumo varias dosis personales, pues entonces se surtiría necesariamente una intoxicación aguda. El concepto de dosis personal marca precisamente el límite entre lo que un sujeto puede consumir para lograr su propio efecto estupefaciente y calmar la ansiedad de la adición, sin intoxicarse, y las dosis tóxicas que pueden incluso llegar a ser mortales.

l) "De una sola vez" no quiere decir en un solo consumo, en el sentido, por ejemplo, de una fumada de marihuana, una inhalación de cocaína, etc. Esa expresión de la ley se remite más bien a un sentido existencial de la conducta para lograr el deseado efecto estupefaciente. Es posible entonces que una persona requiera arvios consumos para alcanzar la dosis personal, pero no es necesario que estos varios actos de consumo respondan a una unidad objetiva de espacio-tiempo; su ligamen es espiritual, teleológico, intencional. Nadie podría tampoco determinar qué espacio-tiempo podría separar varios consumos para que ellos ya no se refirieran a la misma dosis personal. Como en el delito

continuado, aquí el asunto habría que entenderlo mejor en el sentido de aprovechamiento de una misma oportunidad para lograr el mismo fin de consumo. Lo que traducido significa: aprovechar una sola oportunidad de provisión de droga para uno o varios consumos que logren el efecto estupefaciente y/o sedativo deseado y/o requerido.

m) A nadie escapa, sin embargo, que el efecto estupefaciente no sólo varía en función de la naturaleza y pureza de la droga o sustancia, de la constitución y grado de adicción de la persona e incluso de su situación socioeconómica, sino que aquel mismo efecto es algo en sí mismo tan variable como la embriaguez alcohólica. El mismo es una embriaguez que como tal puede investir modalidades y grados muy diversos que varían hasta con el estado de ánimo. Qué grado de embriaguez o estupefacción sea deseable para la persona es algo que sólo ella puede decidir, pero que no siempre decide en términos lógico-intelectivos. La preferencia es una actitud emocional que no siempre encuentra justificaciones en el pensamiento y el lenguaje.

n) Revela el punto precedente que en los procesos por dosis personal de estupefacientes es muy relativo el valor del dictamen médico. Todo lo importante que se quiera, ese dictamen sólo importa de veras cuando ha sido elaborado científicamente y resiste la crítica racional. Pero aún así, con su mayor grado de perfección fáctica, el criterio médico-legal será de reducido valor porque son tales las variantes en juego que difícilmente son abarcables con mediana certeza por un entedimiento humano. Si el médico no es legislador ni puede ser juez, debe reducirse procesalmente a su papel de médico y este papel está muy limitado humanamente por la naturaleza misma del problema.

ñ) O sea que para el juez la prueba definitiva no es la experticia médico-legal —que, no obstante, ha de calificarse, cuando ostenta racionales fundamentos y ha sido practicada con observancia de las reglas del arte, como un buen criterio de orientación— sino la que se refiere a la intención del agente o aspecto subjetivo de la conducta típica. El médico señala, en su misión legal y atendiendo a "la calidad y cantidad de la sustancia y (a) la historia y situación clínicas del sindicado" (como reza el artículo 39 del E.N.E.), la dosis personal, *pero su dictamen no puede trocar la naturaleza de las cosas y convertir al mero consumidor en traficante.* De suerte que, por encima del dictamen, el juez tiene desde luego el límite de lo racional y, a su lado, el no menos importante de los principios fundamentales de la constitución y la legislación. Si la experticia se pone de espaldas a la razón, es a ella y no a ésta a la que el juez debe a su turno darle la espalda. *Ninguna razón permite al juez fallar irracionalmente, ni ley alguna se lo exige o tolera.*

Por lo expuesto, el caso sub-júdice debe tenerse como dosis personal de marihuana, al menos por virtud del *favor rei.* La pena que corresponde, al tenor del artículo 38 citado, inciso 2º, es la de arresto en proporción de un mes a dos años y la de multa de doscientos a mil pesos. Se atenderá el mínimo

de las sanciones por no existir circunstancias de mayor peligrosidad, ni la gravedad del hecho exigir un incremento.

Así, entonces, de acuerdo con el señor Fiscal, el Tribunal Superior de Medellín, Sala Penal de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, *CONFIRMA* el fallo de fecha, origen y contenido indicados, *pero con la reforma* de que en lugar de las penas impuestas por el a-quo, el reo JAIRO RESTREPO debe purgar en definitiva UN MES DE ARRESTO y pagar una multa de doscientos pesos a favor del Fondo Rotatorio de Estupefacientes. *Se revocan* las sanciones accesorias. Por pena cumplida, *ordénase la libertad inmediata, incondicional y definitiva* del sindicado Restrepo. Líbrese en tal sentido orden telegráfica al a-quo.

Aprobado acta Nº 6 de la fecha.

14 de abril de 1980.

Los Magistrados:

Juan Fernández Carrasquilla
Fernando Gómez Gómez *José Luis Gómez Pérez*
Alberto García Quintero
Secretario.

TEMAS DE DISCUSION

1 INIMPUTABILIDAD Y JURISDICCION

Drs. Rodolfo Mantilla Jácome
Orlando Ramírez Gamboa
Alberto Suárez Sánchez *

Tradicionalmente, en nuestro ordenamiento jurídico, se ha venido sometiendo a la acción de la potestad juridiccional del Estado el juzgamiento de la generalidad de sujetos —mayores de 12 años— infractores de la ley penal, sin que la circunstancia de tratarse de imputables o inimputables sea tenida en cuenta como factor determinante para la vinculación del autor del ilícito al respectivo proceso.

Sin embargo, tanto la doctrina dominante como la jurisprudencia y —actualmente en forma expresa— nuestro derecho positivo, coinciden en señalar la imputabilidad como un presupuesto de la culpabilidad y, por ende, de la obligación de responder penalmente.

Sometiendo entonces a proceso un sujeto de quien se conoce su calidad de inimputable, se incurre en la evidente contradicción que implica el definir el delito como acción típica, antijurídica y culpable y, simultáneamente, *llamar a responder a un individuo por una acción que es solamente típica y antijurídica,* pues bien se sabe que las exigencias de entendimiento y voluntad imprescindibles para la configuración del tercer elemento del delito no son predicables en relación con el referido sujeto; *consagrándose así una forma de responsabilidad objetiva.*

Esto último lo constatamos con la experiencia vivida en nuestro país, donde las personas calificadas como inimputables sufren la mayor parte del proceso penal y su tratamiento es algo que no reune las mínimas condiciones científicas requeridas y dependiendo su suerte en últimas de las apreciaciones del juez de derecho.

Contradictorio con los planteamientos jurídico-penales resulta este fenómeno, porque una de las conquistas de esta ciencia es sin lugar a dudas la de ser eminentemente culpabilista, entendiéndose con ello que, además del

* **Profesores de Derecho Penal en la Universidad Autónoma de Bucaramanga.**

necesario respeto al principio de legalidad de los delitos y de las penas, para que a un ciudadano pueda sancionársele penalmente es preciso que tenga la capacidad de ser imputable, presupuesto del juicio de reproche que le hace el juez por haber actuado contrariamente al derecho pudiendo haberlo hecho conforme al ordenamiento jurídico. Y si la culpabilidad es juicio de reproche, tenemos que concluir que a los inimputables no se les puede realizar juicio de culpabilidad, no se les puede reprochar su actuar por su incapacidad misma.

Es injusto también el tratamiento que dentro del código se da a los inimputables, al señalar el legislador un mínimo para el cumplimiento de la medida de seguridad, en unos casos de un año y en otros de dos; nos preguntamos: ¿puede tener presunción de derecho el proceso curativo de un enfermo mental? ¿Qué decir de aquellos casos de trastornos mentales transitorios, sin base patológica, en que el individuo desarrolla una conducta dentro de esta situación momentánea y que se supera por sí sola? ¿Sería en estos casos procedente remitir por mandato legal a un tal individuo a tratamiento si no lo requiere? Será tan contradictoria esta situación que los tratadistas y litigantes se han visto en la necesidad de predicar en estos casos la eximiente de culpabilidad, no con mucha lógica pero sí con mucha justicia.

Esta última situación la soluciona en parte el nuevo código penal en el artículo 33, inciso segundo. Al señalar que cuando se trate de trastorno mental transitorio y el agente no quedare con perturbaciones mentales, no habrá lugar a imposición de medidas; pero el artículo 95 del mismo estatuto señala que en caso de trastorno mental transitorio con perturbaciones, debe someterse al paciente a tratamiento que tendrá un mínimo de duración de 6 meses y, en caso de trastorno mental permanente, el mínimo del tratamiento será de dos (2) años.

Una medida consecuente con las directrices trazadas por el ordenamiento consistirá, entonces, en instituir la determinación de la calidad de imputable o inimputable del sujeto, como factor determinante del mecanismo procesal procedente, que podrá ser el jurisdiccional solamente en la medida en que se hallen plenamente establecidos los elementos constitutivos de la imputabilidad del agente y viceversa, cuando llegue a establecerse su condición de inimputable, se procederá a su automática desvinculación respecto de los mecanismos propios de la incriminación para someterlo a tratamiento de tipo meramente administrativo, que, como tal, será regido no ya por principios de carácter esencialmente jurídicos, sino por las prescripciones dictadas para ese caso particular por las ciencias fácticas.

Es evidente que un dictamen sobre la imputabilidad o inimputabilidad de un determinado sujeto, por versar prevalentemente sobre sustratos naturalísticos, se encuentra fuera del radio de acción propio del juzgador y debe ser encomendado a un perito debidamente calificado, conservando, sin embargo, el juzgador, plena autonomía para aceptar o no el dictamen pericial, de con-

formidad con el principio de la sana crítica. Cabe entonces anotar como tal circunstanca no riñe con ninguno de los principios plasmados por el legislador al estructurar la culpabilidad acogiendo los postulados de la doctrina dominante y como aún las variantes doctrinales más autorizadas están de acuerdo en reconocer que "...el concebir la culpabilidad como el juicio de reproche por no haber evitado el sujeto la comisión del delito pese a que podía hacerlo, no comporta, en efecto, el que se atribuya al juez el cometido de averiguar si el acusado en el momento de cometer el hecho delictivo gozaba del referido poder y limitar la formulación del particular y concreto juicio de culpabilidad a los supuestos en que la referida averiguación haya conducido a una respuesta afirmativa..." (Córdoba Roda, Juan "Culpabilidad y Pena"; Lectura del Seminario de Derecho Penal de la Facultad de Derecho - Universidad Nacional de Colombia).

En relación con el momento procesal oportuno para la determinación de la calidad de imputable o inimputable del sujeto, vale la pena observar como, si bien a primera vista puede aparecer apenas lógico que dicho reconocimiento constituya un presupuesto indispensable para la iniciación del proceso, en cuanto implica la escogencia del mecanismo procesal correspondiente al caso particular, no es menos cierto que, de ser adoptado en estos términos el referido reconocimiento, se desplazaría —automáticamente y en todos los casos— de manos del juzgador a aquellas del perito, la potestad de vinculación del sujeto a uno u otro mecanismo, sin contar con las implicaciones de orden económico propias de tal sistema que vendría, por tanto, a ser inaplicable en nuestro medio.

Más viable aparece entonces el continuar adelantando el proceso en la forma tradicional, prescribiendo, sin embargo que, en cualquier estado del mismo, cuando la conducta del sindicado ofrezca al juzgador serios motivos para dudar de su completa salud mental, deberá éste remitir el sujeto para el reconocimiento correspondiente y si en el mismo se estableciere que el sujeto era anormal en el momento de cometer el hecho, siendo esta anormalidad la determinante de su comportamiento antijurídico, se ordenará su completa y definitiva separación de la actuación procesal ordinaria, para ser sometido al procedimiento administrativo que para tales casos se haya previsto.

EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO

Dr. Hernán Prada Niño *

El desconocimiento del nuevo Anteproyecto de Código de Procedimiento Penal, que permita el análisis y comentarios de parte de las personas interesadas en estos temas, obliga, en un intento de acercamiento, al estudio de algunas de las innovaciones contenidas en el Anteproyecto de 1977.

La presencia de algunas de las personas que participaron en su redacción, dentro de la Comisión que actualmente labora, permite esperar que estas nuevas instituciones se mantengan en el anteproyecto en preparación. De manera particular, por cuanto representa la posibilidad concreta de aceleramiento en la administración de justicia, haremos algunos acercamientos al tema del "Procedimiento Abreviado", contenido en el capítulo segundo del título primero del libro tercero del anteproyecto de 1977.

En lo que hace a la fundamentación de esta forma especial de juicio, la comisión no planteó de manera concreta ningún argumento que justifique su inclusión dentro del articulado, aunque parece fundamentarse exclusivamente en los beneficios que una "abreviación" del procedimiento puede hipotéticamente acarrear.

Entendemos que la innovación puede ser benéfica para la sociedad en la medida en que el nuevo procedimiento coadyuve en la descongestión de los despachos judiciales y repercuta en economía procesal, con todas sus secuelas benéficas, tanto de orden técnico como económico.

No obstante, requerirá de una buena organización judicial que elimine la posibilidad de que la celeridad, represente merma en las garantías debidas al procesado, que genere fallos injustos.

La experiencia obtenida de los Consejos Verbales de Guerra, ha de ser aprovechada ahora positivamente a fin de que la justicia ordinaria no caíga en los errores de la militar, beneficiándose no obstante la ejemplaridad del juicio próximo y rápido. Apreciando las condiciones para el procedimiento, cabe hacer algunas sugerencias al articulado propuesto aquel año.

Se señalan allí como casos para la aplicación de tal procedimiento, la aprehensión en flagrancia o cuasiflagrancia y la confesión dada sobre su autoría

* **Profesor de Procesal Penal de la Universidad Autónoma de Bucaramanga.**

o participación en el hecho delictivo, por parte del imputado, bien sea ante la policía judicial, en la oportunidad de la primera versión o al rendir la primera indagatoria.

De estas causales, las referentes a capturas en tales estados no ofrecen mayores inconvenientes. En cambio, la de la confesión de la autoría o participación debe ser sopesada cuidadosamente, antes de decidir su definitiva ubicación en el texto legislativo. Sabido es, que quien se autoinculpa o responsabiliza de un hecho, no necesariamente está diciendo la verdad, y que las motivaciones subjetivas que lo pueden haber conducido a obrar de tal manera ante la autoridad pueden ser de muy diferente orden, que no siempre coinciden con la realidad a la que debe apegarse la decisión judicial.

Diferente es en el plano de aproximación a la verdad, que la escogencia del procedimiento abreviado haya sido determinada con fundamento en suficiente información sobre la autoría por parte del sindicado, en el hecho de haber sido aprehendido en circunstancias que no permiten mayor duda sobre su actuación, al caso de quien, sin haber sido visto en la realización del hecho decide motu-propio autoinculparse.

A lo anterior debe sumarse la consideración de la poca confiabilidad que existe todavía respecto de nuestra policía judicial, incipientemente organizada y deficientemente conformada.

Con seguridad puede afirmarse, que no es tan respetable una confesión hecha en primera versión ante la policía judicial, que otra dada en indagatoria ante el Juez de Instrucción.

Para establecer medidas como la que comentamos, indispensable es tener una bien construida organización judicial, que incluya una policía investigativa con óptimos agentes, con estructura ordinaria y que existan por tanto, garantías reales en todas las fases, arrancando desde la captura misma.

Nuestra inquietud deviene de la reflexión acerca de que un procedimiento abreviado o sumario, con las indudables ventajas ya anotadas, constituye no obstante un riesgo para el juzgamiento.

Contando con las garantías acotadas, benéfico será el establecimiento de esta forma de juicio, y puede pensarse en la posibilidad de reducir esta forma a cinco u ocho días máximo, que no permitan la desnaturalización del procedimiento por la incuria de los funcionarios.

Como válvula de seguridad podría dejarse la posibilidad de reenvío a la forma ordinaria del proceso, cuando se presentasen ciertas circunstancias que hagan temer al juez sobre la inconveniencia que para la declaración de certeza pueda conllevar la continuación por la vía abreviada.

Modelos de causales para tal decisión del funcionario pueden ser las contenidas en la legislación italiana, a saber:

a. Comprobación de que el procedimiento abreviado se promovió sin que concurriese el caso de arresto en flagrancia o cuasiflagrancia.

b. El convencimiento por parte del juez, una vez concluido el debate, de de que son necesarias ulteriores indagaciones.

Podríamos agregar la duda surgida dentro del proceso sobre la realidad fáctica de la confesión, o de su contenido, siempre que subsista naturalmente la posible violación de la ley penal.

Imprimió
Editorial ACOSTA
Teléfonos: 31 63 44 - 45 14 72
Medellín - Colombia - Suramérica

P R E C I O :

Unidad suelta . . . . . $ 200.00

Suscripción fuera de Medellín (4 números) $ 800.00