

NUEVO FORO PENAL

NÓDIER AGUDELO BETANCUR

DIRECTOR

TAHÍ BARRIOS HERNÁNDEZ

COORDINADORA

Leihgabe Prof. Ambos

DOCTRINA

La distorsión del sistema penal
José María Rodríguez Devesa

La reforma de los preceptos sobre
la interrupción del embarazo en la
República Federal Alemana
Hans Joachim Hirsch

La acción material constitutiva del delito
de hurto en el nuevo Código Penal
colombiano
Jorge Enrique Valencia M.

Historia y crisis de la pena de prisión
Carlos A. Elbert

Diez últimos años de criminología argentina:
la epistemología del terror
Roberto Bergalli

18

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Inimputabilidad
por trastorno mental y nulidad supralegal por omisión
de indagaciones sobre ella en el proceso
Alfonso Reyes Echandía

TRIBUNAL SUPERIOR DE BUCARAMANGA.
Inimputabilidad. Requisitos de su existencia
Rodolfo Mantilla Jácome

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI. Inimputabilidad por
trastorno mental transitorio sin secuelas y cesación de
procedimiento
Edgar Saavedra Rojas

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN. Inimputabilidad
como fenómeno derivado
Édgar Tobón Uribe



CO/XIV

F/Z

2345

1983

MARZO • ABRIL

AÑO V ● Marzo ● Abril ● 1983 N° 18

Licencia en trámite

NUEVO FORO PENAL

REVISTA BIMESTRAL

NÓDIER AGUDELO BETANCUR

Director

TAHÍ BARRIOS HERNÁNDEZ

Coordinadora



Editorial TEMIS Librería

Bogotá - Colombia

1983

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

Nódiar Agudelo Betancur, 1983.
Editorial Temis S.C.A., 1983.
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

- La distorsión del sistema penal. Prof. José María Rodríguez Devesa 129
- La reforma de los preceptos sobre la interrupción del embarazo en la República Federal Alemana. Prof. Hans Joachim Hirsch 144
- La acción material constitutiva del delito de hurto en el nuevo Código Penal. Dr. Jorge Enrique Valencia M 160
- Historia y crisis de la pena de prisión. Dr. Carlos A. Elbert 170
- Diez últimos años de criminología argentina: la epistemología del terror. Dr. Roberto Bergalli 183

JURISPRUDENCIA

- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. **Inimputabilidad por trastorno mental y nulidad supralegal por omisión de indagaciones sobre ella en el proceso.** Ponente: doctor Alfonso Reyes Echandía 203
- TRIBUNAL SUPERIOR DE BUCARAMANGA. **Inimputabilidad. Requisitos de su existencia.** Ponente: Doctor Rodolfo Mantilla Jácome 209
- TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI. **Inimputabilidad por trastorno mental transitorio sin secuelas y cesación de procedimiento.** Ponente: Doctor Edgar Saavedra Rojas 213
- TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN. **Inimputabilidad como fenómeno derivado.** Ponente: doctor Edgar Tobón 218
- La problemática de la inimputabilidad en la vieja y en la nueva jurisprudencia. Doctor Nódier Agudelo 245

BIBLIOGRAFÍA

- JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal fundamental.* Doctor Fernando Velásquez V. 273

DOCTRINA

LA DISTORSIÓN DEL SISTEMA PENAL*

Prof. JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DEVESA

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Complutense. Madrid.

1. Decía GIACOMO DELITALA¹: “*La verità è che la crisi del diritto penale era già in atto prima dell'avvento della dittatura, ed il ricorso alla forza non à servito che a nasconderne i sintomi. Tanto è vero che, scomparse la dittatura, la crisi è splosa con i medessimi sintomi e nelle medessimi direttrici dell'altro dopoguerra. Segno che la dittatura non l'avevo risolta; che l'ordine non era della istituzione, ma imposto alla istituzione; apparente ed effimero perché fruto di violenza*”. Este patético testimonio de un eximio jurista da fe de la prolongada crisis en que las utopías y el seudocientificismo han sumido al derecho penal en cuanto parte integrante del total ordenamiento jurídico.

Uno de los síntomas más claros de esa crisis es la continua distorsión del sistema penal cuyos rasgos generales intentaré poner de manifiesto. El efecto de ella es, no solo un aumento de la cifra negra de la criminalidad, sino una desorientación del legislador que pretende atajar el incremento de los delitos que quedan impunes con incesantes y en ocasiones contradictorias modificaciones legales. La febril actividad legislativa no consigue, sin embargo, poner coto a la general ineficacia del derecho penal material.

La distorsión afecta tanto al plano real como al normativo que, sin conseguirlo, trata de acompasarse a las mutaciones sobrevenidas. El análisis que sigue obra con respecto a la realidad española, mas los datos que se manejan pueden extenderse, *servata distantia*, al resto del mundo occidental, si bien, como es obvio, en algunos países los fenómenos pueden ser más acentuados que en otros.

2. Tomamos como punto de referencia las diligencias previas instruidas, que reflejan las cifras de los delitos que han motivado una actuación judicial. Esta cifra es ciertamente mayor, como es natural, que el total de los delitos y faltas apreciados en sentencias condenatorias, ya que gran parte de dichas diligencias se archivan por múltiples motivos. El número de diligencias previas instruidas en 1950 fue de 102.047, en 1960 de 122.755², en 1971 se eleva-

* Escrito para el libro que en homenaje a GIACOMO DELITALA se va a publicar en Italia.

¹ GIACOMO DELITALA, “La crisi del diritto nella società contemporanea”, en *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, Milano, Giuffrè, II, 630.

² Cf. JAVIER MOSTAZA, en *Comentario sociológico. Estructura social de España 1973-7*, núms. 4-5 (dic.1973-marzo 1974), pág. 796.

ron a 237.299 y pasaron en 1980 a 637.074³. En treinta años las cifras se han multiplicado por seis. Estadísticamente, los homicidios⁴ pasaron de 18 en 1971 a 243 en 1980. En el mismo decenio los abortos ascienden de 99 a 169, las lesiones de 11.663 a 29.590, los delitos de auxilio e inducción al suicidio de 1.141 a 2.181, los cometidos contra la honestidad de 1.764 a 4.668, los robos⁵ de 40.148 a 186.031, los hurtos de 31.751 a 81.354, las estafas de 4.628 a 9.950⁶, los delitos de emisión de cheques en descubierto de 3.175 a 12.1467.

He elegido este grupo de delitos por considerarlos demostrativos del aumento de lo que se denomina agresividad, así como del menosprecio de la propiedad ajena. Entre los delitos contra la honestidad se destaca un predominio de las violaciones⁸. Puede estimarse que las cifras relativas a los delitos de homicidio recogen con exactitud el número de los cometidos. No ocurre igual con los demás grupos. Así, por ejemplo, en los abortos criminales la cifra negra se calcula ponderadamente entre 70.000 y 100.000 por año⁹. Es decir, la estadística, aparte de la tendencia general ascendente, no revela ni siquiera con aproximación las directrices de la criminalidad.

El exorbitante aumento de los delitos contra la propiedad no es más que una pálida imagen de lo que ocurre, porque la pérdida de la confianza en la administración de justicia conduce a que la mayoría de las infracciones criminales contra el patrimonio no se denuncien. Es frecuente el caso en que el perjudicado presenta una denuncia y se le dice que la policía o los juzgados tienen cosas más importantes en qué ocuparse. Aparte de los muchos supuestos en los que el afectado ignora que ha sido víctima de un fraude y acepta resignadamente la pérdida sufrida como formando parte de su destino. Las razones que llevan a denunciar son de tipo secundario, como la de dejar constancia para efectos de percepción de un seguro, la de "curarse en salud" ante la posible comisión de infracciones de tráfico o de delitos dolosos o culposos con el vehículo de motor que ha sido sustraído o por la pérdida de documentos de identidad.

³ Véanse la *Memoria elevada al gobierno nacional en la solemne apertura de los tribunales el día 15 de setiembre de 1972*, Estado B 1, y la *Memoria elevada al gobierno de S.M. en la solemne apertura de los tribunales el día 15 de setiembre de 1981*, Estado B 1.

⁴ Bajo el epígrafe "homicidio" se comprenden el homicidio simple, el parricidio y el asesinato.

⁵ Abarca el robo con violencia o intimidación en las personas y el robo con fuerza en las cosas que de ordinario, en el derecho comparado, es un hurto cualificado.

⁶ Nótese el gran volumen de estafas que no se incluyen aquí por ser sancionadas administrativamente como infracciones a la disciplina de mercados, aunque está fuera de toda duda que las defraudaciones en la sustancia, cantidad o calidad de las cosas que se entregan en virtud de un título obligatorio constituyen delito o falta de estafa según el art. 528 o 587, 3° del Código Penal español. Las autoridades o tribunales administrativos no deducen jamás el tanto de culpa a los tribunales penales como es preceptivo.

⁷ Las cifras precedentes han sido tomadas de las *Memorias* citadas *supra*, nota 3.

⁸ La aparición de violaciones en grupo se suma a las violaciones en general, al tiempo que se debilita la energía en perseguir los delitos relativos a la prostitución (los grandes rotativos la favorecen a diario con anuncios de "masajistas") y han desaparecido prácticamente del mapa penal los delitos de estupro y rapto consentido. Cfr. *Comentario sociológico*, núms. 35-36, julio-diciembre 1981, vol. II, pág. 572.

⁹ Véase a JOSÉ MARÍA DELEYTO, "El aborto en España. Estudio estadístico sobre la interrupción del embarazo en nuestro país", en *Tribuna Médica*, núm. 477 (1° diciembre de 1972).

El tráfico de drogas merece una mención singular. En 1976 fueron detenidas por tenencia y tráfico de estupefacientes 3.354 personas; en 1980 fueron 9.166. Es importante advertir que "según los expertos judiciales y policiales en la materia *solo se controla un 10 por 100 del tráfico clandestino real*"¹⁰. Los robos en oficinas de farmacia para procurarse drogas pasaron de 60 en 1976 a 1.495 en 1980¹¹. La *Memoria* de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias de 1980 afirma que un 80 por 100 de la población reclusa se droga¹². Alrededor de las drogas proliferan todas las formas de delincuencia, entre las que hay que incluir desde el tráfico de recetas¹³ hasta el asesinato de los que tratan de romper la "ley del silencio".

3. Para DELITALA¹⁴ la explosión de delitos es acaso el menos grave de los síntomas de la crisis del Estado, aunque pienso que su significación no debe ser minimizada como tampoco la impotencia de los poderes públicos que revela. La gran convulsión que significó nuestra trágica guerra civil fue anunciada en los meses que la precedieron por un brusco aumento de la criminalidad, delatora de una absoluta falta de respeto a la ley que los elementos moderados del gobierno eran incapaces de imponer a sus propios partidarios.

Mas, aun admitiendo con DELITALA que la verdadera crisis se abre "*quando la rebellione è intesa come giustizia, come una forma di lotta per un nuovo diritto*", la situación es alarmante porque el número de los delitos contra la seguridad interior del Estado pasó de 2.275 en 1971 a 6.865 en 1980. También aquí la cifra negra es considerable. La prensa periódica muestra repetidas noticias de graves tumultos y desórdenes públicos sin que los protagonistas sean detenidos o, si se los detiene, son puestos casi inmediatamente en libertad. Incluso ocurre que cuenten con la complacencia o la pasividad más absoluta de las fuerzas de seguridad. El ejemplo más significativo en el aspecto internacional lo ofrecen los agricultores franceses volcando y quemando camiones de transporte españoles o italianos con el beneplácito y a veces la protección de las autoridades francesas.

4. El desprecio más completo por la ley penal culmina con el fenómeno del llamado "terrorismo"¹⁵: No debe desconocerse su complejidad. Hay un terrorismo estatal, ejercido desde la propia ley o por medio de "grupos incontrolados" o "policías paralelas" que actúan desde dentro del propio organismo del Estado o sabiendo de antemano que este cerrará los ojos ante los crímenes más horrendos aunque se cometan con la abierta participación de las fuerzas de seguridad estatales. Hay un terrorismo "social" que pretende mejoras para las clases más necesitadas y oprimidas. Hay un terrorismo "político" de variados signos, aunque predomina, con apoyo de la URSS y otros países del área mar-

¹⁰ Cfr. *Comentario sociológico*, núms. 35-36, julio-diciembre 1981, vol. II, pág. 575.

¹¹ Cfr. *Comentario sociológico*, núms. 35-36, julio-diciembre 1981, vol. II, pág. 576.

¹² Cfr. *Comentario sociológico*, núms. 35-36, julio-diciembre 1981, vol. II, pág. 629.

¹³ Cfr. *Comentario sociológico*, núms. 35-36, julio-diciembre 1981, vol. II, pág. 650.

¹⁴ GIACOMO DELITALA, *loc. cit.*, 634.

¹⁵ Véase a LESTER A. SOBEL, *Political Terrorism*, vol. 1, Clío Press, Oxford, 1975; vol. II, 1974-78, Clío Press, Oxford, 1978, con la colaboración de diversos autores.

xista¹⁶, el terrorismo de grupos revolucionarios de izquierda que buscan la transformación violenta de las formas políticas acudiendo a las "guerrillas" o "comandos" que no vacilan en asesinar, robar, torturar, secuestrar o capturar rehenes.

La más importante nota diferenciadora respecto a la criminalidad ordinaria es, sin duda, la jactancia, la reivindicación de la paternidad del delito cometido en lugar de ocultarla. Los medios de comunicación social multiplican de este modo el efecto intimidatorio consiguiendo mediante la concentración de noticias una resonancia que no lograrían de otra manera¹⁷. Una serie de asesinatos de personas sin relieve encuentran su única razón de ser en el prurito de que se publique la noticia amedrentadora. Una poderosa orquesta internacional apoya la acción de grupos minúsculos otorgándoles unas dimensiones de las que carecen. La impaciencia revolucionaria relega a un segundo término el adoctrinamiento para hacer pasar a un primer plano la acción. La ideología, piensan, vendrá después. Tras el ingreso en los grupos que actúan, la salida es prácticamente imposible. El que ha entrado en la organización, aunque fuera en los escalones más bajos, será tratado como traidor y ejecutado sumariamente si da signos de arrepentimiento. Algunas organizaciones, como los "montoneros" en la Argentina, llegan a disponer de armamento semipesado y dicen auténticos códigos penales para mantener la disciplina interna.

El coronel de infantería ANDRÉS CASSINELLO PÉREZ, en su estudio fechado el 1º de mayo de 1982 sobre "E.T.A. y el problema vasco", proporciona los datos más completos disponibles hasta hoy sobre las actividades de esta organización¹⁸. Desde que el 7 de junio de 1968 dieron muerte a un guardia civil hasta el 1º de mayo de 1982, en números absolutos hubo 349 asesinados y 492 heridos que "pueden descomponerse de la siguiente forma: guardias civiles 103 y 121; policías nacionales 37 y 80; cuerpo superior de policía 25 y 11; militares, exceptuando la guardia civil, 32 y 7; y finalmente, paisanos 152 y 273 respectivamente". Durante este periodo "64 terroristas fueron muertos, de los cuales 41 lo fueron en enfrentamientos, 2 ejecutados, 12 en acciones de incontrolados y 9 en accidente sufrido por ellos mismos".

La escalada de ETA se inicia en 1974. Antes había causado siete muertes. En 1974 y 1975 los asesinatos se elevan a 35 y de 1976 a 1982 son 305. Obsérvese cómo, a pesar de que el número de efectivos armados se calcula en unos doscientos hombres, "divididos en unos 20 o 30 de plena dedicación (ilegales) y el resto de dedicación ocasional (legales)", se supone que una asociación criminal de este tipo, sujeta a una constante sangría por las continuas deten-

¹⁶ Véase a BRIAN CROZIER, "Soviet support for international terrorism", y "Arab support for terrorism", en *International Terrorism: Challenge and Response. Proceeding of the Jerusalem Conference on International Terrorism* (2-5 julio 1975), The Jonathan Institute, Jerusalén, 1980, págs. 64 y ss. y 73 y ss.

¹⁷ Véase *International Terrorism* cit., págs. 221 y ss.

¹⁸ Véase a ANDRÉS CASSINELLO PÉREZ, *E.T.A. y el problema vasco*, comunicación al Seminario sobre Terrorismo Internacional (Madrid, 10-12 junio 1982) organizado por el Instituto de Cuestiones Internacionales (no publicado). Las cifras que se dan a continuación han sido tomadas de este trabajo. Las siglas E.T.A. (*Euscadi ta Askatasuna*), significa "País Vasco y Libertad".

ciones, implica la existencia de una organización de apoyo estimada por encima de las 150.000 personas. La impotencia del Estado para imponer el cumplimiento de las leyes obedece a diversas manifestaciones. La más llamativa me parece que es la exacción del llamado "impuesto revolucionario". Son pocas personas las que se resisten a pagarlo, porque se exponen a sanciones que van desde el asesinato, al tiro en la rodilla o a un prolongado secuestro, hasta ahora llevados a cabo con insolencia e impunidad. Un segundo exponente es la inhibición ciudadana. Quienes presencian un secuestro o un asesinato no se atreven a intervenir para evitarlo por temor a la hipotética presencia de comandos que protejan a los ejecutores. Se ha perdido en el país vasco la espontaneidad y se ocultan las ideas ante la posibilidad de que el interlocutor sea un confidente de la ETA. Hay un retraimiento en los testigos, de cuya falta de colaboración con la administración de justicia se lamenta el fiscal general del Estado¹⁹. Sin embargo, tal actitud es fácilmente explicable, pues la represalia es segura; la ausencia de protección una vez terminado el proceso es absoluta, un proceso que concluye en la mayoría de los casos con sentencia absolutoria o imponiendo una condena leve, mientras que la organización criminal no olvida y está siempre presente en la imaginación de los testigos.

Los autores de delitos atroces no se limitan a reivindicarlos para el grupo a que pertenecen. Cuando tienen que comparecer ante un tribunal niegan al Estado toda competencia para conocer de su caso, se niegan a responder a las preguntas y se proclaman prisioneros de guerra, manteniendo la más estricta disciplina incluso en los establecimientos penitenciarios. Encuentran abogados que secundan su actitud o se prestan a servir de enlaces para transmitir consignas e informaciones de unos detenidos a otros. Antes de la instauración del sistema político pluralista el pretexto era la lucha contra la "dictadura". Después se han arrojado cínicamente las máscaras renunciando a una pacífica confrontación electoral perdida de antemano.

5. La distorsión del sistema penal se ajusta dentro del marco de la crisis aguda del derecho punitivo de cuyos índices más notorios queda hecho mérito. La dinámica del sistema se inicia con la actividad policiaca que suministra la base para el proceso, a cuyo final, tras aplicar la ley, el condenado a sufrir una pena privativa de libertad es puesto en manos de la administración penitenciaria para que cumpla la pena impuesta. Hago caso omiso de las restantes clases de penas porque la pena privativa de libertad, pese a los múltiples sustitutivos ideados y a la multiplicidad de otras sanciones penales, sigue constituyendo el núcleo principal de nuestro repertorio sancionador, la manera más enérgica de reprobar las conductas delictivas y, en último término, la pena que se aplica cuando cualquiera otra clase de penas son quebrantadas.

El sistema ha de tener por objeto la efectiva aplicación del derecho penal material. Distorsión equivale a dislocación, falta de compenetración entre los

¹⁹ La *Memoria del Fiscal General del Estado* correspondiente a 1981, 148, señala "la casi total abstención ciudadana en orden a colaborar con la administración de justicia en calidad de testigos".

distintos elementos que lo integran, a que cada uno de los factores que intervienen en la aplicación de la ley se independice y desconecte de los demás, suvalorando sus funciones en lugar de subordinarse al objetivo común a todos ellos de evitar que queden impunes los delitos cometidos. Si la policía o los funcionarios de prisiones se subrogan en el papel reservado de modo exclusivo al juez; si este, al imponer una pena es incapaz de calcular de antemano cuál es la sanción que en realidad impone, o abdica en los cuerpos de seguridad del Estado la tarea, por demás penosa, que le está atribuida, estamos ante una degeneración del sistema penal en la medida en que el poder legislativo entra en una vía muerta desde el momento en que sus previsiones no se cumplen.

La distorsión, aparte de una radical desconfianza en la administración de justicia, genera entre otros males una particular corrupción. El que ha cometido un delito o falta se transforma en una víctima del azar en lo que a las consecuencias de la acción realizada se refiere, que no deberían ser otras que la pena que la ley señala. Es un "chivo expiatorio" elegido entre mil para ser inmolado en aras de un orden jurídico debilitado por su desigual aplicación. La creciente distorsión del sistema facilita que se generalicen prácticas viciosas cuando no criminales. Detenciones arbitrarias, escandalosas absoluciones, incumplimiento de los fines de la pena. En suma, descrédito de un Estado incapaz de arbitrar otros remedios que la incesante proliferación de disposiciones legislativas inútiles.

6. Para ser respetada la ley demanda la cooperación de múltiples personas. Abstracción hecha de los ciudadanos, sin cuyo apoyo se convierte en letra muerta, sobresalen los funcionarios a quienes se encomiendan tareas policiales, judiciales o penitenciarias. A la policía se le confía la búsqueda y captura de los delincuentes, a los jueces la decisión, previo un proceso, sobre si se ha infringido o no la norma, a los funcionarios de prisiones se les pide que velen por el cumplimiento de la condena. Su grado de preparación es muy distinto. Los cuerpos de seguridad requieren conocimientos de criminalística y entrenamiento físico, sin precisar estudios en una facultad de derecho. Los jueces han de tener una formación jurídica —salvo que sean escabinos o jurados— y, en España, se seleccionan mediante una dura oposición seguida de estudios en la Escuela Judicial. Los funcionarios de prisiones se reclutan por medio de oposición y han de seguir después unos cursos en la Escuela de Estudios Penitenciarios, mas no se les pide el título de Licenciado en Derecho.

Las exigencias que se plantean a cada uno de los estamentos referidos se han alterado por el continuo incremento espectacular de la criminalidad, frente al cual quedan constantemente rezagados los medios destinados a combatirla. La saturación a que hay que hacer frente en los tres planos, policial, judicial y penitenciario, ha originado un paulatino y evidente desplazamiento de los fines asignados a cada uno de los elementos que integran el sistema, desconectando la esfera judicial de las otras dos.

La policía se dedica con preferencia a dar custodia a las personas que se supone corren mayor peligro por su *status* político²⁰ y a recoger pacientemente información sobre proyectos de posibles hechos delictivos²¹, sin reparar muchas veces en los medios. Usa confidentes, agentes provocadores y, por qué no decirlo, formas más o menos sofisticadas de tortura ante las que la sociedad y el Estado cierran los ojos si se ven coronadas por el descubrimiento de un arsenal de armas y explosivos o conducen a la detención de peligrosos delincuentes. Esto la obliga a seleccionar entre los delitos que llegan a su conocimiento los de mayor gravedad y a concentrar su actividad en aquellos que tienen mayor trascendencia en la opinión pública, como asesinatos, secuestros, robos a mano armada, gran tráfico de drogas, depósitos de armas o municiones, etc. Los delitos de menor cuantía a sus ojos, como los hurtos, daños²², estafas²³, apropiaciones indebidas, e incluso algunos como el espionaje que prolifera por doquier, pasan a un segundo término y no solo quedan archivados, sino que se recomienda al denunciante, si lo hay, que "no insista porque no va a conseguir nada". Cuando se acude a la policía para contener disturbios provocados por manifestaciones legales o ilegales que se transforman en alteraciones del orden público, se limita a emplear la fuerza en lugar de detener a los que levantan las barricadas o incendian vehículos, por no hablar de los meros asistentes a una manifestación criminal, y ponerlos a disposición de la autoridad judicial. A ello se añade que cuando hay que proceder a la detención de "sospechosos" de haber cometido determinado delito, la selección se basa en criterios externos. La falta de aseo personal, los antecedentes penales o policiales por delitos anteriores²⁴ son criterios decisivos, sin tocar a los que ocupan una posición de apariencia respetable.

7. La administración de justicia, sobrecargada en las grandes ciudades, deja eternizarse los asuntos. En las prisiones, el número de personas que se hallan en situación de prisión preventiva iguala o sobrepasa al de los que cumplen condena²⁵. El tiempo medio de espera hasta que recae sentencia firme gira en torno a los dos años y medio²⁶, dándose casos de más de cuatro y

²⁰ Las rigurosas consignas que reciben impiden a los policías encargados de estas misiones atender a otros delitos, aunque se cometan en su presencia, ante la posibilidad de que tengan la finalidad de atraerlos para poder cometer un atentado.

²¹ Sin que al comprobar estos hechos se inicie un procedimiento penal que traduzca en condenas las informaciones recibidas. Obsérvese que en el derecho español la conspiración para delinquir es punible cualquiera que sea el delito de que se trate.

²² Para impulsar el procedimiento ha de concurrir una particular energía del perjudicado.

²³ El escandaloso tema de las repetidas estafas ha creado un clima de fraude generalizado y de indiferencia, pasividad y resignación que se refleja en el desplazamiento de las sanciones penales por las administrativas por "infracciones a la disciplina de mercado" que incluyen los fraudes en la sustancia, cantidad o calidad de los alimentos de que a diario son víctimas los consumidores.

²⁴ Cfr. ROBERTO BERGALLI, *La recaída en el delito: modos de reaccionar contra ella*, Barcelona, 1980, pág. 261.

²⁵ Cfr. FRANCISCO MUÑOZ CONDE y VÍCTOR M. MORENO CARENA, *La prisión provisional en el derecho español*, en *La reforma penal y penitenciaria*. Universidad de Santiago de Compostela, 1980, 410 y ss. De los 10.463 reclusos existentes en 1978, había 6.100 entre procesados, detenidos, internados preventivamente por la ley de peligrosidad o con expediente en tramitación por infracciones administrativas. En 1980 el número de internos se elevó a 16.012 personas, de las que el 62.13 por 100 eran preventivos (pág. 430).

²⁶ Según se deduce de los datos individualizados que aportan MUÑOZ CONDE y MORENO CARENA, *loc. cit.*, de fuentes oficiales.

cinco años. Los jueces son impotentes para remediar tal estado de cosas. Baste indicar que en Madrid hay veinticuatro juzgados de instrucción y que cada día entran en el Juzgado de Guardia de seiscientos a ochocientos asuntos. Los medios de que disponen son ruines. El personal auxiliar, por ejemplo, es inferior en número, contra el más elemental sentido común, al de órganos jurisdiccionales, de tal modo que un auxiliar presta sus servicios en dos juzgados. La penuria de medios materiales es vergonzosa. A este prolongado deterioro de la situación se debe, con rarísimas excepciones, la ausencia de contacto con los inculpados. La iniciativa de la prueba queda en manos de las partes, trasformando en la práctica el proceso penal de inquisitorio en declarativo. Las audiencias se simplifican, se conmina a las partes a la brevedad y se da la impresión de estar prejuzgando el fallo. Es normal un considerable retardo en notificar las sentencias²⁷. Al menos en las grandes ciudades, los jueces llegan tarde y se marchan pronto del juzgado. Cuando todo el tiempo sería poco para dedicarlo a su ingrata misión, se les encuentra en las más variadas comisiones o dedicados a la enseñanza en la Universidad estatal o en las privadas.

La estricta aplicación de la ley ha dejado de preocupar. No tengo noticia de que en los sumarios se realice una investigación sobre la personalidad del procesado, que el Código Penal obliga a tener en cuenta si no concurren circunstancias atenuantes ni agravantes. Ni tampoco sobre la situación económica del reo, que ha de ponderarse preceptivamente cuando se imponga una pena de multa. Lo peor, a mi modesto entender, es que al dictar sentencia el juez o el tribunal ignora cuál es la pena que en realidad impone, sujeta como está a las vicisitudes penitenciarias o al pésimo funcionamiento de los controles previstos para las penas que no sean privativas de libertad. Las cosas tienden a empeorar a corto plazo²⁸. Quizás la raíz del problema reside en que nadie desea un poder judicial fuerte, que no distinga colores políticos a la hora de enjuiciar un asesinato, un robo o un allanamiento de morada²⁹.

8. La superpoblación de las prisiones³⁰ está en el fondo de la desacreditada ideología del tratamiento a la que se aferran los penitenciaristas. Lo importante es vaciar las cárceles saturadas. Durante el Coloquio sobre *las nuevas*

²⁷ *Comentario Sociológico*, núms. 35-36, vol. II, 1981, pág. 625: "De todos es sabido que en algunos juzgados hay más de 200 sentencias pendientes de ejecución..." 28) Porque es imposible un drástico aumento de la noche a la mañana de jueces y funcionarios de prisiones preparados. Ni aumentar el número de establecimientos penitenciarios sin enojosos trámites administrativos.

²⁸ Cfr. *Comentario Sociológico*, núms. 35-36, vol. II, 1981, 625: "nuestra administración de justicia no funciona". La *Memoria del Consejo General del Poder Judicial* de 30 de mayo de 1981 afirmaba que "estamos llegando al colapso en la Administración de Justicia si no se acomete el problema ya".

²⁹ Consejo General del Poder Judicial, *Memoria*, 1982, pág. 29: "Las autoridades y funcionarios judiciales tienen conciencia de que la Administración de Justicia ha sido largamente desatendida por los restantes poderes públicos" y que trascurrido un año desde la Memoria anterior, "el servicio de la justicia sigue siendo desatendido" (pág. 30).

³⁰ Cfr. HANS-HEINRICH JESCHECK, *La crisi della politica criminale* (trad. María Malerna), en *Metodologie e problemi fondamentali della riforma del Codice penale*, Nápoles, Jovene Editore, 1981, pág. 111, refiriéndose a los Estados Unidos, habla de que "nessuno crede più che sia rialzabile un'efficace risocializzazione nelle sovraffollate carceri americane, soprattutto nelle jails locali del tutto insufficienti a tal fine".

tendencias de la política criminal, organizado por la Fundación Internacional Penal y Penitenciaria y celebrado en Siracusa del 15 al 19 de febrero de 1982, se rebasó el tema principal desplazado por la asistencia de numerosos directores de administraciones penitenciarias. Surgió un vivo debate sobre el tratamiento de los reclusos. Nadie, sin embargo, se atrevió a defender el sentido que se daba a la palabra hace unos decenios como método de trasformar la personalidad del recluso. Todos insistieron, no obstante, en que había que hacer algo, que no llegó a concretarse con exactitud. Es la misma idea formulada en el Congreso de Londres de las Naciones Unidas en 1960, de "resocializar" al delincuente, y que se abandonó en el Congreso de Ginebra de 1975 al advertir algo tan obvio como que ha de contarse con la voluntad de cooperar por parte del sujeto a la resocialización, al igual que es imposible enseñar inglés al que no quiere aprenderlo. El mito de la resocialización³¹ sigue en pie, lo mismo que el del tratamiento nacido cuando se pensaba que el delito era una sociopatía cuyo paralelismo con la enfermedad somática inducía a adoptar remedios médicos para "curar" al autor del delito, a un enfermo social³². Pero en ninguna parte se han conseguido resultados positivos a pesar de que, si nos remontamos a los correccionalistas, esta dirección de pensamiento, con variados matices, viene impregnando la ciencia penitenciaria hace más de cien años.

Las administraciones penitenciarias se defienden alegando que jamás han dispuesto de los recursos necesarios para "tratar" a los reclusos, que carecen de equipos de especialistas y de establecimientos diversificados para obtener los resultados apetecidos. Mas es notable que Estados Unidos y Suecia, los dos países que han consagrado mayores esfuerzos para conseguir plasmar la idea del tratamiento, vivan momentos de gran escepticismo³³. Se disipan las nubes de conceptos utópicos para dejar paso a los hechos. Jamás ningún Estado, por grandes que sean sus recursos, dedicará sus preferencias a quienes infringen la ley cuando existen problemas como el paro, la inflación, las escuelas, etc., que tienen prioridad. Una mayor liberalidad con los grupos minoritarios ha llevado también en el mundo occidental a reconocer que el Estado carece de derecho a pedir que una persona modifique su escala de valores. Los valores estatales no pueden ser impuestos a nadie, que es en definitiva el fin del tratamiento cuando incide sobre la personalidad del recluso.

Hay conciencia de que vivimos en una sociedad injusta: yo diría que toda sociedad trae en sí un germen de injusticia, lo mismo que toda ley, por su carácter abstracto, no significa nunca más que una tosca aproximación al ideal de la justicia al descender al caso concreto donde nos encontramos con el misterio insondable del alma humana. Lo cierto es que, desde el punto de vista del tratamiento, hay delincuentes que no necesitan ser tratados, ni corregidos, readaptados o resocializados porque ya lo están; otros no pueden serlo por el arraigo de los hábitos adquiridos que los clasifican como incorregibles; y otros

³¹ Cfr. FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *La resocialización del delincuente. Análisis y crítica de un mito*, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 7, 1979.

³² Cfr. JESCHECK, *loc. cit.*, pág. 109.

³³ Véase a JESCHECK, *loc. cit.*

no quieren modificar su concepción del mundo, y que si lo modificaran, como en *La naranja mecánica*³⁴, quedarían indefensos al retornar al medio en que han de vivir una vez recobrada la libertad.

Sería necio, empero, subestimar la experiencia de los hombres que cotidianamente se encaran con los problemas de nuestras prisiones. Allí se encuentran con el producto del sistema, con las personas que les envían la policía y los jueces. Muchos son analfabetos, carecen de oficio, llevan una vida desordenada, pertenecen a familias deshechas. Pacientemente, heroicamente, una serie de abnegados funcionarios se esfuerzan por dignificar al recluso, enseñarle a leer y escribir, proporcionarle estudios y conocimientos que mejoren sus posibilidades al salir de la prisión³⁵. Inspira más compasión que furor.

La gran falacia del tratamiento estriba en obrar con un factor imprecisable como es el de la personalidad del delincuente. Prescindiendo de la vaguedad de esta etiqueta y de que la personalidad, en cualquier hipótesis, no es una magnitud fija sino variable a lo largo de la vida, condicionada por el ambiente, de manera que no es la misma en el momento que el sujeto comete el delito que mientras está en prisión provisional en espera del juicio o cumpliendo condena, ni cuando recupera la libertad, circunstancias todas que inciden en su mundo circundante. De sobra es conocido que el "buen preso", el que mejor se adapta al régimen de la prisión, es el delincuente habitual acostumbrado a frecuentarla, que sabe lo que se va a pedir de él para dejarle en paz y anticipar su liberación. El primario es el rebelde, el inadaptado, el que no responde al "tratamiento", expuesto a sanciones disciplinarias, por no hablar de las vejaciones a que se ve sometido por los malhechores endurecidos en cuyas manos está la vida de la prisión³⁶.

9. La realidad en España, frente a un mundo doctrinal y legal de fantasías, es penosa³⁷. Las cifras son elocuentes. Para una población reclusa media de más de 20.000 personas hay menos de 13.000 plazas³⁸. Los números no traducen, a pesar de todo, la situación. En una prisión recién inaugurada para

³⁴ Cfr. FRANCISCO BUENO ARÚS, *La ley penitenciaria y las cárceles españolas*, en *Razón y Fe*, núm. 1007, abril 1982, pág. 355.

³⁵ Según una encuesta realizada en 1980 en la prisión de Carabanchel (Madrid) entre 500 reclusos, los resultados fueron: hijos de obreros, 64%; de padres con profesiones liberales, 8,2%; de empleados 12%. Respecto a estudios la citada encuesta dio: estudios medios, 22,4%; de enseñanza general básica, 27%; primarios, 16,2% analfabetos 8,6%. *Comentario Sociológico*, núms. 35-36, vol. II, 1981, pág. 626.

³⁶ El director general de instituciones penitenciarias se lamentó recientemente de que "en una galería de Carabanchel hay 500 presos y 2 funcionarios" (*Pueblo*, de 8 de marzo de 1982). Sobran las glosas.

³⁷ El director general de instituciones penitenciarias manifestó a *El País* el 13 de noviembre de 1981: "La ley penitenciaria estaba muy alejada de la realidad española; es una ley muy ambiciosa. La realidad es muy diferente...". Los ambiciosos objetivos siguen sin cumplirse, aunque la ley data de 1979.

³⁸ Según FRANCISCO BUENO ARÚS, *loc. cit.*, 357, la población media reclusa española en 1975 era de 8.440 personas, en 1981 de 21.185, y al 1° de marzo de 1982 de 23.291. Pero el total de los que han pasado por una prisión en los mismos años, es superior a la media, a saber, 39.061 en 1975, 57.860 en 1980 y 59.817 al 1° de marzo de 1982. *Ibidem*.

doscientos jóvenes menores de veintiún años había quinientos internados y menos de una docena de funcionarios, lo que suscitó en setiembre de 1981 un motín con grandes destrozos. Hay cuatro funcionarios de prisiones por cada 100 reclusos cuando la media en Europa es de 26 por 100³⁹. Sobre especialistas, un botón de muestra: en la cárcel de Carabanchel había un equipo de una sicóloga, dos criminólogos, un pedagogo y un jefe de equipo para una población reclusa de 1.678 personas⁴⁰.

Si se buscan las verdaderas razones de la obstinada insistencia de los penitenciaristas en hallar sustitutivos de la pena de prisión, fomentar instituciones que reduzcan la duración de las condenas, graduar la ejecución por los "progresos" del delincuente en el camino de su rehabilitación, encontraremos dos fundamentales. La primera, vaciar, como sea, las prisiones, descargarlas del exceso de población reclusa, siempre superior a la capacidad física de albergue en condiciones regulares de vida. La segunda es poder mantener con los escasos efectivos personales de que se dispone un mínimo de disciplina carcelaria, indispensable en toda concentración humana. Una sanción que implica el retroceso de grado aleja las perspectivas de libertad, la concesión del traslado a una prisión abierta o de mínima seguridad supone ya *de facto* la libertad. Añádase que la inflación devora los presupuestos para alimentación de por sí escasos⁴¹. Todos los remedios son baldíos. La noria de la justicia sigue vaciando lenta e inexorablemente mayor cantidad de presos, pese a la condena condicional, la libertad condicional, los beneficios penitenciarios de toda clase, los permisos que circunstancialmente reducen la densidad penitenciaria, el aumento de penas de multa y penas no privativas de libertad. Las cifras crecen desacompadadamente mientras las plantillas de funcionarios permanecen fijas y los establecimientos, construidos para un número específico de internos y no para una población cuatro o cinco veces mayor, carecen de una elasticidad que no logra tampoco el ritmo de construcción de nuevas prisiones.

10. La legislación manifiesta una tendencia a consagrar la distorsión del sistema. La Constitución española de 1978, en su art. 55.2, admite que pueden suspenderse algunas garantías políticas "para personas determinadas, en relación con investigaciones correspondientes a la actuación de bandas o elementos terroristas". La ley orgánica 11 de 1980, de 1° de diciembre, al desarrollar este precepto constitucional concreta que las personas de que este trata "son aquellas que, presuntamente integradas o relacionadas bien con elementos terroristas, bien con bandas armadas que incidan gravemente en la seguridad ciudadana, planeen, organicen, ejecuten, cooperen o inciten de modo directo,

³⁹ Cfr. FRANCISCO BUENO ARÚS, *loc. cit.*, págs. 358 y ss.

⁴⁰ *El País*, de 13 de agosto de 1981.

⁴¹ *Comentario Sociológico*, núms. 35-36, vol. II, 1981, pág. 628: "La insuficiencia de las raciones alimentarias hace que se permita la entrada de paquetes de comida en las prisiones, en los que a veces se incluyen otras cosas, como drogas y armas". En una visita que realicé en el mes de julio de 1982 a la prisión "La Reforma" en San José de Costa Rica, un establecimiento modelo, pude comprobar los devastadores efectos de la inflación y los esfuerzos para paliarlos mediante cultivos y cría de animales estabulados.

a la realización de las acciones” que se especifican, “así como a quienes, una vez proyectadas, intentadas o cometidas las mismas, hiciesen su apología pública o encubriesen a los implicados en ellas”. Las acciones mencionadas (art. 1º, 2) son: “a) delitos contra la vida y la integridad física; b) detenciones ilegales bajo rescate o bajo cualquier otra condición y detenciones ilegales con simulación de funciones públicas; c) tenencia o depósito de armas, municiones o explosivos, así como su adquisición, fabricación, transporte o suministro; d) coacciones, amenazas o extorsiones; e) incendios y otros estragos; f) delitos contra la seguridad exterior del Estado; y g) delitos directamente conexos con los anteriores y, en general, los que el Código Penal califique como terroristas”, aunque desde el 28 de diciembre de 1978 el *nomen iuris* de terrorismo ha desaparecido de la geografía penal.

Por esta vía se ha legalizado el que los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado puedan prolongar la detención de los sospechosos hasta diez días, mantenerlos incomunicados por ese tiempo, penetrar en cualquier lugar o domicilio donde se suponga que se han refugiado y practicar en ellos registros sin previa autorización judicial, e intervenir las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas por un plazo de hasta tres meses prorrogables. Todo ello bajo un control judicial *a posteriori* y, eso sí, con obligación de indemnizar los posibles perjuicios dimanantes de errores⁴². Las dos coordenadas límites, el sospechoso y los delitos conexos, permiten extender estas excepcionales facultades policiales y no importa qué clase de personas y delitos.

11. La legislación penitenciaria, antes de modo solapado y ahora abierto, contradice lo que dispone el Código Penal que no se han tomado la molestia de modificar para mantener al menos una mínima concordancia. La llamada *redención de penas por el trabajo* se introdujo en 1937 para moderar las elevadas penas del Código de Justicia Militar y se incorporó al derecho común con la reforma de 1944, que estableció la equivalencia de un día por cada dos de trabajo (art. 100). Esa proporción no se ha respetado nunca, admitiendo redenciones “extraordinarias” por los más diversos motivos, como estar al lado de los funcionarios en momentos difíciles, donaciones de sangre, estudios, etc., e incluso, desde la reforma del reglamento de los servicios de prisiones de 1956 en 1977, a supuestos en que el penado no trabaja, lo que ha adquirido rango de legal con la ley orgánica general penitenciaria de 1979 que exceptúa (art. 29) de la obligación de trabajar a los sometidos a tratamiento médico, los que padezcan incapacidad permanente para toda clase de trabajos, los mayores de 65 años, los perceptores de pensiones por jubilación, las mujeres embarazadas seis semanas antes y ocho después del alumbramiento, y a los internos que no lo puedan hacer por “razón de fuerza mayor”⁴³. Además admite a disfrutar de

⁴² Una relación de las reiteradas disposiciones españolas y del derecho comparado en FRANCISCO BUENO ARÚS, *Legislación penal y penitenciaria comparada en materia de terrorismo*, comunicación no publicada al Seminario sobre terrorismo internacional, celebrado en Madrid del 10 al 12 de julio de 1982.

⁴³ A causa de la falta de trabajo en las prisiones, FRANCISCO BUENO ARÚS da para los 21.181 de media de población reclusa en 1981 un número de 2.554 reclusos trabajadores. Sin comentarios.

este beneficio a los que se hallen en prisión preventiva y trabajen por su propia voluntad. Se burla el límite de seis meses y un día que establece el Código Penal en el art. 100, lo mismo que se prescinde de ese mismo límite en lo que se refiere al *sistema progresivo*, que dicho sea de paso ha sido sustituido, de nuevo sin modificar el art. 84 del Código Penal, por el de “individualización científica”, cambiando la denominación de “periodos” que usa el Código por la de “grados”. El Código Penal (art. 98) establece la *libertad condicional* para los “sentenciados a más de un año de privación de libertad” y que cumplan los requisitos que se establecen en él. El reglamento penitenciario de 1981 hace caso omiso de ellos al partir de un mes y un día y prescindir de la condición de haber cumplido las tres cuartas partes de la condena para aquellos que tengan setenta años o los cumplan mientras extinguen la condena, y para los que sufran enfermedades muy graves con padecimientos incurables (art. 60), lo que puede conducir a que la pena quede en nada si se clasifica al penado en el tercer grado. El Código Penal admite la acumulación de los beneficios de la redención de penas por el trabajo para los efectos de obtener la libertad condicional, con lo que la pena queda reducida en principio a la mitad teóricamente. El reglamento penitenciario de 1981 va más allá, porque, sin base en ley alguna, ha introducido el *beneficio* de adelantar el periodo o grado de la libertad condicional en cuatro meses por cada año de prisión efectiva (art. 258) a los penados que se porten bien.

12. Describir la dislocación del sistema penal no es en exceso difícil. Tampoco augurar que se está produciendo una desintegración crítica. Ahora bien, el jurista es por naturaleza conservador, lo cual no es, sin más, una opinión peyorativa. El conservadurismo es bueno si se trata de conservar lo bueno, malo si de conservar lo malo. Es conservador porque una cosa es elaborar las leyes y otra, nada fácil, familiarizarse con su interpretación y aplicación. Cuando una concepción del mundo se instala en una sociedad, su abandono no es nunca súbito y sin tenaces resistencias. Recordemos la prolongada lucha que ha precedido a la admisión del derecho de los trabajadores a sindicarse en defensa de sus legítimos intereses, algo que hoy está fuera de duda en el mundo occidental.

El cambio no es siempre indoloro. Las convulsiones de las prisiones españolas en los últimos años, con sangrientos episodios, prolongadas huelgas de hambre, daños considerables en los edificios y enseres, son anuncio de que algo disuena pese a las hermosas palabras de la ley. Los protagonistas de los sucesos no saben exactamente lo que quieren, ignoran cuál es la solución y desconocen las eruditas disertaciones de los académicos que observan con curiosidad los fenómenos y cambian impresiones entre sí en interminables coloquios, jornadas, simposios, congresos, mientras la vida discurre por otros caminos, ajenos a los de quienes se obstinan en continuar por los surcos abiertos decenios antes.

Me atrevería a decir que es preciso detenerse y revisar las ideas recibidas, lo que no apunta a un rechazo global. Media una experiencia que hay que asimilar. Hoy nos parece de una ingenuidad sorprendente la obstinada actitud

de FERRI⁴⁴, que todavía en 1927 mantenía como un dogma que "la antropología criminal ha demostrado que el hombre delincuente es siempre un sujeto anormal". La progresiva tecnificación del mundo moderno, con el pavoroso incremento de los delitos culposos, es el más rotundo mentís a esta tesis que permanece soterrada en la ideología del tratamiento. Al reconocer que proliferan los delincuentes por convicción, que son capaces de los actos más atroces en nombre de una justicia que difiere de la que inspira el ordenamiento jurídico, queda al descubierto la debilidad de este ante quienes no admiten su bondad. Se impone retroceder. Retornar, por duro que sea, a viejas ideas. A la idea de que la justicia esté por encima de la utilidad. A la idea de que la recuperación del delincuente ocupa un segundo lugar. La pena es un castigo, no un premio. Y ha de cumplirse⁴⁵.

Reconocer que mal que nos pese el derecho penal es un derecho represivo, del que no podemos prescindir, no equivale a considerar vanas las experiencias pasadas. El Estado ha de moderar las penas para que se cumplan de modo efectivo y no sean objeto de un rechazo social como viene sucediendo. Hay que abandonar, por regresivo, ese continuo desplazamiento de los elementos integrantes del sistema que ha anulado la figura del juez, y devolver a este por entero sus funciones. El juez está en el centro del sistema y hay que poner en sus manos el control sobre la policía y los funcionarios de prisiones que se le han escapado. Hay que hacer el esfuerzo necesario para que mediante un aumento cuantitativo y cualitativo pueda atender a todos y cada uno de los procesos penales, reducir su duración⁴⁶ y establecer una relación personal con los inculcados y, después, con los condenados. La policía ha de reforzar su preparación jurídica para ser consciente de sus deberes y sus límites. Los funcionarios de prisiones han de saber que las fronteras de su misión están trazadas por una condena que no pueden reducir ni prolongar, sin perjuicio de dar un trato humano a quienes tienen la desgracia de incurrir en las iras de la ley. Estas nuevas metas suponen remover prejuicios profundos, arraigados en la praxis, que es necesario modificar si queremos eludir el simplista remedio de un salvaje endurecimiento del sistema punitivo que desde los tiempos de la Ilustración los penalistas venimos esforzándonos por humanizar.

Resumen

Considero, pues, que el sistema penal, integrado por elementos dispares, policía, jueces, funcionarios de prisiones, etc., se ha dislocado progresivamen-

⁴⁴ ENRICO FERRI, *Principios de derecho criminal*, trad. de José Arturo Rodríguez Muñoz, Madrid, Editorial Reus, 1933, pág. 244.

⁴⁵ La reacción en los países nórdicos se resume en la ponencia presentada por INKERI ANTI-LLA sobre *Nouvelles perspectives de la justice dans le système de la justice criminelle* al V Coloquio Internacional de la F.I.P.P. en Siracusa, 15-19 febrero 1982.

⁴⁶ Siguen constituyendo una meta las palabras dadas al olvido de CESARE BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, 1764, XIX: "Quando la pena sarà piu pronta e piu vicina al delitto commesso, ella sarà tanto piu giusta e tanto piu utile...".

te a causa del incremento brutal de la criminalidad y del debilitamiento constante de la intervención del juez, cada vez más desconectado de los restantes factores del sistema. La consecuencia es que la policía asume, y se le confían, tareas que no deberían corresponderle, y que las penas privativas de libertad, orientadas por la ideología del tratamiento que los hechos han demostrado ser impracticable, no tienen la duración prevista por la ley, o, dicho de otro modo, no se cumplen.

Es imprescindible devolver al juez la dirección de la justicia penal y otorgarle un papel predominante para evitar el desconcierto que se está produciendo dentro del marco de una crisis general del orden jurídico. Las penas han de ser moderadas a nivel legislativo, reduciendo el casuismo y la proliferación de normas penales para obtener una efectiva aplicación. Se hace preciso también modificar la mentalidad de cuantos asumen una responsabilidad en el sistema para descender del plano utópico y seudocientífico en que hoy se mueven la mayoría a una realidad disociada de pretensiones legales inasequibles.

Madrid, 15 de setiembre de 1982.

LA REFORMA DE LOS PRECEPTOS SOBRE LA INTERRUPCIÓN DEL EMBARAZO EN LA REPÚBLICA FEDERAL ALEMANA*

Prof. HANS JOACHIM HIRSCH

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Colonia,
República Federal de Alemania.

—I—

En la última década los preceptos penales sobre la interrupción del embarazo han sido suavizados en muchos países. No menos de 40 países han aprobado leyes orgánicas para realizar la reforma¹. En la República Federal Alemana dicha reforma se ha efectuado entre los años 1974 y 1976. Nuestro Código Penal contiene, en sus fundamentos, una amplia solución del sistema de indicaciones, e incluso sobrepasa este catálogo, como se mostrará a continuación, al disminuir la barrera de protección penal.

En la redacción anterior a la reforma el Código Penal alemán no conocía ningún caso permisible de interrupción del embarazo. Más bien solamente se encontraba allí la disposición del § 218, según la cual era punible todo atentado contra la vida del embrión².

La falta de una regulación especial para los supuestos permisibles de aborto condujo a que, en el año 1927, el Tribunal del Reich considerase como un caso suprallegal de estado de necesidad justificante la interrupción del embarazo por indicación médica, es decir, cuando existiese un peligro serio para la vida o salud de la embarazada³. En tiempos de Hitler tal supuesto deja de justificarse a través del Código Penal y se fundamenta en la "Ley para la purificación

* Traducido por CARLOS SUÁREZ, profesor encargado de curso en la Universidad Autónoma de Madrid, y SERGIO FERREIRO, de la Universidad de Colonia.

¹ Vid. datos en el *Bericht der Kommission zur Auswertung der Erfahrungen mit dem reformierten § 218 StGB* (Informe de la "Comisión para la evaluación de las experiencias realizadas con el § 218 reformado del StGB", *Bundestags-Drucksache* 8/3680 del 31-I-1980, págs. 197 y ss.

² La sanción de este precepto, que en su redacción original de 1911 era de uno a cinco años de reclusión, fue rebajada en 1926 a la pena de arresto para las embarazadas, y en 1969, cuando se produce la unificación de las penas privativas de libertad, en el cuadro regulativo de las mismas se fija una pena máxima para todos los partícipes de cinco años de privación de libertad. En la actualidad el marco legal de la persona es de privación de libertad hasta tres años o multa (§ 218, 1 StGB); y para la embarazada que se lo provoca a sí misma o lo consiente, privación de libertad de hasta un año o multa (§ 218, 3, inciso primero, StGB).

³ RGSt, 61, 242.

de la raza" (*Erbgesundheitsgesetz*⁴). Además, dicha ley introdujo, con motivo de la llamada "salud del pueblo" (*Volksgesundheit*), la justificación de los casos de indicación eugenésica⁵. Mientras que en 1945 se suprime esta última indicación, continuó vigente en algunas partes del territorio alemán para los casos que tenían cabida bajo la indicación médica⁶, si bien fundamentados legalmente por el estado de necesidad justificante de carácter suprallegal⁷.

Hasta el año 1974 no se produjeron alteraciones. Como reacción contra el desprecio de la vida humana por parte del nacionalsocialismo, cobraron grande importancia, después de la segunda guerra mundial, las corrientes de derecho natural-cristiano. Bajo su influencia, el legislador no tenía interés alguno en permitir el aborto fuera del marco de la indicación médica. Por tanto, no fueron tenidas en cuenta ni la indicación eugenésica —que en función de la anteriormente mencionada legislación nacionalsocialista era tabú, ni la éticojurídica— es decir, la indicación correspondiente a los casos de violación, y mucho menos la social. En consecuencia, en el proyecto gubernamental de 1962 se prestaría atención únicamente a la indicación médica⁸.

Con el tiempo se impuso la necesidad de reconocer que la realidad social estaba muy alejada del derecho vigente y que era muy recomendable llevar a cabo una reforma del § 218 del Código Penal. La contradicción entre derecho y realidad social se mostraba en que, según estimaciones, el número de abortos ilegales oscilaba en aquel tiempo entre los 80.000 y más de 200.000 casos por año⁹. Sin embargo, en contraposición a esto nos encontramos con que solamente fueron sancionados de 100 a 200 casos, y la mayoría solo con pena de multa¹⁰. Las mujeres que se encontraban sin otra opción en una situación con-

⁴ El § 14 de la "Ley para la purificación de la raza" (*Erbgesundheitsgesetz*) de 14-7-1933, en su redacción de 26-6-1935 establece: "Una esterilización o interrupción del embarazo que no se realice conforme a lo establecido en esta ley, así como también la extirpación de las glándulas genitales, es solo permisible si es llevada a cabo por un médico, según la normativa médica, para evitar un peligro grave para la vida o salud de aquel en que dicha intervención quirúrgica sea ejecutada, mediando además su consentimiento".

⁵ § 10 de la "Ley para la purificación de la raza" (*Erbgesundheitsgesetz*), introducido por la ley de reforma del 26-6-1935 (*Reichsgesetzblatt*, I, 773).

⁶ Vid. el resumen de EB. SCHMIDT, *Juristenzeitung*, 1951, 65. Allí donde el § 14 de la "Ley para la purificación de la raza" (*Erbgesundheitsgesetz*) continuaba vigente, la permisibilidad del aborto era exclusivamente admisible conforme a dicho § (BGHSt, 1, 329).

⁷ Cfr. BGHSt. 2, 111; 2, 242; SCHAEFER, en *Leipziger Kommentar zum StGB*, 8ª ed., 1958, § 218 Anm. III b; KOHLRAUSCH-LANGE, *Strafgesetzbuch*, 43 ed., 1961, § 218, I y IV.

⁸ El § 157 E 1962. En su *Memoria justificativa* (pág. 292) se dice que la indicación eugenésica o la social no estaría en concordancia con la idea fundamental de la importancia de la vida en potencia, y, por tanto, su violación solo se encuentra justificada en casos semejantes al del estado de necesidad. Frente a la indicación ética se emplearon argumentos de tipo moral y legal (*Memoria*, pág. 293).

⁹ Cfr. *Kommissionsbericht* (nota 1), pág. 12; *Protokolle des parlamentarischen Sonderausschusses für die Strafrechtsreform* 7/1446 y ss.; JÜRGENS-PIEPER, *Demographische und sozialmedizinische Auswirkungen der Reform des § 218*, 1975, págs. 37 y ss. En las anteriormente citadas fuentes se calcula un total de 300.000 abortos por año. En lo referente a estas cifras hay que hacer resaltar que, a diferencia de hoy en día (nota 30), la píldora *antibaby* no desempeñaba entonces ningún papel y que, por lo tanto, las cifras absolutas de interrupción del embarazo eran mayores entonces de lo que son hoy.

¹⁰ Cfr. con detallada información los datos contenidos en *dissenting vote* a la sent. del Tribunal Constitucional de 25-2-1975 (*BVerfGE* 39, 1, 82), así como SEEBALD, *Goldammer's Archiv*, 1976, pág. 68, nota 12.

flictiva, se vieron forzadas a pasar a la ilegalidad como consecuencia de la situación legal vigente hasta ese momento. En la medida en que, por la falta de posibilidades, medios o información, estas mujeres no podían viajar al extranjero para abortar, estaban obligadas a acudir a "curanderos" con el consiguiente riesgo para su salud, o a facultativos del país que, bajo el riesgo de la amenaza penal, cobraban altos honorarios.

Las diferentes concepciones existentes en la población y capas sociales condujeron a propuestas que iban desde la total supresión del § 218 StGB hasta un amplio sistema de indicaciones, pasando por el modelo de "plazos"¹¹. Tras largas y controvertidas deliberaciones, dentro de las cuales se ofrecían diversos proyectos de ley, se impuso primeramente en el año 1974 con una mayoría escasa, un proyecto de ley de las fracciones del SPD y del FDP que contenía una solución de plazos y se orientaba a las exigencias socialdemócratas de los años 20 y a la propuesta mayoritaria de los "profesores alternativos"¹². En esta 5ª ley para la reforma del derecho penal se establece que "la interrupción del embarazo llevada a cabo por un médico con el consentimiento de la embarazada queda impune, cuando no hayan trascurrido más de 12 semanas desde la concepción". Además fue aceptada la indicación eugenésica hasta la 22ª semana y la médica durante todo el tiempo del embarazo¹³. A diferencia del "Proyecto Alternativo" de los ya mencionados profesores, el legislador no vinculó la solución de "plazos" a ideas de reforma sociopolítica que previeran la creación de asesorías dotadas de medios especializados.

Como ustedes saben, el sistema de plazos no prosperó debido al fallo emitido por el Tribunal Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*). Este decidió que la 5ª ley para la reforma del derecho penal era nula y no estaba en concordancia con la Constitución, porque autorizaba todo tipo de interrupciones del embarazo, inclusive aquellas para cuya verificación no concurren razones amparadas en el orden de valores de la Constitución¹⁴. Entre los motivos que permitían la interrupción del embarazo y estaban en concordancia con la Constitución citaba el Tribunal, ante todo, la indicación médica y añadía que quedaba al libre arbitrio del legislador declarar además la impunidad si existieran peligros excepcionales para la embarazada que tuviesen una seria relevancia. En consecuencia, fueron considerados como justificados por el Tribunal, además de la indicación médica, la eugenésica y la éticojurídica, aceptándose también la posibilidad de dejar impunes los casos subsumibles bajo "indicación

¹¹ Vid. la constancia en el *Kommissionsbericht* (nota 1), págs. 12 y ss.

¹² Para los distintos proyectos véase el informe de la Comisión (nota 1), págs. 14 y ss. Frente a la propuesta mayoritaria del Proyecto Alternativo que contenía una solución del sistema de plazos de hasta tres meses, la propuesta minoritaria preveía un máximo de cuatro semanas para la interrupción del embarazo a partir del momento de la concepción, seguido de un sistema de indicaciones (Cfr. BAUMANN y otros, *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuchs, Besonderer Teil, Straftaten gegen die Person*, Halbband I, 1970, págs. 24 y ss.

¹³ Vid. § 218 b StGB, en la redacción de la 5ª ley para la reforma del derecho penal.

¹⁴ Sent. de 25-2-1975 (*BVerfGE*, 39, 1, 51 y ss.).

social". Para justificar la anticonstitucionalidad de la solución de los plazos adujo el Tribunal que también la vida fetal se encuentra protegida como bien jurídico por la Constitución. Si en la Constitución se considera que toda persona tiene derecho a la vida y que la dignidad del hombre es inviolable, esto también abarca a la vida humana en potencia. La vida del feto, garantizada por la Constitución, goza fundamentalmente a lo largo de todo el embarazo de una prioridad frente al derecho de autodeterminación de la embarazada y no puede, por tanto, ser cuestionada dentro de ningún plazo.

El legislador se vio forzado, de nuevo, a ocuparse del tema, en función de la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional, y a buscar una solución que tomase como base el sistema de las indicaciones. El resultado fue la 15ª ley para la modificación del derecho penal introducida por la coalición gubernamental en 1976 con los votos en contra de la oposición¹⁵. En esta ley la mayoría parlamentaria, que había fracasado ante la decisión anterior del Tribunal Constitucional, se vio obligada a interpretar el marco de permisibilidad otorgado por el Tribunal de una manera amplia. De aquí que se pueda decir que el derecho, hoy en día vigente, contiene una solución de indicaciones tendente a la solución de plazos.

—II—

Consideremos el contenido de los puntos principales de la legislación vigente:

Como hasta ahora se venía haciendo, la interrupción del embarazo es considerada punible en virtud del § 218 StGB, si bien la pena ha sido ampliamente disminuida. El aborto se castiga dentro del sistema punitivo con la pena privativa de libertad de hasta tres años de duración, o con pena de multa. Para la embarazada la pena máxima imponible es solo un año de privación de libertad, o multa.

De esta básica punibilidad se extraen, sin embargo, excepciones. En primer lugar se encuentran los supuestos de indicaciones recogidos en el § 218 StGB. Se trata de cuatro: médica, eugenésica, éticojurídica y —prácticamente la de mayor importancia— la indicación de "situación de necesidad" (*Notlageindikation*)^{15 bis}. Esta última se regula en la ley en los siguientes términos: el aborto no es punible cuando por prescripción facultativa "está indicada también la interrupción del embarazo para alejar de la embarazada un peligro, tan inminente que: a) no se puede exigir a la embarazada la continuación del embarazo, y b) que no puede ser evitado por otro medio". En los cuatro supuestos de indicación se establecen límites temporales. La indicación médi-

¹⁵ Ley de 18-5-1976, vigente desde el 21-6-1976. La enmienda formulada por el *Bundesrat* fue rechazada por el *Bundestag* por 265 votos a favor y 170 en contra (*Bundesrats-Drucksache* 356-76 del 21-5-1976).

^{15 bis} Dicha indicación comprende además de los casos subsumibles en la llamada *indicación social*, recogida en otros ordenamientos, supuestos que no tienen cabida en las otras indicaciones (N. del T.).

ca es aplicable durante todo el periodo del embarazo, la eugenésica dentro de las 22 primeras semanas, la eticojurídica y la de situación de necesidad solo dentro de las 12 primeras semanas. En lo restante el catálogo de las indicaciones está construido sobre bases poco sistemáticas: en el § 218a, apartado 1, num. 2 StGB, se formula a continuación una indicación mixta medico-social. Este precepto, por una parte se refiere a la protección de la salud y vida de la embarazada y, por otra, incorpora al juicio las consideraciones sobre la "situación presente y futura de vida" de la mujer, así como su entorno social. En el apartado 2º se dice luego que las condiciones del anteriormente citado apartado 1º, número 2, son reconocidas como válidas en los supuestos de las indicaciones eugenésicas, eticojurídica y en la de situación de necesidad. Por lo tanto, la ley regula estas tres últimas por vía de presunción *iuris et de iure* como subcasos de una indicación medico-social. De esta manera son subsumidos objetivamente y de una forma tecnicolegal supuestos distintos bajo un concepto formal superior.

Si se dan las condiciones de un supuesto de indicación, entonces —como se reconoce hoy en día— la interrupción del embarazo se encuentra justificada y por tanto conforme a derecho¹⁶.

Más allá de esta amplia solución de indicaciones la ley establece la impunidad para la embarazada en los supuestos que exponemos a continuación. Mientras que, por principio, la tentativa de aborto es punible, sin embargo dicha punibilidad no afecta a la mujer (§ 218, apartado 4, inciso 2, StGB). Sobre todo se prevé para la embarazada (§ 218, apartado 3, inciso 2, StGB) una causa personal de exclusión de pena para el caso de que la interrupción del embarazo se realice por un médico dentro de las 22 primeras semanas después de la concepción, después que haya tenido lugar anteriormente el asesoramiento social y médico estipulado por el § 218b StGB. Eso significa una impunidad para la mujer hasta casi el final del quinto mes de embarazo. El Tribunal puede dejar impune a la embarazada si en el momento de la intervención quirúrgica se encontraba en una situación de particular aflicción y dicha situación no respondiese a ninguna de las indicaciones (§ 218, apartado 3, inciso 3, StGB).

El significado práctico de la regulación de las 22 semanas consiste en que de esta forma, y según el derecho alemán, la embarazada puede abortar en el extranjero y permanecer impune sin que se hayan dado las indicaciones anteriores y sin que se haya cubierto el plazo de las 12 semanas que prevé la indicación de situación de necesidad. Solo es exigible, como ya se ha indicado, que conforme a lo establecido en la ley, se haya sometido a un asesoramiento en la República Federal Alemana y, además, que no hayan transcurrido las 22 semanas.

¹⁶ Cfr. *BayObLGSt*, 1978, 41, 43; DREHER-TRONDLE, *Strafgesetzbuch*, 40 ed., 1981, antes del § 218 Rdn. 9; JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 3ª ed., 1978, pág. 288; MAURACH-SCHRÖDER, *Strafrecht, Besonderer Teil I*, 6ª ed., 1977, pág. 71; RUDOLPHI, *Systematischer Kommentar zum StGB*, 2ª ed., 1981, § 218 Rdn. 1; SCHÖNKE-SCHRÖDER-ESER, *Strafgesetzbuch*, 21 ed., 1982, § 218 a, Rdn. 5. En lo referente a la opinión de ARTHUR KAUFMANN (*Recht-sfreier Raum und eigenverantwortliche Entscheidung*, en "Festschrift für Maurach", 1972, págs. 339 y ss.; el mismo, "Juristische Schulung", 1978, págs. 366 y ss.), de que se trata de uno de los temas del ámbito al margen del derecho, véase la crítica de HIRSCH, *Strafrecht und rechtsfreier Raum*, en "Festschrift für Bockelmann", 1979, págs. 96 y ss.

Por el contrario, se trata de una simple aclaración la indicación de la ley (§ 219d StGB) de que todas las intervenciones realizadas antes de la anidación en el útero del huevo fecundado quedan excluidas del tipo de aborto. Puesto que, antes de la adhesión del huevo al cuerpo, es decir, de que la llamada anidación haya ocurrido, no se puede hablar de un "fruto de la concepción". Prácticamente esto significa que hasta el decimotercer día después de la concepción, la destrucción del óvulo fecundado es, sin más, lícita, lo que supone que la aplicación de medios antinidatorios es, desde un punto de vista penal, totalmente irrelevante.

Como ya se apuntó anteriormente, los nuevos preceptos sobre la interrupción del embarazo se encuentran enmarcados por normas de procedimiento cuyo fin es impedir una intervención precipitada sin haber comprobado previamente la existencia de una de las indicaciones. Mientras no se trate de un caso de indicación médica en sentido estricto, la embarazada, según establece el § 218b, apartado 1, n° 1 StGB, tiene que visitar una de las asesorías reconocidas o a un médico, el cual no podrá realizar la intervención. El plazo máximo dentro del cual se debe realizar esta visita termina el tercer día anterior a la intervención. Allí debe tomar asesoría sobre las ayudas privadas y públicas que están a disposición de embarazadas y de las madres y niños, así como especialmente sobre aquellas que facilitan la continuación del embarazo y la situación social de la madre y el hijo. Además de estas ayudas sociales, es menester que la embarazada haya sido asesorada por un facultativo sobre los aspectos médicos de mayor relevancia (§ 218, apartado 1, n° 2 StGB). Finalmente, como establece el § 219 StGB, el médico que va a practicar el aborto debe proveerse de un certificado extendido por otro médico, en que se haga constar la existencia real de una de las cuatro indicaciones.

Según estas normas procedimentales, el médico que lleva a cabo la intervención no debe ser el mismo que ha realizado el asesoramiento social y extendido el certificado. Por el contrario, el asesoramiento social, el servicio médico y el certificado de concurrencia de las indicaciones pueden proceder de una misma persona.

La conculcación de estos preceptos penales se castiga, según establecen los §§ 218b y 219 StGB, con la pena de hasta un año de privación de libertad o con multa. En el caso de que no se disponga de ninguna indicación para la interrupción del embarazo, las infracciones formales quedan abarcadas por la pena del § 218. En el supuesto de la existencia de una indicación permitida, es decir, que el aborto esté justificado y, por tanto, no sea punible conforme al § 218, la infracción del precepto formal adquiere una significación independiente. La embarazada está exenta de pena. La obligación de respetar formalidades existe, en consecuencia, para la mujer solo de una forma indirecta, por el hecho de que, en el supuesto de no prestar atención a estos preceptos, sería difícil en la República Federal encontrar un médico que llevase a cabo

la interrupción del embarazo, dado que este, a diferencia de ella, podría ser castigado conforme a lo establecido en los §§ 218b o 219¹⁷.

Algunos aspectos importantes de esa reforma se encuentran fuera del Código Penal. Dichos aspectos se refieren: a) a la creación en la República Federal Alemana de una estadística sobre abortos legales, estadística que conserva en el anonimato el nombre de la embarazada¹⁸; b) a la disposición legal de permitir la realización de abortos solo y exclusivamente en hospitales y establecimientos especiales creados con este fin¹⁹, y c) al derecho de objeción de los médicos y personal sanitario a realizar contra su voluntad prácticas abortivas²⁰. Este derecho de objeción carece de validez frente a la indicación médica, que en virtud de los preceptos generales implica una obligación de asistencia. En relación con este derecho de objeción hay que recalcar que, según la opinión mayoritaria, en los casos permisibles por indicación, no existe un "derecho" de la embarazada a que se le practique el aborto, sino que se trata tan solo de una autorización para intervenir quirúrgicamente²¹.

Además, hay que mencionar, en relación con la reforma del § 218 y ss., los anexos de 1975 relativos a la reforma del derecho penal. En estos se especifica, entre otras cosas, que "en el supuesto de aborto realizado por un médico y que no haya sido ilegal" la embarazada tiene derecho a todo tipo de ayuda social²². Ello implica que en el caso de la justificación fundada en la indicación, los seguros sociales se ven obligados a cubrir los costes.

—III—

¿Qué consecuencias ha tenido esta reforma en la práctica? Al respecto existe una amplia información llevada a cabo a principios de 1980 por una comisión de expertos²³. Esta comisión se puso en marcha por el Ministerio Federal para la Salud Pública en virtud de una decisión parlamentaria. Además, existe también, en virtud de una noción del Parlamento, una detallada información gubernamental que data del verano de 1980, referente a las experiencias hechas con la reforma del § 218 StGB²⁴; este material y otros datos estadísticos más recientes nos muestran el siguiente panorama:

¹⁷ Es de reseñar, además, que el médico que contra sus conocimientos extiende un certificado incorrecto, está expuesto a la sanción del § 219a, StGB, mientras que la embarazada, que en este caso actuaría como inductora, quedaría impune. Finalmente, toda propaganda realizada en favor del aborto con fines comerciales o de forma desconsiderada está penalizada (§ 219 b StGB) así como también la distribución de medios para la realización de un aborto prohibido (§ 219 c StGB).

¹⁸ Y ¹⁹ Art. 4 de la 5ª ley para la reforma del derecho penal en la redacción del art. 3 n° 2 de la 15ª ley para la modificación del derecho penal.

²⁰ Art. 2, apdo. 1 de la 5ª ley para la reforma del derecho penal.

²¹ Vid. el informe de la Comisión (nota 1), pág. 20; SCHÖNKE-SCHRÖDER-ESER (nota 16), § 218 a, Rdn. 68; GRUPP, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1977, 329, 332 y ss.

²² § 200 f, *Reichsversicherungsordnung*. Introducido por el § 1, "Strafrechtsreform-Ergänzungsgesetz", de 28-8-1975 (*Bundesgesetzblatt*, 1, 2289); especialmente vid. HENKE, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1976, 1773 y ss.

²³ Vid. nota 1.

²⁴ Respuesta del gobierno federal a la noción de los grupos parlamentarios, fracciones del SPD y FDP, *Bundestags-Drucksache* 8/4160 del 11-6-1980.

La ampliación del margen de permisibilidad para la interrupción del embarazo se refleja en un fuerte aumento de las intervenciones quirúrgicas legales. A partir de la reforma su número va en constante aumento. Esto lo demuestran las cifras de abortos legales suministradas por los facultativos que por su parte se encuentran obligados a darlas a conocer —en consonancia con los cuatro casos reconocidos de indicaciones. En el año 1977, es decir, en el año siguiente a la reforma, se anunciaron 54.300 casos. En 1978 fueron 73.500; en 1979, 82.800; y en 1980 aumentó hasta los 87.700²⁵. Según los cálculos aproximativos de la comisión de peritos aún habría que añadir, por lo menos, 20.000 casos legales que no han sido dados a conocer por los médicos²⁶. Ello significa que en el año 1980 nos aproximamos a los 108.000 abortos practicados por médicos en la República Federal Alemana, bajo la cobertura de las indicaciones.

Paralelamente existe un gran número de abortos —en constante disminución— practicados en mujeres alemanas en el extranjero, especialmente en los Países Bajos y en Inglaterra. Si bien una parte de estos casos se encuentran cubiertos por el sistema de indicaciones del derecho alemán, otra no lo está. En 1977 fueron 61.000 las mujeres alemanas que abortaron en el extranjero. Esta cifra, bajo la influencia de la liberación del derecho alemán, disminuye en 1978 a 40.000 y en 1979 a 32.800²⁷. Aproximadamente las cifras de disminución de abortos en el extranjero son correlativas a las del aumento que se produce en el país.

La comisión de expertos calcula, por tanto, que el número total de abortos legales practicados en mujeres alemanas, tanto dentro como fuera del país, oscila entre 135.000 y 143.000 por año²⁸.

Si sumamos los casos de intervenciones ilegales realizadas en el interior, entonces la cifra total anual de abortos asciende a 150.000. Hay que tener en cuenta que este grupo de intervenciones ilegales ha sufrido una disminución en virtud de las disposiciones legales vigentes. De esta manera se calcula que actualmente, entre nosotros, por cada 1.000 nacimientos se practican 250 abortos²⁹.

Al margen de lo expuesto, la reforma no ha producido ninguna otra disminución, lo que, por otro lado, no habría respondido al concepto de la misma.

²⁵ Cfr. para los años 1977 a 1979 (*Bundestags-Drucksache* 8/4160 [nota 24], pág. 7). Para el año 1980 véanse los datos en *Deutsche Richterzeitung*, 1981, 430. Un examen más exhaustivo de estos datos se encuentra en *Materialien zum Bericht der Kommission zur Auswertung der Erfahrungen mit dem reformierten § 218 StGB*, Band I, págs. 18-134.

²⁶ *Kommissionsbericht* (nota 1), pág. 35.

²⁷ Vid. para las cifras citadas el informe los datos en *Bundestags-Drucksache* 8/4160 (nota 24), pág. 7; también ROXIN, *Juristische Arbeitsblätter*, 1981, 226, 231.

²⁸ *Bundestags-Drucksache* 8/4160 (nota 24), pág. 8.

²⁹ Sobre estos datos vid. *Kommissionsbericht* (nota 1), pág. 49; ROXIN (nota 27), pág. 231. En el informe de la comisión se habló de una relación de 230:1.000. La proporción señalada en el texto de 250:1.000 es menor si se tiene en cuenta que anualmente se produce una disminución de nacimientos, que oscila por debajo de los 500.000.

El que como consecuencia de la reforma aumentara la cifra total de abortos no se puede verificar por la carencia de material fidedigno³⁰. Sin embargo, es incuestionable que hoy abortar es más fácil de lo que era antes de aprobarse la reforma.

Como era de esperar, bajo la indicación de situación de necesidad se subsumenten la mayoría de los abortos. En 1978 corresponden a esta indicación aproximadamente 50.000 casos, lo que representa un porcentaje del 67%. En 1980 aumenta al 71%. En contraposición a esta la indicación médica representa en el año 1980 solo el 24%, la eugenésica el 4% y la eticojurídica el 0.1%³¹. Del informe de los expertos se deduce que los casos en los cuales se da la indicación de situación de necesidad, los conflictos socioeconómicos constituyen una minoría³². Dadas las favorables condiciones socioeconómicas de la República Federal Alemana, los supuestos típicos de una indicación social—como necesidad de vivienda, paro, formación profesional interrumpida o familia numerosa con pocos ingresos— son menos numerosos que los casos de conflicto personal. Por tanto, la mayor parte de las indicaciones de situación de necesidad se refieren a conflictos personales. Se trata preponderantemente de las siguientes situaciones: sobrecarga de la mujer a causa del trabajo y de la familia, trastornos sicovegetativos que no alcanzan el grado de seriedad de la indicación médica, condición de hijo natural del niño y destrucción del matrimonio. Especial interés denotan las experiencias obtenidas del asesoramiento social que impone el § 218b StGB. Este asesoramiento, como ya hemos mencionado, debe servir, según lo estipulado en la ley, para ayudar a la embarazada, especialmente en aquellos casos en que la ayuda permita la continuación del embarazo y facilite la situación de la madre y el niño. En la práctica, sin embargo, esta meta raramente se consigue. El informe de los expertos hace referencia, además, a que el asesoramiento sobre las ayudas sociales exigido por la ley no se ha demostrado en la práctica como suficientemente eficaz³³. El núcleo central del asesoramiento lo constituye, más bien, la superación de los conflictos sicosociales. Un rol social para la superación de los conflictos que suponen algunos embarazos lo ha desempeñado la asesoría solo entre un 10 y un 20% de los casos. La mayor parte de las veces las mujeres ya habían tomado una determinación y solo les interesaba el asesoramiento orientado hacia la elección de médicos, hospitales y formalidades por cumplir. A esto hay que añadir que en un 60% las asesorías no tienen carácter estatal³⁴. Estas asesorías se prestan también por organizaciones que propugnan una

³⁰ A pesar de esto es de observar en la evaluación de los datos que, a causa de la gran difusión de la píldora *antibaby*, a partir de mediados de los sesenta el número de *embarazos no deseados* ha disminuido notablemente.

³¹ Véanse los datos en *Kommissionsbericht* (nota 1), pág. 36, y para el año 1980 en *Deutsche Richterzeitung*, 1981, pág. 430.

³² Cfr. en lo siguiente *Kommissionsbericht* (nota 1), págs. 82 y ss., 134 y ss.; *Bundestags-Drucksache* 8/4160 (nota 24), pág. 5.

³³ (Nota 1), pág. 69; véase además *Bundestags-Drucksache* 8/4160 (nota 24), pág. 5.

³⁴ Cfr. *Kommissionsbericht* (nota 1), pág. 69.

libre realización del aborto, y que va más allá de las medidas establecidas por la ley. De la misma forma, el asesoramiento a través de instancias oficiales puede estar influido, según los casos, por el contexto político a que pertenezcan dichas instancias.

Finalmente, es de señalar que ha disminuido la persecución de los abortos ilegales³⁵. En la República Federal Alemana solamente se dictan por año en virtud del § 218 unas 30 condenas. Tampoco se registran condenas por infracción de las disposiciones penales complementarias, especialmente aquellas que atañen a las formalidades exigidas por los §§ 218 b y 219. Estas se reflejan en la estadística criminal con la cifra 0.

—IV—

Una valoración de la reforma alemana pone de relieve los siguientes aspectos:

Es positivo el hecho de que el legislador se haya ocupado del tema, debido a que el estado legal anterior era considerado mayoritariamente como insatisfactorio. Independientemente de la polémica de si la liberación va demasiado lejos, se encontraban, entre los casos abarcados por la reforma, diversas y verdaderas situaciones de necesidad, en las cuales el seguir considerando ilegal la interrupción del embarazo se hacía a todas luces insostenible. Que la embarazada en tales casos no tuviera que estar expuesta a “curanderos” correspondía a una urgente necesidad de tipo social.

Con el sistema de asesoramiento, aun cuando este hasta el momento haya funcionado de una forma insatisfactoria, se ha establecido una institución a través de la cual la sociedad puede cumplir su tarea prestando consejo y ayuda a las mujeres necesitadas.

En la escena política interna la ley de reforma ha conducido a un apaciguamiento de los grupos liberales y feministas. Las fogosas demostraciones llevadas a cabo por estos grupos durante la fase de preparación de la ley bajo lemas como “mi cuerpo me pertenece”, las campañas propagandísticas más importantes, pudieron ser allanadas.

Por otra parte, es necesario decir, debido al amplio margen de permisibilidad establecido, que la reforma, llevada a cabo con los votos de la oposición en contra, ha encontrado un amplio rechazo tanto antes como después de su aprobación. A la oposición mostrada por la Iglesia Católica hay que añadir la de la mayoría del Colegio de Médicos³⁶. Pero también la de círculos de la población que, si bien están dispuestos a aceptar un catálogo de indicaciones

³⁵ Cfr. para las cifras siguientes: *Statistisches Jahrbuch für die Bundesrepublik Deutschland*, 1981, pág. 332.

³⁶ Sobre la postura en contra de la Iglesia Católica véase *Kommissionsbericht* (nota 1), págs. 12 y ss.; *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 27-5-1982, n° 121, pág. 5. Con respecto a la abstención del facultativo médico superior, sobre todo frente a la indicación de los casos de necesidad, *vid. Kommissionsbericht* (nota 1), págs. 90 y ss. De forma crítica se había manifestado el *Deutscher Richterbund*, aportando además una más estricta propuesta de regulación legal; cfr. LADEMANN, *Deutsche Richterzeitung*, 1975, pág. 397.

amplio, consideran cuestionable la medida en la que se ha visto relegada la punibilidad. Notable es también el aumento de la crítica en los escritos penales³⁷.

Para el enjuiciamiento científicojurídico del problema no interesa la discusión entre las diversas concepciones sociales que aquí se enfrentan. Lo que interesa es si la regulación legal tiene unos fundamentos claros y si ha sido llevada a cabo consecuentemente³⁸. De ello no se puede hablar en esta nueva regulación. La ley no contiene una solución de indicaciones consecuente ni un claro sistema de plazos. Detrás de la fachada del sistema de indicaciones impuesto al legislador a través de la sentencia del Tribunal Constitucional se muestra más bien que la mayoría parlamentaria hubiera preferido el sistema de los plazos. Un punto importante en este contexto lo constituye la impunidad de las mujeres que hayan abortado dentro de las 22 primeras semanas sin ampararse en ninguna indicación. Como ya hemos mencionado, esto permite que las embarazadas alemanas puedan seguir abortando en el extranjero cuando el aborto no pueda ser cubierto mediante el sistema de las indicaciones regulado en el derecho alemán. Esta consecuencia es cuestionable, por otra parte, también bajo el aspecto de la igualdad ante la ley, porque las capas medias y altas de la población, que se pueden permitir una permanencia en el extranjero, se encuentran favorecidas. Además de esto, la indicación general de la situación de necesidad abre la posibilidad de subsumir en el tratamiento práctico conflictos personales de menor relevancia, por el hecho de que la permisión está excluida de toda decisión oficial. La falta de una delimitación clara de las fronteras de permisibilidad, que surge por la inexistencia de un control previsto legalmente, no es por tanto compatible con los parámetros utilizados por el Tribunal Constitucional³⁹. Estos exigen que se debe tratar de un caso de necesidad cuya importancia pueda ser comparable a cualquiera de los restantes supuestos de indicaciones. Por ello se ha hecho observar brevemente que más de la mitad de los casos de aborto declarados legalmente hoy en la República Federal Alemana, en realidad se llevan a cabo sin ninguna indicación que pueda responder de una manera justa ni a las exigencias del Tribunal Constitucional ni a una verdadera solución de las indicaciones orientada fundamentalmente a la protección del feto⁴⁰. Así como está concebida la ley en su versión de cláusula general en lo referente a la indicación de situación de necesidad y su renuncia a un control oficial, puede decirse que la relajación estaba programada de antemano para un acercamiento a la solución de los plazos.

³⁷ La crítica se dirigió sobre todo contra la "encubierta solución de plazos" contenida en el § 218 aptdo. 3, núm. 2 StGB; cfr. DREHER-TRONDLE (nota 16), § 218 Rdn. 8c; JESCHECK, *Das neue deutsche Strafrecht in der Bewährung*, en Max-Planck-Gesellschaft, "Jahrbuch", 1980, pág. 25; MAURACH-SCHRÖDER (nota 16), pág. 67; ROXIN (nota 27), pág. 229; RUDOLPHI (nota 16), antes del § 218 Rdn. 19; para posteriores reflexiones vid. LACKNER, *Juristische Wochenschrift*, 1976, 1233, 1243.

³⁸ En igual sentido ROXIN (nota 27), pág. 232.

³⁹ Observan de forma crítica la falta de un control estatal: JESCHECK (nota 37), pág. 25; LACKNER (nota 37), pág. 1241; RUDOLPHI (nota 16) antes del § 218 Rdn. 23; H. L. SCHREIBER, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 1975, 669, 672.

⁴⁰ En este sentido ROXIN (nota 27), pág. 232.

Tampoco la fundamentación de la reforma es clara en la formulación de sus fines específicos. Continuamente se dice —tesis también defendida hoy por el gobierno— que la reforma persigue como uno de sus fines primarios mejorar la protección de la vida del *nasciturus*⁴¹. Lo que no me ha quedado claro es cómo puede suponer protección de la vida del *nasciturus* el que ahora se le pueda matar, en lugar de ilegal, legalmente.

A lo sumo se podrá argüir que el modelo de asesoramiento, como parte de la reforma, se centra preponderantemente en la protección del *nasciturus*. Pero el sistema de asesoramiento ha sido concebido de tal forma que con el camino emprendido no se puede reconocer ningún beneficio. En el informe de los expertos se dice también abiertamente que el fin del asesoramiento no debe ser presionar a la mujer para que lleve a buen término el embarazo. A este respecto debe respetarse la pluralidad de opiniones⁴².

En su consecuencia práctica la reforma sirve exclusivamente a los intereses de la embarazada. Por un lado, porque a la embarazada se la protege de intervenciones practicadas por "curanderos" y, por otro, porque así puede solucionar legalmente y en favor de su autorrealización los problemas que supone un embarazo no deseado.

El conflicto entre querer y poder al cual se vio abocada la mayoría parlamentaria por la decisión del Tribunal Constitucional, tiene su reflejo en el empleo de una técnica legislativa inusualmente complicada. También para el dogmático que encuentra deleite en sutilezas jurídicas con los nuevos y enrevesados §§ 218 y ss. un mal ejemplo del arte legislativo. La reforma alemana, a causa de su contradicción inherente, no puede ser tomada como modelo. La solución de indicaciones y la de plazos parten de fundamentos distintos en su evaluación y están necesitados de una diferenciación más clara.

—V—

Otra pregunta es cuál de estas dos soluciones merece primacía. De todos modos, en el derecho federal alemán la solución ha sido dada por el Tribunal Constitucional al adoptar el sistema de indicaciones⁴³. El que esta decisión sea, desde un punto de vista jurídico, vinculante, es discutible. Si se acepta que la vida del *nasciturus* está incorporada a los derechos fundamentales del hombre, surge entonces la pregunta de si de estos derechos fundamentales puede ser deducida una obligatoriedad por parte del Estado en la concesión de la protección penal al *nasciturus*⁴⁴.

⁴¹ Cfr. *Bundestags-Drucksache* 8/4160 (nota 24), pág. 6; también *Kommissionsbericht* (nota 1), págs. 11 y ss.

⁴² (Nota 1), págs. 49, 216.

⁴³ Cfr. la sentencia citada *supra* (nota 14) *BVerfGE* 39, 1.

⁴⁴ Críticamente, desde el punto de vista del Tribunal Constitucional, KRIEDEL, *Juristenzeitung*, 1975, 222, 224; MÜLLER-DIETZ, *Zur Problematik verfassungsrechtlicher Pönalisierungsbote*, en "Festschrift für Dreher", 1977, págs. 97 y ss.

Los tribunales constitucionales de otros países han considerado la solución de plazos como incuestionablemente compatible con la Constitución⁴⁵. Por tanto, no se puede hablar de que de los principios fundamentales de las constituciones de las democracias parlamentarias se deduzca automáticamente la solución de indicaciones.

Como ha confirmado la Comisión Europea de Derechos Humanos, tampoco se puede afirmar inversamente que la limitación de los casos de aborto, explícitos en la solución por indicaciones, atente contra el art. 8º de la Convención Europea de los Derechos del Hombre, donde se garantiza el respeto a la vida privada y familiar⁴⁶.

La mayor parte de los parlamentos tienen, por ello, *de iure*, la posibilidad de construir en forma autónoma la reforma de la punición del aborto, sin encontrarse sometidos, en la elección del modelo, a principios jurídicos de rango superior.

Puesto que la reforma en España aún está pendiente, y en Alemania, antes del fallo del Tribunal Constitucional, las apasionadas discusiones para llevarla a cabo ofrecían diversas posibilidades de solución, quisiera dedicar la última parte de mi exposición a tratar la problemática fundamental de cada uno de los modelos.

Es sabido que la mayor parte de los legisladores han optado por la solución de los plazos, algunos, incluso, sobrepasando el límite de las 12 semanas⁴⁷. La cuestión de si la solución por adoptar es el modelo de plazos o el de indicaciones, creo que es más bien un problema de concepción política. No considero posible una fundamentación científicamente vinculante en favor de ninguno de los sistemas. El que la adscripción a uno u otro de los modelos pueda ser avalada por argumentos de tipo científico ha de ser considerado con ciertas reservas. Lo que nosotros podemos juzgar en virtud de la validez de parámetros científicos es solamente, en mi opinión, la descripción de los factores que se han de tener en cuenta en el momento de las decisiones políticas. Tal sería el caso de los hechos, marco condicionante y consecuencias.

Para mostrar las fronteras de la fundamentación científica voy a limitarme a las siguientes observaciones. La solución de plazos responde a corrientes culturales de nuestro tiempo: el deseo individualista e ilimitado de autodeterminación y autorrealización que coincide con el ideal emancipatorio —orientado por el papel que el hombre desempeña actualmente en la sociedad— de las nuevas corrientes feministas. Lo primero se manifiesta en el deseo absolutizado de poder planificar la familia de una manera totalmente autónoma, tanto

⁴⁵ Cfr. en Francia: *Conseil Constitutionnel*, "Europäische Grundrechte Zeitschrift", 1975, 74; en Austria, *Verfassungsgerichtshof*, "Europäische Grundrechte Zeitschrift", 1975, 74; en USA: *U.S. Supreme Court*, "Europäische Grundrechte Zeitschrift", 1974, 52.

⁴⁶ "Europäische Grundrechte Zeitschrift", 1981, 20; a este respecto *vid.* REIS, *Juristenzeitung*, 1981, 738.

⁴⁷ Constancia en *Kommissionsbericht* (nota 1), págs. 197 y ss.; *vid.* también ESER, *Schwangerschaftsabbruch im Ausland*, en "Sexualpädagogik und Familienplanung" 3/81, págs. 18 y ss.

en un sentido positivo como negativo. Y el ideal emancipatorio lleva fácilmente a conflictos entre el rol social perseguido y la constitución biológica.

Por otra parte, no se puede negar que, conforme al modelo de los plazos, se puede matar al feto sin un motivo determinante, y que con ello una generación se atreve a decidir sobre la vida o la muerte de la siguiente encarnada en el feto.

Por un lado, se dice que queda al arbitrio de cada mujer imponerse exigencias más rígidas. Se trata solo de un retraimiento del orden jurídico⁴⁸. El hacer uso o no del margen de permisibilidad otorgado por la ley le está dado a aquel que, por ejemplo, se sienta vinculado a la autoridad eclesiástica. Frente a esto arguyen los detractores de la solución de plazos que se trata de una fundamental decisión de tipo social⁴⁹. Se trata de la protección de la vida del no nacido y el respeto a tal postulado es independiente de la escala de valores de la embarazada.

Si ahora consideramos como alternativa la solución de indicaciones, esta ofrece la ventaja, en lo referente a la protección de la vida, de relativizar tal protección en la medida que existan otros intereses preponderantes e insoslayables. En lo restante, la mayoría de los partidarios de la solución de plazos no se basan en la hipótesis que dentro del plazo exista ningún bien jurídico. Tampoco consideran los altos índices de interrupción del embarazo como algo indiferente, sino que propugnan una canalización de los mismos por otros medios adecuados que no sean de tipo jurídico penal. Esto lo demuestra el especial hincapié que se hace sobre el sistema de asesoramiento en el Proyecto Alternativo alemán⁵⁰. Los defensores de la solución de indicaciones son, sin embargo, de la opinión de que este tipo de especulaciones ha de ser tratado dentro del marco jurídico de la protección de la vida. Por lo demás se expresa el temor de que una disminución en la protección jurídica de la vida dé lugar a posteriores erosiones⁵¹.

También es de resaltar que a diferencia de décadas anteriores, cuando aún no existía la píldora *antibaby*, los problemas no revisten hoy tanta importancia gracias al perfeccionamiento de los métodos anticonceptivos⁵². Hay que mencionar, además, que las concepciones de la Iglesia prohíben tales métodos⁵³ y que, por ello, provocan las situaciones de conflicto que llevan a las ilícitas interrupciones del embarazo.

⁴⁸ En este sentido ARTHUR KAUFMANN (nota 16), págs. 327 y ss., especialmente págs. 339 y ss. (*Rechtsfreier Raum*).

⁴⁹ *Vid.* ENGISCH, *Auf der Suche nach der Gerechtigkeit*, 1971, pág. 104; RUDOLPHI, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 83 (1971), 104, 108 y ss.; ROXIN, en BAUMANN (compil.), *Das Abtreibungsverbot des § 218*, 1971, pág. 185; SPAEMANN, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1974, 50 y ss.; véase también la fundamentación que se expuso ante el Tribunal Constitucional por medio de la solicitud de control de constitucionalidad, en LERCHE y ERHARD, en ARNDT-ERHARD-FUNKE (compil.), *Der § 218 vor dem Bundesverfassungsgericht*, 1979, págs. 16 y ss., especialmente cfr. pág. 24.

⁵⁰ *Vid.* fundamentación en BAUMANN y otros (nota 12), págs. 25 y ss.

⁵¹ De hecho a principios de los años 70 comenzó una discusión sobre si debería quedar impune el homicidio consentido (§ 216 StGB). Al respecto *vid.* en sentido crítico HIRSCH, *Einwilligung und Selbstbestimmung*, en *Festschrift für Welzel*, 1974, págs. 775 y ss., con referencias.

⁵² Cfr. ROXIN (nota 27), pág. 232.

⁵³ Véase por todos la encíclica papal *Humanae Vitae*, de 25-7-1968.

Las ventajas de la solución de indicaciones se encuentran empero frente al cuestionamiento sobre su posible puesta en práctica. Ya mencioné anteriormente el mínimo grado de persecución del delito que se registra en la República Federal Alemana. En el informe pericial se dice, además, que las embarazadas, hoy en día, no se dejan influir por la penalización del aborto a la hora de optar por él⁵⁴. Ambos fenómenos son explicables por la rebaja de la pena para el delito de aborto, así como por la fuerte influencia de las distintas corrientes o enfoques públicos. Estas experiencias no son, por tanto, trasplantables sin más a otros ordenamientos jurídicos. Por lo pronto un catálogo de indicaciones claramente definido puede dar, en todo caso, lineamientos generales de orientación y evitar así que el legislador mismo, mediante su abstención, acelere la desviación de la escala de valores vigente. Sin embargo, allí donde se haya producido una transformación en los valores vigentes, lo más noble desde el punto de vista jurídico es pronunciarse de forma explícita por la solución de plazos.

Si no estoy mal informado, en España la solución de plazos no ha tenido hasta este momento vigencia ni actualidad. En el proyecto de 1980 no se ha tenido ni siquiera en cuenta la relativamente estricta solución de indicaciones del anteproyecto. Más bien se abstiene el proyecto de todo cambio significativo⁵⁵. Sin embargo, si uno se limita a la mera indicación médica, el derecho penal pierde totalmente su relación con la realidad. Esto se había hecho patente en la República Federal de Alemania antes de la reforma. Se sitúan de ese modo en el ámbito de lo ilegal conflictos insoportables que, conforme a las concepciones éticosociales vigentes, inclusive dentro de un respeto fundamental de la vida humana, tienen que solucionarse a favor de la embarazada. Como ha puesto de manifiesto el propio Tribunal Constitucional, hay indicaciones que, conforme a las actuales concepciones valorativas, resultan iguales o semejantes en peso e importancia a la indicación médica⁵⁶. Debe tenerse en cuenta que unas normas penales que por caducas y alejadas de la realidad no pueden ser observadas por la sociedad producen más daño que beneficio.

Después de amplias reflexiones de tipo juridicopenal quedará en claro que en la problemática sobre la interrupción del embarazo no es la legislación la que desempeña un papel central. Se trata más bien de un problema sociopolítico general. En consecuencia, quien trate de contener la creciente marea de abortos, ha de ver su tarea principal en la remodelación de las correspondientes medidas sociopolíticas. Por un lado juegan un papel destacable las de prevención del embarazo y, por otro, se trata de crear posibilidades reales que eviten

⁵⁴ (Nota 1), pág. 21.

⁵⁵ Además de ello el proyecto ya no prevé el privilegio del *honoris causa* (art. 414 del Código Penal).

⁵⁶ Cfr. las exposiciones en *BVerfGE*, págs. 48 y ss.

que la embarazada aborte precipitadamente ante un conflicto personal que no puede ser resuelto por otra vía.

De la legislación alemana, aunque esta no sea precisamente ejemplar, en muchos aspectos se puede extraer, haciéndola fructífera, la idea del sistema de asesoramiento, si bien en su sentido originario de ayuda orientada prioritariamente a la continuación del embarazo.

Es de desear que la pendiente reforma española se ejecute en una atmósfera sosegada y conduzca a una mejor solución que la alemana.

LA ACCIÓN MATERIAL CONSTITUTIVA DEL DELITO DE HURTO EN EL NUEVO CÓDIGO PENAL COLOMBIANO*

JORGE ENRIQUE VALENCIA M.

Juez Tercero Superior de Cali. Profesor universitario

A la memoria de mi padre

I. GENERALIDADES

1) Podría parecer, *prima facie*, superfluo cualquier estudio tendente a examinar la acción física constitutiva del tipo penal del hurto. Empero si reparamos en la descripción de la forma actual y su contraste con la fórmula primitiva ("apoderar" por "sustraer"), no resulta del todo desacertado intentar unas ligeras anotaciones sobre el punto y conocer el trasfondo de la reforma.

2) Ni precisión ni pulcritud terminológicas se advierten de antiguo en las varias legislaciones que han elaborado la imagen del núcleo rector del modelo legal. Las múltiples formas lingüísticas utilizadas por los códigos para referirse a un mismo tipo de acción ponen de manifiesto, además de escasa uniformidad, una pobre técnica penal. Indistintamente —y el acopio puede no ser agotado por nosotros— se habla de 'sustraer', 'tomar', 'adquirir', 'quitar', 'asir', 'arrebatar', 'despojar', 'llevar', 'privar', 'apropiar', 'apoderar', y otras más, como si tales expresiones afectadas de imperfecciones, tradujeran una misma y exacta noción y no fuesen susceptible de distinción tanto en el campo lexicográfico como en el estrictamente penal. Aun para el profano, un celoso concepto de pureza le obligará a escamotear, diferenciar y reprobear el parentesco más o menos próximo pero excluyente de los vocablos integrantes de la serie.

3) A oscurecerlo todo viene el gigantesco esfuerzo que a partir de la decadencia del derecho romano se palpa en las obras de los glosadores, posglosadores y prácticos quienes, sin unidad ni suficiencia y con el solo prestigio de sus nombres, autorizan la traducción, sentido, vigencia y significación del verbo definitorio de la acción, fenómeno curioso que aún pervive, sin posibilidades de conciliación y menos aún de encaje sistemático. Desde el descenso hasta el detalle soso y desabrido y la interpretación poco afortunada de los textos originales, se ha escrito abundante literatura que constantemente se

* Este trabajo ha sido publicado en el *Anuario de derecho penal y ciencias penales* del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos de Madrid, vol. de 1982, págs. 693-703.

depura, sin hallar precisión ni en el *factum* histórico ni en las fuentes primigenias. Baste decir modernamente —y nada hay de exageración en esto— que algún autor¹, entre el ayer remoto y el presente incierto encontró tantas clasificaciones y subclasificaciones, que perfectamente podría escribirse un desproporcionado tratado sobre la materia²; bien que, creemos, sería de suyo asombroso encontrar hoy en día un solo criterio que estuviese fuera del foco de influencia de aquellas etiquetas doctrinarias.

4) Una primera hipótesis, imbuida de ese sentido simbolista que caracterizó al derecho romano y que solo se recuerda por razones de carácter histórico, o si se prefiere, académico —*contractatio* o mejor *adtrectare*—, entiende perfeccionado el delito y producido el apoderamiento en el acto mismo en que el agente toma o coge la cosa mueble ajena. Encarna, si bien se ve, una tutela harto exagerada del derecho de propiedad, tan caro a las instituciones latinas, y una protección desmesurada, por lo absoluta, a la tenencia ajena. El hecho de poner la mano sobre la cosa en manera alguna quebranta la posesión ni tal acción vulnera derechos subjetivos. Tan insegura interpretación, abdicativa de los buenos principios, es unánimemente rechazada por la doctrina actual. Cáusticamente afirmó JUAN P. RAMOS que de ella se hace mención en los textos "al solo efecto de recordar una de tantas teorías existentes en la materia del apoderamiento"³. Olvidase, sin embargo, en el juzgamiento y repudio que contemporáneamente se hace del criterio —y esto con algún afán reivindicativo—, que la tentativa era inconcebible en el *antiquus ius romanum* y que en tales circunstancias sus leyes y acciones se anticipaban a proteger la posesión ajena, bastando solo un fugaz contacto físico con la cosa para que la acción se entendiera consumada, sin necesidad de llevársela.

5) Según otra teoría, que trata de concretar el momento de integración del hurto —la *amotio*—, este solo se verifica cuando la cosa es removida de lugar a lugar, siendo el acto material subsiguiente al desapoderamiento el que hace que la acción quede perfeccionada, sin que importe distinguir —como es de rigor— si el bien salió o no del radio de influencia de su legítimo poseedor. Piensa CARRARA —principal animador del planteamiento— que consistiendo el hurto en la violación de la posesión, aparece claro que cuando el delincuente se apropia de la cosa que estaba en poder de otro, la violación existe sin más, sin que sea necesario que el apoderamiento se prolongue, ni mucho menos que el agente se haga dueño de la cosa. Insiste el maestro en sostener que es absurdo buscar la consumación en la adquisición del dominio por parte del ladrón, porque como nunca se adquiere el dominio de la cosa hurtada, todos los delitos de hurto serían siempre tentados y jamás consumados. Por ello —concluye— si se prescinde de este primer momento de la remoción, que presenta la violación de la posesión, no se sabe dónde encontrar una

¹ JORGE FRÍAS CABALLERO, *El proceso ejecutivo del delito*, 2ª ed., Buenos Aires, 1956, págs. 307 y ss.

² Y con certitud que aún quedaría material para intentar similar hazaña.

³ Citado por EUSEBIO GÓMEZ, *Tratado de derecho penal*, t. IV, Buenos Aires, Compañía Argentina de Editores, 1941, pág. 63.

teoría que defina el momento consumativo del hurto⁴. No parece fácil, pese a su elevado origen, demostrar la conveniencia y practicidad del criterio, pues la usurpación de la posesión en materia penal no puede subordinarse al mero desplazamiento físico o material del bien, olvidando que el delincuente no se apodera del mismo, en tanto el legítimo poseedor de la cosa prolongue en el tiempo y en el espacio la expectativa de su autoridad y señorío. El ladrón debe hacer algo más que remover la cosa. Por lo demás, como magistralmente anota SOLER, CARRARA deforma la realidad porque nadie hace consistir el delito de hurto en la adquisición de dominio sobre la cosa, sino solamente en la adquisición de poder, y lo que se discute es si ello se logra por el mero hecho de tocar las cosas⁵.

6) Se cita también la teoría de la *illatio rei* que, al igual que las anteriores, aparece desactualizada y sin mayor anclaje científico. Según la tesis, el delito alcanza su perfección cuando el ladrón lleva la cosa a lugar seguro *eo loco quo destinaverit fur*, lo que significa que si el agente la deja en paraje incierto o inseguro, o se deshace de ella, o se la entrega a un tercero, tal acción desnaturaliza la consumación del delito.

7) Otra elaboración —la *locupletatio*—, tan exagerada e inconsistente como sus precedentes, exigía que el autor alcanzara, efectivamente, con la incautación, un provecho cierto del objeto, como si fuera importante o significativo para el propietario la consideración del devenir teleológico que se propuso obtener el delincuente al desposeer. La lesión jurídica al patrimonio del agraviado se cumple con el despojo antijurídico, independientemente de la mira finalística. Basta enunciarla —así opina GÓMEZ— para comprender el absurdo que envuelve y cómo su aceptación importaría dejar impune, en incontables casos, el hecho material de la violación de la posesión en que el hurto consiste⁶.

8) Acaso, por último, sea la doctrina de la *ablatio* la que mejor se acomoda a la estructura dogmática actual, y la que mejor penetra en la propia naturaleza del delito. Según tal punto de vista no basta para la perfección de la acción que el hurtador remueva la cosa del lugar donde se encuentra o se desplace físicamente con ella, si en uno u otro caso no logra colocarla fuera de la esfera de protección o custodia del tenedor, ni logra eliminar todo signo o vestigio de dominio. En palabras de SOLER esta es la teoría más científica, ya que no solamente atiende al manejo material de la cosa por el autor, sino a la ofensa completa del bien penalmente protegido, esto es, a que la tenencia o posesión corporal de la cosa sea aniquilada⁷.

⁴ FRANCESCO CARRARA, *Programa de derecho criminal*, §§ 2017-2021, Bogotá, Edit. Temis, 1974.

⁵ Cfr. SEBASTIÁN SOLER, *Derecho penal argentino*, t. IV, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1951, pág. 190.

⁶ EUSEBIO GÓMEZ, *opus cit.*,

⁷ Cfr. SEBASTIÁN SOLER, *opus cit.*, pág. 179.

II. LA ACCIÓN EN LA DOGMÁTICA LEGAL, NACIONAL Y EXTRANJERA

1) El actual Código Penal colombiano en su art. 349 define el hurto diciendo que “el que se apodere de una cosa mueble ajena, con el propósito de obtener provecho para sí o para otro, incurrirá en prisión de uno a seis años”. Utilizan idéntica fórmula a la del verbo rector patrio los códigos penales del Estado de Veracruz-Llave⁸, Italia⁹, Argentina¹⁰, México¹¹ y Perú¹².

2) El Código Penal español, texto refundido en 1973, con las reformas de 26 de noviembre de 1974, 27 de junio de 1975 y 19 de julio de 1976, en su art. 514 dice que son reos de hurto “los que sin ánimo de lucrarse y sin violencia o intimidación en las personas ni fuerza en las cosas, toman las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño”. De estirpe hispánica en la fórmula implementada por el Código Penal de Honduras (art. 512), exhibiendo también tal característica los derogados estatutos punitivos de Guatemala (art. 401) y El Salvador (art. 469). El más que centenario Código Penal boliviano —hoy sin vigencia— cayó también bajo la influencia del español, con ligeras alteraciones conceptuales, sin que se advierta en su contexto mayor originalidad ya que fue una copia al carbón del hispánico de 1822. Así, estatuyó que “Comete hurto el que quita o toma para sí o para otro lo ajeno fraudulentamente, sin fuerza ni violencia contra las personas o las cosas”¹³. Lastimosamente no tenemos a la mano los códigos de tales países en su versión actual.

⁸ Art. 173. “Al que se apodere de una cosa total o parcialmente ajena mueble sin consentimiento de quien pueda disponer de la misma conforme a la ley, con ánimo de dominio, lucro o uso, se sancionará de la manera siguiente:

“I. Si el apoderamiento fuere con ánimo de dominio o de lucro y el valor de lo robado no excediere de cincuenta mil pesos, con prisión de un mes a cinco años y multa hasta de cinco mil pesos. Si excediere de cincuenta mil pesos, con prisión de tres a siete años y multa hasta de diez mil pesos.

“Para estimar la cuantía del robo se atenderá únicamente al valor del cambio de la cosa robada. Si este no pudiere determinarse o por su naturaleza no fuere posible fijar su valor o cantidad, se aplicará de un mes a cuatro años de prisión y multa hasta de seis mil pesos; y

“II. Si el apoderamiento de la cosa se realizó con ánimo de uso, se impondrá prisión de un mes a tres años y multa hasta de cinco mil pesos. Además el responsable pagará al ofendido, como reparación del daño, el doble del alquiler o arrendamiento de la cosa usada”.

⁹ Art. 624. “El que se apodere de una cosa mueble ajena, sustrayéndosela al que la retiene, con el fin de sacar provecho de ella para sí mismo o para otro, será castigado con reclusión hasta por tres años y con multa de trescientos a cinco mil liras”.

¹⁰ Art. 162. “Será reprimido con prisión de un mes a dos años el que se apodere ilegítimamente de una cosa mueble, total o parcialmente ajena”.

¹¹ Art. 367. “Comete el delito de robo el que se apodera de una cosa mueble, sin derecho y sin consentimiento de la persona que puede disponer de ella con arreglo a la ley”.

¹² Art. 237. “Al que se apodere ilegítimamente de una cosa mueble total o parcialmente ajena, para aprovecharse de ella, sustrayéndola del lugar en que se encuentra, será reprimido con penitenciaría no mayor de seis años o prisión no mayor de seis años ni menor de un mes”.

¹³ Art. 621.

3) Hablan de "apropiar" los códigos penales de Puerto Rico¹⁴ y Chile¹⁵. De "sustraer", el nuevo Código Penal de Cuba¹⁶ y el brasilero de 1940¹⁷.

III. INTERPRETACIÓN DOGMÁTICA DE LA ACCIÓN MATERIAL

1) Con profusión de razonamientos y juicios dos corrientes básicas pretenden explicar, *de iure condendo*, la objetividad material del delito, punto que dicho sea de paso aún se discute por los buenos autores: la primera, auspiciada por FRÍAS CABALLERO¹⁸ y difundida, entre otros, por RAFAEL GARCÍA ZAVALÍA¹⁹ y el que fuera distinguido juez de la Cámara Criminal de Buenos Aires, ERNESTO J. URE²⁰, denominada "teoría de la disponibilidad" o "de la posibilidad física de disponer", sostiene que el delito está consumado cuando en algún instante existe en manos del autor la perspectiva cierta de disponer materialmente del bien, aun por escasa fracción de segundos. El carterista —dice FRÍAS— no perfecciona el hurto quitando la cosa. Mientras forcejee con el dueño o sea perseguido llevándola consigo, el delito no está consumado pues en momento alguno ha consolidado el poder físico de disponer de ella,

¹⁴ Art. 165. "Toda persona que ilegalmente se apropie sin violencia ni intimidación de bienes muebles, pertenecientes a otra persona, será sancionada con pena de reclusión por un término que no excederá de seis meses o multa que no excederá de quinientos dólares, o ambas penas, a discreción del Tribunal".

¹⁵ Art. 432. "El que sin la voluntad de su dueño o con ánimo de lucrarse se apropie cosa mueble ajena usando de violencia o intimidación en las personas o de fuerza en las cosas, comete robo; si faltan la violencia, la intimidación y la fuerza, el delito se califica de hurto".

¹⁶ Art. 380. "1. El que sustraiga una cosa mueble de ajena pertenencia, con ánimo de lucro, incurre en sanción de privación de libertad de seis meses a tres años.

"2. La sanción es de privación de libertad de tres a ocho años:

"a) si, como consecuencia del delito, se produce un grave perjuicio;

"b) si el hecho se ejecuta por una o más personas actuando como miembros de un grupo organizado o banda;

"c) si el hecho se comete en vivienda habitada.

"3. Si el hecho se realiza con la participación de menores de 16 años de edad, la sanción es de privación de libertad de cuatro a doce años.

"4. En igual sanción a la prevista en el apartado 2 incurre el que, con ánimo de lucro, sustraiga un vehículo de motor y se apodere de cualquiera de sus partes componentes o de alguna de sus piezas.

"5. Si el objeto del delito son bienes de la propiedad socialista, estatal o cooperativa, o de instituciones sociales o de masas, o de bienes de propiedad personal, al cuidado de una entidad económica estatal, la sanción es:

"a) de privación de libertad de uno a cuatro años en el caso del apartado 1;

"b) de privación de libertad de cuatro a diez años en los casos de los apartados 2 y 4;

"c) de privación de libertad de cinco a catorce años en el caso del apartado 3".

¹⁷ Art. 155. "Hurto es sustraer para sí o para otro cosa ajena mueble".

¹⁸ JORGE FRÍAS CABALLERO, *La acción material constitutiva del delito de hurto*, Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, 1962.

¹⁹ *El apoderamiento en el delito de hurto*, La Ley, t. 52, pág. 761.

²⁰ Fallo publicado en el apéndice de la obra *La acción material constitutiva del delito de hurto*, ya citada, págs. 71 a 81.

ni se ha extinguido totalmente la disponibilidad del sujeto pasivo²¹. Desarrollando tales planteamientos expone: "...pero mientras el traspaso del poder efectivo (no el mero desplazamiento de la cosa) a las manos del ladrón *está en condiciones reales de ser impedido*, la lesión no es perfecta; estará en trance de consumarse pero no está consumada. El objeto de tutela está, en cambio, totalmente aniquilado, cuando en presencia o no del que tenía la cosa, ese poder de hecho ha pasado al ladrón, lo que ocurre solamente cuando este ha obtenido el poder de disponer materialmente de ella, aunque sea por breves instantes"²².

La otra tendencia, conocida como la teoría del desapoderamiento, hace resaltar el menoscabo del bien jurídico resguardado por el legislador cuando el autor simplemente priva al tenedor de la custodia de la cosa. Con arreglo a ella la acción material del hurto está completa por el desapoderamiento del agraviado, mediando intención del delincuente de apoderarse de la cosa ajena. La influencia de NÚÑEZ ha sido evidente. Así, dice el maestro que el hurto se consuma tan pronto un acto de apoderamiento del delincuente ha privado a otro de la posesión corporal de la cosa. Esto sucede cuando, según las circunstancias del evento, a causa del acto de apoderamiento, la cosa ya no es portada o conducida por la víctima, o ya no está en la esfera o ámbito de custodia del agraviado o en el de su tenencia simbólica. Logrado esto por el autor —continúa—, desde el punto de vista de la ofensa propia del hurto la propiedad ajena ya está lesionada de manera perfecta, porque el bien que la integraba —la tenencia de la cosa— ya no la integra más. La mayor o menor perfección de la tenencia de la cosa por el autor sólo está en relación con el grado de posibilidad de restitución de la tenencia usurpada, pero no puede incidir en la lesión patrimonial jurídicamente perfecta²³.

2) En el medio, y en complaciente maridaje que jamás se expuso a la crítica científica, se asimilaron las nociones de "apoderamiento" y "sustracción". La técnica juridicopenal y los buenos principios quedaron relegados a un segundo plano. La lectura de sus obras nos muestra que la casi totalidad de autores colombianos se desentiende del problema dogmático y con singular unanimidad destacan el pacífico cauce doctrinal acotado²⁴, con la solitaria excepción de ARENAS²⁵, quien se ciñe escrupulosamente a la literalidad del núcleo rector consignado en el texto.

²¹ Cfr. FRÍAS CABALLERO, *opus cit.*, pág. 40.

²² *Ibidem*, págs. 38 a 39.

²³ RICARDO C. NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, Parte especial, t. v, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1967, pág. 181.

²⁴ Entre otros, JORGE ENRIQUE GUTIÉRREZ ANZOLA, *Delito contra la propiedad*, 3ª ed., Bogotá, Editorial Diario Jurídico, 1957, pág. 28; HUMBERTO BARRERA DOMÍNGUEZ, *Delitos contra el patrimonio económico*, Bogotá, Editorial Temis, 1963, págs. 57 y 66; LUIS CARLOS PÉREZ, *Tratado de derecho penal*, Parte especial, t. v, Bogotá, Editorial Temis, 1974, pág. 561; LUIS GUTIÉRREZ JIMÉNEZ, *Derecho penal especial*, Bogotá, Editorial Temis, 1965, págs. 494 y 495; PEDRO PACHECO OSORIO, *Derecho penal especial*, t. iv, Bogotá, Editorial Temis, 1975, pág. 81.

²⁵ ANTONIO VICENTE ARENAS, *Delitos contra la vida y la integridad personal y delitos contra la propiedad*, Bogotá, Imprenta Antares, 1962, pág. 218.

3) En el examen de la cuestión la jurisprudencia de la Corte Suprema tampoco estuvo afortunada, al menos en una etapa inicial de su pontificado. Así, en sentencia del 8 de octubre de 1940, dijo: "Apoderarse de la cosa o sustraerla son expresiones sinónimas que se predicán igualmente del hurto y del robo y que, por lo mismo, no marcan la zona de deslinde entre una y otra infracción"²⁶. El criterio es refrendado por la Corte en casaciones del 8 de octubre de 1946²⁷ y del 12 de junio de 1955²⁸. Para indignación de algunos juristas pero con una mejor visión del asunto, la Corte expresó en memorable decisión: "De acuerdo con el concepto general de los comentaristas, no basta la simple aprehensión material de la cosa, pero tampoco es necesario que el ladrón la haya trasladado a un lugar seguro o que se haya apoderado de ella; con lo primero no puede decirse que haya habido apoderamiento del bien; pero cuando se realizan esos otros actos, ya se ha ejecutado antes el de tomarlo para sí con ánimo de hacerlo propio y ha quedado excluida de hecho la posesión del dueño o de quien a nombre de este la tenía, sin que sea indispensable el lucro efectivo, pues basta el propósito de tenerlo"²⁹. Antes o después de la vigencia de este criterio, la Corte expuso la buena doctrina en las casaciones del 18 de marzo de 1949, 20 de febrero y 12 de junio de 1951, y 21 de mayo de 1956.

4) El delito-tipo de hurto bajo la dogmática vigente, examinado el verbo rector, núcleo de tipo legal, ha sido acuñado sobre la base de considerar preferentemente la conducta ejecutiva del autor del despojo antijurídico de la cosa, estableciéndose así el límite entre la perfección y la tentativa del acto. De todas maneras la configuración de la acción típica furtiva se descompone en dos estadios: activo el uno (poder de disposición), pasivo el otro (desposesión del objeto). Cuando una y otra fase convergen en la plenitud de su densidad antijurídica se integra necesariamente la noción del delito.

5) Para la estructuración de la conducta ejecutiva no basta que el derechohabiente pierda la cosa y el agente la detente por un largo o breve intervalo. Hácese necesario la disponibilidad corporal y efectiva del objeto por parte del hurtador, lo que traduce el elemento subjetivo de antijuridicidad. El concepto de "apoderar" implica algo más que la acción física, externa u objetiva de remover o quitar. Lo definitivo en la materia no es el desapoderamiento o la sustracción de la cosa, si el agente carece de la idoneidad, capacidad o posibilidad de disfrutar a su talante, aun por breve tracto y sin solución de continuidad, del bien ilegalmente apropiado. El criterio de disponibilidad (posibilidad real de disponer de la cosa) y no el de desapoderamiento (mero desplazamiento del objeto), define la acción típica. Así, el agente del delito que es descubierto por el damnificado, la autoridad o un tercero, en el momento mismo de evacuar el inmueble donde agotó el latrocinio, ciertamente que ve

²⁶ "G. J.", t. LXI, pág. 489.

²⁷ "G. J.", t. LXXX, pág. 796.

²⁸ "G. J.", t. LXIII, pág. 207.

²⁹ Con buen provecho pueden consultarse, en su orden, en la "G. J.", t. LXV, pág. 741; t. LXIX, págs. 199 y 754 y t. LXXXII, pág. 653.

obstaculizado el curso del ciclo criminoso y frustrada la perspectiva de disponer del bien ajeno. Igualmente la mucama que se apodera de joyas de su patrona, escondiéndolas en su habitación sin poderlas sacar de tal lugar contra sus propios deseos de hacerlas suyas, carece de la libre disponibilidad de disfrute. De similar manera el ladrón que es detenido en situación concomitante al hecho, o aquel que siendo perseguido por la propia víctima es alcanzado y sometido a la autoridad, tampoco tiene, a pesar del contacto físico con la cosa, capacidad fáctica de disposición. O sea que, a pesar de la flagrancia de estos supuestos y de estar en idéntica línea de ataque contra el patrimonio, el delito no se perfecciona mientras el delincuente no posea la disponibilidad potencial, así sea fugaz y transitoria, de someter el objeto a su autoridad y control más allá del acoso de trabas o impedimentos que perturben el ejercicio de actos posesorios. Solo cuando el agente, superado el desplazamiento, goce de un poder de hecho o de una facultad de disposición que le permita ejercer un señorío material sobre la cosa, no empece lo circunstancial o momentáneo que este sea, podrá hablarse de un delito consumado y no tentado.

6) El tipo penal no se perfecciona por el acto de sustracción o detentación del objeto, con intención el ladrón de hacerlo suyo, ni puede decirse, como lo hace el admirado maestro de Córdoba, que en tal evento la propiedad ajena está lesionada de manera perfecta³⁰. No, el injusto solo alcanza su plenitud fenoménica y jurídica cuando el autor, mediante la materialización de la acción antijurídica —llámese aprehensión, despojo, desplazamiento, extracción, sustracción, apropiación o apoderamiento—, incorpora la cosa a su patrimonio soslayando las cautelas, precauciones y seguridades dispuestas por su propietario para prevenir el desposeimiento, con ánimo de asumir la posesión y de quedarse definitivamente con ella. Si subsiguientemente a la apropiación nada ni nadie pone en peligro su prepotencia y albedrío, la acción es perfecta.

7) A los efectos dichos carece entonces de fuste el acto de quitar, arrebatar, desposeer, remover, coger, separar y otros de contenido análogo, si el autor, pese a la lesión patrimonial producida, no logra quebrantar del todo la posesión ajena ni consolidar un poder fáctico autónomo, ni desembarazarse de la observación y vigilancia a que es sometido por la víctima; o si, en últimas, no logra situar el bien fuera de la esfera de influencia y resguardo del dueño o propietario. La tendencia de la cosa debe aparejar para el hurtador una real capacidad de opción y libertad que le permita sin interferencias ni estorbos, privilegiadamente, por sí y ante sí, ejercer actos de potestad, imperio y dominio como si se tratara del legítimo señor del bien; posibilidad que correlativamente pierde el derechohabiente, ya que resulta imposible admitir que una misma cosa se pueda hallar simultáneamente bajo el poder exclusivo de dos individuos. No parece lúcido sostener, pues, que el agente ha consumado la acción ejecutiva cuando no logra eludir las barreras de protección montadas alrededor de la cosa o superar la esfera de poder de quien ejerza autonomía sobre la misma. En tales supuestos se produce ciertamente un resultado

³⁰ NÚÑEZ, *opus cit.*, pág. 181.

típico penal —tentativa—, mas no una lesión efectiva al concreto interés individual o colectivo tutelado por el legislador en el tipo modelo legal. Califica-se así el desvalor de la acción y no el resultado objetivo del comportamiento.

8) Que el agente detente materialmente el bien, por breve o largo tiempo, es cuestión que carece de mayor importancia en la estructura penalística del tipo si no ha logrado superar la “esfera de custodia” o de “disposición” o de “vigilancia” o de “poder” o de “actividad patrimonial” impuesta por el propietario sobre la cosa para avalar objetivamente el señorío que tiene sobre ella. A la ley penal lo que le interesa, por encima de referencias o condiciones de tiempo, es que el autor pueda disponer del objeto comportándose de hecho como su verdadero dueño, sin nudos ni tropiezos que entraben el ejercicio de su actividad ilícita, aun por tiempo limitado. Del criterio sugerido participa un querido y recordado maestro español cuando insuperablemente escribe: “Quede eso sí, bien claro, que para que el hurto se consume, resulta suficiente que el autor del delito goce, aunque sea por una mínima fracción de tiempo, de la posibilidad de disponer de lo hurtado en la forma enunciada. Si aprovecha o no tal posibilidad es intrascendente el efecto. Que consumir un delito es cosa distinta de agotarlo, como ha puesto de relieve la moderna dogmática juridicopenal”³¹.

9) Si debido a inexistencia del objeto material, el ladrón no alcanza el apoderamiento de la cosa, no empece el agotamiento de actos idóneos e inequívocos enderezados a la ofensa del derecho protegido, la acción solo es punible en aquellas legislaciones en que tal comportamiento encuadra en una descripción típica (tentativa imposible). No es el caso de nuestro Código, si bien siguiendo el pensamiento positivista de la peligrosidad, el Código de 1936 la consagraba en su art. 18. No constituye por tanto conducta típica la del autor que, con intención de hurtar, irrumpe en domicilio ajeno en la creencia de encontrar objetos y mercaderías cuando tal lugar está deshabitado de tiempo atrás. Esta imposibilidad de comisión —apunta certeramente JIMÉNEZ HUERTA— no se da cuando la inconsumación del delito es debida, más que a una impracticabilidad de naturaleza estable, a una circunstancia contingente, meramente causal episódica, como acontece cuando el ladrón introduce su mano en el bolsillo del traje del sujeto pasivo considerando erróneamente que en dicho bolsillo llevaba el dinero que portaba en el izquierdo, o cuando la víctima precavidamente cambió el dinero de bolsillo al darse cuenta de la sospechosa proximidad del ladrón³².

10) La noción de apoderar —lo dicen los maestros— es una noción compuesta que, como toda acción, requiere una objetividad y un aspecto subjetivo. La primera se alcanza cuando el sujeto ha tenido la posibilidad de disponer de la cosa, sin que interese examinar que efectivamente lo haya hecho. El aspecto subjetivo requiere que haya querido disponer u obtener la disponibi-

lidad que efectivamente adquiere mediante el apoderamiento, sin entrar a averiguar si alcanzó o no el grado de disponibilidad que se propuso. O, lo que es igual: si el autor alcanza con la desposesión el contenido de la voluntad finalista, cualquiera que sea el efecto perseguido o *animus lucrandi* (notoriamente las finalidades de uso, goce, enajenación o disfrute), resulta inocuo determinar la realidad teleológica de tales propósitos pues que se estaría exigiendo una ultrafinalidad cuya obtención no haría más que agotar una conducta consumada. Subordinar la consumación del delito —escribe JIMÉNEZ HUERTA— a que el agente tenga la ocasión de usar, gozar o vender la cosa, es pretender condicionar la perfección del delito a una posibilidad futura inmediata innecesaria para su integración³³.

11) Aprovechando la estadía del profesor argentino EUGENIO RAÚL ZAFFARONI en nuestra ciudad³⁴, inquirimos su opinión acerca de este supuesto: ¿Cuál es la situación juridicopenal del sujeto que tras apoderarse de un reloj es alcanzado por el propio ofendido, y en el forcejeo por recuperar la cosa, el primero, contrariado por tal actitud, la arroja al suelo con la intención de destruirla o inutilizarla? Por escrito nos dejó la siguiente respuesta que, sin comentarios —pues nos identificamos con su pensamiento—, trascribimos *ad pedem litterae*:

“La disponibilidad objetivamente necesaria para la consumación del hurto es la mera posibilidad (aunque fuera fugaz y pasajera y no aprovechada por el sujeto activo) de disponer de la cosa, pero hay que tener en cuenta que esta no puede reducirse a la mera posibilidad de que el sujeto destruya la cosa. Cuando el sujeto ha tenido únicamente la posibilidad de destruir la cosa y ninguna otra más (usarla, consumirla, donarla, venderla, etc.), no puede considerarse que el delito se haya consumado, entre otras cosas porque en esas circunstancias por lo general no solo no se ha consumado el apoderamiento sino ni siquiera el desapoderamiento previo (la sustracción). Si un sujeto remueve un objeto frágil y es perseguido a la carrera por el propietario y cuando se percata de que lo van a prender arroja el objeto al piso y así lo destruye o lo daña, no hay un hurto consumado (no sustrajo, desde que la cosa no salió nunca del todo de la esfera de custodia y, por ende, menos puede considerarse que se apoderó). En tal caso hay un concurso real de tentativa de hurto y daño consumado (no hay una unidad de conducta, sino una mera unidad de circunstancias; la unidad de conducta no existe porque no existe el elemento unificante psicológico necesario que es una única resolución criminal, sino dos: la de hurtar, y, al verla frustrada, recién [sic] surge una segunda decisión criminal, que es el dolo de daño)”.

³¹ BLASCO FERNÁNDEZ DE MOREDA, *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. XIV, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1967, pág. 654.

³² MARIANO JIMÉNEZ HUERTA, *Derecho penal mexicano*, t. IV, México, Editorial Porrúa, S. A., 1973, pág. 80.

³³ Cfr. MARIANO JIMÉNEZ HUERTA, *opus cit.*, pág. 80.

³⁴ De paso nuestros públicos agradecimientos al ilustre jurista, quien con generoso desprendimiento dictó en Cali y Popayán interesantes y muy sustantivas conferencias sobre aspectos del derecho penal contemporáneo.

HISTORIA Y CRISIS DE LA PENA DE PRISIÓN*

Dr. CARLOS A. ELBERT

Investigador del Instituto de Criminología de la Universidad
de Colonia, República Federal de Alemania.

El interés común en torno al tema de la pena jurídicamente impuesta, y su ejecución en los establecimientos comúnmente denominados "cárceles" o "prisiones", es lo que nos congrega en esta oportunidad incitándonos a la meditación, la búsqueda y la discusión sobre problemas concretos, pero de decisiva trascendencia para nuestras sociedades latinoamericanas. No obstante las lógicas diferencias hasta étnicas que existen entre nuestros diversos países, es indiscutible que la hermandad idiomática y el destino histórico común, de antes, de hoy y de mañana, nos obliga a estrechar filas, intercambiar ideas y comparar experiencias, buenas y malas. En tal encuadre, debe apuntarse que nuestros países tienen también en común la existencia de códigos penales escritos, códigos de procedimiento, y cárceles donde se materializan los castigos impuestos por las leyes citadas. A partir de este punto, nuestra compensación recíproca aumentará, porque además de la identidad de palabras y conceptos, habrá identidad de vivencias. Y todos sabemos que las cárceles son el mejor indicador para constatar el grado de presión social, la mayor o menor tolerancia, el nivel de progreso alcanzado en un país determinado. Por supuesto, se pueden tener concepciones diversas en cuanto a los fines de la pena privativa de libertad, o los métodos de ejecución, y estas concepciones diversas pueden tener una indole religiosa, moral, política o juridicofilosófica. Pero estimo que debemos coincidir todos en unos puntos mínimos, procedentes de los principios igualitarios, proclamados tras la gesta de nuestra independencia. Al respecto, cito el art. 18 de la Constitución argentina, que dice: "Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquella exija, hará responsable al juez que la autorice". Mi estimación se apoya en lo insólito que resultaría encontrar entre nosotros a alguien que se proclame partidario

* La presente hace parte de una serie de Conferencias sobre el tema de la prisión, que el autor dictó en algunas ciudades de Colombia durante una gira que realizó por varios países de América Latina en el mes de noviembre de 1982. De manera más concreta, es la Conferencia N° I del ciclo, dictada en Medellín. Las otras se dictaron en las ciudades de Bogotá, Bucaramanga, Cali y Popayán.

de las penas de azotes, de mutilación o de trabajos forzados en tierra o en el mar, o alguien que incluso secretamente se regocije con la idea de que los presidiarios sufran por su mala comida o sus cotidianas humillaciones. Sin embargo, pese a esta identidad de ideales que, como se ha visto, datan del siglo pasado, no es necesario demasiado esfuerzo para encontrar en cualquiera de nuestros países —quizás a pocos metros de aquí— cárceles sucias, insanas, donde el hacinamiento y las arbitrariedades de todo tipo constituyen un tormento que no nos gustaría padecer en carne propia. Debemos admitir entonces que nos hallamos ante una flagrante contradicción, y que nuestra pasividad ante el problema puede tener carácter de complicidad social.

Como el problema de las cárceles latinoamericanas me preocupa tanto como a ustedes, intentaré, a lo largo de estas charlas, hacer algún aporte constructivo, pese a lo transitado del camino y a las autorizadas voces que ya han dado su opinión.

Entrando en tema, es necesario que nos preguntemos de dónde viene y cómo se origina la institución carcelaria, objeto de nuestro desvelo. Buscamos la fuente no por un afán gratuito, sino a fin de comprobar si las circunstancias originarias arrojan luz sobre las modalidades concretas actuales de la institución cárcel. Sabemos que el hombre concibe, a lo largo de la historia, organizaciones o institutos que le permiten resolver, en el marco de las diferentes culturas, importantes problemas de convivencia. Y también sabemos que el hombre es capaz de combatir y reemplazar los institutos creados, a medida que el paso del tiempo los vuelve anacrónicos o anquilosados, conforme a las necesidades de progreso de la mayoría social. Si la cárcel aportó en algún momento soluciones prácticas y positivas a algunas sociedades concretas, es algo que debemos poner en claro. Luego se considerará si el instituto responde a los requerimientos actuales, y en caso negativo, si debe discutirse el problema de su eliminación o reemplazo.

La cárcel en Europa

Tras consultar la abundante bibliografía referente al verdadero origen de la cárcel como lugar de cumplimiento de penas, se advierte que fuentes y citas se repiten con frecuencia. Tal vez porque los autores son, en general, juristas, no deseosos de invertir mucho tiempo en rastreos historiográficos. Otros autores, como FOUCAULT, incorporan novedades de mayor interés, al concentrarse sobre la especulación sociopolítica de la institución carcelaria. En general, los datos más seguros se extraen de las obras de HOWARD, BECCARIA, MOMMSEN, WINES, y nombres más recientes como VON HENTIG, BOHNE, BARNES y SELLIN. Pero a fin de sintetizar la exposición del tema me conformo con decir, de modo esquemático, que en Europa hay dos grandes grupos de opinión sobre el tema histórico: el de quienes opinan que la prisión con sus caracteres modernos nació ya en las casas de corrección de Amsterdam, en 1595, y el de quienes dicen que no se puede demostrar con toda exactitud el momento histórico de aparición de la pena de prisión. Más discuti-

das y discutibles son las opiniones que encuentran el germen de la pena privativa de libertad en los estatutos italianos medievales, o en Inglaterra antes que en Holanda, o en los Estados Unidos a partir del sistema filadélfico de fines del siglo XVIII. De todos modos, no es mi intención adentrarme en este tipo de polémicas, y creo que el mejor método simplificador es evitar la búsqueda en torno a la aparición de la privación de libertad en sí misma, como sanción expresamente concebida para hacer responder al individuo por su hecho, lo que con seguridad es imposible de ubicar históricamente con exactitud. Me parece más práctico inquirir por los motivos que llevaron a *concentrar grandes cantidades de personas en edificios cerrados*, donde debían permanecer por periodos de tiempo más o menos largos.

Hay coincidencia general en que estas casas se llamaron, a partir del siglo XVI/XVII "casas de corrección", y que eran algo así como reformatorios donde se procuraba "educar" a ciertos grupos de personas encerradas por diversos motivos, pero con la característica común de pertenecer a los estratos más bajos de la población, situación de la que, por supuesto, no eran culpables. Para ilustrarlo mejor, se me hace inevitable transcribir dos fragmentos, por su alto valor explicativo. Me refiero a un pasaje de HANS VON HENTIG y a otro de FOUCAULT, que nos obviarán largas disquisiciones.

El profesor alemán pinta con coloridos trazos la situación europea entre los siglos XVII y XVIII, en estos términos: "Los disturbios religiosos, las largas guerras, las destructoras expediciones militares del siglo XVII, la devastación del país, la extensión de los núcleos urbanos y la crisis de las formas feudales de vida y de la economía agrícola, habían ocasionado un enorme aumento de la criminalidad a fines del siglo XVII y comienzos del XVIII. A ello viene a añadirse la supresión de los conventos, el desmenuzamiento de los gremios y la *duda, muy extendida, sobre toda clase de autoridad. Se había perdido la seguridad*; el mundo, espiritualmente cerrado a los incrédulos, herejes y rebeldes, había quedado atrás. *Había que vérselas con verdaderos ejércitos de vagabundos y mendigos*. Puede establecerse su procedencia: nacían de las aldeas incendiadas y de las ciudades saqueadas; otros eran víctimas de sus creencias, víctimas arrojadas a los caminos de Europa. *Era preciso defenderse de ese lustre o peligro social*, mas no podía menos de sentirse simpatía por él, por razones religiosas o sociales, cuando los ejércitos extranjeros habían hecho que cualquier otro espanto pasara a un segundo término. Estas legiones de pequeños criminales *erraban en manadas* por el país, deslizándose secretamente en las grandes ciudades. Acciones periódicas de *limpieza* los expulsaban, los azotaban, los marcaban a fuego, los desorejaban. Pero como en algún sitio habían de estar, iban de una a otra ciudad. *Eran demasiados para ahorcarlos a todos, y su miseria, como todos sabían, era mayor que su mala voluntad*. En Europa, escindida en numerosos Estados minúsculos y ciudades independientes, *amenazaban solo con su creciente masa, dominar el poder del Estado*". Y agrega luego: "La pena privativa de libertad fue el *nuevo gran invento social*, intimidando siempre, corrigiendo a menudo, que debía hacer retroceder al delicto, acaso derrotarlo, en todo caso, encerrarlo entre muros. La crisis de la pena de muerte encontró

así su fin, porque un método mejor y más eficaz, excepción hecha de pocos de los más graves casos, ocupaba su puesto".

A esta elocuente descripción, se agrega el análisis especulativo de FOUCAULT, en los siguientes términos: "En toda Europa, la internación tiene el mismo sentido, por lo menos en principio. *Es una de las respuestas dadas por el siglo XVII a una crisis económica que afecta al mundo occidental en su conjunto*: descenso de salarios, desempleo, escasez de la moneda; este conjunto de hechos se debe probablemente a una crisis de la economía española. La misma Inglaterra, que es el país de Europa occidental menos dependiente del sistema, debe resolver los mismos problemas. Pero fuera de las épocas de crisis, el confinamiento adquiere otro sentido. A su función de represión se agrega una nueva utilidad. Ahora ya no se trata de encerrar a los sin trabajo, sino de dar trabajo a quienes se han encerrado, y hacerlos así útiles para la prosperidad general. La alternación es clara: mano de obra barata, cuando hay trabajo y salarios altos; y en periodo de desempleo, reabsorción de los ociosos y protección social contra la agitación y los motines. No olvidemos que las primeras casas de internación aparecen en Inglaterra en los puntos más industrializados del país: Worcester, Norwich, Bristol"¹.

Doy por históricamente cierto el panorama descrito y analizado por estos autores, lo que puede corroborarse sin mayores dificultades. Me desprendo, como ya dije, de la búsqueda puntillosa del momento en que la pena de prisión fue concebida o descubierta con base en un estado de cosas. Acepto que la generalización del instituto se encuadra dentro del panorama antes descrito, entre los siglos XVII y XVIII, sin desconocer la posibilidad de que fueran proyección de ideas e institutos ya existentes a fines del siglo XVI. Me ocuparé ahora de algunos fragmentos de las citas anteriores, porque estimo que allí pueden encontrarse todas las claves que han signado a la institución carcelaria hasta nuestros días, y no solo en Europa, sino también en nuestro continente.

Así como en un momento hubo grandes masas de prisioneros de guerra que alimentaron la esclavitud y las galeras, hubo otro momento en que las grandes masas marginadas se volvieron un *problema de seguridad interna*, como relata VON HENTIG. Eran masas de difícil control para los débiles poderes de las ciudades-Estado, que podrían llegar a ser dominadas por estas "horras" cuantitativamente superiores. Eran muchos para matarlos a todos, y había que encontrar una respuesta al problema, cuya raíz estaba en una grave crisis económica continental. La fórmula final: "retirarlos de circulación", "educarlos" para trabajar por poco y en condiciones extremas, demostrándoles cómo el Estado podía mantenerlos con vida, pero domesticados, temerosos y obedientes. Las monarquías absolutas hicieron uso intensivo del hallazgo, hasta el punto de que la toma de la Bastilla es casi el símbolo de la revolución burguesa que cambió el mundo.

¹ Ambas citas han sido tomadas del artículo "El nacimiento de la pena privativa de libertad", de CARLOS GARCÍA VALDÉS, aparecido en *Cuadernos de Política Criminal* núm. 1, Madrid, 1977. El fragmento de HANS VON HENTIG corresponde a *La pena*, Madrid, 1968, y el de MICHEL FOUCAULT a *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris, 1975 (subrayados nuestros).

Se avecinaba el momento en que las fuerzas sociales en ascenso hicieran producir por poco y en condiciones extremas, en inmensos galpones de chapa, bajo el lema de la libertad, la igualdad y la fraternidad. Las masas estaban antes condenadas al vagabundeo y el bandidaje, sin fijación en el tiempo ni en el espacio. En cambio, ahora podían elegir entre el vagabundeo, la cárcel o la fábrica. La relación cuantitativa se había alterado grandemente: los vagos y maleantes eran ahora una minoría, en relación con los ciudadanos libres encerrados en masa en las fábricas. Además, de estas se salía, al final de la jornada, más muerto que vivo. La seguridad del sistema quedaba así a salvo de hordas rondando por las noches. La propiedad privada dormía en paz, al menos hasta la irrupción de las protestas sociales organizadas de finales del siglo XIX. A cien años de la Revolución Francesa, el nuevo sistema comprueba que otra vez masas de desposeídos se lanzan a la calle, enfrentando las fuerzas de seguridad y desafiando abiertamente el poder del Estado. Pero ahora las cárceles han quedado pequeñas para semejante cantidad de población. Además, encerrar significa vaciar fábricas, arruinando la producción. De este modo, la cárcel se vuelve selectiva, y a ella ingresarán ahora, por largas temporadas, los dirigentes que se ocupan de soliviantar a las masas, o en todo caso chivos expiatorios para amedrentar. El destino de Zacco y Vanzetti, a comienzos de nuestro siglo, estuvo muy ligado a dicha transformación. A partir de 1900, la policía crece desmesuradamente como institución, tanto en lo cualitativo como en lo cuantitativo, *volviéndose una instancia prejudicial, donde se determina quiénes serán criminales y por qué.*

En la lucha contra los elementos políticos radicales se vuelve a recurrir a la pena de muerte con gran frecuencia. Recién terminada la segunda guerra mundial gana terreno una concepción más humanista de la ejecución penal, se origina una resistencia general contra la pena de muerte y, merced al aburguesamiento de los dirigentes sindicales y de los mismos obreros en los países capitalistas centrales, se hace innecesaria la dureza policial contra sindicalistas o luchadores sociales. En estas condiciones, *quien delinque es un anormal, y por lo tanto debe ser tratado.* La ideología del tratamiento se abre camino, y la terapia penetra en las cárceles con todo un arsenal de técnicas. Llegamos así a la época presente, donde grupos radicales de *elite* atentan contra el Estado del bienestar, requiriendo respuestas sofisticadas, tales como policía especial, sistemas de informática supermoderna, espionaje y lucha sin cuartel. El tratamiento no sirve sin embargo para "resocializar" a estos hijos de burgueses, que se rebelan contra el orden social aprendido en escuelas y universidades. El único recurso ahora es la eliminación física o el aislamiento aniquilante por larguísima períodos, como sucedió y sucede en Alemania Federal. Y esta lucha despiadada, casi nihilista, ha resultado un preanuncio de la gran crisis capitalista actual, que pone en jaque al Estado providente, y con él a sus sistemas modernos de ejecución penal, basados en tratamientos y terapias complejas y costosas. Veamos ahora la realidad historicopenal de nuestro continente.

Se justifica la extensión dedicada a describir la cárcel en Europa, porque de allí la recibimos trasvasada, como casi todas las instituciones sociales de nuestros países. Lamentablemente, limitaciones materiales y de tiempo me han impedido ocuparme detenidamente de un análisis historiográfico o especulativo-social de la cárcel en nuestro continente, por lo que deberé limitarme a una descripción de pocos trazos, basándome en la experiencia rioplatense y en algunos datos bien conocidos de la historia americana. Presento desde ahora disculpas por ello.

La institución carcelaria nos ha llegado, sin ninguna duda, a través de la legislación española, y es también seguro, tal como dijimos, que para el siglo XVII la pena de prisión, con todos sus rasgos definatorios modernos, estaba impuesta en la Península. Sin embargo, la realidad social americana era completamente distinta a la de la metrópoli, y ello no podía dejar de imprimir una gran diversidad de caracteres originales a nuestra dependencia, aun cuando en estos territorios se aplicasen la legislación y el procedimiento luso-españoles. En primer lugar, la irrupción colonizadora procedente de la península ibérica representó un acontecimiento si no inédito, por lo menos muy excepcional: el choque o la interacción entre pueblos y culturas que no habían tenido jamás contacto previo entre sí. De tal modo, lo que estaba en juego no era la imposición de unas pautas sobre otras más o menos parecidas, como pudo suceder, digamos, con la ocupación alemana en Francia, o la ocupación aliada de Alemania en el curso de la segunda guerra mundial. Aquí se trató de la imposición de unas pautas culturales y sociales *con las que nuestros pueblos no tenían absolutamente nada en común.* España y Portugal someten a los pueblos americanos, y mediante una labor de algo más de tres siglos aniquilan, transforman, influyen o castran la cultura originaria de *todo un continente*, procurando condicionarlo a su imagen y semejanza en nombre de la civilización. Se me ocurre que un etnocidio de mayor magnitud solo puede hallarse revisando la historia africana.

En ese proceso de penetración luso-español, hubo tanto guerras como adaptaciones pacíficas y simbiosis raciales y culturales. Pero los intereses económicos coloniales, las enormes distancias geográficas, las malas comunicaciones, el pésimo nivel cultural de los primeros colonizadores, fueron dando caracteres peculiares a nuestros orígenes como Estados modernos. Quizás lo que hoy somos, constituye, en gran parte, el resultado de aquella castración originaria, que nos impuso nuevos idiomas, nuevas religiones, nuevos órdenes y autoridades sociales.

Las diferencias enumeradas hacen que los procesos particulares de organización o reorganización social latinoamericana, bajo la influencia de las coronas española y portuguesa, sean muy distintos. Es evidente que la cárcel como castigo no tenía sentido en el altiplano, donde la mita y el yanaconazgo aseguraban sumisión y superexplotación para abastecer a la metrópoli de los metales buscados. Encerrar cientos de indígenas en cárceles hubiera sido para

estos una bendición, comparado con la muerte segura de las minas. Y mientras esta era, en general, la situación de regiones que habían tenido altos índices de población y culturas notables, en otros sitios el despoblamiento, la falta de incentivos económicos de gran rentabilidad y la falta de culturas predominantes, daban lugar a situaciones sociales *sui generis*. Tal es el caso de la zona sur del continente sudamericano, la zona de la cuenca del Plata. Las enormes regiones del sur argentino, por ejemplo, apenas recientemente fueron incorporadas de modo efectivo al poder central a fines del siglo pasado. Hasta ese momento, señores de la Patagonia eran diversas tribus indias, que no solo ofrecían resistencia al hombre blanco, sino que incluso lo mantenían en jaque. El fortín militar, en el mismo estilo del oeste norteamericano, fue la avanzada en el territorio en disputa, para imponer la ley del hombre blanco. Y, por supuesto, los soldados que en ellos prestaban servicios eran enganchados forzosos, condenados por la justicia ordinaria.

Estas situaciones, por citar solo un par de ejemplos, sugieren los motivos por los que el establecimiento penal moderno, con capacidad para cientos y hasta miles de internos, altos muros y torres de vigilancia, solo pudo aparecer en nuestros países de modo sistemático y organizado, promediando, cuando no finalizando el siglo XIX. Por esa época llegaban a su fin las gestas de independencia y organización nacionales que, casualmente, consagraron repúblicas parlamentarias recortadas del modelo europeo o, más exactamente dicho, de las constituciones francesa y norteamericana. La aspiración de ser nosotros mismos, pero con ropa prestada, dio pie a realizaciones positivas, pero también inocultablemente al establecimiento de nuevos cordones umbilicales de dependencia, que están a la vista en nuestros días. Esta dependencia lo copió o importó casi todo, hasta ciudadanos europeos por millares, como en los casos de Uruguay, Argentina y Brasil, país este último al que los señores blancos llegaban incluso con sus vasallos negros.

Es al final de este proceso de 300 años de colonización cuando nuestros modos de regir la sociedad alcanzan cierta relación —o una buena copia— con la realidad de ultramar. Nuestras cárceles, establecidas a finales del siglo XIX, y muy especialmente a comienzos del XX tienen, ahora sí, muchos puntos de contacto con la realidad carcelaria europea, en cuanto a métodos, fines, y, sobre todo, en cuanto a la clientela. Tal es el caso de los países del Plata, que reciben entre 1900 y 1920 un aluvión inmigratorio europeo de una magnitud tal, que en 1904 la mitad de la población de Buenos Aires llega a ser extranjera. Y esta gente no trae consigo solo sus bártulos, sino también sus ideas anarquistas y socialistas, que darán lugar a procesos y persecuciones célebres, de carácter asombrosamente parecido a los de la Europa o Norteamérica de esos años.

Recapitulación

Antes de arribar a la parte final de este trabajo, donde debo analizar someramente los fines de la pena, los métodos que acompañan dichos fines

y el estado actual del problema, quiero redondear los análisis históricos efectuados y extraer un par de comparaciones. Hemos visto cómo el nacimiento de la pena de prisión estuvo ligado a problemas socioeconómicos de una coyuntura concreta de la historia europea. Sin embargo, no obstante que posteriormente la cárcel dejó de ser un simple medio de contención de hordas hambrientas, *sobrevivió como institución*, llegando hasta nuestros días, como el contrato de compraventa o la pena de muerte. No cabe duda que el contrato de compraventa de los romanos aún hoy cumple una función útil e indispensable para la sociedad, pero es más difícil pronunciarse respecto a los dos institutos restantes. Así como la pena de muerte perdió por completo su primerísimo rango medioeval en favor de la cárcel, esta, una vez nacida, debió adaptarse al ritmo de los tiempos, conforme a los valores y necesidades de cada sociedad. En lugar de desaparecer, fue conservada por su eficacia intimidante o por su utilidad politicosocial, solo que adaptándola a ciertos valores humanistas vigentes. Así, vemos cómo cobra cada vez más peso la idea “educadora”, “formadora”, “reformadora” o “resocializadora” de la pena de prisión. Al principio mediante el trabajo duro y brutal, luego mediante el silencio y las enseñanzas bíblicas, luego mediante preparación escolar, profesional, o ambas juntas, y actualmente mediante la “terapia” que permita curar al delincuente de sus males siquicosociales. Pero si la supervivencia de la privación de libertad hasta nuestros días constituye en Europa un verdadero lastre histórico, aspecto al que luego nos referiremos, *es posible que en Latinoamérica la situación sea más forzada, dado el carácter meramente hereditario, impuesto por trasvasamiento, de esta forma de reacción penal*. Sin ahondar en este interesante aspecto, pretendemos dejar suficientemente precisado que la cárcel latinoamericana es una institución más de traspaso, que desde hace más o menos un siglo alcanzó a compartir, en general, los caracteres, técnicas y fines existentes en algunos países de origen. Sin embargo, algunos de estos países de origen atraviesan en la actualidad el estadio de “naciones industrializadas” o “sociedades del bienestar” o “potencias” y, por ello, se han establecido algunas distancias. Con mayor seguridad puede afirmarse que nuestras cárceles conservan aún semejanzas con establecimientos de países europeos de economía total o parcialmente agropecuaria, sin rango de “sociedades de bienestar”. Para decirlo con un ejemplo concreto, las cárceles de Colombia se parecerán poco a las de Alemania Federal o Suecia, y mucho a algunas de Italia, Grecia o España.

Evolución y crisis de la pena privativa de libertad

La intensa y fructífera discusión criminológica y politicriminal que se ha desarrollado en el presente siglo, ha ido ofreciendo nuevas bases para las reacciones sociales, en uno u otro sentido. Recordemos los diversos puntos de vista que han sostenido el positivismo, la nueva defensa social, las ideologías del tratamiento y las modernas corrientes de la criminología radical. El estado de la cuestión en el campo de las legislaciones positivas, salvo algunas

excepciones, permanece fijado en la idea de que las normas son necesarias para mantener un orden social, son siempre coactivas, y cumplen con la función de realizar el ideal de justicia. Dicho ideal consiste en que quien provoque un desequilibrio en el orden social debe reacomodarlo aun a costa de sus propios bienes jurídicos.

Las etapas recorridas por esta concepción son conocidas, y pasaron por considerar la pena como mera *expiación*, asociada a una idea más bien religiosa de la culpa; luego adoptaron la modalidad positivo-dogmática de la *retribución*, tendiente a que la privación o restricción de bienes jurídicos sea proporcional a una culpabilidad definida por criterios científicos y no morales. Esta concepción del ideal de justicia es ampliada en sus alcances mediante la separación de fines del *doppio binario*, vigente hoy en casi todas las legislaciones positivas y conforme al cual la pena tiene una *finalidad retributiva y otra reformadora*, realizables a través de medidas de seguridad. Por último, desde innumerables puntos de vista, se achaca hoy a la pena de encierro que no cumple ni con una cosa ni con la otra.

Los argumentos contra la pena de prisión están vastamente difundidos por importantes autores que los han analizado en profundidad. Pese a ello, quizá convenga evocarlos someramente, ya que si bien algunos factores negativos son universalmente de fácil percepción, otros han sido precisados recientemente, como resultado del trabajo de las ciencias sociales y humanas, en especial la psicología, la sociología y la pedagogía. En cuanto a los factores negativos de la institución carcelaria, hay algunos que todos hemos experimentado, sea de modo directo, o a través de la literatura o los medios de comunicación. Me refiero a:

- instalaciones viejas, materiales obsoletos y carencias materiales;
- malas condiciones sanitarias, higiénicas y alimentarias;
- hacinamiento o superpoblación, o aislamiento;
- baja extracción social y mala o nula preparación del personal de guardia, limitado a meras funciones de custodia y represión;
- falta de alternativas laborales o malos sueldos;
- disciplina mecánica y autoritaria, orientada casi exclusivamente al mantenimiento del orden;
- falta de clasificación de los internos, dando lugar a un clima de agresión colectiva, tensiones reprimidas a punto de estallar, bestialización, criminalización y subculturización;
- frecuente falta de alternativas rehabilitadoras y ociosidad forzada para los internos, que se limitan solo a “contemplar el paso de las horas”;
- frecuente corrupción del personal de custodia, mediante favoritismos o desigual rigurosidad, según la flaqueza o fiereza de los internos, su procedencia social o sus posibilidades materiales.

En cuanto a los efectos que muchos o todos estos factores provocan en la personalidad del penado, merecen destacarse los siguientes:

—*Deprivación o prisionalización*: fenómeno del que se ha ocupado mucho la sociología norteamericana de los últimos años, y que consiste en la pérdida

de los atributos de la individualidad cuando se ingresa en una cárcel. HILDE KAUFMANN lo describe en estos términos: “Hasta en los más finos hilos se corta el contacto con el mundo exterior; la propiedad privada es entregada y va al depósito; en vez de ello se reparte vestimenta uniforme, que a menudo no corresponde ni en el tamaño ni en el corte. El preso entrega el derecho de disposición sobre su persona: come, duerme y trabaja por órdenes, es controlado y llevado como una persona sin capacidad. No puede decidir quién estará junto a él. En algunos países, todavía se les corta el pelo completamente. Mediante este procedimiento de ingreso, el preso es consciente, hasta lo más profundo, de que ha sido expulsado de la sociedad de los hombres libres, como un objeto social de menor valor, que tiene que ser mantenido detrás de muros seguros y custodiado noche y día”². Esta autora recuerda también que la aplicación de métodos sociales en los que se asocia el valor de la persona con su propiedad personal y se destaca el “tener” por encima del “ser”, produce también un gran choque en el individuo, porque junto con toda propiedad se retira el sentimiento del propio valor que —aun falsamente— pudiera servirle de apoyo.

El fenómeno de deprivación que hemos enumerado, es el comienzo de una serie de inevitables consecuencias síquicas para quien lo sufre. Podemos aludir al fenómeno de la *despersonalización*, por ejemplo, resultante del hábito de recibirlo todo resuelto, sin posibilidad de deliberación, lo que puede causar sícosis irreparables y, por sobre todo, una discapacitación para la convivencia social libre. La custodia permanente crea *inseguridad*, y la falta de confianza en sí mismo es, como se sabe, un factor de fracaso en la vida social.

La separación familiar es otro episodio dramático provocado por la prisión. Muchos autores tienden a valorarlo como una pena suplementaria, criterio que comparto, porque se está castigando también a la familia del penado, privándola de su cabeza y sustento. En los países del Tercer Mundo este es un problema social gravísimo, debido a la falta de beneficios sociales, o protección familiar por el tiempo de la condena y, para colmo, la clientela carcelaria procede mayoritariamente de los sectores más pobres de la población. Es obvio decir que son los sectores peor dotados sanitaria, cultural y laboralmente, y que en este medio son frecuentes las familias de más de diez o doce hijos. Por último, el papel de la mujer en Latinoamérica está muy postergado, y en las capas bajas las posibilidades laborales se limitan a la servidumbre doméstica o la prostitución. De este modo, no solo quedan numerosas personas libradas a su suerte, sino que se aumenta la angustia del penado, consciente de las dificultades de los suyos.

Los factores analizados conducen a que los presos sientan la necesidad imprescindible de conformar una cultura propia de supervivencia, esto es, una *subcultura*, al margen de las reglas oficiales de la sociedad y el establecimiento. La misma puede apoyarse en la subcultura de procedencia y enrique-

² *Ejecución penal y terapia social*, Buenos Aires, Edit. Depalma, 1979, págs. 62 y ss.

cerse con el aporte carcelario, pero es casi seguro que en el marco de estas normas de convivencia se gesta definitivamente el criminal del futuro. A esto se llama fenómeno de *criminalización*, o, lo que es lo mismo, carácter criminalizante de la prisión.

Sin ánimo de agotar la lista de objeciones, agreguemos ahora la abrupta interrupción de los *contactos heterosexuales* con sus consecuencias síquicas y familiares y su correlación de perversiones, violencias y homosexualidad carcelaria. En consecuencia, no debe extrañar a nadie que en las cárceles se genere tanta violencia y tensión, y que el desorden estalle en forma de motines, asesinatos, violaciones, suicidios y reyertas. Pero aun cuando el interno haya superado sin daños estas pruebas, al recuperar la libertad lo espera aún un duro castigo retroactivo, que habrá de padecer en sociedad. Me refiero a la *estigmatización* vitalicia, o casi, de quienes han sufrido una pena de cárcel. El "expresidiario" o "delincuente" o "criminal", será ahora observado con desconfianza por las autoridades y rehuido por la sociedad en general, incluso por sus propios vecinos y familiares. De hecho, el único modo de evitar esta discriminación es asumirla, aceptando de modo definitivo el carácter de "delincuente" y conviviendo permanentemente con grupos marginales.

Conclusiones

Nuestro bosquejo ha pretendido demostrar tres cosas: *primero*, que las condiciones históricas del nacimiento de la pena privativa de libertad desaparecieron hace siglos; *segundo*: que las causas de nacimiento de la pena de prisión no se dieron en nuestro continente, al que fueron trasplantadas; *tercero*: que la crisis de esta reacción penal es indiscutible, a la luz de los actuales conocimientos proporcionados por las ciencias sociales y de conformidad con un criterio equitativo y humanista, que tenga por meta un verdadero mejoramiento del hombre y su medio, y no un simple sometimiento de los más débiles.

Sin embargo, embanderarse con metas transformadoras no es una tarea fácil ni exenta de contradicciones, ya que sería una actitud puramente idealista ignorar que la pena privativa de libertad continúa siendo la más importante de las reacciones penales en casi todos los países del mundo, al menos del occidental, y que en los últimos dos siglos no ha habido cambio historicosocial, por profundo y revolucionario que fuese, que haya eliminado de modo definitivo y total la pena de prisión. Parece ser, en consecuencia, que se impone la aceptación de la cárcel como un mal menor, al menos para un reducido sector de sujetos que representan un peligro social. También veremos, más adelante, con qué reservas de realismo deben ser tenidas en cuenta otras medidas alternativas a la pena de cárcel.

Pero pese a las contradicciones a que puedan conducir estas realidades de hierro, creo que el motor que debe impulsar los pasos reformadores es la disconformidad con toda medida social que tienda a ocultar o segregar todo aquello que no se acomode a los intereses sociales vigentes, y la conciencia permanente de que nuestras circunstancias son solo pasajeras y que debemos

mirar hacia el futuro orientándonos siempre por valores éticos superiores a los ya alcanzados. Esta disconformidad ética es saludable y necesaria para poder acostumbrarnos a la premisa de que el hombre permanece hombre, aunque haya cometido hechos terribles. Por estos motivos, creo un deber de todos la búsqueda de soluciones realistas y efectivas a los problemas que plantea la pena de prisión. En las charlas siguientes, procuraré hacer también mi modesto aporte a tan decisiva cuestión de política criminal, que hoy nos ha congregado. Muchas gracias.

Colonia, setiembre de 1982.

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

- ANIYAR DE CASTRO, LOLA: "La reacción social a la conducta desviada", en *Derecho Penal y Criminología*, núm. 1, Bogotá, 1977, pág. 67.
- AUTORES VARIOS: "Alternativen zu kurzen Freiheitsstr.", Verl. Rüegger, Diessenhofen, Suiza, 1979.
- "El Fascismo en América", en *Nueva Política*, México, núm. 1, 1976.
- "La lucha por la democracia en América Latina", Universidad Menéndez Pelayo, Guadalupe, España, 1981.
- BERGALLI, ROBERTO: "La cuestión criminal en América Latina" Separata de la revista *Sistema*, núm. 49, Madrid, julio 1982, págs. 49 a 66; "Observaciones críticas a las reformas penales tradicionales", en *Derecho Penal y Criminología*, núm. 12, Bogotá, dic. 1980, pág. 43; *¿Readaptación social por medio de la ejecución penal?*, Madrid, 1976.
- BOUDON, RAYMOND y otros: *Corrientes de la investigación en las ciencias sociales*, t. I, Unesco, Madrid, Edit. Tecnos, 1981.
- CUELLO CALÓN, EUGENIO: *La moderna penología*, t. I, Barcelona, Edit. Bosch, 1958.
- C.A.D.H.U. (Comisión Argentina de Defensa de los Derechos Humanos): "Coloquio internacional sobre la política de desaparición forzosa de personas", París, 1974, y "Testimonios de los sobrevivientes del genocidio en Argentina", Madrid, 1979 (mimeografiados).
- DE LA RÚA, JORGE: "La codificación penal latinoamericana", Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1982.
- DE RIVACOVA Y RIVACOVA, MANUEL: "El nuevo Código Penal de Cuba", en *Doctrina Penal*, Buenos Aires, 1980, pág. 357; "El nuevo Código Penal de Colombia", en *Doctrina Penal*, Buenos Aires, enero-marzo 1981, pág. 85.
- Die verschwundenen Kinder Argentinien*, Materialsammlung Amnesty International As verlag, Tübingen, 1982.
- ECKERT, HANS, U.: "Formación y retribución en el derecho penal", en *Doctrina Penal*, Buenos Aires, enero-marzo 1982, pág. 1.
- ELBERT, CARLOS A.: *La situación del menor sometido a proceso penal*, Buenos Aires, Edit. Depalma, 1978; "Lineamientos criminológicos para la tipificación de la conducta adolescente", en *Doctrina Penal*, abril-junio 1981, Buenos Aires, pág. 213.
- FRAGOSO, HELENO C.: "Aspectos jurídicos de la marginalidad social", en *Derecho Penal y Criminología*, núm. 1, Bogotá, dic. 1977, pág. 45; "El derecho de los presos", en *Doctrina Penal*, abril-junio 1981, Buenos Aires, pág. 227.

- FOUCAULT, MICHEL: *Vigilar y castigar*, 5ª ed., Marid, Edit. Siglo XXI, 1981; *Microfísica del poder*, Madrid, Edit. La Piqueta, 1980.
- GALEANO, EDUARDO: *Las venas abiertas de América Latina*, 28ª ed., Madrid, Edit. Siglo XXI, 1980.
- GARCÍA MÉNDEZ, EMILIO: "¿Criminología o derecho penal en América Latina?", en *Derecho Penal y Criminología*, núm. 7, Bogotá, set. 1979, pág. 33.
- GARCÍA VALDEZ, CARLOS: "El nacimiento de la pena privativa de libertad", en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 1, Madrid, 1979, pág. 23; "La nueva penología", Madrid, 1977.
- GICOVATE POSTALOFF, MIRYAM: *Los procesos de descriminalización*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1981.
- HERNÁNDEZ, TOSCA A.: *La ideologización del delito y de la pena*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1977.
- KAUFMANN, HILDE: "Concepciones del hombre en el derecho penal y la criminología", en *Doctrina Penal*, Buenos Aires, enero-marzo 1981, pág. 14; *Ejecución penal y terapia social*, Buenos Aires, Edit. Depalma, 1979; *Principios para la reforma de la ejecución penal*, Buenos Aires, Edit. Depalma, 1977.
- KURY, HELMUT y otros: *Diversión, alternativen zu klassischen Sanktionsformen*, tomos I y II, Studienverlag Brockmeyer, Bochum, 1981.
- LINARES, MYRLA: *El sistema penitenciario venezolano*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1977.
- MORRIS, NORVAL: *El futuro de las prisiones*, México, Edit. Siglo XXI, 1978.
- MUÑOZ MOLANO, GERARDO: "Prisiones y conducta", en *Derecho Penal y Criminología*, núm. 6, Bogotá, julio 1979, pág. 80.
- NEUMAN, ELÍAS: "El problema sexual en las cárceles", en *Criminalia*, Buenos Aires, 1965.
- NEUMAN, ELÍAS y otro: *La sociedad carcelaria*, Buenos Aires, Edit. Depalma, 1968.
- O.E.A.: *Annual Report of the Inter-American Commission of human-Rights*, 79/80, Washington, 1980.
- Resoluciones principales del VI Congreso de las Naciones Unidas: "Prevención del delito y tratamiento del delincuente", en *Derecho Penal y Criminología*, núm. 11, Bogotá, set. 1980, pág. 67.
- RICO, JOSÉ M.: *Crimen y justicia en América Latina*, México, Edit. Siglo XXI, 1977; *Las sanciones penales y la política criminológica contemporánea*, México, Edit. Siglo XXI, 1979.
- SANDOVAL HUERTAS, EMIRO: "El nacimiento de la prisión", en *Derecho Penal y Criminología*, núm. 9, Bogotá, marzo de 1980, pág. 14.
- SCHWIND BLAU: *Strafvollzug in der Praxis*, De Gruyter, Berlín, 1976.
- "Terrorismo de Estado y secuestros", informe de la CADHU (mimeografiado), 1981.
- WELLER, WILHELM P.: *Das angloamerikanische rechtsinstitut der probation*, Rüeger, Suiza, 1976.
- YRURETA, GLADYS: *El indígena ante la ley penal*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1981.
- ZAFFARONI, EUGENIO: *Política criminal latinoamericana, perspectivas, disyuntivas*, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 1982.
- (Y numerosos reportajes, informes y documentos publicados en periódicos y revistas de Latinoamérica y Europa).

DIEZ ÚLTIMOS AÑOS DE CRIMINOLOGÍA ARGENTINA:* LA EPISTEMOLOGÍA DEL TERROR

Dr. ROBERTO BERGALLI
(Universidad de Barcelona)

INTRODUCCIÓN

La discusión epistemológica en criminología no es un tema que tenga mucha antigüedad. Podría decirse que ella se remonta a no más de quince años atrás y, más precisamente, desde el pensamiento crítico en las ciencias sociales entró a formar parte del análisis sobre la cuestión criminal.

Para muchos estas afirmaciones parecerán erróneas. Pero desde que los hechos sociales fueron encarados como formando parte de una totalidad, la solidez del tradicional conocimiento criminológico comenzó a resquebrajarse; su retraimiento de lo social fue puesto en duda; su estricta dependencia de la definición juridicopenal fue señalada como falsa y, finalmente, denunciada su naturaleza deformadora o encubridora de la realidad que lo generaba. Toda esta labor culminó con la revelación de lo que hoy se conoce como la "ideología de la defensa social" o conjunto de principios informadores de esa falsa conciencia —elaborada sobre esquemas de la escuela clásica del derecho penal y del positivismo criminológico— que ha servido para legitimar las instituciones del sistema de control penal de la criminalidad (BARATTA, 1982, 37 y ss.).

El iter recorrido por esa búsqueda epistemológica tuvo origen en ámbitos culturales encuadrados por el desarrollo social de pueblos que en gran medida han sido la matriz de un sistema hegemónico de división internacional del trabajo. Pero, así como el conocimiento criminológico ortodoxo se expandió antaño desde Europa continental hacia América del Sur, proyectado por las escuelas penales en virtud de un proceso de dependencia cultural, hogaño el pensamiento crítico empieza a florecer en la criminología latinoamericana impulsada por un espíritu autóctono.

No es esta la ocasión para hacer una reseña del camino iniciado hacia la construcción de una teoría crítica del control social en América Latina, y por toda referencia conviene remitirse a las proposiciones de LOLA ANIYAR DE CASTRO (1981) y a las propias de este ponente (1981 a) recientemente reite-radas (1982).

* El presente trabajo fue presentado a la Reunión Preparatoria del IX Congreso Internacional de Criminología, Panamá, agosto de 1982.

Empero, como concretamente lo ha señalado también LOLA ANIYAR (1981, 22), este enriquecimiento inusitado de la criminología latinoamericana se debe a la particular situación de autonomía que han gozado en las últimas décadas ciertos ámbitos académicos donde se han acantonado la reflexión crítica sobre la criminalidad y su control. Sin embargo, pese a que uno mismo alienta la posibilidad de reflexión semejante para todo el continente, fuerza es reconocer que hoy, en muy pocos lugares de la América latinoparlante, es posible ensayar un tipo de discurso sobre la cuestión criminal en el que su objeto de conocimiento no sea el ya tradicional del ente jurídico delito o el del sujeto autor del hecho penal, sino, precisamente, el del propio sistema penal —sus instancias, las leyes que orientan su actuación, el origen de estas, sus formas de aplicación, etc.— descendiendo de una determinada superestructura jurídica, como un factor, quizá el más relevante, de lo que se conoce como proceso de criminalización.

Es preciso recordar aquí que la supremacía de las categorías de lo jurídico y el desprecio por los datos de una realidad social que pueden aportar las disciplinas que se ocupan de ella directamente, son características de una notoria tendencia tecnicista; la cual sirvió acertadamente a regímenes culturales obscurantistas para distanciar el fenómeno (criminalidad) de su marco de producción (Estado-sociedad). De esta manera el delito, como dato ontológico, preexistente al tiempo y lugar de su ocurrencia, depende solo de la ley que lo define y del órgano que la aplica.

Por todo ello, una investigación criminológica que tenga por objeto el sistema penal y la superestructura que lo gesta, no solo está vedada en la mayoría de los países latinoamericanos —y ya se verá por qué— sino que, además, su desarrollo o la tentativa de esbozarlo, ha sido motivo suficiente como para desencadenar la ira del régimen político que así se sentía amenazado por ella, hasta el punto de poner en peligro (que ya en varios casos se concretó) la seguridad física o la vida humana de sus autores.

Es que, tal como es posible suponer, semejante clase de investigación criminológica pone al descubierto el mal empleo que un régimen de gobierno puede hacer de los instrumentos del control penal. Muy frecuentemente se trastocan las funciones de las instancias del sistema penal y se les asignan otras que permitan usarlas como herramientas de política social; o sea que, mediante la violencia institucional, dichos regímenes aplican el modelo social que conviene a los intereses de quienes se posesionan del manejo del Estado. Esto ha ocurrido, obviamente por vías no democráticas, en muchos países latinoamericanos. En algunos de ellos, por cierto, los medios más despiadados y brutales de la represión, el terror de Estado, han suplantado a otros más sutiles y subrepticios que suponen el recurso a las formas y apariencias legales.

En consecuencia, una criminología que se dedique a analizar los intereses que guían la creación de las leyes penales que protegen necesidades de grupos minoritarios y hegemónicos en detrimento de otras propias a grupos mayoritarios pero desprivilegiados; que ponga de manifiesto cómo la actuación de control que orienta la aplicación de los órganos del sistema penal es

despareja según la categoría social de los sujetos sobre quienes aquellas actúan o que revele la desigualdad manifiesta que en general se encuentra en la base de todo sistema de justicia penal, es, a todas luces, una criminología subversiva y quienes la profesan se convierten en enemigos del orden impuesto.

Mas, habida cuenta de los regímenes de flagrante injusticia social implantados en Latinoamérica y del uso descarado de la violencia de Estado desatada para robustecerlos, no quedó camino más directo que denunciarlos y poner de manifiesto cuál es el empleo que ellos hacen de los sistemas penales. Esto ya ha sido cumplido en buena medida por la labor de un reducido número de estudiosos que muy esforzadamente —algunos incluso en forma individual— han llevado a cabo lo que se puede denominar como criminología “de denuncia”.

—I—

Intentando exponer cuáles han sido las funciones de la criminología y cuáles sus relaciones con la política y las prácticas sociales en Argentina, durante los últimos diez años (como lo exige el tema para esta ponencia), es indudable que habrá que retornar a esa labor de denuncia. Sin embargo, al propio tiempo —tal como lo ha señalado también recientemente ZAFFARONI (1982, 3)— y porque no cabe duda que la institucionalización de la violencia interna —tanto como la internacional que acaba de sufrir el pueblo argentino (que no el gobierno)— puede servir al relegamiento del país dentro de una injusta y nueva distribución internacional del trabajo, es preciso analizar y profundizar los aspectos del proceso regional y mundial en que se inserta el modelo de control social que tiene vigencia hoy en Argentina. Poniendo de manifiesto las particularidades que asume ese control, mostrando cómo se efectúa la criminalización en concreto como consecuencia de una política económica determinada, se contribuirá a conformar una criminología que, a la vez que critica las prácticas habituales de control penal, se enmarcará en la teoría política que auspicia CERRUTTI GULDBERG (1982, 24) y que pretende interpretar la realidad argentina y latinoamericana, diagnosticar sus urgencias y articular las medidas políticas eficaces para enfrentar estos gravísimos problemas.

Diez años de historia argentina remontan el análisis a diez años muy intensos, plenos de acontecimientos que delimitan un espacio de tiempo en el cual la constante ha sido (con una brevísima interrupción) la de querer imponer un nuevo proyecto hegemónico.

Dentro de este plan los portadores fueron, por un lado, la oligarquía vernácula —ahora como administradora del capital multinacional interesado en neutralizar el sistema productivo argentino— y, por otro lado, las fuerzas armadas nacionales que, de peones ejecutores de aquel proyecto, han pasado a convertirse en grupo de poder autónomo, con intereses económicos propios desarrollados en los campos neurálgicos de riqueza para el país, tales como la petroquímica, el acero, el aluminio, etc.

Empero, como en otra ocasión ya fue sostenido (v. BERGALLI, 1981b, 29), todas las intervenciones militares en la vida institucional argentina fueron guiadas por distintos proyectos hegemónicos. Pese a ello, la motivación final que orientaba todo golpe de Estado estaba constituida por la voluntad que impulsaba a la oligarquía nacional a presionar sobre las fuerzas armadas, y esa voluntad era la recuperación del control del Estado, perdido ya en 1916 con el limpio y legítimo triunfo del movimiento popular en las primeras elecciones realmente libres que se celebraban en Argentina.

Poco a poco y como secuela de esa sucesión de intervenciones militares (1930, 1943, 1955, 1962, 1966 y 1976), descubiertas las más, embozada una (1962); con el cambio substancial de todas ellas hasta marcar el "nuevo militarismo" que nació en el subcontinente (v. CARRANZA, 1978, 8) o la "profesionalización" del golpe (v. MIGUENS, 1969, 153 y ss.), según una definición funcionalista, se fue construyendo el Estado autoritario, modelo de concentración omnimoda de poder, que se ha impuesto en el país. Es un Estado que no ha nacido de la sociedad civil; bien por el contrario, ha respondido a las necesidades de una estructura económica que se ha pretendido imponer desde arriba y desde afuera. En esa tarea participaron los grupos civiles que antaño configuraban la oligarquía terrateniente y la burguesía del puerto de Buenos Aires, nacida y crecida al abrigo de la especulación con el capital financiero y los productos agropecuarios.

Las alianzas establecidas por esa burguesía con el capital monopolista norteamericano, frente a la tradicional dependencia que aquellos propietarios de la tierra habían establecido con Gran Bretaña, generó muchas de las luchas intestinas de las fuerzas armadas. Estas luchas dieron como fruto la necesidad de penetrar cada vez más la sociedad con el discurso castrense, en la medida que solo por medio de un control social ramificado es posible ejercer la vigilancia de aquellas fuerzas que pueden provocar disonancias y réplicas al modelo económico impuesto.

De tal manera se llega a los años setenta y con ellos se inicia el período que debe ocupar el presente análisis.

—II—

Al iniciarse la década acababa de hacer crisis el último proyecto oligarquía-fuerzas armadas. El programa económico ensayado por el *tandem*. Onganía (presidente) Krieger Vasena (ministro de economía)¹ desde junio de 1966, había provocado un creciente descontento popular y una elevada agitación obrera.

Ese programa preveía dos momentos. El primero, destinado a frenar la inflación para facilitar la inversión a largo plazo en la que estaba interesado

¹ Según lo dicen LESSEPS/TRAVELER (pág. 75), en la actualidad (año de edición 1978), Krieger Vasena es miembro del directorio del Banco Mundial —entidad que hizo cuantiosos préstamos al gobierno de Onganía del que aquel fue su ministro de Economía— y dirigente de doce corporaciones extranjeras.

el capital monopolista. Esto significó despidos masivos, congelación de salarios, aumento de los precios en el mercado interno, devaluación de la moneda e intervención en los gremios y aumento de los impuestos. Obviamente, todo esto fue acompañado de un gran endeudamiento con organismos internacionales. En consecuencia: restricciones y ajustes.

El segundo momento de ese programa preveía, una vez logrados los objetivos de racionalizar la producción y diversificar las exportaciones, redistribuir las ganancias a los más eficientes.

Por ese plan olvidaba a los grandes sectores de la población pues, por un lado, el intento de diversificar las exportaciones sin alterar la estructura latifundista se llevó a cabo sobre la devaluación de la moneda. Esta favoreció al productor agropecuario —pero no al peón de campo—, pues por cada kilogramo de carne exportado recibió mayor cantidad de pesos argentinos. Por otro lado, el Estado suspendió el crédito a las pequeñas y medianas industrias que también a causa de la devaluación se fueron debilitando poco a poco hasta ser absorbidas por el capital foráneo. Igual ocurrió con los bancos nacionales.

Esta política económica solo podía sostenerse con gran represión, pues únicamente de esta forma es posible contener las grandes tensiones que aquella genera obligadamente en los estratos populares más castigados. Así se inicia la política criminal castrense de esos tiempos, que recurre a un sinnúmero de medidas penales directas y a una legislación laboral y social que encubre auténticas disposiciones punitivas.

Esa política criminal se gesta de la manera siguiente: la opción armada que habían asumido los grupos de la izquierda radical y otros nacidos en ámbitos ideológicos opuestos —como en el integrismo católico— pero captados por el marxismo revolucionario, había provocado la aparición de fuerzas parapoliciales y paramilitares. Al mismo tiempo, la creciente evolución que había demostrado el sistema de administración de las grandes organizaciones de los trabajadores y de su central única (CGT) —cuya historia de corrupciones y privilegios se remonta al primer gobierno peronista— había dado nacimiento a lo que se conoce como "burocracia sindical", verdadero poder fáctico y auténtico cuerpo separado del Estado, que llegó a contar con grupos de choque y bandas de guardaespaldas.

Estos tres elementos, unidos a hechos de verdaderas características provocatorias como lo fueron aquellos originados en la represión de las demandas de la clase obrera (cfr. BUFANO, 1980), generó un período de auténtica violencia indiscriminada (VELÁSQUEZ/ESCOBAR, 1975).

El Estado, en manos del poder oligárquico-militar, amparado en esa situación de abierto terror —desencadenado contra él, por él y a su abrigo— dirigió toda la fuerza de su sistema penal para afirmar el modelo social impuesto y la forma concentracionaria de poder. Es así como el derecho penal-político, pasando por encima de las garantías constitucionales que se habían elaborado en la tradición de una Argentina liberal-conservadora (SCHIFFRIN, 1978, 320), asume un desarrollo desproporcionado en el que aparece involucrada buena

parte de la doctrina juridicopenal —propiciando, aconsejando o formulando las formas pseudolegislativas del caso— vinculada por intereses o cooptación al programa económico monopolista-oligárquico.

Las puntas del *iceberg* penal-político estuvieron representadas, una por la llamada “ley” 18701 que implantó la pena de muerte (desalojada del ordenamiento jurídico argentino por el Código Penal de 1921 y solo subsistente en el Código de Justicia Militar) para el caso de atentado contra instalaciones militares, para la privación de libertad con motivo u ocasión de la cual mediare la muerte de alguna persona y para el uso ilegítimo de insignias militares con el fin de cometer otros delitos cuya sanción superase los ocho años de prisión; luego, mediante la “ley” 18953 se introdujo esa pena de muerte en el propio Código Penal para ciertos tipos penales (pertenencia a asociaciones ilícitas que poseyeran armas u organización militar y de cuya actividad resultase la muerte o lesiones gravísimas para alguna persona, homicidio de funcionarios públicos y militares en momento que realizasen sus funciones), aunque se proponía la alternativa de pena de reclusión perpetua. La otra punta aludida estuvo constituida por la creación de un tribunal especial —mediante la “ley” 19053— cuya jurisdicción abarcaba todo el territorio nacional y su competencia se extendía a aquellos hechos de naturaleza política, todo lo cual violaba garantías constitucionales expresas de prohibición de procedimientos y comisiones especiales o tribunales extraordinarios, como siempre lo estableció el art. 102 de la Constitución nacional.

—III—

Es este el momento para señalar un aspecto que contribuirá a esclarecer la situación en que puede encuadrarse lo que habitualmente en los países latinoamericanos se ha conocido como investigación criminológica, la cual —como ya se ha visto— estuvo siempre orientada por una concepción de la propia disciplina que no ha servido para interpretar la realidad social del fenómeno que debe caer bajo su examen. Para ello es preciso retrotraer el análisis a algunos años anteriores al período que aquí corresponde encarar.

Si se sigue la distinción hecha por LÓPEZ REY sobre las diferentes clases de criminología (1969-70, 15 y ss.) tradicionalmente puestas en práctica en América Latina y teniendo en cuenta cualquiera de las presentaciones históricas de la disciplina en Argentina (cfr., por todas, BERGALLI, 1982, 49-66), puede decirse que solo han primado dos de ellas en el país: la criminología aplicada o administrativa y la criminología académica o descriptiva. Parece posible afirmar que ni la criminología científica ni la que aquel autor erróneamente denomina criminología analítica o crítica han tenido vida en Argentina, salvo que se vincule la primera —la científica— con la época de explosión criminológica de fines del siglo XIX y comienzo del corriente de la mano de DRAGO, los RAMOS MEJÍA, MOYANO GACITÚA y luego de INGENIEROS.

Aquellas dos criminologías, la aplicada o administrativa y la académica o descriptiva, tuvieron en Argentina —hasta promediados los años sesenta— ámbitos de producción y realización muy dispares. Una fue practicada exclusivamente por lo que se conocía como Instituto de Observación del Servicio Penitenciario Federal, con el objetivo máximo de contar con los datos necesarios para llevar a cabo la tarea de clasificación de los internos según el sistema progresivo que impone la ley penitenciaria nacional. La otra, la académica o descriptiva, a efectos de enseñanza de la criminología, era realizada —tal como asimismo lo señala LÓPEZ REY— en las facultades de derecho del país, aunque no como asignatura propia de los planes de estudio, sino como integrando cursos de posgrado o paralelos a los de las respectivas carreras de leyes, dictados en los institutos de derecho penal y criminología respectivos. De estos últimos pueden señalarse quizá no más de cinco donde efectivamente —con muchos altibajos— esa criminología académica o descriptiva tuvo existencia (los de las Universidades oficiales de Buenos Aires, de La Plata, de Santa Fe, del Nordeste y de Córdoba).

Ahora bien, entre los dos ámbitos —el penitenciario y el universitario— de realización de esas dos distintas clases de criminología, puede afirmarse que no existió prácticamente ningún tipo de comunicación si se exceptúan los formalismos que emanan de las visitas de profesores y profesionales a los establecimientos de ejecución penal y de la participación como alumnos en los cursos de perfeccionamiento de los funcionarios penitenciarios.

Producido el corte institucional que significó el golpe militar de junio de 1966, acaecieron otras circunstancias que hicieron prácticamente desaparecer la criminología académica o descriptiva de los ámbitos universitarios o, por lo menos, la alejaron aún más de la posibilidad de encarar cualquier análisis realista de los fenómenos que ella debía examinar, tal como se había insinuado en el Instituto de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho porteña. En efecto, mientras este Instituto estuvo dirigido por don LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA entre 1958 y el 26 de agosto de 1966, y pese a la influencia neopositivista con que el maestro concebía la criminología, en los cursos de especialización en ciencias penales que él había introducido se presentaba el estudio de la criminalidad y su control desde las diversas perspectivas admisibles para aquella influencia, pero dando a la sociológica una cabida entonces inaceptable para el predominio del dato jurídico, detalle este que permite recordar el reproche formulado al comienzo de esta intervención, mediante el cual se pretendió señalar la dependencia epistemológica con que la criminología ha sido tradicionalmente cultivada en relación con el derecho penal.

Pero acaecida la que tristemente se recuerda como “noche de los bastones largos”, en la cual la autonomía universitaria quedó definitivamente abolida desde entonces en Argentina, JIMÉNEZ DE ASÚA, en compañía de un reducido número de sus colaboradores, se retiró de la Universidad porteña. De tal manera, desaparecido ese atisbo, la criminología académica volvió a manos de los técnicos-jurídicos o de los que, más grave aún —como en el caso del Instituto de Derecho Penal de la Facultad de Buenos Aires— se autodefinían como

politicocriminalistas y se afianzaron en el asesoramiento de los ministros de Justicia de los gobiernos castrenses de 1966 en adelante. En consecuencia, quienes proyectaron a partir de esa época la legislación penal *de facto* eran, al mismo tiempo, los que orientaban la enseñanza de la criminología.

Mientras, en el ámbito penitenciario y con la decisión de que todos los directores nacionales del Servicio Penitenciario Federal debían aparecer en la jerarquía militar con el grado de coronel o superior (con lo que de un plumazo se destruyó una obra de muchas décadas en la construcción de una mentalidad penitenciarista), fue obvio que aquella clasificación de reclusos a la que servía la criminología aplicada o administrativa iba a ser preferentemente empleada respecto del creciente número de detenidos políticos que iba gestando el régimen oligárquico-militar. Este abusaba de la disposición constitucional (art. 23) para implantar el “estado de sitio” en el país y contaba con la complacencia de una justicia que no limitaba el poder irrestricto del presidente del ejecutivo para detener indeterminadamente a los ciudadanos por causas políticas, sin someterlos a proceso penal (v. BERGALLI, 1979, 521 y ss.).

Vale la pena recordar aquí que, al amparo de un gobierno provincial *de facto* como todos los establecidos a partir del golpe de junio de 1966, un organismo oficial que se autodefinía como de investigación criminológica, llevó a cabo en 1969 unas jornadas internacionales con el apoyo de la Sociedad Internacional de Criminología, con gran despliegue de medios y difusión, a las que acudió todo el *entourage* profesional de los congresos internacionales de la criminología de la época. Fue precisamente en esta ocasión cuando LÓPEZ REY presentó la comunicación en la que formuló la clasificación de las diferentes criminologías a que se hizo alusión más arriba (luego publicada en la revista oficial de la administración penitenciaria argentina). Pero lo sugestivo de ese evento consistió en que en el mismo, en el que participaron todos aquellos que se identificaban como criminólogos en Argentina (obviamente todos ellos eran juristas y abogados en su mayoría, médicos los menos, y, obviamente también, no asistieron JIMÉNEZ DE ASÚA ni quienes se sentían identificados con su ideario democrático) —algunos de los cuales, incluso, se manifestaban como “rebeldes” frente a lo que oficialmente se postulaba como criminología—, no se formularon objeciones al uso indiscriminado que se venía haciendo del sistema penal en el país desde hacía ya algunos años, ni tampoco se denunció la implantación de disposiciones legislativas como, por ej., la vigente desde hacía algún tiempo “ley” 17401 de represión de actividades comunistas y todas sus adecuaciones posteriores, por medio de la cual se podía calificar como comunistas a personas físicas o jurídicas. Conviene hacer resaltar que esa “ley” reprimía lo que se denominaba “subversión comunista o perturbación del orden público”, el proselitismo y cualquier otra forma de adoctrinamiento, estableciendo sanciones de prisión y aun de expulsión del país, además de una serie de inhabilidades —algunas de carácter perpetuo— y la exclusión de los beneficios de la excarcelación y la condena de ejecución condicional para los condenados por las situaciones que reprimía esa “ley”, que en su mayoría constituían violaciones a los principios del derecho penal liberal (derecho penal de hecho).

En esas Jornadas de Criminología celebradas en la Provincia de Mendoza tampoco se objetaron las reformas al Código Penal de 1921 —realizadas mediante las denominadas “leyes” 17567 y 17812 de modificaciones complementarias—, las cuales principalmente estuvieron dirigidas a aumentar la punición en aquellos tipos penales con los que se exacerba la protección del Estado o sus funcionarios como bien jurídico especialísimo. Ni tampoco en esa reunión nadie objetó la actualización de la normativa contra extranjeros —de muy dolorosa memoria para los demócratas argentinos por la famosa ley 4144 que se utilizó desde 1899, conocida como “ley de residencia”, y por la de “defensa social” (7029 de 1910), con las que se reprimieron los reclamos obreros—, por medio de la cual en 1969 se ordenó la expulsión de extranjeros que, según la “ley” 18235, “afectaran la paz social, la seguridad nacional o el orden público”. Pero lo que parece mucho más grave aún es que en las mencionadas Jornadas internacionales nadie pareció percatarse que muy cerca del lugar del encuentro el régimen había desatado la más tremenda represión y lucha frontal contra la unión obrero-estudiantil en la Provincia de Córdoba. En una memorable ocasión, que se recuerda con el nombre de “cordobazo” (29 de mayo de 1969), el mutuo apoyo entre organizaciones estudiantiles y sindicatos representativos —encabezados por auténticos dirigentes democráticos (Tosco, López) y que luego fueron severamente reprimidos— logró resistir y doblegar el atropello autoritario para cejar en su brutalidad; esto cimentó la posterior quiebra del gobierno de Onganía.

Como puede advertirse, la criminalización del disenso político y social tenía absoluta vigencia en Argentina cuando los criminólogos extranjeros y argentinos se reunieron en Mendoza en 1969.

—IV—

En 1972, producidos los recambios militares en la plana mayor del ejecutivo nacional —el gral. Onganía por el gral. Levingston, el gral. Levingston por el gral. Lanusse—, se percibió una alteración en la actitud castrense ante la necesidad de procurar pacto con la burocracia sindical y los partidos políticos mayoritarios (peronista y radical). Lo que ocurría era que, para esa época, los tres grupos armados más fuertes (FAR, Montoneros y ERP) habían logrado poner en serios aprietos al poder militar. El irrestricto empleo del sistema penal se había demostrado inútil; no servían ya más las leyes de emergencia, las jurisdicciones militares, ni los tribunales especiales. La persecución ideológica no atacaba al núcleo de la guerrilla sino que solo golpeaba a la disidencia. La inseguridad reinante era un freno para el capital extranjero, que se desvía para ser invertido en Brasil. Se hace imprescindible pactar un retorno a la democracia formal para luego, desde allí, negociar los términos de la dependencia (LESSEPS/TRAVELER, 1978, 1777. El problema está en saber cómo llegar a este punto. Es innegable que el movimiento peronista cubre distintos espacios de la actividad política y sindical; su defensa de los intereses históricos

de la clase trabajadora es incuestionable y por eso la existencia de una vanguardia armada inspirada en el peronismo es el principal peligro para aquel intento. Por lo tanto, para el proyecto militar, es necesario utilizar al peronismo sin permitir que su líder máximo retorne al poder. En consecuencia, se levanta la veda política y una heterogénea alianza de diversos partidos, entre los que no aparece ninguno de la izquierda histórica —que presenta sus propios candidatos— ni de las organizaciones sindicales democráticas, gana ampliamente las elecciones del 11 de marzo de 1973 con el 49.5%, llevando al gobierno la fórmula Cámpora-Solano Lima que cuenta con el inicial apoyo de Perón.

Las presiones, sobre todo de las organizaciones juveniles, pero también de vastos sectores de opinión que exigen —de acuerdo con los lemas de liberación, socialismo y soberanía que se agitan desde 1970 en Chile y en otros países latinoamericanos— una profunda democratización del Estado, impulsan a Cámpora y al Parlamento a una serie de medidas trascendentales, de las cuales tres asumen una importancia capital si se relacionan con el sentido de la presente comunicación. Las leyes (esta vez si pueden llamarse cabalmente de este modo, pues después de siete años unas disposiciones legislativas son dictadas como lo manda la Constitución nacional) 20508, 20509 y 20510 adquieren un doble significado; el primero, porque son aprobadas por la más amplia unanimidad de todos los sectores representados en el Parlamento; el segundo, porque las tres, de estricto contenido penal, traducen una orientación policriminal de notable carácter democrático. En efecto, la 20508 —la de mayor profundidad pacificadora— o ley de amnistía, tal como lo afirmara apropiadamente BAIGÚN (1973, 257): “y como respuesta a un ciclo infortunado de la vida del país, en que la represión política alcanzó características e instrumentaciones que excedieron ampliamente etapas anteriores, se afilia a una orientación subjetiva que define su sentido pero que está sujeta a tres ideas dominantes. Estas ideas son: el beneficio corresponde a las víctimas de ese estado de arbitrariedad que reinara en el país entre 1966 y 1973; otra (corolario de la anterior), que la extensión de la época de aplicación solo podrá ser invocada por quienes se hallaron en la situación anterior; y una última, que la línea divisoria entre delincuencia política y delincuencia común no pasa por las formas tradicionales, sino por el examen *in totum* del contexto de cada caso concreto”.

La segunda de las leyes aludidas [20509] o de “Pérdida de eficacia de disposiciones penales no emanadas del Congreso de la Nación”, era de una trascendencia singular para el ordenamiento jurídico argentino. En diferentes oportunidades anteriores el Parlamento nacional había tenido que enjuiciar disposiciones penales creadas por precedentes gobiernos de fuerza, adoptando criterios de convalidación de dudosa validez constitucional. Pero en esa ocasión la decisión tuvo una coloración diferente. En efecto, con esta ley se desconocieron no solo las disposiciones más repudiadas por el pueblo argentino, por sus carices netamente discriminantes y de injusticia social, sino que con ella se adoptó un principio que, aunque elemental, era vital en ese momento histórico: la pérdida de eficacia de todas las leyes penales dictadas por los gobiernos

militares desde 1966, cualquiera hubiera sido el nombre del acto legislativo. Así quedaron fulminados todos los tipos penales contruidos por el ordenamiento específico o por “leyes especiales”, como también las sanciones que aun invocando otra designación traducían, en verdad, el carácter de una pena, como por ej. las calificaciones de “comunista” que acarrea la ya citada “ley” 17401 y sus adecuaciones ulteriores (BAIGÚN, 1973, 262).

La tercera de las leyes mencionadas [20510] o de “Disolución de la Cámara Federal en lo penal y derogación de procedimientos especiales”, arrasó con la ignominia de las jurisdicciones especiales —el ya recordado tribunal especial creado en febrero de 1971— y de los tribunales de guerra para juzgar ciudadanos civiles, lo que había corporizado un auténtico terror de Estado.

—V—

Argentina se encontraba entonces —mayo de 1973— ante la oportunidad histórica de revertir el proceso mediante el cual los estratos sociales enseñoreados del poder, utilizando todos los mecanismos del Estado, habían convertido a este en el eje de la opresión y a su sistema de control penal en el instrumento idóneo para afirmar la desigual distribución de la riqueza nacional. Sin embargo, estaba claro que detrás de la mayoría aplastante que significó el triunfo del denominado gobierno popular de Cámpora y Solano Lima, y en el propio seno de este, se movían las sombras que iban a frustrar las esperanzas de democracia y justicia social.

Desde un Ministerio clave como lo era el de Bienestar Social, que ocupaba una importante zona de poder como para lanzar una política social apropiada a un gobierno de corte populista, se organizó la reacción contra la tentativa democratizadora. Las fuerzas regresivas que se movían en torno a Perón —y debe aún investigarse hasta dónde aquellas contaron con su beneplácito— combinaron un plan que provocó la vertiginosa caída de la fórmula Cámpora-Solano Lima. Feneció así el llamado pacto social suscrito entre la CGT y la CGE (Confederación General Económica), perno de la política económica que aseguraba, desde los planos superiores de la conducción sindical y empresarial, un periodo de bonanzas reformistas pero en las que ni las bases obreras ni mucho menos los grupos de la izquierda peronista estaban de acuerdo ni habían sido consultados.

Por lo tanto, la conflictividad aumentaba y la combatividad del auténtico proletariado (no la burocracia sindical) se pone de manifiesto. El mismo Perón, desde afuera, en sus distintas directivas, revela ambigüedades. Ciertos sectores del ejecutivo muestran una clara tendencia democrática y popular; las relaciones exteriores, algunos ámbitos de la conducción económica oficial en el comercio exterior y la política interior del Estado revelan orientaciones contradictorias con las de otros ministerios. Finalmente, el propio presidente Cámpora, confirmando una carrera de disciplina partidaria, cede a las presiones.

En una rápida sucesión presidencial, contando con la connivencia de diversos legisladores del partido mayoritario que se apartan de los derechos institucionales que les correspondían y por los cuales podían acceder a las acéfalas primeras magistraturas del país, asumió la presidencia de la República uno de los personajes —Raúl Lastiri— de la oscura tentativa para negociar la dependencia económica. Se abre entonces un período de indiscriminada represión. Ya no se recurre a eufemismos legales; las bandas parapoliciales actúan con completa libertad.

Se convocan nuevas elecciones presidenciales y la fórmula Perón-Perón (esta vez el líder no ha tenido dificultades, como ocurriera con Eva en 1952, para imponer a su nueva esposa como candidata) gana por abrumadora mayoría.

Sin entrar en la polémica que aún sostienen los acérrimos creyentes en Perón, es evidente que a partir de octubre de 1973, fecha en la cual él asume la presidencia de la República por tercera vez, se desencadena un enfrentamiento total entre las auténticas fuerzas del trabajo y la burocracia sindical, apoyada por toda la derecha del peronismo. No es posible reseñar aquí las luchas llevadas a cabo por los sindicatos auténticamente consubstanciados con las bases obreras. Pero por algo SMATA de la Provincia de Córdoba, Luz y Fuerza de la misma provincia, la Federación Gráfica Bonaerense, FOTIA (gremio del azúcar), resultan duramente reprimidos y sus dirigentes perseguidos (Tosco) o encarcelados (Ongaro). La política económica del gobierno se demuestra antipopular; las leyes de asociaciones profesionales —contra los sindicatos— y de inversiones extranjeras así lo traducen (LESSEPS/TRAVELER, 1978, 180) eufemísticamente. Perón mismo se enfrenta con la juventud de su partido y con las llamadas organizaciones de base.

En este cuadro de agudas contradicciones, de grave tensión social y de clara reversión de la política económica, el poder ejecutivo envía al Congreso y este aprueba —pese a la oposición de la minoría radical— un proyecto de reforma al Código Penal que, como otra vez ha sido bien señalado por BAIGÚN (1974, 339 y ss.), reconoce en sus directos antecedentes los textos introducidos en la época de los gobiernos militares anteriores y que habían desaparecido por virtud de la ley 20509. Así se sanciona, en enero de 1974, la ley 20642 que rescita normas de las leyes inconstitucionales 17567 y 18701 del período de Onganía y de la 18953, del gobierno de Lanusse, todas las cuales remontan su inspiración a la Comisión de Reformas Penales formada por SEBASTIÁN SOLER, CARLOS FONTÁN BALESTRA (que luego renunciara dignamente) y EDUARDO AGUIRRE OBARRIO.

El espíritu de esa reforma del Código Penal y de las anteriores que ella repite es aquel que va a contramano de la orientación politicocriminal de la época en los países democráticos. Es decir, que insiste en el desmesurado aumento de las escalas penales y acentúa la severidad de la intimidación penal como instrumento de control de la criminalidad. Lo cierto es que ahora (entonces en 1974), y, lo que es más grave, en un período constitucional, se vuelve al mismo tipo de herramienta de política social que se introdujo por la penetración castrense de períodos anteriores. Esto queda confirmado por la exacerbación

de exaltación que la reforma cuestionada otorga a ciertos bienes o necesidades jurídicas que confusamente son denominadas como “seguridad común” o “seguridad pública”, pero que en verdad ocultan la tutela de una forma-Estado autoritaria, la cual se adecua idóneamente a un proyecto socioeconómico antiobrero y antipopular, cuando —como en el caso de la reforma aludida— las situaciones de conflictos en las empresas estatales o las luchas de los empleados de la administración pública pueden ser alcanzadas por los nuevos tipos penales de coacción y amenaza (art. 1º, inc. 7 de la ley, y art. 149 ter del C. P.) cuando estas tuvieren “como propósito la obtención de alguna medida o concesión por parte de cualquier miembro de los poderes públicos”. O bien, cuando por medio del art. 1º, inc. 18 de la ley que substituye al art. 213 bis del C. P. y sanciona a quienes organicen o tomen parte en agrupaciones permanentes o transitorias que... tengan por objeto principal o accesorio imponer sus ideas o combatir las ajenas por la fuerza o el terror ya que, por el solo hecho de ser miembro de la asociación, se corre el riesgo de abarcar no solo agrupaciones de simples desadaptados, sino también de entidades sindicales o estudiantiles que en un momento determinado debieran, como medio defensivo, acudir a la violencia (BAIGÚN, 1974, 347). Pero lo que en verdad acontece en Argentina es que, a partir de esta época, asume categoría jurídica lo que en Italia se ha venido a llamar *diritto penale della emergenza*, por medio del cual toda el área del control penal se convierte en una pura cuestión de orden público².

La reforma del Código Penal cuestionada pone de manifiesto la profunda oposición que enfrenta en su propio movimiento a Perón, por un lado, y a la juventud y los sindicalistas democráticos, por el otro. La sanción de esa reforma sirvió de vehículo para demostrar el enfrentamiento, pues, en verdad, es a partir de ella cuando aquellos estratos sociales abandonan el apoyo a Perón. Ha triunfado un nuevo proyecto que, en realidad, es la reedición del antiguo oligárquico-militar.

—VI—

Perón fallece el 1º de julio de 1974. Su ministro de Bienestar Social, exsecretario privado y quiromántico particular pasa a conducir el proceso ulterior. La presidencia de la República es asumida por la viuda de Perón, quien en noviembre de 1974 decreta el “estado de sitio” en todo el territorio nacional, luego nunca confirmado por el poder legislativo.

El poder de López Rega aumenta considerablemente y comienza a actuar descaradamente como primer ministro, al tiempo que la necrófila Alianza Anticomunista Argentina (AAA) crece trágicamente y cobra cuantiosas víctimas

² Una prueba evidentiísima de ello lo constituye la sanción de la ley 20840 o “ley de seguridad nacional” o “contra las actividades subversivas”, por medio de la cual se realiza constitucionalmente la particular criminalización del disenso, de ciertas formas de pensar (que no de actuar) convirtiendo a este derecho penal de la emergencia en un derecho penal de autor.

desde su primer ataque en noviembre de 1973. Sobre ella nunca recae la actividad policial ni la de los organismos de información y seguridad de las fuerzas armadas, tan fructíferos luego sobre los disidentes políticos con los regímenes posteriores. Pero, lo acontecido fue que, en la actividad represora y en el propio programa económico, hubo una continuidad notoria entre los últimos gobiernos peronistas y los ulteriores de carácter militar, tal como lo demuestran las siguientes manifestaciones.

El nuevo comandante en jefe del ejército es el general Jorge R. Videla, quien un año más tarde concurrió en ese carácter a la XI Conferencia de Ejércitos Americanos (convocada por la Junta Interamericana de Defensa) celebrada en Montevideo en octubre de 1975 y allí declaró: "que en Argentina deberían morir todos los que fueran necesarios para restablecer la paz". Más tarde, ya como presidente de la República, declararía al diario "La Nación" de Buenos Aires el 31 de julio de 1976, que la subversión "será vencida y aniquilada"; en esa oportunidad resaltó las virtudes de las fuerzas armadas argentinas "en el combate de ese cáncer social (la subversión)" y concluyó: "venceremos y aniquilaremos a la *delincuencia*". Igualmente se expresaba el general Harguindeguy, nuevo ministro del Interior después de marzo de 1976, pero jefe de policía durante el gobierno de Isabel Perón: "la lucha contra la subversión caracteriza y condiciona todas y cada una de las medidas de gobierno".

Se ha constituido definitivamente una nueva política criminal. En pleno funcionamiento de las instituciones se reimplanta el terror de Estado y, sin discontinuidades, el poder militar se lanza a una caza implacable de disidentes (nacionales y extranjeros) hasta que quiebra el orden constitucional y asume, otra vez, el control de las instituciones.

La nueva política criminal nace de la conocida como "Doctrina de la seguridad nacional". Esta ha sido ya suficientemente analizada en sus aspectos políticos, sociales y económicos; de todos esos estudios merece destacarse el realizado por SOLARI YRIGOYEN en distintas ocasiones (v. fundamentalmente 1981, 45-53).

La doctrina de la seguridad nacional se funda en una política económica liberal a ultranza y de mercado que, "como se sabe, no es economía, sino despilfarro y malversación; que no es libre, sino esclava de los intereses multinacionales y del imperialismo descarado, y que menos aún es de mercado, pues bien analizada se descubre su estructura de monopolio compartido, dividido y repartido" (CASTELLANO, 1982). El inventor de esta política económica llega a la conclusión de que la democracia solo se da como forma política del capitalismo de la libre competencia que él (Friedman) interpreta a su manera. El sistema se basa en una concepción monetarista y en el cumplimiento por el Estado de una función en la cual aquel debe, primero, proveer a la defensa nacional y, segundo, proteger a toda persona de la coerción por parte de otras de la comunidad.

De aquí arranca, por un lado, el principio de subsidiaridad del Estado en la iniciativa económica, quedando expedito el camino para el capital multi-

nacional y, por otro, el papel trascendente que deben jugar las fuerzas armadas. Ellas se ven así inmersas en lo que se denomina la guerra total, la tercera guerra mundial o el estado de guerra permanente.

En el caso argentino, las fuerzas armadas se han considerado defensoras de los valores del Occidente cristiano, contra la agresión imperial del comunismo soviético. Por ello, esas fuerzas armadas han afirmado desde el comienzo de su última intervención vivir en estado de guerra. Empero, esa guerra se ha desarrollado no entre Estados, sino en el marco del propio Estado argentino; por eso ha sido una "guerra sucia", como la ha denominado el discurso castrense. Para los militares argentinos esta guerra, al igual que toda otra guerra, tiene sin embargo su fundamento geopolítico, su estrategia particular y su natural conducción.

Los elementos geopolíticos sobresalientes son, para esta doctrina de la seguridad nacional, la subordinación de las personas y de los pueblos al concepto de Nación, concebido como patrimonio de una minoría; la subordinación de la Nación a la categoría universalizada de "amigo-enemigo" y la inserción de la Nación así considerada (para el caso Argentina y América Latina) en el bloque occidental anticomunista, concibiendo esta adscripción a un bando como un estado de guerra incesante que a su vez determina la existencia del hombre. A estas categorías se subordinan todos los valores humanos, todo el quehacer social, la vigencia de las instituciones, los derechos económicos y sociales. Dentro de este enfrentamiento cotidiano e interno, la educación, la cultura y las ciencias aparecen en sí mismas como las armas más peligrosas de la penetración "enemiga" y se transforman en los blancos privilegiados de la agresión militar.

La estrategia en que se funda esta doctrina de la seguridad nacional entraña —como ya se adelantó— el concepto de guerra total, según el cual cada hombre, cada mujer, cada ciudadano es un guerrero, a favor o en contra, pero guerrero al fin. Cada actividad humana es considerada una actividad bélica y, como tal, todos los aspectos de la vida social, política, económica o cultural no son neutrales, sino que se transforman en actos en favor o en contra de la Nación (entendida restringidamente, por cierto). Inherente a esta concepción, tanto como la sistemática violación de los derechos humanos y la anulación de todo estado de derecho, es la necesaria conducción militar que tal estado de guerra supone.

El ejercicio directo del poder por las fuerzas armadas, la supresión de la división de poderes y toda otra forma de control democrático de los actos de gobierno por parte del pueblo y, desde luego, el ejercicio de la soberanía popular, constituyen el presupuesto de la subordinación de toda la actividad social a la mayor eficacia de la defensa, de la seguridad y al cumplimiento de los objetivos tácticos y estratégicos que se determinan en la lucha contra todos aquellos que los conductores de esta guerra santa consideran que atentan contra la Nación (tal como ellos la interpretan).

El capitalismo central ha ordenado la nueva distribución internacional del trabajo. Los países periféricos deben proveer las materias primas a bajo

costo de mano de obra, soportar los efectos económicos que generados en el centro se multiplican sobre ellos y consumir los productos fabricados en los lugares donde la fuerza-trabajo es de muy bajo precio pero de gran plusvalía para los monopolios internacionales. Argentina pertenece a la periferia y, por lo tanto, su papel consiste en cumplir las directrices.

Sin embargo, Argentina ya tenía una industria pesada importante, un conjunto productivo de considerables dimensiones y un proletariado desarrollado que conoce las posibilidades como clase organizada. Por lo demás, posee una capacidad tecnológica autóctona apreciable y un material humano en el campo de las ciencias, las artes y el pensamiento en general que le ha permitido estructurar una *Intelligenz* consciente que comprende y valora cuáles son los intereses que realmente deben protegerse frente a los que falsamente se invocan como trascendentes.

Pues bien, la doctrina de la seguridad nacional debe dirigirse contra ese conjunto de situaciones, elementos y valores que constituyen el real patrimonio económico, social y cultural del país, pues estos son, precisamente, los que pueden impedir la realización del proyecto hegemónico puesto en marcha efectiva ya desde los últimos gobiernos peronistas y decisivamente desde marzo de 1976.

Y así se desata el más feroz genocidio y la destrucción organizada que jamás pudieron suponer los argentinos iban a poner en ejecución las propias fuerzas armadas sobre ellos.

Las denuncias, investigaciones, comprobaciones realizadas por varias comisiones internacionales de derechos humanos (Amnesty International, Comisión Internacional de Juristas, Colegio de Abogados de Nueva York, OEA, etc.); la tortura, las muertes, los campos de concentración, la invención de las detenciones-desapariciones, el exilio forzado de miles de personas, el silencio político, la censura estudiantil y cultural; las múltiples presentaciones ante la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, los congresos y coloquios internacionales sobre la política de desapariciones forzadas, las asociaciones y federaciones constituidas por los familiares de todos esos afectados, las madres de la Plaza de Mayo, los pedidos de mediación papal, el premio Nóbel PÉREZ ESQUIVEL; todo eso y tanto más están ahí para testimoniar los efectos de esa doctrina de la seguridad nacional. Los medios de comunicación mundial se han ocupado vastamente de todo esto como para hacer innecesario repetir aquí los datos de este drama.

Al mismo tiempo, en casi siete años de gobiernos militares —un período que también cuenta con sus reemplazos en la cúspide del ejecutivo nacional (Videla, Viola, Galtieri y Bignone) en la medida que el desprestigio de la conducción castrense del Estado fue minando las bases del régimen— las costas del deterioro económico alcanzadas en el país constituyen, en diferentes campos, cifras *records*. La economía argentina se encuentra en la peor situación de su historia. En la primera semana del mes de julio pasado, la moneda argentina se había depreciado en un 267% frente al dólar norteamericano —421% desde enero de 1982— y la tasa de inflación se situaba en el 200%

anual, pero el primado negativo se había establecido en 1976 con el 348%. Estos datos y otros sobre el endeudamiento externo que ha alcanzado en estos momentos —también aumentado por los gastos que ha demandado la llamada guerra de las Malvinas— los cuarenta mil millones de dólares, un crecimiento cero del producto interior bruto desde hace diez años, dos millones de desocupados (parados), para una población total de veintisiete millones de habitantes y el 60% de la capacidad industrial ociosa, confirman un panorama económico argentino que los economistas han llamado “la crisis como proyecto de país”. Este es el resultado de la nueva política económica imperante en Argentina, concretamente desde 1976, basada en el monetarismo salvaje que impuso el programa del recordado superministro Martínez de Hoz (v. diario “El País”, 12 de julio 1982).

Pero este es, únicamente, el aspecto económico de la citada doctrina de la seguridad nacional que, en adelante, poco a poco, se transforma en doctrina de la seguridad continental. Esto último queda probado por las afirmaciones del general Viola en la reunión de comandantes en jefe de ejércitos celebrada en Lima en 1978, por los secuestros en otros países y el traslado de personas “desaparecidas” a través de las fronteras con la connivencia manifiesta de fuerzas armadas y de seguridad latinoamericanas, con la flagrante intervención de los militares argentinos en la preparación y apoyo del golpe militar de García Meza en Bolivia en 1980, con las numerosas noticias de participación asesora de expertos militares argentinos en las operaciones represivas de Centroamérica, etc.

Así, en definitiva, la política criminal que emerge de la doctrina de la seguridad nacional (continental), es una política del miedo, del terror de Estado. A esta situación no han sido ajenos, como es obvio, ni la criminología tradicional que se ha desarrollado en Argentina, ni los criminólogos oficiales que se han formado en las enseñanzas de que esa disciplina debe cumplir un papel subalterno del derecho penal, el cual, como se ha visto, se ha transformado en las últimas décadas en un derecho esencialmente autoritario. En efecto, luego de haberse ejecutado durante años una criminología de único empleo clínico, de simple técnica clasificatoria de individuos, construyendo tipologías de sujetos más o menos “peligrosos” en el análisis de la población de cárceles y manicomios, ella constituyó una importante fuente de recursos conceptuales para el internamiento y la reducción de los elementos indóciles al sistema social impuesto. Una confirmación de esta opinión la constituyen los descarados reglamentos para detenidos a disposición del poder ejecutivo (aquellos que lo están en virtud de la vigencia del estado de sitio). Esos instrumentos han sido preparados por penitenciaros, criminólogos y penalistas, funcionarios todos de la administración penitenciaria o del Ministerio de Justicia y han sido establecidos a partir de 1963, siempre por gobiernos *de facto*, habiéndoselos perfeccionado hasta la actualidad (“ley” 19863, de 1972; decreto 955, de 1976; decreto 780 de 1979), en los recientes regímenes despótico-militares. Mediante estos reglamentos se ha equiparado habitualmente a las personas privadas de libertad por el poder ejecutivo con los considerados por la autoridad penitenciaria —obviamente siempre dirigida por militares— como individuos de “máxima peligrosidad” en atención a la índole de los hechos imputados.

De la forma indicada antes quedan, en consecuencia, confirmados dos rasgos esenciales que destacan a esa criminología del terror conformada en los últimos años: por un lado, la similitud que para la concepción supone la disidencia política con el grave peligro que puede revestir la criminalidad común para la sociedad; por otro lado, la hermandad de los conceptos de peligrosidad (construidos firmemente por la tradición positivista) y de seguridad, pilar básico del Estado concentrativo de poder generado en Argentina.

Empero, todo el largo proceso de degradación cultural que muy brevemente se ha intentado resumir no podía durar eternamente. El deterioro generalizado ha sido tan profundo que, por fin, el 30 de marzo pasado, los sectores populares expresaron su más amplio repudio a la conducción oligárquico-militar en la manifestación más importante realizada desde 1976. El régimen respondió severamente y en el centro de la ciudad de Buenos Aires se produjeron muertes, heridos y detenciones masivas. El poder castrense se vio contra el muro, lo que motivó que se lanzara a la aventura más inoportuna y arriesgada (que no inopinada, según se ha sabido luego) que los argentinos podían suponer. La ocupación de las islas Malvinas, de cara a la ilegítima política colonial británica, desembocó en una auténtica guerra contra un enemigo exterior real, que los militares del orden y la seguridad nacional no supieron vencer. Al propio tiempo desperdiciaron una ocasión única para que Argentina (si hubiera presentado unos interlocutores más legitimados que Galtieri y Costa Méndez, hasta el día anterior fieles servidores del imperialismo y del capital monopolista) reasumiera una identidad latinoamericana que ellos mismos contribuyeron a perder cada vez que se asociaron con el imperio, como gendarmes continentales, cuando pusieron a su disposición elementos de las fuerzas armadas para la represión en países hermanos.

Las conclusiones que emergen del análisis de diez años de criminología en Argentina no son nada positivas. Su contribución a la constitución y afianzamiento de un sistema de terror permanente nace por distintas razones. Una es aquella que confirma el enraizamiento de una concepción de la disciplina, dependiendo estrictamente de lo jurídico. Si, a su vez, esta categoría forma parte esencial de la superestructura característica de un Estado totalitario como el construido en Argentina, pocas dudas pueden quedar acerca del servicio prestado por la criminología al sistema de injusticia social y de destrucción económica del país.

Otra razón (consecuente de la anterior) sería la que destaca el aislamiento de todas las consideraciones sociopolíticas, propias de un conocimiento real del medio en que debe analizarse el fenómeno de la criminalidad. Esto ha permitido la concentración epistemológica de la disciplina sobre sectores que si bien despiertan atención —como son aquellos vinculados con la consolidación del sistema de poder en la sociedad (pero, por supuesto, cuando no son exclusivamente de cuño oligárquico-militar como en el caso argentino)— no han de ser todos los que atraigan interés. Así no ha podido hacerse —ya porque el régimen la ha impedido, ya porque no han existido ámbitos propicios para realizarla— ninguna investigación sobre la criminalidad económica, la ecológica

o la de otras características que sí producen ingentes daños y acarrearán peligros a la comunidad, salvo muy contados estudios individuales llevados a cabo por investigadores marginados o luego perseguidos por ese mismo motivo.

De todas formas lo que sí parece demostrado es que lo que se ha concebido como criminología en la última década en Argentina, no tiene nada que ver con la propuesta construcción de una teoría crítica del control social para América Latina con la cual, precisamente, se desnuda y se pone al descubierto la falacia de comprender la cuestión criminal como un problema de seguridad, de orden público o de simple anormalidad biológica o psicológica como confusamente se ha logrado hacer creer tradicionalmente en Argentina.

Barcelona, agosto de 1982.

BIBLIOGRAFÍA

- ANIYAR DE CASTRO, L. (1981): "Conocimiento y orden social: criminología como legitimación y criminología de la liberación (Proposiciones para una criminología latinoamericana como teoría crítica del control social)". Instituto de Criminología-Universidad del Zulia, Maracaibo.
- BAIGÚN, D. (1973): "Interpretación de la Ley de Amnistía y derogación de leyes represivas", en *Nuevo Pensamiento Penal*, II, págs. 257-266.
- BAIGÚN, D. (1974): "Comentario de la ley 20642", en *Nuevo Pensamiento Penal*, III, págs. 339-348.
- BARATTA, A. (1982): "Criminologia critica e critica del diritto penale", quaderno núm. 5, *La Questione Criminale*, Il Mulino, Bologna.
- BERGALLI, R. (1979): "Einer Überblick über das Strafvollzugswesen in Argentinien", en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, t. 91, Berlin-New York, págs. 499-531. Versión en castellano: "Un panorama actual de la cuestión penitenciaria en la Argentina", en *Nuevo Foro Penal*, Grupos de estudio de derecho penal, núm. 5, enero-febrero-marzo 1980, págs. 11-37, Medellín.
- BERGALLI, R. (1981a): "Hacia una criminología de la liberación para América Latina", ponencia a la reunión constitutiva del grupo para una teoría crítica del control social en América Latina, Azcapotzalco, México (25 de junio). Publicado en forma resumida con el título "Criminología: ¿Dominación o liberación?", en *Testimonio Latinoamericano*, año II, núms. 9-10, págs. 34-35, Barcelona.
- BERGALLI, R. (1982): "La cuestión criminal en América Latina", en *Sistema*, núm. 49, julio, págs. 49-66, Madrid.
- BUFANO, S. (1980): "La violencia en Argentina: 1969-1976", en *Resumen de la Actualidad Argentina*, edit. por el Club para la recuperación democrática en Argentina, núm. 15, Madrid.
- CARRANZA, M. E. (1978): "Fuerzas armadas y estado de excepción en América Latina", colección *Sociología y Política*, México, Edit. Siglo XXI.

- CASTELLANO, P. (1982): "El reto socialista/1", en diario *El País*, 10 de agosto, pág. 10, Madrid.
- CERRUTTI GULDBERG, H. (1982): "La manifestación más reciente del pensamiento latinoamericano", en *Cuadernos Hispanoamericanos*, núm. 379, enero, págs. 1-25, Madrid.
- DIARIO "El País", (1982): "Argentina sufre la mayor quiebra económica de su historia", día 12 de julio, por su corresponsal en Bs.As. Domingo del Pino, pág. 47, Madrid.
- LESSEPS, M. y TRAVELER, L. (1978): *Argentina: un país entregado*, Miguel Castellote editor, Madrid.
- LÓPEZ REY, M. (1969-70): "Las diferentes clases de criminología y sus funciones respectivas", ponencia a Jornadas Internacionales de Criminología, Mendoza, publicada en *Revista Penal y Penitenciaria*. Órgano de la Dirección Nacional del Servicio Penitenciario Federal, años XXXIV-XXXV, enero-diciembre, núms. 131/138, págs. 15-23, Buenos Aires.
- MIGUENS, J. E. (1969): "Una nueva metodología para el estudio de los golpes militares en Latinoamérica", en *Estrategia*, núm. 2, julio-agosto, págs. 153 y ss., Buenos Aires, cit., por M. E. CARRANZA, en *op. cit.*, pág. 175.
- SCHIFFRIN, L. H. (1978): "Constitución real en la Argentina y la suspensión de las garantías constitucionales durante el estado de sitio", en *La reforma penal en los países en desarrollo*. Memorias del Congreso Internacional, Universidad Nacional Autónoma de México, págs. 164, 182.
- SOLARI YRIGROYEN, H. (1981): "Aspectos económicos de la doctrina de la seguridad nacional", en *La lucha por la democracia en América Latina*, Universidad Internacional Menéndez Pelayo, Madrid, págs. 45-54.
- VELÁSQUEZ, S., y ESCOBAR J. (1975): *Examen de la violencia argentina*, México, Fondo de Cultura Económica, archivo del fondo 40-41.
- ZAFFARONI, E. R. (1982): *Política criminal latinoamericana. Perspectivas-Disyuntivas*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi.

JURISPRUDENCIA

Corte Suprema de Justicia

INIMPUTABILIDAD POR TRASTORNO MENTAL Y NULIDAD SUPRALEGAL POR OMISIÓN DE INDAGACIONES SOBRE ELLA EN EL PROCESO

Imputabilidad es la capacidad de conocimiento y comprensión que tiene el sujeto en el momento de la realización del hecho típico de la antijuridicidad de la acción u omisión, y la capacidad de autorregularse conforme a tal comprensión. El sujeto debe saber que con su comportamiento vulnera sin justificación alguna el interés jurídicamente tutelado, y debe tener humana libertad para actuar conforme con el derecho. Inimputable es quien, por trastorno mental o inmadurez psicológica, al momento del hecho, no estaba en condiciones de conocer y comprender la antijuridicidad de su comportamiento o de autorregularse de acuerdo con dicha comprensión.

La situación anterior puede darse por trastorno mental, fenómeno consistente en una alteración sicosomática de tan profunda intensidad que convulsiona las esferas intelectual, volitiva o afectiva de la personalidad. Puede tratarse de una sicosis, de una grave forma de psicopatía o de una compleja modalidad *siconeurótica*; puede tratarse también de una profunda alteración emotiva o de una perturbación transitoria del intelecto o de la volición, generada por ingestión de bebidas embriagantes o de sustancias narcóticas o estupefacientes.

Si en el curso de la investigación surgen circunstancias que indiquen que el sujeto se encontraba al momento del hecho en las condiciones del art. 31 del C. P., se hace necesario obrar conforme lo dispone el 411 del C. de P. P.: acudir a la prueba pericial. El no hacerlo significa pretermisión de las formas esenciales del proceso en detrimento del reo y es causa de nulidad suprallegal. Esta nulidad debe decretarse a partir del auto de apertura a pruebas en el juicio.

Ponente: Dr. ALFONSO REYES ECHANDÍA
Octubre 13 de 1982

VISTOS:

HECHOS:

Resolverá la Sala el recurso de casación interpuesto por el defensor de Carlos Antonio Rincón Montoya contra la sentencia del Tribunal Superior de Pereira, mediante la cual se le condenó a la pena principal de diez años de prisión como responsable de homicidio en la persona de Alberto Valencia Vélez.

Hacia las seis y media de la tarde del 5 de abril de 1981, un sujeto que luego fue identificado como Antonio Rincón Montoya propinó inopinadamente una cuchillada a Alberto Valencia Vélez, cuando este con su hermano Jorge Omar transitaban por la carrera 11 con Avenida del Ferrocarril de la ciudad de Pereira.

El Juzgado Décimo de Instrucción Criminal dió comienzo a la investigación el 7 de abril de 1981; una semana después dictó auto de detención contra el sindicado Rincón Montoya; culminada la fase sumarial, el Juzgado Tercero Superior de Pereira profirió auto de proceder por delito de homicidio el 24 de julio siguiente; agotada la etapa probatoria, se efectuó la audiencia pública con la intervención del jurado de conciencia, que emitió veredicto afirmativo de responsabilidad; mediante sentencia del 16 de diciembre del mismo año, el Juzgado condenó a Rincón Montoya a la pena principal de diez años de prisión, determinación que fue confirmada por el Tribunal el 8 de marzo de 1982.

LA DEMANDA DE CASACIÓN:

Con fundamento en la causal cuarta, el recurrente presenta cuatro cargos a la sentencia, así:

Primero. Se incurrió en la nulidad prevista en el num. 3º del art. 210 del C. de P. P., pues se notificó indebidamente el auto de proceder al sindicado, ya que en la diligencia respectiva aparece sobre el nombre de Carlos Antonio Rincón Montoya la firma de Darío Soto, sin explicación alguna de que esta persona hubiese recibido notificación a nombre de aquel por no saber firmar; no está demostrado entonces que el procesado conociese el auto de proceder contra él proferido.

Segundo. Pese a que el procesado ha dado muestras de alteración mental —deducibles del desarrollo mismo de los hechos y de las contradicciones, vacíos y lagunas a él referibles durante la investigación— los funcionarios no dieron cumplimiento al art. 411 del C. de P. P., en concordancia con el 335 *ibidem*, error que llevó a formulación de llamamiento a juicio como persona normal y a celebración de audiencia con interven-

ción de jurado, cuando dado su trastorno sicosomático ha debido someterse a procedimiento distinto; de esta manera se incurrió en nulidad constitucional.

Tercero. Igual nulidad surge por no haberse observado las formas propias del juicio, ya que al formular el cuestionario a los jurados se omitió hacer explícita referencia a las circunstancias de ebriedad en que actuó el procesado, tal como el propio juzgador lo reconoce, omisión esta que trajo consecuencias en torno a su imputabilidad.

Cuarto. Nulidad de idéntica categoría y por las mismas razones encuentra el actor en el hecho de no haberse celebrado la audiencia sin la participación del jurado en razón de la alteración mental del procesado debido a la ingestión de alcohol.

CONCEPTO FISCAL:

El señor procurador primero delegado en lo penal, luego de desechar el primer cargo por no haberse planteado en la oportunidad prevista por el art. 210 del C. de P. P., pide que se case la sentencia en cuanto considera que habiendo en el proceso elementos de juicio suficientes para suponer que Rincón Montoya actuó como inimputable, no se dispuso la práctica de reconocimiento siquiátrico, con lo que se violaron las formas propias del juicio. En cuanto al momento procesal a partir del cual cree que debe decretarse la nulidad, puntualiza lo siguiente:

“Tradicionalmente se ha decretado la nulidad a partir del auto que dispone el cierre de la investigación, de modo que las diligencias vuelven a la etapa del sumario para que allí se practique el experimento. Estima sin embargo, este despacho, que en guarda del principio de conservación de los actos procesales, la nulidad solo debe decretarse a partir del que dispone la práctica de pruebas en el juicio, pues también dentro de la etapa de la causa se puede válidamente practicar el examen siquiátrico. Si de tal examen

se acredita la imputabilidad del encausado, bastará con ordenar el sorteo de nuevos jurados para continuar la tramitación ordinaria; por el contrario, si del examen resulta la inimputabilidad del encausado, se ordenará la práctica de la diligencia de audiencia pública, sin jurado. No hay razón alguna para invalidar el auto de proceder, así en él se haya convocado a juicio con la intervención del jurado, pues esta precisión no obedece a un expreso mandato legal, y por cuanto si así fuera, es suficiente que en un auto el juez disponga lo pertinente a fin de determinar el procedimiento que en adelante se seguirá”.

CONSIDERACIONES:

Primer cargo. Aunque es verdad que al notificarse el auto de proceder no aparece constancia alguna de que el procesado hubiese manifestado que por no saber firmar rogaba a otra persona que en su nombre lo hiciese, sino que tal providencia se notificó a persona distinta de la llamada a juicio, lo cierto es que en ningún momento posterior tal nulidad se alegó, pese a que al procesado se le notificó correctamente otras providencias, como la del auto que niega la libertad provisional por él reclamada (fl. 105) o la que señala fecha para el sorteo de jurados (fl. 105). Superado, pues, ampliamente el término que para alegar esta nulidad señala el propio art. 210 con el silencio de los interesados, ella desaparece por ministerio de la propia ley. Por esa razón no ha de prosperar este cargo.

Segundo cargo. Entiéndese por imputabilidad la capacidad de conocimiento y comprensión que en el momento de la realización del hecho típico tiene el agente sobre la antijuridicidad de su acción u omisión y la de autorregularse de conformidad con esa comprensión; el primer aspecto del fenómeno dice relación al necesario conocimiento que el sujeto ha de tener de que está vulnerando con su pro-

prio comportamiento y sin justificación legítima el interés jurídico penalmente tutelado por el tipo dentro del cual aquel se subsume; el segundo se refiere a la humana libertad para actuar en sentido antijurídico pudiendo y debiendo comportarse diversamente.

Inimputable es, al contrario, la persona que al realizar la conducta típica no estaba en condiciones de conocer y comprender su antijuridicidad o de autorregularse de acuerdo con dicha comprensión por inmadurez psicológica, trastorno mental o fenómenos socioculturales; la presencia comprobada de una cualquiera de estas fuentes le impide al sujeto darse cuenta de que está destruyendo, disminuyendo o poniendo en peligro determinado interés jurídico típicamente protegido por fuera de las situaciones en que pudiera hacerlo lícitamente, o lo inhabilita para comportarse de manera jurídica o jurídicamente indiferente, a pesar de percatarse de la ilicitud de su conducta. Esta condición personal del agente le impide actuar con culpabilidad dolosa, culpable o preterintencional, ya sea por falta de conciencia real o potencial de la antijuridicidad de su acción u omisión, ora por ausencia de libertad para poder comportarse lícita o ilícitamente, presupuestos sin los cuales no es posible imputar a alguien conducta típica y antijurídica a título de una cualquiera de estas formas de culpabilidad, ni deducirle responsabilidad penal concreta en la imposición de una pena. A este fenómeno así entendido se refiere el art. 31 del actual Código Penal, con expresa mención de la inmadurez psicológica y del trastorno mental como fuentes de inimputabilidad.

El trastorno mental allí indicado es aquella alteración sicosomática que el sujeto sufre en el momento del hecho, de tan profunda intensidad, por tal modo convulsionador de sus esferas intelectiva, volitiva o afectiva que le impide —como ya se advirtió— darse cuenta de la ilicitud de su conducta o determinarse

conforme a dicha comprensión. Puede tratarse de una anomalía biosíquica ubicable dentro de la sintomatología clínica propia de una verdadera sicosis, de una grave forma de sicopatía o de una compleja modalidad siconeurótica; pero también es posible que una excepcional y honda aunque pasajera conmoción emotiva que obnubila la conciencia, o una también transitoria pero igualmente profunda alteración del intelecto y de la volición, generada por la ingestión de bebidas embriagantes o de sustancias narcóticas o estupefacientes. Cuando del consumo de tales bebidas o sustancias se trata, el trastorno mental puede ser permanente si su asidua y prolongada ingestión ocasiona intoxicación crónica, o pasajera cuando en breve término se han ingerido dosis excesivas, o cuando un consumo aun normal de licor ha convulsionado el sistema nervioso central de una personalidad ya predispuesta, como ocurre en la llamada ebriedad patológica.

Lo que importa en estos casos no es, entonces, el origen mismo de la alteración biosíquica sino su coetaneidad con el hecho realizado, la magnitud del desequilibrio que ocasionó en la conciencia del actor y el nexo causal que permite vincular inequívocamente el trastorno sufrido a la conducta ejecutada. Para realizar tales comprobaciones es necesario disponer la práctica de peritaciones siquiátricas, siempre que en el curso de la investigación aparezcan datos que permitan fundadamente suponer que el sindicado actuó en situación de inimputabilidad por trastorno mental; esa es la razón de ser del art. 411 del C. de P. P. La importancia de su cumplimiento radica —como ya lo ha advertido esta Sala— en que reconocida la inimputabilidad del procesado a quien se le atribuye conducta típica y antijurídica y a quien, por lo mismo, se le llama a responder de ella, despréndense dos consecuencias notables, a saber: “una de orden procesal, en cuanto la audiencia del plenario se hará siempre sin

intervención del jurado, aun respecto de delitos que ordinariamente lo requieren, y otra de naturaleza sustancial, referida a la consecuencia punitiva del delito, pues que solo podrán imponerse medidas de seguridad”. Por eso “cuando al sujeto inimputable por trastorno mental no se le practica examen siquiátrico y se adelanta en su respecto proceso ordinario —con la intervención de jurado en caso de homicidio o de cualquier otro delito que lo requiera—, incúrrase en nulidad constitucional porque se sustrae al procesado de sus jueces naturales y se le juzga con pretermisión de las formas procesales legalmente prestables” (casación de agosto 11 de 1981).

En el presente caso, como bien lo anota el ministerio público, la investigación suministra información suficiente como para suponer razonadamente que el procesado pudo haber actuado en situación de inimputabilidad; he aquí los datos que permitirían una tal suposición: a) la inexistencia de aparente motivación en la comisión del delito; b) la abundante ingestión de bebidas embriagantes durante el día de los hechos; c) el habersele hallado tres horas después del homicidio no muy lejos del escenario del crimen y aún con el arma utilizada (navaja) en la mano; d) el testimonio del agente de policía que intervino en su captura y conforme al cual “parecía como enmarihuano o empepa-do”; e) la desorientación temporoespacial que evidencia en su indagatoria y en la diligencia de careo, y f) su reiterada afirmación de no recordar el homicidio que se le imputa.

Resultaba, entonces, imperioso —y aún lo es ahora— la práctica de aquella diligencia pericial para tratar de descubrir la existencia o no de trastorno mental en el procesado cuando dio muerte a Valencia Vélez y para verificar el actual estado de su personalidad. Comoquiera que los jueces que intervinieron en este proceso no cumplieron con tan ineludible obligación y así pretermitieron una forma esencial

del proceso en detrimento de la situación jurídica del condenado, deberá corregirse esta anomalía por el camino de la nulidad supralegal.

Encuanto al momento procesal a partir del cual debe decretarse la nulidad, la Sala encuentra razonable la posición del ministerio público. En efecto: a) al proferirse el auto de llamamiento a juicio no se había demostrado que Rincón Montoya hubiese cometido el homicidio en situación de inimputabilidad; lo que se dice ahora es que existían datos que permitían suponer esa posibilidad y que por eso debió suponerse peritación siquiátrica; b) tal peritaje puede ser válidamente realizado en la etapa del juicio, pues aunque el art. 411 del C. de P. P. enfatiza que lo haga la policía judicial o el instructor, no prohíbe que lo disponga el juez del conocimiento cuando de ello se peca en una fase ulterior; c) dispuesta la nulidad a partir del auto de apertura a pruebas no se vulnera la esencia del debido proceso, ya que correctamente calificado el hecho punible que se le imputa al procesado, sucederá una de dos cosas: de la peritación siquiátrica ahora practicada se desprende que el procesado actuó como sujeto imputable (no se conforma la suposición del funcionario que decretó la nulidad) y entonces continuará la tramitación como venía desde el auto de proceder, con intervención de jurado, cuyos miembros deberán sortearse oportunamente; o de tal peritación se concluye que el procesado cometió el hecho en situación de inimputabilidad y entonces avanzará el plenario sin la participación del jurado hasta su culminación en una sentencia que, de no ser absolutoria, habrá de imponer medidas de seguridad al procesado. En ambas hipótesis se corrigió la irregularidad que dio origen a la nulidad decretada; se respetó la esencia del trámite procesal porque se juzgó con intervención de jurado a persona declaradamente imputable, o sin él a quien se demostró que era inimputable; no se desconoció el derecho de defensa del

procesado porque no habiendo variado los cargos tuvo oportunidad de responder de ellos en el plenario, pudo pronunciarse sobre la peritación emitida, tuvo ocasión de alegar en su provecho como imputable o inimputable durante los debates de la audiencia pública y, finalmente, estuvo en condiciones de apelar de la sentencia y fundamentar ante el superior su criterio disidente; d) no siendo, pues, indispensable para garantizar el debido proceso y el derecho de defensa en esta nueva oportunidad decretar la nulidad desde el auto de proceder o desde el que cierra la investigación, y pudiendo una y otra garantías mantenerse incólumes si se toma aquella determinación a partir del auto que abre el juicio a pruebas, bien está que se opte por esta segunda solución que implica, además, notable economía de tiempo en el desarrollo ulterior del proceso. Así se hará en este caso.

No sobra agregar que las nulidades han de declararse con el criterio de corregir protuberantes yerros judiciales pero procurando ocasionar los menores traumatismos posibles al decurso normal de la actuación procesal.

Formada esta determinación resulta inoficioso examinar los otros dos cargos formulados a la sentencia, por cuanto ellos están edificados sobre el supuesto de la inimputabilidad del procesado.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Casar la sentencia recurrida en virtud de nulidad que se declara a partir del auto de apertura a pruebas de este proceso. Por intermedio del Tribunal Superior de Pereira envíese el expediente al Juzgado Tercero Superior de aquella ciudad para que proceda de conformidad con lo expuesto en las motivaciones de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

SALVAMENTO DE VOTO

Reitero en esta oportunidad el criterio ya expuesto por mí en relación con decisión anterior de la Sala (proceso rad. núm. 26.920), a causa de que, contra lo que opina la mayoría, considero que la solución que aquí se adopta quebranta principios fundamentales, universalmente reconocidos, en materia de nulidades.

Todo el régimen de las nulidades en materia penal, en efecto, está basado en el principio de que todas ellas deben ser declaradas, de oficio o a petición de parte, desde el instante mismo en que el vicio se presenta y no desde cuando se les reconoce judicialmente; por consiguiente, si llegare a demostrarse que a tiempo de cometer el hecho el procesado no se encontraba "en condiciones de conocer y comprender (la) antijuridicidad (de su conducta)" la declaración procesal de esa trascendental circunstancia, después de ejecutoriado el auto de proceder, debe producir, necesariamente, la nulidad de esa providencia, cuyas exigencias probatorias y requisitos formales son diferentes según que el procesado sea persona normal o enfermo mental y cuyo juzgamiento, según sea uno u otro el caso, debe motivarse y ordenarse allí mismo bien de conformidad con el capítulo II, ya de acuerdo con el capítulo III del título II del libro

tercero del Código de Procedimiento Penal.

Sigo estimando, además, que debidamente ejecutoriado el auto de proceder, pieza fundamental del juicio, de la que se ha dicho que es "ley del proceso", las consideraciones y determinaciones que en él se adopten no pueden ser modificadas, adicionadas o revocadas, como se afirma en el fallo de mayoría, por ninguna otra providencia posterior, salvo la sentencia.

Por último, considero que la prueba de la enajenación mental advertida en la causa afecta las bases mismas del juzgamiento, por el error consistente en haberse hecho la imputación a una persona probadamente inimputable, lo que inexcusablemente debe producir la nulidad del auto de proceder, situación que no se presenta cuando el procesado, estando sano por la fecha de la comisión del hecho, es luego atacado de grave anomalía síquica, evento en el que no se produce nulidad alguna y para los cuales el propio procedimiento ha señalado los correspondientes remedios legales (arts. 444 y 675 del Código de Procedimiento Penal y 98 y 99 del Código Penal anterior).

Por estas razones, salvo el voto.

DANTE L. FIORILLO PORRAS

Tribunal Superior de Bucaramanga INIMPUTABILIDAD. REQUISITOS DE SU EXISTENCIA

Para hablarse de inimputabilidad en el proceso no basta con la comprobación de alguno de los fenómenos de inmadurez psicológica o trastorno mental; es necesario establecer que alguno de estos eventos produce una afección tal en el sujeto, que llega a comprometer su capacidad de comprensión o de determinación. Esto, por cuanto el nuevo estatuto punitivo dice *cuándo se es y por qué se es inimputable*.

Ponente: Dr. RODOLFO MANTILLA JÁCOME
Setiembre 30 de 1982

VISTOS:

Conoce el Tribunal del auto de 3 de julio del presente año, mediante el cual el Juzgado Segundo Superior, al calificar el mérito del sumario en el juicio que por el delito de homicidio en la persona de Juan Bautista Mendoza Guarín se adelantó contra Fortunato Esteban Pérez y Fernando Esteban Gil, resolvió llamar a juicio criminal al primero de los nombrados, y sobreseer definitivamente a Fernando Esteban Gil. Del llamamiento a juicio apeló el defensor del procesado y el sobreseimiento definitivo es objeto de consulta ante esta corporación.

En el trámite de la instancia se recibió concepto del señor Fiscal Cuarto de la corporación, quien es del parecer que se confirme la providencia.

Se considera:

1) HECHOS:

El domingo diez de mayo de 1981, siendo aproximadamente las 6 y media de la mañana, llegó a la casa-tienda de Inés Durán de Morales, ubicada en el sitio "El

Dos" de la vereda San Isidro, de la comprensión municipal de Rionegro, un joven blanco, robusto, de baja estatura y con "un ojo un poco apagado", que inicialmente fue señalado por la dueña de la tienda y por referencias de otros, como Hernando Estévez, pero que posteriormente fue plenamente identificado como Fortunato Esteban Pérez. Allí en la casa-tienda, Fortunato Esteban Pérez tomó dos tragos de aguardiente, pidió una botella del mismo licor, pagó la cuenta y abandonó el establecimiento para dedicarse a ingerir el aguardiente adquirido, en las cercanías del lugar. El licor lo compartió con Isidro Delgado Sarmiento, ocasional contertulio y testigo de los hechos, porque juntos se dirigieron a la tienda de Inés Durán de Morales, para tomar unas cervezas. Al poco rato llegó Juan Bautista Mendoza Guarín, quien se dirigía a Bucaramanga y quería dejar algunos elementos de arriería. Mendoza Guarín era conocido de Isidro Delgado Sarmiento, quien le ofreció una cerveza, la cual fue aceptada, y en el momento en que la consumía, Fortunato Esteban Pérez, en forma intempestiva, desenfundó su

cuchillo y le asestó dos puñaladas, hiriéndolo de muerte. El homicida huyó del lugar de los hechos, se ausentó de la región, iniciando sus pasos hacia Saravena y posteriormente, al saberse requerido, se presentó voluntariamente ante las autoridades.

2) TIPICIDAD:

La conducta realizada por Fortunato Esteban Pérez al ocasionar la muerte de Juan Bautista Mendoza, es típica de homicidio.

La condición de sujeto activo de la infracción se encuentra plenamente acreditada dentro del proceso, a pesar de la inicial confusión que surgió con la persona de Fernando Esteban Gil, mediante la declaración de Jesús Guarín (fl. 56), reconocimiento en fila de personas (fls. 44 y 107) por los testigos oculares, coincidiendo también en la descripción física que estos habían dado inicialmente (fls. 5, 15 y 17).

La conducta positiva realizada por Esteban Pérez es relatada con absoluta precisión por los testigos oculares Inés Durán de Morales (fls. 5v a 7) e Isidro Delgado Sarmiento (fls. 15 a 16v), relato en el que se resalta la conducta investigada, la forma intempestiva, sin mediar palabras, gesto, ni amenaza, como Fortunato Esteban Pérez hirió de muerte a Juan Bautista Mendoza Guarín. El resultado típico se demostró, entre otras pruebas, mediante el acta de levantamiento del cadáver de Mendoza Guarín (fl. 1v), con el registro civil de defunción expedido por el notario único de Rionegro (fl. 10v) y el testimonio de identidad de María del Socorro Guarín viuda de Mendoza (fl. 11), Isidro Delgado (fl. 16v) y otros, quienes además deponen la presenidad de la víctima.

Las heridas ocasionadas al occiso y su efecto mortal, son certificadas por el legista municipal de Rionegro al folio 14.

Quedando así establecido, sin ninguna duda, el autor, su conducta y el resultado, así como el nexo de causalidad entre ellos.

3) ANTIJURIDICIDAD:

La conducta típica de homicidio, realizada por Fortunato Esteban Pérez, es también antijurídica, por cuanto destruyó el bien jurídico fundamental de la vida de Juan Bautista Mendoza Guarín, sin justificación atendible para el derecho.

4) IMPUTABILIDAD Y CULPABILIDAD:

En este punto, el proceso exige análisis riguroso en torno al fenómeno de la imputabilidad penal, ya que el procesado realizó el hecho en estado de embriaguez y existe dentro del proceso dictamen médico siquiátrico criticado por el *a quo*.

Sobre el particular considera la Sala: La imputabilidad constituye condición personal del ser humano frente al derecho penal. Es por lo tanto un fenómeno jurídico, y no siquiátrico o psicológico como equivocadamente suele creerse.

En su base se encuentra la idea de libertad, no en el sentido absoluto de que hablaban los clásicos, sino de la libertad como posibilidad de escogencia entre el camino conforme a derecho y el camino contrario a derecho, y entendiendo al hombre como ser acongojado por el medio ambiente y sus circunstancias, pero nunca absolutamente determinado como lo creen quienes le niegan la posibilidad de escogencia a que nos referimos.

En ese sentido, y utilizando *a contrario sensu* la fórmula legal consignada por el art. 31 del C. P., se puede afirmar que es imputable quien al momento de realizar el hecho tiene capacidad para comprender la ilicitud de su conducta y para determinarse de acuerdo con esa comprensión.

Así, la imputabilidad es la no capacidad de comprender, de razonar, de de-

terminarse, de saber que la conducta es ilícita, o sabiéndola así, ser impotente ante la fuerza interna que lo impele a realizarla y que según el Código obedezca a una madurez psicológica o trastorno mental.

La fórmula legal utilizada por el Código dice en forma clara *cuándo se es imputable*, esto es, por la incapacidad para comprender la ilicitud o para determinarse, y también señala *por qué se es*, esto es, por inmadurez psicológica o por trastorno mental.

En ese sentido, para que se pueda afirmar la imputabilidad del sujeto, debe establecerse al momento del hecho:

a) La existencia de un fenómeno ubicable en las amplias categorías de la inmadurez psicológica (verbigracia, minoría de edad) o trastorno mental (paranoia, esquizofrenia, etc.).

b) No debe ser cualquier trastorno mental o fenómeno que implique inmadurez psicológica (salvo el caso de minoría de edad que enfrenta presunción *juris et de jure*), sino entidad de tal naturaleza que implique, como afección del sujeto, grado tal de compromiso de las esferas de su personalidad que permita afirmar su incapacidad para comprender la ilicitud de su conducta o para determinarse de acuerdo con esa comprensión.

c) La relación de causalidad entre la inmadurez y el trastorno y la conducta realizada, esto es, la afirmación indubitable de que el sujeto actuó así, en razón y por motivo del trastorno.

Sobre estos presupuestos es sobre los que debe trabajar el juzgador para efectos de establecer la condición personal del sujeto al momento de realizar el hecho, presupuestos que obran tanto para los casos de trastorno mental permanente, como para los de trastorno mental transitorio, con secuelas o no. Porque el problema en esencia es lo mismo, siendo solo diferentes las consecuencias de uno y otro, desde el punto de vista de las medidas asegurativas aplicables.

Siguiendo la CIE-9 (novena revisión de la clasificación internacional de enfermedades adoptadas en 1975), se debe entender por intoxicación alcohólica aguda el estado de deficiencia funcional resultante de una exagerada ingestión de alcohol, y la embriaguez como el conjunto de fenómenos que resultan de la presencia de alcohol en el sistema nervioso central; y al decir de GAVIRIA TRESPALACIOS, "*Estas condiciones normalmente no asumen proporciones sicóticas y por lo consiguientemente no dan lugar, por sí solas, a la declaración de inimputabilidad* (subraya la Sala). Sin embargo, una ingestión excesiva, con elevados niveles de alcoholemia interfiere con el funcionamiento fisiológico normal del sistema nervioso central y desencadena un desorden mental transitorio, en el curso de el cual se pueden afectar las facultades cognitivas del sujeto. De producirse un ilícito en tal estado concurriría, por lo tanto, una causal de inimputabilidad". (JAIME GAVIRIA TRESPALACIOS, *Las conductas alcohólicas frente al nuevo Código Penal*, pág. 25).

Así las cosas, debe proceder la Sala a analizar en concreto la realidad procesal, para establecer las condiciones en que actuó Fortunato Esteban Pérez al ocasionar la muerte a Juan Bautista Mendoza Guarín.

Procesalmente está demostrado que Esteban Pérez se encontraba alicorado, puesto que había consumido inicialmente dos tragos de aguardiente y posteriormente adquirió una botella que compartió con Isidro Delgado Sarmiento, Salvador Zárate y David Morales, y ya en el lugar y momento de los hechos, algunas cervezas, al parecer tres, según el relato de Delgado Sarmiento (fl. 15v), lo cual indica que no fue una cantidad excesiva y a juzgar por su comportamiento, anterior y posterior al hecho, la conversación mantenida con Isidro Delgado Sarmiento, sobre el propósito del homicidio de obtener la libreta militar, la respuesta correcta sobre su edad, y en general el comporta-

miento normal observado durante su permanencia en la tienda y sus alrededores, sin trastabillar ni caerse, la huida del lugar de los hechos, la desaparición del cuchillo y su viaje a Saravena, indican que el grado alcohólico de Fortunato Esteban Pérez no alcanzó a interesar en forma concluyente sus facultades cognoscitivas, de donde se debe colegir la capacidad que tenía en ese momento para comprender la ilicitud de su conducta y determinarse de acuerdo con esa comprensión.

Encuentra la Sala, además, que lo que en principio parecía inmotivado, tuvo sus raíces en desavenencias entre el occiso y Eliécer Esteban Gil, primo del procesado, que indudablemente influyó en Fortunato a través de la órbita familiar que hubo de transmitir la animadversión, situación esta que, sometida al influjo desinhibidor y pernicioso del alcohol, hizo fácil el comportamiento homicida de Esteban Pérez.

El peritazgo medicopsiquiátrico, que obra en el proceso al folio 171, lo mismo que la aclaración rendida al folio 179, no pueden ser admitidos y en su crítica el trabajo pericial debe ser calificado de ligero y ajeno a la realidad procesal; en él no se tomaron en cuenta ni se examinaron la intensidad y duración del consumo, ni las manifestaciones clínicas, ni las expresiones sintomáticas, para efectos de llegar a la conclusión que se llegó.

Habiendo actuado Fortunato Esteban Pérez en condiciones de imputabilidad, su conducta merece reproche en cuanto la realizó con conocimiento de la prohibición, con conciencia de la ilicitud y obede-

ciendo a un acto voluntario y querido por él, esto es, con dolo.

Así las cosas, estando plenamente reunidos los presupuestos que para residenciar en juicio criminal a Fortunato Esteban Pérez, por los trámites en que interviene el jurado de conciencia, como autor responsable de homicidio de simple propósito, la Sala impartirá aprobación al auto de proceder apelado, obrando así en total acuerdo con el colaborador del ministerio público en esta instancia.

La decisión del *a quo*, de sobreseer en forma definitiva a Fernando Esteban Gil, vinculado al proceso mediante indagatoria (fls. 33 a 36), por un error en la identificación inicial del verdadero responsable, la encuentra la Sala adecuada a la realidad de los acontecimientos, como quiera que no aparecen elementos de juicio que permitan mantenerlo vinculado a los autos y se halla suficientemente determinado que este sindicado no tuvo participación alguna en los hechos (num. 1, art. 491, del C. de P. P.).

El proyecto de esta providencia fue aprobado en Sala.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, Sala Penal de Decisión, *confirma* en todas sus partes el auto de proceder objeto de la alzada, así como el sobreseimiento proferido en favor de Fernando Esteban Gil, que fue objeto de consulta.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Los magistrados,

Rodolfo Mantilla Jácome, Mario Mantilla Nougués, Casimiro Marín Rivera, y Max H. Sierra J.

Tribunal Superior de Cali

INIMPUTABILIDAD POR TRASTORNO MENTAL TRANSITORIO SIN SECUELAS Y CESACIÓN DE PROCEDIMIENTO. LAS JUSTIFICANTES Y DISCULPANTES EN RELACIÓN CON LOS INIMPUTABLES

Las causales de justificación o de inculpabilidad son predicables también respecto de los sujetos inimputables. Por tal motivo, no parece aconsejable la aplicación del art. 163 del C. de P. P. en los casos de trastorno mental transitorio sin secuelas, pues se priva al procesado de que aduzca en la etapa probatoria del juicio o en la audiencia alguna de tales causas.

Ponente: Dr. ÉDGAR SAAVEDRA ROJAS

Abril 14 de 1982

Antes de que se entre a resolver sobre el fondo del asunto que origina el recurso que ahora se desata*, es menester que la Sala haga algunas consideraciones previas en relación con el trámite que se ha dado al proceso y a algunas inquietudes planteadas por el fiscal de la corporación, que no compartimos.

Primero que todo ha de expresarse que fue injurídica la nulidad decretada por el *a quo*, porque el procedimiento adelantado hasta ese momento era adecuado a los hechos demostrados dentro del proceso, que son ley para el mismo; si el auto de proceder se había dictado para un imputable, era porque así estaba demostrado en el proceso y entonces no había razón legal para que se invalidara lo actua-

do, puesto que el auto correspondía en un todo a lo probado. En este sentido se pronunció la Corte Suprema de Justicia con ponencia del dr. GUSTAVO RENDÓN G. el 13 de julio de 1960.

Considera también injurídicos algunos de los interrogantes planteados al perito siquiatra para que hiciera ampliación del dictamen. Nos referimos concretamente a la pregunta relativa a que si de acuerdo con el dictamen se ha de considerar al procesado como inimputable y si se trataba de un trastorno mental preordenado. Decimos que es antitécnica la formulación de tales interrogatorios al perito, porque este solo está obligado a dictaminar en las cuestiones propias de su cien-

* El asunto era el siguiente: el juez de instancia se abstuvo de dar aplicación al 163 del C. de P. P., conforme lo solicitaba el agente del ministerio público, dr. César A. Sandoval M. al considerar este que estando probado el trastorno mental transitorio sin secuelas era esa la disposición que debía aplicarse. El tribunal resuelve sobre la apelación.

cia, pero es el juez quien ha de buscarle adecuación jurídica a la respuesta formulada por el siquiatra. Si este dice que se trata de un trastorno mental transitorio, es al juez a quien corresponde buscarle ubicación dentro del Código Penal, porque si no se estaría sobrepasando la labor que realiza el perito e invadiendo órbitas de competencia que pertenecen exclusivamente al juez. De igual manera se falla cuando se interroga al perito sobre si se trata de un trastorno mental preordenado, porque este interrogante abarca problemas probatorios ajenos a la ciencia en la que el siquiatra es perito, porque es con los medios de prueba que se hayan producido dentro del proceso que el juez debe determinar si se trata de un trastorno mental ocasional o preordenado.

En relación con el concepto del fiscal de la corporación hemos de manifestar que en contra de lo afirmado, Medicina Legal de Bogotá sí es una segunda instancia, con respecto a los dictámenes proferidos por los peritos de las oficinas seccionales de Medicina Legal, de acuerdo con lo estipulado de manera precisa en el literal c) del art. 2° del decreto 1700 de 1964, el cual indica que son funciones del Instituto Nacional de Medicina Legal "absolver en última instancia las consultas científicas sobre las materias de su competencia que formulen los funcionarios judiciales en el ramo penal", que viene simplemente a ratificar lo ya dispuesto en el art. 4° de la ley 53 de 1914 cuando dice que corresponde a la Oficina Central de Medicina Legal de Bogotá atender "las consultas que hagan en última instancia los Tribunales de la Nación...".

Considera la Sala que las dos peritaciones existentes en el proceso conservan toda su validez, pero ha de tenerse en cuenta que ellas varían sustancialmente puesto que fueron emitidas en vigencia de dos ordenamientos punitivos distintos, y en el caso de la primera, la legislación solo contemplaba como problemas de

inimputabilidad la enajenación mental, intoxicación crónica producida por el alcohol o por cualquiera otra sustancia y grave anomalía síquica; mientras que el nuevo ordenamiento penal contempla, además del trastorno mental permanente o con secuelas, el trastorno mental transitorio sin secuelas.

Son dos dictámenes que en nuestro sentir son concordantes y coinciden en cuanto a la normalidad mental del procesado; si difieren en cuanto a sus conclusiones, esa divergencia se origina en la ley vigente en el momento en que cada uno fue expedido.

En las condiciones anteriores, no es del caso decretar ninguna nulidad, como lo solicita el fiscal de la corporación, y en tal caso es preciso que se entre a analizar el fondo del asunto impugnado.

La argumentación básica formulada por el recurrente es que al ser el procesado una persona que actuó bajo trastorno mental transitorio sin secuelas, de acuerdo con lo dispuesto en el inciso segundo del art. 33, no habrá lugar a la imposición de medidas de ninguna naturaleza, y que si no hay lugar al señalamiento de ninguna medida como consecuencia del juicio de responsabilidad, lo lógico es dar aplicación al cese de todo procedimiento y que de no procederse de la manera indicada se llegaría al absurdo de adelantarse un proceso penal para llegar a una simple conclusión sobre la autoría, creándose una nueva sanción de carácter moral que no está contemplada en el Código Penal.

Que lo que justifica el proceso es llegar a una decisión de responsabilidad y que de ser esta positiva surge la imposición de una sanción, pero que al no poderse imponer ninguna, el proceso ha de terminar.

El *a quo* rebate las argumentaciones de su fiscal, doctor César Sandoval, cuando afirma que parte de una premisa falsa al decir que a los inimputables se les ha de aplicar una sanción y que esto era cierto en vigencia del Código del 36, pero

no en el actual. Que de todas maneras es en la sentencia en la que de manera inequívoca se establece la autoría, inimputabilidad, antijuridicidad y la imposición o no de la medida de seguridad.

El fiscal de la corporación, a pesar de solicitar una nulidad, entra en la controversia cuando afirma que si se diese aplicación al cese de todo procedimiento se estaría vulnerando el derecho de defensa del procesado, porque la sentencia es la "decisión jurisdiccional destinada a debatir y precisar su culpabilidad, la pretermisión de esos estadios bajo el presupuesto de la culpabilidad sin sanción o responsabilidad objetiva, necesariamente conllevaría no tanto la violación al debido proceso, como el desconocimiento del derecho de defensa".

Considera la Sala que el proceso penal no ha de mirarse únicamente como el medio por el cual se llega a la imposición de una sanción o se decreta la pérdida o restricción de algunos derechos mediante la aplicación de la medida de seguridad, sino que el proceso es básicamente un medio a través del cual el sindicado ejerce su defensa, y por ello bien puede terminar con decisión de condena o de absolución, y durante el mismo el acusado puede tratar de demostrar su inocencia mediante la comprobación de existencia de algunas de las causales de justificación y de las que excluyen la culpabilidad.

Las primeras son todas ellas predicables de los imputables y de los inimputables, por enfermedad mental transitoria o permanente; las segundas son reconocibles sin la más mínima discusión en relación con los imputables, y, aunque parezca un poco contradictorio, por lo menos algunas de ellas serían aplicables a los inimputables.

Si el inimputable por trastorno mental transitorio o permanente, realiza una conducta típica y vulnera un derecho penalmente protegido, pero lo hace por ejemplo en defensa de su vida, no se puede

pensar en ningún momento que se le puedan imponer medidas de seguridad, sean entendidas estas como sanciones o no.

En lo que respecta a las medidas de seguridad es conveniente anotar que de manera contradictoria nuestro legislador les quitó la calidad de sanciones que tenían en el Código del 36; decimos que de manera contradictoria, porque son sanciones que vulneran total o parcialmente un derecho jurídicamente tutelado, generalmente el de la libertad de locomoción, llegando a extremos punitivos a los cuales nunca se puede llegar con las verdaderas penas, pues bien sabemos que el derecho a la libertad no puede suprimirse judicialmente sino hasta un límite de 30 años, mientras que la internación en un manicomio criminal (en condiciones carcelarias peores que las de una cárcel común y corriente) puede convertirse en cadena perpetua, si el trastorno mental se prolonga indefinidamente sin posibilidades de curación.

Al igual que la pena, no solo vulnera derechos jurídicamente protegidos, sino que ambas son postdelictuales, se exige en relación a ellas el principio de legalidad (C. P., art. 1°) y solo pueden ser aplicadas jurisdiccionalmente a través de un proceso penal en el cual se han de observar las formas propias del juicio (Const. Nal., art. 26, C. P., art. 11 y C. de P. P., art. 1°).

Se podría argumentar que en la pena existen finalidades retributivas, mientras que las medidas de seguridad son fundamentalmente curativas y sería válida la argumentación, pero ha de observarse que esta diferenciación ancestral entre pena y medida de seguridad no le quita a la una el carácter de sanción, porque si bien es cierto que no tiene finalidades retributivas, si tiene finalidad de tutela, no solamente de la persona del enfermo, sino de tutela del medio social, que se defiende de esta manera de un sujeto que ha dado muestras de peligrosidad social.

La solución dada en nuestro Código es contradictoria, porque de rechazar la medida de seguridad como una sanción, ha debido excluirse a los inimputables del ámbito del derecho penal, para que reciban un tratamiento administrativo más acorde con su calidad de enfermos.

La solución de nuestro legislador es absurda, pero la ley que lo dispone está vigente y nos debemos someter a su mandato; de allí que el recurrente emplee un vocabulario equivocado cuando para referirse a las medidas de seguridad las califica de "sanciones".

De igual manera que sería necesario reconocer las causales de justificación en relación con los inimputables, creemos que podrían hacerse acreedores al reconocimiento de por lo menos algunas de las causales de inculpabilidad, aunque esto a primera vista nos parece contradictorio, porque si la imputabilidad es un presupuesto de la culpabilidad, y si la culpabilidad es un fenómeno juridicosicológico que no se puede predicar de los inimputables, ¿cómo podría pensarse que se reconozca en relación con un inimputable alguna de las causales de inculpabilidad?

Es cierto que la culpabilidad hace relación a las facultades superiores del hombre, conciencia y voluntad, y que cuando se presenta un trastorno mental, la una o la otra se ve afectada, cuando no ambas, razón por la cual, por ese mismo hecho se excluye la culpabilidad como un fenómeno no predicable de los inimputables; pero lo anterior no sería obstáculo para que, si se demuestra de manera ostensible que el inimputable fue obligado a realizar una conducta típica, se le pudiera reconocer la causal de inculpabilidad de la insuperable coacción ajena; o que, si el inimputable no obra sino que es obrado por las fuerzas de la naturaleza, o de otra de cualquier índole que haga imposible la aparición de su voluntad, y si a consecuencia de esa fuerza supravolitiva realiza conducta típica, no vemos obstáculo para que no se le reconociese la

causal de inculpabilidad de la fuerza mayor.

Existiendo las posibilidades anteriores mal podría decretarse el cese de procedimiento, aplicación que sería injusta y lesiva para los intereses del procesado, que en el período probatorio de la causa, o aun durante la misma audiencia, podría probar la existencia de algunas de las causales que excluyen la antijuridicidad o la culpabilidad.

Las reflexiones anteriores nos demuestran que el proceso no se adelantaría con la única finalidad de llegar a una decisión de autoría, sino que la continuación del mismo se justificaría, teniendo en cuenta los intereses defensivos del procesado; y no compartimos que la decisión de autoría a la que finalmente se llegaría como conclusión del proceso penal constituya una sanción moral inexistente desde el punto de vista legal de que nos habla el diligente agente del ministerio público que interpuso el recurso de apelación, porque en cualquier decisión que se tome, así sea la del art. 136 del C. de P. P. que solicita el recurrente, de todas maneras se está haciendo una declaración de autoría, e igual sucede cuando se reconoce una de las causales de justificación o de exclusión de culpabilidad, pues lo primero que se ha de predicar es la realización de una conducta típica, para a renglón seguido decir que no existe antijuridicidad o culpabilidad, porque los aspectos negativos de estos elementos del delito requieren como presupuesto necesario el de que la conducta sea típica; lo mismo podemos predicar de las causales de improcedibilidad que el recurrente menciona en su interesante y polémico alegato, porque para conceder la amnistía o el indulto ¿no es preciso reconocer que se le perdona el delito cometido, y si se decreta la prescripción no es también por un delito cometido y lo mismo en todas las demás?

Como se ve, el reconocimiento de autoría es un elemento imprescindible en

muchas ocasiones de las decisiones judiciales, y no lo vemos como una sanción moral que no está prevista en la ley, sino que el reconocimiento de la autoría surge como un presupuesto lógico ineludible, para poderse concluir en una decisión de favorabilidad para los intereses del procesado. En el caso presente el reconocimiento de la autoría, para luego decidirse la no imposición de medidas de seguridad de ninguna naturaleza por tratarse de un inimputable, por trastorno mental transitorio sin secuelas.

En las condiciones anteriores se confir-

mará en su integridad el auto recurrido.

Por lo expuesto, el *Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en Sala de decisión penal,*

RESUELVE:

Confirmar el auto recurrido.
Notifíquese y devuélvase.

Drs. Hernán Urrea Giraldo, Daniel Siniesterra D., Édgar Saavedra Rojas, Leonor García Primero.

ACLARACIÓN DE VOTO

Cali, abril trece de mil novecientos ochenta y dos.

Estamos de acuerdo con la resolución y con la parte motiva, salvo en aquello que dice relación con la posibilidad de hacer juicio de reproche a una persona inimputable. No negamos que desde un punto de vista absolutamente teórico pueda predicarse que un inimputable obre sin culpabilidad, pero desde un punto de vista dogmático y habida cuenta de las definiciones que establece nuestro Código Penal respecto a los conceptos de inimputabilidad y culpabilidad, resulta ilógico y antijurídico este argumento.

En efecto: entendida la inimputabilidad, según el art. 31 del Código Penal, como la ausencia de capacidad de comprender la ilicitud y de determinarse de acuerdo con esa comprensión, resulta un contrasentido lógico y jurídico realizar juicio de reproche a una persona carente de esas dos condicio-

nes, pues resulta indudable, aunque parezca un círculo vicioso, que el reproche exige en aquel a quien se le hace que tenga la capacidad de comprender y de determinarse conforme a esa comprensión.

Las causales de inculpabilidad suponen la existencia de la capacidad de comprender y de determinarse, y si ellas no existen, como, indudablemente, no existen en el inimputable, ¿cómo se puede predicar una de ellas, frente a quien no ha podido obrar culpablemente?

Con la anterior salvedad, en cuanto a la motivación de la providencia la acogemos con todo respeto para el criterio del ponente.

Fecha *ut supra*.

Drs. Hernán Urrea Giraldo, Daniel Siniesterra D., Leonor García Primero.

Tribunal Superior de Medellín

INIMPUTABILIDAD COMO FENÓMENO DERIVADO

En materia de inimputabilidad debe tenerse en cuenta que no es el trastorno en sí, ni la inmadurez, lo decisivo para la existencia de ella, sino que alguno de estos fenómenos (trastorno o inmadurez), produzca incapacidad de comprender la ilicitud o de determinarse: "No es tanto el hallazgo del trastorno mental, como su incidencia en la persona del reo, al tiempo de cometer el hecho «legalmente descrito»". Es menester examinar atentamente el hecho: en él se trasunta la personalidad del sujeto y a través de él se estudian las facetas cognoscitiva y volitiva que el tema de la inimputabilidad implica.

Para que el retardo mental sea causal de inimputabilidad, es necesario que afecte seriamente la capacidad de comprender o determinarse.

Ponente: Dr. ÉDGAR TOBÓN URIBE
Febrero 16 de 1981

VISTOS:

Consulta el señor Juez Décimo Cuarto Superior de la ciudad, el mérito de la sentencia de cinco de julio último, por la cual impuso a Martha Gladys Franco Fonnegra, a título de medida de seguridad, un término no inferior a dos (2) años de reclusión en el Anexo Siquiátrico de la Reclusión de Mujeres de Bogotá, al hallar mérito suficiente para encasillar su conducta como autora de adquisición y circulación de moneda falsificada. El señor Fiscal Séptimo de la corporación, tras lento y preciso recorrido, avala la providencia reseñada, en todas sus partes. Viene el proceso ajustado a la legalidad, por lo que es del caso cerrar la instancia.

Del hecho. Prueba de la autoría material. Calificación jurídica. Se resume el primero, así: en las horas de la mañana del ocho de noviembre del año pasado, la mujer Martha Gladys Franco llegó has-

ta el expendio que Martha Linares posee en el Bloque núm. 8 del conjunto residencial Tricentenario, al norte de la ciudad, atendido en ese momento por Aleida Linares; solicitó, exhibiendo un billete de cien pesos, un artículo (jabón) de poco precio (\$ 13.80). Su objetivo era el de hacerse al numerario proveniente del cambio del billete de cien pesos, pese a que tenía moneda fraccionada ya, como quiera que momentos antes había visitado la tienda de Hermes Orlando Suárez, del Bloque núm. 2 de la unidad residencial Tricentenario, y con otro billete de cien pesos compró un paquete de cigarrillos "Imperial", que representó la suma de \$ 17.00, recibiendo como vueltos el resto (\$ 83.00). Buscaba, pues, inundar en pequeña escala, con billetes adulterados, el sector. Si su proceder estuviera desprovisto de malicia, de una vez hubiera superado la necesidad de los productos comprando en el primer negocio visitado.

Ahorra tiempo. Mas el procedimiento fue detectado, casi que de inmediato, por Aleida. Esta enteró a su hermana Martha, que en ese momento regresaba a su establecimiento. Precavidas, las Linares se asesoraron de un agente armado, adscrito al cuerpo civil de seguridad y control del Municipio de Medellín, que vigilaba una camioneta (furgón) del Idema, destinada al mercadeo de artículos de consumo popular, estacionada en el barrio Tricentenario. Quedó fácil localizar a la Franco. Ante el reclamo, sin protestar o reaccionar, optó por devolver el dinero y el jabón, mas la autoridad la sometió a requisita: en una primera billetera, tenía cuatro billetes de cien pesos. En esas llegó Hermes Orlando Suárez, cuñado de Aleida y Martha, y aprovechó para contar y reclamar por su lado el asunto del paquete de "Imperial". El detective municipal logró que la mujer devolviera la mercancía y el dinero con que compensaba el billete de cien pesos, dado a Suárez. En ese momento, Martha Linares llamó la atención del vigilante: la mujer acusada se había desprendido de otra billetera, cuando se le requisaba en el interior del furgón. En efecto, al ser encontrada, fueron hallados tres billetes más de cien pesos, y un noveno billete (contabilizando los dos de los graneros) de doscientos pesos. La identidad de la numeración, entre series de billetes, delata la común procedencia y demuestra el papel encomendado a la Franco, de obtener su liquidez. Tres billetes de \$ 100, numerados 19423010. Cuatro, numerados 27678765. Dos, 14337515. Y el de \$ 200, con la cifra 260525666.

La condición espuria de los billetes es asunto completamente establecido. Por medios técnicos, y haciendo gala de datos y puntos de diferenciación entre las especies legítimas y las adulteradas, los peritos del Departamento de Estudios Criminológicos e Identificación (Decypol), sacaron la conclusión de que la falsificación de los nueve cupones era *integral*. La cir-

culación y la tenencia alcanzan tal marco.

La escena narrada copó poco tiempo. La aparición y señalamiento de Martha Gladys era algo obvio, como que era una advenediza en el sector. Quedó fácil localizarla. Tanto Aleida Linares como su cuñado Hermes Orlando, amplia ocasión alcanzaron de grabar sus facciones, pues personalmente la atendieron, y sin perder de vista que los sendos billetes de cien pesos eran los únicos que a esa hora se habían recibido en cada expendio. Además, Martha Linares observó, cuando el sabueso obligaba a la Franco a entregar la pasta de jabón y el dinero restante, que en el fondo de la billetera guardaba otros billetes, desencadenando la requisita general.

Que "antes de llegar esa dama no se había recibido billetes de cien", espetó tajantemente Aleida (fl. 10). Idéntica experiencia reportó Hermes (fl. 14) en el ca-reo: el "único que tenía en caja".

La billetera de color azul, la segunda que portaba la acusada, "la echó dentro de un cajón" del furgón, expresó Martha Linares (fl. 5), en texto que guarda franca correspondencia con lo significado por Arnulfo Paniagua: este, a fls. 23 y 29 vto., daría la siguiente explicación: en una primera requisita, a aquella se le decomisaron cuatro cupones de \$ 100, mas un quinto entregado por Martha Linares. En otra monedera, que infructuosamente trató de desembarazarse de ella, arrojándola al interior de la camioneta, llevaba tres billetes de cien pesos, y uno más de \$ 200, sumándose el de cien pesos que entregara Hermes, para un total de nueve billetes falsificados.

Hay armonía total en la narración de los testigos de cargo. Son firmes, convincentes, responsivos, dignos de completa credibilidad, como que realmente vivieron el cuadro circunstancial y modal reseñado, y ningún interés les asiste en desfigurar la verdad, menos en forma no segura señalar a la encartada como autora única y directa de la infracción.

La sindicada argumentó que simplemente visitaba a su amiga María J. Torres de Díaz, y esto quedó establecido con la declaración suya de fl. 21, mas no por ello se desvanece la ilicitud del sistema fraudulento que puso en movimiento en la mañana del ocho de noviembre de 1979. Eso de que en forma desprevenida se había limitado a comprar un paquete de cigarrillos "Marlboro", en la tienda de las hermanas Linares (careo con Aleida, fl. 11 vto.), es mentira, como que su propósito fue el de adquirir un artículo de poco monto, para así lograr la liquidez del bono falso. Por lo demás, y ya en confrontación con Martha Linares, esbozó la disculpa de que el dinero lo había obtenido de buena fe, como fruto de la venta de morcilla, oficio suyo, según cuentas (fl. 12 vto.), al paso que al empleado de seguridad y control dio la versión de que las especies se las había encontrado (fl. 29 vto.). Vacila y es contradictoria, entonces. La judicatura conjuga en su contra la narración de los particulares afectados, respaldados por el dicho del representante de la autoridad. No conocían físicamente a la mujer. No existió período de confusión alguno. Las compras fueron efectuadas en sitios cercanos. Hubo casi que intermediación entre la captura y la actividad de hacer pasar como legítimo, dinero que se sabía fraudulento. No hay factor, entonces, de descrédito, conforme lo hace ver, en términos excelentes, la pieza consultada.

De la imputabilidad. Dos eran los extremos de la inimputabilidad en el Código de 1936: el estado de enajenación mental o de intoxicación crónica o de grave anomalía síquica, presentado al tiempo de cometer el hecho, sin que procediera el examen de la *posibilidad de culpabilidad*, teniéndose una inimputabilidad "absoluta y cerrada", según la adjetivación crítica surgida en el seno de la Comisión de 1979, encargada de asesorar al gobierno nacional, facultado este en virtud de la ley 5ª de 1979 para expedir un nuevo

Código Penal. Bastaba para el legislador de 1936 la entidad perturbadora del siquismo al tiempo de cometer el hecho, sin que esta en su modalidad o idiosincrasia jugara papel alguno.

Los integrantes de la Comisión de 1979 no aceptaron la fórmula expuesta y debatida por la Comisión de 1978, que hiciera descansar la imposibilidad de que el agente no alcanzara a comprender la ilicitud o a determinarse de acuerdo con ese conocimiento, en la enfermedad mental permanente o transitoria, sino que insistieron e impusieron la redacción acordada por la comisión que elaboró el anteproyecto de 1974, que es del tenor siguiente: *Decreto 100 de enero 23 de 1980, art. 31: "Concepto.* Es inimputable quien en el momento de ejecutar el hecho legalmente descrito, no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica o trastorno mental". Esta fórmula es la que debe examinarse, entonces, por configurar cuadro más favorable y amplio en bien de la sindicada (art. 6º del nuevo Código).

Breve historia legislativa. El texto vigente tuvo no cancelada polémica en el seno mismo de la Comisión de 1972, y recibió acre crítica del comisionado GIRALDO MARÍN en las sesiones de la Comisión Asesora (acta 5). El médico siquiatra Jaime Gaviria Trespalcacios, jefe de la sección siquiátrica del Instituto de Medicina Legal, elevó vehementes observaciones contra la equivocidad del término *inmadurez psicológica* y lo genérico de la noción de *trastorno mental*. GIRALDO MARÍN ilustró a los miembros de la Comisión Asesora acerca del inconveniente científico de adoptar lo que para el año 1932 formaba parte del estatuto penal español. Mas el presidente de la Comisión, FEDERICO ESTRADA VÉLEZ, rechazó la oposición argumentando que "precisamente, dr. Giraldo, la terminología propuesta no corresponde a un concepto siquiátrico y esa es la utilidad y la impor-

tancia de la fórmula". Se sabe que el art. 31 fue calcado del Código Penal Tipo Latinoamericano, y este a su turno lo tomó del Código Penal italiano, cuyo art. 85 estimó, como presupuesto de la imputabilidad, la capacidad de entender y de querer (cfr. *Proyecto de Código Penal colombiano, 1978.* Ministerio de Justicia, pág. 169. Exposición de motivos).

Lo que importa, afirmó el comisionado REYES ECHANDÍA, es que esa anomalía (inmadurez psicológica y trastorno mental) produzca la incapacidad de comprensión de la ilicitud o de actuar (prefirió este verbo "actuar") de acuerdo con esa comprensión (acta 42, sesión del 24 de febrero de 1973). Significó el origen finalista de la norma y anticipó: "Dice el doctor Baquero que vendría calificar el trastorno mental en cuanto a su gravedad. Pero tal calificación sobra, si tenemos en cuenta que en la fórmula se dice que esa situación debe tener como consecuencia la de que el sujeto activo no pueda comprender la ilicitud de su acto o actuar conforme esa comprensión, y es obvio que solamente un grave trastorno mental podría producir la consecuencia anotada" (*Trabajos preparatorios. Actas del nuevo Código Penal colombiano.* Parte general. Vol. I. Colección Pequeño Foro. Acta 43).

El ponente del actual capítulo sexto, BERNARDO GAITÁN MAHECHA, insistió en que "lo que importa a la ley penal, especialmente, no es que el sujeto se encuentre en estado de inmadurez psicológica, sino que ese estado le impida comprender la ilicitud del acto o determinar lo de acuerdo con esa comprensión". Lo repitió en la sesión del 9 de marzo de 1978, respondiendo a una inquietud del comisionado BAQUERO BORDA, partidario de calificar el concepto, pues "no existe duda ninguna sobre el hecho de que se hace innecesaria la calificación del trastorno mental, el que no debe ser de cualquier grado, sino de tal naturaleza que impida al sujeto agente comprender la ilicitud de su acto o determinarse de acuerdo con esa comprensión" (*op. cit.*).

La contundencia de los párrafos anteriores, acerca de la incidencia del trastorno en la operación cognoscitiva o en la volitiva reseñadas, aparece atemperada en la intervención del comisionado VELÁSQUEZ, cuando para este "lo importante es que él haya restado capacidad de comprender y de determinarse" (acta 44).

El itinerario seguido por el pensamiento de los redactores del nuevo Código Penal, permite sacar avante una primera conclusión: lo fundamental es el examen de los presupuestos de la imputabilidad: lo que el Código base (italiano) llama capacidad de entender y capacidad de querer, y que la Comisión aclimató como capacidad de comprender y capacidad de mantenerse de acuerdo con esa comprensión (cfr. SILVIO RANIERI, *Manual de derecho penal*, t. II, Bogotá, Edit. Temis, 1975). No es tanto el hallazgo del trastorno mental, como su incidencia en la persona del reo, al tiempo de cometer el hecho "legalmente descrito". Hay un avance legislativo, entonces, pudiendo quizá afirmarse que la fórmula transplantada de la imputabilidad, no podrá instrumentarse con facilidad y ser pretexto de impunidad, pues "en cuanto hace a la imputabilidad, son muy limitadas las exigencias del derecho penal", afirma RANIERI (*op. cit.*, pág. 219, en texto que es válido para el derecho positivo colombiano), dado que entra en juego el estudio del hecho y de la impronta que en él deja indefectiblemente grabada el reo, como sello de su personalidad y de su capacidad de entender y de querer.

Otro repaso de las actas de las tres comisiones, permite la siguiente aproximación al tema: la imputabilidad acordada parece identificarse con el dolo, según textos del comisionado BAQUERO BORDA (*Actas*, págs. 273 y 276); y si el inimputable "no puede ser capaz de culpabilidad" (FEDERICO ESTRADA, *Acta I*, Comisión de 1979), conocer el hecho punible (art. 36) es operación resultante de la capacidad de comprender su ilicitud (art. 31), y querer su realización esté precedida de

la capacidad de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por lo que todo indica que la imputabilidad es capacidad de culpabilidad, pero tomando a esta en un sentido diverso, es decir, no en su contenido estrictamente psicológico, sino insinuando en ella el requisito de la reprochabilidad, y afirmando que sin imputabilidad no es posible el reproche al agente, así en el texto positivo aparezca por fuera de la teoría del delito, haciendo parte del estudio de la personalidad del reo.

Definida la imputabilidad como una aptitud de la persona (de entender y de querer como sus dos presupuestos), es menester examinar aquellos aspectos que el agente ha dejado traslucir en la realización de la conducta. La personalidad queda dibujada al momento de la comisión del hecho. El reo trasfunde en el hecho su personalidad. El modo de reaccionar está marcado por su actuación delictiva. Da a conocer su capacidad de violar las normas penales, con el hecho cometido. La fase cognoscitiva y la volitiva se estudian a través del hecho. Este no es dejado a un lado, como en el estatuto derogado.

Por otra parte, 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 inventaría mediante el censo de las cualidades personales del reo trasfundidas en el hecho cometido (RANIERI), debe "ser sometida a sus consecuencias penales", cual es el significado de la noción de imputabilidad.

Se tiene hasta el momento: a) no es cualquier trastorno mental, sino que este de-

be jugar papel decisivo en la incapacidad de comprender o de determinarse, hasta el punto de que según los comisionados REYES ECHANDÍA y GAITÁN MAHECHA, solo el *trastorno mental grave* podría alcanzar tal grado perturbador; b) son los aspectos que de la personalidad se reflejan en el hecho cometido, esto es, son algunos y no todos los aspectos de la personalidad, los que interesan; c) lo relevante para establecer o presupuestar la imputabilidad, es la manifestación de la personalidad al tiempo o momento de cometer el hecho; d) la imputabilidad se estructura aun en el caso de que la capacidad de entender o de querer esté menguada o disminuida.

Los literales anteriores tienen correspondencia en los textos de los arts. 31 y 61 del Código Penal, atinentes a la imputabilidad y al grado de culpabilidad como uno de los criterios rectores de la pena, y obedecen a planteamientos de la dogmática italiana, fuente temática de los redactores colombianos, y al Código Penal italiano cuyo art. 85 sirvió de matriz.

Crítica al dictamen siquiátrico. Habla de que la sindicada presenta "antecedentes de haber tenido un episodio al parecer de magnitud sicótica y con antecedentes y referencias de alucinaciones visuales y auditivas e interpretaciones delirantes de los elementos medio-ambientales que nos permite prever la *posibilidad de un retardo mental* entre leve y moderado que ha presentado *sicosis en forma ocasional* cuadros sicóticos o crisis sicóticas en formas ocasionales agregadas a su cuadro de trastorno mental". (Subrayó la Sala).

Debe aclararse (y el dictamen hace la distinción hacia el final del párrafo transcrito) que si "al momento de cometer el hecho" la mujer acusada hubiera presentado un cuadro sicótico (esquizofrenia), el menoscabo de la función mental hubiere interferido marcadamente "la capacidad para afrontar algunas demandas ordinarias de la vida o para mantener un

adecuado contacto con la realidad", que es la descripción utilizada para los trastornos mentales por los siquiátras del Hospital Mental de Antioquia, acogiendo ellos el glosario utilizado con la clasificación de trastornos mentales, vigente. Precisamente, el *retardo mental* (I) es una categoría (con sus subgrupos) excluida de la noción de *Psicosis* (II A).

El retardo mental es apenas una posibilidad en el capítulo citado. Pero adquiere entidad en el texto que sigue: Martha Gladys es de una personalidad "inmadura", proveniente del "retardo mental *entre leve y moderado* que no es posible precisar si es de origen estrictamente biológico u obedecer a características de privación (sic) afectiva y cultural medioambiental" (fl. 45 vto.).

La precisión del dictamen es discutible. El retardo mental tiene especies: I. Retardo mental. 310. Fronterizo. 311. Leve. 312. Moderado. 313. Severo. 314. Profundo. 315. No especificado. Ello en el glosario que se utiliza junto a la 8ª revisión de la Clasificación Internacional (C.I.E.) que parece la acogida por el perito. Al paso que el glosario del Hospital Mental de Antioquia trae la escala siguiente: 317. Retraso mental discreto (débil mental). Defecto mental de graduación alta (MORÓN), con un cociente de inteligencia (CI) entre 50 y 70 (sobre 120, máximo puntaje). 318. Retraso mental de otro grado no especificado (retraso mental moderado. Imbécil), correspondiente a un CI de 35 a 49. 318.1. Retraso mental grave. 318.2. Retraso mental profundo (Idiocia. Idiota). 319. Retraso mental de grado no especificado (Deficiencia mental SAI).

No podía ser indiferente la clasificación del retardo mental, pues se dijo que cada una de las especies tiene internamente su subdivisión. Ello demuestra la trascendencia de definir el tema de si la acusada tuvo, al momento de cometer el hecho, capacidad suficiente para comprender la ilicitud o de determinarse de acuer-

do con esa comprensión, desde el punto de vista de su personalidad, que el agente ha trasfundido en el hecho cometido, con la siguiente advertencia de RANIERI (se repite la validez conceptual por la unanimidad del derecho positivo): "...si es cierto que, para nuestro derecho positivo, como 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 *estado de plenitud*, sino que es suficiente que existan aun en *grado disminuido*, con tal que no excluyan la capacidad de entender y de querer". Y agrega: "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 o de querer" (*op. cit.*, pág. 218). Subrayas del original.

Acerca de los presupuestos de la imputabilidad. Al repasar las actas, se torna cantinela de los comisionados lo de la capacidad de comprensión y capacidad de determinarse de acuerdo con esa comprensión, que el modelo italiano llama capacidad de entender y capacidad de querer. Mas su significado es bosquejado excepcionalmente. El comisionado VELÁSQUEZ GAVIRIA habló de "capacidad de valorar los motivos que lo inducían a ejecutarla y los que lo impulsaban a no actuar, optando por los primeros, en lo cual se advierte la presencia de la libertad, manifestación de voluntad entendida como capacidad para situarse por encima de motivos antagónicos y decidirse por alguno de ellos (acta 44)", al paso que "determinarse", vendría a "implicar un estado psicológico que lleve al sujeto agente a optar entre diversos fines". El comisionado GUTIÉRREZ equiparó "comprensión" a conocimiento, y "determinarse" a querer (voluntad) (acta 44).

Se lee en RANIERI que "capacidad de entender, como facultad intelectual, es

la posibilidad de conocer, comprender y discernir los motivos de la propia conducta, y, por lo tanto, de apreciarlo, sea en sus relaciones con el mundo externo, sea en su alcance, sea en sus consecuencias" (pág. 224), al paso que "capacidad de querer es la posibilidad de determinarse basándose en motivos conocidos y seleccionados, de elegir la conducta adecuada al motivo más razonable, y, por consiguiente, de abstenerse y de resistir a los estímulos de los acontecimientos externos" (pág. 225).

Aplicación de los anteriores conceptos. El acto elocuente que tuvo su narración en estas líneas, de la sindicada cogida en la trampa, tratando de desembarazarse de la segunda de las billeteras, en cuyo interior guardaba cuatro billetes adulterados, es signo gráfico de que tenía conocimiento de que la tenencia física de esos billetes podía ser conjugada en su contra, y con mayor razón su uso y circulación. Esta reacción, concomitante al momento mismo del hecho, no puede asimilarse o desintegrarse, pues es manifestación de que alcanzó conciencia de la ilicitud: comprendía perfectamente lo que ejecutaba, hasta el punto de esconder el resto de los billetes comprometedores.

Hay una operación que necesariamente exige lucidez mental: el sistema de solicitar un artículo de escaso valor, para así obtener la liquidez o los vueltos, meta última de la conducta. Su reiteración es ajena a una situación de trastorno mental de entidad suficiente como para perturbar su intelecto y su voluntad, o, al menos, hasta anular uno de tales atributos. "Cualquier otro presupuesto, elaborado por la doctrina, deberá reputarse superfluo para la imputabilidad. Pero, para esta, es indispensable tanto la capacidad de entender como la capacidad de querer, aun cuando pueda tenerse, según las enseñanzas de los fisiólogos, capacidad de entender sin una adecuada capacidad de querer, y capacidad de querer sin una adecuada capacidad de entender" (RANIERI, *op. cit.*, pág. 225).

El Código colombiano utilizó, sin embargo, siguiendo la pauta trazada por el Código Penal Tipo para Latinoamérica, una "o" disyuntiva, en lugar de la "y" copulativa, por lo que con mayor razón puede repetirse lo primeramente significado, acerca de que las exigencias del nuevo estatuto, en materia de imputabilidad, son muy limitadas, y que quizá con la herramienta del derecho comparado el art. 31 ib., no deviene en fuente de impunidad o de tratamiento lenitivo, pues no es menester la madurez síquica y la sanidad mental, en toda su plenitud, según el autorizado criterio del tratadista tantas veces citado. Es un avance, entonces, la fórmula del art. 31, con el prisma de que lo fundamental es la referencia de los aspectos de la personalidad del agente trasfundidos en el hecho cometido.

Conclusión. Así la mujer acusada registre un estado de inteligencia subnormal, alcanzó cierto grado aceptable de capacidad de entender o de querer, siendo por lo tanto imputable.

De la calificación jurídica. De la pena. Adjetivada Martha Gladys Franco con la aptitud personal reseñada, es preciso aparejarle las consecuencias penales de rigor.

En buena hora, el legislador atemperó la sanción atinente a la circulación de especies falsas, pues en el derogado Código de 1936, el art. 214 traía una drástica penalidad (tres años de presidio como tope mínimo), alejada del subrogado de la condena condicional (condena de ejecución condicional). Es aplicable una disposición más favorable, por mandato del art. 6° del nuevo Código. El art. 208 dice: "*Tráfico de moneda falsificada.* El que introduzca al país o saque de él, adquiera, reciba o haga circular moneda nacional o extranjera falsa, incurrirá en prisión de uno (1) a cinco (5) años". Se trata de un delito complejo alimentado por conductas alternativas, en que una sola de las modalidades engloba las que antecederían, es decir, que la circulación de

especies falsas (casos Suárez y Linares) absorbe lo de la posesión de siete billetes más, excluyendo su dinámica, estima la Sala, la referencia a un concurso homogéneo y sucesivo (delito continuado), pues es indiferente el número de billetes y su valor nominal.

Sobre la base de los criterios consignados en el art. 61 ib., y en especial por la presencia de un grado disminuido de culpabilidad, prospera la pena mínima (un año de prisión), al igual que el subrogado de la condena de ejecución condicional, pues se da el requisito de la cantidad y la calidad de la pena, sin que apareje perplejidad la naturaleza y modalidades del hecho punible, y juzgándose más eficaces y menos indolentes las funciones de protección y resocialización que eventualmente puede brindarle su familia, en lugar del "tratamiento penitenciario" (art. 68 ib.).

Se aclara que la procesada estuvo en detención preventiva en la Cárcel de Mujeres del Buen Pastor, de noviembre 8 de 1979 (fl. 1), hasta julio 22 de 1980 (fl. 93), habiendo sido trasladada al Anexo Siquiátrico de la Reclusión de Mujeres de Bogotá, donde permanece hasta la fecha.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, en Sala Penal de Decisión, oído el concepto fiscal, administrando jus-

ticia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *confirma* la sentencia condenatoria dictada por el señor juez 14° superior de la ciudad, de fecha y naturaleza puntualizadas, que por vía de consulta se revisa, por la cual se condena a Martha Gladys Franco Fonnegra, por el delito de "tráfico de moneda falsificada", cometido en las circunstancias modales que ocuparon la parte orgánica de esta providencia, con la *reforma* de que en lugar de la medida de seguridad areritada, se impone una pena principal de un (1) año de prisión, y como accesoria la interdicción de derechos y funciones públicas por igual lapso. Suspéndese la ejecución de la sentencia por un período de prueba de dos años. Prestará caución por la suma de cincuenta pesos (\$ 50.00) y se comprometerá a observar buena conducta en sentido general, enterándosele del contenido del art. 69 ib. Comisionase al Juzgado Superior (reparto) de Bogotá, para el asentamiento de la respectiva diligencia. Cumplido lo anterior, dispondrá su inmediata libertad.

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

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Los magistrados,

Édgar Tobón Uribe, Fernando Coronado Ramírez, José Aguilar Pardo y Alberto García Quintero.

EL TRASTORNO MENTAL TRANSITORIO CON SECUELAS DE ORIGEN PATOLÓGICO

La imputabilidad es presupuesto de la culpabilidad. El juez debe acudir a la prueba técnica, y no quedarse en la consabida prueba testimonial para determinar la personalidad a través de la cual los hechos materiales adquieren cabal significación. Si en el proceso se detecta una base patológica que originó el trastorno mental transitorio, la medida que se ha de imponer es la del art. 95 (internación en establecimiento de carácter oficial por un término no menor de seis meses). Tal es el caso de la embriaguez patológica que tiene como base un traumatismo craneano o un substrato epileptoide.

Ponente: Dr. JOSÉ LUIS GÓMEZ PÉREZ

Mayo 18 de 1981

Mediante sentencia de dieciocho de diciembre de mil novecientos ochenta, el señor Juez Quinto Superior de la ciudad, impuso al doctor *Antonio María Zuluaga Restrepo*, a quien se procesó por el delito de homicidio en la persona de quien en vida llevó el nombre de Juan de la Cruz Correa García, como principal, la medida de seguridad de *reclusión a colonia agrícola especial* por el término mínimo de un año, contado a partir de su detención. Además, como accesoria, "la prohibición de acudir a sitios abiertos al público donde se expendan bebidas embriagantes", por el lapso de seis (6) meses, que se contabilizan desde "la terminación efectiva de la reclusión".

Se consulta la sentencia aludida.

La Fiscalía Quinta de la corporación, que colaboró en la instancia, en cuidadoso y pormenorizado estudio de la causa, llega a la conclusión que la sentencia merece confirmarse con algunas reformas que consigna en los siguientes párrafos de su vista:

"Resta decir que la grave anomalía siquica bajo la cual delinquiró, es equiparable por sus características a la enfermedad mental transitoria contemplada en el art. 95

del nuevo Código Penal, pues el sindicado presenta un antecedente patológico que se estimula con la ingestión del licor, y de allí que la aplicación de esta reciente disposición le sea más favorable por razones obvias".

"Así las cosas, al confirmar la sentencia deberá imponérsele como medida de seguridad de carácter principal la internación en un establecimiento psiquiátrico o similar de orden oficial por un término mínimo de seis meses, y como accesoria la prohibición de consumir bebidas alcohólicas durante dos años cuando menos, ya que así lo autoriza el art. 59 *ibidem* cuando la ingestión del licor ha sido factor del delito, como evidentemente ocurrió en el caso de autos".

HECHOS:

Cerca de las seis de la mañana del día cinco de enero del año próximo-pasado, sin que nada hiciera presagiar la tragedia, porque se conversaba y bebía amigablemente, sin discusiones, disgustos o agravios, mucho menos amenazas, el doctor

Antonio María Zuluaga Restrepo desfundó un revólver y disparó contra su primo hermano Gustavo Adolfo Tejada Restrepo en primer lugar y contra Juan de la Cruz Correa García en seguida, y lo hizo en forma tal que reveló a los circunstantes, por el aspecto externo de su cara, ojos desorbitados, y extremo alcohóramiento, un acto de locura. Pese a que su respuesta al grito angustioso de uno de los presentes fue la de que "los muertos" serían más, solo los mencionados recibieron las balas disparadas por él. Correa García murió cuando el mismo Dr. Zuluaga lo llevaba en busca de auxilios médicos, y Tejada Restrepo solo sufrió lesiones que no dejaron secuelas sino mera incapacidad fijada en doce días. Esta la culminación de una farra que se hacía con alguna frecuencia.

Más pormemorizados, los hechos de la anterior síntesis se desarrollaron así:

Los protagonistas eran amigos, caros amigos Zuluaga y Correa García, parientes y amigos Zuluaga y Tejada Restrepo, quienes en más de una ocasión, ellos y con otros a veces, se reunían, preferentemente, en lugares donde se cuidaban caballos, pues tenían esa afición en común. Uno de estos, la pesebrera "Nuevo Mundo", situada al norte de esta ciudad, era sitio de frecuentes reuniones, y allí, precisamente, doce horas antes, habían empezado las consumiciones de licor Zuluaga y Correa García. Después visitaron la finca del señor Gilberto de Jesús Díez, donde continuaron las libaciones y posteriormente fueron a la casa del señor Alberto Villada Montoya, sita en Copacabana, donde se unieron Gustavo y Alberto Tejada Restrepo y Humberto Villada.

En todos los lugares se consumió abundante licor. Muestra de ello es no solo el lapso corrido entre seis de la tarde y seis de la mañana, sino la compañía de un trío de cantantes que se hizo llegar a la residencia campesite, como también el negocio de un "piano" que terminó en donación hecha por el occiso Correa Gar-

cia al anfitrión, que lo era el señor Carlos Villada. Donó un aparato valioso, pues al parecer su precio era superior a los doscientos mil pesos. El sobrino del donante, Carlos Mario Borja, precisamente, no atendió la llamada y orden de trasladar el "piano" a la casa de Villada, que le hiciera por teléfono su tío a eso de las cuatro de la madrugada, porque entendió y así se lo hizo saber la mujer de aquel, "que Juan estaba muy borracho, que no le hiciera caso" (fl. 108v.).

No obstante el grado de beodez que tenían los contertulios, ninguno da a conocer, bien por haber escuchado o visto, que se hubieran presentado discusiones, palabras ofensivas, retos, y mucho menos tentativa de agresiones de hecho. Por lo contrario, cinco minutos antes "Antonio dialogaba con todos amigablemente", según lo expone el testigo y ofendido Gustavo Adolfo Tejada (fl. 59). Y, en manifestación que no deja duda de que todo trascurría sin que pudiera presagiarse una tragedia, dice el testigo Humberto Eugenio Villada, hermano de Carlos el dueño de la casa: "Antonio lo sacó prendido", haciendo alusión al revólver. La situación en este momento era de armonía, pues el testigo la describe, así: "Sobre qué, no sé; solo sé que charlaban porque el diálogo era ameno y charlaban Juan y Antonio, pues en ese momento, como habíamos seis en la mesa, pues cada uno opinábamos, pero allá en ningún momento hubo alguna discusión" (fl. 75, subrayado fuera del original).

No hubo lenguaje tosco, ofensivo o tabernario; menos esto último, pues se encontraban en residencias de amigos, y no en la pesebrera que visitaban con frecuencia. Primero estuvieron en la finca del señor Díez, donde su señora los acompañaba en las libaciones; y luego en la casa de Carlos Villada quien se deshacía en atención al señor Correa García, pues fue notorio su afán en hacerle agradable la visita.

Bajo estas circunstancias se cumplía la reunión de amigos, en son amistoso,

sin que se hiciera notorio por palabras o comportamientos un ánimo distinto de la alegría propia de uno de los estadios del alicoramiento. El hecho de hacer llegar un trío, pasada la media noche, supo predisposición para oírlo, ánimo sereno, sosegado y contento general. Porque si los contertulios, y especialmente la pareja Correa-Zuluaga, entre sí, o con los demás, hubieran estado en otra tónica, la música no sonaba; más bien podría decirse que sobraba. Y no es desatinado al punto volver sobre la donación del "piano", pues esta muestra euforia antes que belicosidad; alegría y desprendimiento, que no son estados de ánimo compatibles con situaciones riesgosas como la discusión, la ordinariéz de los agravios, la tosquedad de los términos en que se producen los alegatos generalmente, así no se tenga ningún problema con el donatario en ese momento. Es una situación marcadamente contraria, pero que por naturaleza esas emociones se rechazan: los ánimos predispuestos al agravio o a la agresión no se resuelven en donaciones, gestos propios de un estado de calma. Se puede concluir entonces que el señor Juan de la Cruz estaba, pese a su alicoramiento avanzado, en una excelente tónica amistosa, que no desdibuja la idea, el hecho de que estuviera acentuada en la persona de Carlos Villada: lo importante es que para ese momento su estado de ánimo no era belicoso. Valga, entonces, atar esta conclusión a la ya enunciada situación del procesado Zuluaga, de quien se ha dicho por los testigos que era igualmente amistosa y apacible para esos momentos; y las dos a esta manifestación del testigo Oscar Antonio Velásquez Araque, empleado de la pesebrera "Nuevo Mundo": "allá estuvieron como hasta la once y cuarto u once y media, durante el tiempo que permanecieron allá, estuvieron charlando y tomando aguardiente... ellos estaban comentando de un viaje que había tenido Juan a Frontino y lo bueno que había pasado. Que para es-

tas horas, ya llevaban consumidas tres (3) medias de guardiente" (testimonio de Vásquez A., fl. 137), muy buena dosis para dar pábulo a cualquier rencilla, de haberla, desde luego.

Que esa noche no hubo nada ciertamente lo indica la personalidad "explosiva", "paranoide", de Zuluaga Restrepo, antes del hecho culminante, claro está. Pues de haberse ocurrido alguna de sus conocidas reacciones, los testigos las hubieran declarado como lo hacen al referirse a otras ocasiones: su primo refiere que es un "chiquito jodido"; su hermano relata alguna reacción grave en su casa; un cuidador de caballos habla de igual reacción y de unos disparos hechos en una pesebrera; esto confirmado por el Dr. Libardo Giraldo (fl. 432) que como inspector concurrió al lugar.

De suerte que si don Carlos Villada, el anfitrión; su hermano Humberto; su primo Gustavo Adolfo, quien resultó herido por él; los músicos, Libardo y Luis Grajales y Conrado Acosta (fls. 94 y 146), no refieren nada anormal entre los contertulios y especialmente entre Zuluaga y Correa, es porque no hubo antecedentes que hubieran hecho presagiar lo ocurrido. Es que, inclusive, lo vieron cogido de la mano de Juan, hablando con él, cuando los músicos tocaban. Esta versión del declarante Jesús Alberto Tejada, deja la viva impresión de que esa situación de Antonio y Juan era amistosa y no de otro orden.

Si se toma en cuenta, entonces, no por la unanimidad solamente, cuanto por las lógicas y circunstanciadas versiones de los testigos, que el ambiente era de plena armonía, ha de concluirse que ello sucedió así, pues de lo contrario no era de esperarse que una personalidad como la que los peritos sicólogos y siquiátras encontraron en el doctor Zuluaga Restrepo, hubiera guardado semejante compostura. Su reacción, por consiguiente, fue inopinada, repentina, inmotivada, pues es la lógica conclusión del examen de la prueba sobre esta materia.

¿Cuál podría ser entonces el motivo de reacción tan violenta? Es preciso resumir, puesto que los diferentes peritos, las pruebas a que fue sometido, los tests respondidos, y, por sobre todo, el electroencefalograma practicado al procesado doctor Zuluaga, no dejan campo a la duda de que se trata de una reacción, desencadenada por el alcohol, de tipo epileptoide. El acusado, se detectó en el electroencefalograma, presenta un daño cerebral, que posiblemente pueda relacionarse con un trauma de la niñez, cuando a consecuencia de la caída de una cabalgadura, el dr. Zuluaga estuvo inconsciente (fl. 201v.).

Igualmente, el sicólogo y el siquiátra descubrieron que el dr. Zuluaga (también estudiaron bajo los mismos cánones de las respectivas profesiones a la señora madre del procesado y a un hermano), padece serios trastornos de personalidad: personalidad explosiva; personalidad paranoide; y neurosis depresiva, concluyó el sicólogo. Y una epilepsia sicomotora de contenido paranoide, conceptuó el siquiátra.

Desde luego era de sospechar que un hombre de prestigio en su medio; que había ocupado el alto y honroso cargo de Procurador Delegado para la Vigilancia Administrativa de Antioquia; que gozaba del aprecio de sus profesores y compañeros (fls. 21, 216, 235); que había matado a su caro amigo y herido a su pariente cercano —primo hermano—, probablemente lo había hecho en circunstancias fuera de lo normal, por lo menos bajo una grave anomalía síquica, pues nada se presentó previamente —según lo examinado— que siendo motivo, aun insignificante, explicara tan extremada como violenta reacción.

Claro estaba desde un comienzo, que fue el propio doctor Zuluaga quien llegó a las autoridades con el cadáver de Juan, quien era el autor de esa muerte. Así, el aspecto de la atribuibilidad o imputabilidad física, carece de importancia, y ha de aceptarse sin mayor análisis, pues

en el proceso se cuenta con la confesión del procesado, reforzada por múltiples declarantes, pues no dejan campo a la duda. Es entonces al doctor Zuluaga a quien debe tenerse por autor material de la muerte de Juan de la Cruz Correa García y de las lesiones de Gustavo Adolfo Tejada Restrepo. De donde se sigue la necesidad de entrar a valorar las condiciones subjetivas del procesado, medio con el cual se logra dar un significado al delito, como obra suya.

Pues bien, someramente se ha tocado el tema ya, sin que esto implique un esfuerzo de la Sala para extenderse en consideraciones que sobresalientemente han sido tratadas por el señor juez *a quo*, tanto en la providencia calificatoria como en el fallo que se revisa. El estado síquico del autor, para el momento de los hechos, puede resumirse en el contenido mismo de la inimputabilidad que normatiza el nuevo estatuto penal en su artículo treinta y uno. El doctor Zuluaga Restrepo obró bajo ausencia absoluta de su capacidad de conocer y de querer, y por tanto sin poder de control sobre su acción. Lo que quiere decir, en los términos de la ley, que es un inimputable.

La prueba misma, abundante sobre el indicado aspecto de la anormalidad de la conducta del procesado, releva de espaciosos comentarios sobre el tema de la imputabilidad, en tanto que fueron estudiados los aspectos que la doctrina entiendo encerrados en ella, que no es solamente la presencia de un proceso mórbido como en la vieja estructura de los estados de alienación, anomalías graves o toxicomanías del derogado art. 29 del decreto 2300 de 1936, sino también las condiciones de orden síquico, psicológico y socioculturales, que ponen de manifiesto por su imbricación, o bien una plena o semiplena (disminuida) capacidad de conocer y de querer, o la falta absoluta de estos elementos insitos al comportamiento humano normal. Es, como lo consagra ya la reforma penal colombiana, el aspecto

subjetivo que no se puede perder de vista ante la presencia de una base patogénica, que daba a la conducta delictiva una respuesta determinista, pero insuficiente, en razón de que el contenido de la imputabilidad quedaba así desprovisto de una necesaria cuota de la relativa libertad del hombre, que no absoluta como lo entendía la escuela libre-arbitrarista. Sería el caso de los estados fronterizos, tratados en jurisprudencia de este Tribunal, en Sala presidida por el señor magistrado dr. EDGAR TOBÓN URIBE (Rev. *Temas de Derecho*, 2ª época, 213, Medellín, 1981), con la cual jurisprudencia se contribuye desde estos inicios de la reforma a poner claridad sobre el difícil concepto de la imputabilidad. Pero, aquí, realmente no se trata de ningún problema diferente a que si se acepta el unánime concepto del psicólogo y el psiquiatra, amén de los asomos que la prueba permite sobre la personalidad, datos de la niñez, posibilidad de motivos herenciales, comportamiento en estado de beodez, agresividad anterior a los hechos, reacción contra sus parientes, etc., hay que convenir con los científicos que el dr. Zuluaga Restrepo obró sin capacidad de conocer y de querer.

Si la imputabilidad, según puede leerse en las actas del nuevo Código Penal colombiano, gira como acertadamente lo señala el ponente de la citada jurisprudencia de este Tribunal, bajo la "cantinela" de la capacidad de comprender la ilicitud de un acto y de determinarse de acuerdo con esa comprensión, resulta imperioso recurrir a las fuentes mismas de la evolución del concepto de imputabilidad, que le atribuyen un contenido síquico, psicológico y sociocultural, para desentrañar si en un caso concreto hubo o no esa capacidad de comprensión y de volición. Fuentes que precisamente estudiaron, casi al margen del desarrollo jurídico, los motivos de la conducta humana, que son los estudios antropológicos, clínicos, psicológicos y psiquiátricos, ayudados de la técnica moderna de los electros, rayos x, y

el más moderno escanógrafo, que hacen imposible desatenderlas. Claro entonces que evita así toda la pesadumbre del juez de derecho que examinaba, cuál más, cuál menos, quién de los juristas de fama le llevaba un convencimiento racional de un obrar libre. O de una anomalía que pudiera entender "grave" como lo quería la ley, o una alienación mental. Es insufrible la consulta de la abundante literatura en los campos de la psicología con sus variadas escuelas y de la psiquiatría. Cree la Sala, que una de las ventajas de la reforma que tiene que dar o empezar a dar sus frutos, es precisamente la que desliga al juez de textos más o menos famosos como famosos puedan ser los autores, transitorias famas que se ven opacar gracias unas veces a los adelantos y otras al poco mérito, y lo obligan a la práctica cuidadosa de los más rigurosos exámenes de quien se sospecha pudo obrar por trastorno mental o sufra inmadurez psicológica. Los grados, clasificación y efectos en los campos del conocer y del querer, en fin, todo ello debe ser materia de los peritos, a quienes no se les van a aceptar obviamente, sin discriminación, sus dictámenes, experticios y pruebas que van a buscar campos diferentes con los elementos propios de cada profesión todo aquello que contribuya a la convicción legal de que se ha encontrado una o varias causas de inimputabilidad, o ninguna, y por ende el procesado debe tener en cada caso un trato diferente. No es pues para contentarse con un diagnóstico solo, con un concepto de un psicólogo hecho de carrera, sin confrontaciones, sin conocerse la historia del procesado, aún lo relativo al nacimiento (aplicación de forceps, traumas), a los años de colegio; sus relaciones; dificultades de adaptación a la escuela; etc., porque ello implicaría seguir bajo los dictados del viejo Código y demostraría, claro está, que se continúa desconociendo la doctrina moderna de la imputabilidad. Se seguiría en el torturante camino de escoger, sin funda-

mentos probatorios por deficiencia investigativa del campo de la personalidad del procesado, a veces adivinando, cuál anomalía, qué trastorno, o qué grado de inmadurez psicológica padecía el procesado al momento de delinquir. De suerte que son los jueces los llamados a actualizar las investigaciones penales y a salirse de los consabidos medios de prueba que se reducen ordinariamente a declaraciones sobre hechos que, vistos en su culminación, reflejan aspectos de la obra material, pero que alcanzan su verdadera significación cuando se estudia la personalidad del autor, que de una u otra forma también matiza su obra. De allí la necesidad de recurrir oficiosamente a los psicólogos, a los psiquiatras, a las pruebas técnicas, y velar porque el aspecto de la personalidad quede debida y claramente dilucidado, al igual que la sanidad mental o el grado de inmadurez psicológica, según el caso. Pues no debe perderse de vista que la imputabilidad es el presupuesto básico de la culpabilidad y por lo mismo, sin claridad sobre la primera, es inútil esfuerzo seguir adelante.

En este proceso precisamente la prueba, en el indicado aspecto del párrafo inmediato, cumple cabalmente con las indicaciones de la Sala y deja en claro que siendo cuestiones de mucha especialidad, deben por lo mismo confrontarse y debatirse. Dos encefalogramas, así uno de ellos se haya extraviado pero fue examinado por el perito, que muestran un daño cerebral, serían suficientes para reconocer en el proceso la base patogénica de la conducta delictiva. Sin embargo existen como refuerzo de esta prueba del morbo epiléptico: referencias a un trauma craneano en la niñez, como posible explicación a la lesión cerebral que refleja aquella prueba; trastornos graves de personalidad detectados por el psicólogo; igualmente un diagnóstico del psiquiatra que ayuda a entender y dar el valor correspondiente a los testimonios antes analizados y que adjudican al dr. Zuluaga una

actitud al momento de obrar, propia de un loco (lenguaje de los testigos), alguien que no se encontraba en estado de normalidad. Pues dicho dictamen que se advierte entre los folios 383 y 389, es tan completo como bien fundamentado. Para el perito psiquiatra, que lo es del Instituto Seccional de Medicina Legal de Medellín, Ministerio de Justicia, el procesado el día de los hechos: "Se encontraba con una embriaguez aguda voluntaria que precipitó una más de sus crisis complejas parciales (epilepsia sicomotora) con contenido paranoide que alteró su capacidad de conocer y de querer en el momento y dejó los resultados que no pudo prever en su conducta desorganizada y automática" (fl. 389). De tal suerte que no es preciso un minucioso trabajo de confrontación con las demás pruebas que se confluyen al mismo aspecto subjetivo de que antes se ocupó la Sala. Pues, más de un científico ha dicho en este proceso que el dr. Zuluaga padece de anomalía detectada por la prueba técnica, y que era insinuada ya por los profundos sondeos de su personalidad por parte del psicólogo y el psiquiatra. Son entonces requisitos mínimos pero suficientes, el hecho de la idoneidad de los peritos y la particularidad de tener un apoyo en los ECG que muestran con mucha posibilidad la base patogénica de la reacción que para los testigos era en el lenguaje de los no especializados un acto de locura, y para los expertos obra del automatismo síquico, en el que el autor no tenía capacidad de conocer ni de querer. Toda la prueba conviene a esta conclusión, y, por ende, el haber calificado el señor juez *a quo* al procesado como sujeto susceptible de medida de seguridad antes que de pena, lo hizo correctamente, pues de tal forma obedecía el trato que el art. 29 del Código Penal derogado (decr. 2300 de 1936), señalaba para tan especiales casos (subraya la Sala).

Sin dudas sobre el estado en que se encontraba el dr. Zuluaga al momento de consumir los hechos, identificadas las

causas, demostrado con prueba técnica (los ECG) que existe un daño cerebral; que la reacción violenta, inmotivada, primaria, se explica como una crisis epiléptica, precipitada por el alcohol; encontrados en la auscultación sobre la personalidad rasgos de personalidad explosiva y paranoide; igualmente hallados antecedentes que podrían tenerse como herenciales, unos, o por traumas de la niñez, otros, como la caída de una cabalgadura; todo lo cual hace evidente que no se está en presencia de un caso de inimputabilidad que provenga "exclusivamente" de un trastorno mental transitorio, ni que por lo mismo se tenga la seguridad de su no repetición, o, lo que es equivalente, de su desaparición. En otras palabras, que sea un trastorno mental transitorio, sin secuelas, que haga ver innecesarias las medidas de seguridad que convienen a los inimputables de este orden. Pero, no es ello así en el caso del procesado, pues tanto el psicólogo como el siquiatra advierten sobre los rasgos paranoides de su personalidad y sobre el morbo epiléptico. Hay pues una susceptibilidad biológica y rasgos de trastornos graves de la personalidad, que no se pueden asimilar al caso del delincuente normal que delinque bajo un estado de trastorno mental transitorio sin secuelas posteriores. En el subexamen quedan, indudablemente, por lo menos en estado latente, como morbo, el problema de la epilepsia sicomotora y la personalidad paranoide del procesado, que indudablemente aconsejan medidas terapéuticas, encaminadas a la curación, que es la política que informa las medidas de seguridad que cabe aplicar a los inimputables.

De conformidad con los dictámenes de los peritos; las declaraciones de los testigos presenciales de los hechos; los antecedentes hereditarios; el conocimiento de un trauma de la niñez como posible causa del daño cerebral que registra el ECG; los comportamientos de la personalidad explosiva y paranoide que se descubrió

en el auscultamiento profundo de la del procesado que había manifestado ya reacciones contra sus sobrinos, en la pesebrebra disparando inmotivadamente, etc., permiten concluir que la grave anomalía siquica a la que se asimiló la conducta del procesado en el calificadorio, equivalen en la nueva legislación penal, como bien lo manifiesta el señor colaborador fiscal, a la enfermedad mental transitoria contemplada en el art. 95 (decr. 100 de 1980), "pues el sindicado presenta un antecedente patológico que se estimula con la ingestión del licor, y de allí que la aplicación de esta reciente disposición le sea más favorable por razones obvias", conceptúa el señalado funcionario.

Con relación a la medida aplicable, en concepto que acoge la Sala, dice la Fiscalía: "Al confirmar la sentencia deberá imponérsele, como medida de seguridad de carácter principal, la internación en establecimiento siquiátrico o similar de orden oficial por un término mínimo de seis meses, y como accesoria la prohibición de consumir bebidas alcohólicas durante dos años, cuando menos, ya que así lo autoriza el art. 59 ibídem cuando la ingestión del licor ha sido factor del delito, como evidentemente ocurrió en el caso de autos.

"Pero en atención a que el doctor *Antonio María Zuluaga Restrepo* ha estado sometido a tratamiento siquiátrico, debe abonársele como parte cumplida de la medida el tiempo de la detención preventiva, conforme lo autoriza el art. 102 del nuevo Código Penal. Sin embargo, nada podrá resolverse ahora sobre su libertad por las razones expuestas en el proveído que precede".

Por cuanto la determinación de la medida de seguridad la hizo el señor juez *a quo* bajo los dictados de la legislación vigente para el momento de su decisión, se precisa aclarar que hoy por hoy aparece más acomodada a la situación del procesado lo que señala la Fiscalía tanto en su duración como en su naturaleza, pues

de un lado el nuevo Código suprimió la colonia agrícola especial, y, de otro, señala expresamente para los inimputables por enfermedad mental de carácter transitorio, internación en establecimiento siquiátrico (decr. 100 de 1980, art. 95). Es igualmente oportuna la accesoria de prohibición de consumir bebidas alcohólicas hasta por el término de dos años. La razón de esta accesoria estriba en que el alcohol, al cual tiene acentuada tendencia el dr. Zuluaga, obra en su siquismo como desencadenante de su morbo epiléptico, y, por ende, es aconsejable la abstención como complemento de las de orden terapéutico o curativo que señalan los expertos.

La libertad en estos casos, como ya se dijo en providencia emanada de esta misma Sala al resolver una petición del señor apoderado, es más fruto de una total recuperación debida a positiva respuesta del tratamiento siquiátrico, que al trascurso del tiempo. De allí que no se disponga por ahora la que demanda la defensa, entre otras cosas porque si bien existe un incidente que fue propuesto en ese orden, quedó de una parte trunca, y de otra, la prueba sobre la situación actual del dr. Zuluaga no estuvo ceñida en su adjunción al incidente, a los trámites del mismo. Fue, como puede observarse, arriada antes que fuera abierto y además, por no haberse agotado el incidente dentro del cual debía obrar, carecieron las partes de la capacidad procesal de la contradicción que debe distinguir todo debate probatorio.

Si se dijera que es pertinente hablar de favorabilidad en materia de medidas de seguridad, habría que aceptar que la nueva legislación debe constituir un adelanto, un progreso, pues como no se trata de sanciones, sino de procurar la curación y rehabilitación de un enfermo, mal podría sostenerse que la flexibilidad de las del nuevo Código, las oportunidades del juez para la sustitución, los diferentes establecimientos en que se puede cumplir la internación, etc., no casan con el concepto dicho. Se dijo que el factor tiem-

po ha sido señalado por la norma e incluso en término menor en su mínimo, pero también que por sí solo no juega un papel importante, pues es el proceso de mejoría o total recuperación de una enfermedad mental, así sea transitoria, lo que marca la pauta para las sustituciones de la internación, o para que, oído el concepto de perito, se revoque la medida sustitutiva o se declare judicialmente su extinción, también previo el dictamen del experto (decr. 100 de 1980, art. 100).

El cómputo de la detención preventiva como parte cumplida del mínimo de la medida de seguridad impuesta en definitiva viene a aclarar el rigor de la jurisprudencia contradictoria sobre la materia, que en veces consideraba que solo se podía entender que empezaba a descontarse el internamiento cuando se ejecutoria la sentencia que lo imponía. Hoy la nueva legislación, haciendo eco de situaciones particulares y especiales como es el haber estado sometido a tratamiento o régimen especial el procesado, permite el cómputo a efecto de tomar la detención preventiva como parte cumplida de la medida. Mas ello no quiere decir que tenga el alcance que le da la defensa porque, como —no huelga repetirlo— en definitiva es la rehabilitación completa y total del inimputable la que marca la sustitución o la cesación de la medida, y esta es materia asignada al juez de instancia, por obvias razones procesales a las que es ajena la reforma penal, cuya vigencia data del veintinueve de enero retropróximo, no es acertado sostener, entonces, que en el subestudio procede la "libertad inmediata", pues apenas se está revisando el fallo. Es que, tratándose de una medida de seguridad, ni siquiera el lapso de diez años que fija el art. 100 del Código Penal para declarar la extinción de esta, basta por sí solo; se precisa igualmente la colaboración del perito. Por lo tanto, sobre la materia que se comenta, la Sala se atiene a lo dicho en oportunidad ya señalada y reiterado en este fallo.

La obligación de resarcir los perjuicios a que se condenó en el fallo, no obstante que el nuevo estatuto penal propende por la condena en concreto, se confirmará en la forma genérica en que fue hecha, por las especiales circunstancias del tránsito legislativo que no se avienen propiamente a la anterior legislación.

En Sala de este mismo Tribunal, presidida por el magistrado doctor J. HÉCTOR JIMÉNEZ RODRÍGUEZ, se confirmó la condena *in genere*, con fundamento en los siguientes argumentos:

"A pesar de las clarísimas previsiones de los arts. 106 y 107 del Código Penal, encaminadas a evitar las condenas en abstracto, ordenamientos que los señores jueces y agentes del ministerio público deben desarrollar en el curso de las actuaciones procesales procurando la estimación de los perjuicios irrogados con el delito, la Sala llenará el silencio del fallo para imponer al reo, en abstracto, la obligación de resarcir el daño.

"En efecto, esos artículos parten de un supuesto: que no sea susceptible la valoración pecuniaria o no se pueda justipreciar el daño moral y material irrogado con el ilícito, de manera que si no obstante ser fácil o posible ese objetivo no se trae la prueba de la cuantía de los perjuicios, como sucede en muchos casos, la inactividad del juez o de los interesados en el resarcimiento no será protegida por el favor de aquellos textos.

"Es lo que ocurre en el *sub judice*, pues la norma vigente a la época (C. de P. P.,

art. 503), impedía la ordenación oficiosa de la prueba" (Sentencia de mayo 14 de 1981, magistrado ponente dr. J. HÉCTOR JIMÉNEZ RODRÍGUEZ).

Se confirmará, en consecuencia, la condena en abstracto a la indemnización de los daños, tal como lo contempla el fallo de instancia.

Por lo anotado, el Tribunal Superior de Medellín, Sala Penal de Decisión, oído el concepto de su colaborador fiscal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *confirma* el fallo de origen, fecha y contenido indicados, con las siguientes modificaciones: Primera: como medida de seguridad principal se aplicará al procesado la internación en establecimiento psiquiátrico o similar de carácter oficial, por el lapso de seis (6) meses como mínimo. Segunda: como accesoria a dicha medida, se impone la prohibición de consumir bebidas alcohólicas hasta por el término de dos (2) años.

No se accede, por las razones expuestas en la parte motiva, a la "libertad inmediata" del reo.

Discutido y aprobado por acta número 030 de la fecha.

Se *confirma* sentencia contra Antonio M. Zuluaga R. por el delito de homicidio, procedente del Juzgado 5° Superior.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

José Luis Gómez Pérez, José Saúl Gómez Piedrahita, J. Héctor Jiménez Rodríguez, Alberto García Quintero.

Juzgado Quinto Superior de Medellín

Dr. LEONEL CALDERÓN CADAVID

Diciembre 18 de 1980

Nota: Resulta de interés la transcripción de una parte de la sentencia de primera instancia, dada la manera juiciosa como fue avocada la problemática que se discutía, es decir, si el caso debía encajar en el art. 29 (como grave anomalía síquica) o en el art. 23 (como sugestión patológica).

IMPUTABILIDAD:

La atribuibilidad física de los resultados dañosos no confronta problema alguno. Las atestaciones vertidas por Carlos y Humberto Villada, Gustavo y Jesús Alberto Tejada, permiten descubrir fácilmente que Antonio María Zuluaga Restrepo fue el autor de los disparos que dejaron como consecuencia el deceso y lesionamiento descritos.

En este campo el problema se reduce a determinar la imputabilidad moral, esto es, a descifrar hasta qué punto el acusado estuvo en condiciones de comprender la naturaleza de su acción y de gobernarse de conformidad con tal comprensión.

A este respecto conservan vigencia los planteamientos expuestos en el procesatorio: Asiste toda la razón al señor apoderado cuando estima que en la conducta se dio una carencia del elemento síquico. La manera inmotivada como actuó el inculcado, la falta de dirección teleológica, la excitación sicomotriz y los procesos lagunar y depresivos subsiguientes, conforman un cuadro sintomatológico que bien permite hablar de "un estrechamiento del campo de la conciencia". Es dable afirmar que el inculcado no se hallaba en condiciones de comprender la naturaleza, alcance y consecuencias de su acto, y de determinarse libremente de acuerdo con esa inteligencia. No existe, en síntesis, imputabilidad.

Sobre ese comportamiento precipitado e imprevisto en el que estuvo ausente un proceso lógico explicativo de su aparición, informan todos los concurrentes; Gustavo y Alberto Tejada Restrepo, Carlos Alberto y Humberto Villada anotan cómo en los instantes previos los contertulios dialogaban amistosamente. No se presentó incidente, discusión o frase descompuesta que hiciera presagiar la exaltación agresiva.

En lo atañadero a los rasgos manifiestamente descompuestos exhibidos por el damnificado, resulta patética la descripción proporcionada por Humberto Villada y Gustavo Adolfo Tejada. "Y no saben lo que hacen, puntualiza el primero a fl. 76 fte., porque él se veía como si no supiera lo que estaba haciendo, no es que yo pueda asegurar que él no sabía lo que estaba haciendo, pero por los rasgos de la cara de él se veía sorprendido". Gustavo Adolfo por su parte, así lo describe a fl. 151 vto.: "Me parece él se paró pero no recuerdo si después de que hizo el primero o el segundo y él era como loco tirando para todas partes, los ojos brotados, como loco".

De otro lado, de la carencia de una proyección definida, de una finalidad específicamente anhelada como resultado, dan fe los mismos deponentes. El acusado, declaran, "accionó el arma de manera indiscriminada, sin que fuera detectable una intención

de afectar a alguien en particular". Cuando a fl. 58 Gustavo Adolfo dice que en medio de la borrachera el inculminado empezó a disparar contra él, debe entenderse que tal expresión no indica que fuera el blanco de la agresión. El mismo testigo anota: "fue sacando el revólver como un loco"; más bien quiere significar el testimoniante que, contingentemente, el primer impacto topó con su cuerpo.

A más de las afirmaciones vertidas por el acriminado, otras constancias procesales dan pie para pensar que en verdad se presentó la amnesia parcial.

No obstante que su vehículo habíalo dejado en la pesebrera, una vez ocurrido el fatal acontecimiento preguntaba por su ubicación (ver fl. 59 fte.).

Además, los agentes a quienes les correspondió observarle una vez hizo su presentación, refieren, amén del estado de aprensión y a la marcada depresión, a un aparente enlagueamiento. Es así como con dificultad logró precisar el sitio donde se desarrollaron los acontecimientos; indaga igualmente por la situación de su vehículo (cfr. fls. 19 fte. y vto., 22 fte. y ss., 24 vto. y 27 vto.).

Tan evidentes signos sirvieron para que tanto los legistas como los profesionales que extraproceso examinaron la conducta del inculminado, después de realizar otras escrutaciones sobre su constitución sicosomática, llegaran a establecer que había actuado sin voluntad, sin conocimiento, bajo un automatismo síquico. Por tanto, el comportamiento no debe resolverse atendiendo las directrices de lo que pudiéramos llamar una responsabilidad normal.

La entidad nosológica y su tratamiento jurídico. La sintomatología exhibida por Zuluaga Restrepo al momento de las ocurrencias, sus antecedentes familiares, su conformación sicosomática, conocida a través de las exploraciones que procesal y extraprocesalmente fueron realizadas, permiten concluir que la delincuencia se desarrolló dentro de una crisis epiléptica de tipo parcial precipitada por abundante ingestión alcohólica; además persistían otros desarreglos, como una personalidad explosiva y paranoide y una marcada adicción etílica.

De la afección epiléptica informan de manera por demás elocuente los ECG practicados al justiciable. Mediante este procedimiento técnico se logró detectar la existencia de ondas paroxísticas de curso lento, signo clínico que inequívocamente señala la existencia de un morbo comicial, valga decir de un daño cerebral.

El anterior indicativo se colaciona cabalmente con lo que narra a fl. 201 vto, el señor Luis Enrique Arbeláez Henao. Dice este que, a temprana edad, el doctor Zuluaga Restrepo sufrió un golpe en la cabeza que le tuvo privado del conocimiento por algún tiempo, y, con frecuencia, la epilepsia se relaciona con focos postraumáticos que corresponden generalmente a cicatrizaciones de las meninges, identificables electroencefalográficamente por la aparición de las citadas ondas lentas.

Esa potencialidad epiléptica unida a la ingestión etílica dio origen a una crisis parcial precipitada por el alcohol, crisis cuyas circunstancias son así descritas por VALLEJO NÁJERA:

"El alcohol es un tóxico epileptógeno. Los epilépticos no pueden probar el alcohol en ninguna de sus formas, pues les aumenta notoriamente la frecuencia de sus crisis. Probablemente muchos de los supuestos casos de «epilepsia alcohólica» son simplemente individuos con una epilepsia latente, con umbral convulsivógeno anormalmente bajo, pero sin manifestaciones clínicas, hasta que al hacerse bebedores de alcohol, por la potenciación de los ritmos eléctricos neuronales, hace que alcancen estos el umbral y aparezca la crisis" (JUAN ANTONIO VALLEJO NÁJERA, *Introducción a la psiquiatría*, 5ª ed., Ed. Científico-Médica, 1970, pág. 325).

Ahora bien, el despacho no les confiere a los trastornos cognoscitivos y volitivos propios de esa situación los alcances que pretende la defensa. Para que el trastorno mental transitorio sea susceptible de generar inculpabilidad, como bien lo anota GAITAN MAHECHA, "no debe dejar rastro alguno, ya que si aparece implantado sobre una enfermedad mental profunda y duradera debe aplicarse el art. 29 del C. P."

Por tanto, cuando el desarreglo, aunque pasajero, está fundado en un mal de carácter permanente que impide formular un pronóstico seguro sobre su irrepetibilidad, se impone una medida asegurativa. La defensa social orientadora de nuestra ya casi caduca legislación penal sustantiva reclama no solo la punición de los imputables; para los inimputables delincuentes que representan, en razón de su estructura síquica, un peligro para los asociados, se establecen aquellas disposiciones que buscan la readaptación mediante la remoción de la enfermedad que amenaza delincuencia anormal.

Es por ello por lo que si interesa conocer la patogénesis del fenómeno. Es menester no solo auscultar su etiología: deben analizarse también las consecuencias que el episodio inconsciente ha dejado en la sique del agente para formular así la evaluación adecuada respecto a la posible reiteración. En otras palabras, la disyuntiva entre aplicar una medida de seguridad o absolver por carencia de culpabilidad no se resuelve mediante el estudio aislado del fenómeno síquico: "Los efectos patológicos y las reacciones de corto circuito que se presentan en los anormales —escribe MARCO A. CASTRO REY— y determinan los actos socialmente peligrosos, se contemplan en el art. 29. Los efectos patológicos y las reacciones de corto circuito que se presentan en los normales no peligrosos, se contemplan en el art. 23, ord. 1º, en donde se equiparan estos estados a los de la sugestión patológica en el sentido de autosugestión patológica, como equivalente de «trastornos mentales pasajeros» que citan otras legislaciones con mayor propiedad".

En el caso *sub examine* es claro que los males que aquejan al inculminado reclaman un tratamiento que procure su curación y que a la vez busque remover el peligro social que ellos representan. Tanto la epilepsia como los trastornos de personalidad y la adicción etílica, ingredientes todos estos que contribuyeron al desencadenamiento del desarreglo anímico, constituyen una amenaza delincencial que es preciso alejar.

Existe otro argumento de incontestable vigor que sirve para sostener la necesidad de las medidas asegurativas. Es característica identificativa de los procesos anormales como el aquí analizado la de la repetibilidad cuando concurren los factores que en un momento dado lo originaron. Es por ello por lo que la foliatura nos enseña cómo en oportunidades anteriores al hecho criminoso, bajo el efecto de la servidumbre etílica, el justiciado había incurrido ya en comportamientos inmotivados de contenido altamente agresivo en los cuales el efecto lacunar subsecuente y las características mismas de la conducta habían presagiado ya la existencia de preocupantes desarreglos.

Es necesario, entonces, para individualizar la medida de seguridad aplicable, determinar, en términos siquiátricos, el fenómeno que se comenta. Mal puede hablarse en este caso de una intoxicación crónica de tipo alcohólico; esta acarrea trastornos mentales más o menos estables que se producen como consecuencia del uso inveterado y constante de sustancias etílicas; el acusado, aunque adicto, no padece este tipo de alteraciones. El alcohol, dada la aguda ingestión, sirvió de precipitante a la crisis epiléptica parcial.

Juzgado Quinto Superior (Medellín)

LA PROBLEMÁTICA DE LA TENTATIVA EN LOS SUJETOS INIMPUTABLES

También respecto de los inimputables se impone la averiguación del aspecto subjetivo del delito. El inimputable también obra con voluntariedad. Como mínimo, él quiere el resultado y hacia él se dirige aunque no alcance a comprender plenamente la contradicción con el derecho, o bien no pueda resistirse a impedirlo, pese a esa comprensión. Esto da pie para hablar, respecto del actuar de los inimputables, del fenómeno de la tentativa, figura que supone indagaciones de carácter síquico.

Juez: Dr. LUIS ÁNGEL GALLO MONTOYA

Mayo 7 de 1982

VISTOS:

Procede el Despacho a calificar el mérito del presente sumario, instruido contra *Carlos Eduardo Rigolly Saldarriaga*, sindicado como autor de los delitos de tentativa de homicidio, hurto, violación de habitación ajena y contra la autonomía personal.

HECHOS:

El doce de diciembre de 1981, a eso de las once y media de la mañana en inmediaciones de la heladería "Cardenales", situada en la calle 96 con carrera 72, barrio Castilla, Rigolly Saldarriaga despojó a José Noé Quintero Moreno de un revólver, marca S&W, calibre 38 largo, no sin antes mediar entre ambos un violento forcejeo. Seguidamente y como Quintero Moreno saliera en persecución de su agresor, Rigolly Saldarriaga le disparó en dos oportunidades, logrando herirlo a nivel de la región inguinal y del

hombro derecho, luego de lo cual enculló a una transeúnte que ocasionalmente pasaba cerca al lugar de los acontecimientos. El sindicado, al verse asediado por algunas personas que indignadas trataban de poner término a su criminal actuación, buscó refugio en la residencia de Gabriel González Acosta, para luego evadirse de allí por la parte trasera, disparando contra de uno de sus perseguidores, abordando luego una buseta de servicio público, afiliada a "Transportes Castilla", obligando a su conductor a dirigirse al centro de la ciudad. Minutos después de iniciarse el forzoso viaje, ayudante y conductor de la buseta sumieron en la impotencia a Rigolly Saldarriaga y lo entregaron a la autoridad policiva, quien dio comienzo a la presente investigación.

TÓPICO PROBATORIO:

Importa destacar dos cosas en este proceso: primera, la competencia del despacho deriva de la comisión de los delitos

de tentativa de homicidio por parte de Carlos Rigolly Saldarriaga, quien a la postre habrá de ser considerado como inimputable. Segundo, la prueba recogida está asistida de las calidades de legalidad, abundancia y claridad, motivo por el cual se halla despejado el camino para emitir la calificación jurídica de rigor.

Hechas estas dos observaciones, diremos que el recuento de lo sucedido indica que el primer episodio delictivo protagonizado por el justiciable, fue el hurto del revólver que en la pretina del pantalón portaba José Noé Quintero Moreno, calificado en razón de la violencia ejercida por el acusado. Así se desprende de las deponencias juradas, espontáneas, verosímiles, coherentes y detalladas de Luis Fernando Quintero Cárdenas, Gloria Elcy Arango Castaño, quienes presenciaron el acontecer delictivo y la del propio afectado con el hecho (fls. 3, 15 vto., 19 vto., 31 fte., 33 fte. y vto., 5 fte., 10 vto., 21 fte.).

En su afán por recuperar el arma, José Noé emprendió la persecución del inculpinado Carlos Eduardo Rigolly Saldarriaga, quien le hizo frente y a corta distancia disparó contra su humanidad, ocasionándole dos lesiones, una en la región inguinal y otra en el biceps derecho, tomando luego como escudo a una dama que transitaba por allí, pues era seguido de cerca por Luis Fernando Quintero Cárdenas y José Luis Henao, quienes se movilizaban en una motocicleta, logrando zafarsele la inocente víctima, ante lo cual procuró salir del asedio y penetró arbitrariamente en el domicilio de Gabriel González Acosta, situado en la calle 97, distinguido con el número 71 A-13. Veamos lo que dice el ofendido con esta delincuencia en su declaración jurada: "cuando me paré en la puerta de la pieza donde estaba acostado, por ahí a dos o tres pasos de la puerta, vi a un hombre sentado adentro en el suelo, ya entre la casa y dando el frente para la calle, con la puerta ajustada y los pies ajustados, tratando de cuñar la puerta, ya que esta le que-

dó como a una cuarta de distancia de los pies" (fl. 47 vto.). Estas secuencias fueron narradas con lujo de detalles por los testigos Jorge Orlando Acosta, sobrino del anterior y quien estaba en la residencia, Luis Fernando Quintero y John Fredy Zapata Giraldo (fls. 48 vto., 3, 15 vto. y 50 fte.).

Desde el interior de la residencia atentó nuevamente contra la vida de uno de sus perseguidores, pues disparó el arma de fuego contra Luis Fernando Quintero, quien afortunadamente no recibió el impacto de frente, sino que le rozó la región torácica, produciéndole una leve herida, pero insistiendo en su ataque cuando salió de la residencia, sin lograr el objetivo perseguido. Al respecto, conviene hacer la transcripción de lo pertinente de la declaración del afectado: "...se nos encontró para una casa, entonces yo me asomé por la ventana y ahí fue cuando me hizo un disparo, me puso el revólver de lado, ya que yo me asomé por un ladito de la ventana y me disparó, la bala me pasó rozando el pecho, entonces cuando él hizo el disparo, al momentico salió y entonces nos volamos todos los que habían ahí y él detrás de mí disparando, pero como había tanta gente no me pudo dar..." (fl. 15 vto.).

Retirado de la morada de González Acosta, Rigolly Saldarriaga, revólver en mano, abordó una buseta de servicio público que cubría la ruta del barrio Castilla, cuando transitaba por la carrera 72, conducida por Luis Enrique Giraldo Zapata, a quien obligó a dirigirse por la misma vía en forma rápida, intimidándolo con el arma, pero siendo despojado de ella cuando le dio la espalda al tratar de disparar contra Luis Fernando Quintero, quien lo seguía en su motocicleta y entregado a los agentes del D.S.C. que minutos después pasaron por allí. Este hecho también se encuentra suficientemente acreditado con la deponencia del conductor, su ayudante Abel de Jesús Guzmán Patiño, Quintero Cárdenas y Flavio Soto

Rúa (fls. 17 vto., 35 vto., 15 vto. y 61 vto.), a quienes el Juzgado les reconoce el mayor crédito, por ser fiel trasunto de lo ocurrido y estar, de otro lado, confirmada la versión por los agentes oficiales que intervinieron posteriormente a petición de ellos, tal como se desprende del informe policivo y su ratificación (fls. 1 y 54 fte.).

Para el Juzgado, compartiendo el criterio del colaborador fiscal, la prueba aportada al expediente es diáfana, concreta y convincente como para estimar probados los hechos punibles que más adelante se especificarán, contándose, además, con el avalúo del arma de fuego, el cual asciende a la suma de veinticinco mil pesos (fl. 62 vto.).

Es de advertir que sobre la ocurrencia de estos hechos, el acusado, en sus distintas intervenciones procesales, ha señalado su amnesia total, sin rechazarlos o aceptarlos.

Inimputabilidad. Concepto y consecuencias. De acuerdo con la nueva estructura del delito en el Código Penal vigente, al definirlo como conducta típica, antijurídica y culpable (art. 2°), conviene establecer previamente si la imputabilidad es un presupuesto del hecho punible, si es un presupuesto de la acción, si es un presupuesto o elemento de la culpabilidad, o si es una capacidad de pena, para entrar a determinar la forma como deben responder los inimputables y la competencia para conocer de su conducta, en especial cuando el resultado puede ubicarse en uno u otro tipo delictivo, dada la necesidad de valorar el elemento subjetivo ínsito en la descripción de la conducta delictiva.

Para el Juzgado, después de un cuidadoso estudio del concepto que de inimputabilidad trae el art. 31 del Código vigente, relacionado con las disposiciones referentes a la definición del hecho punible, la acción y la culpabilidad, en especial la prohibición contenida al definir esta última, referida a la no responsabilidad objetiva (arts. 2°, 19, 5°), la imputabili-

dad, es capacidad de pena, siguiendo en este particular aspecto la tesis sostenida por el dr. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA (publicada en la Revista *Nuevo Foro Penal*, núms. 2 y 9, correspondientes al primer trimestre de los años 1979 y 1981, respectivamente), por las siguientes razones:

1ª) Tanto el imputable como el inimputable obran con conciencia y voluntad, resultando así con capacidad de acción, entendida como "la manifestación de voluntad dirigida a un determinado objetivo, resultado o meta" (Rev. *Estudios de Derecho*, Universidad de Antioquia, año XXXVII, segunda época; marzo-spbre./76, vol. XXXV, núms. 89-90). Se afirma que el inimputable obra con conciencia y voluntad porque, a pesar de la enfermedad mental o la inadurez psicológica, ubica un objetivo proceso mental y se dirige hacia el logro de ese objetivo-proceso de la voluntad; esto es, hay una fijación mental y hay una determinación de la voluntad hacia ese objetivo.

Ahora bien, al proceso cognoscitivo, consiste en una adecuación entre la mente y la realidad, pudiéndose afirmar que solo hay verdad cuando la idea coincide con el ser pensado. Puede haber discordancia por dos factores: por error o por insania mental; esto es, el hombre estima que el ser pensado es correcto y en verdad no coincide la imagen con el ser. En este caso se presentaría el error esencial. Podría también presentarse la discordancia entre la mente y la realidad, porque aquella está enferma y no puede captar el ser como él es. Aquí se presenta es una deficiencia de la facultad mental y no simplemente un error.

El proceso volitivo consiste en la libertad de dirigirse a un fin, captado por el intelecto. También pueden presentarse dos situaciones: a) el individuo que es dirigido por otro que lo determina: la coacción, en cuyo caso no hay insania de la voluntad, sino una causal de justificación de la acción; b) cuando el hombre actúa

con voluntad enferma, su acción no es justificada, porque se trata de un inimputable. Por consiguiente, se es inimputable por una de dos razones: porque el intelecto está insano o porque la voluntad está enferma, pero nunca por la concurrencia de ambas deficiencias, porque no habría acción en el sentido jurídico del término y estaríamos en presencia de un ser que tendría un actuar meramente biológico, como también ocurre cuando falta la voluntad, en virtud de que no persigue una finalidad, fundamento de la conducta.

2ª) Porque el imputable y el inimputable tienen capacidad de culpabilidad, entendida esta como "atribución del acto a su autor, con la comprensión de su ilicitud", aunque en el primero se presenta esa comprensión de manera diáfana y en el segundo en forma deficiente, dada la alteración de la conciencia o la incapacidad de controlar la voluntad. En verdad, cuando un individuo realiza una conducta delictiva, producto de su trastorno mental, tiene un mínimo de voluntariedad, porque quiere el resultado y hacia él se dirige, aunque no alcance a comprender plenamente la contradicción con el derecho penal, o bien pueda resistirse a impedirlo, pese a su comprensión.

3ª) Porque si el inimputable no es capaz de actuar con culpabilidad, ¿cómo conciliar entonces la definición del "hecho punible", dada en el art. 2° y la prohibición contenida en el art. 5°, cuando dice: "queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva", si precisamente se trata de normas rectoras de la "ley penal colombiana"? En verdad, mal puede estimarse que el delito sea predicable con la integración de unos elementos para los imputables o sanos de mente y con la ausencia de uno de ellos —la culpabilidad— para los inimputables, con claro desconocimiento de las formas atenuadas de las infracciones, v. gr. la tentativa, la culpa y la preterintención, como también de las causales de exclusión de la culpabilidad, pues como acertadamen-

te señala el dr. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, en el estudio aludido: "no podemos excluir la culpabilidad sino donde la culpabilidad existe; donde no existe, ya está excluida" (*Nuevo Foro Penal*, núm. 2, primer trimestre de 1979, pág. 17), por manera que no sería posible la absolución de un inimputable por ninguna de las causales del art. 40 del C. P., lo que a todas luces resulta injusto. Es preciso establecer la forma culpable como actuó el sujeto inimputable, porque de ello depende la ubicación de su conducta en el tipo delictivo.

4ª) Si el inimputable no actúa con culpabilidad, no puede admitirse jurídicamente la existencia de una causal de justificación frente a su comportamiento "delictivo", porque este no es injusto.

5ª) Las sanciones aplicables a imputables e inimputables tienen como fundamento el delito; empero, para los primeros es reprochable en la medida en que, teniendo la capacidad de comprender la ilicitud y la manera de comportarse en forma diversa, actuaron de distinta manera; en cambio, para los segundos, demuestran una peligrosidad, dada la causa sicosomática que los llevó a la conducta delictual.

6ª) No puede admitirse la tesis sostenida por el profesor SERVIO TULLIO RUIZ, cuando afirma que "la imputabilidad es un presupuesto del delito" (Rev. *Nuevo Foro Penal*, núm. 9, primer trimestre de 1981, pág. 34), porque es tanto como sostener que los inimputables están por fuera de las previsiones del Código Penal, cuando es todo lo contrario, ya que nuestro sistema penal es binario, en cuanto comprende las penas y las medidas de seguridad, aplicables estas últimas precisamente a los inimputables que cometen "delitos", como responsables que son de ellos. Se advierte en el artículo citado la confusión mental del exponente, cuando identifica el delito con la pena, o sea la causa con su efecto.

El carácter de inimputable del acusado. Carlos Eduardo Rigolly Saldarriaga, fue catalogado como un individuo que ha permanecido en una situación de compromiso neurótico que lo llevó a actuación disociativa a partir de la lamentable enfermedad que padece su madre, en especial por la pérdida de una de sus piernas y la posible amputación de la otra, impidiéndole determinarse adecuadamente en la fecha de la ocurrencia de los sucesos delictivos señalados en el expediente, pues en su afán de "fuga sicológica", desde el día anterior se dedicó a la ingestión de bebidas embriagantes, sin que recuerde dónde pasó la noche y cómo transcurrió el día de los hechos. De acuerdo con el descriptivo dictamen siquiátrico y la laconica conclusión que dejó huérfana de la más leve explicación científica la ubicación de la conducta del justiciable y su carácter de trastorno siquico transitorio, bien puede estimarse como inimputable.

En verdad, teniendo presente el desarrollo de los sucesos delictivos y las afirmaciones de los testigos presenciales, como lo manifestado por el propio inculpado respecto de su conducta anterior, a partir de la enfermedad de su señora madre, el Juzgado entiende que efectivamente al momento de los hechos bien pudo estar en crisis su conciencia, "por la inadaptable de las exigencias de la vida y la falta de habilidad para lograr la adaptación, cuando se impone la realidad", como dijera JUNG (*Lecciones de psiquiatría*, de VALLEJO NAJERA, pág. 221), pues debe tenerse presente que la formación personal, desde su infancia, con un padre autoritario, sin afecto para su cónyuge y sus hijos y en actitud hostil, llevaron al inculpado a conformar un apego ilimitado hacia su madre, produciéndose una trasfencia sicológica en los sufrimientos, aumentados por las dificultades económicas para un oportuno y eficaz tratamiento. Por ello, conviene hacer algunas trascripciones referentes al comporta-

miento del acriminado en la mañana de los eventos ilícitos:

"...y temblaba con ella —se refiere al arma— y respiraba como ahogándose, como si estuviera cansado y abría los ojos y la boca y esos ojos grandes brotados rojos... Para mí ese tipo que yo ví, tenía que haber tenido alguna cosa, tenía una mirada muy fea, yo creo que estaba borracho, pero no le sentí olor a trago, además estaba siempre retirado de él y ese tipo lo que estuvo en mi casa no hablaba nada, no dijo una palabra, para mí tenía que tener alguna cosa, para mí en sano juicio no estaba..." (declaración de Gabriel González Acosta, fls. 47 vto. -48 fte.).

"...No le sentí olor a aguardiente, era como todo sonso, o enmarihuano, eso por el estado en que se encontraba, en la forma que se encontraba él no estaba en sus cabales (deponencia de Luis Enrique Giraldo Zapata, fl. 18 fte.).

Las anteriores versiones provienen de personas que de manera directa tuvieron conocimiento de los sucesos protagonizados por el inculpado Rigolly Saldarriaga.

El justiciable responderá de los hechos punibles como inimputable, por padecer, al momento de su comisión, un trastorno mental serio y transitorio, que exige un tratamiento siquiátrico, puesto que su comportamiento obedeció a la tensión sicológica producida por los padecimientos físicos de su señora madre, demostrando así una carencia de dependencia emocional respecto de ella y mostrando agresividad, como respuesta a su situación de angustia y a su inmaduro desarrollo de la personalidad (C. P., art. 31).

Calificación jurídica. Cuando el inculpado, mediante violencia física, se apoderó del revólver perteneciente al señor José Noé Quintero Moreno, cometió el delito de hurto calificado, contemplado y reprimido en el Código Penal, libro II, título XIV, capítulo 1º, art. 349, con la circunstancia calificante descrita en el número 1º del art. 350.

La violencia desplegada por Rigolly Saldarriaga, su decisión para conservar el arma, el empleo de la misma al dispararla varias veces contra la humanidad de su propietario, señor Quintero Moreno, a corta distancia y las lesiones causadas, permiten concluir que su comportamiento bien puede adecuarse a una tentativa de homicidio. En verdad, cabe destacar que el justiciable prestó servicio militar, donde seguramente aprendió a manejar las armas y a conocer su poder destructor, en especial cuando se dirige a la región torácica, pues al accionar el revólver, no lo dirigió al aire, sino precisamente contra su perseguidor, de frente, a corta distancia y en dirección al pecho y luego al estómago, impactándolo en las regiones referidas. Destácase, al efecto, lo informado por el testigo Luis Fernando Quintero: "...yo hasta creí que le había dado en la cabeza y dije que lo mató y José Noé solamente fue lesionado, aun cuando tal y como sucedió el hecho, poco faltó para que fuese ultimado..." (fl. 16 fte.).

Por tanto, pese a que el evento estuvo rodeado de actos idóneos e inequívocamente dirigidos a quitarle la vida a Quintero Moreno, no se produjo debido a imponderables derivados de la mala puntería y la alteración motriz del victimario, que en manera alguna desvirtúan la tentativa de homicidio.

De la misma manera, diremos que se configura una tentativa de homicidio en los hechos que vincularon a Luis Fernando Quintero Cárdenas y al sindicado, cuando este, apostado en la residencia de Gabriel González Acosta, le disparó a Quintero Cárdenas, hiriéndolo, incluso, aunque en forma leve, gracias a la situación en que se hallaba. Tampoco se presentó en este sitio dificultad alguna para el acriminado respecto de la distancia que lo separaba de la víctima, solo la suerte del afectado permitió que no perdiera la vida como consecuencia de los disparos dirigidos en su contra a corta distancia

y con arma de idoneidad indiscutible.

Estos ilícitos están definidos y sancionados en el libro II, título XIII, capítulo 1º, art. 323, en concordancia con los arts. 22 y 26 del Código Penal, si se tiene presente que se trata de un concurso material homogéneo.

Obligar a alguien a hacer algo contra su voluntad, es ni más ni menos que un evidente atentado contra la autonomía personal. Cuando Rigolly Saldarriaga tomó por el cuello a una dama (no fue posible identificarla) y la obligó a permanecer en su compañía, a fin de utilizarla como escudo y poder liberarse de sus perseguidores (fl. 15 vto.), infringió el tipo penal que describe el "constreñimiento ilegal". Igual cosa sucedió cuando, luego de salir de la casa de González Acosta, abordó una buseta de servicio público y obligó a su conductor Luis Enrique Giraldo Zapata a que lo sacase del sitio de los hechos. Recuerdese que allí, revólver en mano, originó el desconcierto y sembró el pánico, destacándose que quien obedeció su orden lo hizo bajo la amenaza del arma de fuego exhibida por el sindicado.

Otra de las infracciones cometidas por Rigolly Saldarriaga, fue la de violación de habitación ajena, por cuanto en forma arbitraria penetró al domicilio de Gabriel González Acosta, con el objeto de refugiarse allí y eludir la persecución de que era objeto. Esta delincuencia se encuentra tipificada en el Código Penal, libro II, título X, capítulo 4º, art. 284.

En resumen, se abrirá juicio penal contra Carlos Eduardo Rigolly Saldarriaga, como presunto autor responsable de los siguientes delitos: hurto agravado, tentativa de homicidio, constreñimiento ilegal y violación de habitación ajena, descritos específicamente en acápite anterior.

Las ilicitudes anteriores concurren materialmente y por disposición legal se califican y se fallarán en un mismo proceso, dada la conexidad consecucional o subsiguiente entre ellas (arts. 26 del Código Penal, 168 del Código de Procedimiento Penal).

FILIACIÓN:

Carlos Eduardo Rigolly Saldarriaga, dijo ser hijo de Isidro y Carlina, natural y vecino de esta ciudad, nacido el 17 de agosto de 1953, alfabeto, albañil, soltero y sin más identidad conocida.

Por lo anteriormente expuesto, el Juzgado Quinto Superior, de acuerdo con el fiscal colaborador, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

RESUELVE:

Por el trámite ordinario, sin intervención del jurado de conciencia, llámase a responder en juicio penal a Carlos Eduardo Rigolly Saldarriaga, como autor de

los delitos de tentativa de homicidio, hurto, constreñimiento ilegal y violación de habitación ajena, definidos y sancionados en el Código Penal, libro II, títulos XIII, XIV y X, capítulos 1º, 3º y 4º, respectivamente, en concordancia con el art. 26 de la misma obra, en las circunstancias temporoespaciales y modales descritas en la parte motiva de esta providencia y en perjuicio de las personas señaladas antes.

Al momento de la notificación de este proveído, hágasele saber al procesado el derecho que lo asiste de nombrar un defensor para la causa y que de no hacerlo oportunamente, se lo designará de oficio el Juzgado.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

El juez, Luis Ángel Gallo Montoya, El secretario, fdo. Luis Arbeláez Hoyos.

Comentario

LA PROBLEMÁTICA DE LA INIMPUTABILIDAD EN LA VIEJA Y EN LA NUEVA JURISPRUDENCIA

NÓDIER AGUDELO BETANCUR

Profesor de derecho penal en la Universidad de Antioquia

I. INTRODUCCIÓN

La importancia de las anteriores decisiones reside en el cambio que se produce en la concepción del concepto de imputabilidad en nuestra jurisprudencia. En efecto, de una concepción de imputabilidad que se identificaba con el concepto de responsabilidad propia de la escuela positivista, se llega a una idea de imputabilidad en íntima relación con la culpabilidad, propia de la moderna concepción dogmática del delito. Asimismo, se le llega a concebir como un fenómeno derivado; problematiza sobre la estructura del delito con respecto a los sujetos inimputables; y sobre el reconocimiento de las causales de justificación e inculpabilidad para tales sujetos; se esboza el concepto de trastorno mental transitorio que amerita medidas de seguridad y de trastorno mental transitorio sin secuelas, que no da lugar ni a penas ni a medidas de seguridad.

El presente comentario tiene como objetivo señalar, así sea a grandes rasgos, la trayectoria de nuestra jurisprudencia en el campo de la inimputabilidad, los fundamentos de su concepción en relación con las corrientes clásica y positivista en el derecho penal y señalar así los alcances y proyecciones de la nueva jurisprudencia.

II. NECESIDAD DE UN REPLANTEAMIENTO CONCEPTUAL Y TERMINOLÓGICO

A mi manera de ver, parte de las inmensas dificultades que existen para comprender y solucionar los problemas relacionados con la imputabilidad en la teoría del delito radica precisamente en la confusión terminológica que existe. Por mi parte, pienso que tales dificultades solo comenzarán a solucionarse en la medida en que se retomen las ideas originarias desde su fuente y se replanteen los problemas, lo cual exige, primero, una depuración de los términos operacionales que se utilizan como vehículos para transmitir el pensamiento que sobre la materia se tenga.

Convencido de lo anterior, me parece que vale la pena recorrer las líneas de pensamiento de las denominadas "escuela clásica" y "escuela positivista" en esta materia, de la mano de sus dos principales epígonos, FRANCESCO CARRA-

RA y ENRICO FERRI, para luego adentrarnos en un breve análisis de las decisiones publicadas.

III. LA IMPUTABILIDAD COMO ATRIBUIBILIDAD EN LAS ESCUELAS CLÁSICA Y POSITIVISTA

1. Escuela clásica

1.1. *Diferenciación de conceptos en Carrara.* Este autor distingue entre *imputar*, *imputabilidad* e *imputación*. A la palabra *imputar* le daba el significado de "poner una cosa cualquiera en la cuenta de alguien"; por *imputabilidad* entendía "el juicio que hacemos de un hecho futuro previsto como meramente posible"; finalmente decía, "*imputación* es el juicio de un hecho ocurrido"¹.

Siguiendo el criterio de dicho tratadista, resulta un error asimilar los términos anteriores, lo cual es bastante corriente al exponer su pensamiento. Y aquí existe algo importante para reparar: la imputabilidad, según CARRARA, no es una característica o cualidad del sujeto: es un juicio.

1.2. *Imputabilidad e imputación morales, e imputabilidad e imputación social y civil.* Dependiendo de que el juicio que atribuye la responsabilidad al agente por el hecho tenga en cuenta el nexo natural entre el hecho y la moralidad del agente, o, por el contrario, tenga en cuenta las relaciones externas del hombre, CARRARA dice que el predicado de la imputabilidad o imputación cambiará, y se hablará entonces de imputabilidad e imputación morales o de imputabilidad social o imputación civil².

1.2.1. *Imputabilidad e imputación morales.* La imputación y la imputabilidad morales, como requisito esencial de su existencia exigen que el hombre, que fue causa material, haya sido también causa moral. CARRARA dice: "Le imputamos moralmente al hombre un hecho del cual fue causa moral, tanto si su acto es indiferente, como si es bueno o si es malvado"³. La imputación moral implica que el hombre ha obrado con voluntad inteligente.

1.2.2. *Imputabilidad social.* "Surge cuando se declara que del acto previsto será responsable su autor ante la sociedad. Este juicio se define: un acto práctico de la autoridad, mediante el cual, previendo la posibilidad de una acción humana, la declara imputable como delito a su autor, por razones de conveniencia social"⁴.

El juicio de imputabilidad social corresponde al legislador. Empero, la autoridad legislativa no puede obrar arbitrariamente en el acto de acriminar, ya que existen reglas absolutas de las cuales el legislador no se puede apartar so pena de tornarse injusto y tirano. Así, para que la autoridad social pueda

declarar que una acción es imputable a un sujeto, deben concurrir los siguientes requisitos:

a) Que le sea imputable moralmente: a nadie se puede pedir cuenta de un hecho del cual solo ha sido causa física, no así causa moral⁵. El hecho debe cometerse con voluntad inteligente y libre.

b) La acción, para ser imputada como delito a quien la cometa, debe poderse imputar como acto reprochable: el legislador no puede acriminar un acto, aun cometido con voluntad inteligente y libre "cuando ese acto haya sido prescrito por una ley superior". "La ley criminal no debe ser en sus preceptos, una repetición de la ley moral y religiosa", pero tampoco puede ir en contra de estas leyes⁶.

c) La acción debe ser dañosa a la sociedad. La sociedad civil tiene como fundamento la necesidad; la autoridad civil tiene como fin la defensa del orden externo y no es función suya "conseguir el perfeccionamiento interno". Ahora bien: la defensa del derecho exige la punición solo de los actos externos y no la de los actos internos con los cuales, solos, no se puede violar el derecho ajeno. La punición debe ser el último medio al cual acuda la autoridad civil para conminar determinadas conductas y tal autoridad no puede confundir el ilícito civil con el ilícito penal⁷.

d) La ley que prohíbe una conducta debe estar promulgada: "a nadie puede atribuirse la voluntad de violar una ley que no existe o que no conoce"⁸.

Cabe destacar, según lo visto hasta ahora, que el ser imputable se refiere a la "acción humana" y no al sujeto que la realiza. En este sentido se referirá a la "acción... declarada por la ley socialmente imputable"⁹.

1.2.3. *Imputación civil.* Esta nace cuando se declara en concreto que determinado individuo es responsable ante la sociedad del hecho sucedido. "Este juicio se define: un acto práctico de mera jurisdicción del Estado, mediante el cual se interpreta la ley promulgada según los cánones jurisprudenciales, y se juzga un hecho según los criterios lógicos, para declarar que ante aquella ley alguien es el autor responsable de ese hecho"¹⁰.

El juicio de imputación civil corresponde hacerlo al juez. Ahora bien: "el juicio mediante el cual el juez imputa civilmente a un ciudadano una acción, que ya fue declarada por la ley socialmente imputable, es el resultado de tres juicios diversos. El juez encuentra en aquel individuo la causa material del acto y le dice: *tú lo hiciste*: imputación física. Comprueba que aquel individuo realizó ese acto con voluntad inteligente, y le dice: *tú lo hiciste voluntariamente*: imputación moral. Encuentra que aquel hecho estaba prohibido por la ley: *tú obraste contra la ley*: imputación legal. Y solo después que tenga

⁵ CARRARA, ob. cit., pág. 37, §§ 11 y 12.

⁶ CARRARA, ob. cit., págs. 37 y 38, §§ 11 y 12.

⁷ CARRARA, ob. cit., págs. 37 y 38, §§ 11, 13 y 17.

⁸ CARRARA, ob. cit., págs. 37 y 41, §§ 11 y 19.

⁹ CARRARA, ob. cit., pág. 36, § 8.

¹⁰ CARRARA, ob. cit., págs. 35 y 36, § 6.

¹ FRANCESCO CARRARA, *Programa de derecho criminal*, t. 1, Bogotá, Edit. Temis, 1978, pág. 34, § 2.

² CARRARA, *Programa*, t. y ed. cits., pág. 34, § 3.

³ CARRARA, *Programa*, ed. cits., págs. 34 y 35, § 4.

⁴ FRANCESCO CARRARA, *Programa*, t. y ed. cits., pág. 35, § 5. En nota dice que "declarar políticamente imputable una acción y acriminarla significa lo mismo".

el resultado de estas tres proposiciones, podrá el juez decirle al ciudadano: te imputo este hecho como delito”¹¹.

1.3. *La imputabilidad como atribubilidad en concepto de Carrara.* Creo que los términos *imputar, imputabilidad e imputación*, equivalen a los de *atribuir, atribubilidad y atribución* en la obra de CARRARA, ya se acompañen tales términos al predicado *moral* o al predicado *social* o *civil*. En efecto, imputar sería cargar, achacar o *atribuir* una acción o hecho a un sujeto; la imputabilidad o atribubilidad sería la posibilidad de atribuir una acción o hecho a un sujeto, en relación con lo cual se hablaría de atribución o atribubilidad *moral* cuando existiera nexo moral entre acción o hecho y autor, y de *atribubilidad social* o *atribución civil* cuando la acción esté consagrada como delito y el juez pueda hacer los tres juicios de que se ha hablado: de atribución física, moral y legal.

El juicio de responsabilidad penal, según CARRARA, supone primero que todo que la ley penal haya establecido la calidad de criminal para determinada acción y le haya asignado en abstracto o de manera *general*, una pena como consecuencia de su realización; supone que el juez le pueda atribuir en *concreto* la acción físicamente al sujeto y, además, que pueda predicar en ella voluntad inteligente y libre por parte del sujeto.

En CARRARA el ser “imputable” se predica del delito en abstracto o del hecho en concreto, pero no del sujeto que lo pueda llegar a realizar o lo realice. Así, en la definición del delito aparece, entre otras características, la de que sea “*moralmente imputable* y socialmente dañoso”¹², que es como decir, “*moralmente atribuible*” o achacable. Pero aquí “*moralmente imputable*” es igual a “*moralmente responsable*”. En efecto, dice: “*nadie puede ser políticamente responsable de un acto del cual no sea responsable moralmente*”¹³. O sea que la autoridad civil no puede instaurar un hecho como delictuoso independientemente de su elemento moral, ni el juez puede declarar a nadie responsable ante la ley si previamente no ha comprobado el elemento moral del delito, vale decir, la voluntad inteligente y libre del sujeto en la acción que se juzga.

Así, entonces, solo es legalmente responsable, en grado de poder atribuirse una pena en concreto por parte del juez (imputación civil), quien obró con conciencia y voluntad libre, es decir, quien fue moralmente responsable.

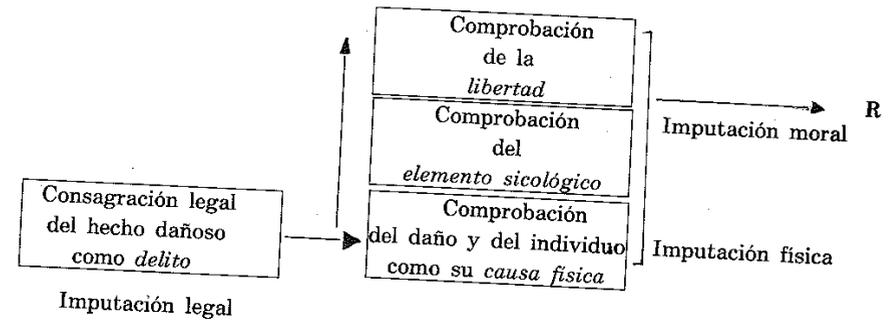
Frente a un hecho dañoso, frente a un sujeto que se juzga, y previamente determinado que el hecho se halla consagrado, en abstracto, legalmente como delito, según CARRARA habría varios niveles de atribución. Así, en primer lugar al sujeto se le atribuiría el hecho *físicamente*; luego, en un segundo nivel de atribución, vendría la averiguación de si en ese hecho existe *elemento psicológico*. Sin embargo, la actividad del juez no se detiene ahí y continúa indagando si en ese elemento psicológico, que implica conciencia y voluntad,

¹¹ CARRARA, ob. cit., pág. 36, § 8.

¹² CARRARA, ob. cit., pág. 43, § 21.

¹³ CARRARA, ob. cit., pág. 49, § 31.

se puede predicar la *libertad*: “Solo después que tenga el resultado de estas tres proposiciones, podrá el juez decirle al ciudadano: te imputo este hecho como delito”¹⁴, lo cual desemboca en responsabilidad. En el cuadro que sigue pueden verse esos distintos niveles de imputación:



Como puede observarse, el segundo nivel de atribución implica, a su vez, dos comprobaciones: el elemento psicológico y la *libertad* en el obrar.

Un poco más avanzado el *Programa*, encontramos quizá más claramente explicado el asunto poniendo de manifiesto la imprecisión y la confusión terminológica que ya entonces existía. Así, al hablar del estado de necesidad, decía que “la acción cometida en estado de necesidad siempre es imputable como hecho al agente, pero no es imputable como delito”¹⁵, y expresaba: “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 con los actos cometidos en estado de necesidad; y al decir que no son imputables, no han pretendido proclamar el error de que su autor no es responsable de tales actos, 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 delitos*. Si se aceptara la palabra *incriminables* como si designara la *imputabilidad relativa*, se podría decir que esos actos son *imputables*, pero no son *incriminables*, y sería la fórmula más exacta, porque la *no punibilidad* puede derivarse tanto de la *no incriminabilidad*, en cuanto el hecho no fue delito por haber sido ejecutado conforme al derecho (*jure*), como porque el hecho no es real-

¹⁴ CARRARA, ob. cit., pág. 36, § 8.

¹⁵ CARRARA, *Programa*, ed. cit., pág. 198, § 288 (con bastardillas en el texto).

mente imputable al agente, por haber sido producido por fuerza mayor o por caso fortuito”.

En resumen: si se me permite, podría decir que en CARRARA no son equivalentes los términos imputar, imputabilidad e imputación. La *imputabilidad* implica un juicio que se hace de un hecho futuro: ante la posibilidad de su realización se declara como achacable a quien lo realice: tal acto práctico corresponde hacerlo al legislador; la *imputación* es el acto concreto de atribuir una acción calificada como delito al sujeto que la realiza cuando se puede predicar una relación material entre él y el hecho y una relación moral que abarca dos facetas: el nexo psicológico y la libertad en el obrar. Este acto práctico corresponde hacerlo al juez.

En este pensamiento clásico, para efectos de la responsabilidad, no basta con el aspecto objetivo del daño. El elemento objetivo del daño es *necesario* para la existencia del delito pero no *suficiente*; también es *necesario* el aspecto subjetivo. En esas imputaciones escalonadas puede observarse una especie de *refinamiento* gradual, que va desde lo más burdo —el aspecto físico, pasando por la comprobación de un nexo psicológico—, hasta llegar al problema de la libertad. Solo entonces se dice que el sujeto es responsable penalmente, pues *solo quien es responsable moralmente es también penalmente responsable*.

El predicado de responsabilidad solo se hace respecto de los sujetos que obran con voluntad inteligente y libre. Los que no obran con esa voluntad inteligente y libre no son moralmente responsables y por consiguiente tampoco son responsables penalmente; y como la responsabilidad penal es un objetivo del derecho penal, el sujeto que no es responsable no interesa al derecho penal y sale de él. Va a ser otra corriente, la positivista, la que sostendrá posiciones antípodas: no es la *libertad* el fundamento de la responsabilidad sino el hecho de *vivir en sociedad*; y todos los sujetos, los libres en el sentido carrariano tanto como los que no lo son, deben quedar comprendidos *dentro* del derecho penal.

2. Escuela positivista

2.1. *El fundamento de la responsabilidad en la escuela positivista*. Estudiemos las ideas de la escuela positivista en este particular aspecto, de la mano de ENRICO FERRI, su máximo representante. Como se recuerda, la escuela clásica sigue un método deductivo según el cual se parte de unos postulados generales de los que se deducen conclusiones particulares. Así, el postulado del delito como *ente jurídico* y la *libertad moral* como fundamento de la responsabilidad. Por el contrario, la escuela positivista prohija el método positivo según el cual el criterio de lo verdadero, la medida de lo verdadero, son dados por lo empíricamente observable y comprobable.

FERRI negaría el libre albedrío por ser algo indemostrable¹⁶, y buscaría una base para el derecho penal evidente e inmutable, según sus palabras, “superior

¹⁶ ENRICO FERRI, *Sociología criminal*, t. II, Madrid, Centro Editorial Góngora, s. f., págs. 3 y ss.

a toda contienda o logomaquia de acusación y defensa”. La base de la responsabilidad penal sería el hecho de vivir en sociedad. “Viviendo en sociedad, el hombre recibe las ventajas de la protección y de la ayuda para el desenvolvimiento de la propia persona física, intelectual y moral. Por ello debe también sufrir las restricciones y sanciones correspondientes que aseguran aquel mínimo de disciplina social, sin el que no es posible ningún consorcio civil”¹⁷.

FERRI basó su sistema sobre el *principio de responsabilidad social o legal* cuyo tenor sería el siguiente: “el hombre es responsable siempre de todo acto que realice, solo porque y en tanto vive en sociedad”¹⁸.

Ahora bien: la sociedad es un organismo que, como requisito de supervivencia, necesita defenderse de quienes la atacan. Ella debe aprestarse a la defensa contra los daños que la turben, independientemente de que quien los ejecuta obre con o sin la pretendida libertad de que hablaban los clásicos. Ante la sociedad todo el que ejecute hechos dañosos “es siempre penalmente responsable, porque el acto es suyo, es decir, expresión de su personalidad, sean cualesquiera las condiciones físico-síquicas en las que ha deliberado y cometido el hecho”¹⁹.

La sociedad tiene una forma propia de reaccionar en relación con quien la daña: la sanción. Y la forma y medida de la sanción no se condiciona aquí a la *gravedad* del hecho o al fenómeno indemostrado del *libre albedrío*, sino a la mayor o menor potencia ofensiva del sujeto, a la mayor o menor readaptabilidad a la vida social²⁰.

FERRI no va a distinguir entre sujetos moralmente responsables (imputables), a quienes se podría atribuir el hecho y exigir responsabilidad por él, y sujetos moralmente irresponsables (inimputables), que serían por tanto penalmente irresponsables y saldrían del derecho penal. En aras de una defensa social más eficaz, distinguiría “a los autores de un hecho delictivo no en *imputables* o *inimputables*, sino solo en más o menos *peligrosos*, pero todos responsables frente a la sociedad y la ley”²¹.

¹⁷ ENRICO FERRI, *Principios de derecho criminal*, Madrid, Edit. Reus, 1933, pág. 225.

¹⁸ ENRICO FERRI, *Principios*, ed. cit., pág. 225.

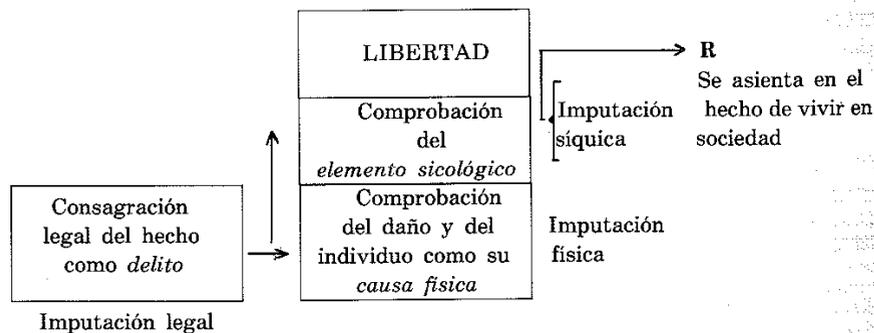
¹⁹ FERRI, *Principios*, ed. cit., pág. 225.

²⁰ FERRI, *Proyecto de Código Penal de 1921*, art. 20: “Dentro de los límites establecidos por la ley, la sanción se aplica al delincuente según su peligrosidad. El grado de peligrosidad se determina teniendo en cuenta la gravedad y modalidades del hecho delictivo, los motivos determinantes y la personalidad del delincuente”. Tal *Proyecto* puede verse en *Principios de derecho criminal*, ed. cit., págs. 559 y ss. Es de destacarse que en el artículo transcrito se exige la determinación de la pena entre un mínimo y un máximo: “dentro de los límites establecidos por la ley...”, lo cual aparece en este año de 1921 como una morigeración de las ideas positivistas en su concepción original. Así, puede leerse en los *Principios* que FERRI es partidario de la sanción indeterminada: “La pena, como *ultima ratio* de defensa social represiva no debe proporcionarse solo —y en medida fija— a la gravedad objetiva y jurídica del delito, sino que debe adaptarse también, y en primer término, a la *personalidad más o menos peligrosa del delincuente* con la segregación por tiempo indeterminado, esto es, hasta que el reo aparezca readaptado a la vida libre y honesta, de la misma manera que el enfermo entra en el hospital, no por un término de tiempo fijo de antemano —lo que sería absurdo—, sino hasta que se readapte a la vida ordinaria” (pág. 51).

²¹ ENRICO FERRI, *Principios*, ed. cit., pág. 222.

No hay pues sujetos inimputables en el sistema de FERRI: de la atribución del hecho en su aspecto físico y de la referibilidad síquica, se pasa a predicar la responsabilidad y la sanción que tanto puede ser una multa como una segregación, el destierro, la internación en una casa de custodia, o en un manicomio criminal, etc., según el tratamiento necesitado²², pero sin que exista una diferencia *cualitativa* entre las distintas clases de sanciones. No existe diferencia cualitativa entre las penas y las denominadas medidas de seguridad, ni en cuanto al *fundamento* ni en cuanto a la *función*: ambas tienen como fundamento la responsabilidad social o legal y ambas pretenden la readaptación social del sujeto, exterminar su peligrosidad²³.

2.2. *La imputabilidad como atribuibilidad en la escuela positiva.* A mi manera de ver, también en la escuela positivista la imputabilidad es *atribuibilidad*. En primer lugar se hace la imputación o atribución del acto o hecho al autor, o sea, se carga a la cuenta del sujeto (causalidad física). Después se asciende gradualmente hacia un segundo nivel de imputación: se hace la comprobación de la referibilidad síquica al sujeto. Empero, a diferencia de la escuela clásica, en la que se observan a su vez dos situaciones dentro de este segundo nivel de atribución moral (primero, que exista el nexo; y segundo, que exista libertad), la escuela positivista se contenta con esta primera situación dentro del *segundo nivel*: aquí la satisfacción se encuentra con una atribución menos refinada. No le importa seguir ese proceso de refinamiento en la averiguación de la libertad, pues esta no existe y sobre ella no puede fundamentarse el derecho penal. En el cuadro que sigue se resalta la suficiencia de la *imputación sicofísica*:



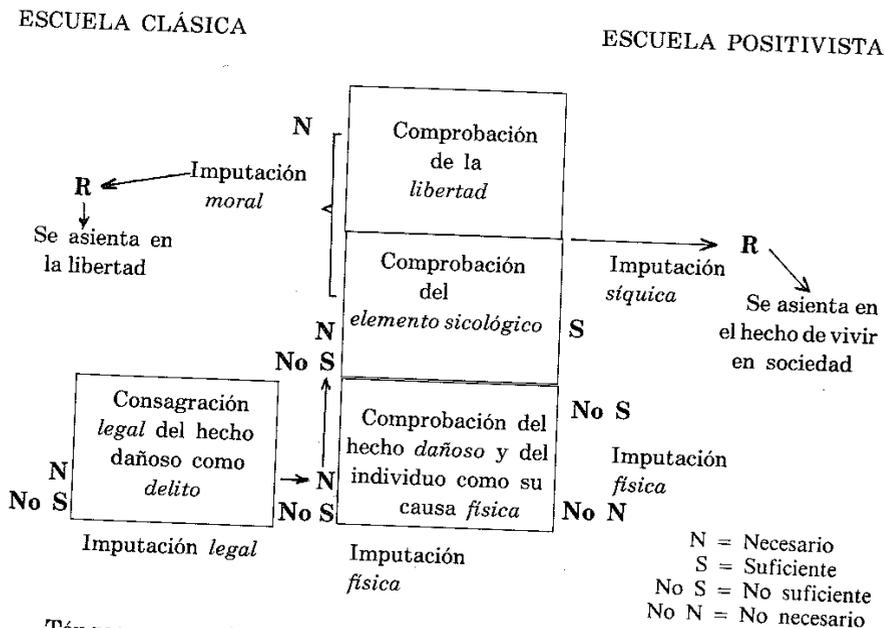
²² FERRI, *Principios*, ed. cit., págs. 747 y 748, en donde se leen los arts. 39 a 42 del Proyecto, que contemplan las diversas sanciones.

²³ O su temibilidad (*temibilità*) de la que hablaba GAROFALO definiéndola como "la perversidad constante y activa del delincuente; la cantidad del mal previsto que hay que temer por parte del mismo delincuente". (*La Criminología*, Madrid, Ed. La España Moderna, sin fecha, pág. 405).

Téngase presente que en la escuela positivista el "delito es, sobre todo, un síntoma revelador de una personalidad más o menos peligrosa, hacia la que debe dirigirse una defensa social adecuada"²⁴. Ahora bien: la manera de enfrentarse a esa peligrosidad es con la sanción, la cual no tiene una finalidad retributiva sino la de eliminar tal peligrosidad. Las penas y las medidas de seguridad no tendrían diferente función y naturaleza, sino que, por el contrario, tendrían un mismo fundamento y una misma finalidad. Que se aplique la pena o la medida de seguridad no depende de que el sujeto haya obrado con o sin la pretendida libertad en el obrar, de que hablan los clásicos, sino de la *necesidad* concreta de tratamiento.

3. Comparación de las escuelas

Veamos en un cuadro comparativo lo que viene tratándose respecto de las dos escuelas:



Téngase en cuenta que en ninguna de las escuelas se satisfacen las exigencias de la responsabilidad con la sola comprobación de la materialidad de la infracción o daños: es *necesario* el elemento subjetivo. Al menos en principio, ambas exigen el elemento *material* pero no se quedan ahí. Digo "al menos en principio" y esto necesita la siguiente explicación: también en la escuela positivista se exigió como punto de partida la existencia de una acción *exterior* del sujeto, lo cual constituía el elemento material. Lo que sucede es que esta acción no tenía que ser dañosa para que hubiera lugar a responsabilidad y

²⁴ FERRI, *Principios*, ed. cit., pág. 49.

podía ser suficiente para la responsabilidad la intención expresada de cometer el delito. Así, en el denominado delito imposible el sujeto realiza "la ejecución de un propósito criminoso, manifestando de esta suerte su propia peligrosidad criminal", dice FERRI. Y continúa: "es indudable, que primero la ley, y el juez después, atendiendo a las circunstancias reales y personales del hecho, deben establecer una sanción represiva para toda ejecución material de un propósito delictuoso" (...)25.

Existe una radical diferencia entre las escuelas respecto de la exigencia del daño en el delito: *necesario* en la escuela clásica, no necesario en la positivista. Veamos qué pasa en cuanto al *aspecto subjetivo*: en ambas escuelas se exige el aspecto subjetivo. Este aspecto es *necesario* en ambas, pero sucede que mientras en la escuela clásica tal elemento *no es suficiente*, en la escuela positivista sí puede ser *suficiente*: ya se ha visto otra diferencia respecto de este elemento subjetivo: en la escuela clásica el elemento subjetivo o moral del delito no consiste solo en el mero nexo síquico entre el sujeto y el hecho: es necesaria la comprobación de la libertad. En cambio en la escuela positivista se satisfacen las exigencias de la averiguación del elemento subjetivo con la averiguación de la *referencia síquica*, o *nexo síquico*, después de la comprobación de la atribución física: por eso se habla a cada instante de *nexo sicofísico*.

En resumen: en la escuela clásica el daño es necesario pero no suficiente; también es *necesario* el elemento *subjetivo*; en la escuela positiva el elemento *subjetivo* es *necesario* y puede ser *suficiente*. Por eso de la escuela clásica se dice que es una corriente *objetivista*: no en cuanto que baste el solo elemento objetivo para la punición sino en cuanto tal elemento es *necesario*, no concebiéndose el delito sin él. El hecho de que en tal corriente el elemento *subjetivo* también sea necesario, da motivo para que se diga que en ella también impera el subjetivismo o es culpabilista26, aunque no para fundamentar por sí sola la punición. De la escuela positivista se dice que es una corriente *subjetivista* en cuanto a la concepción del delito en la medida en que en ella el daño no es indispensable para que exista la responsabilidad. Ella extremó el subjetivismo hasta el punto de que puede ser suficiente el elemento subjetivo si en él se refleja alguna peligrosidad del agente. Véase el cuadro siguiente:

	E. Clásica	E. Positivista
Daño	Necesario <i>No suficiente</i>	No necesario <i>No suficiente</i>
Elemento subjetivo	<i>Necesario</i> No suficiente	<i>Necesario</i> Suficiente

IV. LAS CUESTIONES ANTERIORES EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA

1. La cuestión en el Código Penal de 1936

Durante casi cuarenta años se tuvo en Colombia la cantinela de que el Código Penal de 1936 era un Código positivista. Y, en realidad, dados sus antecedentes era natural que lo fuera, pero nunca en la medida en que se pensó. Hubo una gran influencia de la escuela positivista, pero había allí innegablemente ideas de la escuela clásica. Tomemos solo el aspecto que nos interesa:

1.1. El art. 11 decía: "*Todo el que cometa una infracción prevista en la ley penal será responsable, salvo los casos expresamente exceptuados en este Código*" (subrayado fuera del texto). Aquí está consagrado el principio de la responsabilidad legal27. Este artículo significaba que frente a la ley penal colombiana, salvo los casos de justificación e inculpabilidad, *todos* los sujetos resultaban responsables, independientemente de que hubieran realizado el hecho en condiciones de normalidad o de anormalidad. Desde este punto de vista, todos serían *imputables*, es decir, a todos les sería *atribuible* el hecho.

1.2. De haber aceptado de manera absoluta las ideas positivistas, se hubieran negado las penas fijas y la medida de la pena hubiera sido la peligrosidad. Sin embargo, el art. 36 decía: "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". El señalar límite es idea clásica; la peligrosidad y la personalidad, serían apenas factores que servirían en la dosimetría de la pena, pero no su fundamento mismo. Por lo demás, en la Parte especial se ordenaban los delitos según el bien o interés jurídico protegido y se asignaba la sanción de acuerdo con la gravedad del delito.

25 FERRI. *Principios*, ed. cit., pág. 509. En el art. 16 consagra FERRI el delito imposible como delito.

26 Así lo ha destacado FERNANDO MEZA MORALES, quien resalta el sentido liberal del "objetivismo" carrariano así: "El pensamiento clásico, que es culpabilista porque exige para la punibilidad del hecho su constante psicológica, hace depender sin embargo la existencia del delito de su manifestación externa. Allí donde solo existe un pensamiento, una personalidad malvada quizá, pero ningún peligro o daño objetivamente verificable, no puede conminarse ni manifestarse el poder coercitivo del Estado. Esta tendencia recoge, incuestionablemente, la tradición según la cual la norma jurídica es una regulación de la conducta externa, a diferencia de la regulación moral que se dirige a lo más íntimo del individuo". "*¿Derecho penal de culpabilidad?*" en *Revista Temas de Derecho Penal*, número 14, Medellín, Señal Editora, pág. 24.

27 Principio discutido y plenamente aceptado en las actas de la Comisión de 1936. Así se puede leer allí: "El mismo dr. LOZANO cree que en todos los miembros de la Comisión hay un criterio homogéneo sobre el particular y que todos aceptan como criterios básicos del proyecto que se está elaborando la defensa social y la peligrosidad del delincuente como también la responsabilidad legal, sin hacer distinciones en cuanto normales y anormales". *Trabajos preparatorios del nuevo Código Penal*, t. 1, Bogotá, Imprenta Nacional, 1938, pág. 50. En lo sucesivo se citarán como *Actas de la Comisión redactora del Código Penal de 1936*.

1.3. El querer del dr. CARLOS LOZANO, consecuente con la idea positivista, era el de que no se hiciera diferencia entre penas y medidas de seguridad: ambas serían formas de reaccionar del Estado, que por lo mismo no tendrían diferencias cualitativas. Así decía CARLOS LOZANO Y LOZANO: "No hay diferencia entre las reacciones sociales denominadas sanciones, aunque desde el punto de vista de su modalidad es claro que son diversos los tratamientos que se adopten"²⁸.

Sin embargo, esta tesis no triunfó en el aspecto formal²⁹. Y en el título II del libro I del Código, de las *sanciones*, aparece un capítulo I: De las *penas*, y un capítulo II: *Medidas de seguridad*.

Desde luego que la inclusión de los inimputables dentro del marco del derecho penal sí implica una consagración de la idea positivista así como la asignación de la medida de seguridad por parte del juez que, por lo demás, tenía en la escuela positivista una *finalidad garantista*³⁰. También significa la aceptación de las ideas positivistas en esta materia, el hecho de que tales medidas de seguridad fueran indeterminadas, al menos en cuanto a su duración máxima.

2. La inimputabilidad como atribuibilidad en el Código Penal de 1936

Acorde con el principio de la *responsabilidad legal* se afirmaba de manera corriente que en el Código Penal de 1936 no había sujetos *inimputables*. ¿Era esto correcto? Todo depende de lo que se quisiese significar: si se quería significar que frente al Código Penal todos los sujetos que realizaran un hecho tenido en la ley como delito quedaban sometidos a una sanción, es decir, eran responsables legalmente, la afirmación resultaba cierta. A todos los sujetos se les *atribuía* el hecho y por él debían quedar sometidos a una sanción coercitiva.

²⁸ CARLOS LOZANO Y LOZANO, *Actas*, pág. 163. Y a página 167 dice con la misma claridad: "un sistema legislativo que adopte la responsabilidad legal y el criterio de la peligrosidad no puede establecer sino medidas de seguridad, llamadas en esa forma o denominadas sanciones. La aceptación de las medidas de seguridad, separadas de las penas, fue una transacción de las escuelas, aceptada por no dejar impotente al Estado contra los individuos que según la escuela clásica eran considerados moralmente irresponsables. De tal manera que tales medidas implicaban un progreso en el derecho penal, pero no respondían a la lógica estricta de una escuela si ellas se van a aplicar solamente a los anormales y se dejan las penas para los normales. La lógica exige que tanto a unos como a otros se apliquen sanciones o medidas de seguridad sin entrar en distinciones". También el dr. ESCALLÓN dice que el hecho de que se hable de penas y medidas de seguridad "no implica que se trata de dos clases de sanciones de diversa naturaleza..." (*Actas*, pág. 163).

²⁹ El dr. PARMENIO CÁRDENAS se opuso firmemente a la tesis de LOZANO y de ESCALLÓN, diciendo que "las sanciones propiamente dichas se aplican a las personas que gozan de normalidad, y las medidas de seguridad a las personas que no son normales" (*Actas*, pág. 163). Y a página 168 dice: "si yo admitiera el principio sustantivo de que es lo mismo un delincuente normal que uno anormal, aceptaría también integralmente el principio de que son exactamente iguales las penas y las medidas de seguridad y considero que la diferencia entre las medidas de seguridad y las penas, contenidas en dos capítulos, no se opone al principio de la responsabilidad legal".

³⁰ FERRI manifestaba que "una vez excluida toda idea de retribución de la culpa moral en el delito, las medidas de seguridad poseen la misma función y naturaleza que las penas", y "se sustraen las llamadas medidas de seguridad al arbitrio del poder administrativo para someterlas a las garantías jurisdiccionales como toda otra forma de sanción" (*Principios de derecho criminal*, pág. 575. Véase su misma opinión también a pág. 661).

Sin embargo, teniendo en cuenta que se distinguía a quienes habían obrado en estado de enajenación mental, grave anomalía síquica o intoxicación crónica (art. 29) para aplicarles una medida de seguridad con una finalidad protectora para la sociedad y (al menos en teoría) curativa para el sujeto, se podía decir que estos sujetos eran *inimputables*, en el sentido carrariano: respecto de ellos se hacía la imputación *física*, se averiguaba el nexo síquico y su no libertad en el obrar. Pero en vez de ser "no responsables" como en la escuela clásica y de salir del derecho penal, eran declarados responsables y quedaban comprendidos por el derecho penal. Al contrario, los que delinquieran sin encontrarse en las circunstancias de los arts. 29 o 23 (causales de inculpabilidad), o 25 (justificación), eran declarados responsables y se los sometía a una pena.

En resumen, todos los sujetos eran *imputables* en cuanto a todos se les *atribuía el hecho y la responsabilidad* por él: sometimiento a una medida coercitiva. En este sentido había identificación entre imputabilidad y responsabilidad.

Desde el punto de vista de la diferenciación que hacía el Código entre las penas y las medidas de seguridad, con referencia a las *penas* podía decirse que los sujetos del art. 29 eran *inimputables* (no pasibles de atribución de penas) e *imputables*, a quienes sí se sometía a penas.

3. La problemática de la escuela clásica y la positivista en materia de inimputabilidad y el Código Penal colombiano de 1980

Voy a enunciar solo a grandes líneas lo que pienso sobre el particular:

3.1. En el nuevo Código Penal no puede decirse que son *inimputables* todos aquellos sujetos que por no haber tenido la capacidad de comprender y/o determinarse al momento del hecho *son sometidos a una medida de seguridad*. El binomio: *inimputable* = medida de seguridad, no es válido en este Código.

En efecto: la ley dice que a los *inimputables* se los someterá a una medida de seguridad. Sin embargo, en el art. 33, segunda parte, se afirma que si la *inimputabilidad* proviniere de trastorno mental transitorio, "cuando el agente no quedare con perturbaciones mentales", "no habrá lugar a la imposición de medidas de seguridad". Esto quiere decir que a cierta especie de *inimputables* no se los somete ni a penas ni a medidas de seguridad. De manera que el binomio mencionado, *inimputabilidad* = medidas de seguridad, no alcanza plenitud en todos los casos de *inimputabilidad* previstos en el Código.

¿Qué es lo que sí es común a todos los casos de *inimputabilidad*? De una parte, el no haber tenido al momento del hecho capacidad de comprender y/o determinarse, y, de otra, *la no imposición de penas*. 'No pena', si es algo que se plenifica en todos los casos de *inimputabilidad*.

Desde el anterior punto de vista, en cuanto a la definición básica de *inimputabilidad*, nos encontramos frente a un concepto clásico de esta. Con la afirmación de que existen sujetos *inimputables* para el derecho penal, se estaría chocando con la idea positivista que expresa que no hay sujetos *inimputables*.

3.2. Al decir la ley que los sujetos *inimputables* serán sometidos a medidas de seguridad, el Código se ubica dentro del marco de la escuela positivista. En efecto: recuérdese que para esta escuela los *inimputables* quedan compren-

didados dentro del derecho penal, mientras que según la escuela clásica, los imputables salen del derecho penal y quedan en manos de la autoridad administrativa. Téngase en cuenta, además, que en Colombia la medida de seguridad tiene un carácter jurisdiccional ya que es el juez, mediante proceso judicial, quien la impone.

3.3. En el nuevo Código Penal, a pesar de que tanto las penas como las medidas de seguridad son sanciones³¹, ellas tienen distinto sentido. En efecto, ambas son formas de reaccionar del Estado contra hechos dañosos (participan de la misma esencia, según la escuela positivista); sin embargo, se aplican con sentidos diferentes: la pena tiene una función "retributiva, preventiva y resocializadora"; en cambio la medida de seguridad persigue fines "de curación, tutela y rehabilitación". El fundamento de las sanciones es en parte clásico y en parte positivista. La finalidad también participa de las ideas de ambas escuelas. Véase el art. 12 del Código Penal.

V. LA PROBLEMÁTICA DE LA IMPUTABILIDAD EN LA JURISPRUDENCIA

1. Algunas representativas decisiones de la Corte Suprema de Justicia durante la vigencia del Código Penal de 1936

a) *Casación del 26 de junio de 1946*. "Para la escuela clásica, la imputabilidad moral, basada en el criterio del libre albedrío, constituye el fundamento de la responsabilidad penal; por consiguiente, los anormales, no siendo sus actos producto de una voluntad libre y determinada, porque sus facultades volitivas e intelectuales se hallan alteradas, no son responsables ante la ley penal.

"De acuerdo con este sistema, el hecho que entraña una violación de la ley penal solo es imputable a su autor cuando se produce como resultado de una voluntad consciente y libre, lo que equivale a decir que la persona que ejecuta u omite un hecho que ante la ley penal constituye delito, solo es responsable mediante la condición de que comprenda el mal que hace y de que al producirlo obre deliberadamente. Esto lleva a la conclusión de que siendo la voluntad y la libertad atributos de la persona normal, solo esta es responsable de las infracciones de la ley penal, quedando excluidas de toda responsabilidad las personas que no proceden con libertad y conocimiento en la ejecución de sus actos, o sea, los anormales.

"Este fue el criterio que informó nuestro Código Penal de 1890, cuando al definir el delito decía que es «la voluntaria y maliciosa violación de la ley, por la cual se incurre en alguna pena».

"La escuela positiva reemplazó el criterio de la imputabilidad moral o del libre albedrío como fundamento de la responsabilidad penal, por el de la imputabilidad sicofísica como norma de la responsabilidad social-legal, y estableció como base de la represión penal la teoría de la defensa social.

³¹ El fundamento de esta afirmación no es dado aquí por no ser el objeto de este trabajo, lo cual espero hacer en artículo futuro.

"Según esta doctrina, toda persona que con su acto u omisión infrinja la ley penal es responsable, cualesquiera que sean las condiciones sicofísicas dentro de las cuales se hubiera producido el hecho antisocial, y el deber del Estado es el de ejercer la función represiva como medida de defensa social. Si quien viola la ley penal es un anormal, este es socialmente responsable; pero el criterio de la responsabilidad social se complementa con el de la peligrosidad del delincuente, para efecto de imponer la sanción. Solo quedan excluidos de responsabilidad los hechos que aparecen justificados o exceptuados por la ley.

"O sea que cada hombre, por el hecho de vivir en sociedad y de tener, por lo tanto, todas las ventajas, las protecciones y las garantías del consorcio civil «debe responder a la sociedad de su modo de obrar (responsabilidad social) cuando ofenda en los otros hombres o en la colectividad las condiciones de existencia y los derechos que de ellas proceden, es decir, tenga una forma de actividad que sea inferior a aquel minimum de disciplina social, variable de época a época, pero sin el cual no es posible la convivencia humana» (ENRICO FERRI, *Exposición de motivos del proyecto de Código Penal para el reino de Italia*, 1921).

"Nuestro Código Penal, siguiendo los principios predominantes de la escuela positiva, adoptó en su elaboración las ideas consignadas en el proyecto de Código italiano de 1921, y estableció, en el art. 11 de la ley 95 de 1936, el criterio de la responsabilidad social-legal para todas las personas que infrinjan la ley penal, cualesquiera que sean las condiciones en las cuales delincan.

"El artículo citado no da una definición de lo que se entiende por delito, pero sienta las bases de la imputabilidad legal, para determinar en un momento dado quiénes son responsables por infracciones de la ley penal. Y dentro de este criterio de la responsabilidad social-legal quedan comprendidos todos los hechos antisociales, tanto de las personas normales como de las anormales. Por esto, la Comisión redactora del Código Penal, en la exposición de motivos dijo:

"«Guiada la Comisión por los principios que informan la doctrina de la defensa social, como los únicos que pueden procurar una eficaz represión de la delincuencia, ha adoptado el de la actividad sicofísica como base de la imputabilidad penal, y ha considerado en consecuencia que no hay razón alguna para que se excluyan de una sanción represiva adecuada los actos de los locos, los anormales, los intoxicados, los menores, etc., que en su condición de seres peligrosos para la sociedad deben también estar sometidos a la acción del Código Penal, de la misma manera que los normales o sanos de mente. De ahí las disposiciones que establecen la responsabilidad legal de todo individuo que comete un acto antisocial, calificado como delito y cualesquiera que sean las condiciones síquicas en que se encuentre».

"Las medidas de seguridad son, pues, *sistemas defensivos* que el Estado aplica como sanciones para los anormales o menores de edad que infrinjan la ley penal, con el objeto de separarlos de la vida social, hacerlos inofensivos y someterlos a un tratamiento adecuado para conseguir su curación, y por este medio, su readaptación a la sociedad. Desde este punto de vista las

medidas de seguridad son una forma de sanciones establecidas en la ley penal, y no se aplican por razón del elemento intencional que pueda animar los actos antisociales de los sujetos pasivos de ellas, sino en referencia a su consideración personal, en virtud de la cual se han revelado como peligrosos para la sociedad.

"Por esto, se dijo: «Entre penas y medidas de seguridad puede haber una diferencia cuantitativa, pero que en el fondo equivale a un mismo concepto, o sea el de medidas de preservación y de seguridad social que deben figurar en el Código Penal» (Trabajos preparatorios. Acta núm. 19 de la Comisión). (Casación de 26 de junio de 1946, "G. J.", t. LXI, núms. 2042-44, pág. 791)³².

b) Casación del 31 de julio de 1946 (LXI, 160). "Todo el que cometa una infracción de la ley penal es responsable, bien se trate de sujetos normales o anormales, cualesquiera sean sus condiciones personales y las objetivas que hayan rodeado el hecho. El concepto de responsabilidad moral que prevalecía en el C. P. derogado desapareció por completo de la nueva ley. De consiguiente, la responsabilidad se predica de todo el que infrinja la ley penal. La única diferencia que se establece se relaciona con las consecuencias, pues si el sujeto es normal ha de sufrir la condenación a una pena, si es anormal será sometido a la medida de seguridad que individualmente parezca adaptable a su personalidad. Las penas y las medidas de seguridad tienen un denominador común que es la defensa de la sociedad y que constituyen el medio de lucha contra el delito más directo porque obran una vez que se haya manifestado la peligrosidad del sujeto criminal"³³.

c) Casación de octubre 14 de 1980. "Sin entrar en disquisiciones sobre el sitio que ha de ocupar la imputabilidad dentro de la estructura del delito, pero considerándola como capacidad de comprensión de la antijuridicidad de la propia conducta y de autodeterminación con fundamento en dicha comprensión y reconociendo, consecuentemente, que es inimputable la persona que habiendo realizado comportamiento típico y antijurídico no es capaz de comprender su ilicitud o de determinarse conforme a tal comprensión por causas jurídicamente reconocidas, síguese que este fenómeno es por tal modo trascendental en la teoría del delito que sin él no es posible predicar culpabilidad en el agente y que, por lo mismo, constituyendo aspecto esencial del hecho punible, no se le puede tener como mera circunstancia"³⁴.

En las casaciones a) y b) puede verse de manera clara la influencia de las ideas positivistas: la imputabilidad sicofísica es la norma de la responsabilidad penal; si quien viola la ley penal es un anormal, este es esencialmente responsable; el hombre es responsable por el hecho de vivir en sociedad; no

³² Esta jurisprudencia la he tomado de *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia*, de AGUSTÍN GÓMEZ PRADA, Bogotá, Editorial Litografía Colombia, S. A., 1947, vol. II, págs. 371 a 373.

³³ Esta casación la he tomado de *Código Penal y de Procedimiento Penal*, de JORGE ORTEGA TORRES, Bogotá, Edit. Temis, 1967, pág. 21.

³⁴ Esta casación puede verse en Revista *Nuevo Foro Penal*, número 9, Medellín, Ed. Acosta, 1981, págs. 115 a 127. La cita que hago es de la pág. 119.

hay diferencias cualitativas entre penas y medidas de seguridad: ambas sanciones son "sistemas defensivos"; todos los sujetos que infrinjan la ley son penalmente responsables, etc. No existe inimputabilidad para la jurisprudencia, pues todos son responsables. La imputabilidad como atribuibilidad de una sanción, sea pena o medida de seguridad, es clara en las decisiones.

Otra cosa sucede con la casación del literal c). Tal jurisprudencia tiene fecha 14 de octubre de 1980; sin embargo, el asunto se ventila y la decisión se toma teniendo como referencia el Código Penal de 1936. Como puede verse, la conceptualización de esta jurisprudencia está muy lejos de las otras precedentemente trascritas. Así, se dice que es "capacidad de comprensión de la antijuridicidad de la propia conducta y de autodeterminación con fundamento en dicha comprensión" y se refiere a la "grave anomalía síquica" contemplada en el art. 29 del Código Penal "como factor de inimputabilidad". Lo que significa hablar de imputables (los que están por fuera del art. 29) y los inimputables (comprendidos en dicho artículo).

Así las cosas, la idea anterior, en el sentido de que frente al Código Penal de 1936 todos los sujetos eran imputables, había desaparecido. Desde luego, se seguía sosteniendo la imputación a los sujetos del art. 29 de una medida de seguridad, pero, repárese bien, es la imputación o atribución de una sanción, en tanto que existe una responsabilidad legal para ellos. Hablar de imputabilidad y de pena para los sujetos que obran con "capacidad de comprensión de la antijuridicidad y de autodeterminación", es emplear casi la misma terminología de CARRARA cuando exigía para la existencia del delito la constancia del "elemento moral" consistente en la "voluntad inteligente". Existe una cierta modificación en la terminología, pero el concepto se me hace igual³⁵.

³⁵ Sea esta la oportunidad para manifestarme, así sea brevemente, en desacuerdo con la Honorable Corte Suprema de Justicia al pronunciarse sobre el asunto debatido: si el jurado de conciencia puede o no pronunciarse sobre la inimputabilidad del sujeto. Partiendo de la base de que el fenómeno de la imputabilidad es tan trascendental en la teoría del delito que "sin él no es posible predicar culpabilidad en el agente y que, por lo mismo, constituyendo aspecto esencial del hecho punible, no se le puede tener como mera circunstancia", así como de lo dispuesto por el art. 535 del C. de P. P., que dice que los jurados contestarán con un sí o un no; pero, además, podrán expresar que "el hecho se ha cometido con circunstancias diversas a las expresadas en el respectivo cuestionario", deduce la Corte que el jurado de conciencia solo puede pronunciarse sobre las circunstancias específicas, atenuantes o agravantes y no sobre la imputabilidad, que, según la Corte, no es circunstancia.

Me parece que la Honorable Corte parte de un error: el de considerar que nuestra ley sustantiva y adjetiva cuando se refiere a las circunstancias lo hace técnicamente. Sin embargo, esto no es así. En efecto, tomemos el concepto de circunstancias con el cual razona la Corte: "en el plano juridicopenal es circunstancia aquel aspecto modal, temporal, espacial o personal que contribuya a la descripción de un tipo legal; si él se integra a la conducta legalmente descrita, dará lugar a un tipo circunstanciado de naturaleza básica o especial, como las maniobras engañosas en la estafa o la violencia en la violación sexual; y si se menciona separadamente para atenuar o agravar la sanción imponible, no afecta la estructura del tipo al cual se refiere; solo tendrá efectos punitivos y conforma figuras accesorias o subordinadas porque carecen de vida jurídica autónoma" (subrayo). (Véase la jurisprudencia en *Nuevo Foro Penal*, pág. 118). Circunstancia, como su nombre lo dice, proviene de *circum* y *stare*, lo cual significa "estar alrededor de". ¿De qué? De algo principal. Referido el concepto al delito, circunstancia es lo que no corresponde a la estructura del mismo, para decirlo con palabras de la misma Corte, lo que "no afecta a la estructura del tipo al cual se refiere"; lo que por ser contingente puede darse o no darse. Así las cosas, "la

2. Las nuevas decisiones jurisprudenciales

Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, el análisis del contenido de las decisiones publicadas no resultará difícil.

En ellas se destacan los siguientes aspectos:

2.1. *El concepto de imputabilidad.* Tomemos el concepto según la Corte Suprema de Justicia: "capacidad de conocimiento y comprensión que en el momento de la realización del hecho típico tiene el agente sobre la antijuridicidad de su acción u omisión y la de autorregularse de conformidad con esa comprensión".

En verdad, este concepto de imputabilidad, formulado teniendo como mira el Código Penal de 1980, en nada difiere del concepto dado en la última decisión de la Corte, citada conforme al Código Penal de 1936³⁶. Según esto, el concepto de *imputabilidad*, como capacidad de comprender y de determinarse, antecedente indispensable de la pena y referido a sujetos "normales", sería el mismo en los dos códigos.

De otra parte, repárese en los dos elementos implicados en el fenómeno de la imputabilidad: *intelectivo* uno (capacidad de conocimiento y comprensión), *volitivo* el otro (capacidad de autorregularse). Pues bien: la Corte, al referirse párrafos más adelante al fenómeno de la imputabilidad, remite la perturbación del elemento intelectual a la incapacidad de "*conocer y comprender su antijuridicidad*". Y es que en esto consiste la imputabilidad: no en la capacidad de comprender la realización del *hecho*, sino en la incapacidad de comprender la "ilicitud" o "antijuridicidad" de este: el megalómano que mata al hombre público en la creencia de que es un tirano y él, en su delirio, piensa que es el redentor de la sociedad; así, el sujeto sabe que mata, es decir, tiene conciencia del hecho, mas no por eso se puede predicar de él la

violencia" o las "maniobras engañosas" no son circunstancias de la violencia carnal o de la estafa, pues son elementos estructurales y no meros fenómenos accesorios.

Ahora bien: el art. 22 del Código Penal de 1936 decía: "Las *circunstancias* materiales que agraven o atenúen el hecho, *aunque modifiquen la denominación del delito*, solo se tendrán en cuenta para quien, conociéndolas, prestó su concurso" (subrayo). Y el Código Penal de 1980 dice en su art. 25 que "Las *circunstancias*... personales que disminuyan o *excluyan* la punibilidad solo se tendrán en cuenta respecto del copartícipe en quien concurren..." (subrayo). Como puede verse, la ley habla de *circunstancias que excluyen* la punibilidad y el art. 22 del C. P. de 1936 se refería a *circunstancias que podían cambiar* la "denominación del delito". Y si algo puede llegar a cambiar tal denominación o a excluir la punibilidad es porque ya no es tan contingente o accesorio, pasando a ser algo esencial o estructural. Insisto: lo que afecta lo fundamental de manera tan decisiva, ya no es circunstancia. Y si la ley se refiere a estos fenómenos como a "circunstancias" es porque no emplea tal palabra de manera técnica. Así las cosas, yo no veo claro el fundamento para sostener que el art. 535 si emplea la palabra "circunstancia" de manera técnica y que, en consecuencia, como la imputabilidad no lo es, a ella no pueda referirse el jurado. En fin, no es el objeto de este trabajo este delicado asunto, y valgan estas líneas con inquietud para quienes quieran discutir.

³⁶ Debe tenerse en cuenta que de las dos providencias de la Corte es ponente el dr. ALFONSO REYES ECHANDÍA.

imputabilidad. Él es inimputable pues no tiene conciencia de la antijuridicidad de su comportamiento. Y de la circunstancia de que sepa que ejecuta un hecho, lo premedite, busque la forma de disparar certero, se oculte antes o después de él, etc., no se puede deducir que estemos en presencia de un imputable. Esto ya lo había previsto el insuperable genio de CARRARA cuando, refiriéndose al Código Penal toscano, que conceptuaba como inimputable a quien no hubiese tenido conciencia de sus actos, decía: "tal vez sería mejor que dijera de la *maldad de sus actos*, porque el hombre puede tener conciencia de los *propios actos* en su aspecto puramente material sin tener conciencia de sus aspectos *morales y jurídicos*"³⁷.

2.2. *La inimputabilidad como elemento o presupuesto de la culpabilidad.* La Corte dice que la "condición personal" de inimputabilidad "le impide actuar con culpabilidad dolosa, culposa o preterintencional" al sujeto. No tercia la Corporación en la disputa de si la imputabilidad es *presupuesto o elemento* de la culpabilidad, pero de todos modos lo que sí queda claro es su criterio de que el fenómeno se ubica después de la *antijuridicidad* y lo exige como requisito *sine qua non* para la existencia de la culpabilidad. Sin imputabilidad no hay pena, lo cual depende a su vez de que tal fenómeno es requisito indispensable para la existencia de la culpabilidad, ante cuya ausencia la pena no puede existir. La Corte, al sostener que un sujeto, si es inimputable no puede obrar ni con dolo, ni con culpa ni con preterintención fenómenos solo predicables de los imputables, está sosteniendo una estructura no unitaria del delito para las dos clases de sujetos. O, si se quiere, solo parcialmente unitaria, hasta el fenómeno de la antijuridicidad inclusive, no aceptando que tal estructura sea idéntica hasta el fenómeno de la culpabilidad, como se sostuvo por parte de una corriente doctrinaria bajo la vigencia del Código Penal de 1936 y que es sostenida en la actualidad por el profesor JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA³⁸.

³⁷ FRANCESCO CARRARA, *Programa*, t. 1, pág. 184. Las bastardillas pertenecen al texto. El art. 34 del Código Penal toscano dice: "Las violaciones de la ley penal no serán imputables cuando el que las cometiere no haya tenido conciencia de sus actos, ni libertad de elección". Tal Código puede verse publicado en el tomo X del *Programa de derecho criminal*, de la Editorial Temis, ya citado.

³⁸ Así lo sostuvo el propio ponente, como doctrinante, hacia el año de 1963 en "Inimputabilidad y delito del autor", artículo publicado en la *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia*, vol. VI, número 3, 1963, pág. 396: "La culpabilidad implica necesariamente imputabilidad y este principio es válido en nuestro derecho". Y también había dicho JESÚS BERNAL PINZÓN en 1956: "En el Código Penal colombiano, la *imputabilidad*, entendida como modo de ser o estado del agente al momento de cometer el reato, funciona *como presupuesto para la pena*, en sentido estricto". "Imputabilidad, culpabilidad y responsabilidad", en *Cátedra Jurídica*, número 1, Bogotá, 1956, pág. 196. Asimismo FEDERICO ESTRADA VÉLEZ en su *Manual de derecho penal*, Medellín, 1972, pág. 343: "También los inimputables son capaces de dolo y de culpa". La tesis tenía como loable finalidad la de evitar la responsabilidad objetiva de los inimputables, y poderles reconocer las causales de justificación y de inculpabilidad. Si se sostenía que también los inimputables obraban con dolo y con culpa, en caso de una insuperable coacción ajena, por ejemplo, se diría que no había en él culpabilidad a título de dolo y por ende había que absolverlo. Era el rechazo de la tesis que sostenía con base en el art. 12 que los fenómenos del dolo y de la culpa solo se indagarían respecto de los sujetos no contemplados por el art.

2.3. *La posibilidad de las causales de justificación para los denominados "sujetos inimputables"*. Al referirse al aspecto intelectual de la imputabilidad, dice la Corte que este "primer aspecto del fenómeno dice relación al necesario conocimiento que el sujeto ha de tener de que está vulnerando con su propio comportamiento y *sin justificación* legítima el interés jurídico penalmente tutelado". Para que se llegue a discutir el problema de la imputabilidad o inimputabilidad es necesario, pues, que previamente se tenga la evidencia de que el sujeto ha obrado *sin justificación* alguna y que de ello tenga conciencia el sujeto. Si la causal de justificación existe se impone la absolución, independientemente del fenómeno de la imputabilidad. Se aparta pues la jurisprudencia actual de una línea doctrinaria que sostenía —comentando el Código Penal de 1936— que respecto de los denominados inimputables bastaba la sola comisión material del hecho para que se aplicara la medida de seguridad. Así, el dr. ÁNGEL MARTÍN VÁSQUEZ ABAD expresaba: "Para los delincuentes a quienes se refiere el artículo 29, apenas son precisas estas condiciones para que sean responsables penalmente: inimputabilidad material del hecho, y actividad sicofísica"³⁹.

La Corte exige respecto de los sujetos imputables algo más que la dañinidad *material* del hecho o acción: debe saber el sujeto que con su comportamiento "está vulnerando... sin justificación alguna el interés jurídicamente protegido..."; en caso de inimputabilidad, la presencia de la inmadurez o del trastorno

29. He dicho en otra parte (véase *Los inimputables frente a las causales de justificación e inculpabilidad*, Bogotá, Edit. Temis, 1982), que la tesis de la culpabilidad de los inimputables por parte de estos autores (el profesor REYES no la siguió más desde el año de 1976, cuando publicó la 4ª ed. de su *Derecho penal*, Edit. Universidad Externado de Colombia, Bogotá), al sostener que el problema de la imputabilidad o inimputabilidad solo interesaba a efectos de determinar la clase de sanción aplicable, comenzó a tener acogida en la práctica como forma de resolver concretos problemas.

Actualmente, el profesor JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA continúa esta línea doctrinaria en relación con el nuevo Código Penal: *Derecho penal fundamental*, Bogotá, Edit. Temis, 1982, págs. 313 y ss. El autor mencionado sostiene una estructura unitaria del delito para imputables e inimputables. Para ambos el delito es acción típica, antijurídica y culpable: también los inimputables son capaces de culpabilidad, al igual que los imputables. Solo que de culpabilidad habla en dos sentidos: culpabilidad *semiplena* o deficitaria para los inimputables, y una culpabilidad *plena*, con reprochabilidad, para los sujetos imputables. La culpabilidad de los inimputables habría que entenderla como nexo síquico, como referibilidad síquica, con lo que cabría hablar también respecto de ellos de causales de inculpabilidad. Así, un inimputable que es coaccionado no obraría culpablemente, y por tanto, si el delito es acción típica, antijurídica y culpable, tendría que ser absuelto. Por mi parte, he sostenido (*Los inimputables*, cit.) que no es necesario hablar de culpabilidad para llegar a tal conclusión: para que exista inimputabilidad debe el hecho ser un producto de la anomalía que origina la inimputabilidad. Si el hecho no es producto del trastorno mental o de la inmadurez, si estos fenómenos no se reflejan en el hecho, no se debe hablar de inimputabilidad. En el caso de la coacción, por ejemplo, de un trastornado mental o de un inmaduro, hay que absolver al sujeto; pero no es que, en el caso, se esté absolviendo a un *inimputable*, sino que simplemente no estamos en presencia de la discusión de la inimputabilidad, pues el hecho nada tiene que ver con la situación de inmadurez o trastorno mental.

³⁹ Véase a ÁNGEL MARTÍN VÁSQUEZ, *Tratado de derecho penal colombiano*, Medellín, Ediciones "Universidad Pontificia Bolivariana", 1948, pág. 151.

síquico le impide al sujeto darse cuenta que "está destruyendo, disminuyendo o poniendo en peligro determinado interés jurídico, típicamente protegido por fuera de las situaciones en que pudiera hacerlo lícitamente", según se lee en el fallo⁴⁰.

En la misma línea de la Corte, respecto del reconocimiento de las causales de justificación, es el pronunciamiento del Tribunal Superior de Cali, así como el reconocimiento de las causales de inculpabilidad.

2.4. *Reconocimiento de las causales de inculpabilidad respecto de los inimputables*. Como he dicho, de ello habla la decisión del Tribunal Superior de Cali, "aunque parezca un poco contradictorio", dice. Y manifiesta las razones de su opinión: si de los inimputables no puede predicarse la culpabilidad, "¿cómo podría pensarse que se reconozca en relación con un inimputable alguna de las causales de inculpabilidad?". En ello reside, al parecer, la aparente contradicción a la que alude el tribunal. Y a pesar de que no da argumentos para salir de la contradicción, de manera correcta y sin vacilaciones dice: "Si se demuestra ostensiblemente que el inimputable fue obligado a realizar una conducta típica, se le pudiera reconocer la causal de inculpabilidad de la insuperable coacción ajena; que, si el inimputable no obra sino que es obrado por las fuerzas de la naturaleza, o de otra de cualquier índole que haga imposible la aparición de su voluntad, y si a consecuencia de esa fuerza supravolitiva realiza conducta típica, no vemos obstáculo para que no se le reconociese la causal de inculpabilidad de la fuerza mayor".

En verdad, esa aparente contradicción entre la inculpabilidad de los inimputables y el reconocimiento, a su vez, de su inculpabilidad, me parece que se puede solucionar mediante un replanteamiento del concepto de inimputabilidad⁴¹. En efecto: considero que la inimputabilidad no es una característica permanente del sujeto sino una característica referida a un *hecho concreto*. No puede confundirse el fenómeno que genera la inimputabilidad con la inimputabilidad misma. Así las cosas, la inmadurez psicológica o el trastorno mental *causan* la inimputabilidad pero *no son* la inimputabilidad y solo son causa de inimputabilidad si producen incapacidad de comprender o de determinarse. Además, para que exista inimputabilidad, debe haber una relación causal entre los fenómenos mencionados y *el hecho*. O, como se dice en la decisión del Tribunal Superior de Bucaramanga con singular claridad,

⁴⁰ Interesa destacar otro antecedente jurisprudencial de la Corte en el que la exigencia de antijuridicidad para los hechos cometidos también era indispensable: "De conformidad con el actual estatuto toda persona que cometa una infracción definida como delito es responsable, así se trate de individuos normales o anormales, o de mayores o menores de dieciocho años. Pero el Código Penal hace una separación de las sanciones, para distinguir las, de acuerdo con los infractores, en penas y medidas de seguridad. Se aplican las últimas a quienes lleven a cabo un *comportamiento antijurídico* y que se acomode a una *definición punible*, si se encuentra en alguna de las situaciones previstas en el artículo 29 del Código Penal, o si se trata de menores de dieciocho años (art. 30 *ibidem*). Y se imponen las penas, si se tiene que el delincuente es normal y mayor de dieciocho años". (*Gaceta Judicial*, t. CXIII, bis [2283 bis], Casación de 18 de octubre de 1966, pág. 21).

⁴¹ A esta problemática ya me he referido en el trabajo *Los inimputables...* Aquí expondré solo algunas ideas básicas.

para que pueda hablarse de inimputabilidad debe establecerse "la relación de causalidad entre la inmadurez y el trastorno y la conducta realizada, esto es, la afirmación indubitable de que el sujeto actuó así, en razón y por motivo del trastorno". Queda claro que si en el hecho no se ha reflejado el trastorno; si el hecho se da en unas circunstancias independientes de esos fenómenos, no se puede hablar de inimputabilidad. En los casos que trae a colación el tribunal por vía de ejemplificación, de insuperable coacción ajena o de fuerza mayor, se debe absolver al sujeto. Pero entonces no es que se esté absolviendo a un inimputable, sino que, simplemente, no estamos en presencia de un inimputable: en el hecho no se reflejan el trastorno ni la inmadurez. Así creo que se suple la aparente contradicción resaltada por el magistrado ponente y las hesitaciones de los magistrados en la "Aclaración de Voto"⁴².

2.5. *La inimputabilidad como fenómeno derivado.* Aunque no emplean esta expresión las jurisprudencias, es la idea subyacente en todas ellas. Repárese, por ejemplo, en la decisión del Tribunal Superior de Medellín, que signa como ponente el dr. ÉDGAR TOBÓN URIBE: allí existe comprobado un "retardo mental entre leve y moderado". No obstante ello, se llega a la conclusión de que la procesada no es inimputable. No se produce una identificación ("hipostatización" la he denominado yo) entre el fenómeno psicológico o síquico que origina la inimputabilidad con la inimputabilidad misma.

⁴² En lo que no me identifico con la jurisprudencia del Tribunal Superior de Cali es con su parecer de que, por ejemplo, en un caso de comprobación de trastorno mental transitorio sin secuelas no se pueda terminar el proceso con la aplicación del art. 163 del C. de P. P., con el argumento de que pudiéndose reconocer las causales de justificación y de inculpabilidad a los "inimputables" (ya se entenderá el porqué de las comillas) la cesación de procedimiento "sería injusta y lesiva para los intereses del procesado, que en el periodo probatorio de la causa, o aun durante la misma audiencia, podría probar la existencia de algunas de las causales que excluyen la antijuridicidad o la culpabilidad". Y es que, con la misma argumentación, no se podría tampoco aplicar la cesación a un imputable cuando concurriera una causal de inculpabilidad. En efecto: se sabe que las causales de inculpabilidad, al igual que las de justificación, excluyen la responsabilidad penal y por ende la pena. Empero, la causal de justificación es de más significación en el ámbito jurídico total. Se afirma que el acto es *secundum jus* y no solo no hay responsabilidad penal sino que, además, tampoco hay responsabilidad civil. Y en estas condiciones, como reconociéndose la causal de inculpabilidad al sujeto se le privaría de la posibilidad de que probara que obró dentro de una causal de justificación, tal decisión "sería injusta y lesiva de los intereses del procesado". Pero hay más: el proceso penal tiene como finalidad última determinar la responsabilidad que se traduce en una sanción de carácter *coercitivo* "en cuanto los individuos de que se trate son privados contra su voluntad de ciertas posiciones y, si es necesario, mediante el empleo de la fuerza física" (HANS KELSEN, *Teoría general del derecho y del Estado*, México, Textos Universitarios, 1969, pág. 22).

Y si cuando se trata del trastorno mental transitorio *sin secuelas* no hay lugar ni a penas ni a medidas de seguridad, es decir, no hay lugar a predicar responsabilidad, francamente no veo cual sea la finalidad de avanzar un proceso y llevarlo incluso hasta la audiencia. Me identifico, en este caso, con el fiscal de la primera instancia, doctor CÉSAR A. SANDOVAL M., cuyo criterio, además, puede verse en su artículo "El decreto 100 de 1980 creó una nueva condición de improcedibilidad de la acción penal", en *Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle*, número 6, Cali, 1982, págs. 73 y ss.; Véase a NÓDIER AGUDELO BETANCUR, "El trastorno mental como causa de inimputabilidad en el nuevo Código Penal", en *Revista Nuevo Foro Penal*, número 6, Medellín, Edit. Acosta, 1980.

En efecto, el tribunal llega a la conclusión de que no obstante ese retardo, la procesada sí tenía la capacidad de comprensión de la ilicitud. Ello lo deduce de la forma de comisión del hecho: "el sistema de solicitar un artículo de escaso valor, para así obtener la liquidez o los vueltos, meta última de la conducta. Su reiteración es ajena a una misma situación de trastorno mental de entidad suficiente como para perturbar su intelecto y su voluntad, o, al menos, hasta anular uno de tales atributos"; en fin, en los *vistos* había destacado el comportamiento sospechoso de la procesada, que al ser capturada trató de desprenderse de otra billetera fuera de una inicialmente a ella incautada, en la cual segunda billetera fueron encontrados otros billetes falsos.

No son, pues, los fenómenos de inmadurez psicológica o el trastorno mental por sí solos los que constituyen la inimputabilidad, sino estos en cuanto generan *incapacidad* de comprender y de determinarse; o, como lo expone el Tribunal Superior de Bucaramanga, la ley dice *por qué se es*, y *cuándo se es* inimputable, esto es, por la incapacidad para comprender la ilicitud o para determinarse".

2.6. *El trastorno mental en general y el trastorno mental transitorio.* Como bien se sabe, el art. 29 del Código Penal de 1936 hablaba de "enajenación mental", "grave anomalía síquica" e "intoxicación crónica producida por el alcohol o por cualquiera otra sustancia", como fenómenos que presentándose en el sujeto al momento del hecho tenían como consecuencia la imposición de una medida de seguridad y no de una pena. De otra parte, el art. 23, num. 1º, se refería al "estado de sugestión hipnótica o patológica" como a una causal de inculpabilidad. Pues bien: tortuoso fue el camino que hubieron de recorrer nuestra doctrina y nuestra jurisprudencia para la ubicación de los fenómenos transitorios que llevan al sujeto a la incapacidad de comprender la ilicitud de su comportamiento o a no poder regular su conducta, los cuales, una vez sucedido el hecho, ceden, para volver el sujeto a la normalidad. Después de duras sesiones, en las que las mejores tardes correspondieron a BERNARDO GAITÁN MAHECHA, LUIS CARLOS PÉREZ y JORGE ENRIQUE GUTIÉRREZ ANZOLA, se llegó a un punto de acuerdo más o menos pacífico: los casos de sonambulismo, embriaguez del sueño, fortísimos choques afectivos, en fin, todos aquellos en los que pasado el suceso se tuviera la convicción de que el sujeto no ofrecía peligro para la sociedad, se ubicaron en el art. 23, num. 1º, como "sugestión patológica". Los demás casos de trastorno mental transitorio en los que se comprobaba que el sujeto ameritaba una medida de seguridad por ofrecer algún peligro social, se ubicaban en el art. 23 o en el 29, como causal de inculpabilidad o como causal de inimputabilidad, según la necesidad o no de un tratamiento, en función de la peligrosidad o no del sujeto.

En el nuevo Código se tratan todas las formas de trastorno mental como causal de inimputabilidad. Así, se habla del fenómeno general en el art. 31 y se distingue entre trastorno mental *permante* y trastorno mental *transitorio*. Este, a su vez, se subdivide en trastorno mental transitorio *con secuelas* y *sin secuelas*, lo cual se traduce en la siguiente consecuencia: este no da lugar ni a pena ni a medida de seguridad; el otro, el trastorno

con *secuelas*, trae consigo el internamiento por 6 meses como mínimo, en los establecimientos señalados por la ley. Y si se estudia con detenimiento la cuestión se podrá ver que existe una equivalencia entre los términos del Código Penal de 1936 y los del Código Penal de 1980, así: enajenación mental = trastorno mental *permanente*; grave anomalía síquica = trastorno mental transitorio *con secuelas*, y, finalmente, sugestión patológica = trastorno mental transitorio *sin secuelas*.

La importancia, respecto del tema, de algunas de las jurisprudencias publicadas (me refiero a la de la Corte, con ponencia del doctor REYES, a la del Tribunal Superior de Medellín con ponencia del doctor JOSÉ LUIS GÓMEZ PÉREZ y a la providencia del Juez Quinto Superior de Medellín, doctor LEONEL CALDERÓN, en el aparte que de ella se transcribe), salta a la vista, como que en ellas se comienza a perfilar el contenido y alcances de lo que debe entenderse por una y otra clase de trastorno mental transitorio.

Así, la Corte da un concepto de trastorno mental *en general*: “es aquella alteración sicosomática que el sujeto sufre en el momento del hecho, de tan profunda intensidad, por tal modo convulsionador de sus esferas intelectual y volitiva, que le impide —como ya se advirtió— darse cuenta de la ilicitud de su conducta o determinarse conforme a dicha comprensión”. Luego ejemplifica mencionando algunos fenómenos que puedan implicar el concepto: “puede tratarse de una anomalía biosíquica ubicable dentro de la sintomatología clínica propia de una verdadera sicosis, de una grave forma de sicopatía o de una compleja modalidad siconeurótica”. En seguida parece referirse al trastorno mental *transitorio* —mencionando algunos fenómenos que pueden ocasionarlo: “pero también es posible que una excepcional y honda aunque pasajera conmoción que obnubila la conciencia, o una también transitoria pero igualmente profunda alteración del intelecto y de la volición, generada por la ingestión de bebidas embriagantes o de sustancias narcóticas o estupefacientes”.

De las anteriores transcripciones se podría decir que la Corte ha comenzado a perfilar la noción de trastorno mental, como un fenómeno con las siguientes manifestaciones:

- A. Una alteración sicosomática que el sujeto sufre en el momento del hecho;
- B. Que afecta las esferas intelectual, afectiva o volitiva de la personalidad;
- C. Tal alteración debe tener una intensidad tan profunda que convulsione las esferas mencionadas en una medida tal que por esa convulsión el sujeto no pueda comprender la ilicitud de su comportamiento o determinarse de acuerdo con tal comprensión.

Cuando los anteriores requisitos se den, pero de manera pasajera, estaremos en presencia de un trastorno mental transitorio⁴³.

⁴³ La jurisprudencia española ha dicho: “se halla en situación de trastorno mental transitorio el que sufre esa misma perturbación (se refiere a las facultades mentales) por causa inmediata, de aparición más o menos brusca, de duración, en general, no muy extensa y que termina por la curación sin dejar huella, o sea aquellos trastornos llamados reaccionales, consecuencia o respuesta a un choque de naturaleza física o síquica sufrido por el siquismo, que ceden, salvo si no se acompañan de lesiones inmodificables, cuando cesa la acción del agente”. (Sentencias de 31 de enero de 1934 y 10 de junio de 1935. LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, “Trastorno mental transitorio”, en *El criminalista*, t. II, Buenos Aires, Edit. La Ley, 1942, págs. 266 y 267.

Enseguida agrega la Corte: “lo que importa en estos casos no es, entonces, el origen mismo de la alteración biosíquica sino su coetaneidad con el hecho realizado, la magnitud del desequilibrio que ocasionó en la conciencia del actor y el nexo causal que permite vincular inequívocamente el trastorno sufrido a la conducta ejecutada”. Interpreto que lo que quiere decir la Corte cuando se refiere aquí al origen es que poco importa que la alteración tenga por causa (en la terminología clásica) una sicosis, una neurosis o una sicopatía, o una emoción excepcionalmente violenta (un “trastorno reactivo”, como dice Th. SPOERRI) que produce un desequilibrio síquico; o que se trate de una reacción desatada por la ingestión de alcohol y de cualquiera otra sustancia narcótica o estupefaciente; poco importa cómo se denomine el fenómeno, con tal que produzca alteración de magnitud tal que afecte la capacidad de comprender, y que exista relación causal entre el trastorno sufrido y la conducta. O como lo ha dicho la jurisprudencia española: “lo que en verdad interesa al derecho no son tanto las calificaciones clínicas como su reflejo en el actuar”⁴⁴.

Insisto: si lo que la Corte quiere significar cuando afirma que lo decisivo “no es, entonces, el origen mismo de la alteración biosíquica” es que poco importa la designación de la sicosis, neurosis, sicopatía, etc., me identifico con ella. Pero, en cambio, si lo quiere decir es que no importa la *causa última* de la alteración, su fundamento, entonces no me identifico con su pensamiento. En efecto: no siempre “el origen” (tomado este como *causa* o fundamento) resulta indiferente en esta materia. Así, por vía de ejemplo, si se trata de una sicosis, normalmente será un trastorno mental permanente, lo cual trae como consecuencia la medida de seguridad contemplada en el art. 94: internación durante 2 años como mínimo; en relación con el trastorno mental transitorio, si este tiene como origen determinados desequilibrios de la personalidad, o determinados traumatismos craneanos, o ciertas disritmias, o constitución epileptoide, etc., normalmente, atendiendo al *origen* del trastorno, estos van a ser casos considerados como trastornos mentales transitorios *con secuelas*, en virtud del tratamiento que el sujeto deberá recibir en el futuro, dada su eventual peligrosidad.

Tal lo ocurrido en las providencias citadas del Tribunal Superior de Medellín y del Juzgado Quinto Superior de la misma ciudad como en el proceso se dio por demostrado algún trastorno de personalidad, y el electroencefalograma y la historia clínica revelaron algunos rasgos epileptoides, hasta el punto de que se aceptó el hecho “como una crisis epiléptica, precipitada por el alcohol”, el tribunal ubicó el caso dentro de una grave anomalía síquica (del art. 29 del C. P. de 1936), o sea dentro de un trastorno mental *con secuelas* en el C. P. de 1980. Según el tribunal, los orígenes, en el caso, de la reacción del sujeto “indudablemente aconsejan medidas terapéuticas, encaminadas a la curación, que es la política que informa las medidas de seguridad que cabe aplicar a los inimputables”. Y el juez de primera instancia dijo: “es menester

⁴⁴ Sentencia del 1 de junio de 1962, citada por CÓRDOBA RODA y RODRÍGUEZ MOURULLO, en *Comentarios al Código Penal*, t. I, Barcelona, Edic. Ariel, 1976, pág. 217.

no solo auscultar su etiología: deben analizarse también las consecuencias que el episodio inconsciente ha dejado en la sique del agente para formular así la evaluación adecuada respecto a la posible reiteración”.

2.7. *La tentativa en los hechos de los sujetos inimputables.* El planteamiento puede ser el siguiente: la imputabilidad es presupuesto de la culpabilidad; la culpabilidad implica el dolo, la culpa o la preterintención. La tentativa exige propósito y la no consumación del delito querido, por una causa ajena a la voluntad del sujeto. Ahora bien: si el inimputable no puede obrar culpablemente, no puede obrar con dolo, culpa o preterintención, ¿cómo puede hablarse de tentativa respecto de su actuar? Tal es el tema de la última providencia publicada. El juez decide salir del problema sosteniendo que la imputabilidad no es presupuesto de la culpabilidad sino de la pena. La imputabilidad sería un problema para ser estudiado después de la culpabilidad, solo con miras a determinar la clase de sanción aplicable, pena o medida de seguridad. Para ello se fundamenta en lo sostenido por el profesor JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, cuya opinión se remonta a una línea doctrinaria que, conforme al Código Penal de 1936, y con el fin de evitar la responsabilidad objetiva de los inimputables, sostenía que ellos sí podían obrar en el Código derogado con dolo o culpa, es decir, con culpabilidad, tal como se ha indicado atrás.

A mi manera de ver, tal solución implica que existe una estructura unitaria del delito para imputables e inimputables, punto que me parece difícil sostener frente a este Código, pues que los inimputables, al igual que los imputables, pueden cometer hechos típicos y antijurídicos, pero no culpables.

Únicamente como base para la discusión me atrevo a proponer la siguiente solución: frente a nuestro Código, distinguir entre los conceptos de *intención* y *dolo*. Intención, como su nombre lo dice, viene de *in* y *tendere*, *tender a*, *tender hacia*. Intención sería la moción de la voluntad hacia algo; un impulso de la voluntad hacia algo. Dolo, en cambio, sería la intención jurídicamente relevante, pero que implica no un concepto avalorado como en la teoría finalista de la acción, sino un concepto pleno de valor. Dolo sería la intención de realizar un hecho con conciencia de la ilicitud del comportamiento.

Así las cosas, tendríamos: el enajenado puede querer, puede representarse un objetivo: matar, violar, secuestrar y mover su voluntad hacia tal objetivo (no quiere decir que la voluntad para que exista deba ser libre). Dando principio a la ejecución, no consuma el hecho por una causa ajena a su voluntad. Hasta ahí tenemos: averiguamos el contenido de su voluntad, su intención, ubicada en la *acción típica*, y se determina qué quería, para poder establecer el tipo para su juzgamiento. Y así se hablará de tentativa de homicidio, de tentativa de violencia, de hurto, de secuestro. Se avanza hasta la antijuridicidad; se establece que el sujeto es inimputable, es decir, que no obró con voluntad inteligente y libre; o sea se establece que el sujeto es *inimputable* y se lo somete a medida de seguridad. El dolo, pues, solo se predicará de los imputables, no de los inimputables, ni aun para solucionar el problema de la tentativa.

Lo anterior como inquietud, pues soy consciente de que el problema es bastante difícil y merece más atención de mi parte en otra oportunidad.

Las jurisprudencias que he tratado de comentar en sus aspectos esenciales (y solo por el aspecto sustantivo, pues no toco los aspectos procedimentales), me parecen en general acertadas y constitutivas de un gran esfuerzo por desenrañar el contenido del nuevo Código en la materia de inimputabilidad. Ojalá ellas sean solo el inicio de una maduración de ideas en esta difícil cuestión; que los que trajinamos con el derecho penal en Colombia no dejemos momificar las ideas; que la abulia y la línea del menor esfuerzo no lleve a los abogados y jueces a la cita fácil, en vez de estudiar a conciencia cada caso y repensar los conceptos para decidir si son aplicables o no. Quiera Dios que estas primeras jurisprudencias solo sean puntos de partida y no punto de llegada aún: “..., se hace camino al andar...”.

BIBLIOGRAFÍA

JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA:
Derecho penal fundamental, XXIV
+ 600 páginas, Bogotá, Edit. Temis, 1982.

El dr. JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, profesor de la Universidad de Medellín y magistrado del Tribunal Superior de la misma ciudad, ha dado a la publicidad recientemente su obra *Derecho penal fundamental*, la cual consta de tres partes esenciales: la introducción a la ciencia del derecho penal, la dinámica de la teoría del delito y el estudio del delito en el nuevo Código Penal.

Desde que uno se adentra en la lectura de las primeras páginas se da cuenta que se trata de un trabajo largamente madurado, fruto de muchos años de investigación, tanto en el campo de la cátedra como en el de la judicatura. Los aspectos que más han llamado nuestra atención son, básicamente, la nueva perspectiva dogmática que ofrece, la perspectiva política, el aspecto filosófico y el metodológico.

Desde la perspectiva dogmática, lo más valioso del libro, es la tentativa de formular una nueva dogmática de la Parte General válida para el derecho penal colombiano, que con su afán renovador, empieza por llevarse de calle los enfoques causalista y finalista. No en vano, en el capítulo segundo de la segunda parte, dedica más de cien páginas a la "Evolución del concepto dogmático", oportunidad en la cual procede a formularle al causalismo, y especialmente a su concepto de acción, las críticas ya bien conocidas dentro del

mundo de los especialistas de la técnica jurídicopenal; al concepto final de acción y a la sistemática finalista en general, en cambio, les hace un profundo cuestionamiento, para lo cual se arma de las herramientas que la misma dogmática alemana le ha brindado, especialmente a través de W. GALLAS y de CLAUS ROXIN, este último el más enconado contradictor de WELZEL y a quien el autor sigue muy de cerca.

La demoledora crítica contra esta sistemática, comienza cuando se afirma tajantemente que el finalismo de WELZEL es "en realidad de verdad un finismo", pues no se determina por la categoría ontológica de la finalidad, sino por la categoría ontológica del fin, que poco toma en consideración el sentido social de la acción (cfr. pág. 241). Se trata, entonces, de un concepto sicologista de la finalidad, que no corresponde a lo real, pues "una finalidad sin valor ontológicamente no puede ser" (cfr. pág. 231). Desde este punto de vista, el gran "pecado" de WELZEL fue la escisión entre finalidad y valoración, lo cual le llevó a formular su teoría de la culpabilidad, contra la cual dirige FERNÁNDEZ encarnizadas críticas.

Lo anterior hace que la posición de WELZEL sea catalogada como un *finalismo sicologista* u *ortodoxo*, al cual opone el autor un *finalismo valorativo*, pues "solo existe hoy una manera razonable y decente de ser finalista: superar el finalismo, lo cual implica al mismo tiempo su negación, conservación y desarrollo dialécticos" (pág. 302).

La crítica, bien lograda, no está exenta, sin embargo, de algunos excesos que

no pasan inadvertidos; así, por ejemplo, se llega a afirmar, sin fundamentos muy claros, que el concepto de "dolo" del finalismo es el mismo de los positivistas italianos, con lo cual el positivismo, tan combatido por WELZEL, termina elegantemente incrustado en su sistemática; o la asimilación que se hace entre causalismo y finalismo, al punto de equipararlos, sobre todo en materia de hechos culposos, afirmando que la teoría final "ha llegado a terminar de acuerdo con la acción causal" (cfr. págs. 243 y 286). Tal vez sea ello lo que no le permite definirse sobre la manera de calificar el aporte welzeliano, tildado primero como "revolución copernicana" (pág. 200), después como "grave salto evolutivo, pero no de revolución copernicana" (pág. 239), para terminar caracterizándolo como una "revolución" sencillamente.

La consideración de que es imposible escindir realidad y valor ha llevado a FERNÁNDEZ a la concepción del delito tipo, desarrollando los postulados de BELING así como los de GALLAS y ROXIN, como ya se ha dicho. No admite, pues, que tal escisión se haga metodológicamente a la manera de WELZEL.

Concibe de este modo el hecho punible como "...la acción u omisión típicamente antijurídica y típicamente culpable, cuya principal consecuencia es la pena criminal para el sujeto imputable que merezca reproche legal, o una medida de seguridad para el sujeto inimputable peligroso" (pág. 185); esto es, *injusto típico*, conformado por *tipo de acción* (la conducta típica), *tipo de injusto* (la antijuridicidad típica) y *tipo de culpabilidad* (la culpabilidad); se obtiene así un tipo totalizado. Tal concepción trae consecuencias dogmáticas bien conocidas: se sostiene la teoría de los elementos negativos del tipo —hoy en desuso—, con lo cual las causales de justificación descartan el tipo; dolo y culpa siguen siendo "formas de culpabilidad", ahora de "culpabilidad típica", lo cual permite defender la "teoría del

dolo", descartando de plano la "teoría de la culpabilidad"; se produce un repliegue total de los estratos del concepto dogmático que impide diferenciar tipicidad de antijuridicidad y culpabilidad desde todo punto de vista, so pretexto de que tales diferencias no son claras en la dogmática tradicional, en lo que no deja de tener razón el autor, así sea en parte.

Es justamente esta refundición o repliegue de los diversos estratos del delito en uno solo lo que genera mayores dudas, especialmente si se piensa en las dificultades prácticas que puede aparejar, así formalmente sea convincente.

Echadas las anteriores bases, se puede entonces criticar las otras sistemáticas, especialmente la finalista, por haber dejado dos elementos de "textura psicológica" en la culpabilidad: el conocimiento de la antijuridicidad (que ahora se ubica en el tipo subjetivo) y la imputabilidad (que queda como capacidad de reproche). De esta manera, la culpabilidad (ahora sí como reproche) queda dividida en dos: culpabilidad *plena* para imputables y *semiplena* para inimputables (aunque matizada de un contenido psicológico). De otra parte, se puede formular un superconcepto de acción que se podría catalogar como de *social* (aunque en un sentido ligeramente diferente del llamado *concepto social de acción* que propugnan ENGISCH, E. SCHMIDT y JESCHECK, pues la acción aquí postulada es una acción plena de finalidad y valor), comprensivo tanto de los hechos omisivos como de los culposos.

El anterior enfoque dogmático, o doctrina del delito tipo, es el que ha permitido a FERNÁNDEZ propugnar por las concepciones objetivistas del derecho penal, las mismas que traen consigo el rechazo de la concepción personal del injusto, colocando en primer plano la tarea protectora de los bienes jurídicos y relegando a un segundo plano los valores ético-sociales (lo contrario de WELZEL); obviando además la consideración de elementos subjetivos en las justificantes, lo que respecto

del derecho positivo no deja de tener sus bemoles: como acontece con los problemas que se suscitan con las causales 2ª, 4ª y 5ª del art. 29, lo que ha llevado al autor a pretextar "errores de técnica legislativa", cuando lo cierto es que el texto legal da cabida a los elementos subjetivos en las justificantes (cfr. págs. 479 y 505); concibiendo también la tentativa desde un ángulo puramente objetivista, equivocadamente a nuestro entender, pues se contradicen los mismos postulados de los que parte, cuando se ha dicho, por ejemplo, que el tipo subjetivo de la tentativa es igual al de la consumación (pág. 521). Y para no ir muy lejos con este embate objetivista, saludable desde luego, pero no exento de dificultades —menores de las que supondría un derecho penal de corte netamente subjetivo, como ya se ha comprobado históricamente—, veamos las dificultades que se suscitan con el tratamiento sugerido a la teoría del error, materia en la cual elimina de tajo la moderna división error de tipo-prohibición —que solo mantiene para "efectos puramente didácticos"—, formulando un único error: el error de tipo (pág. 457); lo cierto es que, así se quiera desechar tal división, se parte de ella y a veces se termina defendiéndola (cfr. págs. 331, 415 y 462).

Se sostiene así mismo, a veces, que el error recae sobre el aspecto objetivo del tipo (págs. 456 y 467), al paso que otras tantas se dice que recae sobre el aspecto subjetivo (págs. 331 y 463).

Se nos hace muy forzado concebir el art. 30 como consagratorio del error sobre los límites de una causal de justificación, cuando lo más cuerdo sería ubicarlo en la muy amplia redacción del art. 40-3, ganando así en pureza metódica y dejando el "exceso" como una verdadera atenuante que es (pág. 465).

Debe notarse, igualmente, el extremo objetivismo que supone la concepción de la teoría del dolo en materia de error de prohibición vencible: no es punible en ningún caso (págs. 333 y 363). Con ello se da un salto brusco y al vacío, pues se

olvida que venimos de una férrea tradición que proclama a los cuatro vientos la inquebrantable vigencia del principio *ignorantia iuris non excusat*, el cual, quírase o no, sigue incrustado en el art. 10 del C. P., llevándose por delante el principio de culpabilidad.

Desde una *perspectiva ideológica*, la obra asume como cometido fundamental la defensa de las garantías fundamentales del ciudadano, de las garantías liberales. Ello, se echa de ver, desde la muy bien lograda caracterización del derecho penal, en la cual resaltan las notas de liberal, finalista y teleológico, cuyo cometido principal es la protección del bien jurídico, dentro de una estructura democrática de gobierno. Cabe destacar la interesante estructuración del principio de legalidad, nutrida de un claro contenido ideológico liberal, tratamiento por demás novedoso en un país que como el nuestro ha hecho de la lucha por las garantías ciudadanas una brega cotidiana, y en el que el principio de legalidad ha recibido, tal vez por inconfesable abulia, el destino del "cajón de sastre".

Lo anterior, aunado a la concepción material del delito que propone, da pautas muy claras sobre el liberalismo del autor: "delito es el hecho que, según el criterio de la clase dominante contenido en el juicio del legislador, vulnera los valores fundamentales o condiciones de conservación y aumento de poder, social y políticamente en una comunidad determinada" (pág. 154). Esta concepción del delito como un producto de la lucha de clases, enaltece a no dudarlo el derecho penal colombiano. Es justamente este liberalismo el que lleva a FERNÁNDEZ a sumarse al grupo de doctrinantes que defienden la existencia de una dogmática liberal que, a despecho de muchos críticos trasnochados que posan a veces de "criminólogos" en ciernes, sí cumple una función libertaria, como la cumplen una política criminal y una criminología bien dirigidas, que no se constituyan en la panacea de todos los males.

De destacar también el análisis claramente ideológico que se hace del aporte

de las escuelas clásica y positiva italiana al derecho penal colombiano, sobre todo de la positiva, que, como dice el autor, pasó por liberal sin serlo, gracias a que nuestros juristas liberales educados en Roma cayeron en una "gran paradoja, pues vieron el liberalismo penal en FERRI y no en CARRARA" (pág. 166); explicable, pues, que el positivismo pasara como liberal, no solo en Colombia, como lo signa FERNÁNDEZ, en virtud de que "... estigmatizó el pensar filosófico como una actividad vergonzante" (pág. 176).

Otra faceta que cabe relevar es el aspecto filosófico. Quien lea detenidamente la obra, se percatará de que el autor es poseedor de una buena cultura filosófica, en la cual se nota la influencia de HEIDEGGER.

La influencia del eologismo argentino no se hace tampoco esperar, aunque no duda en hacerle, en su lugar, las pertinentes observaciones críticas. Tampoco se muestra ajeno al pensamiento de KELSEN y, como es obvio, al de WELZEL, a cuya teoría de las estructuras lógico-objetivas acude a la hora de introducir dentro de los ámbitos de validez de la ley penal el tratamiento del ámbito de validez material, cosa no usual en obras de derecho penal. Es justamente esta recurrencia a las estructuras lógico-objetivas, lo que le permite arremeter contra esa condición "de imposible cumplimiento" que es el art. 94 del C. P., que, a no dudarlo, es una muestra clara del irrespeto de los límites ontológicos por el legislador colombiano. Pero la influencia del padre del finalismo no se queda ahí: FERNÁNDEZ es un decidido finalista, así no comulgue con la línea "ortodoxa", como él la denomina, y se empeñe en la sistematización de un "finalismo valorativo".

De suma importancia, entonces, que se tome conciencia por parte de nuestra doctrina, tradicionalmente "afilosófica" (si se nos permite la expresión), de la importancia de los cuestionamientos filosóficos, no solo en el derecho penal, sino en el derecho en general. Si algo ha impedido el avance de las disciplinas jurídicas en nuestro medio, es la falta de desarrollo

filosófico: aparte de que no poseemos tradición, la cátedra de esta materia en las facultades de derecho no es objeto de especial atención, imponiéndose el facilismo y el practicismo en la formación de nuestros abogados, más ávidos de enrolarse en el tráfico jurídico-económico, que de preocupaciones teóricas.

Caigamos, finalmente, al aspecto metodológico. Quiérase o no, hay en la obra de FERNÁNDEZ el suficiente bagaje como para esperar ulteriores desarrollos sobre las bases ya echadas, y que seguramente redundarán en beneficio de nuestro derecho penal. Decimos que "ulteriores desarrollos", pues no escapa al lector avisado, que se trata de la primera edición de la obra, a la que seguirán otras que permitirán pulir muchos defectos que aún afloran; se reforzarán algunos capítulos ávidos de mejor sistematización y remozada bibliografía, como que algunos de ellos, por ejemplo el de las "Ciencias del crimen", se muestran desactualizados, al paso que otros parecen más bien conferencias empotradas, lo que en alguna medida rompe la estructura de la obra.

Igualmente, quedan por llenar muchas reseñas bibliográficas que no se hacen, las que al brillar por su ausencia desubicar al lector interesado en seguir las citas, para poder confrontar en sus fuentes el pensamiento de los diversos autores, tal como sucede en la segunda parte, capítulo II, dedicado a la "Evolución del concepto dogmático", que, como signos, es lo más valioso del libro.

En un plano más práctico, hay que corregir algunas referencias erradas con respecto a la legislación alemana: por ejemplo en la pág. 150 se incluye el derecho penal alemán dentro de la tripartición de los hechos punibles, cuando lo cierto es que el nuevo parágrafo 12 del StGB de 1969 (y no de 1962 como equivocadamente se dice en las págs. 269 y 272) solo habla de *Vergehen* y *Verbrechen*; da también la impresión en la pág. 218 de que se entendiera aún vigente el antiguo parágrafo 59, desconociendo así mismo que el actual parágrafo 13 del StGB regula la omisión (pág. 250).

Hay así mismo citas que siembran la incertidumbre en el lector; a guisa de ejemplo, en las págs. 143 y 264 aparece MEZGER como partidario de la teoría del tipo total, no así en la pág. 243. Se cita a veces, el "Manual de Welzel" (esto es, *Handbuch*), cuando lo cierto es que la obra de este nunca se intituló de tal manera, sino *Das Deutsche Strafrecht*, como se desprende de las dos traducciones españolas que manejamos (cfr. págs. 256 y 288).

A veces se encuentra uno con afirmaciones que son luego totalmente desvirtuadas por el desarrollo del texto, como acontece con lo dicho en la pág. 310, en la cual dice el autor: "...no se necesita una teoría ontológica de la acción; por lo tanto, no me parece incorrecta la metodología de REYES de estudiar la acción como elemento de la tipicidad". Otra falla de tipo metodológico es la que se observa en la pág. 319, en la que el autor termina afirmando no haber podido "...encontrar la fecha..." de una revista que se proponía citar, lo cual va en desmedro de una obra científica como la del profesor FERNÁNDEZ.

No pasa tampoco inadvertida la apasionada crítica que hace el autor, con razón, a ESTRADA, la cual ganaría mucho en altura científica si fuera más metódica y racional. Igual observación podríamos formular sobre las constantes referencias a conferencias y a opiniones de profesores sobre diversos temas, las cuales es preferible no hacerlas si no se puede citar una fuente seria y confiable, so pena de que se demerite la obra misma.

Especial atención merecen los capítulos V y VI de la tercera parte, dedicados a los dispositivos amplificadores del tipo y al concurso de hechos punibles: hay allí muchas tesis novedosas, enfoques que difieren sustancialmente de los tradicionales, pero que requieren en nuestro concepto una mayor elaboración. A modo de ejemplo, encontramos que se confunde la teoría material objetiva en materia de participación con la final objetiva, atribuyéndose a aquella las críticas que le

corresponden a esta (pág. 535); nos quedan también algunas dudas en lo que respecta a los conceptos "extensivo" y "restrictivo" de autor, sobre todo si se tiene en cuenta que se vincula el concepto restrictivo de autor con la teoría subjetiva de la participación, lo que es completamente inexacto, por lo menos en la dogmática alemana, que lo vincula si de manera generalizada a una teoría objetiva (cfr. JESCHECK, *Tratado*, pág. 893).

Indispensable para el buen ensamblaje de la obra es precisar algunas posiciones del autor que no resultan del todo claras, como acontece con el caso fortuito y la fuerza mayor, en el capítulo del injusto típico, que no le permiten al lector entender si, al fin de cuentas, el autor identifica ambos fenómenos o los distingue (cfr. págs. 455, 418 y 419). Lo mismo acontece con los argumentos de la pág. 331, reñidos con la sana lógica y que no hacen "tan fácil" como lo pretende el autor, probar que la culpabilidad pertenece al tipo en el nuevo Código Penal.

Queremos dejar aquí nuestra reseña, con la esperanza de que las observaciones que nos ha suscitado la lectura de la obra, contribuyan en alguna medida al mejoramiento de ella en posteriores ediciones, si es que hemos logrado acertar. Hemos dedicado poco espacio a la polémica, no porque la queramos evadir, sino en virtud de que la oportunidad no es la más propicia; habrá muchas ocasiones para la discusión de las tesis que aquí se proponen, sobre todo si se tiene en cuenta el espíritu abierto del autor, quien se ha caracterizado justamente por su actitud polémica, crítica. Por ahora nos interesa celebrar el nacimiento de esta nueva obra, que a no dudarlo marca un hito en nuestro derecho penal y que, como dice su prologoista, es a partir de hoy punto obligado de referencia para todo lo que se escriba o se discuta en materia de derecho penal en Colombia.

FERNANDO VELÁSQUEZ V.
Medellín, febrero de 1983

Esta revista se terminó de imprimir en los
talleres litográficos de Editorial Temis,
S.C.A., el día 7 de julio de 1983

LABORE ET CONSTANTIA