

# NUEVO FORO PENAL

NÓDIER AGUDELO BETANCUR

DIRECTOR

Leigube Prof. Ambos

TAHÍ BARRIOS HERNÁNDEZ

COORDINADORA

## DOCTRINA

Criterios para fijar la pena.

Luis Carlos Pérez.

Normas rectoras de la ley penal colombiana.

Julio Salgado Vásquez.

La imputabilidad.

Bernardo Gaitán Mahecha.

La restitución del objeto como causal de atenuación en los delitos contra el patrimonio.

José Libardo Vásquez.

Algo más sobre el comiso.

Jorge Enrique Valencia M.

13

## FORO HISTÓRICO

Súplica por los locos.

Guillermo Escobar Mejía.

## DOCUMENTOS

Para la estructuración del sistema del derecho penal.

Hellmuth von Weber.

## JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. El segundo sobreseimiento temporal y su repercusión en el auto de detención.

Fabio Calderón Botero.

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN. Acción restitutoria de bienes en el proceso penal.

Jaime Taborda Pereáñez.

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN. Embriaguez aguda retardo mental, trastorno mental transitorio.

Jaime Taborda Pereáñez.



CO/XIV

F/Z

2345

ENERO

FEBRERO

MARZO

---

AÑO IV • Enero • Febrero • Marzo 1982 N° 13

---

Licencia en trámite

---

# NUEVO FORO PENAL

REVISTA TRIMESTRAL

**NÓDIER AGUDELO BETANCUR**

Director

**TAHÍ BARRIOS HERNÁNDEZ**

Coordinadora



Editorial TEMIS Librería

Bogotá - Colombia

1982

La responsabilidad por las opiniones emitidas en artículos, notas o comentarios firmados, publicados en esta Revista, corresponde a sus autores exclusivamente.

Juristisches Seminar  
der Universität  
Göttingen

© Nódier Agudelo Betancur, 1982.  
© Editorial Temis S.C.A., 1982.  
Calle 13, núm. 6-53.

Hecho el depósito que exige la ley.  
Impreso en Talleres Gráficos Temis.  
Carrera 39 B, núm. 17-98, Bogotá.

Queda prohibida la reproducción parcial o total de esta Revista, por medio de cualquier proceso, reprográfico o fónico, especialmente por fotocopia, microfilme, offset o mimeógrafo.

Esta edición y sus características gráficas son propiedad de Editorial Temis, S.C.A.

Solo se autoriza la reproducción de *artículos* siempre que se indique que han sido tomados de esta Revista.

## ÍNDICE GENERAL

### DOCTRINA

Criterios para fijar la pena. Doctor Luis Carlos Pérez ....	485
Normas rectoras de la ley penal colombiana. Doctor Julio Salgado Vásquez .....	504
La imputabilidad. Doctor Bernardo Gaitán Mahecha .....	518
La restitución del objeto como causal de atenuación en los delitos contra el patrimonio económico. Doctor José Librado Vásquez .....	535
Algo más sobre el comiso. Doctor Jorge Enrique Valencia M. ....	538

### FORO HISTÓRICO

Súplica por los locos. Doctor Guillermo Escobar Mejía ...	549
---	-----

### DOCUMENTOS

Para la estructuración del sistema del derecho penal. Hellmuth von Weber .....	597
--	-----

### JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. El segundo sobreseimiento temporal y su repercusión en el auto de detención preventiva. Auto de 30 de abril de 1981. Ponente: doctor Fabio Calderón Botero .....	591
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN. Acción restitutoria de bienes en el proceso penal. Ponente: doctor Jaime Taborda Pereáñez .....	597
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN. Embriaguez aguda, retardo mental, trastorno mental transitorio. Ponente: doctor Jaime Taborda Pereáñez .....	606

# DOCTRINA

## CRITERIOS PARA FIJAR LA PENA

Doctor LUIS CARLOS PÉREZ

### 1. CUÁLES SON LOS CRITERIOS GENERALES PARA LA DOSIMETRÍA PENAL

Los arts. 61 a 63, que forman parte del grupo de normas en el cual se encuentra la reducción de pena cuando el hecho se comete en estado de ira e intenso dolor, causado por comportamiento ajeno grave e injusto, señalan los criterios generales que han de seguirse para fijarla. Pero los arts. 60 y 62 se salen del máximo y el mínimo establecido "en la respectiva disposición", mientras que los demás ordenan la cuantía precisamente dentro del marco precisado en la norma. Tampoco los criterios de que trata esta sección pueden confundirse con las *circunstancias*, según la crítica hecha al comienzo del capítulo VII, que debe tenerse en cuenta en este lugar.

Los criterios generales para el fin indicado son de tres clases:

1) Los enumerados en el inc. 1° del art. 61, o sea, la gravedad y modalidades del hecho punible, el grado de culpabilidad, las circunstancias de agravación y atenuación y la personalidad del agente.

2) Los relacionados en el inc. 2° del citado artículo, es decir, el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo, en la tentativa; la mayor o menor eficacia de la contribución o ayuda, en la complicidad y el número de hechos punibles, en el concurso.

3) La calidad de empleados oficiales que tengan los ofendidos o afectados por la infracción, sumada al hecho de haber sufrido el quebranto por razón del ejercicio de sus funciones o de su cargo, criterio que obliga a aumentar la pena hasta en una tercera parte, salvo si esa calidad es elemento del hecho punible o circunstancia del mismo.

El art. 63 está vinculado estrechamente al anterior, sustancialmente es una parte de él, porqué define qué personas son "empleados oficiales".

### 2. ORIGEN Y PROYECCIONES DEL INC. 1° DEL ART. 61

En la redacción del proyecto de 1974, ROMERO SOTO, como ponente, pidió se conservara integralmente el art. 36 del estatuto de 1936, completado con otras circunstancias, y lo hizo explicando que "si se revisa el contenido de las

disposiciones y se compara con el de otros proyectos y legislaciones modernas, encontramos que nuestros legisladores fueron especialmente afortunados en su reducción y estructuración de fondo" (acta núm. 59, sesión del 16 de junio de 1973). Sin embargo, ALFONSO REYES y GUTIÉRREZ ANZOLA propusieron eliminar "las circunstancias de mayor o menor peligrosidad", remplazándolas por "circunstancias que agravan o atenúan la pena", ya que el término peligrosidad pugnaba con el sistema culpabilista acordado. ROMERO aceptó la enmienda así:

"La denominación *peligrosidad*, por ser de la esencia de la escuela positiva, puede no ser suficientemente aceptada por quienes no profesan sus ideas. Es cierto que aún existen escuelas que defienden la teoría según la cual, en algunas personas existe una inclinación biológico-sicológica al crimen, como acontece con la llamada nueva escuela de la defensa social franco-belga, a cuya cabeza se encuentra FILIPPO GRAMMATICA, pero aun así, como desde el principio nos comprometimos en la medida de lo posible en no adoptar posiciones extremas de escuelas y teorías, resulta acertada la observación.

"Además, existen también variadas posiciones doctrinarias sobre el fenómeno que agrava o atenúa las circunstancias: para algunos es la responsabilidad, para otros la culpabilidad, para otros la punibilidad, de tal suerte que cuando se dice, como se propone, que las circunstancias agravan o atenúan la pena, se está sorteando en forma práctica el problema, pues en verdad la pena es una consecuencia de todos los elementos que integran el delito, y así se toma una posición netamente objetiva".

La norma aprobada entonces fue esta: "Dentro de los límites señalados por la ley, se aplicará la sanción al delincuente, según la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, los motivos determinantes, las circunstancias que agravan o atenúan la pena, y la personalidad del agente".

### 3. CORRECCIONES FINALES DEL ART. 61

La norma pasó en el proyecto de 1974 con dos referencias defectuosas: la primera, al "delincuente" y la segunda al "hecho delictuoso". Y eran defectuosas porque los criterios dosimétricos de la sanción no se quedan únicamente para el autor de un delito sino que rigen también para las contravenciones, de modo que era forzoso emplear la expresión "hecho punible", que comprende los dos grupos de infracciones. Además, *el hecho delictuoso* también aludía solo al delito, excluyendo los otros quebrantos de índole penal. Doble referencia defectuosa que pasaba por alto la aplicación extensiva del Código, de que trataba otra norma proyectada, el art. 375 de la ley vigente. Seguramente estas consideraciones se hicieron para el proyecto de 1978, pues en él ya no se habló de delincuente, aunque quedó "el hecho delictuoso", con lo que se corrigió a medias el error.

Todavía, en la revisión definitiva de 1979, la norma proyectada siguió con "el hecho delictuoso". No hay datos que permitan afirmar en qué momento

posterior, antes de convertirse en ley, se cambió el término por el que figura en la primera parte del art. 61: "hecho punible". Esta última corrección, como la de 1978, fue adecuada al nuevo sistema.

Quedaba todavía lo relativo a "los motivos determinantes", que en 1979 fueron tachados por ESTRADA VÉLEZ como *perturbadores* de la teoría general del delito, tal como había sido adoptada (acta num. 8, sesión del 28 de marzo de 1979). También GUTIÉRREZ ANZOLA se pronunció en contra de la expresión y en favor de "grado de culpabilidad", como sustitutivo, según expuso ESTRADA, pero entendiendo que ese grado de culpabilidad "se refiere al análisis que debe hacer el juez sobre las motivaciones del acto".

GIRALDO MARÍN se opuso al cambio de "motivos determinantes" por "grado de culpabilidad", así: "En primer lugar, no veo cuál es el elemento perturbador dentro de la teoría general del delito, si aquí los motivos determinantes apenas señalan una de las pautas que deben tenerse en cuenta para graduar la pena. En segundo lugar, *el grado de culpabilidad* ya lo utilizó el legislador cuando fijó una pena para los delitos dolosos, otra para los culposos y una tercera para los ultraintencionales. Fuera de que la culpabilidad es un elemento o carácter del hecho punible, según lo prescrito en los principios rectores... Por último, no veo claro cómo se suprimen *los motivos determinantes* y se cambia por la expresión *el grado de culpabilidad*, pero se ordena hacer constar en el acta que esta locución se refiere al análisis que debe hacer el juez sobre los motivos del acto".

Con todo, GIRALDO aceptó la fórmula "en forma provisional", y así fue aprobado el texto definitivo, como primer inciso del art. 61, pero con esta razón común a los redactores intervinientes: "Se deja constancia con relación a la locución *grado de culpabilidad* en el sentido de que se refiere a las motivaciones del acto". Constancia que se examina más adelante, al tratar ese criterio especial.

### 4. CRITERIOS PARA AGRAVAR LA PENA EN LOS SISTEMAS NACIONALES

Después de las sucesivas modificaciones, el texto quedó así:

Art. 61. Criterios para fijar la penal.—*Dentro de los límites señalados por la ley, el juez aplicará la pena según la gravedad y modalidades del hecho punible, el grado de culpabilidad, las circunstancias de agravación o atenuación y la personalidad del agente.*

*Además de los criterios señalados en el inciso anterior, para efectos de la determinación de la pena en la tentativa se tendrá en cuenta el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo; en la complicidad, la mayor o menor eficacia de la contribución o ayuda; y en el concurso, el número de hechos punibles.*

Acogiendo una vieja sistematización establecida en varios países europeos, especialmente la española, el Código de 1837 introdujo "las circunstancias que

agravan o disminuyen la malicia o culpa", en los arts. 119 y siguientes; desde entonces, y durante la vigencia del estatuto de 1890, se reprodujo la enumeración con muy pocas variantes. De modo que la comparación con el sistema actual puede hacerse a partir del primer Código para la Nueva Granada, incluyendo todos los expedidos después, hasta el de 1936. El de 1890 dispuso, en su art. 117, que se tuvieran "por circunstancias agravantes, además de las que exprese la ley en sus casos respectivos, las siguientes", en transcripción literal:

1) El mayor perjuicio, alarma, riesgo, desorden o escándalo que cause el delito; 2) la mayor necesidad que tenga la sociedad de escarmientos, por la mayor frecuencia de los delitos; 3) la mayor malicia, premeditación y sangre fría que haya en la acción; la mayor osadía, imprudencia, crueldad, violencia o artificio; o el mayor número de medios empleados para ejecutarla; 4) la mayor ilustración y dignidad del delincuente, y sus mayores obligaciones para la sociedad, o con las personas contra quienes delinquire; 5) el mayor número de personas que concurran a la perpetración del delito; 6) el uso de armas en la ejecución de aquellos delitos para cuya consumación no se emplean ordinariamente; y el cometer el delito en sedición, tumulto o conmoción popular, o en incendio, naufragio u otra calamidad o conflicto; 7) la mayor publicidad o respetabilidad del sitio del delito, y la mayor solemnidad del acto en que se cometa; 8) la mayor superioridad o influencia del reo con respecto a otro a quien dé órdenes, consejos o instrucciones para delinquir, o le seduzca, instigue, solicite o provoque para ello; 9) el cometerse el delito en estado de embriaguez voluntaria.

Además, los nums. 10 y 11 agravaban la pena en las infracciones contra las personas.

El num. 10 contenía una agravante especial para los delitos contra las personas así: la tierna edad, el sexo femenino, la dignidad, la debilidad, la indefensión, el desamparo o conflicto de la persona ofendida. Y el num. 11 concluía la enumeración con la mala conducta observada por el reo, antes de cometer el delito y durante el arresto, detención o prisión que haya sufrido, cuando se le seguía el proceso.

#### 5. CRITERIOS PARA AMINORAR LA PENA EN LOS SISTEMAS NACIONALES

El mismo estatuto de 1890, en el art. 118, dispuso estas circunstancias de atenuación, "además de las que la ley declare en los casos respectivos", siguiendo la descripción tradicional, iniciada en el de 1837:

1) la corta edad o decrepitud del delincuente, o su falta de ilustración; 2) la indignancia, el amor, la amistad, la gratitud, la provocación o exaltación del momento, el acometimiento pronto e impensado de una pasión, que hayan influido en el delito; 3) el haberse cometido este por amenazas o seducción, aunque no sean aquellas que basten para disculparlo; 4) el ser el primer delito, y haber sido constantemente buena la conducta anterior del delincuente; 5) el presentarse voluntariamente a las autoridades después del delito, y confesarlo con sinceridad en el juicio, no estando convencido el reo por otras pruebas;

6) la embriaguez, siempre que se pruebe y aparezca claramente que provino de fuerza o violencia hecha al reo, o de alguna otra circunstancia pura y exclusivamente ocasional.

El art. 119 estableció la analogía, tanto para las agravantes como para las atenuantes: "Además de las circunstancias agravantes y atenuantes especificadas en los dos artículos precedentes, se tendrán como agravantes, o como atenuantes, las demás que aparezcan plenamente probadas, o tengan perfecta semejanza o analogía con las literalmente expresadas. Si se tratare de imponer la pena de multa, se tendrá como agravante especial la riqueza del reo, y como atenuante su pobreza, con el fin de proporcionar en lo posible la pena a la fortuna del reo".

La analogía fue eliminada en el estatuto de 1936, dejándola solo para introducir atenuantes distintas de las expresamente enumeradas en él.

No fueron, pues, tan innovadoras las circunstancias que introdujo el sistema de 1936, pues casi todas las que se hicieron figurar venían de muy lejos y habían sido materia de numerosísimas aplicaciones judiciales, a lo largo de un siglo. Ocurrió, sí, que, en lugar de llamárseles agravantes o atenuantes del hecho, se les denominó como quería el positivismo ferriano: circunstancias de mayor o menor peligrosidad.

#### 6. PRIMER CRITERIO PARA GRADUAR LA PENA: LA GRAVEDAD DEL HECHO PUNIBLE

Es el primero de los criterios indicados en el art. 61 para que, dentro de los límites que establece la ley, el juez gradúe la pena. La gravedad y modalidades del hecho punible estaban consignadas ya en varios de los numerales del art. 119 del estatuto de 1837. Los redactores del de 1936, sometidos poco menos que literalmente a las normas diseñadas por ENRICO FERRI en su proyecto de 1921 para el reino de Italia, apenas cambiaron el nombre pero no la naturaleza de esos motivos de agravación. En la "gravedad y modalidades del hecho delictuoso", vieron con FERRI "el punto de partida en la evaluación de la peligrosidad criminal", aunque la práctica normativa resultara menos ortodoxa, ya que la peligrosidad no quedó en definitiva como medida de la sanción sino simplemente como una circunstancia para dosificarla.

Estimó el positivismo y lo expresó con FERRI que "en la justicia penal, lo mismo que en la vida social, el delito posee toda la elocuencia del hecho consumado, y constituye la revelación concreta de una personalidad peligrosa. Por tanto, el delito no solo es en el momento judicial la condición primaria en orden al procesamiento, y por eso mismo, a la punibilidad, sino que también es en el momento legislativo la primera condición de responsabilidad penal".

La gravedad del hecho no se mide hoy con el "peligrosómetro" que trató de aplicarse sin éxito mientras rigió el estatuto de 1936. La gravedad es concepto referido a la acción y al resultado, mejor, a la conducta, y de ninguna manera al infractor en cualquiera de las etapas de su vida, o en la vida entera.

Ahora bien, la gravedad hay que apreciarla cuantitativa y cualitativamente. Desde el punto de vista de la *cantidad*, el hecho se sanciona según la importancia del bien jurídico afectado. No es lo mismo robar una paca de algodón en tiempo de cosecha que apropiarse las telas elaboradas y llevadas al almacén. No es igual adulterar la marca en un novillo que en el lote de exportación. Como tampoco es igual una lesión que incapacita por cinco días a la que incapacita por veinte.

Desde el punto de vista de la *calidad* del hecho dañoso las situaciones son más extremas. El homicida suprime la vida de una persona, pero puede lograrlo violando especiales deberes de hijo o cónyuge, para ocultar otra infracción. El ladrón puede despojar a alguien de sus bienes mediante violencia, como en ciertos hurtos agravados, o con prácticas habilidosas, como en la estafa, o aprovechando una calamidad pública, una desgracia familiar o la oscuridad y desamparo nocturnos.

#### 7. SEGUNDO CRITERIO PARA GRADUAR LA PENA: LAS MODALIDADES DEL HECHO PUNIBLE

En la vieja legislación, las modalidades del hecho se tomaron en cuenta conjuntamente con la gravedad del mismo hecho. La sola gravedad, dijo la jurisprudencia, no es suficiente para elevar la sanción cuando las modalidades que lo acompañan no hacen aconsejable el aumento. (Cas. febrero 18 de 1958, "G. J.", t. LXXXVII, pág. 218). Tal vez frente al criterio de peligrosidad pudo ser fundada esta opinión. Hoy no. La gravedad, quedó dicho, se refiere a la entidad física más grande, al volumen, a las proporciones mayores del hecho, como se evidencia en el diverso tratamiento que debe darse al que ha hurtado un millón de pesos que al que se apodera de diez, y al que ha incapacitado con la lesión corporal durante cinco días que al autor de una incapacidad de veinte días.

En cambio, las modalidades del hecho versan sobre la forma como se ha realizado o intentado realizarse. Es una manera particular de llevar a cabo una obra o empresa, el modo como se condujo una persona en determinada situación. El que mata atormentando lentamente a su víctima usa una modalidad cruel, no equiparable siquiera a la del que dispara de una vez toda la carga de su revólver. El que recibe la máquina con que se gana el sustento una costurera y se la apropia, merece mayor sanción que quien la sustrae de una casa de empeños. El que destruye una sementera con sustancias químicas difiere de quien la daña paseándose por ella en su caballo. El secuestro mediante vehículos automotores o de aviación entraña mejores cálculos operativos que la privación de la libertad de un transeúnte por otro. El asalto a una vivienda por un malhechor no es igual al que llevan a cabo varios sujetos. La misma muerte ocasionada con arma de fuego no puede igualarse a la que se realiza despedazando el cuerpo con el machete o el garrote.

En otros términos: la gravedad se refiere preferentemente al bien jurídico objeto de tutela, mientras que las modalidades ejecutivas se refieren a la forma como se materializa el ataque a ese bien.

#### 8. TERCER CRITERIO PARA MEDIR LA PENA: EL GRADO DE CULPABILIDAD

Quedó planteado que el cambio de *motivos determinantes* por *grado de culpabilidad* se debió al escrúpulo de emplear una expresión característica del positivismo y a su remplazo por otra más adecuada al nuevo sistema. Y se aclaró, además, cómo los revisores de los proyectos de 1979 dejaron constancia expresa de que al hablar del "grado de culpabilidad" aludían a "los motivos del acto". Con lo cual quedó en limpio la proscripción de los *determinantes* que había sustentado aquella tendencia, entendidos como las causas o motivos que arrastran a la infracción.

Los motivos del acto no son, pues, los "motivos determinantes" del positivismo. En la culpabilidad normativa, el juicio de reproche recae no solo sobre el acto voluntario, sino también sobre la formación de la voluntad propiamente dicha. En otros términos, ese reproche recae sobre "el proceso síquico precedente" que impulsó a obrar al sujeto; base del juicio, según DÍAZ PALOS, que es simplemente complementaria de la anterior pero que en manera alguna puede convertirse en fundamento único del mismo.

Los motivos del acto tienen influencia en la calidad y cantidad de la pena. Mejor, el grado de culpabilidad se mide a través de esos motivos como agravantes o atenuantes. El altruismo de una acción contrasta con las inspiraciones perversas. Pero donde la motivación de la conducta alcanza toda su eficacia es en el aspecto negativo de la culpabilidad, como sucede en la coacción insuperable y en el error sobre la existencia de una justificante o sobre el tipo represor (art. 40).

Hay situaciones en que es forzoso reconocer una mayor intensidad del dolo y a veces una mayor extensión. SILVELA lo puntualizó, como recuerda RAÚL GOLDSTEIN: "También los motivos gradúan la culpabilidad. Más culpable es la muerte del padre; más culpable es el homicidio que las lesiones. De ordinario, una vez afirmada la culpabilidad, concurren circunstancias que la agravan o atenúan, según los móviles del agente".

#### 9. CRÍTICA DE LOS "MOTIVOS DETERMINANTES"

Debe reiterarse que la motivación de la conducta se tiene en cuenta una vez afirmada la culpabilidad, y no como esencia o parte integrante de este elemento. Tuvieron razón los redactores cuando suprimieron ese criterio dosimétrico, que remitía a la ortodoxia positivista. Y, aunque no era necesaria la atestación sobre la equivalencia entre "los motivos del acto" y "el grado de culpabilidad", tampoco fue inconveniente dejarla.

Los motivos determinantes son para FERRI nada menos que la tónica moral y jurídica de todo acto humano: "La acción material, por ejemplo, la limosna cuantiosa que se da a una muchacha mendicante, puede ser un acto de caridad noble y reservado o constituir una ostentación pública y vanidosa, o inclusive un principio de corrupción. El homicidio voluntario puede ser un hecho co-

metido por aberración política o en legítima defensa. Otro tanto puede decirse de todos los actos humanos, ya que, como indicó ROMAGNOSI, existe una conexión invariable entre la energía de los motivos y las deliberaciones de la voluntad".

Determinar es crear, hacer nacer la resolución, ser fuente de la acción. De donde se deduce que el motivo que determina es como una fuerza ciega sojuzgadora del hombre, o al menos inhibitoria de sus fuerzas volitivas personales, de modo que queda prisionero de las contingencias y, en último grado, víctima inevitable de la necesidad.

En todo acto existe una causa que le da cierto sentido. Pero esa causa no tiene siempre capacidad determinante. Negar la voluntad es negar al hombre. Así como afirmar las "potencias volitivas" en la amplitud metafísica, sin tener en cuenta las solicitudes y los influjos del mundo, es dar un salto en el vacío.

#### 10. CUARTO Y QUINTO CRITERIOS GENERALES PARA GRADUAR LA PENA

El art. 61 enumera otros dos criterios dosimétricos, que podrían ser el cuarto y el quinto dentro de esta exposición. El cuarto son "las circunstancias de agravación o atenuación" y el quinto, "la personalidad del agente". Pero aquellas circunstancias son las mencionadas en los arts. 64, 65 y 66, con la nota conjunta de que se ocupa el art. 67. No hay que estudiarlas, por consiguiente, en este lugar sino en el que les corresponde. Para eso, la exposición se abrirá en dos capítulos distintos del presente, con lo que se garantiza el orden lógico y jurídico, y no se interrumpe el tratamiento del citado art. 61.

La personalidad del agente de un hecho punible, como la personalidad de cualquiera a quien no necesita indagar la justicia represora, es una síntesis de condiciones internas y externas, cuyo contenido y extensión son materia de grandes incertidumbres. Es con criterio aproximativo como debe afrontarse su estudio, pues nadie tiene la suficiente capacidad científica para comprenderla, y menos aún para seguirla en sus desenvolvimientos a través de los actos.

En particular, las personalidades delictógenas tienen sus manifestaciones específicas, sin que ello conduzca al determinismo de quienes hablan de una tendencia al delito, germinal o adquirida. La alevosía o la crueldad, por ejemplo, son manifestaciones de un modo de ser o de estar, y por eso se relacionan íntimamente con la personalidad del agente. La ley pudo atreverse a reducir los criterios a uno solo: la personalidad, pues a esta convergen tanto los motivos como las modalidades ejecutivas, la gravedad del hecho y las variantes de la culpabilidad. Sin embargo no lo hizo así, sino que incluyó la personalidad entre otras condiciones de la acción, con lo que mezcló el modo de ser del sujeto con las contingencias de su conducta, operación deplorable porque induce al mantenimiento del positivismo en su empeño de castigar el delito en el sujeto y no al sujeto en el acto delictivo.

A fin de evitar mayores confusiones sobre este punto, en detrimento de los preceptos constitucionales y de las normas rectoras del estatuto represor vigente, que disponen condenar por el *hecho* y no al autor, lo cual lleva a desa-

tender el juicio sobre la personalidad exigido en el art. 61, es necesario un examen de esta, a fin de esclarecer si debe tenerse en cuenta o si, por el contrario, es criterio en pugna con el sistema en vigor.

#### 11. LA PERSONALIDAD EN LAS VARIEDADES INTERNACIONALES

La personalidad como síntesis de condiciones internas del sujeto y externas a él debe comenzar a estudiarse teniendo en cuenta lo que ha venido llamándose, con enjuiciamientos poco menos que relativos, el sello de la nacionalidad. Pero esta es también la primera de las aventuras, llena de peligros y desaciertos, pues lo que en un tiempo se denominó "carácter nacional", no lo es por entero ya que en él se reflejan factores disímiles, por ejemplo, los modos de existencia en las distintas regiones, la densidad de las poblaciones, su dispersión territorial, sus usos y demás fuentes del comportamiento.

De allí que hayan surgido tantas teorías sobre la personalidad, sin que haya acuerdos generales para entenderla y precisarla. El carácter nacional, dijo GORDON W. ALLPORT, si bien es un concepto peligroso, contiene algo de verdad. Son indudables ciertos matices que podrían llevar a análisis más amplio, pero sobre este soporte empírico no es posible efectuar comparaciones válidas. Siempre quedan enfrentadas las opiniones y es muy difícil sacar un justo medio o tener en cuenta denominadores comunes.

En publicaciones de circulación mundial y en congresos de científicos de muchos países ha tratado de obtenerse un conjunto de datos útiles para algunas comunidades, pero la realidad lo ha impedido. En un texto conocido sobre las *Teorías de la personalidad*, HENRY P. DAVID y HELMUT VON BRACKEN descubren, a través de numerosos autores, como ELLENBERGER, las notables variaciones conceptuales según la tierra a que pertenecen. La opinión predominante en Norteamérica, dice el últimamente citado, es la de una flexibilidad casi ilimitada de la personalidad humana, moldeada por la historia vital y las influencias sociales. Se destacan "las reacciones frente a las tensiones" y las "relaciones interpersonales".

En Suiza existe una tendencia más pronunciada en la relativa constancia de la estructura básica del carácter y, en defecto de un desarrollo mayor de la sociología, se da más importancia a la genética, la caracterología y la siquiatria constitucional. Otro tanto afirma WOLFF, quien contrasta la preferencia norteamericana por el término *personalidad* con la europea de *carácter* y *caracterología*. Concluye que los norteamericanos están atraídos por las implicaciones de la "máscara" (persona) y los europeos por algo mucho más profundo.

Si tales perplejidades sobrevienen con algo que ha sido objeto de numerosas contribuciones científicas, las dificultades se multiplican cuando ha de enfrentarse la raíz psicológica de la personalidad. De allí el que para el derecho represor habría de elaborarse un concepto viable, todavía inmaduro, y de allí el otro error: cuando el Código menciona la *personalidad* alude necesariamente a la de los sujetos inclinados al delito, o a la mala vida, lo cual es infundado porque la ley no se refiere a estos sino que exige la indagación de su personalidad completa, y el influjo de la misma en las concepciones y modalidades punibles, objetivo muy lejos de la convicción científica y que ni siquiera se avecina con la certeza judicial.

## 12. LA PERSONALIDAD EN LA SOCIOLOGÍA Y LA PSICOLOGÍA

Tanto desde el punto de vista psicológico como desde el sociológico, la personalidad se concibe, no como una suma de elementos, sino como un sistema total de referencias. Lo mismo en la psicología de la conducta de PIERON Y BINET, como en la de las *formas vitales* de SPRANGER; en el psicoanálisis de FREUD, como en el personalismo de GUILLERMO STERN; en la psicología individual de ADLER, como en la psicotécnica de MUNSTERBERG. Pero la unidad de la persona debe completarse con la del medio y con las inevitables variaciones frente a este elemento.

No otro es el fondo de todos los conceptos contemporáneos sobre la personalidad. Así, HORNELL HART la define como la "organización dinámica de ideas, actitudes y hábitos que está montada sobre el cimiento de los mecanismos psicofísicos, biológicamente heredados, de un organismo, y sobre las pautas culturales, socialmente transmitidas, y que comprende todas las adaptaciones de los motivos, deseos y propósitos de este individuo a las exigencias y potencialidades de sus medios social y subsocial.

"La personalidad comprende: a) el foco de la conciencia; b) el arca pre-consciente de la experiencia sensoriomotora y de los recuerdos, ideas, deseos, actitudes y propósitos no reprimidos; c) lo inconsciente, incluyendo los recuerdos, ideas, deseos y aptitudes reprimidos; d) las formas de conducta susceptibles tanto de observación como de influjo por parte de los otros".

Otros la definen como: 1) la organización integrada por todas las características cognoscitivas, afectivas, volitivas y físicas de un individuo tal como se manifiesta a diferencia de otros; 2) caracterización o patrón general de la conducta total de un individuo; 3) el carácter campal o forma del patrón de conducta del individuo; 4) aquellas características de un individuo que más importan para determinar sus ajustes sociales; 5) cualidades afectivas y físicas de un individuo, tal como impresionan o atraen sintéticamente a los otros". De estas cinco acepciones interesan, desde el punto de vista predominantemente psicológico, la primera; y desde el punto de vista social, la segunda y la tercera.

La personalidad, como el mundo y como todo lo que existe en la universalidad de las cosas y de los conceptos, no es estática, aunque algunas instituciones como la familia, la educación, la economía, el alcoholismo, puedan describirse con exactitud en un momento dado, lo cual da una apariencia de estabilidad sin cambios. Mas, con todo, "no captamos la eficacia dinámica que, frente al infractor, corresponde a estos innumerables factores. Tal eficacia dinámica es en último término la única que legítimamente puede tener interés criminológico, pues lo que atrae la atención no es la existencia potencial de una determinada situación, sino el *influjo actual* que ha ejercido un determinado medio y que por esto ha llegado a ser causal para el delito perpetrado".

## 13. PERSONALIDAD COMO "CAPACIDAD CRIMINAL"

Lo que debiera estudiarse tratando de entender el criterio dosimétrico principal del art. 61 es la resultante de todos los aportes nacionales, sociales,

de ubicación geográfica y económica, de educación y trabajo, junto con la valoración que el sujeto haga de su propia vida y de las relaciones con los demás. Cuando se dice que el concepto de personalidad se restringe al de una categoría de sujetos capaces de delinquir, de un lado, se introduce una tendencia abolida por completo del sistema vigente, como es la de peligrosidad, y de otro, se expone una idea que en el texto legal no tiene ese sentido exclusivista. El artículo habla de "personalidad del agente", y en ninguna parte de "capacidad para cometer hechos punibles".

Esta interpretación es la de SERVIO TULLIO RUIZ: "En el estudio de la culpabilidad, como elemento del delito, conviene relacionar los artículos que la sustentan con el 61 del nuevo Código, en donde se establecen los criterios para aplicar la pena, o mejor, para fijarla, los cuales, sin lugar a dudas, se refieren a la capacidad criminal del agente, pues dicha disposición habla que tales criterios son la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, el grado de culpabilidad, las circunstancias de atenuación y agravación y la personalidad del agente".

Sin embargo, RUIZ no quiere ir tan lejos, y con sobrada razón, pues en el camino se encuentra con la tesis alemana de la *culpa de autor*, que expresamente rechaza. El juicio de reproche debe partir del hecho realizado y no de las características físicas y el estado psicológico del agente. "Esta doctrina ha sido vivamente combatida en Italia por ANTOLISEI y PETROCELLI, principalmente, los cuales sostienen que una vez reconocido al Estado el poder de castigar al hombre por solo ser moralmente perverso, no hay motivo alguno para excluir que pueda castigarle, porque, por ejemplo, profese determinadas ideas políticas o religiosas".

Si se admite que la personalidad relacionada en el art. 61 es la "capacidad para delinquir", se corre el riesgo de llegar a un extremo indeseado, que es precisamente el enunciado: la culpa del autor. Y esto no lo ordena la norma, sino tener en cuenta, para aumentar o disminuir la pena, la personalidad del agente, conocida a través de sus calidades y atributos, de sus gustos y expresiones. Es así como se habla de una personalidad amable u odiosa, anómala o normal, abierta o interiorizada, generosa o mezquina, sensible o dura, digna o envilecida, noble o perversa, irascible o controlada, rústica o cultivada, idealista o pragmática, cobarde o batalladora, en existir de opulencia o de pobreza, sufrida o afortunada, sobresaliente o víctima de las negaciones sociales.

Otros códigos sí hablan de personalidades delictógenas, y el jurista está obligado a verificar el por qué de sus tendencias antihumanas y antijurídicas, y su eficacia en el hecho punible. Pero el colombiano no se vincula a este concepto sino al más general, pues, debe repetirse, se trata de medir la pena, y esta medida comprende el difícilísimo examen de las condiciones del agente y el desenvolvimiento regular o anómalo de ese estado en el mundo que le corresponde afrontar.

## 14. EXCLUSIÓN DEL CONCEPTO DE PERSONALIDAD PARA GRADUAR LA PENA

La objeción de fondo contra la referencia a la personalidad del sujeto para graduar la pena, viene de JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, quien sostiene

que al tener en cuenta la personalidad ya no se sanciona el acto, sino lo que el hombre es o lo que lleva en sí, apreciación contraria al sistema y, por eso mismo, con vicios de inconstitucionalidad. Sobre la sanción, no al acto sino al carácter del agente, observa:

“Todavía quedan ciertos sabores dudosos cuando se menciona la personalidad del agente como criterio dosimétrico de la pena. Si la pena está dirigida, constitucional y legalmente, a castigar el acto, y la pena depende de la importancia del bien jurídico atacado con ese acto y de la culpabilidad del autor con respecto a él, nada tiene que ver la personalidad del agente. ¿Quién dijo que un homicidio realizado por una buena persona, es menos grave que el homicidio realizado por una mala persona? Los dos hechos son igualmente graves. No veo por qué a la mala persona le aumentan la pena, a no ser que solamente se mencione el homicidio, sino a la vez por el homicidio y por ser mala persona. Entonces ya, en esta última parte, no se está sancionando el acto sino el carácter, el hábito u otras cosas similares”.

Respecto de lo inconstitucional de toda norma que disponga sancionar o agravar la pena considerando la persona (*personalidad*) y no solamente el acto, FERNÁNDEZ CARRASQUILLA sostiene que ello pugna con dos garantías de la Carta Política. Esta habla del *acto que se imputa* en el art. 26 y del *hecho* en el art. 28: “Al hablar únicamente la Constitución de *acto* y de *hecho* está implícitamente prohibiendo las sanciones penales, para cosas distintas de la actuación humana; no las permite, pues, ni para el carácter, ni para esas otras cosas que enunciamos”.

#### 15. EL JUICIO SOBRE LA PERSONALIDAD ES SIEMPRE AVENTURADO

Cualquiera fuere el concepto de personalidad en el campo represor: el restringido de que es la capacidad para delinquir, o el genérico, de que significa el complejo total de referencias a la vida del sujeto, un enjuiciamiento de esa vida para efectos represivos o respecto de los valores en que se traduce es, sobre incierto, antijurídico. Incierto, porque ni la sociología ni la psicología han aportado nociones estables sobre la estructura de la persona y menos sobre sus tendencias, movimientos y determinaciones. Antijurídico, porque toda pena, sea la principal que se menciona después de cada precepto, o la que se agrega a esta según el art. 61, si se aplica a la persona, es decir, al ser en su íntima fusión de condiciones germinales, atributos, calidades y formas de existencia, no afecta solo al acto realizado sino a una entidad no definida en la máxima normatividad colombiana.

La jurisprudencia ya se ha hecho cargo de las dificultades para el juicio de la personalidad. En auto del 10 de marzo de 1981, con ponencia de REYES ECHANDÍA, dijo la Corte:

“En cuanto a la personalidad del procesado, lo ideal sería poder realizar sobre ella una exploración científica con el auxilio de técnicas psicológicas —entrevistas, *tests* proyectivos— y la intervención de personal especializado;

desafortunadamente, en nuestro medio no existe la infraestructura humana e instrumental que haga posible tan necesaria investigación. Entonces, el juez ha de acudir a los antecedentes que le brinda el proceso, a las informaciones de personas que hayan conocido al sujeto y al directo contacto con este; de esas precarias fuentes ha de valerse para tomar la decisión más justa.

”Recuérdese que ella está asentada sobre un diagnóstico de lo que ha ocurrido y sobre un pronóstico de lo que probablemente ocurrirá; si aquel es ciertamente complejo, este reviste caracteres de mayor incerteza, dadas las condiciones en que ha de emitirse; lo que solo demuestra que los mandatos legales, divorciados de la realidad social sobre la cual han de asentarse, no pueden cumplir cabalmente la función para la cual fueron creados”.

#### 16. EL CRITERIO DE PERSONALIDAD FRENTE A LAS NORMAS RECTORAS

Por el aspecto normativo tiene razón FERNÁNDEZ CARRASQUILLA. Pero el rechazo del criterio de personalidad para medir la pena, que proviene de los arts. 26 y 28 de la Constitución, encuentra otro punto de apoyo: el de las normas rectoras, así: la del art. 1° en virtud del cual “nadie podrá ser condenado por un hecho que no esté expresamente previsto por la ley penal”. El Código no menciona, como podría concebirlo, el concepto de persona en ninguna de sus dimensiones, ni por su inclinación al delito ni por el complejo de sus atributos.

El art. 3°, relativo a la tipicidad, vuelve punible al hecho, no al autor de ese hecho. Más aún, toda la teoría de la tipicidad se basa en la delimitación del acto, mejor, en el acto en sí, excluyendo la personalidad, a menos que expresamente se exija considerar factores subjetivos y sociales propios del agente.

Las normas rectoras, como tantas veces se ha explicado en este estudio, prevalecen sobre las demás de las partes general y especial. Tienen suficiencia y altura jerárquicas sobre esas restantes disposiciones. Gobiernan, rigen, y sirven para entender la significación especial de las reglas represivas. No pueden interpretarse sino partiendo de estas prevenciones cardinales. Si algún precepto va contra lo dispuesto en ellas es este, el que resulta vencido en la recíproca confrontación. Los arts. 1° y 3° se refieren al hecho, o sea al acto humano punible, luego no hay que recurrir a criterios distintos para medir la sanción. La personalidad de que trata el art. 61 está por fuera del sistema.

El juicio sobre la personalidad para efectos penológicos pugna con los arts. 26 y 28 de la Constitución, como lo plantea FERNÁNDEZ CARRASQUILLA. Siendo esto así, en los casos concretos puede recurrirse a la excepción de inconstitucionalidad prevista en el art. 216 del mismo ordenamiento supremo.

Cuestión distinta es el juicio sobre la personalidad exigido en los arts. 68, num. 2°, 72 y 99, pues esos casos no son impositivos de pena, ni la gradúan, sino lo contrario, suspenden su ejecución o mejoran el tratamiento asegurativo. No se violan las normas citadas, pero la apreciación del juez no puede quedar circunscrita a la capacidad o incapacidad para delinquir, sino a todos los factores constitutivos de esa personalidad.

## 17. LA "PERSONALIDAD" TAMPOCO ES "PELIGROSIDAD"

La idea de que la personalidad equivale o es igual a la capacidad para delinquir, y, por eso mismo, al concepto de los estados peligrosos, es acogida también por la Corte Suprema. En auto del 17 de febrero de 1981 lo expresa sin desfiguraciones ni rodeos:

"En cuanto a la alegación de que no puede invocarse la peligrosidad por haber desaparecido del nuevo Código Penal, hay que decir que eso no es cierto. En verdad, el Código Penal de 1980 ha fundado la pena primordialmente en la culpabilidad, siguiendo el principio universal *tot culpa, tot-pena*, dando con ello un vuelco a la orientación penal sustantiva que en el anterior Código se asentaba no principalmente en la cantidad de daño causado sino en la capacidad de causarlo y que en el nuevo se rige por la cantidad y la forma como intención y voluntad, es decir, la libertad de conocer y decidirse, hay en cada acto.

"Pero eso no quiere decir que se haya perdido de vista la personalidad del delincuente. Varias de las disposiciones del nuevo estatuto de las penas hacen expresa mención de ella, entre otras la referente a la libertad condicional (C. P., art. 72) y quien dice "personalidad" dice capacidad de delinquir y, por tanto, peligrosidad.

"La actividad humana, en particular la delictuosa, se ha dicho es expresión de la personalidad. Una distinción entre delito y personalidad es ilegítima. En el momento de la infracción, existe una ecuación perfecta entre el uno y la otra.

"Así, pues, no es desacertado mencionar en la vigencia del nuevo Código la capacidad de delinquir para efectos de la medición de la pena y de otras consecuencias del acto delictuoso. En las circunstancias de agravación punitiva que menciona el artículo 66 varias se relacionan directamente con la peligrosidad, tales como los motivos del acto (numeral primero), la insensibilidad moral del delincuente (numeral segundo), la conducta que indica una mayor perversidad (numeral décimotercero).

"Lo que pasa es que ya no se sanciona solo por la capacidad de delinquir como ocurría antes cuando se castigaban el delito imposible y la reincidencia sino que ahora toda pena debe tener como fundamento un hecho penalmente ilícito y como medida principal la libertad de obrar en que el delincuente estuvo en el momento del acto y la conciencia y voluntad de su conducta".

Frente a estos apartes de la jurisprudencia es indispensable volver a las razones antes expuestas, pero principalmente a esta: el estudio de la personalidad jamás dará su medida justa, ni sus orientaciones, tendencias y apetitos, mucho menos en el despacho de los jueces, atestados de procesos y sin colaboradores en el terreno de la psicología. Y, aunque se llegara cerca de un diagnóstico más o menos acertado, las conclusiones sobre la personalidad jamás pueden reducirse a su aspecto peligroso o su capacidad delictiva.

Personalidad no es peligrosidad; primero, porque aquella es, en último término, la vida entera del sujeto, y segundo, porque, aun reconociendo la equivalencia o la igualdad de conceptos, la peligrosidad no puede reconocerse en el

régimen vigente, ni siquiera para graduar la pena, porque pugna con las normas rectoras antes invocadas.

## 18. CRITERIOS DOSIMÉTRICOS EN LA TENTATIVA, LA COMPLICIDAD Y EL CONCURSO

El segundo párrafo del art. 61 contiene criterios especiales para fijar la sanción en las infracciones tentadas, en la codelincuencia y en el concurso de varios hechos punibles, siempre dentro del mínimo y el máximo señalados en la respectiva disposición. Pero estos criterios especiales no excluyen los relacionados en el párrafo primero, sino que deben tenerse en cuenta, además de ellos.

En la tentativa debe fijarse una pena superior al mínimo, si la actividad del agente estuvo muy cerca de la realización, y debe acordarse el mínimo o una pena ligeramente más grave, si la realización estaba muy lejana. No es lo mismo haber abierto la puerta de la vivienda escogida para el saqueo, que haber penetrado ya en el interior. Ni tiene igual significado un solo disparo sobre la víctima que atacarla con todos los de la dotación del arma. Tampoco hay equivalencia entre el simple apartamiento del dinero dentro de la oficina por parte del funcionario peculador, que habérselo llevado ya en el bolsillo o colocado en su papelera.

La contribución de los cómplices es siempre para el acto o los actos de realización. La ayuda es posterior a estos momentos, conforme la distinción del art. 24. La pena se agrava según la mayor o menor eficacia de la contribución o ayuda. Se contribuye de distinta manera, desde aquella altamente significativa, que colinda con la coautoría, hasta un grado menor, sin el cual el hecho ajeno puede llevarse a cabo. Vigilar la empresa punible desde una esquina, o desde habitaciones cercanas, es de menor entidad delictiva que hacerlo dentro de un automóvil con el motor en marcha, listo para emprender la carrera. Llamar al teléfono para cerciorarse de que los dueños de la casa han salido, es también menos que abrir la puerta para que otro ingrese a consumir el hurto.

Otro tanto ocurre en el concurso de que tratan los arts. 26 a 28. Quien ha realizado tres o más hechos no puede equipararse al que solo es culpable de dos. La razón para graduar más severamente la pena, no requiere explicaciones de otra clase.

## 19. AGRAVACIÓN ESPECIAL POR HECHOS CONTRA EMPLEADOS OFICIALES

El art. 62 no figuró en el proyecto de 1974. Su texto fue agregado en el de 1978 y se conservó en la redacción final de 1979, aunque en esta oportunidad ORTEGA RAMÍREZ lo objetara por incluir entre los empleados oficiales a los miembros de las corporaciones públicas. "No estoy de acuerdo, dijo, porque con este principio tan general los miembros de las corporaciones públicas no podrán, por ejemplo, intervenir en política, ya que esta intervención constituye un delito para el funcionario o empleado público, de conformidad con el art.

197 del mismo proyecto final. Por consiguiente, los miembros de las corporaciones públicas no deben asimilarse a empleados oficiales.

Art. 62. Agravación por delito cometido contra empleado oficial.—*Cuando el hecho fuere cometido contra empleado oficial por razón del ejercicio de sus funciones o de su cargo, la pena se aumentará hasta en una tercera parte, salvo que tal calidad dada haya sido prevista como elemento o circunstancia de hecho punible.*

Art. 63. Empleados oficiales.—*Para todos los efectos de la ley penal son empleados oficiales los funcionarios y empleados públicos, los trabajadores oficiales, los miembros de las corporaciones públicas o de las fuerzas armadas, y toda otra persona que ejerza cualquier función pública, así sea de modo transitorio, o estuviere encargada de un servicio público.*

ESTRADA VÉLEZ y GUTIÉRREZ ANZOLA sostuvieron el texto. Según el primero, “es benéfico que los miembros de las corporaciones públicas se equiparen a empleados oficiales. Perfectamente, estos miembros pueden cometer delitos de peculado, abuso de autoridad, prevaricato. Ahora bien, casos habrá de excepción, los cuales se establecerán taxativamente en la parte especial”. Para el segundo, el artículo es conveniente, “porque con ello esclarecemos, para los efectos penales, todas las posibles actuaciones de los empleados oficiales, así sean funcionarios o empleados públicos, miembros de las corporaciones públicas o de las fuerzas armadas, porque hasta ahora reina un caos al respecto, con diversa jurisprudencia y hasta se presentan casos de total impunidad”.

El aumento de pena de que trata el art. 62, no es dentro del mínimo y el máximo establecidos en la respectiva disposición, sino que puede exceder ese máximo, si debe fijarse la tercera parte en forma completa.

## 20. LA DEFINICIÓN DE EMPLEADO OFICIAL PARA EFECTOS PENALES

La definición del art. 63 pone término a una serie de confusiones, a partir del Código de Régimen Político y Municipal y las sucesivas enmiendas, como las de los decretos 1793 de 1940 y 2350 de 1944. Pueden no coincidir los conceptos con los de las disposiciones administrativas, pero en el campo represor ya es inconfundible la fisonomía del empleado oficial, no solo en cuanto a la graduación de la pena, sino por ser susceptible de convertirse en agente calificado de ciertas infracciones, verbigracia, el cohecho, el prevaricato y el peculado.

Es innecesario hablar aquí de las diferencias entre empleados públicos propiamente dichos y trabajadores oficiales; entre quienes ejercen funciones permanentes en las oficinas del Estado y quienes prestan servicio en empresas en que este tiene parte; entre quienes tienen un cargo en propiedad y los interinos; entre quienes devengan una asignación permanente y los que cobran ocasionalmente un servicio; entre los empleos de forzosa aceptación y los que dejan en libertad al nombrado para desempeñarlo.

En derecho administrativo puede parecer absurdo que los miembros de las corporaciones públicas (Congreso, Asambleas, Consejos municipales), sean empleados oficiales. No así para el derecho penal, cualquiera que sea el objetivo de tan importante simplificación. El Código sigue la orientación ecuménica en esta materia, y lo extraño es que antes no se hubiera adoptado una definición amplia y comprensiva. Son, pues, empleados oficiales, todas las personas vinculadas a la administración en cualquiera de sus dependencias y jerarquías, para desempeñar cualquier labor intelectual o manual, llámense funcionarios en propiedad o auxiliares ocasionales, con cualquier título o denominación, estén o no dentro de las carreras establecidas, pertenezcan a un escalafón o se encuentren fuera de él.

Se requiere, sí, que estas personas auxiliares de la administración desempeñen una función pública, como los jurados de conciencia y los árbitros, los gestores de algún asunto ante gobiernos extranjeros, sin cargo o título diplomático (art. 113), verbigracia; o bien, que estuvieren encargadas de prestar un servicio público, como el de las juntas de acción comunal.

La salvedad del art. 62, “salvo que tal calidad (la de empleado oficial) haya sido prevista como elemento o circunstancia del hecho punible”, se explica fácilmente con ANTONIO VICENTE ARENAS: “Si la calidad de empleado oficial ha sido prevista como elemento o circunstancia del hecho punible, es improcedente la circunstancia de agravación. Por ejemplo, cuando se ejerza violencia *contra empleado oficial* para obligarlo a ejecutar u omitir un acto propio de su cargo (art. 164). Aquí la calidad de empleado oficial es *elemento* del hecho punible. O cuando por razón de sus funciones se priva de la libertad injustamente a un empleado oficial. Aquí la calidad aludida es *circunstancia agravante* del delito de secuestro (art. 270)”.

## 21. VARIEDAD Y COMPENETRACIÓN DE LOS CRITERIOS DOSIMÉTRICOS Y LA VALIDEZ DE LOS HECHOS EN QUE SE APOYAN

Si los criterios enunciados antes conducen a modificar la sanción en un caso dado, agravándola o atenuándola, deben responder a hechos procesales debidamente probados; mejor, plenamente probados, tanto como los elementos del delito o de la contravención. Estos criterios y los mejor particularizados en los arts. 64 y 66, no pueden ser deducciones obtenibles de datos sueltos o equívocos, sino que han de estar sustentados suficientemente, tanto como la responsabilidad misma. Ellos sirven a esta consecuencia de la conducta y se convierten en parte de la misma.

No basta, por consiguiente, enumerar los criterios que se estiman formados, ni las circunstancias presentes en la obra realizada por el infractor, sino que es indispensable un examen particularizado de cada uno de ellos y decidir de qué clase son y en qué cuantía contribuyen a la imposición penológica. No todos los criterios del art. 61, ni las circunstancias de los arts. 64 y 66, además de las favorables que se aplican analógicamente, según el art. 65, tienen igual

valor, por lo cual es erróneo decretar el aumento en proporciones determinadas previamente.

Por otra parte, y si ha de seguir el juicio sobre la personalidad, que, según lo expuesto antes, carece de seriedad científica y está fuera del sistema jurídico colombiano, los esfuerzos que se hagan en ese sentido deben tener en cuenta que ciertas valoraciones respecto de determinada conducta, pueden carecer de significado en el acto de otro. Su estimación no es uniforme y yerran quienes asimilan, verbigracia, los hurtos crónicos con el realizado para satisfacer necesidades primordiales.

Fuera de esto, los criterios de atenuación o agravación deben confrontarse en su conjunto y nunca por aparte. Todos ellos, como los distintos matices de una personalidad, pertenecen a esta, cargan de bondad o repulsión un comportamiento y sirven para descubrir cómo existe el desajuste colectivo, psicológico o moral. En algunos casos, los hechos configuradores del criterio dosimétrico son estables, en otros cambian. Tres o más agravantes, perfectamente establecidas, pueden revelar menos que una sola. Hay que informarse sobre el complejo de peculiaridades concurrentes al acto. Un hombre de rectitud ejemplar puede alterarse hasta el punto de ejecutar un acto que él mismo se reprueba media hora después, sin que el efecto, claro está, llegue al trastorno mental transitorio.

Lo dicho articula mejor esta consideración: la punibilidad no es aspecto secundario dentro del sistema represor ni dentro del derecho encargado de encarnar sus principios. Es una consecuencia del hecho punible, pero consecuencia tan grave como el hecho punible mismo. Todos los estudios sobre tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad e imputabilidad se desenvuelven dentro de sus ámbitos propios, pero, en conjunto, se abren a la punibilidad. Sin embargo, se descuida el análisis de esta parte, dejándola casi por entero a la casuística judicial, como si no fuera digna de las más grandes preocupaciones doctrinarias. Tres meses de aumento en la sanción son a veces definitivos para el condenado. La multa básica de un millón de pesos puede soportarse, mas no el aumento hasta en otros tantos. La eficacia del derecho penal, se mide y comprueba en la cuantía de la condena, tanto como en los elementos que condujeron a decretarla.

#### BIBLIOGRAFÍA

- MINISTERIO DE JUSTICIA, *Anteproyecto de Código Penal colombiano*, Bogotá, Talleres Gráficos de la Penitenciaría Central de Colombia, 1974, pág. 375; la misma materia (circunstancias de agravación y atenuación) puede verse en ANTONIO VICENTE ARENAS, *Comentarios al nuevo Código Penal*, t. I, Bogotá, Edit. Temis, págs. 496 y ss.; LUIS CARLOS GIRALDO MARÍN, *Actas del nuevo Código Penal colombiano*, vol. I, Bogotá, 1980, págs. 8 y ss.; ENRICO FERRI, *Principios de derecho criminal*, Madrid, Edit. Reus, S. A., 1933, págs. 287 a 294; RAÚL GOLDSTEIN, *La culpabilidad normativa*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1960, págs. 55 y ss.; FERNANDO DÍAZ PALOS, *Culpabilidad jurídico-penal*, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1954, págs. 42 y ss.; HENRY P. DAVID y HELMUT VON BRACKEN, *Teorías de la personalidad*, Buenos

- Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires (Eudeba), especialmente el cap. I, escrito por GORDON W. ALLPORT, págs. 4 y ss.; RALPH LINTON, *Cultura y personalidad*, México, Fondo de Cultura Económica, 1945, págs. 107 y ss.; WERNER WOLFF, *Introducción a la psicología*, México-Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, págs. 295 y ss.; HENRY PRATT FAIRCHILD, *Diccionario de Psicología*, México, Fondo de Cultura Económica, 1963, pág. 218; EDMUND MEZGER, *Criminología*, Madrid, Edit. Revista de Derecho Privado, 1942, pág. 250; HOWARD C. WARREN, *Diccionario de psicología*, México, Fondo de Cultura Económica, 1963, pág. 264; SERVIO TULLIO RUIZ, "La estructura del delito", *Rev. Nuevo Foro Penal*, Medellín, enero, febrero y marzo de 1981, núm. 9, págs. 56 y 57; JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, "La noción del delito en el Código Penal de 1980", *Nuevo Foro Penal*, núm. cit., págs. 14 y 15; MINISTERIO DE JUSTICIA, *Extractos de jurisprudencias de la Corte Suprema de Justicia*, Sala Penal, Bogotá, Talleres Gráficos de la Penitenciaría Central de Colombia, 1977, págs. 37 y 38; L. C. PÉREZ, *Tratado de derecho penal*, t. II, Bogotá, Edit. Temis, págs. 583 y ss.

## NORMAS RECTORAS DE LA LEY PENAL COLOMBIANA

Doctor JULIO SALGADO VÁSQUEZ

El título primero de la parte general del Código Penal de 1980 se denomina "De las normas rectoras de la ley penal colombiana", y está integrado por doce artículos consagratorios de los principios que deben tener en cuenta los juzgadores para la recta aplicación del estatuto punitivo.

Sus autores, a manera de entusiastas panegiristas que ensalzan tan magna obra, han dado en la flor de pregonar que se trata de un aporte original de la ciencia colombiana, que iniciará una nueva era en las investigaciones jurídicas.

Para demostrar que tal planteamiento carece en absoluto de seriedad, se procede a examinar, muy sintéticamente, la ingenua creencia de tan extraordinarios jurisconsultos:

### 1. LEGALIDAD DEL DELITO

*Art. 1º.—Legalidad.* "Nadie podrá ser condenado por un hecho que no esté expresamente previsto como punible por la ley penal vigente al tiempo en que se cometió, ni a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella".

El principio de la legalidad de los delitos no es propiamente descubrimiento de los legisladores de 1980, ya que tiene muy claros antecedentes.

El Código Penal de 1890, adoptado por la ley 19 de 1890, acuñó el principio de legalidad del delito, por cuanto afirmó que "es delito la voluntaria y maliciosa violación de la ley, por la cual se incurre en pena" (art. 1º), de donde se infiere que la acción punible debe estar descrita por la ley. Reiteró el principio de que es la violación de la ley al expresar en su art. 2º que "en toda violación de la ley se supone voluntad y malicia, mientras no se pruebe lo contrario".

El Código Penal de 1938, que fue aprobado por la ley 95 de 1936, se inicia disponiendo que "nadie podrá ser condenado por un hecho que no esté expresamente previsto como infracción por ley vigente al tiempo en que se cometió, ni sometido a sanciones que no se hallen establecidas en ella" (art. 1º).

El art. 28 de la Constitución Política de Colombia dispone desde 1886 que "aun en tiempo de guerra nadie podrá ser penado *ex post facto*, sino con arreglo a la ley, orden o decreto en que previamente se haya prohibido el hecho y determinándose la pena correspondiente". Como el destinatario de las normas constitucionales es el Congreso para que por medio de las leyes sean de-

sarrolladas, el art. 52 de la Carta ordenó que "las disposiciones del presente título (se refiere al III del cual forma parte el art. 28 antes transcrito) se incorporarán en el Código Civil como título preliminar, y no podrán ser alteradas sino por acto reformativo de la Constitución".

En cumplimiento del texto constitucional mencionado, el legislador ordinario expidió dos ordenaciones:

"Con arreglo al art. 52 de la Constitución de la República, declárase incorporado en el Código Civil el título III (arts. 19 a 52) de la misma Constitución" (art. 4º de la ley 57 de 1887). Hay que aclarar que de conformidad con la última codificación constitucional, que es la de 1968, los artículos del título III corresponden a los números 16 a 52.

"El título III de la Constitución sobre «derechos y garantías sociales» tiene también fuerza legal, y dentro de las leyes posteriores a la Constitución, la prioridad que le corresponde como parte integrante y primordial del Código Civil".

Naturalmente que los constituyentes colombianos tampoco inventaron el principio de legalidad del delito, por cuanto se limitaron a repetir el art. 7º de la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, aprobada entre el 17 y el 26 de agosto de 1789 por la Asamblea Nacional de Francia: "Ningún hombre puede ser acusado, arrestado ni detenido sino en los casos determinados en la ley y con las formalidades en ella prescritas. Los que soliciten, ejecuten o hagan ejecutar órdenes arbitrarias deben ser castigados; pero todo ciudadano llamado o prendido en virtud de la ley, debe obedecer al instante, haciéndose culpable por causa de resistencia".

O sea, que el principio de legalidad del delito no fue inventado por quienes redactaron el Código Penal colombiano de 1980.

### 2. DEFINICIÓN DEL DELITO

*Art. 2º.—Hecho punible.* "Para que una conducta sea punible debe ser típica, antijurídica y culpable".

Como el delito es producto de la voluntad humana, para ser preciso, debió definirse como acto y no como hecho. Todo suceso o acontecimiento que ocurre pertenece a lo fáctico. En tal sentido el delito es un hecho, igual que un terremoto, la caída de un árbol o el nacimiento de una persona. Pero como el delito tiene que ser el resultado de acciones dolosas o culposas, dentro del género "hecho" tiene que ser clasificado como la especie denominada "acto", que siempre está referida a la voluntad humana. En consecuencia, debió bautizarse este artículo diciendo "acto punible", aun cuando tal nombre también sería incorrecto.

Para que una acción humana sea delictuosa se requiere que se reúnan cuatro ingredientes, como son la *tipicidad*, la *antijuridicidad*, la *culpabilidad* y la *punibilidad*. Al faltar cualquiera de ellos, desaparece el delito. Restringir la noción del delito a la punibilidad, como parece hacerlo el art. 2º del Código Pe-

nal, es error técnico. Se trataría de un tropo retórico, como sería la sinécdoque empleada, por cuanto se denomina delito únicamente lo que es punible: se define delito el todo por uno de los elementos.

El art. 2º aplica la teoría que predica que la pena no forma parte del delito, por ser simple consecuencia. Pero lo cierto es que conducta que no esté vinculada a una pena carece de toda significación dentro del mundo de lo real. La punibilidad es la manifestación tangible de la lucha contra los delincuentes, quienes no se preocupan por cosa distinta de la pena que golpea derechos tan importantes como la libertad, el patrimonio económico o la integridad moral. Eliminar la punibilidad del marco del delito no es más que auténtica manifestación de las "abstruserías germánicas" de que hablaba FERRI.

Pero, sea que el art. 2º exista o que desaparezca, los jueces continuarán administrando justicia, tal como lo hicieron hasta el 29 de enero de 1981, fecha en que comenzó a regir tan inútil ordenamiento.

### 3. LA TIPICIDAD

*Art. 3º.—Tipicidad.* "La ley penal definirá el hecho punible de manera inequívoca".

La lectura de este texto enseña que no suministró definición alguna sobre la tipicidad, por cuanto se remite a que lo haga la ley penal. Esta pseudo definición se podría aplicar a cualesquiera de las materias de que trata el Código Penal, sin que sirviera para aportar ninguna luz. Por ejemplo, un texto legal que dijera: "La ley penal definirá los casos de aplicación de la ley penal en el espacio de manera inequívoca", o las causales de justificación del hecho, o las de inculpabilidad, nada estaría definiendo.

Por otra parte, el art. 3º parece tener un alcance que sus redactores no se imaginaron, porque ese texto autoriza al administrador de justicia a no aplicar la ley penal cuando, según su criterio, no contiene una definición, de manera inequívoca, del delito de que se acusa al procesado.

Los autores señalan como elementos de cada figura delictiva: los descriptivos (que se refieren al aspecto objetivo o externo); los normativos (atinentes a los juicios de valoración que hace el juez), y los subjetivos (que apuntan hacia la sique del agente).

SILVIO RANIERI, en su *Manual de derecho penal*, expresa:

"De lo dicho se infiere que el tipo, modelo o figura legales es el punto desde el cual el jurista debe partir para la construcción de la teoría general del delito.

"Tipo (modelo o figura) legal es el conjunto de los elementos que, según la descripción contenida en los preceptos de las normas penales, componen los hechos humanos que están prohibidos u ordenados con la amenaza de una pena"<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Tomo 1, Bogotá, Edit. Temis, 1975, pág. 163.

Sea que se acepte o se discrepe del criterio de RANIERI, este autor suministra una definición sobre la tipicidad. Pero el Código Penal colombiano, no pretexto de definir la tipicidad lo que hace es expresar que los tipos penales deben ser definidos de manera inequívoca por la ley penal.

En cambio, el art. 310 del Código de Procedimiento Penal (decreto-ley 409 de 1971) define el cuerpo del delito diciendo que "los elementos objetivos o externos del delito señalados en la respectiva disposición penal, constituyen el cuerpo del delito", que es una verdadera definición del tipo, modelo o figura legal.

Y el Código de Procedimiento Penal aprobado por la ley 94 de 1938, en su art. 272, disponía que "los elementos constitutivos del delito señalados en la respectiva disposición penal, serán la base de comprobación del cuerpo del delito", en cuya definición quedaban incluidos también los elementos subjetivos.

De manera que los redactores del Código Penal de 1980 no definieron la tipicidad, que les pudiera servir de guía a los administradores de justicia, como sí lo hicieron los códigos penales procesales de 1938 y 1971.

### 4. LA ANTIJURIDICIDAD

*Art. 4º.—Antijuridicidad.* "Para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga en peligro, sin justa causa, el interés jurídico tutelado por la ley".

Se trata de una desafortunada definición porque predica que una conducta típica es punible cuando tiene el resultado de lesionar o poner en peligro, sin justa causa, el interés jurídico tutelado por la ley. Y lo es, en primer lugar, porque excluye la culpabilidad para sancionar la conducta típica. Y, en cuanto al resultado, lo limita a los meros intereses jurídicos, sin mencionar los bienes jurídicos.

Tradicionalmente se ha entendido que el bien jurídico tutelado es el derecho al cual se refiere expresamente la norma, en tanto que los intereses jurídicos son los que, sin estar contenidos en el marco del texto legal, son consecuencia de los bienes amparados.

En todo caso, la antijuridicidad consiste, según el art. 4º, en la ofensa o puesta en peligro de un derecho. No parece indispensable agregar que el derecho esté tutelado por la ley, porque para que exista cualquier derecho se requiere que una ley lo haya creado o lo garantice en favor de determinada persona natural o jurídica. Si no hay ley, no hay derecho.

El art. 1494 del Código Civil dispone que "las obligaciones nacen... a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos", y el 2341 del mismo estatuto manda que "el que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido".

Esto conduciría a la consecuencia de que por antijuridicidad debe entenderse, según los términos del art. 4º del Código Penal, el objeto jurídico y ma-

terial, lo mismo que el daño público y privado que la doctrina considera como elementos generales de los ilícitos. Pero como el resultado tiene como causa al sujeto activo, cuya actividad recae sobre el sujeto pasivo, sería forzoso no desvertebrar el delito, a fin de dar una noción unitaria del mismo, con inclusión de todos sus elementos. Esto quiere decir que así como los redactores del Código consideraron necesario dar definiciones de algunos de los elementos del delito, no se ve la razón para omitir definiciones de todos los elementos de la infracción.

Muchos expositores estiman que la antijuridicidad hay que tenerla en cuenta, dentro de la teoría general del delito, por el aspecto negativo, en el sentido de que, para que exista el delito, se requiere que estén ausentes las causales que excluyen la antijuridicidad de la conducta. Pero tratar de dar definiciones de la antijuridicidad o de las demás materias necesarias para que el Estado pueda aplicar penas es tarea que carece de relevancia.

## 5. LA CULPABILIDAD

*Art. 5°.—Culpabilidad.* “Para que una conducta típica y antijurídica sea punible debe realizarse con culpabilidad. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva”.

Las formas de la culpabilidad, según el art. 35, son el dolo, la culpa o la preterintención.

Los redactores del Código Penal de 1980 coinciden en sostener que el art. 5° es el eje alrededor del cual gravita el nuevo estatuto punitivo, por cuanto implica un giro de 180 grados en relación con el de 1938. En efecto, según ellos, en 1980 se consagra el sistema culpabilista en oposición al peligrosista que campea en el de 1938.

La realidad es muy otra de la que vienen propalando. Es innegable que los redactores del Código de 1938 afirmaron que habían redactado un Código basado en la defensa social, cuyo pilar básico era la responsabilidad legal, como quedó plasmado en su art. 11: “Todo el que cometa una infracción prevista en la ley penal será responsable, salvo los casos expresamente exceptuados en este Código”. Esto es, que no era indispensable entrar a averiguar elementos subjetivos de ninguna índole, por cuanto que la realización del delito era un síntoma evidente que ponía de manifiesto la peligrosidad del autor. Prácticamente era la consagración de la responsabilidad objetiva, que los romanos habían sintetizado en la frase “quien rompe paga”, sin preocuparse de la siquis del presunto infractor..

Contradiendo el criterio defensorista, o peligrosista, inserto en el art. 11, el Código de 1938, a renglón seguido, dispuso en su art. 12: “Las infracciones cometidas por personas que no estén comprendidas en la disposición del artículo 29, son intencionales o culposas”. Esto quiere decir que para poder condenar al autor de una conducta punible, el juez tenía que averiguar si el autor había procedido con intención o con culpa, porque los ilícitos eran intencionales o culposos.

Pero se argumenta que el Código de 1938 no era culpabilista porque sus arts. 36 a 40 hablan de las circunstancias de mayor y menor peligrosidad, por cuya razón es un estatuto de estirpe peligrosista. Lo cual está refutado por su art. 36 en cuanto dispone: “Dentro de los límites señalados por la ley, se le aplicará la sanción al delincuente, según la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, los motivos determinantes, las circunstancias de mayor o menor peligrosidad que lo acompañen y la personalidad del agente”. En efecto, declarada la responsabilidad con fundamento en el dolo o la culpa, la pena se señalará, calculándola entre el mínimo y el máximo señalado por la norma que describe la conducta punible, teniendo en cuenta varios criterios, uno de los cuales es el concerniente a las circunstancias de mayor o menor peligrosidad. Por mahera que el Código de 1938 es culpabilista debido a que la responsabilidad la declara, según su art. 12, teniendo en cuenta los elementos síquicos de la intención o de la culpa, en lo cual coincide con el de 1980: “Art. 35.—*Formas (de la culpabilidad).* “Nadie puede ser penado por un hecho punible, si no lo ha realizado con dolo, culpa o preterintención”.

No resultaría ocioso hacer constar que los arts. 5° y 35 son contradictorios: el 5° determina que para que un hecho sea punible debe realizarse con culpabilidad; pero el 35 sostiene que los hechos punibles deben realizarse con culpabilidad, o sea, que el hecho es punible aun cuando no esté asociado a la culpabilidad. Si no hay culpabilidad, el hecho punible queda impune, pero continúa siendo hecho punible. Se trata de una mala redacción, ya que el art. 35 debió decir: “Para que un hecho sea punible debe ser realizado con dolo, culpa o preterintención”. Aun cuando una mejor redacción de este artículo podría ser la que dijera: “Las formas de la culpabilidad son el dolo, la culpa o la preterintención”.

Consecuencia de lo expuesto sería la afirmación de que los códigos penales de 1938 y 1980 son culpabilistas. En cuanto al nombre de circunstancias de mayor o menor peligrosidad, no pasa de ser una ingenua postura de carácter positivista, sin repercusiones en el ámbito penal colombiano. Tan es así, que las mismas circunstancias (con muy leves variaciones) que el Código de 1938 denomina “de mayor o menor peligrosidad”, pasaron íntegramente al de 1980 con los nombres de “atenuación punitiva” (art. 64) y de “agravación punitiva” (art. 66).

Encasillar el Código de 1938 dentro de la concepción positivista no es más que un ídolo de foro de que hablara FRANCIS BACON. Es uno de los mitos que se han creado sobre la legislación penal colombiana.

## 6. LA FAVORABILIDAD

*Art. 6°.—Favorabilidad.* “La ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Este principio rige también para los que estén condenados”.

¡Era necesario que los redactores del Código de 1980 incluyeran el principio de favorabilidad entre las normas rectoras de la ley penal colombiana, para

que los jueces supieran de su existencia! ¡Pusieron un pica en Flandes cuando inventaron este principio!

Pero ocurre que el tal principio lo vienen aplicando los administradores de justicia, por lo menos desde 1886, sin que se haya incluido en el articulado de los códigos penales.

El inciso 2º del art. 16 de la Constitución ordena que “en materia criminal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable”.

La ley 153 de 1887 desarrolló el principio constitucional de la favorabilidad mediante dos textos mucho más claros y comprensivos que el artículo que se comenta:

*Art. 44.*—“En materia penal la ley favorable o permisiva prefiere en los juicios a la odiosa o restrictiva, aun cuando aquella sea posterior al tiempo en que se cometió el delito.

”Esta regla favorece a los reos condenados que estén sufriendo su condena”.

*Art. 45.*—“La precedente disposición tiene las siguientes aplicaciones:

”La nueva ley que quita explícita o implícitamente el carácter de delito a un hecho que antes lo tenía, envuelve indulto o rehabilitación.

”Si la nueva ley minorra de un modo fijo la pena que antes era también fija, se declarará la correspondiente rebaja de pena.

”Si la nueva ley reduce el máximo de la pena y aumenta el mínimo, se aplicará de las dos leyes la que invoque el interesado.

”Si la nueva ley disminuye la pena corporal y aumenta la pecuniaria, prevalecerá sobre la ley antigua.

”Los casos dudosos se resolverán por interpretación benigna”.

Sin que se hubiera tenido con innovación digna de perpetuar en bronce y mármoles, el tan denostado Código de 1938 consagró el principio de favorabilidad, por medio de su art. 3º: “La ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable”. Y el Código de Procedimiento Penal de 1971 también lo incluyó entre sus determinaciones: “En todas las materias relacionadas con el procedimiento penal y con las personas vinculadas al proceso, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable” (art. 6º).

Pero todas estas disposiciones resultan superfluas, porque existiendo la consagración del principio de favorabilidad como canon de la Constitución desde 1886, y habiendo la ley 153 de 1887 reglamentado y desarrollado tal materia en forma técnica, precisamente para ser aplicada a la totalidad de la legislación, no alcanza a verse su utilidad en cuanto a sus repeticiones en los códigos Penal y de Procedimiento Penal. Las leyes deben dictarse para reglamentar materias que están fuera del marco del derecho, siendo inútiles las que se limitan a repetir total o parcialmente leyes anteriores, tal como ocurre con el principio de favorabilidad que el art. 6º del Código Penal de 1980 vuelve a repetir.

## 7. EXCLUSIÓN DE ANALOGÍA

*Art. 7º.*—*Exclusión de analogía.* “Salvo las excepciones legales, queda proscrita toda forma de aplicación analógica de la ley penal”.

La administración de justicia en el ramo penal diverge sustancialmente del civil. Los jueces civiles tienen la obligación de dictar providencias de mérito, sin que puedan recurrir a pretexto alguno, relacionado con presuntas lagunas del orden jurídico, conforme a los siguientes textos de la ley 153 de 1887:

*Art. 8º.*—“Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho”.

*Art. 48.*—“Los jueces o magistrados que rehusaren juzgar pretextando silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, incurrirán en responsabilidad por denegación de justicia”. Esta conducta es la que describe el art. 150 del Código Penal de 1980 como el prevaricato por omisión: “El empleado oficial que omite, rehúse, retarde o deniegue un acto propio de sus funciones, incurrirá en prisión de uno (1) a cinco (5) años e interdicción de derechos y funciones públicas hasta por el mismo término”.

En cambio, el juez penal está vinculado a los arts. 26 y 28 de la Constitución. El 26 dispone que “nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se impute”, y el 28 ordena que “aun en tiempo de guerra nadie podrá ser penado *ex post facto*, sino con arreglo a la ley, orden o decreto en que previamente se haya prohibido el hecho y determinándose la pena correspondiente”. Lo cual significa que la jurisdicción penal no puede echar mano de la analogía para sancionar una conducta que no figura en la ley penal como punible. No se requiere prohibir el empleo de la analogía al juez penal porque el principio de la legalidad del delito le está imponiendo la obligación de proceder en presencia de un texto expreso que describa una determinada conducta como sancionable. Si el juez considera que un comportamiento no puede ser encuadrado dentro de ninguno de los tipos penales que el Código describe en su libro segundo, pero que alguno de los elementos de tales tipos se dan en la conducta, no podría amalgamar dos o más de las figuras penales para crear *ad hoc* un tipo jurisprudencial. Y no podría hacerlo porque se convertiría en legislador, con violación, entre otras normas, de los arts. 26 y 28 de la Carta. En tal caso, el juez estaría en presencia de una conducta que no se adecua a ninguna de las hipótesis penales contempladas por el libro segundo del estatuto represor.

Según el Código de Procedimiento Penal no estarían probados todos los elementos del cuerpo del delito; según los juristas de la nueva ola, que siguen los dictados de la ciencia alemana, se trataría de un caso de inadecuación típica. Y el juez tendría que absolver, en lugar de convertirse en legislador, tal como se le exige al juez civil.

El único caso de analogía que trae el Código de 1980 es el relativo a la creación judicial de circunstancias de atenuación punitiva:

Art. 65.—*Analogía*. “Fuera de las circunstancias especificadas en el artículo precedente, deberá tenerse en cuenta cualquiera otra análoga a ellas”. Pero esta norma no autoriza la creación de delitos por parte del juez, que es lo que se denomina *analogia in malam parte*. Toda la doctrina concuerda en sostener que la *analogia in bonam parte* le es permitida al juez penal porque con ella, en lugar de perjudicar al procesado, lo favorece.

En consecuencia, no se requiere la existencia del art. 7° del Código Penal para que el juez no se eche por el atajo de la arbitrariedad, al crear figuras penales por la vía de la analogía.

## 8. IGUALDAD ANTE LA LEY

Art. 8.—*Igualdad ante la ley*. “La ley penal se aplicará a las personas sin tener en cuenta consideraciones diferentes a las establecidas en ella”.

La aplicación igualitaria de la ley penal a todos los procesados es postulado inadmisibles, precisamente por las grandes diferencias que hay entre las personas. El sistema de la indeterminación relativa de las penas consulta la realidad de que no es la igualdad, sino la desigualdad, la que campea en el género humano. El art. 61 del Código Penal establece varios criterios para fijar la pena, teniendo en cuenta la desigualdad existente entre los procesados: “Dentro de los límites señalados por la ley, el juez aplicará la pena según la gravedad y modalidades del hecho punible, el grado de culpabilidad, las circunstancias de atenuación o agravación y la personalidad del agente”.

La recta administración de justicia lo que reclama es una aplicación desigual de la ley penal, a efecto de que haya un tratamiento igualitario, en el sentido de que hay que amoldarla a la personalidad del agente.

La Constitución otorga a los nacionales y extranjeros que vivan en el territorio colombiano exactamente las mismas garantías, teniendo en cuenta que a los extranjeros se les recortan algunas, por demandarlo así la defensa nacional. En materia penal, en determinados casos, al extranjero condenado se le expulsa del país una vez que haya cumplido la pena principal. La pena de multa se impone teniendo en cuenta “la situación económica del condenado, el estipendio diario derivado de su trabajo, las obligaciones civiles a su cargo anteriores al delito y las demás circunstancias que indiquen su posibilidad de pagar” (inciso 2 del art. 46 del Código Penal).

Lo expuesto significa que la ley penal, para ser justa, debe ser aplicada en forma desigual, en consideración a la personalidad del condenado, las circunstancias de agravación y atenuación y su capacidad económica. Por lo tanto, las diferencias a que se refiere el art. 8° son las que sirven para predicar que la ley penal no se aplica en forma igual a todos los procesados.

Este art. 8° sobre la igualdad ante la ley penal sería en Colombia un anacronismo, porque existiendo un régimen jurídico de aspecto democrático, dentro del cual todos los ciudadanos tienen las mismas oportunidades (por lo menos en teoría) para gozar de todos los derechos y garantías establecidos por

la Constitución, carece de explicación fulminar un mandato en contra de clases inexistentes, tales como las que existían en Francia hasta finalizar el siglo XVIII: la aristocracia, el clero y el Estado llano. El art. 6° de la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* estableció que la ley “debe ser la misma para todos, sea que proteja o que castigue” ya que existían fueros y privilegios en favor de la nobleza y el clero que implicaban situaciones de que no gozaban los miembros del Estado llano.

De manera que en Colombia carece en absoluto de significado negarles privilegios a clases inexistentes.

Teniendo en cuenta el contenido doctrinario del art. 61, la norma rectora referente a la “igualdad ante la ley”, debió redactarse precisamente para asegurar la aplicación desigual de la ley. Si fuera necesario un precepto sobre tal materia debió redactarse así: “La ley penal se aplicará a las personas teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 41 a 92 de este Código”. Naturalmente que una norma redactada en tales términos estaría demostrando su inutilidad.

## 9. COSA JUZGADA

Art. 9.—*Cosa juzgada*. “El procesado condenado o absuelto mediante sentencia ejecutoriada, proferida por el juez colombiano, no será sometido a nuevo juzgamiento por el mismo hecho, aun cuando a este se le dé una denominación distinta”.

El principio de cosa juzgada no juega ningún papel dentro del derecho penal sustantivo, por ser norma eminentemente procesal, como se demuestra con la lectura del art. 115 del Código de Procedimiento Penal de 1971:

“*Cosa juzgada*. El procesado condenado o absuelto, mediante sentencia ejecutoriada de juez colombiano, no será sometido a nuevo proceso por el mismo hecho, aun cuando a este se le dé una denominación distinta.

”Esta norma se aplicará igualmente en el caso de sobreseimiento definitivo y de la providencia especial del artículo 163, excepto cuando esta se funde en querrela ilegítima”.

Que la teoría de la cosa juzgada funcione en relación con los procesos, es la razón por la cual el artículo que se refiera a ella debe estar colocado en el Código procesal. Su inclusión entre las normas rectoras que deben tener en cuenta los jueces al aplicar el Código Penal, constituye una falta de técnica jurídica.

## 10. CONOCIMIENTO DE LA LEY

Art. 10.—*Conocimiento de la ley*. “La ignorancia de la ley penal no sirve de excusa, salvo las excepciones consignadas en ella. En ningún caso tendrá vigencia la ley penal antes de su promulgación”.

Tampoco se trata de un descubrimiento o invención de los redactores del Código Penal de 1980, ya que en relación con el conocimiento de la ley existían las siguientes normas:

Código Civil: "Artículo 9. La ignorancia de las leyes no sirve de excusa". Debe recordarse que esta ordenación rige desde el 26 de agosto de 1873, según lo expresa el art. 1° de la ley 57 de 1887: "Regirán en la República, noventa días después de la publicación de esta ley, con las adiciones y reformas de que ella trata, los Códigos siguientes: El Civil de la Nación, sancionado el 26 de agosto de 1873".

Ley 4ª de 1913 (Código de Régimen Político y Municipal): "Artículo 56. No podrá alegarse ignorancia de la ley para excusarse de cumplirla, después de que esté en observancia, según los artículos anteriores".

En cuanto a la promulgación de las leyes, en Colombia existen las siguientes ordenaciones:

El art. 18 del Acto Legislativo número 1 de 1968 dispone que "aprobado un proyecto de ley por ambas cámaras pasará al gobierno, y si este no lo objetare, dispondrá que se promulgue como ley".

En caso de que el gobierno no cumpliera el deber de sancionar y promulgar las leyes, lo hará el presidente del Congreso (art. 89 de la Constitución).

El ordinal 2° del art. 120 de la Carta le impone al presidente de la República la obligación de promulgar las leyes sancionadas.

El Código de Régimen Político y Municipal dedica sus arts. 52 a 62 a la materia relativa a la "promulgación y observancia de las leyes".

El art. 52 dispone: "La ley no obliga sino en virtud de su promulgación, y su observancia principia dos meses después de promulgada.

"La promulgación consiste en insertar la ley en el periódico oficial, y se entiende consumada en la fecha del número en que termine la inserción", pero el art. 53 siguiente establece la excepción de que "cuando la ley fije el día en que deba principiar a regir, o autorice al gobierno para fijarlo, en cuyo caso principiará a regir la ley el día señalado". Naturalmente que ese día no puede ser anterior al de la promulgación.

Si ya la Constitución y el Código de Régimen Político y Municipal han reglamentado íntegramente la materia relativa a la promulgación de las leyes, carece de utilidad el art. 10 del Código Penal de 1980, en cuanto dispone que "en ningún caso tendrá vigencia la ley penal antes de su promulgación", por cuanto ya el art. 52 del Código de Régimen Político y Municipal había adoptado esa regla, refiriéndose a la totalidad de las leyes.

Sin embargo de no formar parte del Código Penal de 1938 un artículo semejante al 10 del Código de 1980, los jueces colombianos no desconocieron el precepto de que la ignorancia de la ley no sirve de excusa y la ordenación de que ley que no ha sido promulgada no obliga.

Por lo tanto, la norma rectora sobre conocimiento de la ley no es más que una pifia.

## 11. JUEZ NATURAL

*Art. 11.—Juez natural.* "Nadie podrá ser juzgado por juez o tribunal especiales instituidos con posterioridad a la comisión del hecho punible, ni con violación de las formas propias de cada juicio".

Este artículo amalgama dos materias: la relacionada con el llamado juez natural, y la relativa a las formas propias de cada juicio.

*Juez natural.* Según el texto del art. 11, se entendería por juez natural el juez o tribunal que hubieren sido instituidos con anterioridad a la comisión del delito; y por juez o tribunal especiales los que hubieren sido creados con posterioridad a la ejecución del acto punible.

La ley 153 de 1887 contiene dos normas referentes a este asunto:

*Art. 40.—*"Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deban empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación".

*Art. 43.—*"La ley preexistente prefiere a la *ex post facto* en materia penal. Nadie podrá ser juzgado o penado sino por ley que haya sido promulgada antes del hecho que da lugar al juicio. Esta regla solo se refiere a las leyes que definen y castigan los delitos, pero no a aquellas que establecen los tribunales y determinan el procedimiento, las cuales se aplicaran con arreglo al artículo 40".

Los dos textos legales transcritos fueron modificados por el art. 6° del Código de Procedimiento Penal de 1971: "*Principio de favorabilidad.* En todas las materias relacionadas con el procedimiento penal y con las personas vinculadas al proceso, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable, pero la que fije la jurisdicción y competencia o determine la concerniente a la sustanciación y ritualidad del proceso, se aplicará desde que entre a regir".

La modificación consiste en que la ley que debe ser previa es la que describe las conductas punibles, pero la que fija la jurisdicción y competencia, lo mismo que la sustanciación y ritualidad del proceso, se aplica desde el momento en que entra a regir, esto es, que los procesos iniciados bajo el imperio de las leyes anteriores serán sometidos a la nueva ley procesal. Y esto porque el art. 26 de la Constitución lo que demanda es que la ley que describe el acto punible sea preexistente a la comisión del delito, de donde se deduce que la que atribuye la competencia y jurisdicción a jueces y corporaciones judiciales, como la que señale las formas del proceso, pueden ser posteriores al momento de la comisión del delito. El acusado no tiene derecho para reclamarle al Estado porque adopte las reglamentaciones concernientes a la creación de nuevos cargos de funcionarios judiciales ni a la suspensión de los que existían. La garantía constitucional radica únicamente en que el juzgamiento se hará teniendo en cuenta la ley preexistente que eleva a delito una conducta. No es que la ley procesal tenga efecto retroactivo, por cuanto el trámite del proceso y el juzgamiento se están llevando a cabo en el tiempo en que dicha ley comenzó a regir. El delito pertenece al pasado, pero el proceso es actual, aun cuando una parte del mismo haya sido tramitado conforme a la ley anterior.

Quiénes redactaron la norma referente al llamado *juez natural* parece que lo hicieron para evitar que el presidente de la República y sus ministros le arre-

bataran a la jurisdicción penal ordinaria el conocimiento de los delitos cometidos por los particulares, para atribuírselo a la justicia penal militar. Se trata de una postura ingenua porque las cortes marciales o tribunales militares no han sido creados con posterioridad a la comisión de los delitos que el Estatuto de Seguridad (decreto 1923 de 1978) les encomendó, pues tales organismos los instituyó el art. 170 de la Constitución de 1886. Claro que las cortes y tribunales marciales fueron creados con el exclusivo fin de que conozcan “de los delitos cometidos por los militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio”, según lo dispone el citado art. 170, pero los presidentes de la República han venido violándolo constantemente, por cuanto le atribuyen a la justicia penal militar competencia para conocer de delitos comunes cometidos por particulares, desbordando el texto constitucional.

*Formas propias de cada juicio.* Si el art. 26 de la Carta dispone que el juzgamiento debe hacerse “observando la plenitud de las formas propias de cada juicio”, y si este ordenamiento tiene fuerza de ley (arts. 4° de la ley 57 de 1887 y 7° de la ley 153 de 1887), la reiteración que hace el art. 11 del Código Penal de 1980 carece de toda importancia.

## 12. FUNCIÓN DE LA PENA Y DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

*Art. 11.—Función de la pena y de las medidas de seguridad.* “La pena tiene función retributiva, preventiva, protectora y resocializadora. Las medidas de seguridad persiguen fines de curación, tutela y rehabilitación”.

Si el Código de 1980 es exclusivamente culpabilista, ya que “nadie puede ser penado por un hecho punible, si no lo ha realizado con dolo, culpa o preterintención”, resulta incomprensible no excluir del derecho penal a los inimputables. En efecto, si comete delito únicamente el imputable que ha actuado con culpabilidad, el Código Penal no puede referirse a los inimputables. Sin embargo, “los inimputables que realicen un hecho punible, serán sometidos a las medidas de seguridad establecidas en este Código” (art. 33).

La mejor demostración de que el Código Penal de 1980 participa de la doctrina de la defensa social, radica precisamente en que se aplica también a los inimputables.

La parrafada que el art. 12 dedica a las funciones de la pena contiene conceptos contradictorios, porque si la pena es resocializadora no puede ser retributiva, ya que la retribución consiste en inferirle al delincuente un mal equivalente al que causó con el delito. Es venganza de la sociedad contra el delincuente. La resocialización tiende a que el delincuente se readapte a la vida social. El odio de la retaliación social es dique que impide la resocialización. DORADO MONTERO lanzó la teoría de que la pena protegía al condenado. No se sabe a quién se refirieron los redactores del Código de 1980, si a la sociedad o a los delincuentes.

Al juez no le corresponde la aplicación de la pena impuesta, sino a funcionarios administrativos, que son quienes deben desarrollar las actividades

conducentes a lograr de la aplicación de la pena los mejores resultados, tanto para la sociedad como para los condenados. Sería materia del derecho penitenciario, y no propiamente del derecho penal, lo relativo a los fines de la pena.

## 13. CONCLUSIÓN

El somero análisis que se deja expuesto, es suficiente para concluir que perdieron su tiempo los redactores del Código Penal de 1980, al incluir en dicho estatuto el título sobre las normas rectoras de la ley penal colombiana.

Bogotá, 14 de octubre de 1981.

# LA IMPUTABILIDAD

Doctor BERNARDO GAITÁN MAHECHA

La imputabilidad constituye en la doctrina, en la jurisprudencia y en la legislación del derecho penal uno de los más controvertidos temas; todavía no hay un acuerdo general sobre su significado y tampoco sobre la manera como debe ser reconocido por la teoría del delito. Es bueno recordar que la profunda diferencia entre las escuelas clásica y positiva se produjo precisamente en torno al problema de la imputabilidad; la primera, partiendo del libre albedrío, llegó a la conclusión de que el delito era una acción moralmente imputable; y la segunda, negando el libre albedrío, concluyó que el delito era la acción del hombre anormal y fundó la responsabilidad en la peligrosidad criminal. En los tiempos actuales, si bien no se niega la existencia de un fenómeno al cual comúnmente se denomina imputabilidad, no hay acuerdo acerca de si debe considerárselo como un elemento o como un presupuesto de la culpabilidad; menos aún hay concordancia respecto de los criterios para definir los aspectos negativos de la imputabilidad, enmarcados dentro del concepto general de la inimputabilidad. Existen dificultades para entender la valoración desde el punto de vista subjetivo y desde el punto de vista normativo. La brevedad del trabajo no permite hacer sino una reseña acerca de la comprensión del tema y cómo se resuelve en la legislación colombiana vigente hasta 1980, y en la que ha entrado a regir en este año (Códigos de 1936 y 1980).

## 1. IDEA CLÁSICA

El Maestro CARRARA en el § 288 del *Programa*, expresa refiriéndose a la confusión planteada en su tiempo sobre los términos *imputable e imputabilidad* lo siguiente: "Las palabras imputable e imputabilidad tienen, pues, en el uso práctico, dos sentidos: uno absoluto (imputable a mí como hecho mío); otro relativo (imputable a mí como hecho criminoso). Ahora bien, los criminalistas modernos han seguido generalmente la costumbre de emplear el término imputable en el sentido relativo (incriminación, imputación como delito) y la han seguido aun en lo relacionado a los actos cometidos en estado de necesidad; y al decir que no son imputables, no han pretendido proclamar el error de que de tales actos no es responsable su autor, como ocurriría con los actos involuntarios y fortuitos, sino que han querido decir que respecto a ellos no se presenta la responsabilidad en sentido relativo, esto es, la imputabilidad como delito".

Parecer ser que la escuela clásica lo que trataba era de escindir los conceptos de imputación e imputabilidad, en el sentido de atribuir (imputar o imputación) a una persona un hecho o un resultado como su autor, independientemente de toda valoración desde el punto de vista subjetivo o desde el punto de vista objetivo. O sea que el tema de la imputación versaba sobre la relación causal del resultado con su autor. Así, por ejemplo, en el campo de la antijuridicidad

con respecto a las causales de justificación, cuando una persona obraba en legítima defensa o en estado de necesidad, le era imputado el hecho o resultado como a su autor, pero no se hacía juicio de imputabilidad por tratarse de acciones conforme a derecho. También si el autor realizaba un acto bajo circunstancias que afectaran su entendimiento por razones de sexo, edad, sueño, sordomudez, locura (causas fisiológicas), o por razones de ignorancia o error (causas ideológicas), o en condiciones que torcieran su voluntad (coacción), podría imputársele el hecho como a su causa física, pero no era predicable de él la imputabilidad, término al que se le atribuía un valor moral fundado en el libre albedrío. De donde el concepto de imputabilidad moral venía a ser el mismo que ahora se considera bajo la denominación de culpabilidad. Técnicamente deviene de las formulaciones clásicas la distinción que luego la doctrina ha hecho de los términos imputabilidad e inimputabilidad; estas palabras han sido reservadas modernamente para indicar cierta situación de orden subjetivo correspondiente al autor, que permita atribuirle, bajo un nexo de causalidad subjetiva, el resultado a título de dolo o de culpa, o excluirlo de esa valoración cuando carece de tales condicionamientos subjetivos. Imputable es el que es capaz de generar una acción dolosa o culposa de modo que le sea atribuible causalmente desde el punto de vista subjetivo; inimputable es el que carece de esa capacidad y así se convierte en autor de la acción, cuya valoración demanda un examen particular desde el punto de vista subjetivo.

## 2. IDEA CANÓNICA

No ha duda de que la escuela clásica procedió en sus conceptos de conformidad con lo establecido por el derecho canónico. La fórmula canónica de la imputabilidad corresponde a la idea de que esta es la referencia del delito a la persona en función del dolo o la culpa del delincuente. "La imputabilidad del delito depende del dolo del delincuente o de la culpa del mismo en ignorar la ley o en omitir la diligencia debida; por lo tanto, todas las causas que aumentan, disminuyen o suprimen el dolo o la culpa, aumentan por lo mismo, disminuyen o suprimen la imputabilidad del delito" (canon 2199). "Son incapaces de delito los que en el momento de obrar carecen del uso de su razón". "Los que están habitualmente locos aunque de cuando en cuando tengan intervalos lúcidos, o aunque en ciertos y determinados raciocinios o actos parezcan cuerdos, se presume, sin embargo, que son incapaces de delito" (canon 2201).

El derecho canónico además contempla, como lo hace la escuela clásica, formas disminuidas de la imputabilidad, o simiimputabilidad, que atenúan pero no suprimen la intensidad de la referencia subjetiva de la acción con respecto al autor, lo cual se traduce en disminuciones de las consecuencias punitivas.

La idea de la imputabilidad en esta concepción alude al momento de la acción; la imputabilidad resulta referida a la acción en cuanto a su condicionamiento síquico o subjetivo. Porque como los calificativos de doloso y culposo solamente atañen a la realización antijurídica, la valoración subjetiva se refiere al

fenómeno de la autodeterminación intelectual y volitiva del autor. Por ello en las ideas canónica y clásica es clarísima la imputabilidad cuando se trata del fenómeno de la *actio liberae in causa*.

### 3. IDEA POSITIVISTA

El Maestro FERRI sostenía a propósito de la referencia subjetiva o síquica en la acción delictiva: "sostenemos nosotros (en el área científica de *jure condendo*) que la responsabilidad debe ser afirmada sin tener en cuenta la condición psicológica de normalidad moral en el delincuente"<sup>1</sup>. Sostiene el Maestro, al discutir ampliamente los conceptos de imputabilidad e inimputabilidad, que "el principio de la responsabilidad legal respecto a todo el que haya cometido un delito, por ser este la expresión de su personalidad, normal o anormal, en plena madurez o no, asienta la justicia penal sobre una base evidente e inmutable, superior a toda contienda o logomaquia de acusación y defensa. Y provee por ello a una defensa social más eficaz, distinguiendo a los autores de un hecho delictivo no en imputables e inimputables, sino solo en más o menos peligrosos, pero todos responsables frente a la sociedad y la ley"<sup>2</sup>. Se trata de la sustitución de la responsabilidad moral por la responsabilidad social. De esta manera desaparece el concepto de pena y se reemplaza por el universal de medidas de seguridad. Para la escuela clásica y el derecho canónico la secuencia de la acción realizada dolosa o culposamente y que implicaba imputabilidad moral, era la pena, quedando por fuera del derecho penal los incapaces, y sometidos a penas reducidas los que al momento de la acción estaban bajo una "fuerza moral subjetiva" disminuida por cualquier causa. En la escuela positiva desaparece la pena y es sometido a medida de seguridad todo autor, cualquiera que sea la condición síquica en que se encuentre en el momento de la acción; pero la medida o el cuanto de la solución asegurativa se hace depender de la peligrosidad criminal, porque "el delincuente es siempre un ser anormal"<sup>3</sup>.

### 4. IDEA DE VON LISZT

En Alemania VON LISZT sostiene que "el delito es el acto culpable, contrario al derecho y sancionado con una pena" (*Tratado*). Supone el Maestro que la culpabilidad tiene dos títulos: el dolo y la culpa, pero fundando sus estructuras en los aportes intelectivos y volitivos necesarios para que el acto humano sea objeto de pena. Pero admite al lado de las penas las medidas de seguridad para todos aquellos sujetos con limitaciones o supresiones intelectivas o volitivas.

<sup>1</sup> ENRICO FERRI, *Principios de derecho criminal*, Parte primera, "El delincuente", pág. 49.

<sup>2</sup> *Ibidem*, pág. 49.

<sup>3</sup> FERRI, *ob. cit.*, pág. 51.

### 5. EL CÓDIGO ITALIANO

La dirección italiana después de promulgado el Código de ROCCO se desenvuelve sobre la fórmula binaria de la consecuencia de la acción: penas y medidas de seguridad. Que supone la distinción entre imputables e inimputables, reservándose para los primeros las penas y para los segundos las medidas de seguridad. El título IV (arts. 85 a 98) distingue la imputabilidad (capacidad de entender y de querer) de la inimputabilidad (que excluye la capacidad de entender o de querer) y de la semi-imputabilidad (mengua de la capacidad de entender y de querer), para determinar consecuencias distintas: penas para los actos realizados en estado de imputabilidad en forma dolosa o culposa; medidas de seguridad conforme al título VIII. Este modelo fue el adoptado por el Código Penal colombiano de 1936, que en su art. 12 considera que las personas no comprendidas en el art. 29 (imputables) cometen delito a título de dolo y de culpa, acarreando como consecuencia las penas; y las personas comprendidas en el art. 29 (inimputables) son sujetos de medidas de seguridad, así como los menores; se establecen sistemas reguladores del *quantum* de la pena con fundamento en las circunstancias objetivas y subjetivas de la acción, así como en la llamada peligrosidad criminal. La medidas de seguridad suponen la duración necesaria hasta cuando el destinatario de ellas supere las deficiencias síquicas determinantes de su inimputabilidad.

### 6. MEZGER Y WELZEL

La dirección doctrinaria en Alemania ha reconocido la diferencia entre imputabilidad e inimputabilidad. MEZGER en su *Tratado* opina que "es imputable el que posee al tiempo de la acción las propiedades personales exigibles para la imputación a título de imputabilidad". "El inimputable actúa sin culpabilidad. La inimputabilidad no es incapacidad de acción o incapacidad del injusto, o incapacidad de pena, sino incapacidad de culpabilidad"<sup>4</sup>.

WELZEL en su *Derecho penal* (Parte general) supone que "Capacidad de culpa (capacidad de imputación) es, por lo tanto, la capacidad del autor: a) de comprender lo injusto del hecho, y b) de determinar su voluntad, de acuerdo con esa comprensión. La capacidad de culpa tiene, por lo tanto, un elemento adecuado al conocimiento (intelectual) y otro adecuado a la voluntad (voluntativo): los dos juntos constituyen la capacidad de culpa". "Los incapaces de culpa permanecen, por principio, impunes; si son peligrosos, pueden ser internados en un instituto de curación o de asistencia"<sup>5</sup>.

Las ideas sobre la culpabilidad parten del supuesto de ser la imputabilidad un condicionante para su existencia, porque la culpabilidad es entre otras cosas reprochabilidad y solo lo es cuando el autor ha conocido el hecho tanto en su condición típica como en su desvalor jurídico.

<sup>4</sup> EDMUND MEZGER, *Tratado*, págs. 37 y 40.

<sup>5</sup> H. WELZEL, *Derecho penal*, Parte general, cap. II, pág. 20.

## 7. EL TEMA ACTUAL

Superadas para el derecho penal las discusiones sobre el significado y alcance del libre albedrío como base de la imputabilidad, y de la peligrosidad como fundamento de la reacción social punitiva o asegurativa, la cuestión se plantea en el terreno meramente jurídico normativo y en el terreno psicológico. Las posiciones contemporáneas se refieren a estos extremos, para indagar sobre la estructura misma de la imputabilidad desde el plano subjetivo y sobre su significado en cuanto al orden jurídico o normativo.

## 8. SOLER Y NÚÑEZ

El Maestro SEBASTIÁN SOLER enseña que “la imputabilidad puede definirse, en forma absolutamente válida para nuestra ley (se refiere a la Argentina), de acuerdo a la fórmula de MAYER: «Imputabilidad es la posibilidad, condicionada por la salud y madurez espirituales del autor, de valorar correctamente los deberes y de obrar conforme a ese conocimiento». Toda la cuestión referente al libre albedrío queda descartada, porque no se trata aquí de fundar la responsabilidad moral”<sup>6</sup>.

El mismo autor dice luego que “después del análisis hasta aquí realizado, quedan establecidas las condiciones que el sujeto debe reunir para que pueda entrarse a analizar su culpabilidad por la comisión de un delito. Con el estudio de la imputabilidad y de las causas que la excluyen, no hemos hecho más que fijar un presupuesto para que, cuando ella exista, pueda entrarse a considerar si también existe culpabilidad” (ibídem, número 39, 1).

Y RICARDO C. NÚÑEZ en su *Tratado* expresa que la ley argentina exige “como presupuesto de la actuación culpable (dolosa o culposa) la imputabilidad del mismo”, refiriéndose al autor. Y agrega que “la imputabilidad es la condición del delincuente que lo hace capaz de actuar culpablemente, vale decir, con dolo o con culpa”<sup>7</sup>.

Considerar la imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad es situarla en el plano de las condiciones del autor, desde el punto de vista subjetivo. Posición correcta porque el delito no se describe como una conducta típica antijurídica, imputable y culpable, sino simplemente como “acción (conducta, acto, comportamiento) típicamente antijurídica y culpable”. Esta presentación del fenómeno alude a la conducta que un sujeto puede desarrollar de modo que resulta ser contraria a derecho y reprochable por haber sido generada dolosa (con intención dirigida a producir el resultado ilícito) o culposamente (por no haber previsto el resultado habiendo podido hacerlo evitando así la acción), o por haber obrado temerariamente. La cuestión es conocer la capacidad del autor para obrar dolosa o culposamente. Presupuesto para que nazca la culpabilidad, es que el sujeto sea imputable.

<sup>6</sup> SEBASTIÁN SOLER, *Derecho penal argentino*, t. II, núm. 36, XII.

<sup>7</sup> RICARDO C. NÚÑEZ, *Tratado de derecho penal*, t. II, tít. II, I.

## 9. CUELLO CALÓN

CUELLO CALÓN afirma que “la imputabilidad es el elemento más importante de la culpabilidad, es su supuesto previo, sin aquella no se concibe esta. Se refiere a un modo de ser del agente, a un estado espiritual del mismo, y tiene por fundamento la concurrencia de ciertas condiciones síquicas y morales (salud mental y madurez) exigidas por la ley para responder de los hechos cometidos. No exige condiciones de fina y delicada espiritualidad, sino conciencia y voluntad en el grado necesario para que el agente pueda responder de los propios actos. Es la capacidad de conocer y de querer”<sup>8</sup>.

## 10. EL CONCEPTO DE LA IMPUTABILIDAD Y LA DOCTRINA COLOMBIANA

No tiene seguramente demasiada importancia debatir en forma bizantina si la imputabilidad es un presupuesto o un elemento de la culpabilidad, según que respecto a esta se adopte una concepción psicológica o una concepción normativa. Tal parece ser que de todas maneras la doctrina parte del supuesto de que para imponer una pena se requiere que haya existido una conducta, un comportamiento, una acción del hombre; que esa conducta corresponda a la descripción hecha por la ley positiva mediante un tipo penal; que, además, no concorra respecto de ella una causal de justificación y que sea el producto o la consecuencia de una manifestación dolosa o culposa del autor. De la misma manera no parece haber disparidad respecto de que para la imposición de una medida de seguridad, se requiere también un comportamiento, una conducta, una acción; debe ser típica, en orden a poder encuadrarla dentro de los elementos objetivos de un tipo penal; no debe estar justificada (en tanto que los inimputables también pueden obrar conforme a derecho —objetivamente hablando—); y debe ser referida a un autor cuya situación subjetiva o síquica, recibe conforme a las precisiones legales, la denominación de imputabilidad. Ciertamente no tiene fundamento hacer referencia a la imputabilidad, sin relacionarla como un *prius* del derecho penal en el campo de la culpabilidad. Hablar de los imputables (imputabilidad) o de los inimputables (inimputabilidad) como un sistema de clasificación de los seres humanos, en abstracto, carece de todo sentido. El problema se plantea únicamente frente al delito. Es entonces cuando en forma hipotética se dice que para que una persona pueda cometer un delito doloso o culposo se requiere que sea imputable; también se dice que si una persona ha realizado una acción dolosa o culposa descrita como delito en la ley, es punible; lo cual quiere decir que si lo es, es porque cuando determinó el resultado antijurídico era imputable. Puede ser que en el juicio de valor sobre la culpabilidad *a posteriori* de la acción, cuando no concurre una causa excluyente de la imputabilidad, se comprenda como incluida dentro del concepto de dolo y de culpa la estructura misma de la imputabilidad; pero es evidente que el juicio hipotético

<sup>8</sup> EUGENIO CUELLO CALÓN, *Tratado...*, t. I, cap. XXVI, II.

de referencia, para que pueda concebirse la acción típicamente antijurídica y culpable, implica el presupuesto subjetivo de la imputabilidad en orden a legislar las penas, establecer su graduación, determinar su fundamento.

RODRÍGUEZ MUÑOZ dice que "la culpabilidad es, según WELZEL, «la responsabilidad personal por el acto antijurídico. El autor es personalmente responsable cuando a pesar de conocer o haber podido conocer la desaprobación de su acto por el derecho, se resuelve a ejecutarlo, siendo así que precisamente en virtud de tal conocimiento hubiese podido abstenerse». La culpabilidad tiene como presupuesto la imputabilidad o capacidad de culpabilidad; y como juicio desvalorativo, de reproche personal, comprende la conciencia de la antijuridicidad del acto. La culpabilidad falta totalmente en los casos de inimputabilidad y en los supuestos en que, no obstante ser imputable el sujeto, el desconocimiento de la antijuridicidad era inevitable para él"<sup>9</sup>.

La doctrina colombiana ha venido finalmente a coincidir sobre los términos del delito. El movimiento que se inició en 1963 con la aparición de nuestra obra *Curso de derecho penal general*, ha cobijado ya casi la totalidad del pensamiento en la doctrina nacional admitiendo el delito como la acción típicamente antijurídica y culpable. La ya rica bibliografía colombiana acepta los términos de imputabilidad e inimputabilidad como fundamento de las penas y de las medidas de seguridad. Dijimos en 1963: "por imputabilidad entendemos precisamente la capacidad de entender y de querer, es decir, la posibilidad de atribuirle a una persona un resultado a título de dolo o de culpa. En otros términos, es la capacidad de ser culpable, de actuar dolosa o culposamente; mientras la culpabilidad es el juicio sobre la conducta, la imputabilidad es el juicio sobre la capacidad del sujeto. La imputabilidad es un presupuesto de la culpabilidad, ya que solamente puede ser culpable el que es imputable. El loco, el niño, el que obra en estado de inconciencia o de perturbación mental permanente o transitoria, no actúa culpablemente, es decir, con dolo o culpa, porque no es imputable"<sup>10</sup>.

El profesor REYES ECHANDÍA afirma que la imputabilidad es "la capacidad de la persona para conocer y comprender la antijuridicidad de su conducta y para autorregularse de acuerdo con esa comprensión"<sup>11</sup>. El profesor REYES se adentra bien en la precisión del concepto de capacidad de ser culpable. La definición toma justamente las estructuras subjetivas del dolo y de la culpa para darle significado a la imputabilidad. Asume el condicionamiento intelectual (conocimiento) y el volitivo (autorregulación o autodeterminación), que son justamente el núcleo del dolo y de la culpa.

El juicio sobre el autor desde el punto de vista subjetivo para atribuir la conducta a título de dolo o de culpa, no hace referencia ni a la libertad (libre albedrío) ni a la peligrosidad, sino a la posibilidad real de que el autor haya podido comprender la naturaleza de la acción, conocer su ilicitud y determinarse de acuerdo con esa comprensión.

<sup>9</sup> RODRÍGUEZ MUÑOZ, *La doctrina de la acción finalista*, 2ª parte, núm. 4, F.

<sup>10</sup> BERNARDO GAITÁN MAHECHA, *Curso...*, cap. X.

<sup>11</sup> ALFONSO REYES ECHANDÍA, *La imputabilidad*, 1976, pág. 31.

Ciertamente lo que interesa es conocer la estructura de la conducta culpable desde el punto de vista psicológico, para saber si se ha generado con dolo o culpa. Por ello, en un todo de acuerdo con el profesor REYES, expusimos: "La cuestión de fondo radica en lo que entendemos por imputabilidad; si definido este punto resulta que sin imputabilidad no hay culpabilidad, esta será la consecuencia necesaria del concepto adoptado; que esa conclusión conduzca a situar la imputabilidad como presupuesto o como elemento de la culpabilidad es algo que probablemente tenga más importancia formal que sustancial"<sup>12</sup>.

Algunos autores, entre ellos FEDERICO ESTRADA VÉLEZ, sostienen que conforme a la legislación colombiana de 1936 (ley 95), el concepto de imputabilidad nada tiene que hacer porque "adoptado el criterio de la responsabilidad social o legal (art. 12) la imputabilidad nada tiene que ver con la responsabilidad penal, la que existirá siempre, sea el sujeto imputable o inimputable"<sup>13</sup>. Sin embargo, la estructura legal del Código de 1936, al establecer normas y medidas de seguridad, y al determinar que las infracciones de las personas no comprendidas en el art. 29 son dolosas (intencionales) o culposas, demanda la indagación del título de las penas y de las medidas de seguridad, viniendo así por la vía dogmática a establecerse que por encima de tal responsabilidad legal o social se conservó o introdujo en 1936 en el Código Penal la solución binaria con fundamento en la imputabilidad y en la inimputabilidad. Porque de otra manera carecería de sentido la punibilidad. Igual ocurre con el régimen de menores, para quienes las leyes especiales establecen medidas de seguridad.

El profesor LUIS CARLOS PÉREZ sostiene que "el delito es imputable: 1) a los normales de la mente, mayores de 18 años, a título de dolo o de culpa; 2) a los anormales, sin considerar ninguna de estas dos modalidades. Su propia anomalía, desenvuelta externamente en un plano antijurídico, es fuente de responsabilidad"<sup>14</sup>. Aquí en esta referencia vemos que el concepto de imputabilidad se refiere a la imputación, o sea al poder atribuir a una persona un resultado como a su autor; el delito como acción puede ser cometido o por un normal o por un anormal. Pero, como se viene indicando, la doctrina de la imputabilidad la considera como un presupuesto de la culpabilidad y así el inimputable no comete delito porque no desenvuelve conducta dolosa o culposa. En consecuencia, la medida de seguridad, si bien es una forma de reacción social contra la acción ilícita del anormal, no lo es con fundamento en la imputabilidad, sino al contrario.

## 11. UBICACIÓN

Si situamos correctamente la ecuación y examinamos bien el contexto del delito y de la acción del inimputable, podríamos decir que delito + conducta +

<sup>12</sup> A. REYES E., ob. cit., pág. 35.

<sup>13</sup> F. ESTRADA VÉLEZ, *Manual...*, Parte quinta, cap. II, 4.

<sup>14</sup> L. C. PÉREZ, *Tratado de derecho penal*, vol. IV, Parte general, 1959, pág. 266.

tipicidad + antijuridicidad + culpabilidad = responsabilidad (pena y obligación civil de indemnizar).

La culpabilidad en este contexto significaría un proceder doloso o culposo, presupuesta la imputabilidad. Por cuanto nace de la acción típica y antijurídica del inimputable podría presentarse así: acción + tipicidad + antijuridicidad + causa excluyente de imputabilidad = responsabilidad (medida de seguridad e indemnización). Aquí nos hallamos ante un concepto de responsabilidad que no es otra cosa que la obligación de someterse a las consecuencias de la ley; al igual que lo es el título de la indemnización civil. Esta manera viene a ser realmente la explicación dogmática del sistema legal colombiano.

En el anteproyecto de Código Penal (1974) presentamos el problema de la imputabilidad, pero describiendo, no como hace el Código italiano al imputable, sino indicando quiénes son inimputables. Esta postura tiene un sentido muy adecuado, en cuanto la imputabilidad como se ha dicho es presupuesto de la culpabilidad. En efecto, si con respecto a una acción típica y antijurídica no se presenta en el autor ninguna situación de inimputabilidad, solamente procede el análisis de la especie de culpabilidad que corresponda. O sea que, así como en relación con la antijuridicidad esta viene implícita en la tipicidad y solamente se excluye si se demuestra una causal de justificación, en la conducta típica y antijurídica va implícita la culpabilidad, a no ser que se demuestre una causa excluyente de la culpabilidad (caso fortuito, fuerza mayor, coacción, error de hecho, error de prohibición), o una causa excluyente de la imputabilidad (inmadurez psicológica, perturbación mental, sordomudez, o situación de cultura en el caso de los indígenas).

El profesor ROMERO SOTO decía a este propósito: "En el proyecto que ha presentado el doctor GAITÁN MAHECHA, encuentro una posición muy práctica, cual es la de no definir la imputabilidad, sino la de relacionar quiénes deben ser tratados como inimputables, con el fin de sortear la problemática que ha sido planteada y que aparece de relieve, por ejemplo, en el Código Penal italiano, en el que se señaló en su artículo 85 que es imputable todo aquel que tiene capacidad de comprender y de querer, sin que se pueda entender, exactamente, a qué clase de comprensión se refiere la norma, es decir, si hace mención de la comprensión de la índole ilícita de su actuar, o una comprensión más genérica del mundo externo que lo rodea; y sin que se pueda entender de qué clase de querer se ocupa, si a (*sic*) la capacidad que tiene un individuo de inhibir, de controlar sus propios impulsos para dirigirlos a uno y otro sentido, o a (*sic*) una singular y bien determinada tonalidad afectiva relacionada con el acto delictuoso en sí"<sup>15</sup>.

De esta manera, partiendo del concepto de que la imputabilidad es presupuesto de la culpabilidad, en la ley lo que procede es indicar los casos que se reconocen como de inimputabilidad a fin de establecer las consecuencias.

La capacidad que se expresa mediante la imputabilidad alude al componente intelectual y volitivo necesario para que la conducta pueda manifestarse en

forma dolosa o culposa. La función de la inteligencia es, de una parte, representar mediante la sensopercepción la realidad objetiva del hecho y los medios para causarlo, y, de otra, comprender su ilicitud. La función de la voluntad es autodeterminar la acción externa capaz de producir el resultado.

Es obvio que en función de esta estructura pueden darse fenómenos que alteren el funcionamiento normal del entendimiento y de la voluntad, o de uno de ellos, pero sin que pueda afirmarse que tales fenómenos han creado una situación anormal de los mecanismos intelectivos y volitivos. Cuando esto ocurre es cuando nacen las causas excluyentes de la culpabilidad. En efecto: en el caso fortuito se parte de la base de que la persona normal no estuvo en posibilidad de representar el hecho; en la fuerza mayor el agente se halla ante una circunstancia externa irresistible; en la coacción la acción ajena impide a la voluntad manifestarse autónomamente; en el error de hecho el autor hace una representación errónea de la realidad; en el error de prohibición se equivoca respecto de la valoración jurídica. En todos estos casos el agente es imputable, pero el funcionamiento normal del entendimiento y de la voluntad ha estado impedido por causas externas a ellos.

Pero también pueden darse fenómenos endógenos que hacen que la comprensión de la realidad, desde el punto de vista intelectual, o de la ilicitud, esté sujeta a alteraciones que implican anormalidad; igual ocurre con la volición. Los numerosos casos de trastornos mentales, o enfermedades mentales, o perturbaciones mentales, de los cuales se ocupa la psiquiatría, caben aquí como manifestación de la inimputabilidad que debe ser reconocida en cada caso: por medio de la peritación médica y en función del comportamiento mismo del autor, cuya valoración compete al juez. Las deficiencias debidas a la inmadurez psicológica (minoridad) que si bien varían de un sujeto a otro, la ley se encarga de limitarlas en el tiempo indicando la edad desde la cual a la persona se le considera plenamente imputable. La sordomudez, cuando no puede el sujeto comprender o entender la realidad, ni su significado jurídico, por defectos en los medios de la sensopercepción, requiere calificación caso por caso. El desconocimiento de los valores o patrones culturales, cuando se tienen otros, como ocurre con los indígenas, respecto de los cuales no puede generarse un juicio de reprochabilidad en función de desvalores ajenos a su comprensión.

La inimputabilidad asume así una naturaleza excluyente de la culpabilidad y da lugar a la medida de seguridad cuando el sujeto ha realizado una conducta típica y antijurídica.

Naturalmente en todos los casos y especialmente en el de los menores pueden ocurrir gradaciones en la intensidad con que el fenómeno endógeno se manifiesta. Este tema ha permitido hablar de imputabilidad plena, imputabilidad disminuida, semiimputabilidad, y en algunas legislaciones se aplican consecuencias diversas. No parece sin embargo que la cuestión deba resolverse en función de los criterios mismos de las estructuras intelectual y volitiva, cuando puede solucionarse con un sistema de graduación en las consecuencias. Así como para la pena se establecen circunstancias agravantes y atenuantes, la medida de seguridad debe tasarse de conformidad con el grado de inimputabilidad, sin recurrir a fórmulas intermedias de reconocimiento anticipado.

<sup>15</sup> Actas, pág. 289.

## 12. ESTADOS EMOCIONALES Y PASIONALES

Considerando el funcionamiento normal de las manifestaciones subjetivas del entendimiento y de la voluntad, pueden verse y conocerse reacciones propias y naturales de la personalidad, las cuales de ninguna manera significan anormalidad. Es el caso típico de las emociones y de las pasiones. Es probable que la persona tenía más o menos control síquico sobre ese tipo de manifestaciones, generalmente causadas por comportamientos endotímicos, pero sin que la fórmula del comportamiento incida sobre la existencia de la capacidad de comprender y de determinarse. Entran en juego también los caracteres y los temperamentos: irascibles, celosos, apasionados, sectarios, ilusos, escépticos, y así sucesivamente en una lista interminable de denominaciones. "Cuando en psicología hablemos de carácter, será sobre la base de una distinción entre la vida síquica actual, los estados y los procesos síquicos dados en cualquier momento y la propensión habitual, relativamente constante, pero distinta de uno a otro hombre, para determinar formas de comportarse, de responder, de reaccionar síquicamente. Las disposiciones se conciben como rasgos habituales del tipo de vivencia, que se repiten en el flujo de los acontecimientos y determinan la vida síquica en el aquí y el ahora. Por consiguiente, en sentido caracteriológico, se comprende bajo el nombre de disposición, la propensión o inclinación a experimentar determinadas vivencias síquicas (maneras de sentir, de actuar) considerando que dicha inclinación no varía a cada momento, sino que tiene siempre una relativa estabilidad, aquella disposición representa una base reaccional y puede ser innata o adquirida —como en el caso del niño que se ha quemado y tiene horror al fuego—. Las disposiciones no se pueden averiguar de un modo inmediato, sino por inferencia, partiendo de las reacciones siempre repetidas del individuo. La relación que hay entre los acontecimientos síquicos actuales y las disposiciones se expresa de la manera más elocuente cuando decimos: las disposiciones se hacen patentes en la vida síquica actual"<sup>16</sup>.

El derecho penal ha afrontado este problema y ha creado las estructuras normativas de la graduación punitiva teniendo en cuenta la personalidad del agente, los motivos determinantes, las circunstancias objetivas. En ocasiones por medio de disposiciones especiales, como ocurre cuando trata el problema de la ira, otras veces por medio de reglas generales que permiten la solución caso por caso. El carácter, el temperamento como expresiones de la personalidad, no se toman como factores que incidan sobre la imputabilidad en sus estructuras simples de representación, comprensión y volición, sino como términos para establecer la adecuada proporcionalidad entre el delito y la pena.

Y está bien que así sea. Introducir al presupuesto de la culpabilidad calificaciones respecto de sus manifestaciones y formas, es adentrarse en un mundo de formidables relativismos que hacen completamente nugatoria la misión protectora del derecho penal; pero al mismo tiempo es anular la fuerza preventiva de las normas punitivas en función del comportamiento.

<sup>16</sup> PHILIPP LENSCH, *La estructura de la personalidad*, t. I, pág. 37.

## 13. ACTIO LIBERAE IN CAUSA

Se presenta el fenómeno de que una persona con capacidad para entender la naturaleza del acto, comprender su ilicitud y determinarse de acuerdo con esa comprensión (imputable), se coloca voluntariamente en estado de inimputabilidad. Y esto puede surgir por dolo o culpa del agente. Es el caso de una inimputabilidad preordenada al delito. Necesariamente se presenta en estos casos una especie de *conditio sine qua non*, en virtud de que la causa de la inimputabilidad es el acto doloso o culposo del agente. Seguramente este tema podría plantearse como ejemplo de un típico *versari in re illicita* en cuanto se da la condición de previsión por parte del entendimiento cuando se procede dolosamente a la situación de inimputabilidad; o cuando se tiene la temeridad de realizar la acción que genera la inimputabilidad derivándose de ella a *posteriori* el resultado antijurídico. En estos casos la inimputabilidad predispuesta asume la condición de medio o condición de la acción tal cual esta ha sido realizada. En el proyecto de 1974 la Comisión resolvió así el tema: "Cuando el agente hubiere provocado un trastorno mental responderá por el dolo o culpa en que se hallare respecto del hecho punible, en el momento de colocarse en tal situación". O sea que el trastorno mental provocado y dirigido a la comisión de un delito no suprime la culpabilidad, porque en esa situación el que es causa de la causa es causa de lo causado. Tampoco si el agente estaba en culpa con prevención o representación.

## 14. EMBRIAGUEZ

En el proyecto colombiano de 1978 se introdujo, a diferencia del proyecto de 1974 y del Código vigente, una norma sobre embriaguez del siguiente tenor: "La embriaguez ocasionada por el alcohol o por cualquiera otra sustancia o droga, que produzca enfermedad mental, excluye la imputabilidad si se origina en caso fortuito o fuerza mayor. En este supuesto no habrá lugar a la imposición de ninguna medida de seguridad". "La que no dependa de esta causa, no excluye la imputabilidad, ni se tendrá como circunstancia de atenuación de la pena". "Si se tratare de embriaguez preordenada, la pena correspondiente se aumentará hasta en una tercera parte". Tanto en el Código Penal vigente como en el proyecto de 1974, únicamente se hizo referencia a la embriaguez voluntaria como atenuante de la pena cuando el agente no haya podido prever sus consecuencias.

La cuestión de la embriaguez, jurídicamente se manifiesta de tres modos: a) embriaguez de persona imputable, en forma voluntaria, sin previsión de las consecuencias; b) embriaguez de persona imputable, con previsión de las consecuencias; c) embriaguez de persona imputable en forma involuntaria (caso fortuito, fuerza mayor); d) embriaguez de un inimputable, voluntaria o involuntaria.

Obviamente de conformidad con la estructura de la imputabilidad y esta como presupuesto de la culpabilidad, las soluciones son clarísimas. En el caso a)

existe una *actio liberae in causa*, pero dentro de la categoría de culpa sin previsión, que merece pena atenuada; en el caso b) también existe un fenómeno de *actio liberae in causa*, pero con las siguientes variantes: 1) en forma culposa cuando se trata de una situación en la cual el agente previó las posibles consecuencias pero temerariamente obró en la confianza de que nada pasaría; la solución no puede ser otra que la de una pena agravada; 2) en forma dolosa cuando el agente preordenó la embriaguez para obrar en tal situación; el caso se resuelve dentro de la pena para el acto doloso, pero con la agravación correspondiente. En el caso c), no existiendo *actio liberae in causa* y siendo la persona imputable, el problema viene a ser un típico asunto de trastorno mental transitorio, que no apareja consecuencias punitivas, ni medidas de seguridad. En el caso d) el tratamiento del problema cabe dentro de las soluciones a las acciones de los inimputables. Así, pues, parecería no ser indispensable incluir norma alguna sobre la embriaguez, si se hallan correctamente resueltas en las normas las situaciones de *actio liberae in causa*, trastorno mental transitorio, inimputabilidad y causas que la determinan, siendo necesaria, eso sí, la fijación de las agravantes y atenuantes habida consideración de la forma de la causa de la embriaguez en el sujeto imputable. Es necesario, por último, considerar que la embriaguez puede ser simplemente aguda, y entonces caben las referencias arriba apuntadas, o puede ser crónica que genere inimputabilidad por alteraciones de los mecanismos intelectivos o volitivos, pero en este caso aparece el tema de la inimputabilidad (trastorno mental crónico).

Así las cosas, la fórmula propuesta en el proyecto de 1978 solamente requería de algunas precisiones si se adoptaba la técnica de incluir normas específicas sobre embriaguez, por fuera de las normas generales de la imputabilidad y la inimputabilidad. El Código de 1980 no se ocupó de la embriaguez en la parte general. Luego veremos su tratamiento.

#### 15. EL TRASTORNO MENTAL TRANSITORIO

Ante la ausencia de un tratamiento adecuado por parte de la doctrina y la legislación colombianas, propusimos en nuestra obra *Curso de derecho penal* (1963) la inclusión dentro de la llamada sugestión patológica del art. 23 del Código Penal, del problema del trastorno mental transitorio, como circunstancia de inimputabilidad, bajo las siguientes condiciones: a) que produzca una total o completa perturbación de la inteligencia o de la voluntad; b) que desaparecida la causa no deje rastro alguno en el siquismo del agente, es decir, que recobre su plena imputabilidad; c) no debe ser buscado de propósito, puesto que en tal caso sería una *actio liberae in causa*.

En el proyecto de 1974 se incluye el trastorno mental transitorio de la siguiente manera: *Art. 39.* "Salvo los casos especialmente previstos, si el estado de inimputabilidad se debiere a trastorno mental transitorio en persona que no sufra de anormalidad síquica y no quedaren como secuela de él perturbaciones mentales, no se aplicará medida alguna, sin perjuicio de la correspondiente responsabilidad civil".

En el proyecto de 1978 se menciona el fenómeno bajo la denominación "enfermedad mental transitoria", pero se le impone medida de seguridad no inferior a 6 meses. Lo cual indica separarse abiertamente del tratamiento que en general le da la doctrina al problema del trastorno mental transitorio.

Ya CARRARA había dicho que "la duración mayor o menor de la alteración morbosa nada influye sobre la imputabilidad, siempre que el acceso sea concomitante a la acción criminal; por lo cual aun un furor transitorio puede excluir enteramente la responsabilidad por los actos propios"<sup>17</sup>. Lo fundamental en la doctrina es que el llamado por ella *trastorno mental transitorio* debe asentarse sobre una base patológica, pero, como su nombre lo indica, de duración determinada, y con respecto a una sique normal antes del episodio y que posteriormente a él retorne a la normalidad. Esto para que no se confundan los trastornos mentales transitorios con las alteraciones síquicas de las pasiones y de las emociones, cuyo efecto ya examinamos más arriba.

Es necesario darle al problema de la locura transitoria un tratamiento legal, acorde con su naturaleza como causa excluyente de la imputabilidad, que implica alteración patológica de la conciencia, que no deja consecuencias cuando desaparece la causa, que implica un responsable dictamen pericial y que no debe excluir la responsabilidad civil.

#### 16. EL CÓDIGO PENAL DE 1980 (DECRETO 100) Y LA IMPUTABILIDAD

*Concepto.* El decreto 100 de 1980 (Código Penal) resuelve el tema de la imputabilidad situándola como presupuesto de la culpabilidad. En efecto, se considera como inimputable a quien en el momento de ejecutar el hecho legalmente descrito no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica o trastorno mental (art. 31).

Se supone así que cuando el autor dispone de esa capacidad puede ejecutar acciones (conductas) dolosas o culposas o preterintencionales (art. 35); porque el dolo es la actividad realizada con el conocimiento y significación de la ilicitud del hecho y la capacidad de determinarlo con esa comprensión, de manera autónoma; esa actividad, además, envuelve la previsión del resultado como posible, de manera que comprende el proceder doloso eventual. La culpa se concibe como la previsión de lo previsible y el obrar no obstante esa previsión, o la imprevisión de lo que era previsible (negligencia). Y la preterintención supone la previsibilidad del resultado que llega a exceder la intención inicial del agente (arts. 36, 37 y 38).

Solamente el que es imputable puede obrar culpablemente, o sea a título de dolo o a título de culpa.

La culpabilidad supone en el autor entendimiento para representar y prever, y voluntad para autodeterminar la acción. Así, el agente es culpable a tí-

<sup>17</sup> F. CARRARA, *Programa*, § 249, 3º.

tulo de dolo cuando realiza una conducta de hacer o de no hacer, que produce una mutación en el mundo exterior, mutación de orden material y de orden jurídico; tal conducta es producto de la voluntad consciente y dirigida por el autor. Y en la culpa el autor es culpable por no prever el efecto nocivo del acto voluntario y autónomo que está realizando, o porque habiendo previsto el efecto nocivo, confía imprudentemente en que no se produzca.

Todo esto supone como presupuesto la imputabilidad. Y la estructura de la culpabilidad es capacidad de entender y de querer. Capacidad de entender la acción que se está realizando, su ilicitud y capacidad de generarla en forma autónoma.

De esta manera se explican las causas que excluyen la culpabilidad; unas porque excluyen el entendimiento (la representación), otras porque excluyen la autonomía de la voluntad. Así el caso fortuito excluye la posibilidad de la representación; la fuerza mayor afecta la libre determinación; la insuperable coacción ajena la posibilidad de autodeterminar la conducta; el error, la representación de la ilicitud, ya sea por razón de la creencia en la licitud de lo que se está haciendo o en el error de tipo, ya sea integral (totalidad de la incriminación) o parcial (elementos objetivos del tipo).

*Inimputables.* Son inimputables, de acuerdo con el decreto 100 de 1980 (Código Penal), los menores de 16 años que quedan sometidos a jurisdicción y tratamiento especiales (leyes de menores).

Los inimputables que lo sean por trastorno mental de carácter crónico o permanente (incluyendo a los sordomudos que no puedan captar los conceptos de ilicitud) quedan sometidos a las medidas de seguridad establecidas en los arts. 93 a 102.

Aunque el Código no habló de los indígenas, es decir, no dio pauta acerca del problema de la imputabilidad por razones culturales, sin embargo dejó al criterio del juez el establecimiento de medidas de seguridad para ellos, si se tiene en cuenta el art. 96, especialmente el inciso final de esta disposición.

*Actio liberae in causa.* El problema de la *actio liberae in causa*, supone que en el momento de la acción el agente es inimputable pero preordenó su acción al hecho punible. De esta manera es plenamente culpable. Así lo determina el art. 32 que establece: "Cuando el agente hubiere preordenado su trastorno mental responderá por el dolo o culpa en que se hallare respecto del hecho punible, en el momento de colocarse en tal situación".

*La embriaguez crónica o consuetudinaria.* En la medida en que haya determinado situación e inimputabilidad, implica medidas de seguridad.

*La embriaguez aguda o transitoria (episódica).* Inexplicablemente no se dijo nada en la parte general sobre la embriaguez aguda y voluntaria, como lo hacía el Código de 1936 al considerarla como causa de menor peligrosidad (art. 38, numeral 5). El vacío de la norma no puede conducir a la idea de que al borracho necesariamente se le dé un tratamiento de trastornado mental para excluirlo de toda responsabilidad. Se desprende lo anterior de que no obstante no haberse hecho alusión a la embriaguez en la parte general, con respecto al tipo penal culposo de homicidio se le incluyó como causa agravante, al tenor

del art. 330 del Código Penal que dispone: "La pena prevista en el artículo anterior se aumentará de una sexta parte a la mitad, en los siguientes casos: 1º) Si al momento de cometer el hecho el agente se encontraba bajo el influjo de bebida embriagante o de droga o sustancia que produzca dependencia física o síquica...". Esta norma está indicando que no se le da a la embriaguez episódica y voluntaria tratamiento excluyente, sino, por el contrario, agravante; y si así ocurre en materia de culpa, tanto más si se trata de hecho punible o doloso. Además, hay que tener en cuenta que el Código Civil en su art. 2345 mantiene la norma de que "el ebrio es responsable del daño causado por su delito o culpa".

*Las emociones y pasiones.* Conservan el mismo tratamiento que en el Código de 1936 así: *Art. 60.* "El que cometa el hecho en estado de ira o de intenso dolor, causado por comportamiento ajeno grave e injusto, incurrirá en pena no mayor de la mitad del máximo, ni menor de la tercera parte del mínimo de la señalada en la respectiva disposición". *Art. 64.* "Atenuación punitiva... Son circunstancias que atenúan la pena, en cuanto no hayan sido previstas de otra manera:... 3º) Obrar en estado de emoción o pasión excusables o de temor intenso".

*El trastorno mental transitorio.* Dice el art. 33 del nuevo Código Penal: "...Si la inimputabilidad proviniera 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".

Se requiere dentro del proceso que se determine por peritos que en efecto hubo solamente trastorno mental transitorio y que no quedan consecuencias. De lo contrario se aplica el art. 95. Es forzosa la indemnización civil.

## 17. CONCLUSIONES

1) El delito es acción típicamente antijurídica y culpable. La culpabilidad se coloca después de la antijuridicidad porque solamente se puede predicar de lo ilícito, y así, la culpabilidad se manifiesta en las formas del dolo y de la culpa, que suponen ambas la imputabilidad del autor.

2) La imputabilidad es la capacidad de la persona para conocer y comprender la naturaleza del hecho, su ilicitud y autodeterminarse de acuerdo con esa comprensión.

3) Las causas que excluyen la imputabilidad son la inmadurez psicológica (minoridad), que debe ser determinada en la ley fijando el límite de la misma; la perturbación mental permanente o crónica, bajo cualquiera de las denominaciones siquiátricas, determinada por la peritación médica y sujeta a las medidas de seguridad pertinentes; la sordomudez cuando por razón de ella el sujeto no puede comprender la naturaleza de su acción ni su ilicitud, procediendo igualmente medidas de seguridad; situación cultural, causa que es específica dentro de nuestro medio por la existencia de la población nativa o indígena, y para quien la ley debe recomendar medidas especiales.

4) La inimputabilidad determinada por *actio liberae in causa* no se considera como eliminadora de la culpabilidad y por el contrario esta se conserva plenamente. La embriaguez aguda voluntaria no elimina la culpabilidad aunque altere de alguna manera el siquismo. Las emociones y las pasiones, son circunstancias que inciden sobre la punibilidad mas no sobre la imputabilidad.

5) En caso de trastorno mental transitorio, o sea, una inimputabilidad sobreviniente en una persona imputable, que desaparece sin dejar huella, pero de base patológica, es causa excluyente, pero no de responsabilidad civil.

6) Las causas que excluyen la culpabilidad suponen la imputabilidad, de modo que obran únicamente sobre la representación y la volición, como expresiones inadecuadas de las mismas por causas externas o exógenas y son el caso fortuito, la fuerza mayor, la coacción, el error de hecho y el error de prohibición.

## LA RESTITUCIÓN DEL OBJETO COMO CAUSAL DE ATENUACIÓN EN LOS DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO ECONÓMICO

Doctor JOSÉ LIBRADO VÁSQUEZ  
Fiscal 4° del Tribunal Superior de Medellín

Ministerio Público  
Fiscalía Cuarta del Tribunal

Medellín, setiembre 21 de 1981

Señores magistrados:

La señorita Juez Promiscuo del Circuito de Santa Bárbara decidió negar la excarcelación de José Adán Victoria, llamado a responder por el delito de hurto cometido en perjuicio de Manuel José Osorio Botero.

Las razones expuestas por la funcionaria *a quo* radican en el tenor literal de la disposición que podría dar lugar a la pretendida libertad. En efecto, el art. 374 del actual Código Penal exige la restitución del objeto materia del delito o su valor, y la indemnización de los perjuicios ocasionados al ofendido. El art. 429 del anterior Código permitía que se cumpliera uno de los dos comportamientos para ser merecedor de la rebaja.

Este derecho, como la eventual liberación del procesado, tenían en la anterior legislación fundamento en que el sujeto revelaba, si cumplía determinados requisitos, una peligrosidad mínima, que le permitía vivir en el seno de la sociedad no obstante que se dedujera legal y plenamente su responsabilidad. No era pues necesaria su segregación para lograr su readaptación social, si con un comportamiento posterior al delito, pero anterior a la sentencia de condena, exteriorizaba un arrepentimiento que lo revelara como menos peligroso.

A nadie escapa que el propósito manifiesto del nuevo legislador fue, antes de acometer la tarea legislativa, desterrar del nuevo Código la peligrosidad. Pero durante dicha tarea se ha venido a revelar que el legislador optó por conservar tal criterio como conveniente, necesario e inevitable y con él animó más de una disposición del nuevo Código, de las cuales son apenas ejemplos los arts. 64 y 66 en cuanto reproducen sustancialmente muchas de las antiguas circunstancias de mayor o menor peligrosidad (hoy con otro nombre); los arts. 68 y 72 en cuanto consideran la personalidad como factor importante para las decisiones que allí se consagran.

La peligrosidad ha sido, pues, un criterio reproducido en el nuevo Código y para mayor abundancia de prueba puede presentarse como tal la función que a la pena asigna el art. 12 de dicho estatuto.

Hechas estas consideraciones, cree la fiscalía que puede intentarse una interpretación teleológica del art. 374 del nuevo estatuto represor.

Ya se ha dicho, y nada impide repetirlo, que, en efecto, el nuevo texto está construido de tal manera que su forma literal reclama restitución e indemnización. Pero no puede olvidarse que su finalidad es consagrar la rebaja de pena y, eventualmente, la libertad de quien, a pesar de su responsabilidad penal, revele ser de una peligrosidad menor, o, si se quiere, de una personalidad más adecuada a la vida en comunidad o menos o no necesitada de tratamiento penitenciario.

Según la insoslayable finalidad de la disposición, esas características de la personalidad las revela quien da muestras de arrepentimiento. Esas muestras deben consistir en realizaciones concretas, que no en meras manifestaciones de buena disposición.

Pero la ley no puede erigir en materia de exigencia conductas o actos de imposible cumplimiento. Si así lo hiciera, sería lógico concluir que la ley no tiene otro fin que el de la burla, lo que sería presuponer el absurdo. Para cualquier autor de delito contra la propiedad es imposible restituir voluntariamente, en ningún momento procesal, lo que le ha sido *decomisado antes* de la iniciación del proceso. Tal devolución sería imposible aun para el más ocasional, el menos peligroso de los delincuentes, por la sencilla e inevitable circunstancia de que su voluntad, aun siendo la más recta y loable respecto de la restitución, no podría desembocar en esta debido a que el sujeto no tiene la cosa consigo.

Cualquiera que sea la posición que a este respecto se adopte, no podrá negarse la diferencia existente entre el sindicado o procesado a quien se le decomisó el objeto material de su delito y, obviamente, *no restituye*, porque no puede, aun cuando quisiera hacerlo, y aquel otro que desde el momento de la sustracción o el apoderamiento tiene a buen seguro la cosa y *no la restituye*, aunque podría restituirla si quisiera.

Por ello, a quien se le ha decomisado, si bien es cierto que no restituye, también lo es que está *en imposibilidad* de hacerlo, y no le queda otra forma de cumplir lo que la ley *esencialmente* quiere de él, que con la indemnización de los perjuicios. La fiscalía cree no exagerar si afirma que la negativa de la señorita juez de quien proviene la actuación implica afirmar —sea dicho con todo respeto— que la ley niega la disminución punitiva a aquellos sujetos a quienes se les decomisó los objetos y la autoriza solo para aquellos que, por su mayor habilidad o suerte, los tuvieron a su disposición —siendo probable que en maliciosa espera— hasta cuando, en verdad arrepentidos o *convencidos* de que se avecina una sentencia de condena, los restituyen en momento cuando, por la larga privación que de ellos sufriera su dueño, ha tenido un indudable perjuicio.

No sin razón se quejaba el doctor Jaime Bernal Cuéllar, en su conferencia acerca de los delitos contra la propiedad, de la incongruencia de este texto comentado. “Ha debido dejar, más bien —dice el conferencista— forma alternati-

va, restituir o indemnizar y no en forma acumulativa, restituir e indemnizar. Y también encuentro una crítica a esta norma: aquí se obliga la restitución total. El legislador ha debido ser congruente”<sup>1</sup>. Continúa el citado expositor considerando cómo la gravedad del delito de peculado es sin duda mayor que la del delito de hurto —con toda razón—, no obstante lo cual la restitución en aquel delito, siendo parcial, determina la disminución de pena, lo cual no ocurre si se interpreta literalmente el art. 374.

Amén de que se presupone que merece mayor protección estatal la propiedad privada o particular que los bienes públicos u oficiales, lo cual es absolutamente aberrante ya que la primera tiene el más desvelado e interesado o motivado defensor en su propio titular, en tanto que la segunda, siendo de rango superior porque es nada menos que un medio de cumplir sus fines el Estado, está librada a una burocracia no siempre honesta y, en todo caso, carente de un interés directo en su conservación y buena administración.

Pero tal interpretación sería meramente declarativa, forma esta de la que se ha dicho juiciosamente que no es interpretación. Con ella, la interpretación legal desaparece y se abandona el deber de desentrañar el espíritu de la ley y de realizar la equidad.

Del art. 429 del anterior Código se había dicho que resultaba siendo clasista por cuanto consagraba un beneficio al cual solo podría acceder quien tuviera la posibilidad de restituir el objeto del delito o su valor, o indemnizar los perjuicios. Esa crítica, que fue justa en su momento, adquiere hoy mayor razón de ser si se entiende, como literalmente se dice en el art. 374 del nuevo Código, que han de cumplirse ambos comportamientos.

La interpretación que la fiscalía propone con todo respeto a la honorable Sala, quiere consultar aquel inmenso valor de la equidad, atendiendo también al art. 6° del Código Penal, en cuanto repite el mandato constitucional según el cual lo permisivo o favorable prefiere a su contrario, pero antes que a toda consagración positiva, atiende al principio universal *Favores sunt ampliandi et odia sunt restringendi*.

Por lo antes considerado, honorables Magistrados, el concepto de la fiscalía es que debe concederse la excarcelación que negara la decisión recurrida.

Respetuosamente,

JOSÉ LIBRADO VÁSQUEZ L.  
Fiscal Cuarto del Tribunal

<sup>1</sup> Conferencia sobre “Delitos contra la propiedad”, publicación del Ministerio de Justicia, págs. 138 y 139.

## ALGO MÁS SOBRE EL COMISO

JORGE ENRIQUE VALENCIA M.

Juez Tercero Superior de Cali. Profesor de las Universidades Libre y Santiago de Cali. Miembro del Colegio de Abogados Penalistas del Valle del Cauca.

### I. GENERALIDADES

1) Es de toda verdad que la institución, en el terreno mismo de los principios, ha sido escasamente explorada por los doctrinantes patrios, quedando abandonada a su suerte sin que se encuentre un criterio interpretativo exacto o al menos satisfactorio acerca de su naturaleza, propósitos e intenciones. Solo ahora, con el advenimiento del nuevo Código Penal y la enredada exégesis que se ha hecho del art. 110, se ha tomado conciencia del fenómeno y por doquier se verá —sin necesidad de poseer dotes de aojador o profeta— a los especialistas y no especialistas sustentando criterios y opiniones a cual más respetables, así los escépticos, con sabia razón, miren con desfavor el enjuiciamiento de unos y otros. El examen que intentamos sobre el comiso, si bien no aspira a llenar vacíos ni a alegorizar posiciones científicas, sí pretende, con la bondad del simplismo, tocar lo más finamente posible puntos controvertidos y deliberadamente ignorados por los maestros, dentro de las reglas y el espíritu propio que caracteriza su encuadramiento positivo.

2) Al margen de las obligadas referencias en los libros, obras y tratados escritos en nuestro país sobre la Parte general del Código Penal, los autores colombianos —y la lista puede ser incompleta— ARCESIO ARAGÓN<sup>1</sup>, AGUSTÍN GÓMEZ PRADA<sup>2</sup>, LUIS EDUARDO MESA VELÁSQUEZ<sup>3</sup>, JORGE GUTIÉRREZ GÓMEZ<sup>4</sup>, ANTONIO VICENTE ARENAS<sup>5</sup> y ÁNGEL MARTÍN VÁSQUEZ ABAD<sup>6</sup>, en un sobrevuelo intelectual prácticamente inofensivo, trabajosamente cumplen con

<sup>1</sup> *Elementos de criminología y ciencia penal*, Imprenta del Departamento del Cauca, Popayán, sin año.

<sup>2</sup> *Derecho penal colombiano*, Parte general, 2ª ed., Bogotá, Editorial Temis, 1959, pág. 353.

<sup>3</sup> *Lecciones de derecho penal*, 2ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1974, pág. 291.

<sup>4</sup> *Comentario al Código Penal colombiano*, Bogotá, 1940, sin pie de imprenta.

<sup>5</sup> *Derecho penal colombiano*, Parte general, t. I, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1964, págs. 328 y 373.

<sup>6</sup> *Tratado de derecho penal colombiano*, t. I, Medellín, Ediciones Universidad Pontificia Bolivariana, 1948, pág. 248.

el deber de informar sobre la existencia legal del comiso. SAMUEL BARRIENTOS RESTREPO, quien fuera presidente de la Corte Suprema de Justicia, ni siquiera la menciona en su conocida obra didáctica<sup>7</sup>. En similar forma procede MIGUEL BOLÍVAR ACUÑA en sus apuntes sobre derecho penal<sup>8</sup>. Tampoco el más brillante de los teóricos colombianos, el malogrado CARLOS LOZANO Y LOZANO, hace referencia al comiso en su máxima obra científica<sup>9</sup>. Parejo comportamiento asume LUIS ENRIQUE ROMERO SOTO, quien no dedica una sola línea al fenómeno *sub examen* en su reputada producción intelectual<sup>10</sup>. Autores tan distinguidos y de tan bien ganada fama en el ámbito nacional y aun en el plano internacional como LUIS CARLOS PÉREZ<sup>11</sup> y FEDERICO ESTRADA VÉLEZ, apenas si mencionan su contexto legal, aunque algo más dice el último en la reciente segunda edición de su libro<sup>12</sup>. Únicamente el sumo pontífice de la dogmática penal entre nosotros, ALFONSO REYES ECHANDÍA, destina al instituto algunos breves comentarios lastimosamente desprovistos de la extensión y encumbramiento a que nos tiene acostumbrados<sup>13</sup>. Por lo demás, ignoramos si en las revistas especializadas que circulan por acá —que no son muchas— se ha intentado escribir sobre el asunto. De ello no tenemos noticia. Valga sin embargo relevar que en el ámbito, y en foros recientes, los notables profesores universitarios EDGAR SAAVEDRA ROJAS, JAIME BERNAL CUÉLLAR y ÁLVARO MAZO BEDOYA expusieron ideas sugestivas e interesantes sobre la realidad jurídica del texto positivo, que desafortunadamente y tal vez por falta de tiempo no se han vertido al papel<sup>14</sup>.

3) Examinando las producciones de derecho penal en la escala internacional, el horizonte resulta igualmente parco. Cuánta razón asistía a FEDERICO PUIG PEÑA cuando anotaba, en el tal vez más denso laboreo presentado sobre el punto, que la bibliografía española no se ha caracterizado por un estudio concreto y completo de la doctrina referente al comiso; pues, si acaso, algunas líneas llenas de indiferencia<sup>15</sup>. Descartando las páginas de este brillante penalista ibérico y asimismo las de JUAN CÓRDOBA RODA<sup>16</sup>, las brevísimas anotaciones de QUINTANO RIPOLLÉS<sup>17</sup>, de LUZÓN DOMINGO<sup>18</sup>, y de otros escritores

<sup>7</sup> *Elementos de derecho penal*, 3ª ed., Medellín, Editorial Bedout, 1977.

<sup>8</sup> *Apuntes de derecho penal general*, Barranquilla, Tipografía Doval, 1976.

<sup>9</sup> *Elementos de derecho penal*, 2ª ed., Bogotá, Ediciones Lerner, 1961.

<sup>10</sup> *Derecho penal*, Parte general, Bogotá, Editorial Temis, 1969.

<sup>11</sup> *Tratado de derecho penal*, t. II, Bogotá, Editorial Temis, 1967, págs. 512 y 513.

<sup>12</sup> *Derecho penal*, Parte general, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1981, págs. 426 y 427.

<sup>13</sup> *La punibilidad*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1978, págs. 133 a 137.

<sup>14</sup> Más concreto el primero que los segundos, pues al paso que aquel disertó exclusivamente sobre el comiso, estos lo hicieron en forma episódica, debido seguramente al tema general que desarrollaban.

<sup>15</sup> *Nueva Enciclopedia Jurídica*, t. IV, Barcelona, Francisco Seix, Editor, 1952, págs. 455 a 460.

<sup>16</sup> *Comentarios al Código Penal*, t. II, Barcelona, Ediciones Ariel, 1972, págs. 196 a 202.

<sup>17</sup> *Curso de derecho penal*, t. I, Madrid, Editorial Revista de Derecho Penal, 1963, pág. 545.

<sup>18</sup> *Derecho Penal del Tribunal Supremo*, Parte general, t. II, Barcelona, Editorial Hispano Europea, 1964, págs. 232 y ss.

de segunda línea, los estudiosos españoles por adarmes cumplen con la obligación de informar sobre la cuestión. Tampoco en la Argentina los más consultados doctrinantes —RICARDO C. NÚÑEZ<sup>19</sup> y SEBASTIÁN SOLER<sup>20</sup> paran mientes en el problema y poco o nada agregan a lo dicho y repetido por los buenos maestros. Algo dice en Chile GUSTAVO LABATUT GLENA<sup>21</sup>, un poco ETCHEBERRY<sup>22</sup> y menos que este el procesalista peruano DOMINGO GARCÍA RADA<sup>23</sup>. La apatía y su desarreglado practicismo se trasladan a Alemania. Ni MAURACH<sup>24</sup>, ni WELZEL<sup>25</sup>, pero en menor escala el profesor bávaro MEZGER<sup>26</sup> se preocupan excesivamente del asunto. Una sintética información y alguna reflexión sobre *ius positum*, es todo lo que se palpa en las obras de los insignes maestros. Con argumentos mejor o peor fundados los autores italianos GIUSEPPE BETTIOL<sup>27</sup> y el que fuera profesor de la Universidad de Turín, FRANCESCO ANTOLISEI<sup>28</sup>, se desentienden casi del fenómeno al despacharlo con unas ligeras apostillas. Destácase sin embargo el denso trabajo de LEONE, quien deplorablemente para nosotros aborda el tema bajo el prisma exclusivo de su especialidad procesal<sup>29</sup>.

## II. NOCIÓN Y ETIMOLOGÍA

4) El *Diccionario de Sinónimos y Antónimos* de SAINS DE ROBLES hace para las expresiones “decomiso”, “confiscación” y “confisco” con “comiso”<sup>30</sup>. De conformidad con el *Diccionario de la Lengua Española*, “decomiso” o lo que es igual “comiso”, significa: a) “pena de perdimiento de la cosa en que incurre el que comercia con géneros prohibidos”; b) “pérdida del que contraviene a algún contrato en que se estipuló esta pena”, y c) “cosa decomisada o caída en comiso convencional”<sup>31</sup>.

<sup>19</sup> *Derecho penal argentino*, Parte general, t. II, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Ormeba, 1965, págs. 445 y 446.

<sup>20</sup> *Derecho penal argentino*, t. II, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1951, págs. 451 y 452.

<sup>21</sup> *Derecho penal*, Parte general, t. I, 3ª ed., Santiago, Edit. Jurídica de Chile, 1976, pág. 250.

<sup>22</sup> *Derecho penal*, Parte general, t. II, Santiago de Chile, Carlos Gibbsa, Editorial, 1964, págs. 171 y 172.

<sup>23</sup> *Manual de derecho proceso penal*, 6ª ed., Lima, Tipografía Sesator, 1980, pág. 237.

<sup>24</sup> *Tratado de derecho penal*, t. II, Barcelona, Ediciones Ariel, 1962, págs. 522 y 523.

<sup>25</sup> *Derecho penal alemán*, Parte general, 11ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1970, págs. 349 y 350.

<sup>26</sup> *Derecho penal*, Parte general, 6ª ed., Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1958, pág. 358.

<sup>27</sup> *Derecho penal*, Parte general, 4ª ed., Bogotá, Editorial Temis, 1965, págs. 797 y 798.

<sup>28</sup> *Manual de derecho penal*, Parte general, Buenos Aires, Editorial Uthea, 1960, págs. 577 y 578.

<sup>29</sup> *Tratado de derecho procesal penal*, t. II, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1964, págs. 461 y ss.

<sup>30</sup> *Ensayo de un Diccionario Español de Sinónimos y Antónimos*, Madrid, Aguilar Ediciones, 1969, pág. 247.

<sup>31</sup> Real Academia Española, 19ª edición, Madrid, 1970, pág. 424.

5) El vocablo *comiso* proviene de la locución latina *commisum*, que según enseña el *Diccionario Latino-Español* de VALBUENA tiene las siguientes equivalencias: “a) crimen, falta, delito, pecado; b) secreto; c) depósito, confiscación, comiso, embargo”<sup>32</sup>, y no de *commissus*, que es un participio de *comitto* y que tanto quiere decir, juntar o unir.

6) En fiel concordancia con la exposición de la Academia, ESCRICHE, en su renombrada obra señala que el término que estamos analizando se usa para designar “la pena de perdimiento de la cosa en que incurre el que comercia con géneros prohibidos” o también “la reversión del dominio útil de un fundo enfiteútico al dueño directo, en caso de que el enfiteuta deje de pagarle el canon por tres años, o venda el fundo sin darle aviso como corresponde para que pueda usar del derecho de fatiga o tanteo” y por último se designan con el nombre de comiso “los mismos bienes comisados, esto es, los bienes que caen en la pena de comiso”<sup>33</sup>.

7) Legendariamente háse entendido por comiso el acto de secuestro y ocupación y la pérdida a favor del Estado de todos los efectos e instrumentos del delito. *Lato sensu* consiste en la incautación definitiva y consecuentemente en la pérdida del derecho de propiedad de aquellos elementos, cosas e instrumentos que se pusieron al servicio del injusto penal, de los efectos que se derivan directa o indirectamente de él, o de los beneficios de cualquier orden que impliquen un provecho para el autor o los coautores del hecho punible.

8) Parece innecesario advertir que aquellas cosas, objetos, cuerpos o dineros encontrados en poder del agente o de los partícipes que carezcan de relación causal con el planeamiento, organización, desarrollo, asistencia y ejecución del *delictum*, no pueden ser materia de incautación. Todo entendimiento contrario a este juicio es símbolo de abuso y extralimitación cuyos excesos deben reprimirse punitivamente.

9) Al margen de lo dicho, bien puede acaecer que los instrumentos, cosas o haberes con que se hubiese ejecutado el ilícito penal y que no pertenezcan al autor por haber sido fraudulentamente sustraídos a su propietario, o porque sin culpa ni responsabilidad de este el sujeto los hubiere utilizado en la consecución del fin antijurídico, o porque habiendo dado su consentimiento para una utilización concreta y no empece el deber de cuidado que legalmente le incumbe para evitar el abuso de sus pertenencias, aquel, contrariando o desobedeciendo sus instrucciones, aplicó tales bienes a circunstancias distintas no autorizadas ni presumiblemente aceptadas por el dueño, sean objeto de alguna medida precautelar. Frente a tales supuestos entendemos que, demostrada la inocencia del titular del derecho, ningún valladar procedimental impedirá la prosperidad de la pretensión encaminada a lograr el reintegro de los susodichos elementos.

<sup>32</sup> *Nuevo Valbuena o Diccionario Latino-Español*, 16ª ed., París, Librería De Garnier Hermanos, 1880, pág. 185.

<sup>33</sup> *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*, París, Librería de la Vda. de C. Bouret, 1884, pág. 464.

10) Por razones de seguridad pública o si se prefiere de política criminal, algunos elementos decomisados en la indagación pueden válidamente destruirse, inutilizarse e incluso puede dárseles otro fin, con un específico carácter de prevención, cuando de otra parte han cumplido ya su parábola procedimental; alimentos o comestibles en estado de descomposición; bebidas adulteradas, papeles, documentos o monedas falsificadas; materiales idóneos para la fabricación de explosivos; armas blancas o de fuego en los delitos contra la vida y la integridad personal; horquillas, alambres, punzones, ganzúas, palanquetas y demás objetos similares de habitual utilización en las infracciones contra el patrimonio; imprentas clandestinas en los delitos perpetrados por este medio; dádivas, presentes o dineros en los delitos de cohecho o concusión, *sic et coeteris*. Tal ocurre en la legislación nacional con las drogas o sustancias estupefacientes, con los muebles, equipos y demás objetos donde se almacene, conserve, fabrique o elabore, venda o suministre tales especímenes y con los vehículos y demás medios de transporte utilizados en la realización de la conducta (decreto 1188 de 1974, arts. 52 y 68). Igualmente con elementos como puñales, cachiporras, manoplas, caucheras, ganzúas y otros similares, con los tiquetes o boletas para espectáculos cuando se pretende venderlos por precio superior al autorizado; y con las bebidas, comestibles y víveres en mal estado de conservación (decreto 522 de 1971, art. 213). Las imágenes o láminas pornográficas son materia de decomiso cuando se colocan en clubes, cantinas y establecimientos abiertos al público (art. 291, *ibídem*).

11) Es el Poder Judicial, y más específicamente la jurisdicción penal, la habilitada por ministerio de la ley, con exclusión de las restantes ramas del Poder Público, para incautar legal y definitivamente los efectos e instrumentos derivados del acto ilícito, previa definición de la responsabilidad penal del autor, lo que no impedirá, *obvium est dicere*, el aseguramiento procesal preventivo de tales elementos, desde la misma etapa sumarial. Cualquier confiscación que uno u otro de los órganos del Estado, que no sea el judicial, concrete sobre los *instrumenta sceleris* o los *producta sceleris* es medida abiertamente ilegal y arbitraria, propia de regímenes absolutistas, totalitarios e impolíticos. Ante la conculcación, el juez penal, con base en sus facultades, ordenará la intervención de tales efectos y su agregación al proceso en curso. Valga aclarar que frente a otros géneros de incautación, preferentemente los que tienen por fuente reglas o medidas del orden administrativo o fiscal, la aprehensión aparece como admisible únicamente en el supuesto de que la infracción por que se procede pertenezcan autónoma y típicamente a tal ordenamiento y no al penal. Con toda razón anota PUIG PEÑA: "...la incautación definitiva de los instrumentos y efectos del delito tiene que realizarse a través de los *órganos de la jurisdicción penal*. Cualquier otro apoderamiento que el Poder Público realice con igual finalidad preventiva, aunque tenga la misma razón de ser, no es propiamente un comiso, en el sentido técnico de la expresión, si bien la significación vulgar en muchos casos queda en estas situaciones parificada. En tal respecto, el vocablo decomisar tiene una significación amplia en general, comprensiva de todas aquellas incautaciones que realiza el Estado a través de

cualquiera de sus poderes (singularmente el administrativo); pero, como decimos, desde el punto de vista técnico, el comiso solo puede ser impuesto por el órgano de la jurisdicción penal y precisamente como consecuencia de una pena impuesta al culpable"<sup>34</sup>.

12) Un problema que se debe elucidar es si las previsiones de la norma se aplican a todo género de acciones prohibidas, o si únicamente tienen vigencia frente a los delitos dolosos, excluyendo los culposos, o al revés. La cuestión aparece exenta de perplejidad en la mayoría de las legislaciones penales, incluyendo la nuestra, pues indistintamente y sin atender a la intención o negligencia del autor en la realización del hecho señalado en el tipo legal, el Estado se incauta en uno u otro caso, los instrumentos del delito. Valga si aclarar que el art. 110 del Código actual enseña que el comiso no se aplicará en el caso de delito culposo cometido con vehículo automotor, nave o aeronave o unidad montada sobre ruedas, siempre que estuvieren adecuadamente asegurados para responder por daños a terceros.

### III. SU NATURALEZA.

13) En algunos sistemas punitivos el comiso constituye una pena accesoria de carácter patrimonial. Así, España (art. 48), Argentina (art. 23), Cuba (arts. 291 y 292). La legislación penal chilena entiende que es una pena de carácter pecuniario —también accesoria en tratándose de un crimen o simple delito (art. 31)— y facultativo cuando recae sobre meras faltas (art. 500). En Italia se le considera como una medida de seguridad dirigida a prevenir las infracciones. Es facultativa u obligatoria. En el primer caso se deja al *arbitrium iudicis* su definición en el cuerpo de la sentencia, salvo que se demuestre que la cosa pertenece a sujeto ajeno a la ejecución del punible. Es obligatoria en dos casos: a) cuando recae sobre cosas que constituyen el precio del delito; b) cuando se trata de cosas cuya fabricación, retención o enajenación pueden consentirse mediante autorización administrativa (art. 240)<sup>35</sup>.

14) Ni como pena principal (C. P., art. 41), ni como pena accesoria (art. 42 *ibídem*), aparece enlistado el comiso en nuestra legislación punitiva. Pregúntase entonces si el instituto constituye una pena, una seudopena o una consecuencia civil del delito. Poco, por no decir nada, se han ocupado nuestros tratadistas del examen de la cuestión. ESTRADA VÉLEZ, *ad exemplum*, rotundamente afirma que el comiso no tiene el carácter de pena, pero no entra a explicar, como es de rigor, la razón de su aserto<sup>36</sup>. Nuestro antiguo preceptor, ALFONSO REYES ECHANDÍA, más explícito que el anterior, en una primera ocasión como miembro de la Comisión colombiana que participaba en la elaboración del Código Penal Tipo Latinoamericano (1965), con un específico laboreo

<sup>34</sup> PUIG PEÑA, *opus cit.*, pág. 456.

<sup>35</sup> Cfr., BETTIOL, págs. 797 y 798.

<sup>36</sup> *Opus cit.*, pág. 426.

sobre *responsabilidad civil emanada del delito y en general los efectos del delito en el campo extrapenal*, en asocio del profesor PEDRO ARTURO SANABRIA, salvaron su criterio frente a los restantes comisionados<sup>37</sup> para sostener, con fuerza argumental, que el comiso no tiene carácter de pena y que bien podría ubicarse dentro de las consecuencias civiles del delito. Y adicionando el artículo adoptado por la Comisión, dentro de una discusión sumamente animada, a juzgar por las actas, presentaron el siguiente proyecto, que no pasó:

"Son consecuencias civiles del delito:

"1. El comiso;

"2. La restitución en los casos en que haya lugar; y

"3. La indemnización de perjuicios"<sup>38</sup>.

Mucho tiempo después —doce años, para ser exactos— al escribir el maestro su obra *La punibilidad* manifestó:

"Discútese al respecto si esta medida es una sanción penal, una indemnización al perjudicado por el delito, un simple efecto civil de la infracción, o una determinación de carácter meramente procesal para efectos probatorios".

15) Nos parece que el fenómeno del comiso es complejo y puede participar de todas las categorías mencionadas en precedencia. Efectivamente, es una verdadera pena de carácter pecuniario cuando recae sobre armas u otros instrumentos de propiedad del delincuente, utilizados por este en la comisión del hecho punible, puesto que tal medida afecta su patrimonio económico y es consecuencia de infracción penal; constituye indemnización, ya que eventualmente las cosas sobre las cuales recae pueden ser destinadas "para el pago de las sumas que debe cubrir el procesado por razón de daños y perjuicios" (C. de P. P., art. 727); es efecto civil de la infracción si afecta a elementos que no son propiedad del delincuente, pero que, en todo caso, deben ser retenidos por el Estado para su destrucción o para ser devueltos a su verdadero dueño (C. de P. P., arts. 349 y 728); y es medida de carácter procesal con fines probatorios por cuanto pueden retenerse durante el curso de la actuación judicial "para los efectos de la investigación" y luego se entregan a las autoridades correspondientes o a quienes prueben tener derecho a ellos, según el caso (C. de P. P., arts. 350 y 727/8)<sup>39</sup>.

Las dos opiniones parecen no coincidir.

16) Y a no ser que se le considere como una sanción de carácter patrimonial —criterio que suscribimos sin reserva—, el comiso, *stricto sensu*, no responde en su ideario y contenido a la idea que la moderna penología tiene de la "pena", entendida esta en su más científica y pura acepción como el ejercicio de una orientación socializadora hacia el individuo que ha demostrado incapaci-

<sup>37</sup> Recordamos, entre otros, a JORGE ENRIQUE GUTIÉRREZ ANZOLA, RICARDO MEDINA MOYANO, TIBERIO QUINTERO OSPINA, JAIME GIRALDO ÁNGEL, MIGUEL SÁNCHEZ MÉNDEZ y HERNANDO BAQUERO BORDA.

<sup>38</sup> *Consecuencias civiles del delito*, Bogotá, Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, 1966.

<sup>39</sup> ALFONSO REYES ECHANDÍA, *opus cit.*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1978, págs. 133 a 136.

dad para adecuar su comportamiento a las reglas del deber ser jurídico. No se diga por tanto que el comiso persigue la enmienda, resocialización, readaptación o reforma del condenado, o que su filosofía se inspira en un genuino sentido correccional o moralizante, o que su aplicación significa una degradación del individuo, o que tiende a evitar nuevas y futuras trasgresiones a la ley penal, ni, en suma, que se trata de una pena personalísima, puesto que sus efectos no fenecen con la muerte del sentenciado y puede decretarse aun en perjuicio de las pretensiones de un tercero, finalidades estas a las que ordinariamente se vincula la pena. Por lo demás, el legislador no incluyó la confiscación dentro de la escala o relación de penas siendo evidente la vocación exhaustiva del Código de la materia. Aparece dentro del título VI, capítulo I del libro I del Código Penal bajo el epígrafe "De la responsabilidad civil derivada del hecho punible".

#### IV. FINALIDAD Y PROPÓSITOS

17) No hay necesidad de explorar mucho para captar el *telos* y los fines político-criminales que animan parte de la preceptiva incorporada en el art. 110. Este advino como una fórmula legal equitativa dirigida a tutelar y resguardar el desvalimiento en que secularmente han quedado colocadas las víctimas de los accidentes de circulación o sus herederos, mediante la implementación de un seguro de responsabilidad civil a favor del autor del hecho ilícito, lo que se acomoda *in abstracto* a los naturales sentimientos de justicia. Acaso sea oportuno recalcar en la génesis de la previsión legislativa y el aspecto teleológico de la norma. Y en función de estos designios debe interpretarse. Solo que algunos, constreñidos por el rigor de la literalidad del precepto, se apartan de su sentido prístino en alas de conclusiones que desvirtúan la *ratio legis*, en su doble aspecto de fin práctico y de hecho histórico, lo que de extenderse constituirá a no dudarlo una verdadera conmoción institucional y una inadmisibles desfiguración del pensamiento (*voluntas*), espíritu (*potestas*), voluntad de la ley (*mens legis*), hasta hacer irreconocible sus exégesis finalista, histórica, sociológica, axiológica y gramatical. Interesa señalar dentro de la escala reducida de una exposición sistemática del asunto y en contra de lo afirmado:

a) Al obrar el resarcimiento —hállese o no asegurado el vehículo— el daño es ampliamente compensado y el derecho plenamente restablecido. Como el espíritu del dispositivo persigue finalísticamente tal función y no otra, la justicia conmutativa —*suum cuique tribuere*— se cumple mediante el mecanismo del pago. La actividad solutoria y su adecuación a los términos de la obligación extinguen la responsabilidad civil. La devolución del automotor a su propietario parece ser la solución correcta.

b) Si el vehículo se halla asegurado, el contrato debe ser adecuado en su extensión y cuantía para responder por daños a terceros, lo que significa que su cobertura debe comprender íntegramente los perjuicios y expectativas indemnizables cuando sean consecuencia causal del hecho punible. Imposible inventariar aquí una relación de los resultados lesivos indemnizables. La estima-

ción de su cuantía y la regulación del importe se harán por el juez atendiendo las circunstancias típicas de la conducta, las secuelas y la entidad de los perjuicios procesalmente demostrados.

c) Enfrentándonos al supuesto de que entre damnificado y autor se arribe a una solución extrapenal, por virtud de la cual el primero se declare civilmente satisfecho en cuanto al pago o indemnización por los perjuicios recibidos, renunciando al derecho de promover acción judicial, pregúntase qué sucede con el automotor que no está asegurado, por negligencia o imposibilidad económica del interesado, o porque el asegurador, en defensa de sus propios intereses negó el seguro (marca o modelo defectuoso del rodante), o porque estándolo, su monto resulte inadecuado para cubrir el *quantum* de la lesión recibida, o porque habiéndose celebrado deviene ineficaz para producir efectos jurídicos. Ninguna interpretación autoriza a sostener que el vehículo pase a manos del Estado, pues no se divisa una relación jurídica causal o un vínculo contractual o extracontractual obligatorio que justifique la intromisión, con grave alteración y confusión de principios. Vano es decir que el criterio resulta perfectamente incoherente. Por qué concepto y bajo qué título jurídico se arroga el Estado tan absorbente arbitrio es interrogante que queda sin respuesta al menos inmediata. Si el autor del riesgo sufraga su responsabilidad civil frente a la víctima o sus causahabientes, volviendo las cosas al estado patrimonial anterior al siniestro, cumple un deber resarcitorio. A nada más se lo obliga y el vehículo se restituye al agente una vez descargada la responsabilidad civil. Y es justo que así sea. De lo contrario habría que pensar en una verdadera confiscación —que no comiso— lo que es absolutamente ilegal e inconstitucional. Al menos entre nosotros.

d) Cuando el bien afecto al proceso penal se remata, previa sentencia condenatoria, para cubrir daños y perjuicios ¿quién con el remanente? Y para el supuesto de que el daño causado aparezca notablemente inferior a la estimación pecuniaria del vehículo, ¿perderá el propietario el bien una vez solventada convencionalmente la entidad del perjuicio? Creemos que en uno y otro supuesto tanto el remanente como el automotor deben ser entregados a su propietario. Criterios de equidad y rectitud abonan la máxima. Jamás el poder ordenador de la ley puede llegar a sustituir lo que es fundamentalmente razonable y natural. Sería una grave contradicción con los principios superiores que nos rigen y un impertinente atentado contra la seguridad jurídica, tan cara en nuestro sistema positivo. Cuando el juez emite juicios de valor para interpretar la norma —estimativos y no cognoscitivos— debe amoldar su criterio a la solución más justa que se inspire en el complejo del orden jurídico y en los preceptos de lo idealmente justo. Actuando en tal forma no se aparta de su deber de obediencia al derecho y sí atempera sus alientos a las exigencias de la justicia, de lo que se debe hacer (*logos* de lo razonable).

e) En lenguaje penal y en términos generales es claro que el autor del hecho punible debe someterse a purgar el correctivo impuesto por la ley y a satisfacer la obligación del resarcimiento. Pero es el penalmente responsable y no otro, ni los bienes o el patrimonio del tercero, quien deben cargar con las

consecuencias del acto culpable por el cual se le endilga el juicio de reproche. Empero, en el terreno mismo de las hipótesis, suele ocurrir con frecuencia inusitada —especialmente en los delitos de circulación— un desdoblamiento de responsabilidades que ha sido erróneamente interpretado o al menos insatisfactoriamente definido por la jurisdicción, pues un sujeto resulta ser el autor del punible y otro muy distinto el propietario del vehículo, quien ciertamente no participa a ningún título en la producción del resultado lesivo. Pregúntase, en afán de deslinde y con la mira de poner en orden y disciplina a las soluciones simplistas y contradictorias de la judicatura —que hasta ahora ha eludido comodamente una solución dogmática del asunto—: ¿qué ocurre con el automotor causante del siniestro? Si partimos del aserto —elemental por cierto— de que la responsabilidad penal es personalísima y que sus efectos no se extienden a quien no ha participado en el decurso del itinerario causal, llano es concluir que ningún juicio de valor puede endilgarse a quien no es autor directo del daño. Lo normal es que cada sujeto responda de las consecuencias de su propia conducta. Por lo demás adviértase que en el supuesto de que se intentare la adopción de alguna medida precauteladora contra el vehículo y equivocadamente esta se hiciera efectiva en el proceso penal (el secuestro, *ad exemplum*), la sentencia no podría entrar en pronunciamientos extraños a la solución misma de la litis, ya que es al responsable del hecho y no al propietario del automotor a quien se está juzgando por el delito cometido. Y como este es totalmente ajeno a la génesis y al desarrollo causal de la acción, ninguna definición sobre su individualidad o sus bienes puede concretar el magisterio penal. Desde luego que la responsabilidad civil del propietario continúa subsistiendo, independientemente de la exigencia de culpabilidad del agente, pues hay un deber de afrontar la reparación de daños. Pero esta es una pretensión que debe ventilarse en sede distinta a la penal.

# FORO HISTÓRICO

## SÚPLICA POR LOS LOCOS

Doctor GUILLERMO ESCOBAR MEJÍA

Fiscal Décimo del Tribunal Superior de Medellín.  
Profesor en la Universidad de Antioquia.

Sala de Decisión Penal

Magistrado ponente: doctor ALFONSO MONTOYA C.  
Tribunal Superior de Medellín

Honorables magistrados:

En virtud del recurso de apelación nos corresponde revisar, en segunda instancia, la sentencia del Juzgado Penal del Circuito de Santuario que ordena “en favor del joven Nicolás Antonio Hoyos Ramírez, como autor del delito denominado acceso carnal abusivo con menor de 14 años, “la internación en un establecimiento psiquiátrico o clínica adecuada, por un mínimo de tiempo de dos años. Se suspenderá condicionalmente esta medida cuando se establezca que el condenado ha recuperado su normalidad síquica” (fl. 138).

Aquello de la hipotética recuperación de la normalidad síquica y la suspensión de la medida de seguridad, si esto ocurriere traspasado el tiempo límite de los dos años, a decir verdad, en el caso presente, no deja de ser frase ritual. Todo indica que Nicolás Antonio Hoyos Ramírez no se recuperará jamás: el siquiatra forense en su dictamen de fl. 111 nos dice que sufre “una esquizofrenia del tipo evefrénica” (*sic*), que sus trastornos mentales son de carácter grave, con “perturbación en el juicio y comprensión de la realidad”; “esas perturbaciones han influido en fenómenos alucinatorios”; y, están asociados “a antecedentes de trastornos mentales en la familia” (...) que permiten afirmar que su enfermedad “es de características graves y crónicas con progresos al deterioro...”.

Tinosa resulta la cita científica que tomó el señor defensor del *Tratado de medicina interna* de HARRISON:

“La esquizofrenia hebefrénica es quizá la más grave de las esquizofrenias y la que, por lo común, presenta un mayor deterioro mental. El curso del pensamiento está totalmente desorganizado y el talante es inapropiado, impredecible, tonto. Son frecuentes los manierismos y las quejas hipocondríacas, se

tienen falsas percepciones de la realidad, y estas son fragmentarias y simples. Los pacientes de este tipo raramente son agresivos, pero son difícilmente accesibles. Su personalidad bivalente y excesivamente autista" (fl. 131).

Hemos asistido al triste espectáculo de su progresivo síndrome confusional. Cuando, en setiembre de 1979, trabajaba como obrero en la fábrica de lozas "Júpiter" del Carmen de Viboral, era un joven que apenas sobrepasaba los 16 años y expresaba o daba escape a su libido de pubertad con extravagantes exhibicionismos masturbatorios; al ser detenido, en las primeras diligencias sumariales, aparentaba alguna normalidad que se permitía tal vez algunas rarezas que llamó nuestra atención y nos condujo a pedir para él el examen siquiátrico; cuando llega a la audiencia pública que se celebra el 20 de febrero de 1981 era ya irreconocible, casi un ente físico que, al estímulo de las preguntas y de la paciencia de la señorita juez, tan solo alcanzaba a responder con incoherencia.

Su veste de insania, era también túnica de pasividad, de autismo: subsumido en su mundo artificial, afortunadamente pacífico.

Digamos todo esto para reconocer que no tiene esperanzas de curación; que es un enfermo perenne, cuyo alivio solo tiene la esperanza de la muerte. Cuando decimos esto, casi sin quererlo, estamos reseñando una grave crítica al Código Penal de 1980, que afirmando haber abandonado toda filosofía peligrosista, en la realidad ha decretado para los enfermos permanentes, así su delito sea el mínimo, el enclaustramiento de por vida en el manicomio criminal.

Pero, aparentemente, no debiéramos preocuparnos: el señor juez del Circuito, al fl. 140 ha oficiado al señor director del Hospital Mental de Bello, con el objeto de enviarle allí, para tratamiento, al enfermo condenado. Obra así, ingenuamente, inspirado por la generosa letra del nuevo Código Penal que en su art. 94 ordena "internación en establecimiento siquiátrico o clínica adecuada, de carácter oficial..."; y el Hospital Mental de Antioquia es un establecimiento oficial. Claro está que el señor juez ni siquiera ha recibido respuesta del muy distinguido médico director de la institución. Si llega a recibirla, será algo así como un estornudo-sorpresa: Qué? - Cómo? - Por qué? Imposible!

Y tendría toda la razón.

No todo manicomio es apto para recibir delincuentes anómalos. Si el Hospital Mental de Antioquia se viera obligado a recibir a los delincuentes anómalos o enajenados, sería un absurdo: la ya deficiente asistencia hospitalaria se sentiría traumáticamente; su disciplina y su terapéutica se harían imposibles; sea suficiente pensar en la ruptura o en el quebranto de los actuales medios de tratamiento a los enfermos que, acorde con los avances de la psiquiatría moderna requieren ambientes de libertad, espacios libres, y si se quiere una política de puertas abiertas que intercala tratamientos ambulatorios o cuasiambulatorios. Todo esto sería afectado por la presencia de guardianes y por las medidas de control que son obligadas en los casos de los delincuentes locos.

Y no se hable de nuevos pabellones o de patios diferentes: el Hospital Mental de Antioquia no los tiene. Su actual cupo, sobrepasando las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud, es de 400 pacientes. No tiene

capacidad física ni económica para recibir a nadie. Por ello Medellín está lleno de enajenados por doquier. Su actual déficit es superior a los 56 millones de pesos. A las solas EE. PP. de Medellín debe 20 millones. Más claro: el hospital está cerrado para nuevos pacientes, por no decir que una sábana mortuoria, desvaída como el abandono, lo está amortajando. (Estos datos corresponden a consulta personal que hicieramos con el señor administrador del hospital, doctor Manuel Álvarez Suescún).

Si alguien dudara sobre esta situación que de cierta manera hemos atenuado porque el déficit citado es de aquellos que la ciencia contable denomina como manejables, siendo el real del orden de los 100 millones, cuando el presupuesto anual, estrictamente funcional, es de 130 millones, entonces los remitiríamos al reportaje que hace poco concediera el doctor José Miguel Guzmán, jefe del Servicio Seccional de la Salud de Antioquia, en el cual expresó literalmente lo siguiente: "El déficit del Servicio Seccional, cuando yo llegué, estaba en 700 millones y lo hemos superado poco a poco. Ese déficit está representado básicamente en el Hospital Universitario San Vicente de Paúl y en el Hospital Mental, que son mis dos grandes dolores de cabeza".

Nos hemos extendido en el recuadro anterior porque nos pareció importante parangonar la crisis de los centros asistenciales del país, con el pensamiento probo pero cándido de nuestros jueces; y, fundamentalmente, para signar la distancia existente entre las normas legales y la realidad social que vivimos. Hay un artículo lacrimoso en nuestra Constitución:

"La asistencia pública es función del Estado. Se deberá prestar a quien careciendo de medios de subsistencia y de derecho para exigirlo de otras personas, esté físicamente incapacitado para trabajar.

"La ley determinará la forma como se preste la asistencia y los casos en que deba darla directamente el Estado". (Art. 16 del Acto Legislativo núm. 1 de 1936. En la cartilla constitucional art. 19).

Conocemos esta norma. La estudiamos en la Facultad de Derecho. No podemos negar que llegamos a creer en ella y que exultó nuestro corazón: cómo no, si era elemental el pensar que la salud, derecho básico del hombre colombiano, de la mujer y del niño, era la primordial preocupación estatal.

Pero, luego, en el andén, en las calles, frente a los hospitales cerrados, vimos, con espíritu atónito, lo que ahora ha revelado el estudio de la Cámara de Comercio de Medellín, válido para toda Colombia: que nuestro pueblo se consume paulatina e inexorablemente; que es irredento; que el mal es irreversible. Los niños, por desnutrición proteica, pertenecen, en número indecible y por degeneración del crecimiento óseo, al raquitismo y al enanismo. Somos un extraño país: Liliput, sin su belleza y sin su alegría.

Esta mustia placenta del hambre crónica, el amamantarse de pechos sin leche, redujo sus coeficientes mentales a extremos bajísimos y por ello muchos de estos seres fraternos están estigmatizados intelectualmente por un indeclinable retardamiento mental.

Y ¿qué decir de los adultos, de las gentes de nuestras barriadas populares? Un día, en 1965, en cumplimiento de una misión oficial que nos encomendara

la Asamblea de Antioquia, llegamos hasta sus tugurios enclavados en el Barrio Popular núm. 1 y en el núm. 2. Allí estaban los mutilados de la violencia. Todos nos contaron historias de genocidios y de persecución, iluminadas por los incendios. Su éxodo del campo a la ciudad y su asentamiento en cinturones que acordonan la periferia, como cilicios lacerantes, no se produjo, como ahora se pretende, por el esplendor y espejismo de los centros urbanos, fenómeno que posteriormente sí se diera, ya que en el entonces primigenio fue la necesidad de refugio en un anonimato oscuro su causa motriz; era la resaca de la fuga.

Pasó el tiempo. Aquella experiencia se había apagado y apenas alguna brizna de brasa ardiente fulguraba, constelacioncilla de piedad, en nuestro recuerdo. Había transcurrido ya el lapso de media generación. Y otro día, por invitación de un hermano sacerdote, retornamos en viaje fugaz: un simple recorrido en automóvil por los barrios populares, La Cima, Santa Cruz, Santo Domingo Savio, El Pinar, La Iguaná, y Villa Tina. A manera de educación de los sentimientos —cuyo cultivo habitualmente olvidamos, empecé a su prima importancia al decir de MIRA Y LÓPEZ— nos acompañaban mis hijitas, las que nunca habían visto directamente la miseria por estar refugiadas en la calidez de una posición social de clase media; y, fue a través de ellas, de su impacto y de su desolación, donde la realidad vista cristalizó en acusación e impotencia. Sus palabras, llenas de estupor, increpaban a lo injusto y a lo inaudito; sus ojos, que estuvieron muy abiertos, se empañaron de lágrimas como única manera de expresar su inútil solidaridad.

La situación de estos barrios populares, mirada ya sin subjetivismo, bajo la fría lente de la estadística, es cifra, índice, por fuera de todo manejo tradicional: El déficit habitacional de Colombia está calculado entre las 800.000 y el millón de unidades. Se afirma que hay incapacidad estatal para cubrirla. Entonces, nuestro país parece irremediablemente condenado al sembradío de los tugurios.

A veces la filantropía se sacude. Así sucedió hace poco en Medellín cuando los ex-alcaldes y algunas personas notables se reunieron para tratar el caso de VillaTina. Pretendían trasplantar sus tugurios porque se sabe de manera científica y aun absoluta que una temporada de invierno sepultará y ahogará entre el lodo y los aludes a sus moradores. Sus buenas intenciones concluyeron: es necesario dejarlos donde están; no tenemos a donde trasladarlos. Como una de las causas que aceleran los riesgos es la tala de árboles para suministrarse leña para sus fogones, se requiere de vigilantes que la impidan e iniciar entre ellos una campaña educativa en beneficio de la arborización.

Ahora sí entendemos la exactitud del informe de la Cámara de Comercio y podemos decir algo de pesadilla: las gentes de nuestros barrios populares, arrinconadas a la miseria existencial y espiritual, exigen ya, no una clasificación social, propiamente dicha, sino un señalamiento en escala de terminología médica: caquéticos (piel y huesos); leptosómicos (flacos casi hasta el extremo); microleptosómicos (enanos y muy flacos). Toda una marejada humana, naufragante en la hambruna, que en incalculable número llegará hasta la justicia penal: bien como reos comunes; otros, como inimputables.

Si lo anterior es cierto, como en realidad lo es, no se diga que estos temas no pertenecen al conocimiento y al tratamiento de los jueces. No se trata de una sociología que no nos pertenece. No podemos eludir las responsabilidades con el fácil expediente del desvío: por tratarse de problemas económicos, ellos pertenecen a los economistas; por tratarse de problemas nutricionales, ellos pertenecen a los médicos; por tratarse de problemas de vivienda, ellos pertenecen a los arquitectos. No, finalmente, al juez se le asignará la represión.

Entonces, agreguemos:

Y quizá, también, sean sordos: Un estudio del “Centro de Investigaciones para el Desarrollo Integral” de la Universidad Pontificia Bolivariana así lo indica, tomando como base la contaminación del ruido, que en Medellín llega a un promedio de hasta 78.5 decibeles, en el centro de la ciudad; en cercanías del aeropuerto —de 2 a 2.5 kilómetros de distancia— se perciben niveles del orden de los 100 decibeles; y, en el ambiente de las fábricas, en términos promedios, está saturado de una atmósfera ruidosa que supera el nivel de los 90 decibeles. Esto implica, particularmente, para los obreros de esta ciudad, “pérdida de la agudeza auditiva, dificultades en la comunicación hablada, molestias, accidentes de trabajo...” (ojo, señores jueces laborales!).

Mientras tanto nosotros, como jueces, nada podemos hacer: No podemos fundar hospitales; ni abrir caminos de realización. Acaso, en un de pronto, nos sea dable recordar la idealizada norma legal y unirla a la figura del estado de necesidad, en alguno de los sumarios que por millares se adelantan por atentar contra la propiedad. Y decimos que ello resultará ser un acaso algo excepcional, porque dolorosamente nuestros instructores se olvidan de esta figura y jamás la investigan oficiosamente, como es su deber; y, claro está, los presos rara vez la aducen por ignorancia o por temor. Su falta de defensa técnica nos hace pensar que también puede decirse que son mudos.

En fin, digamos con algún cinismo pragmático: como jueces nada podemos hacer; no tenemos la lámpara de Aladino. Pero, al menos, podríamos prometernos que haríamos esfuerzos para que algún informe no diga, con veracidad, que hay, además, sobre la epidermis social, una epidemia de jueces ciegos. Y esta promesa nos caería bien, este propósito resulta útil, porque hay algo que como jueces no podemos eludir y tenemos que mirar y resolver. Su planteamiento corresponde a estos graves interrogantes:

¿Qué vamos a hacer, honorables magistrados, con los anómalos que delinquen y que ineludiblemente estamos en el deber de juzgar? ¿Qué vamos a hacer con los Nicolases Hoyos Ramírez? ¿A dónde los mandamos?

La respuesta parece muy simple: Aplicaremos la ley! Y se agregará: por fortuna es científica, sabia. El art. 94 del Código Penal ordena su “internación en establecimiento psiquiátrico o clínica adecuada, de carácter oficial, en donde será sometido al tratamiento científico que corresponda”. De esta manera queda a salvo el bienestar de la sociedad y se protege a los enfermos mentales.

Bien, esa es la fórmula. Pero responded en concreto: ¿Dónde están esos hospitales? ¿Cuáles son? La respuesta, finalmente, no puede ser sino una: existe el llamado “manicomio criminal”. Y este, si vamos a utilizar la definición del

viejo Código, en su art. 62, es un establecimiento organizado "de acuerdo con las prescripciones de la ciencia médica, separados de las instituciones similares, para enfermos de la mente comunes, dirigidos por siquiátras y en donde, en cuanto sea posible, deberá establecerse el trabajo industrial y agrícola".

Y cómo creíamos en la existencia de un manicomio criminal que obedecía a las transcripciones anteriores. Y había motivo para la credibilidad: Un manto de silencio cubrió siempre a aquella institución; se tomaba como tácita afirmación de su funcionamiento normal. Nunca escuchamos críticas, ni se hicieron denuncias. Además era obvio el pensar que esta apremiante necesidad social que en sí, relativamente, exige de un muy escaso presupuesto, se estaba cumpliendo a cabalidad. Por estas razones, con sincera convicción pregonamos algún día, ante el honorable Tribunal, no solo su respetabilidad sino el deber de aprovecharlo al máximo en su funcionalidad tutelar y rehabilitadora. Dijimos en aquel entonces, ante la Sala de Decisión Penal, que tiene como magistrado ponente al doctor JOSÉ SAÚL GÓMEZ PIEDRAHITA, lo siguiente:

"El caso: La ley de la herencia salta, como tara terrible, sobre Nohelia del Socorro Monsalve. Su abuelo murió loco y, ahora, Nohelia, la nieta, «en sicosis depresiva con componentes paranoicos», mata su instinto maternal, después de una crisis de angustia que va profundizándose por el anuncio de un nuevo hijo natural que constituía, en sí y por ser la suma de otros dos hijos naturales, el desarraigo del hogar, acorde a amenaza paterna, con todo lo que ello significa de soledad, separación de los hijos, sufrimiento de estos, frustración... y, una palabra que lo arropa todo: Inseguridad. Por esto la nieta recibió la llamada que venía de su abuelo. Era este un hombre bueno, luchador, dedicado a la enseñanza y terrible labor de la minería. Un día, como se agotó la vena aurífera, sintió miedo y su inseguridad lo tornó melancólico, habló de estar arruinado y de morir de hambre y tuvo fases de enajenamiento tan terrible como aquella que dio origen al episodio de pesadilla que al folio 37 cuenta Elvira Monsalve: «...y antes de echarlo para el manicomio iba a introducir un hijo que era inhábil de una pierna y una mano al fogón para que se quemara, entonces se lo quitamos y entonces ya siguió loco, loco, salía al camino rial todo bravo y en calzoncillos, ya lo amarraron y lo llevaron para Medellín y allá murió en el manicomio».

"Su miedo de morir de hambre. El miedo de dejar al hijo inválido. ¿Acaso, pregunta la Fiscalía, no tiene matices análogos al miedo que sintió Nohelia al enterarse de que estaba embarazada, cuyo significado era, familiarmente: la expulsión y el dejar a su niñita indefensa, sin su amparo directo? ¿No procede la nieta de manera semejante al abuelo? Ella mata, sin saber por qué, después de un largo ciclo melancólico, representado por llanto y silencio, a la niña a quien ha querido tanto y a quien va a abandonar a su propia suerte, así, pequeña, alegre, pero totalmente indefensa. El abuelo, patriarca probó, cuando pierde la razón, quiere quemar, como se quema un leño, al hijo inválido que representa con su físico, seco y muerto, la indefensión que más exigía custodia a su alma paternal protectora y cariñosa. ¿Será, honorables magistrados, sensato afirmar que nos encontramos bajo la misma línea enferma y que por tanto

las vacilaciones del señor siquiátra demuestran, válgame Dios, o inidoneidad o ligereza?

"Por todo esto, honorables magistrados, la Fiscalía no vacila en solicitar confirmación de la excelente sentencia del señor juez séptimo superior.

"A último momento llegó a la Fiscalía, para concepto, la petición de cesación de la reclusión. Se dice que «un magnífico tratamiento en el Anexo siquiátrico de la reclusión de mujeres de Bogotá», equilibró mentalmente a Nohelia Monsalve y da mérito a su reintegro social.

"También, se hace la cuenta del tiempo que lleva en reclusión, que para el día de hoy es de dos años y veinte días.

"A lo primero, si fuéramos a salir del paso, responderíamos que no se aportó el dictamen de peritos médicos que nos afirmen su actual sanidad mental. Por tanto, la ausencia de este requisito sustantivo, exigido en el art. 64 del Código Penal de antemano hace nugatoria esta petición.

"Pero no queremos eludir nuestra responsabilidad, cuando entendemos que debemos agregar:

"El manicomio criminal no solo es protección a la sociedad, sino un deber de asistencia que el Estado debe cumplir: Asistencia de siquiátras y suministro de drogas. Es cierto que Nohelia del Socorro Monsalve ha mejorado, pero estamos lejos de poder afirmar que retornó a la normalidad. En el expediente se encuentra un concepto médico de este tenor: «Se trata de una paciente con un retardo mental moderado, quien en forma ocasional presenta agresividad y conducta bizarra, fácilmente controlable con droga siquiátrica. En la actualidad, gracias al tratamiento siquiátrico, no presenta síntomas de alteración mental que ameriten una hospitalización en este Anexo».

"Precisamente, la ocasional agresividad nos está hablando de una mejoría, no de un retorno al equilibrio mental. Y la condición de control con «droga siquiátrica», es, monda y lirondamente, el pregón de la necesidad del tratamiento que no debe ser interrumpido.

"Si se tratara de una paciente perteneciente a una clase social acomodada económicamente, no dudáramos en aceptar la no necesidad de reclusión en el Anexo; esto, porque las tesis que han venido denominándose anti-siquiatría, cuyo ensayo principal se cumple en Italia y en Francia, nos han parecido humanas, científicas y respetables. Pero, hablar de esto en casos como el de Nohelia del Socorro es un fariseísmo: Sería, en realidad, abandonarla a su propia suerte; quitarle la posibilidad de ser tratada por siquiátras; lanzarla a la calle, al abandono sin droga, sin pan, sin trabajo y sin hogar. Y si este se le abre nuevamente es pender sobre la cabecita de Norberto de Jesús, el otro hijito, el inestable filo de otra rula o de otro machete.

"Lo anterior casi que resume nuestro criterio en cuanto al otro punto a tratar: el tiempo de reclusión. Sobre esta materia el criterio de la Fiscalía no es dogmático, es dúctil y obedece, prioritariamente, a razones humanas:

"Cuando se trata de alguien que puede recibir asistencia familiar, argumentar que debe permanecer por dos años en un manicomio criminal, ya que no es abonable el tiempo que lleva en una cárcel ordinaria, nos ha parecido

enfermizo formulismo legal cuya iniquidad es manifiesta ya que hace pagar, en cabeza del procesado, la ineficacia estatal que no tiene plurales manicomios criminales, ni suficientes anexos siquiátricos.

”Pero, como en el caso de Nohelia del Socorro, cuando se trata de gentecitas humildes, abandonadas de toda asistencia familiar o social, entonces exigimos para ellas, con profunda solidaridad, que el Estado cumpla con su deber y las envíe, cuanto antes y por el tiempo que fuere menester, al anexo siquiátrico. Lo contrario es lanzarlas a las calles enajenantes; hacerlas víctimas de las befas vulgares; y, filosóficamente, es cohonestar la desidia del sistema deshumanizado. Éticamente es asumir, conniventes o desidiosos, el papel vergonzoso y lleno de ludibrio del *alcahuete*”.

(Hasta aquí la larga cita. Fecha del concepto: enero 30 de 1980).

Pensábamos, ya se ha visto, en la presencia de la paradoja y decíamos: en este país la única asistencia social pertenece a los dementes que delinquen. Por que si el loco es uno de aquella gran mayoría que, al decir de FERRI en su obra *El homicida*, simplemente sufre el naufragio de su inteligencia en piélagos de profunda y pacífica soledad, entonces, a nadie le importa su infeliz destino; se requiere que se torne furioso y dañe y ataque; entonces sí, la sociedad aterrorizada reacciona defensivamente y da paso a lo que el doctor FEDERICO ESTRADA VÉLEZ, en reciente conferencia, ha denominado “una función de prevención especial”.

También se podrá ver, con la intercalación que hicimos de nuestro viejo criterio, que ahora no obramos por improvisación; el problema nos ha preocupado desde antaño; y, que un proceso de maduración, sangrante y amargo, se ha cumplido en nuestro espíritu.

Por ello de nuestra anterior opinión solo queda el arrepentimiento. Su desvalorización total: Fue danza de Arlequín vestido con ropajes de ofuscadores rombos. Era, quizás, polvo de constelaciones o cenizas de ideales. Pero, al final, todo ripio.

La verdad, la realidad, es otra. Llegó hasta nosotros en una conferencia-testimonio que nos dictó, como un acto de apostolado y purificación, el doctor JAIME GAVIRIA TRESPALACIOS, eminente siquiatra que vino desde Bogotá a participar en el curso que sobre el nuevo Código Penal propició el Colegio Antioqueño de Abogados, “COLEGAS”.

A él dedicaría este trabajo, si tuviese algún mérito. Cuán disertada fue su voz; sobre todo, cómo sentía cada una de las palabras que pronunciaba: era la revolución de su conciencia sensible y crítica.

Y nos hizo visibles sus vivencias en el llamado “Manicomio Criminal” y en la llamada “Colonia agrícola especial”, que resultó ser una pequeña y miserable éra adjunta al manicomio que los acoge a todos, locos y anómalos, como una insaciable matriz constrictora.

Todo llegó a nuestros sentidos con la insobornable exactitud de las fotografías: una larga serie de filminas nos fueron presentadas. Eran choques cerebrales. Vimos los rostros de los recién llegados. Eran casi irreconocibles seis meses después. La lente delatora todo lo descubrió, rasgó los velos y mostró el horror, la pesadilla, el infierno.

No hubo náuseas. Un escalofrío nos recorrió como una llovizna moral que derramando un sentimiento de culpa con fuerza de ventisca implacable nos desnudó de todos los artificios abogadiles de la hipocresía, y así, desnudos, ante nosotros mismos, sentimos vergüenza.

Dije que no hubo náuseas, estas se sienten ante lo que es sencillamente asqueroso. Por ejemplo, cuando se lee la patética descripción que hace FEDOR DOSTOIEVSKI de los pijamas del hospital que acogía, cuando enfermaban, a los presidiarios de *La casa de los muertos*, la prisión siberiana del tiempo de los zares:

“...a su lado estaba acostado otro disciplinario, ya viejo, horrible y repelente por lo sucio. Pero verdaderamente no pudo enumerar a todos. Si me acuerdo de aquel viejo es porque me producía en aquel momento cierta impresión, y porque gracias a él tuve conocimiento de algunas particularidades de la sala.

”Padecía un fuerte catarro y no cesaba de estornudar (no hizo otra cosa durante toda la semana siguiente); hasta cuando dormía, y eran verdaderas salvas de cinco y seis estornudos, y cada vez repetía invariablemente: «Señor, ten piedad de mí». Qué! En esos momentos se sentaba sobre su lecho, se atiborraba la nariz de rapé para estornudar más fuerte y con mayor regularidad, luego estornudaba en un pañuelo a cuadros que le pertenecía, y que estaba decolorido de tanto lavarlo. Su nariz se plegaba de una manera extraña, su rostro se fruncía en numerosas y diminutas arrugas, y enseñaba unos negros puntos en sus encías rojas, viscosas de saliva. Después de estornudar, extendía su pañuelo, contemplaba atentamente las mucosidades copiosamente recogidas, e inmediatamente las restregaba contra su oscura bata, de tal manera que las mucosidades quedaban adheridas a ella y el pañuelo apenas se humedecía. Esto fue lo que le ví hacer durante toda la semana. Esta avaricia por ahorrar el desgaste de un efecto personal a costa de los pertenecientes al hospital no provocaba ninguna protesta entre los demás enfermos, a pesar de que algunos de ellos podrían verse obligados a llevar la misma bata en otra ocasión (...). Esto me horrorizó de tal manera que me puse a considerar, involuntariamente, con desagrado y curiosidad, la bata que acababa de ponerme. Su fuerte olor fue lo primero que atrajo mi atención: como había tenido tiempo de calentarse al contacto de mi cuerpo, cada vez olía más a medicamentos, emplastos y a lo que me parecía pus, como si desde tiempo inmemorial no hubiese abandonado los hombros de los enfermos. Tal vez habían lavado en alguna ocasión el forro, pero no me atrevería a asegurarlo. De todas maneras, estaba salpicado de manchas dudosas, empapada de sustancias más o menos grasientas soltadas por vejigatorios, unguentos, cataplasmas, etc. Como a nuestra sala llegaban con frecuencia forzados que acababan de recibir azote, con la espalda llena de equimosis, las compresas y epitemas que se les aplicaban impregnaban las camisas y estas lo traspasaban a los batines. Durante mis largos años de reclusión, cada vez que debía regresar al hospital (lo que sucedía frecuentemente), me vestía la bata con una desconfianza llena de repugnancia. Tal desagrado también se debía a los piojos que pululaban por ella, los cuales eran extremada-

mente grandes. Los forzados los aplastaban con indudable satisfacción, y cuando los hacían reventar entre sus uñas, se reflejaba en sus rostros cierto placer”<sup>1</sup>.

Aquí, también, los enfermos se espulgan, toman los piojos entre los dedos y con deleite se los comen... Duele la avidez, el gesto de gula. Esto revela que en ello hay algo más que lo demencial; así obran, también, los macúes, la más vejada tribu del Vaupés, grupo étnico casi extinguido. Y la asociación se hace clara, cuando al golpe luminoso de las filminas y la autorizada explicación científica del siquiátra, registramos —lo que parece increíble— una involución a estadios prehistóricos del hombre. La causa: el hambre física.

El recién venido llega allí con energía. Podemos anticipar que es ágil.

Siente hambre. Quizás mucha, tal vez anormal.

Pero la comida es escasísima y sin valor proteico y calórico.

Está encerrado. No tiene a quién pedir. No hay basuras para escarbar. Y el hambre es mucha y abundan las ratas y él es ágil. Y él es síntesis de la evolución de todos los tiempos: la criatura animal-humanoide y civilizada. Entonces retorna al estadio primitivo de la caza y, en competencia con los demás, captura las gordas bestezuelas, y, feroz, con dientes que afila el instinto de conservación, las devora.

Aún está en la etapa de la agresividad-defensa.

Luego, perdidas paulatinamente las fuerzas, por desaliento se sienta en un largo pasillo, como a meditar en su suerte; quédase allí inmóvil en el largo escalón o dintel de cemento que se une al muro que le sirve como forzoso espaldar. Como no hay más lugares para el descanso, sin concierto alguno se va conformando una fila, sin que ello constituya compañía o comunicación. Y el espectáculo es espectral, kafkiano, o delirio de Poe, porque aquellos seres de apergaminados rostros, en su autismo, remedan una espantosa y estoica comparsa de momias.

Y, oh la grandeza del hombre!

Finalmente, gradualmente, sobreviene un incomprensible recuerdo. Sicológicamente, no es posible. O tal vez sí. Pero, fuere lo que fuere, todos se van, en turnos de su momento, acurrucando y adquieren posición *fetal*. Retornan al útero materno y, así, resguardados a tanta impiedad, inmersos en el cálido líquido defensivo, nutridos por un imaginario cordón umbilical, mueren, algún día, por inanición.

\*\*\*\*\*

Qué actual es ERASMO DE ROTTERDAM:

“...figuraos ahora a un hombre como lo son a veces los reyes: ignorante de las leyes; enemigo, o poco menos, del provecho de su pueblo; preocupado solamente de su personal actividad; entregado a los placeres; que odie el saber, la libertad y la verdad; que piense en todo, menos en la prosperidad de su Estado,

<sup>1</sup> F. DOSTOIEVSKI, ob. cit., Edit. Bruguera, pág. 193.

y que no tiene más regla de conducta que sus liviandades y sus conveniencias. Ahora, colgadle al cuello el collar de oro, emblema de la solidaridad de todas las virtudes...”<sup>2</sup>.

\*\*\*\*\*

Ya me comprendéis el por qué decía que aquí no se siente náuseas. Esta es, solamente, una sensación física.

¿Y qué decir del lugar? Todo él es una cloaca: esparcidas las heces por doquiera. Pero ellas son —en un momento dado— golosinas para los pacientes: ¡Allí estaban las filminas! ¡Los vimos buscando ansiosos los residuos orgánicos que se adhieren a los excrementos humanos!

Todo esto fue visto por magistrados, fiscales, jueces y, en fin, por un amplio núcleo de funcionarios judiciales de Medellín. Quizás vosotros, honorables magistrados, estuvisteis presentes. Si así fuese, bien sabéis que nuestra descripción es pálida, se reduce casi que a una exposición de datos. Y sabéis que allí no hay droga, la farmacia se reduce casi que a un destartado estante que exhibe algunas cajas de aspirinas. Ni hay higiene, porque el baño se realiza en un tosco brocal que hay en uno de los patios y que sirve, al tiempo, por la necesidad de la sed, con sus aguas estancadas y pútridas, como manantial que “los internos” escancian, formando cálices naturales con sus manos.

¿A este lugar vamos a enviar a Nicolás Hoyos Ramírez? ¿Puede enviarse allí a un ser humano?

Algunos quisieran responder con pesimismo ético y sometimiento literal a la ley. Dirán:

En ellos se ha cumplido la palabra: “Y echaré sobre tí suciedades, y te afrentaré, y te pondré como estiércol”<sup>3</sup>.

La culpa no es nuestra: nosotros tan solo estamos obligados a cumplir con la ley, damos el mandato y nada más. Pertenece a otros —al rey— la ejecución de las penas y de las medidas de seguridad. Allá ellos, acá nosotros: los incontaminados.

¡Hieráticos y fariseos!

Hay un juego-estafa que todos conocemos por ser callejero y seductor: Sobre una mesa se colocan tres tapas, con una de ellas, ante los ojos de Dios y de todo el mundo, se cubre una bolita que el espectador debe encontrar después de algunas lentas rotaciones de las tapas. El ojo atento y el deseo de fácil ganancia, llevan a la apuesta y al subsiguiente señalamiento con resultados frustrantes: como si fuese cosa de magia siempre se señalará infructuosamente, porque con habilidad de mano, el objeto-señuelo no queda bajo ningún receptáculo: la bolita queda oculta entre los dedos del muy ladino prestidigitador.

¿Puede un juez, de manera análoga, engañarse a sí mismo y hacer de su misión una fraudulenta bolita-justicia, sometida a manipulaciones previamente

<sup>2</sup> ERASMO DE ROTTERDAM, *Elogio de la locura*, ed. Crisol, pág. 216.

<sup>3</sup> *Nahúm* 3, 6.

conocidas? ¿Y su ética y su misión no se desmoronan? ¿Y el hombre que sufre las consecuencias, apostando a la Constitución y al sano espíritu de la ley, no se convertirá —alfiler humano— en punzada de su conciencia?

También, los tribunales eclesiásticos de la Inquisición tan solo firmaban el anatema por herejía. Y nada más. Después sería el verdugo quien prendería la hoguera y aparecía como lejano el crepitar de las carnes, la grasa-aceite que ardía; el calcinar de los huesos. Pero, históricamente, ¿quién ha olvidado la orden firmada por los encasullados personajes de manos regordetas y anillos besuqueados y reverenciales? El pliego de responsabilidad se les ha formulado con lógica inexorable: sin ellos, sin sus sentencias, no se habría encendido el fuego destructor.

Antes, cuando estábamos engañados y creíamos que los enfermos mentales recibirían, más o menos, algún tratamiento médico e ignorábamos el crimen de lesa humanidad, era admisible el argumento simplista de la separación de responsabilidades. Estábamos resguardados en la caparazón de carey de la buena fe.

Ahora no: es nuestro deber denunciar la situación; agilizar todos los medios legales a nuestro alcance para rescatar a todas las personas que allí se encuentran, sin otra esperanza que esta jurisprudencia; y, como imperativo inmediato: debemos destruir funcionalmente el cubil de la ignominia, negándonos a ser sus proveedores, por sentencias judiciales, de nuevas víctimas. Esto es fácil: somos el poder de lo justo. Nos basta con decidirnos de manera racional y motivada. El honor de iniciar esta misión de redención ha correspondido a nosotros, integrantes de la Sala de Decisión Penal, que debéis dar la primera lección, la primera orden ejemplar.

De lo contrario, si continuamos indiferentes, también seremos culpables. Ante el juicio social no podremos aducir la albura de nuestra misión. Somos custodios de la civilización, columnas del progreso, nos está vedado retornar a la barbarie que aquí está representada por una institución que ha estafado tanto al legislador como a la justicia, cuando con taumaturgia de lo abyecto bautizó como "Manicomio criminal" lo que era, exactamente, su absoluta negación. Sí, a sabiendas de lo que está sucediendo, somos conniventes y nuestra acción continúa institucionalizando el magno holocausto, entonces, así prosiga este manto de silencios proclives, ¿quién podrá acallar su propia censura? Como palabras de fuego —anillos quemantes— tres palabras se unirían como *Inri* de nuestras frentes: "Somos asesinos morales".

Y os afirmo que el agua de todos los ríos no sería suficiente para lavarnos las manos; siempre quedarían en ellas, impresas indeleblemente, las firmas de las sentencias que legalizaron lo aberrante. Sí, porque ninguna sublimación podrá negar un hecho realista: ellas son *el acto motor*.

Y resultan, dado el conocimiento que ya tenemos, un prevaricato contra el hombre. Pudiera escribirse a su lado la norma fundamental de nuestra Constitución: "Las autoridades de la república están instituidas para proteger todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares" (art. 16). Y como no puede existir nada más ilegítimo que ahogar a un demente

en estos torbellinos de lo siniestro, entonces, al par, golpeando el piso de nuestra nave jurisdiccional, contribuiríamos al hundimiento de todo derecho liberal democrático. La justicia de hoy tiene que destruir el cono dantesco; precisamente, en razón de su función histórica, hace tiempos que pasamos las tinieblas terribles; ya no es lícito, como otrora, el considerar o tratar a los locos como malditos y posesos, desligados de todo nexo de solidaridad, proscritos en su propia tierra, signados al horrible abandono y al más pavoroso sino de deshumanización. Y esto que es claro hasta lo apodíctico, y por tanto no necesita comprobación, nos obliga a decir, jurisprudencialmente, que el art. 94 del Código Penal, con su internación en el manicomio criminal para los enfermos mentales permanentes, resulta, por inexistencia de establecimientos adecuados, una norma inaplicable. Que obedecerla es retrogradación de la justicia. Que en su lugar corresponde a los jueces buscar, con versatilidad ante los casos, las soluciones que se adecuen. Sobre todo, el darle privilegio a la "libertad vigilada" y, así, entregar el enfermo a sus familiares imponiendo las condiciones aconsejables a cada caso particular.

Es más: el asunto puede llegar a radicalidad extrema. Es frecuente que el anómalo no tenga familiares que lo reciban; y la caridad en nuestro medio no existe, es filantropía de oropel. Entonces, ¿qué hacer?

Aquí la tesis adquiere su máxima expresión. Llega a su *cima-sima*. Por terrible que ello parezca, será necesario decretar la libertad, enviar el demente al seno social. Por él, por su dignidad humana, llegamos a la altura de sus derechos mínimos y afirmamos que no nos es posible violarlos. Por la ausencia de manicmios criminales, hemos llegado a la frustración: no somos milagrereros que podamos convertir la letra de la ley, por su cabalístico rezo, en palacio de soluciones. Por ello nos vemos obligados a llegar al abismo de la inseguridad y a retornarlo al seno social. Tal vez sea esta la única manera de romper la indiferencia, la criminal indolencia. Entonces, la tesis, como corolario, resultará ser un eslabón de fuerza hacia una política criminal que se acomode a las necesidades de nuestro pueblo.

Consideramos, honestamente, que no hay otra salida jurídica. Estamos circunstanciados. Por ello predicamos esta tesis como la única que permite una resurrección y como somos conscientes de su gravedad, anticipándonos a la posible refutación polémica, la hemos resumido en la conjunción de dos antónimos: *sima-cima*.

Honorables magistrados: tengo el honor, por ser fiscal del Tribunal, de desempeñar el cargo que está ubicado, para mi exigencia intelectual, al mismo nivel oficial que el vuestro. Y no puedo olvidar que como ministerio público, estoy obligado a representar a la sociedad. Toda ella, con mayor razón a los desvalidos. Por tanto, en razón de mi investidura, puedo decir: Inclínad vuestra sabiduría y vuestros sentimientos, reverentemente, ante el sufrimiento humano; solo así seremos puros y nuestra misión irradiará plenitud y réctitud.

Quizás alguna prevención contra la grandilocuencia de algunas de mis frases, os lleve a pensar en que lo anterior es trémula retórica de oportunismo. En verdad, están lejos de nuestro interés los epílogos sentimentales; este, que parece serlo, es tan solo el enunciado de nuestras convicciones profundas:

Creemos que la justicia no es concepto abstracto que pueda separarse del hombre. No es esa enorme y metálica coordenada que algunos imaginan estática; y que sirve a la manera de ánima inflexible para engarzar, como cuentas de un monstruoso y punitivo collar, las moles oscuras de nuestras cárceles; la piedra piramidal de nuestra burocracia y el brillo de oropel de algunas leyes. La justicia es la ardua, viva y permanente evolución del hombre hacia postulados ineluctables de la *fraternidad humana*, la paz y el progreso. Basta mirar el carrusel de la historia: con cada época la justicia avanza y es como si diera saltos cualitativos. En este momento está esperando para saltar.

Por tanto, el juez, dignificado por su propia misión, tiene como deber la sabiduría y la equidad. Por lo primero es un buscador de la verdad; por lo segundo, vive en trance de amor al hombre. Comprende que no puede ser mudo y que el único norte que lo guía por el ampuloso mar de sus cavilaciones, como estrella siempre fulgurante y diamantina, cruz de ética, es el inclinarse reverente ante el sufrimiento humano.

Por esto DOSTOIEVSKI, que por sus penosas experiencias caló como ninguno en el meandro de la justicia, hace que la intelectualidad confusa tenga un momento sublime cuando se arrodilla ante la miseria humana<sup>4</sup> y nos llena de estupor cuando la Santidad hace una profunda reverencia y toca el suelo con su frente no ante Demetrio, oscura sensualidad de los Karamazov, sino ante "los sufrimientos del porvenir"<sup>5</sup>.

Cuando se tienen estas convicciones no hay lugar ni para la claudicación, ni para el desánimo, ni para el escepticismo. En veces damos la apariencia de ser puritanos: en realidad tan solo cumplimos con el deber. Pero estamos alerta, no nos convencen ni las bellas palabras, por ejemplo aquellas de nuestro humanista, "El tuerto" CAMILO ANTONIO ECHEVERRI:

"Cuando yo era joven; cuando creía en los hombres y en los pueblos; cuando me echaba a dormir y a soñar cándidamente sobre derechos y moral, sobre leyes y gobiernos, sobre sistemas y teorías, llegué a creer en la justicia. Me parecía que la justicia había venido al mundo y que podría aclimatarse en él. ¡Mentiras! ¡Sueños!"<sup>6</sup>.

¡Mentiras! ¡Sofismas! Esta filosofía del pesimismo conduce a la pasividad, es muy cómoda. Por ello replicamos, como si habláramos desde nuestra modesta cátedra de "Casuística penal", que hay cascarones enclavados en la arena judicial —y aun universitaria— que, algunos doctores que en el tiempo han sido, encallaron con espíritu de inamovibles. Nuestra indolencia y una grave mediocridad que nos afecta, han permitido que aquello que es tan solo aparente y temporal se permita ínfulas de eternidad. ¡Mentiras! Si todos soplamos vientos de humanismo, necesariamente arrancaremos las espinas de lo inequitativo y sobre sus astillas edificaremos el templo del hombre. No será de repente, poco

<sup>4</sup> Raskolnikov hincado ante Sonia: DOSTOIEVSKI, *Crimen y castigo*, Edit. Bedout, pág. 290.

<sup>5</sup> Prosternación del Starets Zossima: pág. 23. Explicación de la prosternación: pág. 247, en *Los Hermanos Karamazov*, Ed. "Tor".

<sup>6</sup> CAMILO ANTONIO ECHEVERRI, *Obras completas*, Ed. Académicas, pág. 152.

a poco iremos en nuestra marcha ineluctable. No hay tiempo para el desánimo: el que sepa tocar la flauta, que salga al campo y se construya una de bambú o del cañuto de una guadua. Y haga que el viento module en su gargante india, así crea que nadie lo escucha; tal vez, por su camino, consuele a una alma triste o haga sonreír a un niño; el que solo sepa hablar, al menos, que musite al oído del vecino, murmurios de esperanzas patrias y de mejores horas para el hombre; el que nació para ser abogado que escriba memoriales con tinta de justicia; que su palabra, al menos, tenga valor testimonial. Nos pertenece un amplio paisaje que no podemos abandonar a los labradores de la codicia, a los secos de corazón.

Honorables magistrados:

Hay un libro que ahora resulta, tal vez, una curiosidad de biblioteca. Sin embargo durante un largo período fue obra de clásica lectura: *Consolación por la filosofía*. Lo escribió BOECIO cuando esperaba la muerte en las mazmorras del Rey Teodorico. Fue leído con avidez porque se trataba de la últimas reflexiones de aquel que tradujo, para Occidente, toda la sabiduría de la Antigüedad: la música de PITÁGORAS, la astronomía de PTOLOMEO, la aritmética de NICÓMANO, la geometría de EUCLIDES, la lógica de ARISTÓTELES, la mecánica de ARQUÍMEDES.

Pues bien, en este libro, casi como premio, se nos describe una visión de esplendor fantasmagórica.

"...ví que una mujer se apareció sobre mi cabeza, de muy venerable rostro, ojos vivos y más perspicaces que suele ser la común vista de los humanos. Su color era sano y de vigor no extinguido, aunque tan llena de tiempo, que de ninguna manera se podía creer fuese de nuestra edad. La estatura mostraba incierta disposición, porque unas veces se acomodaba a la medida común de los hombres y otras parecía tocar el cielo con lo eminente de su cabeza; y cuando la levantaba algo más, el mismo cielo penetraba, dejando burlada la vista de los hombres. Sus vestiduras eran perfectamente acabadas, de hilos delgadísimos y de artificio muy sutil, pero de materia durable, y según ella me lo dio a entender, tejidas por sus propias manos, cuya hermosura había ofuscado una niebla de negligente vejez, a la traza que suele el humo a las vecinas imágenes; y en la parte inferior de ellas estaba entretejida una P griega, y en la superior, una T, y entre medias de estas dos letras se veían señaladas unas gradas al modo de escalones, por donde se subía de la letra baja a la superior. Y esta vestidura se mostraba rota por las manos de unos hombres furiosos, habiéndose llevado cada uno la parte que pudo"<sup>7</sup>.

Esta aparición era la diosa de la Razón que engendra la Verdad y la Justicia. Para BOECIO fue consolación de sus desventuras. Para el género humano, dinámica de equidad. Algunas tesis están asistidas por ella. De ahí dimana su característica principal: están como hechas "de tiempo" y sirven a la superación de la condición humana, restaña sufrimientos. Humildemente considera-

<sup>7</sup> BOECIO, ob. cit., ed. "Clásicos Emecé", pág. 16.

mos que la petición jurisprudencial que estamos haciendo puede incluirse entre estas, y por ello esperamos que un falso y formal respeto a la ley no haga girar su vestidura de piedad y humanitarismo. Hay en nuestro acento, si se quiere, modulación de súplica.

*Solución segunda al caso particular*

El joven profesional doctor Álvaro Pérez Pineda fue designado como defensor oficioso de Nicolás Hoyos Ramírez. Qué grato ha sido ver su esfuerzo y su pujanza intelectual, cristalizándose en el excelente memorial que en el expediente obra a fs. 123-132.

Allí invoca con profundo análisis de la prueba el principio *in dubio pro reo*: Bien porque el testimonio que empotra la decisión judicial, científicamente, es indigno de confianza por inmadurez psicológica del sujeto que lo rinde, ora porque algunas circunstancias sumariales dejan entrever como posible autor de las relaciones sexuales a un hermano de la ofendida, quien pudo, por razones de fraterno encubrimiento, desviar la acusación hacia el joven Hoyos de quien se conocía su exacerbada libido, no encubierta en parte alguna, ni siquiera en la fábrica donde trabajaba donde hacía grotesco exhibicionismo masturbatorio. Esto, aquella su mala reputación, propiciaba que fuese tomado con carnero expiatorio de faltas ajenas.

No negamos que el recaudo probatorio daba pie para colocar el cargo de "acceso carnal abusivo" en contra de Hoyos Ramírez. De ahí la afirmación del auto de proceder; pero nadie ignora que en la escala de juzgamiento se requiere ya para proferir sentencia condenatoria, no de la alta probabilidad, suficiente para enjuiciar, sino la plenitud de la responsabilidad. Si alguna duda surge y no hay modo de eliminarla, entonces se debe resolver a favor del procesado (C. de P. P., arts. 215 y 216).

Cabe preguntarnos, ahora, si además de las constancias reseñadas por la defensa, en último momento, el procesado, en argumento que fecundó su propia demencia, no nos entregó razones de fuerte duda. Nos referimos a su insólita y elocuentísima conducta:

Cuando llegó a la audiencia pública, ya lo hemos dicho, su personalidad estaba deshecha. Era un incoherente. Las preguntas que se le formulaban, propiamente, ya no inquirían, se convertían, inevitablemente, en sugerencias que hacían disparar un discurso descuidado e inconsciente.

Pues bien: ¿y que dijo, qué respondió él, ajeno ya a la malicia, cuando se le quiso responsabilizar de la conducta sexual que lo procesa? Observad las páginas de la diligencia y veréis la magnificencia rotunda y lógica de sus negaciones. ¿Esencia o fórmula? ¿No será, acaso, que como ocurría en el templo de Delfos, la verdad, nuevamente, se expresa por boca del enajenado con palabras de símbolo?

Sobre estas palabras finales, la Fiscalía clava la duda y la absolución.

Y ello estaría bien, porque evitaríamos el luto que aflige a nuestras almas al revisar esta sentencia, de apariencia ineluctable, que si se cumpliera nos haría entender el porqué las palabras *duda* y *duelo* tienen una misma raíz etimológica.

Honorables magistrados:

Cuando se escribe sobre estos tan graves asuntos no se puede evitar que las palabras sean rudas como piedras de honda. En veces fastidian: son zumbantes y aun toscas. En todo caso, acorde con nuestro usual estilo, siempre la intención fue ajena a personificar o a inferir agravio. Solo quisiéramos irradiar claridades, transparencias del espíritu. Por tanto, muy cerca de vosotros queden los posibles aciertos; alejad cualquier cosa que sobre o que perturbe. Vosotros tenéis el deber de ser ecuanimes y sabios.

De los honorables magistrados.

Atentamente,

J. GUILLERMO ESCOBAR MEJÍA  
Fiscal Décimo

# DOCUMENTOS\*

## PARA LA ESTRUCTURACIÓN DEL SISTEMA DEL DERECHO PENAL

HELLMUTH VON WEBER

### PRESENTACIÓN

Hellmuth von Weber y su contribución a la dogmática  
jurídico-penal del delito

I. *En la actualidad nadie puede afirmar que ignora la evolución dogmática alemana por dificultades lingüísticas. El esfuerzo de distinguidos penalistas de nuestra lengua ha hecho que cualquiera pueda seguir el curso evolutivo de la misma en castellano. Basta mencionar las traducciones de las obras de VON LISZT, BELING, MEZGER, SAUER, MAURACH y WELZEL, para probar que las líneas fundamentales del penalismo alemán (concepciones "clásica", "neoclásica" y finalista) pueden seguirse en nuestro idioma.*

*Respecto del finalismo, se hace menester erradicar el falso concepto de que se trata de una aparición intempestiva y sorpresiva, como muchas veces pretenden darlo a entender comentarios superficiales.*

*La dogmática jurídico-penal germana es un sendero que no ofrece solución de continuidad: sus construcciones avanzan en forma tal que, para comprender acabadamente una, se hace necesaria la comprensión previa de la anterior. En modo alguno es menester hoy manejar la literatura penal alemana en su lengua de origen para percatarse de ello, toda vez que salta a la vista al más somero examen de los textos traducidos. Hay más: la dogmática penal argentina sigue las líneas de la alemana, surgiendo ello con claridad meridiana de la lectura de nuestras obras de conjunto (SOLER, NÚÑEZ, FONTÁN BALESTRA, JIMÉNEZ DE ASÚA), que van del*

\* A partir de este Número, aparecerá esporádicamente una sección de Documentos, en la que publicaremos algunos trabajos que aunque no de reciente aparición original, conservan todavía su importancia, en la medida en que han sido decisivos peldaños en el desarrollo de la teoría del delito y cuya lectura, por lo mismo, continúa siendo indispensable para el cabal conocimiento de nuestra disciplina. Un ejemplo de lo que pretendemos es la publicación que ahora hacemos de este artículo de VON WEBER. Expresamos nuestro agradecimiento al profesor y tratadista argentino EUGENIO RAÚL ZAFFARONI por la autorización que nos ha dado para publicarlo.

sistema "clásico" (LISZT-BELING) al neoclásico (MEZGER), lo que culmina con la tendencia finalista de algunos trabajos monográficos recientes.

En el curso de esta evolución científica, la incorporación de los elementos subjetivos del tipo penal y de la teoría normativa de la culpabilidad rompieron el primitivo esquema sistemático simplista del injusto objetivo y la culpabilidad subjetiva. Quebrado el criterio analítico objetivo-subjetivo y fijado antes el camino analítico que marcha desde la conducta hacia su autor, se imponía un nuevo criterio analítico, el que es proporcionado por el neokantismo de la escuela sudoccidental alemana y cuya construcción más acabada hace MEZGER, pero que ofrece serias dificultades, puesto que todos sus esfuerzos se encaminan a apuntalar la sistemática surgida a la luz del viejo esquema objetivo-subjetivo: lo rechaza metodológicamente, pero lo sostiene estructuralmente.

Percatándose otros autores de estas dificultades, tratan de superarlas mediante una nueva sistemática. Este movimiento se inicia con la estructura compleja del tipo, o sea, el tipo mixto (objetivo-subjetivo), por oposición al tipo objetivo (BELING). El tipo complejo encierra al dolo, que en el antiguo sistema pertenecía a la culpabilidad. Por esta huella andará luego WELZEL, quien redondeará la nueva sistemática con un concepto de acción que se identifica con el óntico-ontológico, y al que proporcionará una nueva base filosófico-jurídica con la teoría de las estructuras lógico-objetivas. Los arquitectos del tipo complejo fueron HELLMUTH VON WEBER y ALEXANDER GRAF ZU DOHNA (1946). El Aufbau de GRAF ZU DOHNA se encuentra traducido en nuestro país y consideramos necesario que el lector argentino contase con una traducción del de VON WEBER, para completar así el panorama de este momento evolutivo de la dogmática penal germana que, a causa de no haber tenido eco en la nuestra, puede considerarse un hueco que cause la falsa impresión de que hay un "salto" científico, cuando en realidad lo que existe —como es norma— es un peldaño analítico sumamente interesante.

II. HELLMUTH VON WEBER nació el 4 de junio de 1893 en Dresden. Cursó sus estudios universitarios en Freiburg y Leipzig. En esta última universidad se despertó su interés por el derecho penal y fue discípulo de RICHARD SCHMIDT. Su trabajo de habilitación versó sobre el estado de necesidad y fue rendido en Leipzig en 1924. En 1926 fue nombrado profesor en la Universidad alemana de Praga, en 1928 en la de Jena y en 1937 en la de Bonn. En 1934 fue impedido su traslado a Leipzig por razones políticas. Murió el 10 de mayo de 1970, siendo profesor emérito de derecho penal y criminología en la Universidad de Bonn.

En Praga escribió sus Grundriss Tschechoslowachischen Strafrechts (Reichenberg, 1929). En dicha obra expresa: "El tipo señala las conductas punibles en forma abstracta. Los conceptos en ellos contenidos pueden ser contruidos señalando conductas que causan determinados resultados (concepto causal), o bien, que son portadoras de una voluntad determinada (concepto teleológico). En unos la conducta será puramente objetiva, sin relación con la sigue del actor (tipo externo) y en los otros subjetiva, describiendo la dirección de la voluntad del actor". A continuación dedica los parágrafos 8, 9 y 10 al "tipo objetivo", al "tipo subjetivo" y a la "dependencia entre las partes objetiva y subjetiva" respectivamente. Es allí, pues, donde VON WEBER desarrola su concepto mixto del tipo penal, sobre el que vuelve luego en el Aufbau y en las dos ediciones de sus Grundriss des Deutschen Strafrechts.

La obra de VON WEBER es extensa y varia, abarcando temas de carácter criminológico, político-criminal, historia del derecho, derecho comparado, parte general y parte especial del derecho penal.

III. VON WEBER no fue finalista, aunque sus ideas significaron un claro aporte para la construcción finalista. Su concepto de la acción se halla expuesto fundamentalmente en su trabajo —creemos que póstumo— titulado Observaciones sobre la doctrina del concepto de acción. Allí declara rotundamente que "el concepto de acción debe surgir del análisis del derecho vigente", lo que lo divorcia totalmente del finalismo. Disiente igualmente con el concepto "social" de acción (E. SCHMIDT, MAIHOFFER, JESCHECK, etc.), y afirma que el concepto jurídico-penal de la misma es más amplio que el final, aunque no funda su afirmación en la omisión —como generalmente se hace— sino básicamente en consideraciones psicológicas sobre ejemplos de conducta humana típica que serían reflejos condicionados. Por lo que a la causalidad respecta, rechaza la concepción mecánica de esta para valerse de la misma como "concepto relacionante hipotético", vía por la que entiende salvar el difícil y discutido problema de la causalidad en las omisiones.

En cuanto a su construcción del injusto, también se separa del finalismo habiendo sido partidario de la teoría de los elementos negativos del tipo, posición que asume en varios trabajos y, en particular, en el que titula precisamente "Elementos negativos del tipo". En este aspecto, merece destacarse la circunstancia de que uno de los constructores de la hoy más difundida teoría del error, fuese al mismo tiempo partidario de la teoría de los elementos negativos del tipo, lo que importa que en su estructura, el "conocimiento" que se halla en la culpabilidad no abarca todo el tipo (como sucede en la teoría causal), sino una parte de él (la que hace a la antijuridicidad), en tanto que el resto es conocimiento que pertenece al tipo mismo (al tipo subjetivo).

Si bien esta estructura es compleja —y estimamos que un tanto artificiosa—, es de destacar que esa parcialización del conocimiento del tipo objetivo se aproxima al manejo que de un pretendido "tipo de error" se hace contemporáneamente, en que se pretende diferenciarlo del tipo objetivo.

IV. La precedente exposición justifica la traducción de un trabajo que lleva más de treinta y siete años de publicado y nos exime de ulteriores consideraciones. Nos decidimos a efectuarla en abril del corriente año, después de consultarlo personalmente con el prof. HANS HEINRICH JESCHECK, quien se manifestó plenamente de acuerdo con la importancia del Aufbau de WEBER. Agradecemos al señor Adam Eckert, asistente científico del Max-Planck Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht, por la amable y espontánea gestión que realizara ante la esposa del autor para obtener la autorización a la presente traducción y a Frau Hellmuth von Weber, para quien quedan reservados los derechos de la misma, el honor que nos hace al haberla otorgado.

E. RAÚL ZAFFARONI

La Plata, noviembre de 1972.

I. El desarrollo del derecho penal alemán en las últimas dos generaciones ha sido determinado decididamente por el enfrentamiento de las escuelas penales clásica y moderna, que disputan en torno al dilema "retribución o protección de la sociedad", "pena o seguridad". El fervor de la lucha ha oscurecido la realidad, la que pasó al frente con otra divergencia de naturaleza dogmática y que habrá de desenvolverse bajo el lema del normativismo. La estructuración del sistema del derecho penal se ha tornado problemática.

El sistema clásico del derecho penal está erigido sobre la elemental y obvia diferenciación entre parte objetiva y parte subjetiva del delito. Una, funda la antijuridicidad sobre las características externas de determinada conducta —conforme a la causación de un resultado—, mientras la culpabilidad es una relación síquica para este resultado, que contiene un doble requerimiento: la imputabilidad del autor y una particular posición respecto del hecho en concreto, que se manifiesta en alguna de las formas o clases de culpabilidad: dolo y culpa. Tentativa y participación son consideradas modificaciones de las formas fundamentales, "formas de aparición" del delito.

La tesis fundamental de esta sistemática ha sido estremecida por la teoría normativa de la culpabilidad y por la teoría de los elementos subjetivos del injusto. Por cierto que la nueva doctrina se halló bien pronto con dificultades sistemáticas, dado que intentó asegurar las viejas distinciones. Se ensambla nominalmente un elemento normativo en la culpabilidad, que era necesario para establecer una norma paralela y diferente de la contenida en la antijuridicidad. Este elemento se creyó poder hallarlo en lo interno de la conducta, en la norma de deber dirigida a la determinación de la voluntad y paralela a la norma jurídica correspondiente a lo exterior de la conducta. Por otra parte, los elementos subjetivos del injusto debieron pasar de su posición de elementos de culpabilidad a ser sus precedentes síquicos. Viendo esto en conjunto, cabe preguntarse si tales distinciones son lógicamente conducentes y en cualquier caso deberá aceptarse que tanto la duplicación de normas como la de elementos subjetivos, conducirán a una sensible complejización de la construcción dogmática. Las dificultades aquí apenas apuntadas nos remiten a investigaciones metodológicas, que culminan en el resultado de que el concepto jurídico contiene, en forma indisoluble y también múltiple —como "enlace estructural"—, elementos descriptivos y valorativos. De allí que varios representantes de las nuevas teorías, se sirvan de nuevas terminologías en estas investigaciones, lo que dificulta extraordinariamente su comprensión. Esto acontece también donde debiera evitarse: en todos los casos en que se elaboran obras sobre la parte general del derecho penal siguiendo los pasos de la nueva doctrina, se exige un sensible aumento del esfuerzo necesario a la comprensión y del trabajo del lector, como lo muestra una simple ojeada al *Tratado* de MEZGER, o una comparación de las antiguas ediciones del de VON LIZST con las nuevas al cuidado de EBERHARD SCHMIDT.

Es innegable que la dogmática clásica muestra insuficiencias. Unas veces ellas son de naturaleza constructiva, como lo demuestran en el fondo los problemas conocidos, tales como el estado de necesidad o la culpa, apariciones

certeras pero que no encuadran de modo satisfactorio en el sistema. Aún más importante para la aplicación práctica del derecho penal es que la parte general del derecho penal, que está cargada de una serie de interrogantes polémicos, encare las preguntas fundamentales y no pretenda permanecer en paz, como lo hace en la tentativa y en la participación (allí la cuestión puede reducirse al común denominador "objetivismo-subjetivismo"), en el error y en otros lugares más. De cualquier forma, los resultados prácticos no hablan en crédito de la dogmática clásica.

Cuando la dogmática no le ofrece a la jurisprudencia principios jurídicos que conduzcan a resultados satisfactorios, pueden suceder dos cosas. O bien la jurisprudencia niega las teorías de la ciencia y se sujeta a las construcciones tradicionales, que también pueden ser lógicamente insatisfactorias y que quizá muestren también deficiencias prácticas, pues como lo demuestra la experiencia, están francamente necesitadas. Así acontece con nuestra jurisprudencia en vastos campos. A pesar de la negativa casi unánime de la ciencia, el tribunal de Reich se atiene a la teoría subjetiva de la tentativa o se afirma en la distinción —lógicamente inconducente en absoluto— de error de derecho penal y de derecho extra-penal. El desengaño de la ciencia a causa de la negación de sus doctrinas ha conducido a más de un amargo reproche sobre la falta de apertura de la jurisprudencia. ¡Pero es injusto! La jurisprudencia no se ha negado a estas teorías por falta de comprensión, sino porque era consciente —o quizá solo sintió (ya que la deficiencia de los principios aplicados aflora abiertamente, en tanto que los propuestos no han podido ser aún probados, sino solo proyectados y no del todo visualizados en su cantidad y significación)— que su aceptación habría de conducir a resultados aún insatisfactorios.

También puede suceder lo contrario, o sea que la jurisprudencia siga a la dogmática y, de este modo, llegue a resultados que no se correspondan con el ideal de la justicia. Así acontece en el campo de la participación para la accesoriedad. Sobre ello solo un ejemplo: Para un sentimiento jurídico no deformado es obvio que quien, sin contar con la inimputabilidad, apoya la conducta punible de un inimputable, es punible, siendo indiferente que conozca o no ese estado. Pero si el inimputable se comporta de modo no punible y, conforme al principio de accesoriedad, no se podría penar la participación. El inaceptable resultado de la impunidad se evita mediante la construcción de la autoría mediata. Pero ello presupone que el autor conoce la inimputabilidad y quiere usar al inimputable como instrumento, Pero si le ha sido desconocida la inimputabilidad esta construcción está negada, imponiéndose la absolucón, de no ser posible ayudarse con algún otro tipo al que asirse<sup>1</sup>. En lugar de facilitar al juez el hallazgo de la solución justa, aquí la dogmática se ha arrojado directamente en una trampa. Es así como resulta que se lleguen a poner seriamente en duda los resultados de una jurisprudencia doctrinaria.

<sup>1</sup> Así, en *Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen*, 59, 197, la defraudación por adjudicación de un objeto robado por un enfermo mental; un caso de participación en el aborto de una enferma mental (RCst 26, 14).

Frente a estas situaciones insatisfactorias es suficientemente comprensible que se intente el establecimiento de fundamentos nuevos en la dogmática. La teoría normativa del valor jurídico-penal (*normative Strafrechtswertlehre*) es uno de tales intentos.

Pero esta teoría se ha encaminado a un trabajo crítico tan plerótico de valoración, que muy escasamente puede afirmarse que proporcione una solución positiva a las presentes dificultades. En un curioso equívoco, los sostenedores de esta teoría del valor jurídico-penal la ven como el remedio total para nuestras necesidades. En verdad, el significado de esta teoría permanece en el campo de la exégesis. Su mérito es habernos dado consciencia de la fuerza determinante de los juicios de valor en toda aplicación de la ley. Mas si consideramos sus resultados para los interrogantes en disputa y en duda, que al principio hemos planteado, son ínfimos. Si no se ve una solución de la que el juez, al resolver una tentativa imposible o un error de derecho sobre la valoración en el caso concreto y con ello, también sobre su consideración, extrajese o pudiese extraer algo, sino una solución que, en verdad, solo importa una modificación de la tarea, deberá decirse que los puntos de vista esenciales para la decisión de los interrogantes en disputa no han encontrado mejores formulaciones de nuestras representaciones de la justicia.

Es así como no resulta extraño, ni radica solo en la desafortunada terminología de la doctrina, que —como también lo sienten con pena sus partidarios— el contacto con la jurisprudencia no haya tenido lugar y su influencia práctica haya sido ínfima.

Pero ¿nos encontramos verdaderamente en una situación en que debemos descartar nuestras primitivas formas jurídicas para liberarnos del lastre exagerado de las formulaciones dogmáticas? ¿Debemos, en lugar de la consideración consciente, dejar librado al sentimiento jurídico el encuentro de la determinación, como nos lo recomiendan numerosas proposiciones? Semejante solución eminentemente negativa solo puede ser, en el mejor de los casos, una evasiva transitoria. En nuestras complejas relaciones sociales, una administración de justicia unitaria y segura, correspondiente a la voluntad de conducción del Estado, solo es posible si logra extraer nuestras representaciones de la justicia del sentimiento y erigirlas a la luz de la consciencia, haciéndolas de este modo comunicables y comprobables. La consignación del derecho en una ley importa la decisión por esta senda, quedando así sostenida la tarea dogmática e inalterada su urgencia.

II. El intento de una ordenación sistemática de las normas del derecho penal no puede pasar por alto la circunstancia de que en la configuración de las normas el legislador establece límites valiéndose del medio expresivo del lenguaje. Si la lengua es el medio para la expresión de nuestro pensamiento, por otro lado obliga al legislador en su expresión mediante los conceptos —y el modo en que estos se construyen— por cierto que en tan alta medida que debemos cuidar hacernos conscientes de ello<sup>2</sup>. Nuestro pensamiento corre necesariamen-

te por rieles que están preseñalados por los conceptos. Las nuevas creaciones son posibles solo dentro de un determinado perímetro. A esto el legislador no puede sustraerse, particularmente si desea ser popular. El legislador solo somete a pena formas de conducta socialmente dañosas, construyendo el núcleo de los tipos sobre los verbos empleados. De su construcción y contenido depende necesariamente la construcción y el contenido de la norma. Algunas simples consideraciones lógicas de lenguaje son necesarias para arrojar nueva luz sobre la sistemática del derecho penal. Al respecto podemos limitarnos a los verbos, porque en los raros casos en que el legislador usa los verbos como un mero “ser” expresa “encontrarse en un estado”<sup>3</sup>, y un análisis más profundo demuestra que se somete a pena colocarse en ese estado o no cambiarlo. En los verbos hay dos formas con que el lenguaje puede abarcar la forma de conducta. Una parte de un resultado, de una modificación del mundo exterior, abarcando toda conducta que sea causal para ese resultado. Así, por ejemplo, “matar” no significa otra cosa que “causar la muerte”. Este concepto es puramente objetivo, en tanto que se apoya solo sobre la exterioridad de la conducta. Que se haya o no representado cómo su conducta haya sido causal de la muerte de un hombre, está fuera de la cuestión: de cualquier modo ha matado. Si bien nuestro lenguaje emplea de preferencia estos verbos causales, hay a su lado otro grupo significativo, en que se valdrá de la posición del autor respecto de la actividad final perseguida. También en ellos se trata de una conducta que se presenta trascendiendo en el mundo exterior, pero en que lo decisivo no es la causación del resultado, sino el sentido dado a la acción en pos del resultado. Así como el § 292 del StGB amenaza con la pena la caza clandestina, coloca bajo pena una actividad que se dirige a la obtención de la pieza. Es indiferente que la pieza sea “cazada” o que el advenimiento del resultado, conforme a las circunstancias exteriores o a la habilidad del cazador, sea en general probable o posible. De este modo, tenemos aquí un concepto de conducta que aparece trascendiendo en el mundo exterior, en que la síntesis resulta de un elemento subjetivo, la voluntad del autor.

Si bien es cierto que en las leyes penales tales verbos son usados raramente en relación a los causales, en cualquier caso se hallan con suficiente frecuencia, como lo pueden demostrar los siguientes ejemplos de la ley penal: ofrecer, atacar, detener, anunciar, ponderar, incitar, usar, favorecer, desafiar, exhibir, tener para la venta, mantener, calumniar, imputar, pescar, cazar, resistirse, servirse, ocuparse, disculparse, ofrecerse<sup>4</sup>. Frecuentemente el lenguaje, para hacer conocer una actividad dirigida a un resultado, utiliza locuciones como pretender, dedicarse, buscar. En el derecho penal se usan a menudo locuciones con “realizar”, para las cuales es indiferente que el resultado acontezca o no.

<sup>3</sup> Por ejemplo, servir en las fuerzas militares enemigas, tener en su poder instrumentos de robo, conducir con exceso de velocidad (§§ 91<sup>o</sup>, 245<sup>o</sup>, 366, núm. 2 StGB).

<sup>4</sup> Como lo muestra la enumeración, los verbos contenidos en este grupo exhiben una exterioridad en tanto que ella se dirige a revelar en el sujeto un sentimiento, una representación o una decisión. Pero es de hacer notar que varias de estas palabras son ambiguas. Así, “calumniar”, por ej. puede significar “expresar una calumnia”, como también “suscitar una calumnia”.

<sup>2</sup> A probar esta dependencia se consagra el instructivo libro de SCHMIDT-ROHR, *Mutter-Sprache*, 2<sup>a</sup> ed., 1933.

Más significativa aún es la expresión "intentar", la que indica simultáneamente que el resultado pretendido no aconteció. Por el contrario: cuando una acción ha sido causal de un resultado y queremos expresar que también la voluntad del autor está dirigida al resultado, la señalamos como dolosa.

Mostrándolo en un ejemplo significa:

*Él ha matado: él ha causado la muerte.*

*Él ha intentado matar: él ha dirigido su conducta hacia la muerte, pero la muerte no ha acontecido.*

*Él ha realizado la conducta de matar: él ha dirigido su conducta hacia la muerte, pero si la muerte no ha acontecido, da igual.*

*Él ha matado dolosamente: él ha dirigido su conducta hacia la muerte y ha causado la muerte.*

De este análisis surge para la dogmática penal el conocimiento de que el legislador tiene fundamentalmente dos posibilidades para explicitar una conducta humana antijurídica. Puede asentar la norma solo sobre el aspecto exterior y prohibir una conducta causal de un resultado, o bien, puede tomar como fundamento la voluntad del autor y poner bajo pena una conducta dirigida a un resultado. Las conductas podrán ser señaladas como antijurídicas, tanto objetivamente como subjetivamente. Dicho con modernas palabras de moda: tenemos aquí derecho penal de acto y allá derecho penal de voluntad.

Ambas formas permanecen una al lado de la otra en forma independiente. No es cierto que el tipo subjetivo sea secundario, pues solo desviadamente podríamos construirlo a partir del puro tipo objetivo. Más bien, el contenido de ambos tipos es distinto. Pueden ciertamente superponerse, vale decir, una conducta puede dirigirse a un determinado resultado y ser causal de él; pero cualquiera de ambas es posible también sin la otra.

También en el tipo subjetivo hay una conducta exterior puesta bajo pena. Por ello no significa ningún derecho penal de ánimo, ninguna punición del puro querer. Pero la conducta amenazada con pena se comprenderá mediante un retroceso hacia lo abarcado por la voluntad del autor. Su contenido es el que señala a la conducta externa como adecuada al tipo.

La decisión por el tipo subjetivo no significa ninguna "etización" del derecho penal. La valoración ética se funda en la relación de la voluntad con la norma. Solo quien consciente o negligentemente infringe la norma, se hace acreedor a un reproche ético. El tipo subjetivo, la norma que abraza una conducta querida, no contiene tal relación del querer con la norma. No puede en modo alguno contenerlo, porque la consciencia de la antinormatividad no puede ser al mismo tiempo contenido de la norma. Cuando el legislador, para tutelar la paz jurídica, designa como antijurídica la empresa realizadora de un determinado resultado, la norma abarca cualquier clase de conducta, sin tomar en cuenta si el autor la conoció, debió conocer o no pudo conocer la norma. Esto no excluye, naturalmente, que este acontecimiento pueda ser presupuesto de la punibilidad, solo que con la antijuridicidad de la conducta no tiene nada que ver.

Si ubicamos el actuar doloso en el injusto y con ello lo sustraemos al ámbito de la culpabilidad, si con ello negamos el principio ordenador que —al menos básicamente— envía todo lo objetivo a la antijuridicidad y todo lo subjetivo a la culpabilidad, debemos responder a la pregunta de qué es lo que deberá entenderse como propio de la culpabilidad. Si le quitamos una parte nuclear, como es el dolo ¿podrá aún el resto ser abarcado en su conjunto en forma unitaria? Resulta a todas luces osado, en vista del mucho ingenio que se ha aplicado a la solución del problema de la culpabilidad<sup>5</sup> querer responder satisfactoriamente a esta pregunta con brevedad. Y sin embargo, las cosas resultan aquí francamente sencillas, con solo querer despejar a la culpabilidad de todos los elementos síquicos del dolo. Lo decisivo está en el fundamento, que tampoco fue nunca del todo conocido como para abrirse paso.

Fuera de duda está el principio "no hay pena sin culpabilidad". El reproche, que yace en la pena, presupone la culpabilidad como reprochabilidad, si culpabilidad. Cuando se ha señalado a bien ello es cierto, no aporta ninguna explicación sobre la esencia de la culpabilidad. El objeto del reproche está dado por la antijuridicidad. Le reprochamos al autor que se haya comportado antijurídicamente. Todo intento de buscar la esencia de la culpabilidad en el contenido de la conducta, colocando al lado de la norma jurídica lesionada una paralela norma de deber lesionada, se adelanta y yerra el camino. Nosotros, en vez, erigimos el reproche cuando el autor "puede algo para eso", cuando ha realizado la acción punible que le era evitable, cuando no le era un destino ineludible. De este modo podemos decir: acciona culpablemente quien acciona antijurídicamente, no obstante que pudo conducirse conforme a derecho. A quien no ha tenido en modo alguno la posibilidad de conducirse de otra manera, lo consideramos libre de todo reproche.

Con esto se beneficia el principio que permite mostrar a la antijuridicidad y a la culpabilidad como los dos elementos fundamentales de la acción punible. La culpabilidad se halla en el poder, la antijuridicidad en el deber. El lugar de la antinomia objetivo-subjetivo lo ocupa el deber y el poder.

III. ¿Cómo se configura sobre estos fundamentos el sistema del derecho penal?<sup>6</sup>

La antijuridicidad de una conducta puede determinarse tanto conforme a circunstancias objetivas como subjetivas. Sobre esto conocemos la teoría de los elementos subjetivos del injusto, pero vayamos aún un paso más adelante, el

<sup>5</sup> Cfr. la síntesis de ERIK WOLF, *Strafrechtliche Schuldlehre*, 1928.

<sup>6</sup> He intentado realizar este sistema por primera vez en mis *Grundriss des tschechoslowakischen Strafrechts*, 1929. En cuanto los interrogantes en particular, cfr. sobre culpabilidad, DJZ, 1931 y 663 y ZStW 53, 656; sobre la tentativa, *Zentralblatt f.d.Jur.Praxis*, 1932, 490; y sobre la participación, el trabajo por mí comentado de KAPERNICK, *Die Akzessorietät der Teilnahme und die sog. mittelbare Täterschaft*, 1932 (Cuaderno 10 de las Untersuchungen zur deutschossterreichischen Rechtsangleichung).

que la doctrina no se atrevió a dar<sup>7</sup>: también conducirse dolosamente es conducirse antijurídicamente. Cuál de ambas formas elige el legislador para prohibir las conductas perturbadoras de la paz jurídica, depende de puntos de vista político-criminales. Nuestra ley penal conoce, como lo demuestran nuestros ejemplos, ambas formas de modo paralelo y, también el futuro derecho penal, según la Comisión Oficial de Derecho Penal, utilizará una similar combinación relacionante. El mismo escrito ideológico prusiano *Derecho penal nacional-socialista*, que prefirió los tipos de emprendimiento, no los considera como un dominio excluyente. No es tampoco correcto que los fundamentos dogmáticos y la pureza del sistema fomenten la decisión por una de estas formas<sup>8</sup>. Las dificultades sistemáticas se originan, en verdad, si la teoría de la antijuridicidad malentendiendo la diferencia de las formas, queriendo basarse sobre una sola de ellas y violentando a la otra. Pero estos inconvenientes desaparecen cuando se conoce el defecto. El legislador tiene la posibilidad de erigir paralelamente ambas formas de construcciones típicas, reforzando así la protección de los bienes jurídicos. Sus efectos no se compensan, sino que se acumulan.

Ambas formas permanecen independientes una al lado de la otra. La consideración no puede salir de los delitos dolosos de resultado como del caso que se supone normal, en que ambas formas están conjuntamente legisladas. Las formas más simples, son, por el contrario, las conductas causales por un lado y las dolosas por el otro.

Para las conductas causales —para la teoría del resultado (lesión y peligro) y de la dependencia causal— sobre la base de esta sistemática no resulta en general ningún nuevo punto de vista, pero en lugar la conducta dolosa requiere una consideración más profunda. El contenido mismo del concepto de dolo queda prácticamente intacto. Solamente, claro está, la consciencia de la antijuridicidad no está contenida en el dolo. Pero el cambio de su posición sistemática tiene significativas consecuencias en todo aquello donde la relación del accionar doloso con la conducta causante del resultado es puesta en cuestión.

La forma más frecuente en que se pena la acción dolosa es la tentativa. Pero ya no podremos comprender a la tentativa como una “forma de aparición” de los delitos dolosos de resultado. Es tan escasamente una forma de aparición del delito doloso de resultado, como lo sería el delito culposo de resultado. Más bien, el accionar doloso es un elemento del delito doloso de resultado que recobra su independencia en la tentativa, una independencia que de antemano tiene en otras formas —en los delitos de emprendimiento y en todos los delitos contruidos con verbos finales—. Estas formas permanecen paralelas y, del mismo modo, requieren igual consideración. Solo hay que poner atención a que

<sup>7</sup> Así expresamente MEZGER, *Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände*, 1926, pág. 15. Más cerca de esto el conde DOHNA (ZStW, 52, 96 y 105), reconoce que la juridicidad de una acción puede depender de la dirección de la voluntad del autor, sacando el dolo de la culpabilidad y ubicándolo en el tipo, aunque maneándolo como indicio de culpabilidad. Cfr. su artículo *Der Subjektivismus in der Lehre von der Rechtswidrigkeit*, en *Monatschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform*, 1934, págs. 177 y ss.

<sup>8</sup> Así ZIMMERMANN, *Aufbau des Strafrechtssystems*, 1930.

en el concepto de la tentativa la no inclusión del resultado está decidida, en tanto que en las otras formas se admite indiferentemente el resultado. Se comportan como otros tantos verbos finales que abarcan tanto casos de consumación como de tentativa (cfr. § 87 StGB).

Como la tentativa no es otra cosa que la acción dolosa, necesariamente, es solo concebible en los delitos dolosos. En la querrela de las teorías objetiva y subjetiva de la tentativa tomamos la defensa de esta posición en forma contraria a todos los ataques llevados contra la jurisprudencia y el derecho penal futuro. Se debería decir incluso que, la teoría objetiva de la tentativa, si pretende determinarla en forma puramente objetiva, pretende algo imposible, porque de este modo se reduce una conducta solo a su relación objetiva con un resultado, y eso es describir la causación. La tentativa presupone que no se causa el resultado, pero cada determinación objetiva conduce a una conducta causal de un resultado, que no es causal; esto es una imposibilidad lógica<sup>9</sup>.

Que la tentativa sea subjetivamente determinable no significa que sea una mera posición interior. Por el contrario: una conducta tentada es un acontecimiento que sobreviene en el mundo exterior, pero que solo se hace comprensible a través de la dirección de la voluntad del autor. Por lo tanto, es obvio que la tentativa es algo objetivo, un hecho, lo que nunca fue negado por la teoría subjetiva.

Es aun menester una mayor delimitación. Tentativa no es cualquier acción dirigida a un resultado. Aquí distinguimos entre acciones que quieren preparar y acciones que quieren realizar, siendo solo las últimas acciones de tentativa. La delimitación de preparación y tentativa es una cuestión que aun no ha hallado una solución satisfactoria, ni práctica ni teóricamente. La cuestión no se limita solo a la tentativa en sentido propio, sino que toca incluso a los delitos de emprendimiento, como también a todos los tipos contruidos finalmente<sup>10</sup>. No obstante, esta distinción no obliga a introducir un elemento objetivo en el concepto de tentativa. Ello se demuestra con la posibilidad de la distinción, tanto desde un punto de vista objetivo, como del autor: también este quiere, con determinadas acciones, preparar su hecho particular, y con otras realizarlo. Se trata de una valoración de acciones dirigidas al resultado. Las acciones preparatorias son las que posibilitan las acciones de ejecución; las acciones ejecutorias conducen al resultado. En la tentativa no hay objetivamente una ejecución. Acción ejecutoria es aquí, pues, toda acción que hubiese conducido al resultado, si la correspondiente representación del autor hubiese sido correcta; todo lo que queda delante de eso, formando la base para la ejecución, es acción preparatoria. Ahora bien, qué es acción conducente al resultado, cuando meros movimientos corporales son considerados como una acción, es una cuestión cuya aclaración depende de la unidad de la acción.

<sup>9</sup> Que la tentativa es un concepto que solo se puede determinar desde un punto de vista subjetivo, lo reconoce el mismo MEZGER *Lehrbuch*.

<sup>10</sup> Cfr. la síntesis de KERN, *Die Auserungsdelikte*, 1910, págs. 25 y ss.

La relevancia práctica de las teorías subjetiva y objetiva de la tentativa, yace en la delimitación de la punibilidad exigida en los casos de tentativa imposible y de defecto en el tipo. En los hechos debe admitirse que la teoría subjetiva sostenida por la jurisprudencia lleva a puniciones que van demasiado lejos en el sentimiento jurídico, porque no deben entrar en el concepto de perturbación de la paz jurídica, acciones que, sea por la potencialidad del medio o por el objeto del ataque, sean irrisorias<sup>11</sup>. La exigencia de punición solo se halla donde el juzgador imparcial haya calculado la posibilidad de un perjuicio. Pero este elemento —peligrosidad— no se encuentra en el concepto mismo de tentativa, sino que más bien es una consecuencia que se toma como presupuesto de la punibilidad de la tentativa. Esta limitación no necesita asirse al concepto objetivo de tentativa, sobre todo porque la teoría objetiva de la tentativa, en lo que hace a esta explicación, no ha tenido éxito, tanto en cuanto a su determinación y claridad como con referencia a sus resultados prácticos.

La pregunta acerca de cuándo una tentativa debe ser vista como peligrosa, precisamente por esta oscuridad, requiere respuesta más clara. Conforme al principio básico de suficiencia, ninguna tentativa ha sido peligrosa, como inevitablemente lo prueba la ausencia del resultado. Podemos allí formular una distinción entre tentativa idónea e inidónea solo cuando visualizamos desde el acontecer conocido de la realidad concreta. Resulta así que el problema para la delimitación se perfila sobre la pregunta acerca del criterio para esta visualización. Como es correcto que la punibilidad se ligue solo a la tentativa peligrosa, el criterio es el desconocimiento de esta circunstancia, que solo hace aparecer como desconocido al resultado. El juicio es “objetivo”, o sea, el juicio conforme a un pensamiento humano razonable. Al autor siempre le son desconocidas las circunstancias<sup>12</sup>. Para el momento del juicio pueden tomarse en consideración el de la conducta o el de la malogración. Podemos considerar una tentativa como no peligrosa cuando, conforme a las circunstancias conocidas al tiempo del juicio, nunca hubiesen podido conducir al resultado. Pero para la pregunta de si una conducta significa una perturbación de la paz y despierta un requerimiento de pena, es decisivo el momento del hecho, cuando, conforme a la naturaleza, también el complementario descubrimiento de circunstancias que excluyen el hecho puede disminuir esta exigencia de pena.

Justamente en atención al momento de la apreciación, son falsos los ejemplos usualmente escogidos de tentativa inidónea. No es conforme a eso que se muestra la punibilidad o impunidad de la tentativa, no es conforme a lo que un medio o un objeto de agresión “es” en la realidad, sino de como sería

<sup>11</sup> Cfr. FREISLER, en el relato de la Comisión Oficial de Derecho Penal (Amtl. B), pág. 84.

<sup>12</sup> La diferencia entre tentativa idónea e inidónea con la distinción entre error normológico y ontológico, nada tiene que ver. Por cierto que en el primer caso el juicio del autor se desviará de un juicio razonable que se conduzca según el conocimiento de las leyes de la naturaleza, pero no siempre. Ya que este conocimiento puede también ser inaccesible a la experiencia general, puede, por otro lado, conformarse un error sobre la realidad de tal manera que un hombre razonable no sería víctima de él. Todos los intentos de querer delimitar la impunidad de la tentativa a los casos de error sobre leyes naturales, son al par que demasiado estrechos, demasiado amplios.

considerado por quien tuviere una visión del hecho conforme a un juicio razonable. Una tentativa de homicidio no es ya inidónea porque el autor en lugar de veneno use azúcar<sup>13</sup> e igualmente resulta ello válido para los casos del llamado defecto de tipo. Tampoco aquí se deduce el de la preexistencia del elemento del tipo como dado en la realidad, sino de lo que en el momento del hecho apareciera como dado. Se usa frecuentemente el remanido ejemplo del disparo a un árbol. Es sabido que nadie querrá la punición del que dispara contra un árbol, porque se representa la existencia de un hombre con total carencia de fundamento. Pero se pone el caso de un encuentro en la penumbra en que el sujeto tira contra un árbol, para eliminar al guardamontes que le perseguía y que él creyó ver, pero que en realidad se hallaba fuera de peligro unos pasos más lejos, estando la punición de esta tentativa completamente en consonancia con el sentimiento jurídico<sup>14</sup>.

Podemos decir sintéticamente como resultado: hay tentativa cuando el autor ha puesto en marcha su decisión de comenzar un delito mediante acciones que deban llevar a la producción del hecho. Pero solo será punible la tentativa cuando en la visión del hecho debió contar con la posibilidad de advenimiento del resultado.

Mas en la conducta querida la pura voluntad no funda la punibilidad, sino que debe agregarse una puesta en peligro, e inversamente, tampoco basta en los tipos objetivos la causación del resultado como tal. No toda conducta no dolosa causante de un resultado es punible. Para llegar a eso debe ser cometida culposamente. En todas las querellas sobre la esencia de la culpa, está el contenido de reproche de la culpa bien unívocamente determinado. La culpa conduce al resultado a quien, en vista del resultado, lesiona deberes obligatorios de cuidado, no obstante ser capaz de satisfacerlos. Se trata de un doble reproche: el autor se ha comportado de modo diferente a como había debido y a como había podido. En razón de nuestra distinción la culpa resulta un concepto complejo, cuyo elemento normativo cae en el ámbito de la antijuridicidad, mientras que el poder es una cuestión de la culpabilidad. Pero la síntesis de ambos elementos en un concepto es exterior, pues se trata de una simple suma, como que también la ubicación de su existencia concreta resulta en dos estados separados. Ideológicamente, ambos elementos se separan.

Aquí interesa muy de cerca el elemento normativo de la culpa. En atención a la posibilidad de producir un determinado resultado, el cuidado debido en el tráfico exige una particular conducta. Siendo atendido el cuidado, la conducta misma no es antijurídica si causa el resultado. Así sucede, particularmente, en

<sup>13</sup> También SCHOETENSACK, que se apoya en la teoría objetiva sobre las costas de las secuelas para los “casos de confusión”, se ve precisado a hacer una excepción. Cfr. los “Denkschrift des Strafrechtsausschusses der Akademie für Deutsches Recht”, pág. 65.

<sup>14</sup> Sobre el sentimiento jurídico del pueblo respecto de la punición de la tentativa inidónea y del defecto del tipo, ver el informe de ASCHAFFENBURG en Mon-KrimPsych, 1927, págs. 502 y ss. Sus resultados, que muestran la predominante exigencia de punición de estas tentativas no los podemos tomar nosotros al pie de la letra, porque la pregunta está erróneamente formulada, ya que la tentativa inidónea de la teoría dominante incluye casos que son de peligro punible como de tentativa no peligrosas.

ciertas formas de conducta que, en vista de su valor social, acarrearán un riesgo. Así es como la culpa determina la antijuridicidad, pero no se agota allí. Si con la afirmación de la antijuridicidad de la conducta, también fue capaz el autor de evitar el resultado, es un interrogante del "poder", que pertenece al campo de la culpabilidad.

En los delitos dolosos de resultado, el tipo objetivo y el subjetivo están apareados. La cobertura debe ser total, para lo cual deberán existir, tanto en la realidad como en la representación del autor, todos los elementos del tipo. No obstante, es también posible que el tipo interno supere al externo (delitos de tendencia interna trascendente), o también, quedar rezagado respecto de este (en los delitos cualificados por el resultado).

También aquí cabe subrayar que la consciencia de la antijuridicidad no pertenece al dolo. Al tipo pueden muy bien pertenecer relaciones jurídicas, como concretos objetos exteriores —como la ajenidad de la cosa en el § 242 del StGB—, perteneciendo esta relación jurídica tanto al tipo interno como al externo. Pero la antijuridicidad de la acción no es en este sentido un elemento del tipo objetivo, porque ella constituye la valoración y no lo valorado. El conocimiento de la antijuridicidad no funda la antijuridicidad de las conductas dolosas. Esto también es válido aunque el legislador haya expresado en el tipo la antijuridicidad como presupuesto de la punibilidad.

En algunos casos el tipo interno y el externo pueden separarse. Es entonces cuando hablamos de error. En los delitos dolosos de resultado, la existencia de los tipos externo e interno es necesaria y suficiente, siendo esencial el error que afecta al tipo mismo, si el autor no conoce una circunstancia del hecho. Por el contrario, es indiferente en el marco del tipo, si el curso exterior del hecho corresponde a su representación, concordando en esto con la teoría dominante. Solamente en cuanto al problema de la *aberratio ictus* tiene como consecuencia que, ya que el error esencial recae sobre la tipicidad y no sobre el resultado concreto, su consideración particular no se justifique. Al contrario: también aquí habrá un delito doloso de resultado. Parecido es también el caso en que una conducta dolosa no conduzca al resultado, sino que este sobreviene por una nueva cadena causal no dolosa: habrá allí un delito doloso de resultado, pues aquella primera conducta es también causal y la causalidad y el dolo son en ella coincidentes<sup>15</sup>.

Estas mismas consideraciones, que son válidas respecto del tipo, encuentran aplicación en casos similares, cuando estudiamos las causas de exclusión del injusto. Para ello nos basamos en la teoría de las circunstancias negativas del tipo, de la que surge la consideración de que la forma lógica "regla-excepción" es de naturaleza formal en el tipo, no pudiendo fundamentar ninguna diferencia material. Por ejemplo, si el legislador quiere tutelar con una norma una institución nacional, no tiene relevancia que como tal le dé entrada en el tipo, o bien, que hable de la institución a secas y en una ampliación excluya a las extranjeras. La conducta que cae en la exclusión es exactamente tan jurídica como la que es desde el comienzo atípica.

<sup>15</sup> V. RGSt 67, 256.

Al tipo objetivo corresponden causas de justificación objetivas, y al subjetivo subjetivas. En los delitos dolosos de resultado ambas deben coincidir para justificar una de las conductas típicas. En la defensa necesaria, por ejemplo, la aplicación de esto significa que para que el agredido se conduzca jurídicamente es menester que él se defienda de un ataque objetivo a través de la causación del resultado, como también que subjetivamente quiera defenderse. Dándose solo la segunda y no la primera (por ejemplo, porque no precede ninguna agresión antijurídica), no hay acción dolosa, pero bien puede haber un delito doloso de resultado (defensa necesaria putativa). En el caso inverso está solo lesionada la norma subjetiva y no la objetiva, de modo que el autor es responsable solo por emprender la producción del resultado.

IV. Actúa culpablemente quien actúa antijurídicamente, siempre que hubiese podido actuar de otra manera. Nos hemos ocupado antes de las posibilidades de exclusión de la culpabilidad en razón de la necesidad, reclamando ello una prueba del sentido general en que se puede hablar del "poder de una conducta diferente". Las consideraciones que contribuyen al dominio del principio "no hay pena sin culpabilidad" se hacen fácilmente comprensibles. Quien hace la apreciación objetiva se coloca en la situación del autor y sabe en qué casos no hubiese actuado de otra manera en esa situación, porque fuerzas externas o internas a él le hubiesen llevado a la perpetración de un hecho similar. También para él la pena hubiese devenido como destino inevitable. No habrá de reconocer pena para tales circunstancias. Solo cuando él mismo se dice que más prudentemente, más valerosamente se hubiese comportado, caerá el juicio de que también el autor hubiese tenido la posibilidad de otro comportamiento y por ello se le formulará un reproche. No obstante, con fundamento determinista, se sostiene que se puede afirmar la necesidad para todas las conductas, ya que nosotros no somos capaces de probar las causas en particular. Pero esta incapacidad no nos da el derecho a considerar a la acción como evitable. No tiene ningún sentido prescindir de los casos de fuerza interna o externa como causas de inculpabilidad, y colocar todas las conductas bajo la ley de la necesidad. Se hace comprensible que con una cosmovisión determinista, el concepto de culpabilidad —y con él todo el derecho penal en general— caiga en una seria crisis, lo que se hará visible principalmente en el concepto de imputabilidad, en que la libre determinación de la voluntad era reconocida como presupuesto en el § 51 del StGB, y que también hoy regresa en el concepto vigente como "capacidad" de entendimiento y de determinación de la voluntad. Esto, por si no quiere reconocérselo aquí, no es menos válido en todos los casos en que la culpabilidad aparece como posibilidad de otra conducta, como sucede en la "evitabilidad" del error y, sobre todo en la culpa, toda vez que ella existe cuando el autor es "capaz" del cuidado debido. Para el punto de vista de un determinismo riguroso, todo error es inevitable, y toda culpa que alguien haya cometido, revela precisamente que el autor no era capaz de satisfacer el deber de cuidado.

Nuestra investigación dogmática, por su naturaleza, no puede contribuir al esclarecimiento de los interrogantes de la cosmovisión. Consecuentemente, solo aclaramos los puntos de partida de que arranca la estructuración del siste-

ma. En consonancia con la intuición del común, que halla su expresión en el principio "no hay pena sin culpabilidad" —y con la totalidad de nuestro orden social— edificamos nuestro derecho penal futuro, como el presente, sobre la responsabilidad fundada en la libre voluntad del autor. No se escucha al que dice: "no puedo hacer otra cosa"<sup>16</sup>. Esto, naturalmente, no significa que siempre que haya una conducta ordenada, se tenga por probada la capacidad. También el derecho penal venidero reconoce supuestos de exclusión de la culpabilidad, pero fundamentalmente surgen de la posibilidad de un accionar jurídico; con base en esa posibilidad se determinan las causas de exclusión.

En un orden social establecido sobre base indeterminista, la calidad de partícipe del derecho solo podrá serle reconocida al que siendo "libre" es capaz de responder por sus hechos. La responsabilidad y la participación en la comunidad jurídica deben corresponderse. Por ello la comunidad jurídica no puede comprender a los miembros que no son capaces de conducirse conforme a derecho. Ellos pierden su libertad y, simultáneamente, su responsabilidad: dejan de ser sujetos para devenir objetos de la comunidad jurídica. Este es el caso de la inimputabilidad.

En la vida social pueden darse también situaciones (por ej. el estado de necesidad) en las que no solo el autor concreto no ha podido conducirse conforme a derecho, sino que tampoco hubiese podido hacerlo la imagen ideal del partícipe del derecho, por haberse tornado dominantes las motivaciones para la realización del hecho. Cuando ninguno de los partícipes hubiese tenido otro comportamiento, sería injusto que al que no ha hecho otra cosa, la comunidad le hiciera un reproche. También aquí cede la responsabilidad, sin que por ello se hubiese puesto en juego la calidad de partícipe del derecho.

En ambos casos el orden jurídico determina la responsabilidad conforme a una tabulación, conforme a la imagen ideal de un partícipe del derecho que puede ser ubicado más alto o más bajo y que, por ello, requiere la determinación positiva. Es ahora cuando podemos decir que la disputa en torno de la voluntad libre, al menos para el derecho legal, carece de importancia: en cualquier caso este considera al autor como si hubiese tenido la posibilidad de actuar de otra manera.

Pero aún se sostiene otra dificultad ideológica que interesa a la relación del deber y el poder. Si se afirma que alguien no puede seguir las normas del orden jurídico, se muestra carente de todo sentido que la norma se dirija a él. Esto no solo tendrá relevancia para los inimputables —que conforme a este punto de vista no pueden realizar ningún injusto— sino también para los otros casos de exclusión de la culpabilidad, particularmente para el estado de necesidad y para la culpa. En estos, parecen confundirse deber y poder<sup>17</sup>, porque el deber de cuidado depende de la capacidad personal. Pero esta consideración no obliga a renunciar a una apreciación objetiva de la conducta, y por cierto que de la

<sup>16</sup> FREISLER, en Amlt.B, pág. 12.

<sup>17</sup> Cfr. ENGISCH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, 1930, págs. 349 y ss.

conducta tanto objetiva como subjetiva. También la acción del inimputable dirigida al resultado es antijurídica; también la determinación normativa se habría de dirigir a él si fuese imputable. Nada diferente sucede con la culpa. Aquí también la valoración objetiva puede depender de características personales. Así, por ejemplo, el deber de cuidado cambia conforme a la profesión. Pero dentro de esta categoría existe una tabulación unitaria, cuya falta de cumplimentación es una cuestión que se halla fuera de los fundamentos personales. Así sucede con el deber de atención de los automovilistas, que es único. Características personales y estados como cansancio, debilidad física, ligereza, falta de instrucción, en lugar de excluir el deber de atención, ponen en cuestión el "poder" del autor.

Y aquí cabe la pregunta, puesto que en la culpa la unidad es crítica, ¿cuáles calidades personales mantienen la autoría y cuáles exculpan? También aquí consideraciones deterministas muestran a la acción como puramente necesaria; por otro lado el orden jurídico reconoce que el principio "puedes, luego debes", debe sufrir excepciones. Si nuestra consideración de que el "poder" debe reservarse al observador objetivo es correcta, resulta que tales incapacidades personales disculpan cuando son de la general naturaleza y porque también podrían comprender al partícipe del derecho cuidadoso. Así, el cansancio, la excitación fundada y otras, podrían exculpar, mientras que la falta de atención o la exagerada sensibilidad no excluyen la responsabilidad.

Y algo similar sucede en el estado de necesidad. También aquí hay situaciones que aparecen completamente independientes del poder del autor, puesto que la acción es vista como necesaria desde el ángulo del bien común, como deseable, porque con ínfimo costo salva un bien jurídico valioso. Para estos casos excepcionales se abre una brecha en la norma prohibitiva general —en el sentido del § 904 del Código Civil—; la acción es adecuada al derecho. Pero, sin embargo, existen casos en que la acción necesaria no es socialmente valiosa, permanece antijurídica, pero la situación de violencia del autor necesario —como en la necesidad vital— es tan fuerte que la acción será para él prácticamente inevitable. Caemos en el juicio de que ningún partícipe del derecho en situación similar hubiese actuado de otra manera y que, por ende, tampoco pudo el autor actuar de otra manera. Allí él es inculpable.

Si la responsabilidad y la libertad social deben corresponderse, el legislador deberá determinar las condiciones de la irresponsabilidad conforme a las expectativas sociales de conducta. Solo podrán ser empíricamente aceptados para comportarse en forma adecuada al derecho, aquellos que son dignos de ser partícipes del derecho. El derecho vigente niega esto en dos casos: la edad juvenil y la enfermedad mental. El no desarrollado, como futuro partícipe del derecho, es objeto de educación; ante el enfermo mental la sociedad será asegurada mediante su internación. Esta privación de la calidad de partícipe del derecho y de la potencia de responsabilidad para la pena, se hallan en una relación, o bien, solo en un grado de la posición jurídica y de la responsabilidad penal, como en los jóvenes, en que deben desarrollarse sucesiva y paralelamente. Cabe en la dirección de esta regulación —también en los delincuentes habituales

peligrosos, que se someterán a medidas de seguridad, siendo separados de la comunidad jurídica —hacer ceder a la responsabilidad penal.

En la determinación de los presupuestos de la inimputabilidad debemos distinguir entre estados transitorios y permanentes<sup>18</sup>. Conforme a ello, después del examen siquiátrico se determina si el estado es de naturaleza tal que no haga esperar conductas adecuadas al derecho en el futuro. Aquí corresponde solo la elección entre responsabilidad e irresponsabilidad. No hay lugar para los estados intermedios de disminución de la imputabilidad: no graduamos entre libertad social e internación.

También en los estados pasajeros se trata de si ellos, conforme a la experiencia, imposibilitan el actuar adecuado a derecho. Estos estados disculpan si son de naturaleza tal que también el partícipe del derecho cuidadoso podría caer en ellos, como por ejemplo, el delirio febril. No se habla en tal caso de una medida asegurativa. Es concebible una gradación cuando estos estados son de tal clase que dificultan, pero no imposibilitan, la conducta adecuada al derecho. Pero el presupuesto para el sujeto es que se trate de un destino inevitable, al que no pueda sustraerse. Siendo el estado evitable, producido mediante su propia conducta, no cabe disculpa alguna. Este es, en particular, el caso de la embriaguez provocada.

El problema de la punición de la embriaguez provocada fue muy discutido recientemente. Un sentimiento jurídico no deformado muestra como obvio que, quien comete un delito en estado de embriaguez provocada, es penalmente responsable por ello. También la praxis ha introducido ampliamente este principio, frenando fuertemente la aplicación del § 51 del StGB mediante la aplicación del concepto auxiliar de la ebriedad. Pero la ley quiere también asegurar la responsabilidad para el resto de los casos. Puesto que teme fundar directamente la responsabilidad en la correspondiente limitación de la inimputabilidad, elige en el 330<sup>a</sup> un rodeo en forma de penalización de la embriaguez completa en particular.

Pero este temor es infundado. El principio de que el enfermo mental es inimputable, de ninguna manera es obvio. Encuentra su fundamento en que el enfermo mental no puede actuar jurídicamente y por ello no se hace acreedor a reproche. Pero también allí encuentra su limitación. La embriaguez provocada no es ningún destino, sino un ejercicio de la libertad social. Corresponde dejar aquí la responsabilidad completa. Cualquier otra posición conduce a la prohibición.

Pero la acción punible, para la que se sostiene la responsabilidad, es la acción antijurídica en el sentido antes desarrollado. Ella también requiere dolo. Una concepción que sostenga la acción punible solo en el sentido de la acción objetivamente antijurídica, caerá en dificultades prácticas y teóricas<sup>19</sup>. Dolo, en

<sup>18</sup> La Comisión Oficial introduce la distinción solo para los casos de imputabilidad disminuida; pero ella también resulta distinta en la inimputabilidad, con referencia a la aplicación de la medida de internación.

<sup>19</sup> Correctamente GRAF, *Aus der Praxis der Rauschtat*, en Richter Z, 1934, pág. 235.

el sentido de una conducta regida por la voluntad se halla también en los casos de embriaguez, prácticamente más importantes, donde solo quedan excluidos los supuestos normales. Un error que se suscita por la embriaguez, excluye el dolo, dejando subsistente la más alta punibilidad por culpa. No hay tampoco ninguna necesidad de penar al compañero de taberna que se ha llevado a su casa un sombrero o un paraguas equivocado, cuyo hurto obedece a su embriaguez completa. Cuando en el estado de inconsciencia alcohólica el curso imaginario del autor también está perturbado, se excluye la acción dolosa. La punibilidad por provocación culposa de un daño puede permanecer. Cuando no se haya producido daño, corresponde la pregunta acerca de si debe penarse como delito particular la provocación de la embriaguez que vuelve peligroso al bebedor.

Con los pasajeros estados de inimputabilidad, nos hallamos en medio de los casos en que la responsabilidad del autor no está excluida en general sino solo en el caso concreto: La exclusión del poder puede atribuirse a circunstancias internas o externas. Estas causas de inculpabilidad aparecen en su mayoría en las formas dolosas. Por supuesto que también son válidas para las formas culposas, solo que el elemento poder de la culpa se agota en la posibilidad de actuar de otra manera. Incluimos aquí también otras situaciones de necesidad (en tanto que no excluyan la antijuridicidad), exceso en la legítima defensa, orden jerárquica y error de derecho.

Al respecto, el error de derecho requiere una consideración más profunda.

El problema del error pertenece a los más espinosos de nuestra dogmática. Sin duda, es aquí correcta en muchos puntos la crítica a la jurisprudencia. Es una tarea realmente imposible —tanto lógica como prácticamente— distinguir entre error penal y extrapenal, puesto que las normas de que aquí se trata, provienen desde todos los campos jurídicos para subordinar a ella la conducta humana, pero nunca el mandato o la prohibición podrán subordinarse al derecho penal como tal. Es también incorrecto que el inculpable error de derecho sea irrelevante. Y sin embargo ha hecho bien la jurisprudencia al no colocar la consciencia de la antijuridicidad en el dolo y renunciar así a la diferencia entre error de hecho y de derecho. ¿Cuáles han sido, pues, las consecuencias? No es cierto que de no hacerlo la praxis hubiese tenido que luchar solo contra las dificultades conocidas, las que quizá fuesen superables, sino que la consciencia de la antijuridicidad faltaría también en hechos que son dignos de pena. Cuando el delincuente comete un hecho, debe tener en su consciencia los objetos y medios necesarios y, en general, el curso mismo del hecho. Por el contrario, que él se haga consciente de que su hecho contraviene al orden jurídico, o que es en general injusto, no es necesario. Naturalmente, la mayor parte de las veces sucederá que el autor, cuando se le ocurre pensar en el orden jurídico, no desconocerá la antijuridicidad de su acción. Pero que él en la ejecución del hecho piense en ello (*daran denkt*), que la consciencia de la antijuridicidad se encuentre presente como realidad síquica actual en la ejecución del hecho, particularmente en hechos en que las dificultades en la ejecución requieren la total atención del autor o que provengan de pasión o emoción, frecuentemente no será el caso. Por ende, resultaría imposible la punición por el hecho doloso.

Hay aquí aún una ulterioridad. La toma en consideración del error de derecho inculparable sería, sin duda, lo adecuado. Pero restan las dificultades respecto del error de derecho no disculpable. Aquí correspondería la punición culpable en los delitos que son punibles dolosamente. Pero ¿qué sucede con el actuar que solo es punible dolosamente? Allí hay un hueco. A menudo se funda la limitación en estos delitos en que una comisión culpable no es concebible o, al menos, no es práctica. Así sucede en los delitos contra las buenas costumbres o en la falsificación de moneda o de dinero. Una falsificación de dinero o una acuñación falsa, por ejemplo, apenas se conciben no dolosamente. Pero una ausencia de conciencia del injusto es concebible en tales casos. Por mucho que no fuere disculpable, deberá tenerse por no punible.

Ahora bien, ¿cómo se ve el problema desde nuestro punto de vista? Si el legislador prohíbe una acción dirigida al resultado, el dolo exige el conocimiento de todas las circunstancias del hecho, pero no más. Naturalmente, también es cierto que el desconocimiento de una circunstancia de hecho no le permite al autor conocer la antijuridicidad de su hacer, pero no es esto lo decisivo. La conducta errónea no se halla contra el tipo subjetivo y, por ende, no es antijurídica.

Con esto no quiere decirse que el error de derecho no sea significativo, sino que esta significación no yace en el campo del deber, sino en el del poder. A un autor que no podía conocer la injusticia de un hecho, no se le puede formular ningún reproche; era inevitable para él. Se excluirá su culpabilidad. El reproche se disminuirá cuando el autor, también en error de derecho no disculpable, no se haya hecho consciente de la contrariedad de su hecho para con la ley. Llegamos así a la solución, que también habían hallado los proyectos partiendo de consideraciones prácticas, de consagrar la impunidad del error de derecho excusable y la disminución facultativa para el inexcusable. Si bien cabe rechazar la jurisprudencia hasta hoy vigente sobre error de derecho, cabe reconocer que ella no era tan mala en la práctica. Justamente, como no podía distinguir entre error penal y extrapenal, esa fue su ventaja. Con ello quedó abierta la posibilidad de considerar errores extra-penales no punibles los casos de inevitable error de derecho, y viceversa. La jurisprudencia no ha seguido en todos los casos esta dirección, pero siguió en general la línea correcta, llegando a soluciones acertadas.

La pregunta polémica se ha complicado porque se ha ido introduciendo la oscuridad en la delimitación del error de hecho y de derecho. El error de hecho se relaciona con el contenido real concreto del tipo. Ya se expresó que también allí pueden hallarse relaciones jurídicas, pero que la antijuridicidad de la conducta no pertenece a estas relaciones. Podríamos también decir que en el error de hecho el autor acepta un contenido real cuya efectiva realización no sería típica. Esto es válido tanto para la realización de las circunstancias positivas como para la no realización de las negativas. En contra de una extendida opinión, cabe sostener aquí que el error sobre una causa de justificación es también un error de hecho<sup>20</sup>, en tanto que el autor acepta un contenido real cuya realiza-

ción hubiese justificado el hecho. Por el contrario, existe un error de derecho cuando el autor, si bien reconoce correctamente el contenido real, como consecuencia de error sobre la subsistencia o aplicabilidad de los principios jurídicos, tiene su hecho por permitido<sup>21</sup>.

V. Nos dedicaremos ahora, pues, al capítulo "más huérfano de esperanza" de la dogmática jurídico-penal: la teoría de la participación. Dos consideraciones configuran el fundamento de su estructuración. La distinción entre autoría, instigación y complicidad, no es un hallazgo del derecho penal. Son conceptos que más bien, se encuentran en la vida diaria, que hallan aplicación a cualquier clase de actividad, incluso extraña a la esfera del derecho. Son tomados por el derecho penal, y por ello se hace necesario fiar su sentido a partir del lenguaje usual. Pero la distinción entre autoría y participación importa la imputación del hecho como propio o ajeno. Autor es quien quiere cometer el hecho como propio, con dominio del hecho a él imputable; cómplice el que quiere proteger el hecho de otro; instigador, quien quiere inducir a otro a un hecho. Se observa que la distinción entre autoría y participación tiene significación solo en el ámbito del hacer doloso. Quien favorece no dolosamente un hecho, aligera al autor la ejecución, pero no le ayuda; quien induce no dolosamente, despierta la decisión al hecho, pero no la genera. No es por casualidad que nuestro StGB coloca solo bajo pena la instigación y la participación dolosas, sino que se funda en la esencia de las cosas.

La otra consideración concierne a la accesoriedad de la participación. Toda acción de participación se relaciona con la acción ejecutiva punible de un autor y, por ende, es necesariamente accesoria. Si esta accesoriedad debe configurar de tal modo que la punibilidad de la participación dependa de la ejecución del hecho o que deba ser suficiente que ella exista en la imaginación del partícipe, como si también la tentativa de instigación o de complicidad debe ser punible, es cuestión que se halla en la voluntad del legislador. Pero es importante establecer qué se deberá entender por "conducta punible" en la participación. La doctrina de la accesoriedad sufre, sobre la base de la antijuridicidad objetiva, la dificultad de considerar acción punible, o bien a la acción objetivamente antijurídica y renunciar así a la presencia de dolo en el autor, o bien, entender por ella a la acción culpable y antijurídica e incluir así el dolo, pero también a la imputabilidad y a algunos otros momentos subjetivos de la imputación. Nuestro

<sup>21</sup> La Comisión de Derecho Penal intenta introducir la conciencia de la antijuridicidad en el dolo mediante un precepto expreso. Ante todo, no debe ser relevante un error que se fundó en una posición del autor contraria a la sana intuición jurídica del pueblo. Conforme a ello esta conciencia del injusto será fingida en los delincuentes por convicción, demostrándose así la inconsistencia de este punto de vista. Mas esta ficción tampoco ayuda en los casos en que el autor no ha tenido ninguna representación acerca de si su hecho era o no injusto. El ladrón sorprendido que en una rapidísima decisión mata al perturbador, ¿deberá ser en realidad penado por homicidio culposo en lugar de asesinato, ya que él no tuvo tiempo para pensar en lo injusto de su hecho? Quizá también aquí la praxis se ayudará poniendo el injusto al amparo de la conciencia de la antijuridicidad, pero ninguna ficción ayudará donde un error de derecho tan ligero se funda en hechos que solo son punibles como dolosos. Aquí la conducta no será punible, pese a ameritar pena. La sencilla y práctica solución del proyecto de 1927 evita todas estas dificultades.

<sup>20</sup> Así también SCHAFFER en la Comisión Oficial, pág. 50.

punto de vista posibilita aquí una separación diferente. Acción punible es la acción antijurídica, o sea, la acción tanto objetiva como subjetivamente antijurídica. Ella es la que debe existir para que se pueda hablar de participación; por el contrario, la participación no cae sobre la culpabilidad, sobre la responsabilidad en el sentido de posibilidad de otra acción.

De estas consideraciones surge, pues, que podríamos justificar también dogmáticamente la teoría subjetiva de la participación dominante en la jurisprudencia. Es un esfuerzo inútil pretender establecer la diferencia de las distintas formas de participación sobre criterios objetivos, pues el criterio objetivo siempre es causalidad, no ulteriormente diferenciable. La distinción depende, por el contrario, de la voluntad del actor y también tiene significación solo para la acción dirigida al resultado. La responsabilidad por una acción causal de un resultado, en general, no se fundará en la regulación de la participación. Que en un resultado varias personas como causantes —sea simultánea o sucesivamente— pueden tomar parte, y todos ellos ser considerados autores, no es problema tratándose de delitos no dolosos. Solo para la afirmación de la culpa deberá probarse si el autor debió contar con el hacer causal del otro, sea doloso o no doloso. Cuando el hacer doloso se pone en duda, es entonces necesario mostrar la relación interna al hecho.

También es equivocado pretender extraer de la regulación de la participación, cualquier conclusión para el ámbito de los delitos culposos de resultado. La llamada prohibición de regreso, o sea, la teoría que sostiene que si el resultado es causa por un hacer doloso no se toma en consideración cualquier acción culposa paralela, se basa en un sofisma. Está ampliamente justificada la negación de este principio en la jurisprudencia del tribunal del Reich.

Dentro de las conductas dolosas distinguimos autoría y participación. Autor es quien comete el hecho con voluntad de propio dominio del hecho. Puede suceder que el autor cometa el hecho solo. Pueden también unirse varios en una sociedad y cometer el hecho. Este es el caso de la coautoría. Puede, finalmente, acontecer que alguien, para la realización de una conducta dirigida a un resultado, se sirva de otra persona que, por su parte, actúa sin la voluntad de autoría. Tendremos, pues, al autor mediato. A la figura del autor mediato no podemos renunciar. Se trata aquí de un frecuente fenómeno de la vida, en que el hacer doloso y el hacer causal son realizados por personas diferentes. Allí no solo sería artificioso considerar autor al que actúa no dolosamente y al que para la realización del acontecimiento delictivo le usa, como instigador o correalizador, sino que esta concepción conducirá también a resultados incorrectos en delitos en que solo es punible el daño ajeno y no el daño a sí mismo, si el autor induce dolosamente a la víctima a su propio daño. Los casos en que el instrumento se comporta de modo no doloso, configuran la mayoría de las acciones cometidas por autoría mediata. Por cierto que también habrá casos en que se reconozcan instrumentos dolosos, cuando fuera del dolo están colocadas otras condiciones subjetivas de la punibilidad que no se hallan en el instrumento. Ello acontece cuando el tipo requiere una particular intención o cuando se trata de un delito especial. Aquí la norma se dirige a un determinado

círculo de personas. Con ello cuenta el legislador, pero también el partícipe de este círculo de personas y solo a ellos el hecho corresponde como propio.

Cuando reconocemos el concepto de la autoría mediata, también lo delimitamos esencialmente. El autor debe llenar todos los elementos de la acción antijurídica, pero no más. Si él es responsable o si se hallaba en estado de inimputabilidad, de necesidad, en obediencia jerárquica, en error de derecho exculpante o si ha actuado en circunstancias que excluyen su poder, es indiferente. Por cierto que la jurisprudencia llega al mismo resultado en muchos de estos casos, cuando exceptúa las "causas personales de exclusión de pena". Mas esta fue una solución de aplazamiento; se trata de un concepto global vacío de contenido, que se aplicaba siempre que no se querían relevar las exigencias de la accesoriedad en la participación. También la ley había excluido la accesoriedad en la inimputabilidad por minoridad. Pero en el caso más importante, la inimputabilidad del § 51 del StGB, no se había decidido a aplicar la ayuda de las causas personales excluyentes de pena. De este modo, por necesidad urgente, se llegó a la aceptación de una autoría mediata, que no solo atrajo al contenido real, sino que también condujo a dificultades prácticas y teóricas, particularmente cuando el inspirador tuvo representaciones erróneas sobre la imputabilidad del autor, en tanto que en este dado el dolo. Dándose esto, todo estará dado igualmente que en los casos de instrumentos imputables en la autoría mediata. Pero tampoco en los otros casos de exclusión de la culpabilidad necesitamos trabajar con el concepto de causas personales de exclusión de pena. El poder del autor no es significativo para la valoración del hecho; funda la reprochabilidad personal por el hecho, siendo por ello la culpabilidad un presupuesto personal de la punibilidad. Con esto hemos llegado también en la teoría de la participación a una estructuración básicamente sencilla y a deshacer los interrogantes desatinados<sup>22</sup>.

VI. La "corrección" de un sistema se prueba mediante la utilidad práctica para el orden de la materia. La clasificación básica aquí expuesta reclama una significativa reorganización del pensamiento jurídico-penal tradicional. Mas la abundancia de preguntas polémicas, por cierto que no revela que la dogmática clásica se decida por tomar todos los intentos de modernización en cuanto a las posibles jerarquías de sistemas jurídico-penales, atendiendo a su más alto grado de utilidad. La tentativa de erigir el sistema sobre otro fundamento, como aquí se esboza, halla su justificación en que depura la totalidad de la materia de una cantidad de interrogantes polémicos aparentemente inconexos y conduce a una solución.

<sup>22</sup> Anotemos al margen que esta interpretación del concepto "acción punible", también en otros casos de accesoriedad (por ejemplo los §§ 139, 259 StGB) elimina la indeseable consecuencia de la impunidad del autor principal. Cfr. también supra la comisión mediante embriaguez completa.

# JURISPRUDENCIA

## Corte Suprema de Justicia

*El segundo sobreseimiento temporal y su repercusión  
en el auto de detención preventiva*

*(Art. 5° de la ley 22 de 1980)*

AUTO DE ABRIL 30 DE 1981

Magistrado ponente: doctor FABIO CALDERÓN BOTERO

Frente a un segundo sobreseimiento temporal no puede existir auto de detención con vigencia, o caución que comprometa al procesado a observar comportamiento especial u obligaciones, según se desprende del art. 494 del C. de P. P. Si de la instrucción seguida dentro de los dos años posteriores a la ejecutoria del segundo sobreseimiento temporal resultare prueba suficiente para sobreeser definitivamente o para llamar a juicio, se cerrará la investigación y se calificará el mérito del sumario; de aquí resulta que frente a un segundo sobreseimiento temporal ejecutoriado, y no modificado por nueva y definitiva calificación, no puede dictarse auto de detención sino como consecuencia de un auto de proceder.

Para la aplicación del art. 5° de la ley 22 de 1980, no basta la comprobación del elemento objetivo del transcurso del tiempo, sino que es necesario hacer una análisis de la prueba existente para ver si existe mérito para calificar definitivamente el sumario. Si se dictare auto de proceder deberá dictarse la medida privativa de la libertad, cuando el delito lo admita. Si se hallan bases para dictar auto de detención, pero no el de proceder, se actuará conforme el art. 495 del C. de P. P.

VISTOS:

Procede la Sala a revisar el auto de 27 de noviembre último, por medio del cual el Tribunal Superior de Ibagué negó al procesado doctor X, ex-juez promiscuo de menores de N, la aplicación del art. 163 del Código de Procedimiento Penal con fundamento en la ley 22 de 1980, decretó su detención preventiva por el delito de concusión y libró orden de captura en su contra.

Asimismo, han llegado las diligencias para resolver sobre la recusación propuesta por el inculcado contra el magistrado sustanciador doctor Luis Eduardo Villegas Restrepo, quien rechazó el incidente mediante auto del 3 de diciembre pasado.

El señor procurador segundo delegado en lo penal, limita su concepto a lo relativo con la detención preventiva decretada por el tribunal de instancia y concluye que se dan los requisitos legales para mantener dicha determinación, absteniéndose de

pronunciarse sobre la viabilidad de la aplicación del art. 163 del estatuto procesdimental por considerar que el procesado solo recurrió de la orden de detención.

#### ACTUACIÓN PROCESAL:

Dieron origen a la presente investigación los siguientes hechos:

"En el Juzgado Promiscuo de Menores de N, a cargo del inculpado, cursaba un proceso sobre suspensión de la patria potestad adelantado por A contra M. Próximo a dictarse el fallo definitivo, el denunciado solicitó a A, por intermedio de S, madre natural del querellante, la suma de \$ 20.000.00 con el fin de proferir sentencia en su favor.

"El día doce de marzo postrero A llegó a N, y previa consulta con su abogado T, recibió en su residencia al doctor X no sin antes colocar en sitios estratégicos dos grabadoras con sus respectivos cassettes.

"Efectivamente y después de algunos regateos, se acordó la suma de \$ 13.000.00 que debían ser entregados de preferencia a la firma Susuki con la cual tenía el acusado una deuda pendiente".

Al expediente y dentro de la correspondiente investigación, se aportaron los documentos que demuestran la calidad de funcionario público que tenía el procesado para la época de los hechos.

X rindió indagatoria dentro de las diligencias el 17 de mayo de 1977.

El Tribunal Superior de Ibagué, mediante providencia de 18 de agosto de 1977, negó la aplicación del art. 163 del Código de Procedimiento Penal y esta Sala, al revisar dicha providencia, por vía de apelación, la confirmó íntegramente el 2 de diciembre del mismo año.

Cerrada la investigación, el tribunal superior de instancia, en proveído del 22 de junio de 1978, sobreseyó temporalmente en favor del procesado y dispuso nueva práctica de diligencias, entre ellas la

confrontación de voces de los cassettes con la original del acusado. Y, el 8 de marzo siguiente, se calificó nuevamente el mérito del sumario con un segundo sobreseimiento de carácter temporal, que al ser sometido a consulta, la Corte lo confirmó el 25 de setiembre de 1979.

Regresado el proceso a Ibagué se hizo nueva solicitud de aplicación del art. 163 del estatuto procesdimental y el tribunal de dicha ciudad en providencia de 30 de octubre último negó la referida aplicación. Dicha providencia no fue recurrida.

En memorial, recibido del correo nacional el 5 de noviembre de 1980, el procesado reitera su solicitud de cesación de procedimiento con fundamento en la ley 22 de 1980 y con fecha 8 de los mismos pasó al despacho del magistrado ponente quien presentó proyecto a la Sala de Decisión, el cual fue aprobado el 27 de los mismos mes y año. En él se negó la aplicación de la norma invocada y se decretó la detención preventiva del funcionario, decisión que ahora es motivo de revisión por parte de la Sala. Inmediatamente el magistrado sustanciador fue recusado por el propio sindicado y en auto del 3 de diciembre último se rechazó el incidente.

#### CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

No comparte la Sala el criterio del colaborador fiscal de entender recurrida la providencia de 27 de noviembre último solo en cuanto se refiere a la detención preventiva, puesto que el pronunciamiento por parte de la Sala de Decisión del Tribunal fue uno solo, en todo desfavorable al procesado por cuanto se le negó la aplicación de la ley 22 de 1980, decretó su detención preventiva y, por consiguiente, dispuso orden de captura en su contra.

Inmediatamente el procesado recusó al magistrado ponente, y este, a su turno, rechazó la pretensión.

Por lo anterior, la Sala se ocupará de tres situaciones procesales diversas:

a) Auto de detención.

b) Aplicación de la ley 22 de 1980.

c) Recusación promovida por el procesado contra el magistrado sustanciador doctor Luis Eduardo Villegas Restrepo.

a) *Auto de detención.* Primeramente recuérdese que dentro de las presentes diligencias se proferió el 22 de junio de 1979 sobreseimiento temporal en favor del doctor X, y que el 8 de marzo de 1979, vencido el nuevo término de instrucción, se favoreció al procesado con un nuevo sobreseimiento de carácter temporal el cual fue ratificado por esta Sala en providencia del 25 de setiembre siguiente, previo concepto favorable del señor procurador segundo delegado en lo penal, el mismo que ahora solicita la confirmación del auto de detención contra el funcionario.

El art. 494 del Código de Procedimiento Penal prescribe que frente a una segunda calificación, si no existiese fundamento legal para dictar auto de proceder o para sobreseer definitivamente, se proferirá un segundo sobreseimiento temporal, en el cual se *revocará el auto de detención* que se haya dictado y se cancelarán las cauciones prestadas. Despréndese que, frente a un segundo sobreseimiento temporal, no puede coexistir auto de detención con vigencia o caución que comprometa al procesado a observar comportamiento especial u obligaciones concretas.

El art. 8° de la ley 17 de 1975, que modificó al art. 495 del estatuto procesdimental dice: "Ejecutoriado el segundo sobreseimiento temporal se archivará el expediente. Sin embargo, dentro de los dos años siguientes deberá proseguir la instrucción, de oficio o a solicitud de parte, siempre que resulte prueba que tienda a demostrar la responsabilidad o inocencia del sindicado". Y fue precisamente esto lo que ocurrió en el presente caso, puesto que, oficiosamente, se ordenó la práctica de la peritación sobre los cassettes aportados al proceso.

Ahora bien, el mismo artículo prescribe que "Si de las pruebas que se practiquen

en la nueva fase de la instrucción resulta mérito para dictar auto de proceder o para sobreseer definitivamente, se cerrará la investigación y se hará la calificación de fondo del sumario". Quiere decir lo anterior que, de producirse prueba suficiente para dictar auto de llamamiento a juicio o para sobreseer definitivamente, el juez no podrá hacer cosa distinta de cerrar la investigación y calificar el sumario. Entonces, frente a un segundo sobreseimiento temporal, ejecutoriado, no modificado por una nueva y definitiva calificación, no puede ni subsistir ni dictarse auto de detención sino como consecuencia lógica de un auto de proceder.

Por lo anterior, el auto recurrido será revocado en cuanto decretó la detención preventiva del juez X, pues tal determinación contraría las voces de los arts. 494 y 495 del estatuto procesdimental.

b) *Aplicación de la ley 22 de 1980.* Según el art. 5° de la ley 22 de 1980 "Cuando transcurridos más de dos (2) años de haber sido oída una persona en indagatoria, no existiere prueba suficiente para decretar su detención preventiva, o esta hubiere sido revocada, el juez procederá de oficio, y sin el previo concepto del ministerio público, a ordenar la cesación de todo procedimiento contra el sindicado".

De las consideraciones precedentes y de la norma trascrita, se tienen dos situaciones diversas:

1ª) Para que el funcionario pueda dar aplicación al art. 5° de la ley 22 de 1980, previamente deberá hacer un juicio del material probatorio existente en el sumario para determinar si hay mérito para dictar auto de detención que, de resultar afirmativo, excluiría la aplicación de dicha norma.

En caso contrario, ordenará la cesación del procedimiento y el archivo definitivo del proceso, mediante resolución motivada contra la que proceden los recursos ordinarios por parte del ministerio público y del denunciante o querellante siempre y cuando tengan la calidad de parte dentro

del proceso, hayan transcurrido más de dos años desde que rindió indagatoria o desde la fecha en que quedó ejecutoriada la providencia que revocó la medida precautelativa.

2ª) Frente a un segundo sobreseimiento temporal, ejecutoriado, si bien es cierto que no puede existir válidamente auto de detención, el juez hará un análisis de la prueba existente y si llegase a encontrar mérito para calificar definitivamente el sumario, procederá a cerrar la investigación. Si dictare auto de proceder, consecuentemente, deberá proferir la medida privativa de la libertad, en aquellos casos en que la entidad del delito lo exija.

Si del estudio de la prueba llegare a concluir que existe mérito para dictar

auto detentivo pero no la suficiente para calificar el sumario con auto de proceder, ordenará seguir la investigación hasta agotar el tiempo señalado por el art. 495 del Código de Procedimiento Penal pero, vencido este sin que hubiere cambiado la situación jurídica del inculpado, suspenderá la investigación mediante resolución motivada, previo concepto del respectivo agente del ministerio público.

Por lo anterior, la decisión adoptada por el Tribunal de instancia será confirmada en cuanto a la negativa de dar aplicación al art. 5º de la ley 22 de 1980, para que se proceda de conformidad con lo dicho en las anteriores consideraciones.

## SALVAMENTO DE VOTO

*Salvamento de voto de los magistrados Dario Velásquez Gaviria y Gustavo Gómez Velásquez*

Disentimos respetuosamente del pensamiento mayoritario de la Sala respecto de la interpretación que hizo del inciso segundo del art. 5º de la ley 22 de 1980, para deducir de ella que cuando se trata del caso del indagatorio a quien, después de dos años de haberlo sido, no se le ha dictado auto de detención, se precisa, para ampararlo con la cesación de procedimiento que establece la ley 22, hacer previamente por el juez "un juicio del material probatorio existente en el sumario para determinar si hay mérito para dictar auto de detención que de resultar afirmativo excluiría la aplicación de dicha norma".

Esta manera de entender la disposición no consulta, a nuestro juicio, los objetivos que se buscaron con la ley, y establece, además, un tratamiento diferente para la otra hipótesis de cesación de procedimiento que considera esta en un mismo inciso del artículo segundo, o sea la referente al auto de detención revocado.

Los fines perseguidos por la ley 22, según se desprende de la historia de su expedición, fueron los de fenecer, por un medio extraordinario —que así no se le hubiera querido calificar equivale a una especie de prescripción de corto tiempo—, todas aquellas investigaciones en las que ningún otro resultado aparente podía esperarse fuera del de hacerlas figurar indefinidamente en las estadísticas judiciales y mantener vinculada a la persona a una sindicación sin más esperanza que la prescripción.

De allí que preceptuase que cuando hubieren transcurrido más de dos años de haber sido oída una persona en indagatoria

sin que "existiere prueba suficiente para decretar su detención preventiva", o cuando habiéndose proferido se revocó y hubieren transcurrido más de dos años desde la revocatoria, el juez procediera *de oficio* y sin el previo concepto del ministerio público a ordenar la cesación de todo procedimiento contra el sindicado.

El ejecutivo y el legislativo tuvieron que haber partido, al concebir esta norma, del supuesto indiscutible de que, en presencia de los términos precarios que tiene el juez para resolver la situación jurídica de un indagatorio y de la exigua prueba que se requiere para sustentar un auto detentivo, el transcurso de dos años, contados desde la indagatoria o desde la revocatoria, sin haber sido o vuelto a ser detenido el sindicado, según el caso, ...evidencia, salvo excepciones que tienen el correctivo de la responsabilidad penal del funcionario, que no había mérito para adoptar una medida encarceratoria.

En otros términos, sometió la causal de cesación a la comprobación de requisitos de naturaleza puramente objetiva, no a la verificación de índole jurídica de la existencia en ese momento de prueba suficiente para ordenar la detención.

Quizás por eso, por tratarse del simple examen del transcurso del tiempo sin que se hubiere producido la detención, ordenó que el juez procediere de oficio y sin el previo concepto del ministerio público.

Con el criterio contrario, la aplicación de la ley se va a circunscribir únicamente a los casos en que exista solicitud de parte, pues no es de esperarse que oficiosamente se dediquen los despachos judi-

ciales a examinar procesos sin detenido para ver si hay prueba para detenerlos, y hacerlo, o si no la hay para pasar a aplicar la ley 22. Se perderá, así, en buena parte, la meta propuesta por la ley de no mantener en "supuesta" actividad procesos sin éxito.

Estas consideraciones, unidas a la ausencia en la norma de la exigencia de valorar la prueba cuando se trata de la hipótesis del auto de detención revocado, nos llevan a estimar que la expresión "no existiere prueba suficiente para decretar la detención", empleada para el otro supuesto, hay que entenderla en el sentido de que han transcurrido los dos años desde la recepción de la indagatoria sin que se hubiese dictado auto detentivo. Esta forma de apreciar esa situación, concuerda con lo que ocurre cuando han transcurrido dos años después de haber sido revocada la detención contra una persona, sin que hubiera sido nuevamente privada de su libertad en razón del mismo negocio. Respecto de este supuesto nada exige la norma, diferente del transcurso del tiempo y la ausencia de un nuevo auto detentivo, para decretar la cesación de procedimiento.

Como se trata de dos hipótesis que se encuentran en un mismo inciso, que es el segundo del art. 5° de la ley 22 de 1980, y tienen sus principales elementos en común y persiguen una misma finalidad, no se advierte la razón para que en un caso haya que examinar la prueba y su mérito para detener y en el otro no.

Viniendo al caso concreto que se analiza, resulta más difícil de comprender la tesis de la mayoría de la Sala, pues partiendo de un supuesto innegable, cual es el de que no puede subsistir un auto de detención dentro del marco de un segundo sobreseimiento temporal, niega no obstante la aplicación de la ley 22 de 1980, porque, aunque han transcurrido más de dos años de haber sido indagatorio el procesado sin haber sido detenido, existe mérito para detenerlo, aunque dicha medida no pueda adoptarse porque se está dentro de la situación procesal anotada.

Se mantendrá, de esa manera, indefectiblemente vinculada a una persona a una investigación sin posible éxito, hasta tanto se produzca el fenómeno de la prescripción.

Así se desprende del siguiente párrafo de la providencia que se comenta, en el cual se analizan las eventualidades que puedan presentarse cuando el proceso se encuentra en estado de archivo como consecuencia de un segundo sobreseimiento temporal:

"Si del estudio de la prueba llegare a concluir que existe mérito para dictar auto detentivo pero no el suficiente para calificar el sumario con auto de proceder, ordenará seguir la investigación hasta agotar el tiempo señalado por el art. 495 del Código de Procedimiento Penal pero, vencido este, sin que hubiere cambiado la situación jurídica del inculpado, suspenderá la investigación mediante resolución motivada, previo concepto del respectivo agente el Ministerio Público" (Fl. 19 del cuaderno de la Corte).

Si la ley permite dictar auto de detención dentro del marco de un segundo sobreseimiento temporal, tanto que ordena revocar el que existiere con anterioridad al pronunciamiento de esta providencia (C. de P. P., art. 494), ello equivale jurídicamente a que no existe prueba para dictarlo y se debe dar, por tanto, paso a la aplicación de la ley 22 de 1980 si se reúnen, como en el presente caso, los demás requisitos que contempla el art. 5° de la misma.

Es que si hay un marco propicio para la aplicación de esta norma es cabalmente el del segundo sobreseimiento temporal, cuando han disminuído notoriamente las posibilidades de llevar adelante una investigación y solo subsiste la pasiva vinculación del sindicado con su proceso.

Por todo ello estimamos que se debió haber dado aplicación, dentro de las circunstancias anotadas, a la ley 22 de 1980, y esa la razón para no compartir la decisión adoptada, respecto de este punto, por la mayoría de la Sala.

## Tribunal Superior de Medellín

### *Acción restitutoria de bienes en el proceso penal*

Ponente: doctor JAIME TABORDA PEREÁÑEZ

Existe armonía entre el art. 349 del C. de P. P. —que no abarca las armas, instrumentos y efectos del delito de que trata el art. 350 *ibídem*— y el 947 del Código Civil, por cuanto ambos protegen al tenedor o poseedor de buena fe.

VISTOS:

El Juzgado Promiscuo del Circuito de Jericó, en providencia de marzo veinteesés del presente año, resolvió "negar la reposición del auto calendado a marzo cuatro de 1981, visible los folios 304 y 305, por medio del cual se negó el levantamiento de la orden de retención y la no entrega de los Títulos de Ahorro Cafetero (TAC), adquiridos por los señores X y Z". Concedió en la misma decisión judicial el recurso de apelación oportunamente interpuesto, siendo esta la razón por la cual conoce el Tribunal.

En el trámite de la instancia, el apoderado de la parte civil, quien expresamente reasume el poder que había sustituido (C. de P. C., art. 68, inciso final), solicita se "revoque la decisión apelada y en su lugar se disponga la entrega de los Títulos de Ahorro Cafetero (TAC) en favor de su único y exclusivo propietario, el señor X". Por su parte, el agente del ministerio público, para el caso el señor Fiscal Décimo de la Corporación, de la siguiente manera concluye su concepto: "...la opinión de la fiscalía se traduce en la necesidad de orbitar el proceso a su justa elipsis procedimental y, en conse-

cuencia, revocar la providencia impugnada y ordenar que retornen los autos al Juzgado Promiscuo del Circuito para que este dé curso no solo al incidente de restitución en favor del señor X, sino también para el caso que propuso el señor Y.

Conviene decir que en las diligencias enviadas al Tribunal no hay ninguna petición del señor Y y que con relación a él solo obra la referencia que se hace en el auto impugnado, pero se carece de elementos de juicio sobre su pretensión.

#### *De los hechos que dieron origen a este proceso*

Ocurrieron en el municipio de Jericó, el día veinte de setiembre del año próximo pasado. Según se desprende de la denuncia presentada por O, gerente de la Cooperativa de Caficultores de esa ciudad, faltando quince minutos para las siete de la noche de la fecha anteriormente indicada, fue informado de un incendio que se iniciaba en la institución a su cargo. De inmediato, en asocio de la policía, de empleados y de particulares, procedieron a la extinción del

fuego. Mientras esta labor se cumplía, el secretario de la Cooperativa y algunos policías revisaban el local, especialmente porque R, que fue el primero que advirtió el incendio, había indicado la posibilidad de que alguien estuviera escondido en el establecimiento. Efectivamente así ocurrió: en uno de los baños se encontró a P, auditor de la Cooperativa, quien ha pretendido justificar su presencia en ese lugar y a esas horas expresando que se 'estaba lavando los dientes'. De lo hasta ahora investigado se infiere que el incendio fue provocado (se hallaron, incluso, botellas con gasolina) e igualmente que el objeto del mismo era la incineración de un armario que guardaba los Títulos de Ahorro Cafetero (TAC) algunos de los cuales fueron parcialmente destruidos. La circunstancia plenamente establecida de estar en tráfico comercial algunos de los Títulos Cafeteros que debían hallarse en la Cooperativa de Caficultores de Jericó, sirvió para esclarecer que con antelación al incendio fueron sustraídos de esa institución y que la deflagración intentada buscaba entre otras cosas, el ocultamiento del ilícito contra el patrimonio y el tranquilo aprovechamiento de su valor comercial. En la investigación resultó se-

Títulos de \$ 1.000.00 del C 2808170 al 79	\$ 10.000.00
Títulos de \$ 50.00 del F 3493046 al 58	750.00
Títulos de \$ 1.000.00 del 3055750 al 305600	251.000.00
Títulos de \$ 5.000.00:	
Del D 0531187 al 531221	175.000.00
Del D 0531261 al 1269	45.000.00
Del D 0531447 al 1452	30.000.00
Del D 0531461 al 1475	75.000.00
Del D 0531485 al 1520	180.000.00
Del D 0531690 al 1735	230.000.00
Núms. D 0526300, D 0531655 y D 0531833	15.000.00
	<hr/>
M/L \$	1.011.750.00

El valor de la factura núm. 72152, por compra de los Títulos relacionados, fue cancelado el mismo 3 de setiembre de 1980, con el cheque núm. 1667620 girado contra el Banco de Caldas, oficina principal de esta ciudad (fls. 36 y 70 fte. y vto.).

riamente implicado el auditor P y por ello se halla detenido en la cárcel del Circuito de Jericó.

#### *De la retención de Títulos Cafeteros adquiridos por el señor X*

Dentro del proceso penal referido que por hurto calificado e incendio se adelanta en el Juzgado del Circuito de Jericó y en el cual es sindicado P, el funcionario instructor ofició al Banco Cafetero, oficina principal de Bogotá y Medellín para que ordenara a todas las sucursales del país "...el no pago y retención" de unos Títulos de Ahorro Cafetero (TAC) cuyas especificaciones allí se suministraban (fls. 18 y 19), con fundamento en que dichos documentos fueron sustraídos de la Cooperativa de Caficultores de Jericó Ltda. Idéntica orden fue dada a la Bolsa de Valores de Medellín y Bogotá (fls. 20 y 21).

El señor X adquirió del señor Z, corredor de bolsa autorizado por la Superintendencia Bancaria, los siguientes Títulos de Ahorro Cafetero (TAC) que se relacionan en la factura núm. 72152 de fecha 3 de setiembre de 1980 (fs. 36 y 70 vto.):

El día 6 de noviembre de 1980, cuando el señor X se presentó al Banco Cafetero para el cobro de intereses por los títulos que había adquirido del corredor de Bolsa Z —ya le habían pagado en el mismo Banco los intereses correspondientes al mes de oc-

tubre—, la entidad bancaria retuvo los títulos que se relacionan en el oficio núm. 18302 (fl. 32) y en atención a la comunicación del Juzgado Promiscuo Municipal de Jericó visible a fl. 18; luego, el 26 de diciembre de ese año, el mismo Banco Cafetero retuvo a X los títulos cafeteros que se describen en el oficio núm. 20710 (fl. 35) cuando este se presentó al cobro de intereses y en acatamiento, por parte del Banco, a la comunicación núm. 273 de 15 de noviembre de 1980 del Juez Primero de Instrucción Criminal.

Ante esta situación, X confirió poder al doctor T para que solicitara la restitución de los títulos de ahorro cafetero que le fueron retenidos, petición que hizo este distinguido profesional al constituirse parte civil en el proceso (fls. 42 y ss.). La demanda de parte civil fue aceptada (fls. 47 y ss.) pero no se accedió a la devolución de los títulos cafeteros con el siguiente argumento que expone el Juzgado a fl. 49:

"...los títulos-valores reclamados por los memorialistas, pertenecen al acervo probatorio del sumario y por lo tanto deben permanecer retenidos por el despacho hasta la culminación del proceso, tal como lo señala el art. 350 del C. de P. P., «harán parte del sumario para los efectos de la investigación»; y el art. 727 íbidem, señala la forma como han de ser entregados una vez terminado el proceso".

En la reposición solicitada ante ese auto se dijo por parte del apoderado sustituto, J: "...tales títulos-valores no pueden ser considerados armas, instrumentos y efectos del delito, que son las cosas a las cuales hace relación el art. 350 del C. P. P., como base el auto que recurro, sino que tales efectos revisten el carácter de cosas *aprehendidas en la investigación*, y cuya restitución puede solicitar el dueño, el poseedor o tenedor legítimo, según lo dispone el art. 349 de la misma obra, al tenor del cual "...comprobada la posesión, propiedad o tenencia legítima por el demandante, el juez o funcionario, salvo lo prescrito en el artículo siguiente (350) decretará la entrega, previo avalúo

de las cosas cuya restitución se ordena...". "En el caso de autos —agrega el apoderado del señor X— aparece debidamente acreditada en mi mandante la calidad de propietario de los títulos comprados legalmente al corredor de bolsa debidamente autorizado, señor Z, persona a la cual se le pagaron en debida forma. Hasta el momento de haberse hecho la negociación de dichos títulos-valores, negociación que se efectúa legalmente por la *mera entrega*, no existía razón alguna para que se conociera por parte de mi mandante o del corredor de bolsa que los negoció con este que hubieran sido materia de alguna sustracción ilegal. La entidad ofendida no había hecho divulgar públicamente la noticia de que se abstuvieran de negociar sobre tales títulos, por lo cual no puede predicarse que haya habido mala fe en el señor X o en el corredor de bolsa de quien adquirió tales títulos. Por lo anterior, el señor X es, desde el punto de vista que se quiera enfocar, *un tercero de buena fe*, en el cual se da la calidad de propietario y de poseedor de unos títulos-valores adquiridos de acuerdo con su ley de circulación, los cuales han sido aprehendidos durante la investigación, y *deben serle devueltos*, pues dichos títulos nunca han de pasar al Estado, como que no son *efectos de delito*, sino que deben ser devueltos a su legítimo dueño, el cual, en el momento actual no es otro que mi mandante...". Estos argumentos no fueron aceptados por el juez instructor quien sostiene que "...los Títulos de Ahorro Cafetero (TAC), cuya devolución se solicita, son de propiedad de Almacafé, la que los entregó a la Cooperativa de Caficultores de Jericó, para la respectiva negociación con los productores del grano; la operación respecto a ellos no se realizó por ese conducto, sino que fueron negociados por personas ajenas a la actividad cafetera. Lo anterior significa que el legítimo propietario de los títulos que hoy se reclaman es Almacafé S. A.; el tenedor legítimo de los mismos, la Cooperativa de Caficultores de Jericó; de cuyo poder fueron ilícitamente sustraídos...".

Al sustentar la apelación en esta instancia, el doctor T, en extenso y bien fundamentado escrito (fls. 60-69), insiste en la entrega de los Títulos de Ahorro Cafetero (TAC) a favor de su mandante el señor X. Para ese efecto examina con apoyo de doctrinantes nacionales y foráneos, la acción restitutoria dentro del proceso civil, con particular referencia a las normas pertinentes del Código Civil, del Comercial y del Penal, para concluir expresando que "...ordenando la entrega de los títulos a mi mandante, no se viola ninguna norma de derecho penal, y se cumplen por el contrario las especialísimas del Código de Comercio...".

### Consideraciones de la Sala

Importa significar, en primer lugar, que X se ha presentado en este incidente como un tercero adquirente de buena fe de los Títulos de Ahorro Cafetero (TAC) cuya restitución solicita. El aserto de tener tal calidad dimana de la convicción sincera de haberlos adquirido del legítimo propietario, un corredor de bolsa debidamente autorizado por la Superintendencia Bancaria, en el establecimiento u oficina donde ese corredor desarrolla su lícita actividad comercial; negociados por un precio real y empleando los medios de circulación que la ley tiene señalados para esta clase de títulos. La buena fe es, según el Código Civil, "la conciencia de haber adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraude y de todo otro vicio" (art. 768). La protección de la buena fe es uno de los fundamentos jurídicos del derecho mercantil, de ahí que en el art. 647 del Código que regula esa materia, se hubiera establecido que se "considera tenedor legítimo del título a quien lo posea conforme a la ley de circulación". La forma de circulación de un título-valor "a la orden" no es otra que el endoso seguido de la entrega del título. En efecto, el art. 651 de la obra citada establece: "Los títulos-valores expedidos a favor de determinada persona en los cuales se

agregue la cláusula «a la orden» o se exprese que son trasferibles por endoso, o se diga que son negociables, o se indique su denominación específica de título-valor, serán a la orden y se transmitirán por endoso y entrega del título, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 648", disposición que debe armonizarse con el art. 654 *ibidem* relativo al endoso en blanco. Por lo que viene de decirse se tiene, entonces, que el señor X está amparado con la presunción de tenedor legítimo de los títulos que adquirió a un corredor de bolsa acreditado y autorizado por la Superintendencia Bancaria. Tal era la convicción de la lícita adquisición y la conciencia de haberlos comprado legítimamente que, con toda propiedad, se presentó en el mes de octubre de 1980 al Banco Cafetero a cobrar intereses sobre el valor de esos títulos, los cuales le fueron pagados, precisamente porque él era legítimo tenedor y porque para la entidad bancaria no había ninguna duda sobre ese referido aspecto. La retención se inició en noviembre de ese año, en cumplimiento de orden judicial cuando nuevamente se presentó a cobrar los intereses correspondientes a ese mes.

### Del derecho de retención de bienes muebles aprehendidos durante la investigación

Establece el art. 349 del C. de P. P., en relación con la restitución de cosas aprehendidas en la investigación: "El dueño, el poseedor o tenedor legítimo de las cosas aprehendidas durante la investigación y que no deban pasar a poder del Estado, podrá demandar su restitución ante el juez o funcionario de instrucción. Comprobada la propiedad, posesión o tenencia legítima por el demandante, el juez o funcionario, salvo lo prescrito en el artículo siguiente, decretará la entrega, previo avalúo de las cosas cuya restitución se ordena". Huelga transcribir el artículo siguiente a que se hace alusión, porque él se refiere a las armas,

instrumentos y efectos con que se haya cometido el delito o que provengan de su ejecución y que no tiene aplicación en lo que es objeto de estudio.

Por su parte, el art. 947 del Código Civil prescribe: "Pueden reivindicarse las cosas corporales, raíces y muebles. Exceptuándose las cosas muebles, cuyo poseedor las haya comprado en una feria, tienda, almacén u otro establecimiento industrial en que se vendan cosas muebles de la misma clase. Justificada esta circunstancia, no estará el poseedor obligado a restituir la cosa, si no se le reembolsa lo que haya dado por ella y lo que haya gastado en repararla o mejorarla".

Comentando VALENCIA ZEA esta disposición, dice:

"La primera parte del texto que sigue de cerca los principios del derecho romano, según los cuales todo caso de segregación entre propiedad y posesión se decidía en favor de la propiedad. Por este motivo, no hacía suya la propiedad el que la adquiría *a non domino*, y de nada le servía haber creído sin culpa que el enajenante era propietario; tenía que restituir la cosa adquirida al verdadero propietario: *Ab irem meam invenio, ibi vindico*."

"Los romanos sometieron a un mismo régimen el valor de la posesión de cosas muebles e inmuebles, pero en ningún caso identificaron la posesión en sí con la propiedad. Por dicha circunstancia, sostenían que quien adquiría la propiedad de un *non domino*, adquiría una posesión del propietario, mas no la propiedad, y como consecuencia de esta forma de pensar, surgió la regla de que el verdadero dueño podría reivindicar en todo caso del poseedor actual, sin distinguir si había adquirido de buena o mala fe. Este engranaje lógico explica suficientemente las reglas de los arts. 752, 753 y la primera parte del art. 947. Sin embargo, la misma legislación romana reconoció algunos efectos a la buena fe del poseedor, como ser el derecho a los frutos y su irresponsabilidad por los daños causados a la cosa (arts. 963 y 964). Pero

los principios del derecho romano han sufrido una profunda evolución que consiste principalmente en dar mayor valor a la posesión de buena fe de cosas muebles. Sin duda, la nueva institución de los libros de registro de inmuebles del derecho actual creó una práctica de publicidad de los derechos reales inmobiliarios, al paso que la posesión de cosas muebles continuó siendo la más eficaz forma de publicidad de la propiedad inmobiliaria.

"Si la posesión de buena fe del derecho romano producía en favor del poseedor los efectos ya explicados (frutos e irresponsabilidad por daños), el derecho moderno agrega un nuevo e importante efecto a la posesión de las cosas muebles, esto es, que la buena fe tiene la virtud de crear por sí misma el derecho de propiedad en favor del poseedor; y lo crea ya en una forma directa, como sucede en la mayor parte de las legislaciones actuales, ya en una forma indirecta y mutilada, como acaece con el art. 947 del Código.

"En efecto, conforme a los dos últimos párrafos del art. 947, no pueden reivindicarse las cosas muebles compradas en establecimientos comerciales (de que es ejemplo una feria, tienda, almacén, etc.) si el reivindicante no paga al poseedor lo que la cosa le haya costado y «lo que haya gastado en repararla y mejorarla». El comercio moderno se ha organizado en forma tal, que la casi totalidad de las cosas muebles se venden en establecimientos comerciales, y, por lo tanto, no es exagerar si se afirma que la posesión de buena fe de cosas muebles se gobierna por la mencionada excepción de los párrafos segundo y tercero del art. 947" (ARTURO VALENCIA ZEA, *Derecho civil*, t. 2º, pág. 276).

Y más adelante agrega este mismo autor: "El art. 947 del Código Civil hace parte de las actuales tendencias del derecho civil que se encamina a dar una recia protección a la posesión de buena fe de cosas muebles. Los romanos dieron al poseedor de buena fe el derecho a los frutos y la exoneración de responsabilidad por daños.

El sistema franco-germano, en armonía con el italiano, agrega a estos efectos uno nuevo: el poseedor de buena fe de cosas muebles es el propietario.

"El art. 947 del Código Civil no da al poseedor de buena fe de cosas muebles la propiedad pero le da un derecho equivalente: el derecho de rescatar el precio de la cosa; derecho o privilegio de rescatar que tiene por objeto evitarle un perjuicio" (*op. cit.*, pág. 281).

Quien adquiere un bien mueble en feria, tienda, almacén o en cualquier otro establecimiento industrial análogo en que se vendan cosas muebles de la misma clase, lo hace salvo prueba en contrario, de buena fe, con la creencia de que el vendedor es el verdadero dueño y de que, en consecuencia, le transmite el dominio. Esta creencia puede ser errónea, y en muchas ocasiones lo es, pero las apariencias no permiten descubrir ese error: si el poseedor es reputado dueño mientras otra persona no justifique serlo y si la posesión es la tenencia con ánimo de señor y dueño (C. C., art. 762), parece elemental que quien acude a un establecimiento con el propósito de adquirir una cosa de las que allí se venden habitualmente (feria, tienda, almacén, etc.) y la compra a quien la tiene en su poder, que para el comprador es el poseedor de ella, parte de la base de que mediante esa compra adquiere el dominio de la cosa, y debe protegerse como propietario, así lo sea solamente en apariencia, pues ha de abonársele la buena fe en su proceder, sin que pueda imputársele culpa en esclarecer si el vendedor era el verdadero dueño toda vez que no existe respecto de los muebles un sistema análogo al registro de los bienes inmuebles al cual acudir para saber con certeza si el tradente era o no propietario de la cosa.

La Corte sobre este particular tiene dicho: "El inciso segundo del art. 947 es una aplicación de la regla *error communis facit jus*; en él a la apariencia razonable de derecho se le hace producir en favor del tercero de buena fe, el mismo efecto que el derecho mismo; basta que la cosa haya sido

comprada en feria, tienda, almacén u otro establecimiento industrial en que se vendan cosas muebles de la misma clase para que como consecuencia de la buena fe que esa circunstancia hace presumir en quien le ha comprado la cosa a quien no era dueño de ella, no pueda el verdadero propietario obtener la restitución si no reembolsa lo que el tercero de buena fe haya dado por ella y lo que se haya gastado en repararla y mejorarla. El tercero de buena fe ha tratado con quien presentaba toda las apariencias de tener un derecho, y como consecuencia de ello la ley lo protege contra el verdadero titular de ese derecho" (Casación, marzo 20 de 1936, XLIII, 49).

La legitimación en materia cambiaria la tiene el que ha adquirido el instrumento de acuerdo con su ley de circulación. Sobre este particular aspecto el tenedor de un título a la orden requiere que la cadena de endosos sea ininterrumpida, según lo preceptúa el art. 661 del Código de Comercio, y el obligado no puede exigir que se le compruebe la autenticidad de los endosos; deberá identificar al último tenedor y verificar la continuidad de los endosos (art. 662 *ibidem*).

"Nuestro Código — escribe SANÍN ECHEVERRI —, siguiendo la doctrina universal, ante el conflicto entre el poseedor actual del título y el que fue despojado de él injustamente, hace prevalecer el derecho del poseedor de buena fe, contra quien no pueden oponerse excepciones derivadas del negocio jurídico que dio origen a la creación o transferencia del título (C. de Co., art. 784, num. 12). Esta disposición es aplicable a todos los títulos-valores, cualquiera que sea su ley de circulación o su clase. "Esta conclusión se relaciona con el principio peculiar de los bienes muebles en que prevalece el poseedor de buena fe frente al propietario; salvo excepciones expresas de la ley. La mala fe, o la culpa grave que nuestra ley asimila a aquella, hacen al poseedor del título-valor vulnerable a las excepciones, como el poseedor de mala fe de las cosas muebles también debería ser vencido, aunque las leyes no siempre sean claras

en este sentido. Pero en el derecho cambiario la protección es siempre según la ley de circulación, y así el tenedor del título al portador está protegido más radicalmente por la imposibilidad de estudiar su situación, ya que se legitima con la sola tenencia del título. Al tenedor por endoso al menos debe examinársele la cadena de negociaciones y puede exigírsele la identificación". (EUGENIO SANÍN ECHEVERRI, *Títulos-valores*, pág. 38).

Este mismo autor refiriéndose a la protección de la buena fe y la posesión, agrega: "En nuestro derecho cambiario la protección a la posesión de buena fe es la regla de oro. Se concreta principalmente en la norma del art. 647 del Código de Comercio, por la cual se «considerará tenedor legítimo del título a quien lo posea conforme a su ley de circulación» (protección de la posesión), en unión con la del art. 734 que, en sus numerales 11 y 12 permite oponer las excepciones de falta de entrega y las extracartulares en contra de quien no sea tenedor de buena fe (limitación de la protección a la posesión como sanción a la mala fe). Esta es la norma: protección de la tenencia, pero tenencia no solo legítima formalmente sino de buena fe. El que adquiere de mala fe no es titular del derecho" (*op. cit.*, pág. 55).

#### *De la reivindicación de los títulos-valores*

Se dijo en precedencia que la acción de dominio de las cosas corporales muebles está reconocida en el Código Civil en el art. 947, con la expresa excepción para las cosas muebles compradas en feria, tienda, almacén u otro establecimiento comercial, que no son reivindicables.

En el Código de Comercio la reivindicación de los títulos-valores está consagrada en los arts. 819 y 820: "Los títulos-valores podrán reivindicarse en los casos de extravío, robo o algún otro medio de apropiación ilícita", prescribe el art. 819. Pero en el ar-

tículo siguiente, nuevamente se consagra la protección al tenedor de buena fe: "La acción reivindicatoria procederá contra el primer adquirente y contra cualquier tenedor ulterior que no sea de buena fe exenta de culpa". Contra el primer adquirente puede prosperar porque frente al verdadero dueño necesariamente el usurpador tiene mala fe. No puede ser titular del derecho: es el primer adquirente doloso. La protección a la buena fe solo es posible para el adquirente posterior y aquí en la reivindicación es tan absoluta como en la acción cambiaria para el cobro; Si tiene buena fe es protegido el tenedor, siempre, salvo las excepciones del propio título. (Cfr., *op. cit.*, pág. 56).

El profesor BERNARDO TRUJILLO CALLE, al comentar el contenido de las normas anteriormente citadas, dice: "Frente a tales artículos, hay que agregar a los cuatro elementos axiológicos de la reivindicación estos: a) que el título-valor se haya extraviado o lo hayan robado o hurtado, o se haya perdido por un acto fraudulento como la estafa, el abuso de confianza. Se descartan otras formas de desposesión: si se dio en depósito, usufructo, prenda y no es devuelto a su titular, caben las acciones propias que nacen de estos contratos, pero no la reivindicación. Como tampoco procede cuando el título solucionado permanece en poder del acreedor, pues el deudor tiene sólo una acción que es personal enderezada a la entrega o devolución de ese título; b) el demandado tiene que ser el primer adquirente del título o un tenedor que no sea de buena fe exenta de culpa.

"En otras palabras: 1) sujeto activo de la acción: quien lo extravió o quien involuntariamente lo haya perdido por un acto ilícito; 2) sujeto pasivo de la acción: quien lo halló, o lo robó, o lo hurtó, o quien lo obtuvo por estafa o abuso de confianza, o quien de mala fe lo recibió de cualquiera de los anteriores". (*Estudios de derecho*, vol. XXXVIII, núm. 95, pág. 137).

El mismo autor, refiriéndose a la reivindicación de un título a la orden, expresa;

"Tampoco es clara su necesidad, porque rige igual que para el nominativo, el procedimiento de la cancelación. Sería un proceso largo, costoso e inútil, aunque viable.

"El actor sería el beneficiario o endosario legitimado por una cadena ininterrumpida de endosos que haya extrañado el título, o a quien se lo hayan robado, hurtado o quitado por estafa o abuso de confianza o un acto defraudatorio o ilícito. El demandado sería el ladrón, hurtador, etc., o quien de este lo haya recibido de mala fe por medio de un endoso que necesariamente debe ser falso.

"Difiere el nominativo de la orden en cuanto en este es posible darse un tenedor legítimo cuando hay una cadena de endosos que se origina en uno falso de quien fue el hurtador que lo halló. Incluso, en determinadas circunstancias, es factible que se llegue a ser tenedor de buena fe recibiendo el título directamente del ladrón. Es que la ley de circulación propia de estos documentos no exige para legitimar sino la cadena formal aparente, no que sean verdaderos. Y como la buena fe se presume y hay regularidad en los endosos, resulta difícil reivindicarlo" (*Op. cit.*, pág. 38).

#### *Armonía entre el art. 349 del C. de P. P. y el art. 947 del Código Civil*

Contrario a lo que en ocasiones se ha afirmado, entre estas dos normas no existe ninguna oposición. Por el contrario, ambas disposiciones guardan armonía. El art. 349 del C. de P. P. dispone que las cosas aprehendidas durante la investigación y que no deban pasar a poder del Estado o formar parte del sumario para efectos de la investigación, se entregarán previa solicitud de restitución, al dueño, poseedor o tenedor legítimo que compruebe la respectiva calidad. Y, como reiteradamente lo ha dicho este Tribunal (Providencias de setiembre 1 de 1971, magistrado ponente Je-

sús Cuartas M.<sup>1</sup>; setiembre 6 de 1979, magistrado ponente Héctor Jiménez R.)<sup>2</sup> con la frase "el dueño, el poseedor o tenedor legítimo de la cosa" se indica meramente las distintas posiciones jurídicas en que pueda encontrarse la persona despojada de la cosa con relación a la misma, y no un orden preferencial.

La solicitud de restitución a que alude este art. 349 del C. de P. P. no es una acción de dominio sino, como la denominó la Comisión redactora del C. de P. P. que entró a regir en 1938, una "acción sumaria" (*trabajos preparatorios del nuevo Código de Procedimiento Penal*, t. 1, págs. 331 y 332).

"Si el art. 947 del Código Civil —dice ORJUELA HIDALGO— dispone que no pueden reivindicarse las cosas muebles que el poseedor haya comprado en feria, tienda, almacén u otro establecimiento industrial en que se vendan cosa muebles de la misma clase, y si agrega que justificada esta circunstancia no estará el poseedor obligado a restituir la cosa, si no se le reembolsa lo que haya dado por ella o lo que haya gastado en repararla o mejorarla, es indudable que le confiere al comprador, para proteger su buena fe, un verdadero derecho de retención; y si hubiere sido despojado de la cosa por acción, ese derecho de retención, que opera aun en presencia del dueño, lo faculta para pedir la restitución del mueble y para conservarlo hasta cuando se le reembolse lo que por él pago o lo que invirtió en repararlo y mejorarlo". En consecuencia —agrega—, "lo que parece ser acertada interpretación del principio contenido en el art. 349 del C. de P. P. conduce a que si las cosas aprehendidas en el curso de la investigación penal deban ser entregadas —si no fueren de las que por mandato legal han de ser retenidas para efectos de la investigación o de las que corresponden al Estado—

<sup>1</sup> Crónica Judicial, núm. 304. (Nota del Director).

<sup>2</sup> Proceso por el delito de abuso de confianza seguido a Andrés Avefino Gómez Alzate en el Juzgado Promiscuo del Circuito de Dabeiba, Antioquia. (Nota del Director).

la restitución se ordenará en favor del que demuestre derecho legítimo a ellas, y ese quien no tiene que ser necesariamente el dueño; puede ser este, o el poseedor o el simple tenedor. ... Quien adquirió el mueble en cualquiera de los establecimientos que menciona el art. 947 del Código civil y si lo hizo de buena fe, el derecho de retención que en su favor consagra la citada norma civil es un interés legítimo que determinará que sea él beneficiario de la restitución" (GUSTAVO ORJUELA HIDALGO, Estudio para la Academia de Jurisprudencia, julio de 1979).

La armonía entre estas dos disposiciones del Código Civil y del de Procedimiento Penal tienen, asimismo, consonancia con la legislación especial sobre la materia —C. de Co.— que en sus arts. 819 y 820 consagra la reivindicación contra el tenedor de mala fe y la hace improcedente ante el tercero adquirente exento de culpa, como ya se indicó en otro aparte de esta providencia.

En este orden de ideas, demostrado como está, a la altura procesal del momento, que el señor X adquirió, de buena fe, en el establecimiento comercial de un corredor de bolsa debidamente autorizado ante la Superintendencia Bancaria, los Títulos de Ahorro Cafetero (TAC) relacionados, deben serle entregados, porque la legitimación en causa para demandar la restitución de esos títulos está en cabeza de él.

Se revocará, entonces, el auto recurrido y en su lugar se ordenará la entrega de los títulos retenidos al señor X. Es entendido que al legítimo tenedor de buena fe exento de culpa, no se le debe exigir un nuevo incidente de restitución, como lo insinúa el señor agente del ministerio público, pues ese ya fue presentado ante el funcionario de instrucción y es, precisamente, el que se resuelve en esta providencia.

Importa esta precisión: al ordenarse la entrega de los títulos cafeteros retenidos al

señor X, la Sala lo hace, como ya se ha dicho, por considerar que él es un *tercero* adquirente de buena fe exento de culpa, pero no un perjudicado con el delito cometido en la Cooperativa de Caficultores de Jericó Ltda., razón por la cual carece de capacidad jurídica para constituirse en persona interviniente en el proceso propiamente dicho. Ese aspecto lo dilucidará la Sala en su debida oportunidad, pues aquí apenas resuelve el incidente de restitución de cosas muebles aprehendidas en la investigación.

Finalmente, debe recabarse al instructor sobre la necesidad perentoria de recibir declaración al señor Z, a fin de mejor esclarecer la adquisición de los títulos cuestionados.

#### *Decisión*

Por lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, en Sala de decisión penal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por la autoridad de la ley, obrando en parte de acuerdo con el señor agente del ministerio público, *revoca* la providencia de que se ha hecho mérito, de la fecha y procedencia indicadas, y en su lugar *ordena* la entrega de los Títulos de Ahorro Cafetero (TAC) que con ocasión de esta investigación le fueron retenidos al señor X por el Banco Cafetero.

El funcionario del conocimiento librára los despachos respectivos para el cumplimiento de esta resolución. El juez notificará esta providencia al detenido.

Aprobado en la fecha, según acta núm. 35.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Los magistrados, JAIME TABORDA PE REÑEZ, EDGAR TOBÓN URIBE, JOSÉ AGUILAR PARDO.

## Tribunal Superior de Medellín

### *Embriaguez aguda, retardo mental, trastorno mental transitorio*

Magistrado ponente: doctor JAIME TABORDA PEREÁÑEZ

I. La *embriaguez aguda voluntaria* solo en forma excepcional puede dar lugar a una situación de inimputabilidad de que trata el art. 31 del Código Penal, pues *ese estado de ebriedad no trasciende por sí solo al concepto de trastorno mental* en forma que impida la capacidad de comprender la ilicitud de la conducta o de determinarse de acuerdo con esa comprensión.

II. Si el agente padeciere *retardo mental moderado* es absolutamente necesario examinar la conducta del justiciable al momento de ejecutar el hecho legalmente descrito en orden a establecer un nexo causalista entre la enfermedad mental y el comportamiento del sujeto agente, pues *la situación de "retardo mental", por sí sola, no es incompatible con la imputabilidad* ya que la capacidad de entender y de querer no se excluye por la circunstancia de que esté disminuida o menguada.

III. Cuando esté plenamente demostrado en el proceso que el agente, al momento de ejecutar el hecho legalmente descrito, era inimputable por haber sufrido *trastorno mental transitorio sin que le quedare perturbación mental* (C. P., art. 33, inciso final), el proceso debe terminar con un sobreseimiento definitivo.

VISTOS:

El Juzgado Noveno Penal del Circuito de esta ciudad, en providencia de siete de julio del presente año, luego de afirmar que "...se reconocerá que el procesado, al momento de ejecutar los hechos punibles materia de su vocación a juicio, se encontraba dentro de las circunstancias del art. 31 del Código Penal, sea decir, bajo la influencia de un trastorno mental transitorio, que obviamente por no dejar secuelas, en el evento de ser sentenciado no daría lugar a la imposición de medidas de seguridad, y por ello desde ahora se le ordenará su libertad, previa conminación...", resolvió llamar a responde en juicio a NN (a. "El Loco") por los delitos de acceso carnal violento y hurto calificado, cometidos en la persona y

contra el patrimonio de la señorita BB, el siete de febrero del año en curso, en el barrio Santo Domingo Savio de esta ciudad. Resolvió, asimismo, y como consecuencia de la premisa anunciada, ordenar la libertad previa conminación por la suma de quinientos pesos.

El Tribunal conoce por apelación interpuesta por el defensor oficioso.

En el trámite de la instancia, no hubo alegación del impugnante. Por su parte, el agente del ministerio público, para el caso el señor fiscal séptimo de la corporación, solicita se confirme el auto apelado.

LOS HECHOS:

Esta misma Sala, en pasada oportunidad lo resumió así: La joven señorita de 19 años

de edad, BB, pretendía abordar la buseta en el barrio Santo Domingo Savio de esta ciudad, como a las seis de la mañana del 9 de febrero del año en curso, con el propósito de trasladarse al lugar de su trabajo, esto es, a "Manufacturas Scarlit", cuando de pronto dos hombres que había visto trotar detrás de ella la alcanzaron tomándola por el cuello y de una mano, a la fuerza, para llevarla a un rastrojo en donde, mediante el empleo de una peinilla o machete, le quitaron la ropa de la cintura hacia abajo, ejecutando uno de ellos el acceso carnal violento. Después de la violación, le sacaron del bolso la suma de trescientos pesos. De los dos atacantes BB logró reconocer a uno de ellos, NN, a quien apodan "El Loco", por ser vecino de ella.

LA PRUEBA. EVALUACIÓN Y CONSECUENCIAS:

La síntesis anterior se ha extractado de las exposiciones que bajo la gravedad del juramento hizo la ofendida BB, no solo el mismo día del atentado contra su libertad sexual y contra su patrimonio (fls. 1 fte. y vto.), sino en la ampliación de denuncia (fls. 16 y ss.; 47 y ss.), en las cuales en forma detallada, uniforme y responsiva, refiere como NN, a quien conocía de tiempo atrás porque fue su vecino y por haber estudiado en la misma escuela con varias hermanas de él, la cogió de una de sus manos, mientras que el otro sujeto, para ella desconocido y quien acompañaba a NN, la tomaba por el cuello y la amenazaba con un machete; y entre ambos la condujeron a un rastrojo. Allí, cuando opuso resistencia, el desconocido la golpeó en el rostro y en el abdomen, la despojó del *slack* y los pantalones para luego accederla sexualmente, mientras que NN continuaba sujetándola de las manos, las cuales le besaba. "...el que me cogió la mano yo lo conozco, entonces yo le decía que me ayudara, que se acordara que él también tenía dos hermanas, entonces no quiso ayudarme. Luego el otro me introdujo el pene en la vagina, entonces yo

haciéndole repulsa, en esas con las movenciones se le salió, entonces me dijo: «Sí ves gran hijueputa ahora te va a doler más, para qué lo dejaste salir». Yo cuando eso estaba amenazada con un arma, yo ví que era como una peinilla. Luego el que me violó me levantó el brasier y empezó a darme besos en el seno. Luego cuando ya se iban a ir fue que esculcaron el bolso y se llevaron trescientos pesos. Luego cuando ya se iban a ir, entonces el otro, el que yo conozco, y el cual le dicen el Loco, creo que se llama Darío, se devolvió y me dijo que le prometiera que no iba a decir nada, entonces yo le dije que tranquilo que no iba a decir nada, entonces me dijo que le diera un besito como promesa que no iba a decir nada. Cuando ellos salieron del matorral, una señora que pensaba que estaban haciendo otras cosas, entonces les dijo que dejaran esas cochinas... que si no encontraban otro lugar, ellos no dijeron nada. Entonces la señora se dirigió donde yo estaba y empezó a decirme que yo por qué no había gritado, viendo que ellos (ella y su esposo) estaban ahí tan cerquita. Entonces yo le dije que cómo me iba a poner a gritar viendo que ellos me tenían amenazada. En seguida se amontonó otra gente ahí y otra señora se arrimó y me llevó hasta su casa..." (fl. 16 vto.). Este relato de los hechos, que reitera a fl. 47, lo sostiene en diligencia de confrontación con el sindicado (fls. 20 a 23): "...cuando menos pensé el compañero de este —se refiere al sindicado NN, se aclara— me cogió del cuello y el señor acá presente me cogió acá de la mano, el otro me dijo que no gritara y amenazaron con una peinilla pero no pude determinar quién llevaba la peinilla, entonces dijo el otro que me llevaran a una especie de rastrojo que había allí... y como me tenían así me condujeron y el señor me llevaba de la mano y el otro del cuello y me tiraron a unas maticas no muy altas... ahí fue cuando me sentaron en el piso... el otro era tratando de quitarme el *slack* mientras el señor me tenía de la palma de la mano, entonces cuando bregaba a quitarme el otro el *slack* yo le decía a este muchacho Darío que

se acordara que yo lo conocía y que él también tenía hermanas, entonces él contestó: «dejémosla que a esta pelada la conozco yo...» y el otro decía: «no güevón, deja de joder...» entonces ya el otro muchacho me quitó el slack y se desabrochó el pantalón... *mientras tanto Darío seguía cogiéndome la mano, y me la cogía y me daba besos en ella...*. En la misma diligencia de confrontación la ofendida agrega que *cuando ya los dos asaltantes se iban, consumado el atentado, "yo estaba bregando a ponerme el slack cuando este se devolvió y me dijo: "...prométame que usted no va a decir nada... y deme un besito en señal de promesa... entonces llegó y me besó. Luego ellos se fueron". "...Ellos salieron juntos y este se devolvió, salieron despacio..."*. La ofendida le sostiene que ellos estaban de acuerdo en abusar de ella, "porque venían juntos, porque los dos me cogieron y cómo se comportaban".

La señora B. L. de V. (fls. 39 y ss.) fue testigo de parte de los hechos. Ella refiere que estando en su residencia regando unas matas percibió llantos o quejidos, y que a poco observó a dos hombres desconocidos para ella que se levantaban de un rastrojo y al momento lo hacía una muchacha que estaba semidesnuda y procuraba ponerse el slack; que cuando trató de recriminarla ella le refirió que acababa de ser víctima de un atentado sexual. "...uno de ellos se devolvió antes de ir yo donde ella...; el slack se lo dañaron todo por los lados del cierre y le pregunté por los interiores y me dijo que no sabía que los habían hecho ellos y no se le veían interiores. Preguntada: ¿En qué forma salieron los dos individuos del rastrojo? Contestó: *Ellos salieron conversando pero como estaba tan retirada no les oí nada, como salieron daba la impresión de que eran amigos los dos muchachos por lo de salir conversando, y caminaron juntos por ahí cinco metros los dos y ahí se devolvió uno de ellos y luego se volvió a juntar con el otro y se fueron juntos pero no los volví a ver*" (fl. 39 vto.).

F. (fls. 40 vto.) fue la otra señora vecina al lugar de los hechos que observó a la ofen-

dida instantes después del acometimiento sexual, la misma que le prestó una levadora para que cubriera sus desnudeces, apreciándole, además, una profusa hemorragia vaginal.

El examen ginecológico (fl. 16 fte.), practicado el mismo día presentó: "himen con desgarramiento reciente y hemorrágico a las cuatro del cuadrante de un reloj; además erosiones lineales en cara interna de ambos muslos, dejados al parecer por uñas humanas... El examen de flujo vaginal muestra espermatozoides, lo que indica coito reciente".

NN en indagatoria (fls. 18 y ss.) niega toda participación en los hechos, afirmando que cuando iba para el trabajo vio que un individuo a quien no conoce, sacó una peñilla o machete de diez y ocho pulgadas y cogió a una muchacha "...la tiró a la manga entonces yo al ver eso arrimé, entonces ella apenas se vio cogida me pidió una ayuda a mí, entonces cuando yo llegué y le dije a ella que no podía ayudarla porque el muchacho estaba armado, entonces ella se puso a llorar...ella fue la que me cogió de la mano para que la jalara y la salvara y el cogió la peñilla y me amenazó...cuando yo estaba ahí le rompí la ropa, la tiró a la manga y se le echó encima y le digo no alcancé a ver cuando él se le montó porque arranqué y me fui, ya que no soy campanero ni compañero de él...".

Esta mentirosa versión del sindicado es abiertamente contradicha por la ofendida en sus diversas exposiciones y asimismo en la diligencia de confrontación con él; no es cierto, como dice NN, que él al ver que cogían a la muchacha siguió de largo 'su camino'; no, si es que el mismo sindicado dice que "el tiempo que me quedé en esa vaina fueron diez minutos" (fl. 18 vto.); "...estuve menos de quince minutos" (fl. 19 vto.); precisamente fue ese el lapso que duró el acometimiento; él no estuvo como mero espectador, sino en una eficiente cooperación en el atentado sexual, asiendo a la víctima por las manos, ayudando a introducirla en el rastrojo y sosteniéndola mientras el otro la accedía carnalmente. Luego, cuando su compañero de fechorías hubo terminado,

sustrajeron el dinero del bolso, y, como lo afirman la ofendida y la testigo B.L.V., "salieron conversando y caminando juntos por ahí cinco metros los dos y ahí se devolvió uno de ellos y luego se volvió a juntar con el otro y se fueron juntos". Ya se anotó que el que se devolvió fue precisamente el sindicado, para decirle a BB que le prometiera que no iba a decir nada y que como prueba de la promesa le diera un beso. Por modo que, no obstante sus protestas de inocencia, con los elementos de convicción legalmente aportados al proceso, puede predicarse que él tomó parte, en concurso recíproco de voluntades y acciones con el otro delincuente aún no identificado, en la ejecución de los hechos punibles a que se contrae este proceso.

Tanto el sindicado como la madre de este, dieron en el proceso la información de que NN había sido tratado en el Hospital Mental de esta ciudad. Ello determinó al juez del conocimiento para ordenar "examen siquiátrico" al procesado (fl. 36), ante los peritos del Instituto de Medicina Legal. En esta dependencia oficial se asignó la peritación al psicólogo forense. Del expediente se tomaron, para el peritaje, datos como estos: que la víctima de la violación distinguía a uno de los delincuentes como el que apodan "El Loco"; que la madre de NN expresó a fl. 5, refiriéndose a su hijo: "el sufre una enfermedad que es neurosis y debido a eso lo tratan en el Hospital Mental de Bello..."; que el sindicado en su indagatoria expresó que la víspera de los hechos estuvo ingiriendo licor y cuando se le preguntó "por el estado en que se encontraba a las seis de la mañana del nueve de febrero (el día siguiente, se aclara) en relación con el licor", contestó: "estaba todavía embriagado"; que igualmente manifestó que consumía marihuana desde la edad de quince años; que estudió en una escuela especial hasta quinto de primaria.

Importa, para mayor claridad, precisar estas circunstancias:

a) En cuanto a la embriaguez del sindicado: "Yo estaba bebiendo —dice NN— el día

domingo solo, entonces arrimé por allá a la casa y tenía algunos tragos y por ello no sé a que horas arrimé, bebí hasta las doce de la noche, estando en diferentes heladerías y me fui para la casa y me acosté y me desperté a las cinco de la mañana y me bañé, me puse la misma ropa...entonces fui a ver si podía coger al cliente en el trabajo y ya no estaba".

b) En cuanto al tratamiento en el Hospital Mental: de allí se informó (fl. 37 fte.) que se le trató "en forma irregular en consulta externa del 22 de agosto de 1979 al 12 de abril de 1980. El motivo de consulta fue agresividad, bajo rendimiento escolar e inestabilidad. Se hizo diagnóstico de retardo mental y tratamiento a base de psicofármacos". La droga recetada fue "Largactil", en gotas, según las fórmulas de fls. 9 a 15, la última de ellas correspondiente al mes de abril del año pasado.

c) En cuanto al estudio en una escuela especial: ciertamente, según constancia de la directora de la Escuela Antonio Derka (fl. 70 fte.), allí estudio durante los años 1976 a 1979; "ingresó por problemas de aprendizaje y dificultades de tipo psicológico; mientras estuvo en esta institución fue sometido a intenso tratamiento psicológico debido a sus múltiples problemas interpersonales que presentó dentro y fuera del aula de clase".

e) Exceptuando la afirmación que hizo el sindicado en la indagatoria, en el proceso no hay más constancia de que sea adicto a la marihuana. Ni la madre de él lo sabía. Ella dice que en forma esporádica su hijo ingiere cerveza y aguardiente.

#### DE LA PERITACIÓN FORENSE:

Los hechos, como ya se anotó, ocurrieron el 9 de febrero del presente año. El psicólogo hizo su exploración en el sindicado el 9 de abril y en su evaluación conceptual emitió el siguiente diagnóstico y conclusión (fls. 71 y ss.): "NN padece de un retardo mental moderado". "...El diagnóstico de retardo mental moderado y el consumo continuado y periódico de marihuana y alcohol hacen

que su personalidad se vaya deteriorando, tal como se observa en la evaluación clínica y en los resultados de los tests. El uso de estimulantes, barbitúricos, alcohol, y en general de estupefacientes está totalmente contraindicado para estas personas que padecen retardo mental, ya que por lo general precipitan la aparición de cuadros sicóticos. Por lo tanto considero que NN, el día de los hechos se encontraba en un estado de anomalía síquica por la ingestión de droga formulada y el alcohol...". Más adelante agrega: "El señor NN, el día de los hechos se encontraba bajo las circunstancias del art. 31 en un estado de intoxicación el cual se desencadenó en un trastorno mental transitorio".

Antes de hacer el análisis crítico al dictamen pericial, conviene apuntar de una vez esta observación al mismo: se dice en el concepto del experto que "retardo mental moderado y el consumo continuo y periódico de marihuana y alcohol hacen que su personalidad —la del sindicado— se vaya deteriorando..." (fl. 74). Ocurre, sin embargo, que nada hay en el proceso que indique que el implicado, el día de los hechos, ni la víspera, hubiere consumido marihuana; ni tampoco droga alguna. Es más, en cuanto a la periodicidad con que ingiere licor, la madre de él dice, al contestar interrogatorio en tal sentido: "él toma más que todo cuando hay fiestas que lo invitan...toma aguardiente o cerveza. Preguntada: Pero más o menos ¿cada cuánto tiempo se toma los aguardientes o las cervezas? Contestó: no tiene consistencia, no es aficionado a tomar, es una rareza que tome" (fl. 86 fte.).

El dictamen pericial del folio 71, a petición del juez y a fin de determinar si el trastorno mental en que actuó el inculcado NN desapareció y por lo tanto no le quedó ninguna secuela de perturbación mental, fue ampliado de la siguiente manera por el sicólogo forense:

"a) El examinado padece un retardo mental equiparable a una inmadurez psicológica.

"b) El examinado, el día de los hechos se encontraba en un cuadro de intoxicación

crónica, el cual le desencadenó un trastorno mental transitorio. Por tanto el trastorno mental transitorio ya desapareció y no le deja como tal secuelas" (fl. 87).

#### CRÍTICA AL DICTAMEN FORENSE:

1º) En el caso que se estudia, el perito, partiendo de unas bases que no podían predicarse del sindicado al momento del hecho, obtuvo una conclusión equivocada. En efecto, en el dictamen pericial se dice que el procesado padecía 'intoxicación crónica', producida por el consumo continuado y periódico de alcohol y estupefacientes, lo que unido a la condición de retardo mental moderado hacen que la personalidad se vaya deteriorando. "El uso de estimulantes, barbitúricos, alcohol y en general estupefacientes está totalmente contra indicado para estas personas que padecen retardo mental; ya que por lo general precipitan la aparición de cuadros sicóticos" (fl. 71). Estas apreciaciones generales que el perito hace, no pueden predicarse para el sindicado, pues no es verdad procesal que él sea un alcohólico crónico; por el contrario, la madre de él dice que no es aficionado a bebidas embriagantes, "es una rareza que tome" (fl. 86). Tampoco está acreditado que sea adicto a los estupefacientes. Ni el tratamiento ambulatorio que se le dio en el Hospital Mental fue para una toxifrenia. El motivo de consulta en ese centro hospitalario se debió a que NN presentaba "agresividad, bajo rendimiento escolar e inestabilidad" (fl. 37); la droga que se le recetó fue 'largactil', sedante que suprime la excitación emocional y calma los desórdenes nerviosos, fármaco que, entre otras cosas, tampoco se sabe desde cuándo dejó el sindicado de consumirlo, ya que la última fórmula de control tiene fecha de abril de 1980. Nada, entonces, apunta hacia el concepto de la 'intoxicación crónica', menos para afirmar que "NN, el día de los hechos se encontraba en un estado de anomalía síquica por la ingestión de droga formulada y alcohol" (fl. 74).

Se sabe, es cierto, que el día anterior a los hechos el sindicado ingirió licor hasta las doce de la noche cuando regresó a su casa y se acostó a dormir. Que se levantó a las cinco de la mañana, se bañó y se dirigió a realizar 'un trabajo'; fue entonces cuando se encontró con otro sujeto, y siendo aproximadamente las seis de la mañana, agredieron sexualmente a la joven BB. Con estos antecedentes podría ser, en gracia de discusión, y en forma generosa, aceptarse que el procesado al momento del hecho padecía una embriaguez aguda voluntaria, pero ese estado de ebriedad solo *en forma excepcional* puede dar lugar a una situación de inimputabilidad de que trata el art. 31 del Código Penal, ya que, parece obvio, esa normal situación de ebriedad no trasciende *por sí sola* al concepto 'trastorno mental', en forma que impida la capacidad de comprender la ilicitud de la conducta o de determinarse de acuerdo con esa comprensión. Y se dice que por excepción puede presentarse ese estado de inimputabilidad, porque también puede ocurrir un estado de alteración sicosomática de tal magnitud en la ebriedad, que produzca en el sujeto agente trastorno mental que impida la comprensión de la ilicitud de la conducta al momento de actuar. Pero del estudio de la dinámica del hecho aquí investigado no se desprende esa situación de excepción. En efecto, si se examina la conducta del sindicado al momento de ejecutar los hechos punibles que dieron origen a este proceso, según los elementos de convicción ya relacionados, se tiene que él estaba en capacidad de comprender su ilicitud y de determinarse de acuerdo con esa comprensión, así se le considere en estado de intoxicación crónica o de embriaguez aguda voluntaria.

2º) Si la cuestión se examina por el aspecto del 'retardo mental moderado, equiparable a una inmadurez psicológica (fl. 87), tampoco resulta inimputable el sindicado. En efecto, reconociendo acierto en el diagnóstico que con fundamento en la exploración psicológica hizo el perito, para afirmar que el procesado "padece un retardo mental moderado", resulta absoluta-

mente necesario examinar la conducta del justiciable al momento de ejecutar el hecho legalmente descrito, en orden a establecer un nexo causalista entre la enfermedad mental y el comportamiento del sujeto agente. Por eso este mismo tribunal, al estudiar este referido aspecto en otra oportunidad, expresó: "...la capacidad de entender o de querer no se excluye por la circunstancia de que esté disminuida o menguada. La posición de retardo mental, entonces, por sí sola, no es incompatible con la imputabilidad. Es necesario el estudio del comportamiento del reo, limitado al «momento de ejecutar el hecho legalmente descrito». Si el trastorno mental no opacó «la capacidad de comprender su ilicitud» (la del hecho legalmente descrito), ni afectó seriamente la capacidad «de determinarse de acuerdo con esa comprensión», y ello se establece mediante el censo de las cualidades personales del reo trasfundidas en el hecho cometido (RANIERI), debe «ser sometido a sus consecuencias penales», cual es el significado de la noción de imputabilidad" (Sentencia, febrero 16 de 1981. Magistrado ponente: EDGAR TOBÓN URIBE. Revista "Temas de Derecho Penal Colombiano" núm. 13, pág. 78). En esa misma providencia se trae esta cita de RANIERI: "...si es cierto que, para nuestro derecho positivo, como la base de la imputabilidad se encuentran la *madurez síquica* y la *sanidad mental*, es sin embargo exacto sostener que, por ello, no es necesario que se encuentren en su persona en un *estado de plenitud*, sino que es suficiente que existan aun en *grado disminuido*, con tal de que no excluya la capacidad de entender y de querer". Agregando: "Así, pues, para nuestro derecho positivo, la imputabilidad se funda, no sobre la plena madurez síquica y la plena sanidad mental de la persona del agente, sino sobre aquel grado que basta para no excluir la capacidad de entender y de querer" (*Manual de derecho penal*, t. II, pág. 218, op. cit., pág. 80).

Cuando se examina la conducta del sindicado en el caso de autos, al momento de ejecutar el hecho, ayudando a conducir a la

víctima hacia un rastrojo; negándose a asistir de la abominable acción que se iba a realizar ante las súplicas de la joven; sosteniéndola de las manos, mientras el otro la accedía carnalmente; solicitándole, una vez consumado el hecho, de que no lo fuera a delatar, claramente emerge la conclusión de que ese procesado, por retardado mental que sea, e inmaduro psicológico, estaba en ese momento en capacidad de conocer la ilicitud de su comportamiento y de determinarse con fundamento en esa comprensión.

Explicando REYES ECHANDÍA la referencia que en el art. 31 del Código Penal se hace de la expresión al "momento de ejecutar el hecho", apunta: "tiene por objeto precisar que el fenómeno de la imputabilidad y su negativo —el de la inimputabilidad— debe concurrir o, más exactamente, coexistir con el momento en que se realiza la conducta descrita en la ley como delito, de tal manera que si alguien, con el cuadro clínico propio de una determinada enfermedad mental (una sicosis maniaco-depresiva, por ejemplo), comete infracción penal en período de normalidad síquica, de tal manera que en ese momento estaba en condiciones de comprender la ilicitud de su comportamiento, no debe ser tenido como inimputable; lo mismo habrá de decirse, desde luego, cuando la anomalía sicosomática surge después de la ejecución del delito" (ALFONSO REYES E., *La imputabilidad*, 2ª ed., pág. 248). En este mismo sentido se pronuncia CARRARA, para quien "la mayor o menor duración de la alteración morbosa en nada influye sobre la imputabilidad, con tal que el acceso sea concomitante con la acción criminal, por lo cual hasta un furor transitorio puede excluir por completo la responsabilidad de los propios actos. Y por el contrario, aun el maniaco con delirio, si delinque en el estado de intervalo lúcido, es responsable del hecho propio" (F. CARRARA, *Programa*, vol. I, § 249, pág. 175, Depalma, Buenos Aires, 1944).

En cuanto a la expresión "determinarse de acuerdo con esa comprensión" (C. P., art. 31), el comisionado DARÍO VELÁSQUEZ GAVIRIA al explicar su alcance expresó:

"quien comprendiendo la ilicitud del hecho, se determina para realizarlo, estuvo en capacidad de valorar los motivos que lo inducían a ejecutarlo y los que impulsaban a no actuar, optando por los primeros, en lo cual se advierte la presencia de la libertad, manifestación de la voluntad entendida como capacidad para situarse por encima de motivos antagónicos y decidirse por algunos de ellos" (Actas de la Comisión redactora del Anteproyecto del Código Penal. Ministerio de Justicia, 1974, pág. 305).

Lo dicho en precedencia sirve para afirmar a la Sala que aun cuando se pueda predicar de NN como que es un retardado mental moderado, equiparable a un inmaduro psicológico, al momento de ejecutar el hecho legalmente descrito estaba en capacidad de entender y de querer, por ello era imputable y como tal debe juzgarse.

Importaban estas dos breves anotaciones:

Es al juez, y no al perito, a quien corresponde, previa valoración del dictamen, hacer la correspondiente ubicación de la conducta en la norma descrita por el legislador. Y, finalmente, si el juez del conocimiento, al momento de la calificación considera, como ocurrió en este caso, que el procesado era inimputable —por trastorno mental transitorio sin secuelas—, debe sobreseer definitivamente, y no llamar a juicio ni dejarlo en libertad, situación esta última que no tiene fundamento jurídico. En efecto, ante esta situación, la calificación debe ser en la forma anteriormente dicha —con un sobreseimiento definitivo— dada la ausencia de responsabilidad y de punibilidad de esa conducta. ¿Qué objeto tiene seguir un proceso en el que no se puede ni condenar ni absolver, habida cuenta de que la ley tiene establecido (art. 33, inciso 2º) que no hay lugar a imposición de medida de seguridad? Esa conducta es impune, sin perjuicio, como lo dice la misma norma, de la responsabilidad civil a que hubiere lugar, lo que se ejercerá por otra vía.

Para proferir auto de proceder (C. de P., art. 481) se exige prueba de que "el procesado es responsable" y el inimputable no

puede ser responsable; por eso no se le aplican sanciones sino medidas de seguridad en orden a obtener la curación, tutela o rehabilitación, según el caso. (C. P., arts. 12; 94, inciso 2º; 95, inciso 2º; 96 y 97). Cuando se trata, como en el caso presente, de un trastorno mental transitorio sin secuelas, no se impone medida de seguridad ninguna, pues no hay lugar a curación, ni rehabilitación, ni es menester la tutela del agente. No queda otro camino que el sobreseimiento definitivo, pues a nada conduce continuar el proceso. ¿Qué objeto tendría la apertura a pruebas en la causa? ¿Qué se controvertiría en el plenario, si ya desde la calificación se había dicho que el sindicado era inimputable y que no era acreedor a ninguna medida de seguridad?

En el Código derogado había un precepto, el art. 382, inciso final, que permitía, según la doctrina y la jurisprudencia, terminar el proceso con sobreseimiento definitivo cuando las circunstancias especiales del hecho demostraran una menor peligrosidad en el sujeto agente, pues la norma establecía que podía "eximirse de responsabilidad". Se partía allí de la base de que el agente "era responsable" y, sin embargo, por las especiales circunstancias del hecho y la menor peligrosidad, se le eximía de responsabilidad. Ese pronunciamiento se hacía al momento de la calificación con un sobreseimiento definitivo. Con mayor razón debe hacerse igual calificación cuando se compruebe legalmente que se trata de un inimputable por trastorno mental transitorio al momento de la comisión del hecho, que no deje ninguna perturbación mental en el agente, pues ese inimputable no es responsable, ni se le puede aplicar ninguna medida de seguridad según lo dispone el inciso final del art. 33 del Código Penal.

Resumiendo: las penas se imponen a los imputables (C. P., art. 41). Los inimputables que realicen el hecho legalmente descrito son sometidos a las medidas de seguridad establecidas en el Código Penal

(art. 33, inciso 1º); y cuando la imputabilidad proviniere exclusivamente de trastorno mental transitorio que no deje en el agente perturbación mental alguna, "no hay lugar a la imposición de medida de seguridad" (art. 33, inciso final), vale decir, no hay imputabilidad, pues el agente no estaba en condiciones de conocer ni querer la ilicitud de su conducta; tampoco punibilidad. La forma de hacer esa declaración es en la calificación con el sobreseimiento definitivo. De otra parte, el principio rector de la legalidad (C. P., art. 1º), que tiene fundamento en el art. 26 de la Constitución Nacional prohíbe la condena por el hecho que no esté expresamente previsto como punible por la ley penal vigente al tiempo en que se cometió, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella.

El auto recurrido habrá de confirmarse, pero no por los argumentos expuestos en esa decisión, sino por los expresados en esta providencia, con la sustancial modificación de que NN debe ser juzgado como inimputable, y por estar satisfechos los presupuestos exigidos por el art. 481 del C. de P. Se trata de los delitos de acceso carnal violento y hurto calificado, sancionados en los arts. 298 y 350 del Código Penal, agravados en razón de lo dispuesto en los arts. 306, numeral 1º, y 351, numeral 9º, respectivamente, de la obra citada. Se revocará el beneficio de libertad concedido a ese sindicado, y como consecuencia se ordenará la detención preventiva, pues si hay fundamento para llamarlo a responder en juicio, con mayor razón para esta medida precauteladora, al tenor de lo dispuesto en el art. 439 de la obra procedimental citada. Se ordenará para este efecto la captura.

#### DECISIÓN:

Por lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de

la ley, obrando en desacuerdo con el concepto del señor fiscal 7º de la corporación, *confirma* el auto de proceder apelado, de que se ha hecho mérito, de la fecha y procedencia indicadas, en contra de NN (a. "El Loco"), por los delitos de acceso carnal violento y hurto calificado, cometidos en concurso, en las circunstancias de tiempo, modo y lugar anotadas en la parte motiva,

con la *modificación* de que al sindicado NN se le juzgará como imputable. *Revoca* la libertad y *en su lugar ordena la detención* del citado NN, por los delitos ya indicados. Librense las correspondientes órdenes de captura.

Aprobado en la fecha, según acta núm. 68.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Esta revista se terminó de imprimir en los talleres litográficos de Editorial Temis S.C.A., el día 23 de abril de 1982.

LABORE ET CONSTANTIA