

# NUEVO FORO PENAL

NÓDIER AGUDELO BETANCUR

DIRECTOR

TAHÍ BARRIOS HERNÁNDEZ

COORDINADORA

Leihgabe Prof. Ambos

## DOCTRINA

La problemática del raponazo en el nuevo Código Penal.

**Nódiar Agudelo B.**

La imputabilidad juridicopenal: un fenómeno de crisis.

**Fernando Velásquez V.**

Los perjuicios civiles del delito y su evaluación.

**Gilberto Martínez Rave.**

Sociedad y derecho penal en Cuba.

**José Francisco Martínez R.**

Aspectos clínicos, médico-legales e históricos de las epilepsias.

**Roberto Serpa Flórez.**

Pena y estructura social en América Latina.

**Emilio García Méndez.**

En defensa de los poderes del juez en audiencia.

**Jorge Enrique Valencia.**

El problema de la tentativa en la acción de los inimputables.

**Narcés Lozano H.**

22

## JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Pago de perjuicios ocasionados por el hecho punible y libertad provisional en los delitos contra el patrimonio económico.

**Luis Enrique Aldana Roza.**

TRIBUNAL SUPERIOR DE MONTERÍA. No solo es necesario el transcurso del tiempo para adquirir el dominio de las cosas por prescripción; se requiere, además, que lo que se pretende usucapir se haya poseído en condiciones legales.

**Lesmes Corredor Prins.**



CO/XIV  
F/Z

2345

1983

NOVIEMBRE • DICIEMBRE

# NUEVO FORO PENAL

REVISTA BIMESTRAL

**NÓDIER AGUDELO BETANCUR**

Director

**TAHÍ BARRIOS HERNÁNDEZ**

Coordinadora



Editorial TEMIS Librería

Bogotá - Colombia

1983

# ÍNDICE GENERAL

## DOCTRINA

<b>La problemática del raponazo en el nuevo Código Penal.</b> Nódier Agudelo B. . . . .	701
<b>La imputabilidad juridicopenal: un fenómeno en crisis.</b> Fernando Velásquez V. . . . .	715
<b>Los perjuicios civiles del delito y su evaluación.</b> Gilberto Martínez Rave . . . . .	732
<b>Sociedad y derecho penal en Cuba.</b> José Francisco Martínez Rincones . . . . .	743
<b>Aspectos clínicos, médico-legales e históricos de las epilepsias.</b> Roberto Serpa Flórez . . . . .	755
<b>Pena y estructura social en América Latina</b> (a propósito de la obra de G. Rusche y O. Kirchheimer). Emilio García Méndez . . . . .	761
<b>En defensa de los poderes del juez en audiencia.</b> Jorge Enrique Valencia . . . . .	775
<b>La problemática de la tentativa en la acción de los inimputables.</b> Narcés Lozano H. . . . .	782

## JURISPRUDENCIA

<b>CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Pago de perjuicios ocasionados por el hecho punible y la libertad provisional en los delitos contra el patrimonio económico.</b> Ponente: doctor Luis Enrique Aldana Rozo . . . . .	789
<b>TRIBUNAL SUPERIOR DE MONTERÍA. No solo es necesario el transcurso del tiempo para adquirir el dominio de las cosas por prescripción, se requiere además, que lo que se pretende usucapir se haya poseído en condiciones legales.</b> Ponente: doctor Lesmes Corredor Prins . . . . .	794

## BIBLIOGRAFÍA

<b>HERNANDO LONDOÑO JIMÉNEZ, Derecho procesal penal,</b> Doctor Fernando Velásquez V. . . . .	799
<b>TRIBUNAL PENAL. COLEGIO DE ABOGADOS PENALISTAS DE ANTIOQUIA, Doctor Fernando Velásquez V. . . . .</b>	802
<b>Índice de disposiciones citadas (números 17 a 22) . . . . .</b>	805
<b>Índice de materias (números 17 a 22) . . . . .</b>	811

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

Nódier 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.

# DOCTRINA

## LA PROBLEMÁTICA DEL RAPONAZO EN EL NUEVO CÓDIGO PENAL

NÓDIER AGUDELO BETANCUR

Profesor de derecho penal en la Universidad de Antioquia

### I

#### INTRODUCCIÓN

##### 1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El Código Penal de 1936 consagraba el delito de *hurto* en el capítulo I del título XVI, art. 397; y el robo lo consagraba en el capítulo II del mismo título, art. 402. Había acuerdo unánime en la enunciación de los elementos del hurto, como la *sustracción de cosa mueble ajena sin consentimiento del dueño y con ánimo de aprovechamiento*. Y con respecto al robo también hubo acuerdo doctrinario, en el sentido de que tal delito se configuraba con los mismos elementos del hurto, *más* violencia a las personas o a las cosas, bien fuera que la violencia se ejecutara como medio para el apoderamiento o bien que fuera aplicada inmediatamente después del apoderamiento, “y con el fin de asegurar su producto u obtener su impunidad”. A pesar de que tanto en la doctrina extranjera como en la nacional se reconociera que el robo no era sino un “hurto con violencia a las personas o a las cosas”, es decir que ontológicamente no había una diferencia cualitativa<sup>1</sup>, lo cierto es que la legislación de 1936 lo contemplaba como dos figuras típicas independientes. No fueron pocos los problemas que tal forma de regulación trajo consigo<sup>2</sup>, razón por

<sup>1</sup> JOSÉ IRURETA GOYENA, dice con razón que “los caracteres fundamentales del hurto y del robo son los mismos, y entre estas dos infracciones solo existen diferencias que afectan su intensidad, pero en manera alguna su verdadera esencia”. *El delito de hurto*, Montevideo, Edit. Talleres Gráficos A. Barreiro y Ramos, 1913, págs. 4 y 5. Entre los autores nacionales, puede verse a JORGE ENRIQUE GUTIÉRREZ ANZOLA, *Delitos contra la propiedad*, Bogotá, Edit. Litografía Colombia, MCMXLIV, pág. 54; y a GUSTAVO RENDÓN GAVIRIA, *Derecho penal colombiano*, Medellín, edición auspiciada por la Universidad de Medellín, 1953, pág. 118.

<sup>2</sup> Como se sabe, la sentencia debe estar en armonía con el auto de proceder. Ahora bien: los delitos de hurto y robo estaban contemplados en capítulos diferentes. Pero podía suceder que en un proceso se hubiera enjuiciado por *hurto simple* pero en la etapa probatoria del juicio se probara la violencia contra las personas o contra las cosas, o que un sujeto enjuiciado por *robo* desvirtuara en la misma etapa probatoria el elemento estructural de la violencia. ¿Qué hacer? En el primer caso el juez no podía condenar por *robo*, pues por tal delito no se había enjuiciado; en el segundo caso no podía condenar por *hurto*, por la misma razón: por tal delito no se llamó a responder en juicio.

la cual el Código Penal de 1980 resolvió suprimir la figura del robo y consagró en su lugar las figuras del hurto (art. 349), hurto calificado (art. 350) y hurto agravado (art. 351).

Dice el art. 350 que el hurto es calificado y que la pena será de 2 a 8 años de prisión, si el hurto se cometiere “con violencia sobre las personas o las cosas”; y el art. 351, que habla de las “circunstancias de agravación punitiva”, dice que la pena de los arts. 349 y 350 “se aumentará de una sexta parte a la mitad si el hecho se cometiere”, “con destreza, o arrebatando cosas u objetos que las personas llevan consigo” (num. 10).

Pues bien: puede suceder que un sujeto *arrebate* un reloj, unos aretes, una cadena, un bolso a una dama. Frente a estos casos, la pregunta es: ¿estamos en presencia de un hurto del 351 agravado por el num. 10, o estaremos ubicados en el art. 350, conforme a su num. 1º? En otras palabras dicho: ¿a cuál de los “artículos anteriores” (art. 351) habrá que referir el aumento “de una sexta parte a la mitad”? ¿La pena debe ser “de uno a seis años” (art. 349) aumentada “de una sexta parte a la mitad” o de “dos a ocho años” aumentados en esa misma proporción?

## 2. LAS DUDAS QUE SUSCITA LA APLICACIÓN DE CIERTO SECTOR DE LA PRÁCTICA

En la práctica regional (hablo de Antioquia), así como en la nacional, en algunos sectores de la jurisprudencia se viene remitiendo la penalidad —el aumento que prescribe el art. 351— al art. 350, indiscriminadamente, para los casos más comunes que he mencionado: arrebato de un reloj, de una cadena, de un bolso, de unos aretes. Y el razonamiento aparece en principio como lógico: el sujeto se apodera de una cosa mueble ajena, sin consentimiento de su dueño y con ánimo de aprovechamiento; el sujeto ha usado violencia sobre la persona o la cosa y por esto se configura la conducta del art. 350, num. 1. Ahora bien: ha habido arrebato, por lo tanto el artículo base para trazar el aumento que dispone el 351 debe ser el 350.

Digo que el razonamiento aparece como lógico. Empero, meditando en las consecuencias que de ello se siguen, me ha entrado la duda de que ello sea así; obsérvense estos dos casos:

*Caso 1:* Un sujeto saca un cuchillo y colocándose en el vientre a una dama le reclama: “el bolso o la vida”; *caso 2:* un individuo pasa raudo junto a una

dama y le arrebata el bolso. Pues bien: la práctica, con la que no estoy de acuerdo, en el *caso 1* aplica 2 años (supongamos que aplique el mínimo); en el *caso 2* aplica los mismos 2 años, pero aumenta la pena “de una sexta parte a la mitad”, es decir, que puede poner, en vez de 24 meses, 28.

Pero pregunto: ¿cuál de los dos casos es más grave? Me parece verdad de Perogrullo que el *caso 1*: En efecto: cuando se utiliza el cuchillo como medio para intimidar se ha atacado la *propiedad* pero también se ha puesto en peligro la *vida o la integridad personal*. En el *caso 2*, por el contrario, solo se ha violado la propiedad. Allá han estado en juego 2 intereses jurídicos tutelados, aquí solo uno. Esta conclusión resulta, a mi manera de ver, *ilógica e injusta*.

## 3. PRESENTACIÓN DE LA TESIS QUE SE SUSTENTARÁ AQUÍ

El hecho de que la conclusión de la práctica, de cierto sector de ella, llegue a consecuencias inadmisibles desde el punto de vista lógico y de la justicia, me lleva a proponer la siguiente tesis: cuando la intención del agente sea desplegar la fuerza de manera directa solo sobre la cosa y apenas de manera indirecta sobre la persona, estaremos en presencia del *hurto simple-agravado* (arts. 349-351, num. 10), y no de un *hurto calificado-agravado* (arts. 350-351, num. 10).

No es el arrebato el que da la clave, sino la intención con la que obre el sujeto al desplegar la fuerza y el peligro a que se expone la vida o la integridad personal del sujeto pasivo del ilícito.

## II

### ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA FIGURA DEL RAPONAZO

Para una mejor comprensión de la tesis que sustento, me parece de importancia hacer una reseña de los antecedentes legislativos y doctrinarios de la figura. Me limitaré a la legislación italiana porque considero que allí está el origen del raponazo. Y en lo que respecta a nuestro país me limitaré al Código Penal de 1890, legislación que contemplaba el fenómeno al cual se alude en este trabajo, si bien no usaba la palabra que hoy se emplea en el lenguaje común y en el jurídico.

#### 1. LEGISLACIÓN ITALIANA

Aquí pueden verse los códigos penales de Toscana de 1854 y el italiano de 1931. Voy a estudiar cada uno por separado.

1.1. *Código Penal toscano de 1854*. En este Código<sup>3</sup>, llamado por FRANCESCO CARRARA “gran monumento de la ciencia penal”, encontramos el art. 374, que consagra el delito de hurto:

<sup>3</sup> Puede verse en el volumen X del *Programa de derecho criminal*, de FRANCESCO CARRARA, publicado por la Edit. Temis, Bogotá, 1967, págs. 205 y ss.

Entonces la práctica normalmente operaba así: se decretaba la nulidad a partir del cierre de la investigación y se volvía a calificar. Sin embargo, surgía esta inquietud: ¿al anularse desde el cierre de la investigación no quedaba comprendida dentro de la nulidad precisamente la prueba conforme a la cual en vez de hurto se debía hablar de robo, o conforme a la cual en vez de robo se debía hablar de hurto? Ante esta dificultad la práctica optaba por anular desde el cierre de la investigación, *volver a practicar* la prueba y luego enjuiciar. Todos estos inconvenientes traía la regulación del hurto y el robo como dos delitos con autonomía propia. El nuevo Código, por el contrario, no presenta tales dificultades al no contemplar el robo sino hablar de hurto calificado.

“El que sin consentimiento del propietario se apodere de cosas muebles ajenas, para obtener lucro con ellas, cometerá el delito de hurto”.

El delito de hurto tenía fijada una penalidad variable, según el monto de las liras apropiadas, que podía ser cárcel “hasta por un mes” o de “tres a cinco años”. En todo caso, a pesar de la variación atendiendo a la cuantía, lo cierto es que el art. 376 denominaba a este hurto básico como hurto *simple*. El art. 377 de tal Código dice:

“...i) Si hubiere sido cometido con *destreza* en lugar y tiempo de concurso popular.

“En el anterior caso, la *cárcel* se aumenta”.

En el art. 389, se consagra el denominado “hurto violento”.

“El hurto será *violento*:

”a) Cuando, mediante *fuerza material* contra la persona, o con *amenazas* aptas para infundir temor de un grave daño personal inminente, el agente hubiere obligado al poseedor de la cosa, o a otras personas presentes en el lugar del delito, a entregarla o a permitir que el ladrón tomara posesión de ella...”.

La pena era: presidio o reclusión de 12 a 20 años si se había causado alguna lesión grave o gravísima, o si se privó de la libertad; en los demás casos, la pena fijada era de 8 a 15 años (art. 390). Luego encontramos el art. 392, que dice:

“Cuando la violencia ejercida por el ladrón no se hubiera dirigido a ofender ni a espantar a la persona, sino únicamente a *arrebatarle* de la mano o de encima algún objeto, se aplicará *reclusión* de cuatro a quince años. Y cuando la suma de lo hurtado no pasare de veinte liras se podrá rebajar la pena a cárcel de dieciocho meses a cuatro años”.

Ahora bien: ¿cuál era la diferencia básica entre la pena de *presidio* y la de *reclusión* forzosa? No era poca; dicen los artículos pertinentes de dicho Código:

*Art. 15:* “1. Todo condenado a presidio llevará en el pie derecho un grillo de hierro, del peso prescrito por el reglamento anexo al presente código ‘de cuatro libras’; trabajará en su celda o en otra estancia que se le señale, y durante el curso de los primeros veinte años permanecerá en segregación continua de los demás condenados. Durante los años sucesivos será admitido, si así lo quiere, a trabajar en compañía de otros presidiarios, bajo la disciplina del silencio. Pero si llegare a los setenta años de edad, podrá gozar de la mencionada mitigación, aunque no haya cumplido veinte años de pena. Dicha mitigación no podrá aplicarse, o será diferida o interrumpida, en los casos considerados en el artículo 78.

”2. Esta pena será siempre perpetua y se expiará en la isla de Elba.

”3. El condenado a presidio quedará sometido perpetuamente, por ministerio de la ley, a interdicción plena”.

*Art. 16:* “1. Todo condenado a reclusión forzosa trabajará en su celda o en otra estancia que se le asigne, y permanecerá, durante íntegra la pena, en segregación continua de los demás condenados. Pero el que hubiere llegado a los setenta años de edad, será admitido, si quiere, a trabajar en compañía de otros reclusos, bajo el régimen del silencio.

”2. Siempre que la ley no dispusiere de otro modo, la pena de reclusión forzosa no se podrá decretar por menos de tres años, ni por más de veinte.

”3. Si no pasare de siete años, será divisible por semestres; si pasare de ellos, será divisible por años.

”4. El condenado a reclusión, durante la expiración de su pena, quedará sometido, por ministerio de la ley, a interdicción plena, pero conservará el derecho de hacer testamento”.

¿Qué se tiene, según lo anterior? De lo visto se puede decir:

a) Que el hurto simple tenía asignada una pena de cárcel;

b) Que el hurto se agravaba cuando se cometía “con *destreza*”, aumentando la cárcel;

c) Que el *hurto violento* existía cuando se utilizaba fuerza *contra* la persona, o amenazas, y tenía pena de *presidio* o de *reclusión* de 12 a 20 años si concurrían algunas circunstancias; y en los demás casos, pena de 8 a 15 años;

d) Que cuando la violencia no se ejercía *contra* la persona, sino únicamente sobre la cosa para arrebatarla de la mano o de encima de la persona, la pena se rebajaba y era de 4 a 15 años de reclusión.

1.2. *Código Penal italiano de 1931.* En este Código no se consagra de manera separada el hurto y el robo, como sí sucede en algunas legislaciones en las que el robo se consagra en capítulo diferente al del hurto. En el Código Penal italiano de 1931<sup>4</sup>, la violencia constituye una circunstancia agravadora del hurto. Así dice el art. 624:

“*Circunstancias agravantes.* La pena será reclusión de uno a seis años y multa de mil a diez mil liras:

”...2. Si el culpable emplea la violencia sobre las cosas o se vale de cualquier medio fraudulento...

”...4. Si el hecho es cometido con *destreza*, o arrebatando las cosas de las manos o de encima de las personas”.

Y el art. 628 reza:

“*Rapiña.* El que para obtener para sí mismo o para otros algún provecho injusto, se apodere, mediante violencia o amenazas contra personas, de cosas muebles ajenas, sustrayéndolas a quien las retenga, será castigado con reclusión de tres a diez años y con multa de cinco mil a veinte mil liras”.

1.3. *Comparación de las dos regulaciones de la cuestión que se trata.* En primer lugar, es bueno hacer notar cómo la regulación del hurto es sustancialmente igual en los códigos toscano de 1854 e italiano de 1931. Empero debe repararse bien en lo siguiente:

<sup>4</sup> *Codice Penale e Codice de Procedura Penale*, a cura di L. Franci, V. Feroci y S. Ferrari, Milano, 1966, Editore Ulrico Hoepli.

a) Mientras que en el Código Penal toscano la *destreza* es una *agravante* del hurto (siempre que se ejecute el hecho en lugar y tiempo de concurso popular), y en tanto que el arrebatación denominado por la jurisprudencia y las legislaciones del tiempo de CARRARA y por este mismo *rapiña*, era una *atenuante* del hurto *violento*, en el Código Penal de 1931 la *destreza* y el *arrebatación* se igualan en cuanto a sus efectos: ambos son fenómenos *agravantes del hurto*. *Destreza* y *strappare* son las expresiones que utilizan el Código Penal de 1931;

b) El *hurto violento* del Código Penal toscano, pasa a ser denominado en el Código de 1931, *rapiña*.

Considero útil presentar lo anterior en un cuadro para que se vea de una sola ojeada:

	C. P. Toscano de 1854	C. P. de 1931
Destreza	Agrava el hurto simple (art. 377)	Agrava el hurto simple (art. 625)
Arrebatación	Atenua el hurto violento (art. 392)	Agrava el hurto simple (art. 625)
Rapiña	Atenua el hurto violento (art. 392); es el mismo arrebatación	Figura autónoma (art. 628); es el apoderamiento con violencia a la persona

## 2. LEGISLACIÓN, DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA COLOMBIANAS

2.1. *Legislación*. Nunca se ha empleado la palabra "raponazo" en la legislación patria para designar el acto de un sujeto que se apodera de un bien mueble mediante el arrebatación. Sin embargo, de este hecho no se sigue que el fenómeno haya sido ajeno a nuestra legislación. En efecto, como antecedente de la figura actual del "raponazo" yo señalaría el art. 798 del Código Penal de 1890:

"Los que hurten ropas, alhajas o efectos arrebataciónlos por sorpresa a la persona que los lleve consigo, no mediando fuerza ni violencia en el sentido de los artículos 773 y 774, sufrirán un aumento de la cuarta parte de la pena que debiera corresponderles según los casos"<sup>5</sup>.

Ahora bien: los arts. 773 y 774 hablan de la fuerza constitutiva del *robo*, y ella puede consistir en "los malos tratamientos de obra, las amenazas, la orden

de manifestar o entregar las cosas, la prohibición de resistir o de oponerse a que se quiten, y cualquier acto que pueda naturalmente intimidar u obligar a la manifestación o entrega", o también puede consistir en el fingimiento de ser "ministro de justicia, funcionario o empleado público de cualquier clase, o alegando falsa orden de alguna autoridad".

En el Código Penal de 1936 no se contempló el "raponazo". En el art. 397 se consagró el hurto:

"El que sustraiga una cosa mueble ajena sin el consentimiento del dueño y con el propósito de aprovecharse de ella, incurrirá en prisión de seis meses a seis años".

Luego, en el art. 402, contempló el robo:

"El que por medio de violencia a las personas o a las cosas, o por medio de amenazas, o abusando de la debilidad de un menor, se apodere de una cosa mueble ajena, o se la haga entregar, incurrirá en prisión de uno a ocho años".

El caso de quien mediante arrebatación se apoderaba de una cosa mueble que una persona llevase consigo, traía el problema de saber si se trataba de un delito de robo o de un delito de hurto. Como no se hacía, pues, una regulación expresa, a dicho problema se debieron enfrentar la doctrina y la jurisprudencia.

2.2. *Doctrina*. De los autores nacionales, que yo sepa, quizá el único que abordó el problema, aunque solo de manera tangencial, fue HUMBERTO BARRERA DOMÍNGUEZ. Según este tratadista de la parte especial del Código que se comenta, "el arrebatar las cosas de las manos o de encima de las personas que las llevan da lugar a la represión prevista para el delito de hurto, pues en tal supuesto no existe violencia física en las cosas, ni fuerza contra las personas... Como ejemplos, pueden señalarse aquellos en que el delincuente arrebata la cartera que una mujer lleva en el brazo, o se apodera del reloj de pulsera que porta en su muñeca"<sup>6</sup>.

2.3. *Jurisprudencia*. También, que sepa, en dos oportunidades se pronunció la Honorable Corte Suprema de Justicia sobre el denominado "raponazo", de manera contradictoria frente a dos hechos estructuralmente iguales.

2.3.1. Casación de diciembre 12 de 1969. Ponente, doctor EFRÉN OSEJO PEÑA:

"El acto de despojar o arrebatar, en este caso, se dice que no puede reputarse como un medio de violencia, porque ni en la persona ni en el objeto dejó huella alguna o «mutación en su conformación, ruptura, desgarramiento, distorsión»; de ahí que algunos tratadistas sean enfáticos en exigir «una fuerza anormal distinta de la natural y usual para tomar posesión de la cosa»; sin embargo, semejante modo de argumentar, además de estar en

<sup>5</sup> Código Penal de 1890, Bogotá, Librería Colombiana, Camacho Roldán, 1934.

<sup>6</sup> HUMBERTO BARRERA DOMÍNGUEZ, *Delitos contra el patrimonio económico*, Bogotá, Edit. Temis, 1963, págs. 123 y 124. Para PACHECO OSORIO, en cambio, existe en este caso robo: *Derecho penal especial*, t. IV, Bogotá, Edit. Temis, 1975, pág. 91.

abierta oposición con el hecho consumado por Ruiz Alfonso, entraña un inaceptable concepto subjetivo al considerar que al despojar o arrebatar alguna cosa a su dueño, no es sino un acto normal, «natural y usual para tomar posesión de la cosa», algo que resulta manifiestamente inaceptable por decir lo menos.

”Claro está que existen ciertos actos, mencionados en los apartes antes transcritos, que no pueden reputarse como «medio de violencia», pero para calificarlos así deben revestir una «forma semejante a como procedería el mismo propietario»; en otras palabras, tener la calidad de normal, natural y usual, como cuando el dueño separa del árbol una fruta, que si bien requiere el empleo de cierta fuerza material, *por sí misma* no podría integrar un delito de robo en caso de que la operación se llevara a efecto por un tercero sin derecho alguno; sin embargo nadie se atrevería a calificar como natural, normal y usual un acto atribuido al procesado que en la vía pública arrebató o despojó de la cartera a Ligia Reyes de Ocampo, aun cuando sean, desgraciadamente, de frecuente ocurrencia en esta ciudad.

”Finalmente, al sostener que no hubo violencia en virtud de la inexistencia de «ruptura, desgarramiento, distorsión, etc.», se confunde en la sentencia los efectos con la causa, porque la violencia es la causa que, ordinariamente, mas no siempre, deja huellas o rastros como los indicados; pero si no existen, no puede afirmarse que no hubo violencia, sino que será más o menos difícil producir la prueba; y en el caso *sub judice*, hubo testigos que vieron cuando Ruiz Alfonso en forma violenta se apoderó de la cartera de la denunciante. En resumen, los actos de violencia no requieren que necesariamente dejen ruptura, desgarramiento, distorsión, etc., o huellas en términos generales, para que exista aun cuando, en caso contrario, puede ser difícil allegar la prueba al proceso, mas no imposible”<sup>7</sup>.

2.3.2. Casación de 14 de junio de 1971. Ponente, doctor HUMBERTO BARRERA DOMÍNGUEZ; aquí sostuvo la Corte la existencia del delito de hurto:

“De acuerdo con la ley penal colombiana, el apoderamiento de los bienes muebles que la víctima porta o lleva encima no está tratado como circunstancia agravante del delito de hurto, ni se le hace equivalente al delito de robo. Es, sí, dable que la desposesión, en este caso, se realice mediante violencia física contra las cosas o contra las personas o mediante amenazas a las últimas. Si esto ocurre, se tiene el delito de robo. Pero si el agente no acude a esa violencia física o moral (entendida en el alcance jurídico ya señalado atrás), únicamente cabe calificar la conducta como hurto”<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> Casación de 12 de diciembre de 1969. Magistrado ponente, doctor EFREN OSEJO PEÑA. Puede verse publicada en *Derecho Colombiano*, t. XXI, enero de 1970, núm. 97, págs. 9 y ss

<sup>8</sup> Casación de 14 de junio de 1971. Magistrado ponente, doctor HUMBERTO BARRERA DOMÍNGUEZ. Puede verse publicada en *Jurisprudencia y Doctrina*, 1979, t. VIII, núm. 86.

### III

#### DESENVOLVIMIENTO DE LA TESIS QUE SE PROPONE: ELEMENTOS DEL RAPONAZO

A esta altura de la exposición me parece importante enunciar los elementos de la figura del raponazo y desenvolver cada uno de ellos. Desde luego, sobra advertir la dificultad del tema, máxime si se tiene en cuenta que la nueva doctrina se refiere al problema de manera muy breve<sup>9</sup>.

Digo que existe raponazo *cuando la intención del agente sea desplegar la fuerza de manera directa solo sobre la cosa y solo de manera indirecta sobre la persona*. De lo anterior puedo entresacar los siguientes elementos:

- 1) Intención por parte del agente;
- 2) Despliegue de fuerza;
- 3) Que la fuerza se despliegue solo de manera directa sobre la cosa y solo de manera indirecta sobre la persona;

4) La cosa arrebatada debe ser llevada consigo por las personas.

Analizaré brevemente cada uno de estos elementos:

1) *Intención por parte del agente*. Intención tanto de la apropiación como en cuanto al medio de comisión: el arrebatación. El delito de hurto es un delito intencional en nuestro sistema y no puede cometerse por culpa;

2) *Despliegue de fuerza*. El raponazo requiere el empleo de una fuerza que se despliega sobre la cosa (requisito que se verá enseguida). Es evidente que el comportamiento del que rapa implica el despliegue de fuerza, entendiendo por esta la energía que se aplica para vencer una inercia, y, en este caso, para el apoderamiento de la cosa. Empero, tal fuerza no alcanza a ser violencia en el sentido del art. 350, núm. 1.

Que la violencia implica la fuerza, pero que no toda fuerza constituye violencia, me parece a mí importante aclararlo en orden a la sustentación de la tesis que aquí se defiende. En efecto: todo hurto, o mejor, la generalidad de ellos, necesita el despliegue de una fuerza sobre la cosa, sea esta grande o chica. Y, entonces, si se pudiese igualar esta fuerza o energía con la violencia, a decir verdad todo hurto sería violento, aquí hurto calificado, pues habría que afirmar que “también emplea fuerza en las cosas el que levanta un objeto pesado y se lo lleva”, dice con razón JUAN PABLO RAMOS<sup>10</sup>. Y LUIS CARLOS PÉREZ, también sostiene: “Tampoco es aplicar la fuerza el ejercicio de un gran poder personal para transportar un objeto pesado”<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> Así el profesor JOSÉ AGUILAR PARDO, en *Delitos contra el patrimonio económico*, Medellín, Señal Editora, 1981, pág. 37; el doctor ALFONSO ORTÍZ RODRÍGUEZ se pronuncia manifestando que el caso del raponazo no es un hurto calificado sino hurto agravado: “Dado que la circunstancia que se comenta agrava también la pena señalada para el «hurto calificado», hay que entender que en el simple arrebatación no hay violencia sino más bien sorpresa”. *Manual de derecho penal especial*, Medellín, edición del Departamento de Publicaciones de la Universidad de Medellín, 1983, pág. 577.

<sup>10</sup> JUAN PABLO RAMOS, *Curso de derecho penal*, t. VI, Buenos Aires, Edit. Biblioteca Jurídica Argentina, 1944, pág.

<sup>11</sup> LUIS CARLOS PÉREZ, *Derecho penal colombiano*, t. III, Bogotá, Edit. Temis, 1959, pág. 331.

Desde el anterior punto de vista, no comete hurto con violencia quien destapa una lata de sardinas para comerse el contenido, ni quien corta un árbol, ni quien arranca las piedras de una cantera, ni quien arranca la mata de yuca o papa, aunque para ello deba remover tierra, emplear fuerza<sup>12</sup>. Esta fuerza no es violencia, pues, para decirlo con ANTOLISEI, "la violencia contemplada en la ley debe ser lógicamente un *quid pluris* de aquella que es necesaria para mover las cosas fijas y, entonces, hacer posible el hurto"<sup>13</sup>.

Permítaseme redundar en consideraciones sobre el asunto: el raponazo supone desplegar una energía sobre la cosa. A tal fuerza, a tal energía se la denomina, en el lenguaje común o coloquial, violencia. Empero, desde el punto de vista jurídico-penal, para configurar la *violencia* del num. 1º del art. 350 no es suficiente tal fuerza.

Desde este punto de vista me parece exagerada la opinión de algunos autores, como MAGGIORE, que llegan a hablar de violencia "cuando se rompen envolturas de papel, de paja o de tela, empleadas para protección o despacho de las cosas"<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> Comete hurto y no robo (aquí, hurto calificado), dice LUIS CARLOS PÉREZ: "el que remueve la tierra para apoderarse de los frutos ajenos; el que destapa las botellas o barriles para sacar el licor; el que trasquila las ovejas para apropiarse la lana, etc." *Op. cit.*, págs. 330 y 331. "Son hipótesis de hurto a pesar de la fuerza empleada, la sustracción de las flores de un jardín, sin embargo de que su apoderamiento implica que el agente rompa los tallos que le sirven de sustentáculo; la sustracción de un espejo que cuelga de una pared, para lo cual el agente rompe la cuerda que lo sostiene, y, en fin, todos aquellos casos en que la fuerza material se lleva a cabo, no sobre las defensas físicas expresamente destinadas al resguardo de los bienes, o en los que el apoderamiento exige ordinariamente ese despliegue de energía física", dice HUMBERTO BARRERA DOMÍNGUEZ, *Delitos contra el patrimonio económico*, cit., pág. 121. Véase también al respecto a LUIS GUTIÉRREZ JIMÉNEZ, *Derecho penal especial*, Bogotá, Edit. Temis, 1965, pág. 524; LUIS EDUARDO MESA VELÁSQUEZ, *Delitos contra la vida y la integridad personal y delitos contra la propiedad*, Bogotá, Edit. Antares, 1962, págs. 243 y 244.

<sup>13</sup> FRANCESCO ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*. Parte speciale, t. II, Milano, A. Giuffrè Editore, 1981, pág. 251.

<sup>14</sup> GIUSEPPE MAGGIORE, *Derecho penal*, Parte especial, t. v, Bogotá, Edit. Temis, 1956, pág. 50. Por el contrario, CARRARA insiste en la no asimilación de los conceptos de fuerza y violencia. Así narra el siguiente caso, lamentándose de la solución que se le dio por la judicatura:

"Un jovencuelo se le acercó a un transeúnte con el pretexto de preguntarle la hora, y entre tanto le sacó la cartera (donde había poco más de veinte liras), que le asomaba por un bolsillo del chaleco, y huyó rápidamente; el dueño no hizo ningún acto de resistencia, ni se dio cuenta del hurto sino cuando huyó el ratero. Fue un verdadero hurto con destreza; pero a los jurados se les preguntó si era rapiña, y contestaron que sí, y fue un error injustificable. Sin embargo, no culpa de este a los jurados, pues los pobres no estaban en grado de entender la sutilísima noción de la rapiña; la culpa es de la ley, que al confiarle al jurado la definición del título, pretende insensatamente que resuelvan abstrusos problemas de derecho penal un obrero o un agrimensur; la culpa es del modo inadvertidamente capcioso como se les hacen las preguntas a los jurados.

"A esos jurados se les preguntó si el reo, por haberse llevado la cartera, había empleado violencia sobre la cosa, y respondieron que sí; en realidad no hubo ninguna clase de fuerza, pero ellos no podían responder de otra manera. Que todo carterista sea llevado al tribunal por rapiña; que luego se les pregunte a los jurados si ese ratero, al sacarme del bolsillo, empleó violencia sobre este, y todos ellos responderán que sí, pues sin violentar el pañuelo este no pasaría a poder del carterista. Así ya no sería posible el título de hurto con destreza, porque este tiene como elemento (2116) el que la cosa sea quitada de encima del dueño, y para quitársela de encima siempre es necesario emplear fuerza sobre la cosa, y ese despojo siempre se efectúa contra la voluntad del dueño". *Programa de derecho criminal*, cit., págs. 192 y 193.

Es claro que si se adopta un exagerado criterio como este, sí habrá que predicar violencia en el raponazo, constitutiva de hurto calificado.

Aquí quiero hacer una advertencia: Si bien, según lo visto, hay que hacer una limitación "por abajo" sobre el concepto de violencia para no confundir esta con la fuerza, se impone una precisión en cuanto al concepto de violencia, según la manera como la ha venido entendiendo la doctrina. En efecto: entiende esta que la violencia constitutiva de robo (hurto calificado en el evento que discutimos) es una violencia anormal, distinta de la energía que de manera corriente es la necesaria para el movimiento de la cosa; no habrá violencia cuando el sujeto obra de la manera como normalmente obra el dueño. Así lo sostiene ALFREDO J. MOLINARIO y RICARDO C. NÚÑEZ, autores extranjeros<sup>15</sup>, pero también es opinión común en la doctrina nacional. Así, HUMBERTO BARRERA DOMÍNGUEZ dice que para que haya robo "es necesario que ese despliegue de energía de parte del delincuente obre contra las defensas materiales que resguardan la cosa para cumplir su apoderamiento *por medios no ordinarios o corrientes*"; el quebrantamiento de las defensas, según él, es el que permite tomar las cosas *de manera no común u ordinaria*<sup>16</sup>. Y LUIS EDUARDO MESA VELÁSQUEZ afirma: "Si la fuerza en la cosa se ejerce en una forma normal, con los sistemas ordinarios y adecuados para la remoción o traslación del objeto, *en forma semejante a como procedería el mismo propietario*, el título del hecho es hurto y no robo"<sup>17</sup>.

Frente a este concepto de violencia con el que se viene trabajando en la práctica, habría que concluir que la hipótesis del raponazo configura un hurto calificado, ya que "rapar" la cadena, el reloj, los aretes o el bolso, no es la manera "como procedería el mismo propietario" a tomar estos objetos; el arrebatar no es el medio "ordinario o corriente".

Lo anterior me parece claro; razón por la cual digo que es menester hacer una limitación al concepto de violencia con el que se ha venido trabajando: esta sería una limitación al concepto de violencia "por lo alto". La tesis que se sostiene implica que a lo que se ha venido teniendo como violencia configurante del robo por no obrar el sujeto como normalmente obraría el dueño respecto de la cosa, aquí, a los efectos del raponazo, no se le consideraría como violencia para calificar el hurto. Es que en el raponazo, la violencia que se ejerce tiene una particularidad: se ejerce directamente *sobre* la cosa, no *contra* la cosa y nunca directamente sobre la persona. Tal es el requisito siguiente de la figura que comento.

<sup>15</sup> ALFREDO J. MOLINARIO (*Derecho penal*, Buenos Aires, Edit. Revista Jurídica, 1937, págs. 65 y 66) dice: "existe fuerza en las cosas, cuando la remoción de la misma, con ánimo de apoderamiento, tiene lugar por medios no comunes u ordinarios"; y RICARDO C. NÚÑEZ manifiesta que para que haya robo, "es necesario, además, que la fuerza empleada no sea la necesaria para lograr la modificación consistente en la forma normal de salvar el resguardo representado por la propia naturaleza de la cosa, o por los mecanismos de que está dotada. La fuerza debe tener, en una palabra, un sentido *anormal*, aunque no necesariamente destructor o dañador...". *Delitos contra la propiedad*, Buenos Aires, Edit. Bibliográfica Argentina, 1951, págs. 191 y 192.

<sup>16</sup> HUMBERTO BARRERA DOMÍNGUEZ, *Delitos contra el patrimonio económico*, cit., págs. 121 y 124. Las bastardillas no pertenecen al original.

<sup>17</sup> LUIS EDUARDO MESA VELÁSQUEZ, *Delitos contra la vida y la integridad personal y delitos contra la propiedad*, pág. 157.

3) *La fuerza debe ejecutarse solo sobre la cosa de manera directa, y solo de manera indirecta sobre la persona.* Si fuese a justificar la agravante del hurto cuando se comete con arrebato, diría que la razón está en el hecho de la sorpresa con que el sujeto normalmente obra, lo cual hace más difícil la defensa del bien patrimonial. Ahora bien: ¿por qué el arrebato no debe constituir la violencia del num. 1º del art. 350? En otras palabras dicho: ¿por qué el arrebato no debe tener la rigurosa pena del art. 350? A mi manera de ver, la razón estriba en el hecho de que si la fuerza solo es dirigida sobre el objeto para agarrarlo, tal fuerza no compromete la vida o la integridad personal del ofendido. Aquí son válidas las palabras de CARRARA: “cuando el individuo y la libertad de sus miembros permanecen enteramente ilesos, solo las cosas quedan como sujeto pasivo del delito, y todo el objeto jurídico de este se concreta en el derecho de propiedad”<sup>18</sup>.

Téngase en cuenta que CARRARA alude a la *rapiña* del Código Penal toscano de 1854 que, como se ha visto, era una forma atenuada del *hurto violento*. En la *rapiña*, “la cosa es arrebatada” de encima del propietario sin emplear *violencia directa* sobre él, sino sobre las cosas, con tal que (y entiéndase bien) la *violencia del ladrón se haya empleado para vencer de modo mediato la fuerza física del propietario que quiere retener lo que es suyo*. En esto consiste la verdadera esencia constitutiva de la *rapiña*. Es preciso que el ladrón no haya puesto las manos sobre la persona del dueño; de otra manera sería hurto violento”<sup>19</sup>.

Y los comentaristas del Código Penal italiano de 1931, todos a una, reconocen que en el *strappo* o raponazo existe una energía, fuerza o violencia, pero no de tal naturaleza como para constituir la “*rapiña*” del Código actual (art. 628), ni tampoco la violencia sobre la cosa que figura como causal de agravación del art. 625, el mismo que consagra como agravante del hurto el *strappo* o raponazo. Dice así FRANCESCO ANTOLISEI:

“La hipótesis del «strappo», que en jerga napolitana se conoce como «scippo», se verifica cuando la cosa es arrebatada de la mano (ejemplo, una bolsa) o de encima de la persona (ejemplo, un reloj atado al chaleco con una leontina). Aquí se encuentra una forma mínima de violencia, la cual debe aplicarse directamente sobre la cosa y solo indirectamente sobre la persona, porque en caso distinto se tendrá *rapiña* y no hurto”<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> FRANCESCO CARRARA, *Programa de derecho criminal*, cit., pág. 190. En cambio, el párrafo siguiente al citado, no me parece que sea aplicable a nuestro Código: “también es preciso, dice, que el propietario haya empleado o haya intentado emplear la fuerza propia para retener lo que es suyo, y que esa fuerza haya sido vencida por la del ladrón; de otro modo sería *hurto con destreza*, y creo erróneo confundir los dos casos”. *Op. cit.*, pág. 191. Y en la nota 3 del mismo § 2152, al cual pertenecen estas dos citas, dice: “Para que pueda haber título de *rapiña*, es indispensable que *al menos por un momento haya lucha entre las dos fuerzas* y esto es claro ante los principios racionales”. *Op. cit.*, pág. 193. No me parece que sean aplicables estas palabras de CARRARA con referencia a la tesis que aquí se sustenta, pues, precisamente, según mi criterio, cuando hay “lucha entre las dos fuerzas”, aunque sea por un momento, ya no hay raponazo.

<sup>19</sup> FRANCESCO CARRARA, *Programa*, cit., pág. 191.

<sup>20</sup> FRANCESCO ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., t. I, pág. 253.

SILVIO RANIERI define el raponazo como:

“La violencia empleada directamente sobre la cosa para vencer de modo indirecto una resistencia del tenedor, que tiene la cosa en sus manos o que la lleva personalmente”<sup>21</sup>.

El autor que acabo de citar precisamente pone como ejemplo del *strappo* el “raparle el bolso a una señora”.

Finalmente, tenemos a GIUSEPPE SANTANGELO:

“El *strappo* o *scippo* es un acto violento ejercitado sobre un objeto desprendiéndolo súbitamente de la persona que lo detenta: tal violencia debe ser necesariamente advertida por el sujeto pasivo del hurto, el cual tiene el objeto en la mano o encima, porque de otra manera se entra en la hipótesis del hurto con destreza”<sup>22</sup>.

Ahora bien: una objeción puede suscitarse en este punto de la exposición: el art. 350, num. 1º, consagra como *hurto calificado* la “violencia sobre las personas o las cosas”. Si, pues, se ha dicho que en el raponazo existe esa fuerza, esa violencia desplegada sobre el objeto de manera directa, ¿no será ello precisamente suficiente para la configuración de la *calificante*? Precisamente, respondiendo a la pregunta de manera afirmativa es como se llega al absurdo de aplicar más pena a casos menos graves y viceversa. Y como la respuesta afirmativa conduce a conclusiones injustas e inconvenientes, se debe por ello sostener que el “tirón”, por sí solo, si bien entendido en el lenguaje coloquial o cotidiano, es constitutivo de fuerza o violencia, en el sentido del art. 350 no constituye violencia. La violencia del art. 350 es una violencia *contra* la persona o *contra* la cosa o sus defensas, mientras que la fuerza en el raponazo es una fuerza que no va contra la persona sino solo sobre la cosa para tomarla.

Violencia en el sentido del art. 350 solo existirá cuando en el caso haya “lucha entre las dos fuerzas”, aunque sea por un momento; cuando hay “refriega”, “restregón”, o “agarrón”; cuando víctima y victimario se “ligan” o “trenzan”. Si esto sucede, ya no estaremos en presencia del raponazo sino ante un hurto calificado.

Si se me permite, resumo mi pensamiento en una corta frase: la fuerza que se limita al solo “zarpazo” a la cosa, al solo arrebato, no es constitutiva de violencia para configurar el hurto calificado.

4) Finalmente se tiene el último elemento del raponazo a saber, *la cosa arrebatada debe ser llevada por la persona consigo*. Ya se ha visto cómo el Código Penal toscano, cuando se refería al arrebato como forma atenuada de la violencia en el hurto violento, aludía al arrebato “de la mano o de encima algún objeto”, y cómo el Código Penal de 1931 utiliza la misma expresión. Nuestra ley emplea la expresión cosas u objetos que las personas “llevan consigo”. A mi manera de ver, el sentido de las expresiones son equivalentes; por la expresión “llevar consi-

<sup>21</sup> SILVIO RANIERI, *Manual de derecho penal*, t. VI, Bogotá, Edit. Temis, 1975, pág. 49.

<sup>22</sup> GIUSEPPE SANTANGELO, *Manuale di diritto penale*, Milano, Edit. Giuffrè, 1967, pág. 571.

go” se entiende tanto la hipótesis de la cosa que se lleva *en la mano* como una bolsa, una maleta o una caja en las que se conduzca un contenido, como el arrebatamiento de cualquier objeto que la persona porte como haciendo parte de sus prendas.

No se ajustaría a la figura del raponazo el hecho de que un sujeto meta la mano en un carro y saque las cosas que allí se tienen, esté el carro o no en movimiento. Me explico: si un sujeto de manera sorpresiva se lleva una caja que se encuentra en la parte de adelante del bus, junto a la cabrilla o palanca de cambios, no se tratará de la figura del raponazo, como sí ocurriría si la caja fuese llevada por la persona sobre sus piernas o estando en contacto inmediato con la cosa, supongamos que se encuentre sentada en la banca de adelante del mismo bus. En el primer caso, es cierto que la cosa “va con la persona”, pero no se debe considerar la existencia del raponazo, pues la razón de ser de la agravante no existe: la fuerza, en el primer caso, recayó únicamente sobre la cosa y de manera *mediata* o indirecta sobre la persona. En resumen, el “llevar consigo”, implica el “llevar en la mano” o “llevar encima” de la legislación italiana.

## LA IMPUTABILIDAD JURIDICOPENAL: UN FENÓMENO EN CRISIS\*

Dr. FERNANDO VELÁSQUEZ V.

Profesor de las Universidades de Medellín y Antioquia

I. Abordar el fenómeno de la *imputabilidad* supone, como es apenas lógico, el estudio de su aspecto negativo, la *inimputabilidad*, y al mismo tiempo su ubicación en el esquema del delito, entendido este como acción típica, antijurídica y culpable, *noción dogmática* que suministra el legislador colombiano. El lugar donde debe estudiarse la imputabilidad o no del individuo que ha invadido la órbita de la legislación penal, ha sido siempre objeto de arduas disputas, al punto que alguna vez FRANK la calificó como “el fantasma errante” de la teoría del delito, denominación más acertada, si se piensa que su base está constituida por una serie de datos naturalísticos de difícil valoración y que la moderna siquiatria aún no logra precisar<sup>1</sup>; son justamente estas dificultades las que han llevado a un profundo cuestionamiento del concepto, del que tampoco se han librado los ya tradicionales conceptos del derecho penal, hoy duramente enjuiciados y que nos sitúan, tal vez, a las puertas de definitivas y radicales transformaciones.

La exposición que a continuación haremos versará, en apretada síntesis, sobre la concepción dominante del fenómeno, inspirada en los postulados del librearbitrismo, hoy remozado, sustento filosófico del derecho penal con el cual trabajamos y del que parte nuestro legislador.

II. La distinción entre personas que gozan de una capacidad síquica para comprender la antijuridicidad de su conducta, y personas en estado de incapacidad síquica para los mismos cometidos, no es, ni mucho menos, moderna. En efecto, ya en el derecho romano encontramos la presencia de medidas asegurativas para los locos furiosos que hubiesen cometido algún delito cuando no se encontraban “en su juicio”, medidas consistentes en el depósito en casa de sus propios familiares o en el encierro vigilado por guardas; lo mismo acontecía con los menores, a quienes se excusaba de pena, no ya por su estado de anormalidad síquica sino por el de inocencia<sup>2</sup>.

\* Conferencia pronunciada en el foro de la U. de Medellín, el 12 de septiembre de 1983. El autor es profesor de Derecho Penal en la misma Universidad. Publicado en *Tribuna Penal*, N° 2, Revista del Colegio de Abogados Penalistas de Antioquia.

<sup>1</sup> El sustrato de la imputabilidad, dice ZAFFARONI, “yace en una serie de datos psicológicos, poco sencillos de explicar y de valorar jurídicamente y, por cierto que, en ciertas ocasiones, poco firmes, por cuanto dependen no solo de conceptos sobre la conducta patológicamente condicionada, sino que las preguntas que el penalista formula a la siquiatria están en los límites de los conocimientos de esta (cuando no a merced de una ardiente lucha de escuelas en la que no es dable al jurista entrar)” (EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *Tratado de derecho penal*, t. IV, Buenos Aires, Ediar, 1982, pág. 119).

<sup>2</sup> Así lo contemplaba el *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano, como lo pone de presente LUIS ALBERTO KUITKO, “Alienación y delito en Roma”, en *Revista Nuevo Foro Penal*, N° 2, Medellín, Ed. Acosta, 1979, pág. 36.

También en las *Siete Partidas* españolas, recopiladas por orden de Alfonso X "El Sabio", hacia 1265, se elimina la responsabilidad de los locos, de los furiosos, de los desmemoriados y de los menores de diez años y medio<sup>3</sup>.

Igual conclusión extraemos si se examina la *Curia Filípica* española, que preceptuaba tratamiento similar para las personas indicadas; añadiendo que al borracho se le imponía una pena inferior y de naturaleza distinta a la ordinaria; al sonámbulo que no conocía su sonambulismo se le eximía de pena; lo mismo al sordo y al mudo en determinados supuestos<sup>4</sup>.

Con el incremento de las codificaciones penales hacia el siglo XVIII, la distinción se acentúa, hasta llegar al moderno derecho penal que impone penas a los *imputables* que han realizado un injusto reprochable con fundamento en la *culpabilidad*, y medidas de seguridad a los *inimputables* que han realizado un injusto con fundamento en su *peligrosidad*.

III. Llegar a esta distinción ha sido, sin embargo, difícil, si se tiene en cuenta que al lado de la *imputabilidad* aparecen los conceptos de *culpabilidad* y *responsabilidad*, sometidos a veces a confusiones y a disímiles tratamientos, que se pueden superar, por lo menos en parte, si se les da un enfoque escalonado<sup>5</sup>.

Ocupémonos, en primer lugar, de la *imputabilidad*. En la base del concepto, desde CARRARA hasta WELZEL, encontramos, como fundamento filosófico, el libre albedrío; la imputabilidad es un concepto existencial. Esta es una de las alternativas; la otra es la que ofrece el positivismo naturalista, que niega la distinción entre imputables e inimputables: si no existe el libre albedrío no tiene sentido plantearse si el individuo puede o no ser libre, lo determinante es la capacidad de convivir en sociedad<sup>6</sup>.

Para CARRARA el concepto de delito supone la comprobación de que el agente, en los momentos de la percepción y del juicio, se halle iluminado por el entendimiento; que en el momento del deseo y en el de la determinación, haya gozado de la plenitud de su libertad<sup>7</sup>. Es esta la concepción clásica, originada en la doc-

trina de la *responsabilidad moral*, producto del influjo del cristianismo, del resurgir del derecho romano y del consecutivo desarrollo del derecho canónico; "por obra de los teólogos, el libre arbitrio se convierte en alma del derecho penal y esta formulación llega hasta nuestros días recogida por la escuela clásica", apunta DÍAZ PALOS<sup>8</sup>.

En WELZEL, con quien prácticamente culmina toda la evolución de la dogmática alemana, la imputabilidad, ya como concepto normativo, se debe entender como *capacidad de culpabilidad*, es la capacidad del autor de comprender lo injusto del hecho y de determinar la voluntad conforme a esta comprensión<sup>9</sup>. De una o de otra manera, la doctrina indeterminista, preside el concepto de imputabilidad, más radical en CARRARA que en WELZEL, para quien en el estado actual de la ciencia es imposible constatar o desvirtuar la presencia o no del libre albedrío. En ello, no deja de tener razón<sup>10</sup>; lo que sí es preocupante es que, partiendo de tal concepto, pretendamos construir una "ciencia" del derecho penal. Tal vez esta sea razón suficiente para argüir que no solo el derecho penal, sino el concepto de imputabilidad, se encuentran en crisis. De este *concepto existencial* de imputabilidad es que parte nuestro legislador en el artículo 31 del Código Penal, cuando dice que 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".

Ahora bien, con esta fórmula de imputabilidad hemos dado un paso, nos hemos colocado tal vez "a tono" o "a la moda", y hemos superado esa compleja estructura que quiso empotrar el legislador en el estatuto punitivo de 1936: el principio de la responsabilidad social (el determinismo), atenuado con el reconocimiento de los eventos de inimputabilidad, fundados en el principio de la responsabilidad moral (el indeterminismo); dos concepciones filosóficas totalmente contrapuestas en peligroso ayuntamiento.

Pero tal vez valga la pena reparar en una tercera vía, a más de las dos planteadas; se trata de un *concepto de imputabilidad con fundamentos materialistas*, estructurada a partir del materialismo dialéctico, como lo pretenden las legislaciones de corte socialista, que siguen los lineamientos de la legislación penal soviética, donde la doctrina ha entendido que la consciencia y la voluntad como funciones básicas que determinan la conducta de la persona y sus actos "están condicionados por la realidad objetiva, por las condiciones de la vida económica de la sociedad, y ante todo por el medio social en el cual se forma la personalidad humana. Sin embargo, esta dependencia del medio exterior no excluye en forma alguna el papel activo de la consciencia y la voluntad de la persona ni determina fatalmente su con-

<sup>8</sup> FERNANDO DÍAZ PALOS, *Teoría general de la imputabilidad*, Barcelona, Edit. Bosch, 1965, pág. 87.

<sup>9</sup> HANS WELZEL, *Derecho penal alemán*, Santiago de Chile, Edit. Jurídica de Chile, 1976, pág. 216.

<sup>10</sup> Para él, "todo conocimiento científico encuentra aquí su límite, puesto que no puede convertir en objeto algo que por principio no es susceptible de objetivación, esto es, la subjetividad del sujeto" (ob. cit., pág. 215). Por esta razón, agrega, los siquiátras, conscientes de su responsabilidad, rechazan responder al problema en forma científica limitándose a constatar la existencia de determinados estados mentales anormales o perturbaciones de consciencia.

<sup>3</sup> J. BENEYTO, *Derecho histórico español*, t. III, Barcelona, Edit. Bosch, 1931, págs. 207 y 208.

<sup>4</sup> JUAN DE HEVIA BOLAÑOS, *La Curia Filípica*, Madrid, Imprenta de la Compañía General de Impresores y Libreros, 1841, págs. 210-211.

<sup>5</sup> Un estudio detallado de la evolución de los tres conceptos en las doctrinas italiana, francesa, belga, inglesa, española e iberoamericana, en LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de derecho penal*, t. v, Buenos Aires, Losada, 1976, págs. 39 y ss.

<sup>6</sup> Cfr. JUAN BUSTOS RAMÍREZ, "La imputabilidad en un Estado de derecho" en *Bases críticas de un nuevo derecho penal*, Bogotá, Edit. Temis, 1982, pág. 87. Para este autor, el *concepto existencial*, no trata de resolver con la imputabilidad "el problema previo y básico de la culpabilidad, de si el hombre es libre o no, que tiene un carácter abstracto y absoluto, sino de señalar que ciertos individuos no tienen la capacidad vital (existencial) de comprender y actuar según el valor; en otras palabras, de ser libres. Se trata de sujetos a quienes en concreto o existencialmente, les está negada la libertad" (ob. cit., pág. 87). Ahora bien, para el *positivismo naturalista*, lo que interesa determinar "es la capacidad para atentar contra el orden social y en tal medida, los llamados «inimputables» ya por definición presentarán rasgos de elevada peligrosidad social y, por tanto, respecto de ellos con mayor razón debe ejercitarse la defensa social" (ob. cit., pág. 88); en este sentido cfr. ENRICO FERRI, *Principios de derecho criminal*, Madrid, Edit. Reus, 1933, pág. 225.

<sup>7</sup> Distingue el maestro de Pisa entre *imputar* (poner una cosa cualquiera en la cuenta de alguien), *imputabilidad* (el juicio que hacemos de un hecho futuro) e *imputación* (el juicio de un hecho ocurrido). Cfr. FRANCESCO CARRARA, *Programa de derecho criminal*, vol. I, Bogotá, Edit. Temis, 1971, pág. 34. El mismo da por supuesto el libre albedrío: "no me ocupo de cuestiones filosóficas, por lo cual presupongo aceptada la doctrina del libre albedrío y de la imputabilidad moral del hombre, y asentada sobre esta base la ciencia criminal, que mal se construiría sin aquella" (ob. cit., pág. 32).

ducta"<sup>11</sup>. Se parte del postulado marxista de que todo lo que incita a la persona a la actividad tiene que pasar por su cabeza. Bien valdría la pena contemplar esta posible tercera vía, tal vez una variante del determinismo, pero que de todas maneras hace hincapié no solo en la vida económica de la sociedad sino en el medio social donde se desenvuelve la personalidad del hombre, aspectos olvidados muchas veces por nuestra administración de justicia, cuando se trata de determinar la imputabilidad o no de los sujetos del proceso penal.

IV. Pero ocupémonos de los conceptos de culpabilidad y de responsabilidad. El concepto de culpabilidad con el que trabajamos tampoco puede alejarse del cuestionamiento anterior. Es un concepto, definitivamente, también en crisis. Por *culpabilidad*, y desde este punto de vista, puede entenderse "el conjunto de presupuestos o caracteres que debe presentar la conducta, para que le sea reprochada jurídicamente a su autor"<sup>12</sup>; culpabilidad es reprochabilidad. Este concepto debe tener un control material para evitar caer en una culpabilidad moral, como acontece con un sector de la actual ciencia del derecho penal alemán; aunque bien valdría la pena ir pensando en renunciar al reproche de culpabilidad, como lo ha puesto de manifiesto HASSEMER<sup>13</sup>.

Este concepto de culpabilidad, que podemos considerar propio del actual derecho penal, debe diferenciarse del concepto de "culpabilidad" del derecho procesal penal, que identifica culpabilidad con "la resultante de la presencia de todos los requisitos del delito, además de la prueba del mismo en el debido proceso legal"<sup>14</sup>.

Llegamos finalmente a la *responsabilidad*. La expresión viene de *respondere*: estar obligado; por ello, implica la obligación de satisfacer, pagar, reparar el daño ocasionado por la conducta propia o ajena. O, como dice RANIERI: "es la relación que surge entre el Estado y el autor del delito, cuando se compruebe, por la vía jurisdiccional, que está obligado a sufrir las consecuencias juridicopenales de su conducta"<sup>15</sup>. Este concepto, producto de un derecho penal en crisis, es y debe ser objeto de decididos cuestionamientos.

V. La denominación de la imputabilidad como *capacidad de culpabilidad*, no ha sido tampoco pacífica en la doctrina, especialmente en la alemana, de donde proviene tal elaboración; en efecto, cuatro son las alternativas que se presentaron en el pasado para ubicar la imputabilidad dentro del esquema del delito y llegar a concluir, como se hace hoy, que si bien es capacidad de culpabilidad, se requiere

<sup>11</sup> Cfr. ZDRAVOMISLOV, SCHNEIDER, KELINA y RASHKOVSKAIA, *Derecho penal soviético*, Bogotá, Edit. Temis, 1970, pág. 143.

<sup>12</sup> EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *Teoría del delito*, Buenos Aires, Ediar, 1973, pág. 505.

<sup>13</sup> WINFRIED HASSEMER, "Alternativas al principio de culpabilidad" en *Cuadernos de Política Criminal*, N° 18, Madrid, Edersa, 1982, págs. 473 y ss. Sin embargo, tal renuncia no lograría erradicar el libre albedrío, pues, como el mismo autor lo dice: "no creo que el derecho penal y la vida cotidiana pudieran subsistir sin la idea de libertad de voluntad, ni que las relaciones humanas en general o las conformadas jurídicamente puedan existir o extenderse bajo la hipótesis determinista de la dirección causal" (pág. 479).

<sup>14</sup> ZAFFARONI, ob. cit., pág. 506.

<sup>15</sup> SILVIO RANIERI, *Manual de derecho penal*, t. II, Bogotá, Edit. Temis, 1975, pág. 205.

una "capacidad síquica" repartida en todos los estratos del concepto de delito, como lo propone ZAFFARONI<sup>16</sup>.

Como primera medida se sostuvo que era *capacidad de pena*. Imputabilidad era la posibilidad de imponer pena; con ello, el momento para examinar la capacidad síquica del sujeto era el de aplicar la pena. Este criterio supone entender la pena como prevención general, al paso que se muta el momento en que el fenómeno debe presentarse; teniendo en cuenta la prevención general en vez del estado de ánimo del autor, como dice MEZGER, para quien es evidente que "la imputabilidad es coetánea con el acto y no con la pena"<sup>17</sup>.

También se dijo que era *capacidad de acción*. Antes de examinar si estamos en presencia de una conducta humana, hay que precisar si el sujeto es o no imputable. Tal argumento se rebate fácilmente, "es sabido que el niño, como el loco, no obstante ser inimputables pueden actuar"<sup>18</sup>.

Otros sostuvieron que era *capacidad de deber*. La inimputabilidad descarta, entonces, la antijuricidad; el inimputable no puede realizar actos antijurídicos, todos sus actos son lícitos.

Finalmente, se ha concebido como *capacidad de culpabilidad*. La imputabilidad es la capacidad del autor para comprender el injusto del hecho y para determinar su voluntad conforme a dicha comprensión, tesis por la que parece inclinarse el legislador colombiano, al darle tal enfoque, así se ubique el fenómeno antes del capítulo dedicado a la culpabilidad<sup>19</sup>.

Dentro del grupo de doctrinantes que vinculan la imputabilidad con la culpabilidad, hay quienes se inclinan por ubicarla como *presupuesto*, mientras que para otros es *elemento*. Lo primero supone que debe ser tratada antes de la culpabilidad, que está fuera de la proposición, aunque esta dependa de él; lo segundo quiere decir que forma parte de la proposición<sup>20</sup>.

Tal distinción no tiene ninguna trascendencia práctica; tal vez su única importancia resulta del plano formal, en donde optar por uno u otro, nos puede situar ante una concepción psicológico-normativa o normativa pura de la culpabilidad<sup>21</sup>.

VI. Hechas las precisiones anteriores, debemos proceder a enunciar los criterios legales que se tienen en cuenta para regular la imputabilidad, ubicando asimismo

<sup>16</sup> ZAFFARONI, *Manual de derecho penal*, 3ª edición, Buenos Aires, Ediar, 1982, pág. 296. Con mejor sustentación su *Tratado* cit., t. III, pág. 141.

<sup>17</sup> Sobre este punto ZAFFARONI, *Tratado*, cit., t. IV, págs. 114 y ss. La transcripción de MEZGER, en *Tratado de derecho penal*, t. II, Madrid, Edit. Revista de Derecho Privado, 1949, pág. 41.

<sup>18</sup> EDMUND MEZGER, *Idem*, pág. 40. En el mismo sentido DÍAZ PALOS, ob. cit., pág. 27. JIMÉNEZ DE ASÚA, t. III, pág. 338 (edic. 1977) y v, pág. 83 (edic. 1976).

<sup>19</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, t. V cit., pág. 84, ha criticado duramente esta concepción, por ser un "flagrante vicio metódico" y una "evidente tautología"; lo primero, porque la imputabilidad sería presupuesto psicológico de la culpabilidad normativa, y lo segundo, porque habría que seguir preguntando qué es la capacidad de reproche.

<sup>20</sup> La distinción en JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, cit., t. V, pág. 74.

<sup>21</sup> ZAFFARONI (*Tratado* cit., t. IV, pág. 117) arguye que "su ubicación en el plano anterior al de la culpabilidad carece de coherencia porque también habría que colocar en plano anterior al de la tipicidad, una capacidad psíquica de tipicidad..., antes de la justificación una capacidad psíquica para la misma, y antes de la acción una capacidad de actuar de la misma naturaleza".

la fórmula de nuestro Código Penal, la cual debe ser algo desglosada, para terminar refiriéndonos a las medidas de seguridad y plantear las conclusiones a que queremos llegar.

Son tres, básicamente, las fórmulas que emplean las diversas legislaciones:

a) *Las biológicas o siquiátricas*. Aquellas que mencionan *la causa* que origina el fenómeno, pero no los efectos; la ley se limita a señalar ciertas noxas siquiátricas que hacen al sujeto inimputable. Tal era la regulación de nuestro anterior estatuto punitivo y del Código francés de 1810.

b) *Las sicológicas*. Aluden al *efecto*, no así a la causa; señalan “los dos pilares de la imputabilidad, a saber, la comprensión y la voluntad. Se dirá, por ejemplo, que es inimputable el que al momento del hecho no tuviere consciencia y/o voluntad de sus actos, o el que no tuviere capacidad de comprender y/o determinarse”<sup>22</sup>. Un ejemplo cabal es el Código Penal toscano de 1854.

c) *Las mixtas*. Precisan tanto *el efecto* como *la causa*; no solo se explica el fenómeno que hace al sujeto inimputable, sino que también “se explica a la vez por qué ocurre eso, es decir, se menciona la repercusión de la edad, la perturbación mental o la desarticulación cultural en la comprensión y la voluntad del sujeto”<sup>23</sup>. Tal es el sistema que acoge el Código Penal alemán vigente desde 1975, y por consiguiente el colombiano en su art. 31.

VII. En la fórmula mixta del art. 31 del C. P., encontramos como *causas*, el *trastorno mental* y la *inmadurez sicológica*; como *efectos*, la incapacidad de comprender la ilicitud y/o determinarse de acuerdo con esa comprensión. Pero, también, en un *aspecto jurídico*, el hecho tiene que ser producto de la anormalidad del agente y debe haberse presentado “al momento de ejecutar el hecho legalmente descrito”. Se trata, entonces, de una fórmula sicológico-siquiátrico-jurídica.

En cuanto a *las causas* ya mencionadas, una de ellas, el *trastorno mental* (permanente o transitorio), pese a ser un concepto jurídico, se remite a parámetros siquiátricos, de ello no cabe duda; en cambio la *inmadurez sicológica*, pese a la amplitud del término, debe medirse con parámetros sicológicos y parece constituir también una categoría siquiátrica dentro de la actual nosología<sup>24</sup>.

*Los efectos*, que nos sitúan ante la necesaria evaluación sicológica, implican un estudio de la personalidad del agente, acudiendo a todos los medios que las disciplinas sicológicas utilizan en sus evaluaciones.

<sup>22</sup> NÓDIER AGUDELO, *Los inimputables frente a las causales de justificación e inculpabilidad*, Bogotá, Edit. Temis, 1982, pág. 34. También QUINTILIANO SALDAÑA, *La Psiquiatría y el Código*, Madrid, Edit. Reus, 1925, págs. 49 y ss.; FERNANDO DÍAZ PALOS, ob. cit., págs. 149 y ss.

<sup>23</sup> Cfr. AGUDELO, ob. cit., pág. 34. Un amplio desarrollo del tema, en nuestro trabajo “El trastorno mental transitorio: su origen y evolución”, en *Nuevo Foro Penal*, N° 5, Medellín, Ed. Acosta, 1980, págs. 59 y ss.

<sup>24</sup> Ciertamente la locución es muy amplia; sin embargo, podría remitirse a los rubros consagrados dentro del Grupo III de la Clasificación Internacional de las Enfermedades Mentales de la O.M.S., especialmente a los números 312 (“Perturbación de la conducta no clasificada en otra parte”) y 313 (“Perturbación de las emociones peculiares de la niñez y de la adolescencia”), en su novena revisión. Además se incluiría no solo la *inmadurez afectiva*, sino también la llamada *inmadurez cultural*. En fin de cuentas, consideramos que la expresión *inmadurez sicológica* podría ubicarse dentro del concepto jurídico, más amplio, de “trastorno mental”.

El *aspecto jurídico*, remitido al juez y no a los peritos como ha sido la usanza, supone que el funcionario, con fundamento en la evaluación pericial, determine la imputabilidad o no del agente, mediante un juicio netamente jurídico, sin enajenar en terceros las funciones propias de su investidura<sup>25</sup>.

VIII. La *capacidad de comprender la ilicitud* y la *capacidad de determinación*, presupone un profundo estudio de la personalidad del agente, para lo cual se deben escrutar “todas las manifestaciones de la conciencia que se integran a través de las esferas de la inteligencia, de la afectividad, y de la actividad o voluntad, en una unidad compuesta de rasgos innatos y adquiridos llamada personalidad”<sup>26</sup>.

En la *esfera intelectual* se deben estudiar las siguientes manifestaciones de conciencia: la sensación, la percepción, la memoria, la representación, la imaginación, el pensamiento y el lenguaje; en la *esfera afectiva*, han de estudiarse las emociones, los sentimientos, los estados de ánimo, los afectos y las pasiones; en la *esfera volitiva*, los actos voluntarios compuestos, simples, automáticos, los hábitos, las costumbres; los actos involuntarios o instintivos; las aptitudes, las habilidades y las capacidades. Sin embargo, previo a este análisis se debe estudiar, *el proceso de la atención*, ya que sin esta no hay manifestación de conciencia alguna<sup>27</sup>.

La fórmula vertida en el art. 31 comprende, sin lugar a dudas, el estudio de los tres estratos; la capacidad de comprensión hace alusión a la esfera intelectual, la capacidad de determinación a la volitiva, pero también a la afectiva o caracterológica, pues también las perturbaciones de esta última esfera han de ser tenidas en cuenta, cuando reúnan la entidad suficiente y constituyan, obviamente, trastorno mental o *inmadurez sicológica*, de conformidad con los dictados de nuestro legislador; nuestra fórmula difiere de la italiana, que habla de “capacidad de entender y de querer” (art. 85), lo que no ha impedido que se asimile a la capacidad de comprender la ilicitud y de determinarse, como se constata, por ejemplo, en RANIERI<sup>28</sup>.

<sup>25</sup> ZAFFARONI, *Tratado* cit., t. IV, dice que “la imputabilidad es un concepto jurídico, cuya valoración corresponde únicamente al juez, al que el perito ilustra con los datos de su ciencia” (págs. 59 y ss.).

Una fórmula mixta, como la nuestra, hace aconsejable que el juez acuda, como primera medida, al perito sicólogo, para que realice un adecuado estudio de personalidad, cuyos resultados serán remitidos luego al siquiatra, a cuyo efecto se elaborará por el funcionario un cuestionario lo más completo posible, preguntando sobre la posible presencia de una de las causas que generan la inimputabilidad, apoyándose en las resultas del dictamen sicológico. En ocasiones, sin embargo, habrá que acudir a otro tipo de peritos: antropólogos (en los casos de *inmadurez cultural* o de *inimputabilidad de indígenas*), neurólogos, radiólogos (en los casos en que se requieran electroencefalogramas, radiografías craneanas, etc.), sociólogos (para que estudien fenómenos sociales presentes en la cultura o subcultura a que pertenece el procesado), etc. Todos los resultados obtenidos pueden ilustrar al siquiatra a la hora de determinar la presencia de la causa. Sin caer en el error tradicional cometido entre nosotros, consistente en que nuestros funcionarios, generalmente, dejan en manos de los peritos, que apenas son meros auxiliares, la determinación de un fenómeno estrictamente jurídico, cual es la imputabilidad; es más, se confía ciegamente en estas evaluaciones, muchas veces demasiado antitécnicas y deficientes, cuando el juez tiene amplias facultades para acoger o rechazar el dictamen de conformidad con la ley procedimental penal. Es tan evidente ello, que el art. 411 del C. de P. P. ordena “un examen por peritos médicos” y no un juicio de imputabilidad, como se cree ordinariamente.

<sup>26</sup> MARCO A. CASTRO REY, *Manual de psiquiatría forense y reflexología*, Bogotá, Talleres de la Penitenciaría Central, 1967, pág. 13.

<sup>27</sup> Ídem, pág. 14.

<sup>28</sup> SILVIO RANIERI, *Manual*, cit., t. II, pág. 224. Igual identificación en FERNANDO MANTOVANI, *Diritto penale*, Bologna, CEDAM-Padova, 1979, pág. 577. FRANCESCO ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, Milano, Giuffrè Editore, 1982, pág. 527.

El efecto psicológico del que nos venimos ocupando, puede, entonces, entenderse como la "aptitud de aprehender el significado éticosocial del hacer, y a la de adoptar en suma actitudes de valor éticosocial y de basar la conducta en lúcida motivación"<sup>29</sup>. Ahora bien, para que se presente la inimputabilidad, basta con la presencia de uno de los dos aspectos, máxime que se puede tener, 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"<sup>30</sup>.

IX. De *trastorno mental*, pero también de *enfermedad mental*, habla nuestro estatuto punitivo, a la hora de regular las causas. En los arts. 31 a 33 se encuentra la primera locución; en los arts. 56, 94 y siguientes, la segunda. Esta dicotomía, nos puede hacer pensar dos cosas: o el legislador identifica ambos términos, o los distingue y por ende esa diferenciación persigue un determinado cometido<sup>31</sup>. Nos inclinamos por esta última alternativa, máxime que en el estado actual de la polémica psiquiátrica, lo más conveniente es el empleo de la locución "trastorno mental", tal vez porque tiene una adecuada significación jurídica, alejando al jurista de la insoluble discusión entre psiquiatras, quienes aún no han podido ponerse de acuerdo en lo más importante: la clasificación de las entidades nosológicas. El término "trastorno mental" no puede entenderse como si de una entidad nosológica se tratara, sino simplemente como un término a interpretar según las necesidades y los fines del ordenamiento juridicopenal en el que se utiliza<sup>32</sup>.

Con razón, hoy, por obra de la nueva psiquiatría, se cuestiona profundamente el fundamento del concepto de enfermedad mental, al punto de hablarse del "mito de la enfermedad mental". Interesante, desde esta perspectiva, es conocer el concepto que de esquizofrenia —una de las formas de sicosis—, en broma, pero paradójicamente, muy en serio, nos formula THOMAS SZASZ: "si uno va a la iglesia y habla con Dios, a eso se llama rezar. Si sale uno de la iglesia y le dice al policía de la esquina que Dios ha hablado con uno, eso es esquizofrenia"<sup>33</sup>.

<sup>29</sup> J. CÓRDOBA RODA y G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código Penal*, t. 1, Barcelona, Edic. Ariel, 1976, pág. 208.

<sup>30</sup> RANIERI, ob. cit., pág. 225.

<sup>31</sup> Que la distinción debe hacerse, lo pone de manifiesto el hecho de que, al señalar las causas se habla de "trastorno mental" (y también la inmadurez psicológica lo es) y por eso se señala como tal en el art. 31; la enfermedad mental (permanente o transitoria), en cambio, como forma de trastorno mental, es un concepto que está remitido a las medidas de seguridad y al fenómeno de la suspensión de la pena. De lo anterior se desprende, entonces, que *lo determinante para imponer la medida ha de ser el trastorno (causa) y no la enfermedad mental*; la enfermedad mental (permanente o transitoria), es un evento de trastorno mental, al lado de la cual se pueden ubicar la misma inmadurez psicológica, la inmadurez afectiva, la inmadurez cultural, etc., como formas de trastorno mental. Así las cosas, queda una amplia gama de posibilidades para interpretar el art. 96, donde se podrán ubicar los demás casos que no impliquen "enfermedad mental" y que no requieran el tratamiento allí estipulado, como por ejemplo a los indígenas que no están dentro de lo preceptuado en el inciso 3°, a los inmaduros culturales, afectivos, etc.

<sup>32</sup> Cfr. en el mismo sentido FRANCISCO MUÑOZ CONDE, "La inimputabilidad del enfermo mental", en *Psicopatología*, año 2, N° 2, Madrid, 1982, pág. 128. Es evidente, dice el autor, que "al juez, al legislador o al técnico operador de las normas jurídicas no les interesa, o al menos no les interesa como objeto específico de su actividad, ni la nosología psiquiátrica, ni tan siquiera el diagnóstico, sino los efectos que sobre la conducta tiene una determinada calificación clínica y la forma de solucionar el conflicto social que la persona diagnosticada con esta calificación plantea" (idem, pág. 128).

<sup>33</sup> THOMAS SZASZ, "El mito de la enfermedad mental" en *Razón, Locura y Sociedad*, México, Ed. Siglo XXI, 1979, pág. 85.

Pese a estos nuevos aportes de las disciplinas psiquiátricas, sin reparar en ellos siquiera, nuestra doctrina y la jurisprudencia siguen estancadas, trabajando con conceptos de trastorno mental que responden a la época del positivismo científico, como veremos enseguida.

El trastorno mental permanente ha distinguido el estatuto punitivo del transitorio. Por trastorno mental permanente, nuestra doctrina y jurisprudencia han entendido "el trastorno general y persistente de las funciones síquicas, cuyo carácter patológico es ignorado o mal comprendido por el enfermo, y que le impide la adaptación lógica y activa a las normas del medio ambiente, sin provecho para sí mismo ni la sociedad", concepto este del legista argentino NERIO ROJAS, aunque referido a la "alienación", que nuestro viejo Código Penal asimilaba a "enajenación". Se trata de un concepto que debe someterse a profunda revisión, pues es consecuencia de un pensamiento cerradamente positivista "que definía la enfermedad mental como alienación y lo hacía siempre con una base biológica, reconocible física u orgánicamente", como acota ZAFFARONI<sup>34</sup>; ello supone desechar la comprensión de la ilicitud del acto (componente normativo) y se le toma en el mero sentido de conocimiento o captación intelectual, con lo cual el juez se limita a ser un *convitado de piedra*, pues el perito médico es quien diagnostica la "alienación" y finalmente la inimputabilidad. Tal vez esto explique el por qué nuestros jueces han dejado, casi siempre, tal tarea en manos de los peritos, convertidos, sin proponérselo, en una especie de "tinterillos" que trabajan con dos ciencias en crisis: la psiquiatría tradicional y el derecho penal.

Así las cosas, creemos que ese concepto de "trastorno mental", antes que responder a una entidad nosológica determinada, ha de constituirse en valiosa herramienta al servicio del ordenamiento juridicopenal, que a su turno debe irse nutriendo del acontecer social y de los nuevos desarrollos que se propician por parte de disciplinas afines.

Ahora bien, ante la anarquía reinante en el mundo psiquiátrico y cuando de calificar los trastornos mentales se trate y para efectos prácticos, creemos viable acudir, como marco de referencia, a la clasificación de la Organización Mundial de la Salud<sup>35</sup>.

<sup>34</sup> Cfr. NERIO ROJAS, *Medicina legal*, Buenos Aires, Edit. El Ateneo, 1976, pág. 307. La transcripción de ZAFFARONI, en *Tratado* cit., t. IV, pág. 125.

Una confrontación de la jurisprudencia y la doctrina colombianas en el trabajo de NODIER AGUDELO, "El trastorno mental como causal de inimputabilidad en el nuevo Código Penal", en *Nuevo Foro Penal*, N° 6, Medellín, Acosta, 1980, pág. 58. Sin embargo, no nos identificamos con él cuando sugiere que se siga manteniendo el concepto de Nerio Rojas.

<sup>35</sup> La 9ª versión de la misma se puede consultar en JAIME GAVIRIA y PEDRO GUERRERO, *El trastorno mental, el loco y la justicia*, Bogotá, Ediciones Pequeño Foro, 1982, pág. 156. Otras clasificaciones que se pueden tomar como modelo, son las de KARL JASPERS, *Psicopatología general*, Buenos Aires, Edit. Beta, 1973, págs. 695 y ss.; también CARLOS CASTILLA DEL PINO, *Introducción a la psiquiatría*, Madrid, Alianza Editorial, 1982, págs. 85 y ss.

A guisa de información, bien vale la pena transcribir la interpretación que uno de los comisionados del Anteproyecto de 1974, hace del art. 34 del mismo, similar al actual art. 31:

"La norma en examen señala dos fenómenos como generadores de inimputabilidad: la *inmadurez psicológica* y el *trastorno mental*.

"El primero, dice relación a la minoría de edad; el período del desarrollo de la personalidad durante el cual no se han logrado aún consolidar los mecanismos psicológicos de naturaleza intelectual y volitiva que le permiten a una persona discernir entre lo bueno y lo malo, lo lícito y lo ilícito, y obrar de conformidad.

X. En lo que toca al *trastorno mental transitorio*, las críticas señaladas al concepto de trastorno mental permanente, también son aquí válidas. Se trata, también, de un concepto de rasgos jurídicos, que proviene de la legislación española de 1932 y sobre el cual existe abundante literatura. A este respecto se destaca la elaboración que por vía jurisprudencial ha hecho el Tribunal Supremo Español, el cual, después de cincuenta años de desarrollo, ha llegado a exigir básicamente cuatro requisitos para su reconocimiento<sup>36</sup>:

- 1) Que se trate de una reacción vivencial anormal, de causa inmediata, evidenciable, pasajera, que termina por la curación.
- 2) Que no implique necesariamente una base patológica.
- 3) Que altere profundamente la capacidad de comprender la ilicitud del acto o de autodeterminarse en el sentido de la norma.
- 4) Que radique, bien en el agente, bien en la respuesta al motivo exógeno que la produce.

Teniendo en cuenta estos requisitos, podemos decir que el trastorno mental transitorio es un fenómeno que se constituye en causal de inimputabilidad o que atenúa la responsabilidad, que acarrea una perturbación pasajera de la actividad síquico-orgánica, producida por causas endógenas o exógenas, que puede o no dejar secuelas, y cuando las deja, desaparecen por la curación sin dejar huella. Este estado impide al sujeto que lo padece comprender lo injusto de su acto y/o determinarse de acuerdo con esa comprensión<sup>37</sup>.

<sup>36</sup> El *segundo*, es una expresión muy amplia en la que caben las siguientes hipótesis: a) Las enfermedades mentales tradicionalmente calificadas como sicosis, sicopatías y neurosis; b) Los casos de obnubilación de la conciencia determinados por alteraciones profundas de la esfera emotiva de la personalidad, por ebriedad, por ingestión de sustancias que produzcan dependencia física o síquica, por enfermedades físicas que generen graves estados febriles, o por causas naturales no patológicas" (ALFONSO REYES, *La inimputabilidad*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1979, pág. 250).

<sup>37</sup> En sentencia de octubre 21 de 1978, ha dicho el Tribunal Supremo: "El trastorno mental transitorio, es una reacción vivencial anormal, que no implica forzosamente una base patológica en el sujeto pero que, en todo caso, altera profundamente bien la capacidad de conocer el alcance antijurídico de su conducta, bien la capacidad de querer o autodeterminarse en el sentido de la norma; de duración general no muy extensa; y cuya anormalidad ya radique en el agente, ya en la respuesta al motivo exógeno que la produce, la distingue de los estados pasionales en que los estímulos alterantes del síquismo actúan sobre él naturalmente; por lo que se comprende que el trastorno mental transitorio se reputará incompleto cuando reúna todos los mencionados requisitos a excepción de su intensidad" (consúltese *Jurisprudencia Criminal*, volumen julio-octubre de 1978, Madrid, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1978, pág. 742). En el mismo sentido, recientes decisiones del Tribunal, que pueden confrontarse en la publicación referenciada, así: decisión de 14 de diciembre de 1978, en *J.C.*, nov.-dic./78, pág. 699; 10 de octubre 1978, en *J.C.*, julio-oct./78, pág. 492; 14 de octubre 1974, en *J. C.*, julio-oct./74, pág. 282; 26 de diciembre 1973, en *J. C.*, nov.-dic./73, pág. 586; 24 de junio 1970, en *J. C.*, vol. mayo-sep./70, pág. 947.

<sup>38</sup> Cfr. FERNANDO VELÁSQUEZ, *El trastorno mental transitorio*, tesis de grado, Fac. de Derecho Universidad de Antioquia, Medellín, 1979, págs. 79 y ss. Sobre el tema se puede consultar la siguiente bibliografía: ENRIQUE C. HENRÍQUEZ, *Trastornos mentales transitorios y responsabilidad criminal*, La Habana, Obispo Editor, 1949. JOSÉ SEVERO CABALLERO, "Regulación jurídico-penal del trastorno mental transitorio" en *Jurisprudencia Argentina*, vol. IV, oct.-dic./78, págs. 746 y ss. LEOPOLDO LÓPEZ GÓMEZ, *El trastorno mental transitorio*, Valencia, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Valencia, 1945.

Del trastorno mental transitorio se han hecho algunas clasificaciones, entre las que sobresalen las siguientes: según el significado clínico (patológico y no patológico); según el significado psicológico (consciente e inconsciente); según el significado penológico (eximente o atenuante); según el significado criminológico (peligroso y no peligroso)<sup>38</sup>.

Nuestro Código Penal, por su parte, ha clasificado el trastorno mental transitorio en dos clases: con secuelas y sin secuelas. El *con secuelas*, supone que quedan perturbaciones mentales y hay lugar a imponer medidas de seguridad (C. P. art. 95); *sin secuelas*, cuando no quedan perturbaciones mentales y no hay lugar a imponer medidas de seguridad (art. 33, inc. 1º).

Creemos que el concepto aquí ofrecido fija unas pautas mínimas, que pueden ser tenidas en cuenta por la administración de justicia, sin olvidar que es indispensable ir acomodando el concepto a las exigencias del ordenamiento juridicopenal.

XI. También la *inmadurez psicológica*, es otra de las causas que generan inimputabilidad, cuando se dan los supuestos del art. 31. Esta expresión ha suscitado ya múltiples interpretaciones, y todo parece indicar que se trajo con la finalidad de ubicar allí a los menores (que son maduros para su edad), a los indígenas (quienes también son maduros, aunque con parámetros éticosociales distintos a los nuestros), así como los sordomudos (que no es que sean inmaduros sino que la falta de estos dos sentidos puede generarles una desadaptación al medio constitutiva de trastorno mental). Todo esto nos está indicando que tan amplia locución sobraba, ya que con decir "trastorno mental" bastaba para saber a qué se alude, así se asimile a la *inmadurez afectiva*, como se sugirió por los comisionados de 1979, lo que no deja de ser viable<sup>39</sup>. La *inmadurez afectiva*, siguiendo a POROT, es aquel estado en el que se encuentra el "individuo de inteligencia normal, a veces incluso superior, pero en quien ha quedado más o menos incompleta la evolución afectiva, es decir, la maduración de instintos, sentimientos y emociones... una fijación a la infancia que ciertos sujetos presentan bajo la forma de una persistencia de actitudes infantiles y una detención de la sexualidad, que permanece en sus estadios iniciales"<sup>40</sup>. Por ende, entendemos que con esta expresión, el legislador lo que ha querido es reiterar que las perturbaciones de la esfera afectiva son tenidas en cuenta y tienen trascendencia a efectos de la inimputabilidad.

XII. La *sordomudez* puede llegar a constituir, de por sí, causal de inimputabilidad en muy contados casos. A ello se oponen los modernos tratamientos, así como la reeducación y asistencia de que gozan los sordomudos, que les permite llevar una vida prácticamente normal, con un adecuado desarrollo de la inteligencia y de la voluntad y con una afectividad, la más de las veces, muy desarrollada. La sordo-

<sup>38</sup> EMILIO FEDERICO BONNET, "El trastorno mental transitorio", en *Revista Criminalia*, año XXX, N° 4, 1964, pág. 249.

<sup>39</sup> En efecto, en el acta N° 5, el comisionado GIRALDO MARÍN, después de señalar el carácter anti-técnico e inadecuado de la misma, hizo transcribir a POROT y sostuvo que "la noción de *inmadurez afectiva* es admitida hoy por todos los siquiátras". (Cfr. LUIS CARLOS GIRALDO MARÍN, *Actas del nuevo Código Penal*, Bogotá, Pequeño Foro, 1980, pág. 542).

<sup>40</sup> ANTOINE POROT, *Diccionario de psiquiatría*, Barcelona, Edit. Labor, 1977, pág. 675.

mudez puede ser *congénita*, en la que juega papel preponderante la herencia; o bien *adquirida*, fundamentalmente en la primera infancia, por efecto de traumatismos obstétricos, infecciones locales, procesos meníngeos e infecciones generales.

La importancia de la sordomudez para efectos de la inimputabilidad, radica en que a veces va unida o asociada a estigmas mentales; a ciertas tendencias caracterológicas agregadas, como lo señala POROT, pudiéndose suscitar fenómenos como el llamado "delirio de relación de los sordos"<sup>41</sup>.

Como el legislador ha rechazado, pues, las inferioridades de carácter síquico, no queda más que proceder caso por caso, sin tildar, sin más, a este tipo de personas como "inmaduros".

En cuanto a los *menores de edad*, tenemos que hacer una distinción: los menores de doce años se encuentran por fuera del derecho penal y no son sujetos del mismo; sobre ellos solo pueden recaer medidas de carácter administrativo a cargo del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (art. 5° del decr. 1818/64), y no puedan ser conducidos ante los funcionarios de la rama jurisdiccional; los mayores de doce años y los menores de dieciséis, en cambio, sí son sujetos del derecho penal, pero la ley ha establecido una jurisdicción y un tratamiento especiales para ellos (C. P. art. 34). Cabe discutir si son imputables o no: nos parece que no lo son, en el sentido del art. 31, pues el mismo legislador los excluye del tratamiento que da a los inimputables (arts. 93 y ss.), y es cierto que a los menores no se les aplica ninguna de las medidas allí estipuladas; asimismo, el Código de Procedimiento Penal ha regulado los juicios de menores (arts. 627 a 654), jurisdicción que tiene como finalidad la tutela o protección del infractor, su corrección, reeducación, para evitar la recaída en el delito. Es por ello por lo que los fallos de los jueces de menores implican simple amonestación, libertad vigilada, entrega del menor a una persona o institución que se encargue de reeducarlo, internamiento en escuela de trabajo, granja agrícola o reformatorio (C. de P. P., art. 541). Los menores, por tal calidad no son inimputables; ahora bien, puede suceder que un menor realice un hecho punible en un verdadero estado de inimputabilidad, que reúna los presupuestos del art. 31 del C. P., caso en que sí se podrá predicar su inimputabilidad por trastorno mental por ejemplo, y en el cual debe proceder el internamiento en lugares de tratamiento; sin embargo, esta situación no parece haberla previsto el legislador, por lo cual, creemos, se podrá acudir a clínica u hospital de carácter privado, ante la ausencia de entidades oficiales, pero bajo la tutela del organismo estatal que tiene la función de velar por los menores.

XIII. Con respecto a los *indígenas*, debemos tener en cuenta, como primera medida, cuál era la situación en el anterior Código Penal: no se les mencionaba en el estatuto y se discutía si estaban o no sometidos a la legislación penal. Quienes consideraban que no lo estaban, se apoyaban en las leyes 89 de 1890 y 72 de 1892, que consideraban vigentes y por ende no derogadas por el viejo estatuto; en estas dos leyes, cuando se trataba de indígenas salvajes o semisalvajes, la jurisdicción estaba a cargo de las comunidades religiosas; si el indígena, en cambio, era ya "civilizado", se le juzgaba como cualquier ciudadano.

Quienes consideraban que sí estaban sometidos a la ley penal colombiana, partían del presupuesto de que las leyes citadas más arriba habían sido derogadas y que "esos sujetos, dada su insuficiencia síquica (moral, intelectual y afectiva) podían asimilarse a un retrasado mental o a un menor de edad"<sup>42</sup> y que se les debía recluirl en colonias agrícolas, tesis poco menos que aberrante.

La jurisprudencia nacional se debatió entre estas dos alternativas, destacándose el fallo de mayo 14 de 1970<sup>43</sup>, que sostuvo el no sometimiento de los indígenas "no civilizados" a la ley penal ordinaria.

Ahora bien, ¿cuál es la situación en el actual Código Penal? Adoptando una posición sumamente oscura, ha dicho el legislador en el art. 96, inc. 3°, que "*cuando se tratare de indígena inimputable por inmadurez sicológica*, la medida consistirá en la reintegración a su medio ambiente natural"; en ninguna otra parte hay referencias al indígena. ¿Cómo interpretar esta consagración legal?

En *primer lugar*, podría pensarse que los indígenas, por el mero hecho de serlo, llevan sobre sí el estigma de inimputables inmaduros sicológicos, caso en el cual, el funcionario que conozca de un proceso penal donde aparezca vinculado un ciudadano indígena, se deberá pronunciar "reintegrándolo" a su medio ambiente natural. Con ello, en apariencia, se estarían respetando las culturas indígenas; sin embargo, la medida de seguridad aludida es miope:

1) Considera inmaduros sicológicos a sujetos que no necesariamente lo son, de la misma manera que nosotros los "civilizados" no somos todos "inmaduros sicológicos" si se nos mira desde la perspectiva de la cultura indígena. Este es un grave yerro; por ello, nos identificamos con VÉLEZ VÉLEZ, cuando dice: "no se puede forzar el término «inmadurez sicológica» propio de la sicología, hasta el punto de que llegue a convertirse en un problema cultural, ni mucho menos racial"<sup>44</sup>.

2) Tal medida implicaría una verdadera pena capital, ya que "en buena parte de las comunidades indígenas implicará el ejercicio de una venganza privada que puede significar la imposición de una verdadera pena de muerte"<sup>45</sup>.

3) Sería suponer que un ciudadano indígena no puede realizar el hecho en estado de "trastorno mental" que reúna las condiciones del art. 31.

En *segundo lugar*, si lo que sucede es que el legislador solo se refirió a los indígenas inmaduros sicológicos, inimputables por tal causa, nos encontramos también ante dificultades poco menos que insolubles, todo porque no nos hemos preocupado por oír los conceptos de los antropólogos, técnicos especializados en estas materias, y legislamos de espaldas a la realidad en que vivimos, legislamos al servicio de intereses no confesados, pero sí muy evidentes. Así las cosas, tendríamos:

<sup>42</sup> Cfr. Concepto de la Procuraduría Primera Delegada en lo penal del año 1950, en ALFONSO REYES, *La inimputabilidad*, Bogotá, Univ. Externado de Colombia, 1979, pág. 178.

<sup>43</sup> Ídem, REYES, págs. 176 y ss.

<sup>44</sup> FERNANDO VÉLEZ VÉLEZ, "Foro Histórico", en *Nuevo Foro Penal*, N° 11, Bogotá, Edit. Temis, 1981, pág. 360.

<sup>45</sup> Ídem, pág. 362; en igual sentido EDILBERTO SOLÍS, "Pena de muerte al indígena en el Código Penal", en *Temas de Derecho Penal*, N° 13, Medellín, Edit. Lealón, 1981, pág. 38.

<sup>41</sup> Ídem, pág. 801.

1) ¿Qué se hace con un indígena cuyo comportamiento no encuadra en ninguno de los estados a que alude el art. 31? ¿Qué se hace con un ciudadano indígena "maduro" desde su perspectiva cultural, pero que ha infringido la ley penal colombiana y no es ni inmaduro psicológico ni trastornado mental?

2) Ahora bien, si suponemos que solo se habla de "indígena inimputable por inmadurez psicológica" ¿qué hacemos con el indígena inimputable por trastorno mental? ¿Qué medidas de seguridad se le aplican? ¿Las ordinarias? ¿La reintegración a su medio natural? ¿Con apoyo en qué?

3) ¿Habrá que resucitar la vieja polémica del anterior Código en cuanto a la vigencia de las leyes 89 de 1890 y 72 de 1892?

Esta última alternativa, nos tememos mucho, tal vez sea la que se imponga, así resulte evidente que tales leyes violan los preceptos constitucionales, al otorgarles jurisdicción a funcionarios distintos a los de la rama jurisdiccional, y así hayan sido derogadas por el actual Código Penal, que extiende la aplicación de la ley penal colombiana "a toda persona que la infrinja en el territorio nacional" (art. 13, en armonía con el 376 del C. P.). Claro que esto no solucionará nada y nos seguirá permitiendo, como hasta ahora, aplicaciones discriminatorias de la ley penal colombiana, atendiendo a los intereses de clase.

La solución a la situación que aquí planteamos, tal vez yace, en una verdadera política indigenista, que respete los derechos y las garantías de los ciudadanos indígenas, que garantice la conservación de sus culturas, y no el exterminio despiadado por parte de terratenientes ávidos de tierra y de poder; una política indigenista, que también garantice con respecto a ellos, una verdadera política de ejecución penal y no el "tratamiento" que brinda un derecho penal deshumanizado como el nuestro<sup>46</sup>.

XIV. Para concluir el análisis de las causas que generan inimputabilidad, nos resta hacer alusión a la ebriedad. El actual estatuto no la ha mencionado, como sí lo hacía el de 1936; esta ausencia ha generado algunas discusiones sobre la viabilidad o no de su reconocimiento. Ante ello, solo cabe concluir que si la ebriedad produce en el sujeto un trastorno mental que le impide comprender la ilicitud del acto y/o determinarse de acuerdo con esa comprensión, deberá ser tratado como inimputable y se aplicarán las medidas de seguridad correspondientes, atendiendo al tipo de trastorno (permanente o transitorio, este último con o sin secuelas); a tal efecto, no importará el carácter voluntario o accidental de la embriaguez, salvo que el agente se coloque en tal estado (dolosa o culposamente) para realizar el hecho, caso en el cual se tratará de un trastorno mental preordenado, regulado en el art. 32 del C. P.<sup>47</sup>, en donde ha quedado vertida tal institución, también conocida como acciones libres en su causa (*actio liberae in causa*), que está llamada a desaparecer por comportar, en ciertos casos, formas de responsabilidad objetiva.

XV. Hasta ahora hemos hablado del aspecto psicológico de la fórmula del art. 31, del psiquiátrico y brevemente del jurídico. Pues bien, nos toca, antes de terminar,

insistir sobre el aspecto últimamente mencionado. Decíamos que la inimputabilidad debe presentarse "al momento de ejecutar el hecho legalmente descrito"; esto significa que no importa si con anterioridad o con posterioridad al dicho momento, el agente no ha presentado situación de incapacidad síquica que le impidiera comprender la ilicitud o determinarse: pudo haber actuado en un estado de trastorno mental transitorio que se caracteriza justamente por eso, aunque a veces, después del hecho, el agente puede quedar afectado por algún tipo de secuelas, lo que origina el "tratamiento" del art. 95 con un absurdo mínimo de internamiento; en cambio, si el trastorno es permanente o se trata de una "inmadurez psicológica", que para nosotros también es "trastorno", parece indudable que el estado debe presentarse no solo al momento del hecho sino, generalmente, con anterioridad y con posterioridad. El no hacer ningún tipo de distinción, es lo que ha llevado al legislador colombiano a considerar que todos los enfermos mentales permanentes recuperan siempre su normalidad síquica, haciendo uso de ese tan adecuado "tratamiento" que se brinda a nuestros inimputables; por ello, el art. 94 ha preceptuado el internamiento en "establecimiento psiquiátrico o clínica adecuada" hasta que "*recupere su normalidad síquica*"! Claro que, como lo sabemos, muchos de esos enfermos *no recuperarán nunca su "normalidad síquica"* y el internamiento en los inexistentes centros, será de por vida; esto hace que dicha norma sea *inaplicable*, pues violenta la naturaleza de las cosas, y aplicarla sería como permitir que mañana el legislador prohibiera a las mujeres parir hijos de color negro, lo que suele suceder cuando se instauran regímenes de corte totalitario.

Cuando acontece que la enfermedad o el trastorno mental se presenta en momentos distintos al de la comisión del hecho, tal estado no tendrá incidencia en la inimputabilidad como tal; si la enfermedad se presenta una vez pronunciada la sentencia, el legislador ha previsto la suspensión de pena hasta que el condenado recupere la salud (C. P., art. 56).

También, *el hecho realizado por el agente, tiene que ser consecuencia de su estado*; en otros términos, tiene que haber un vínculo entre el hecho y el trastorno o la inmadurez: "en caso de que entre hecho e inmadurez o trastorno mental no exista vínculo alguno, el sujeto debe ser tratado como si no padeciera de inmadurez ni de trastorno alguno"<sup>48</sup>.

XVI. A esta altura de nuestra exposición, después de haber desarrollado el fenómeno de la imputabilidad, concepto que se halla en crisis como los demás conceptos del actual derecho penal, se hace indispensable que miremos el panorama en materia de ejecución penal. Ciertamente, con la actual regulación se ha dado un paso adelante con respecto al estatuto derogado; la actual fórmula es el producto

<sup>46</sup> Cfr. AGUDELO, *Los inimputables* cit., pág. 45. El hecho de que la imputabilidad sea una característica del acto que proviene de una capacidad del sujeto, dice ZAFFARONI, pone en evidencia la circunstancia de que un sujeto puede ser "imputable" respecto de un delito e "inimputable" respecto de otro, como en el caso del débil mental, que puede tener una capacidad de pensamiento abstracto que le permita comprender la antijuridicidad de un homicidio, pero no la de un delito económico que requiere más abstracción (un fraude mediante cheque o el uso ilegítimo de una patente). (Cfr. *Tratado*, t. IV, págs. 111 y 164).

<sup>46</sup> Si de sugerir soluciones "formales" se trata, remitimos a la alternativa que planteamos en la nota 31.

<sup>47</sup> Cfr. ALFONSO REYES, ob. cit., pág. 263.

de más de cuarenta años de evolución, tanto de la doctrina como de la jurisprudencia<sup>49</sup>; pero el estado de cosas no nos deja satisfechos, la ejecución penal entre nosotros es sencillamente desastrosa, no solo en cuanto se refiere a las penas, sino también a las medidas de seguridad.

En materia de penas, las políticas penitenciarias han sido siempre fruto de la improvisación, nuestras cárceles son verdaderos antros de deshumanización, de corrupción y aun de violación de los derechos humanos; parece que los reclusos no tuvieran el más mínimo derecho, la más mínima garantía, por todas partes el vilipendio, la segregación. Pero no solo esto, pues también están sometidos al tratamiento (si puede utilizarse tal palabra) desigual, atendiendo a la posesión o no de recursos económicos.

Pero, si lo anterior es así, si la institución de la cárcel no rehabilita, sino que destruye, ¿qué no decir de la situación del inimputable? No existen los pomposos centros de tratamiento, las clínicas siquiátricas de que habla nuestro legislador, nunca han existido; no hay dónde cumplir con los cometidos que el legislador ha trazado en la "norma rectora" vertida en el art. 12 del Código Penal; escasamente contamos con un frenocomio criminal en Bogotá, sitio en el cual la dignidad humana tocó fondo hace mucho, al que fueron remitidos muchos inimputables que encontraron la deshumanización total y finalmente la muerte; afortunadamente, nuestros funcionarios empiezan a tomar consciencia de la situación, después que un eminente siquiatra, el Dr. JAIME GAVIRIA TRESPALACIOS, recorriera el país mostrándonos cuál era la situación de los inimputables en el citado lugar. Pero esto no es todo: como no hay dónde tratar la enfermedad mental de estos seres humanos, se ha optado por recluirllos en las cárceles comunes, tornando la situación más desastrosa. En nuestro medio, más que en ningún otro país, son válidos los cuestionamientos de FRANCO BASAGLIA, sobre la verdadera función que cumplen el manicomio y la cárcel, instituciones que no sirven en absoluto a su contenido, "es decir, que la cárcel no sirve para la rehabilitación del encarcelado, así como tampoco el manicomio sirve para la rehabilitación del enfermo mental. Ambos responden a la exigencia del sistema social, quiero decir del sistema social que tiene como fin último la marginación de quien rompe con el juego social... nuestra sociedad, tal como está organizada, no está hecha a la medida del hombre sino que está hecha solamente para algunos hombres que poseen las fuerzas de producción, está hecha solamente pensando en la eficacia productiva"<sup>50</sup>.

Con las anteriores reflexiones, queremos poner fin a nuestra exposición, recordando que el *concepto tradicional de imputabilidad* tiene que dar paso a nuevos enfoques; tal vez se pueda afirmar, con MUÑOZ CONDE, que "la conducta humana, normal o patológica, individual o grupal, solo es inteligible y valorable cuando se analiza dentro del contexto sociocultural"<sup>51</sup>. Con una visión como esta, se po-

<sup>49</sup> AGUDELO, en *Nuevo Foro Penal*, N° 6, *op. cit.*, pág. 88.

<sup>50</sup> FRANCO BASAGLIA, "La institución psiquiátrica de la violencia", en *Razón, Locura y Sociedad*, México, Ed. Siglo XXI, 1979, págs. 16 y 17.

<sup>51</sup> FRANCISCO MUÑOZ CONDE, en *Psicopatología*, *cit.*, pág. 130.

drá dar paso, como lo clama BUSTOS RAMÍREZ, a un concepto de imputabilidad asentado sobre nuevas bases, partiendo de la denominada Teoría de las Subculturas, o de la Siquiatría Alternativa. La primera "nos sitúa al hombre integrado en grupos con mayor o menor cohesión y con mayor o menor amplitud, señalándonos las interacciones que allí se producen y destacando en especial el ser social del sujeto de lo cual en general la teoría de la imputabilidad no se había dado cuenta o lo había hecho en forma muy pobre. La otra, la de la siquiatría alternativa, nos plantea el mundo propio del individuo, el proceso de acción del sistema social sobre él y cómo es su reacción frente a él"<sup>52</sup>.

<sup>52</sup> JUAN BUSTOS RAMÍREZ, en *Bases críticas*, *cit.*, págs. 87 y ss.

## LOS PERJUICIOS CIVILES DEL DELITO Y SU EVALUACIÓN

Por el Dr. GILBERTO MARTÍNEZ RAVE  
Profesor de la Universidad Autónoma Latinoamericana

De acuerdo con nuestras normas positivas vigentes, tanto en el Código Civil como en el Código Penal, cuando se comete un hecho que ocasiona un daño se debe indemnizar. Es decir, que el causante debe atender a todas las consecuencias patrimoniales del hecho.

El hecho dañoso puede ser o no delictuoso. Cuando el hecho que ocasiona un daño es un delito, el perjudicado goza de la posibilidad de escoger entre la jurisdicción penal —constituyéndose parte civil dentro del proceso penal— y la jurisdicción civil para entablar una demanda por responsabilidad civil extracontractual no solo contra el directamente responsable, sino, inclusive, contra los terceros civilmente responsables o contra personas jurídicas, para que se le indemnicen de todos los perjuicios sufridos.

Aunque existe una manifiesta y clara diferencia entre la *responsabilidad penal* y la *responsabilidad civil* que surgen de la comisión de un delito, nuestro Código de Procedimiento Penal autoriza la constitución de parte civil dentro del proceso penal, con el objeto de que el perjudicado pueda obtener indemnización de los daños y perjuicios que el sindicado le ocasionó con el delito. Por lo tanto, en el proceso penal pueden adelantarse simultáneamente la *acción penal* y la *acción civil* provenientes de un delito, como claramente lo establecen los arts. 9º y siguientes del Código de Procedimiento Penal.

Inclusive, el Código Penal, vigente a partir de 1981, en sus arts. 103 y ss. regula los principales aspectos de la *responsabilidad civil derivada del hecho punible*, imponiendo al juez la obligación de pronunciarse en la sentencia sobre el monto de la indemnización y suministrándole armas de regulación excepcionales como son los arts. 106 y 107, los cuales no aplican, sin conocerse realmente los motivos, la mayoría de nuestros jueces y magistrados.

La *responsabilidad civil*, como obligación de asumir las consecuencias patrimoniales de un hecho dañoso (no importa que sea delictuoso o no), se ha clasificado en dos grandes grupos: a) la *responsabilidad civil contractual*, que es la que nace cuando por incumplimiento de un contrato, de una convención, de una obligación previamente convenida, se ocasionan daños a otra persona o patrimonio. Es decir, la que nace por hechos resultantes del incumplimiento de una obligación contractual; y b) la *responsabilidad extracontractual*, que nace cuando con un hecho se ocasionan

daños a otra persona con la cual no hay ninguna relación o vinculación anterior. La primera, la contractual, la regula el Código Civil en sus arts. 1602 y ss. y la segunda, la extracontractual, es regulada por el mismo estatuto en los arts. 2341 y ss.

La responsabilidad civil que surge por la comisión de un delito se ha clasificado como extracontractual por cuanto generalmente no existe ninguna relación previa entre perjudicado y causante, y cuando esta existe nunca se entiende incorporada en el contrato que no puede prever la posibilidad de la comisión de hechos ilícitos. Y esta clasificación de la responsabilidad civil surgida de la comisión de un delito en responsabilidad civil extracontractual es muy importante, por cuanto deben aplicarse a ella todos los principios y conceptos que rigen la responsabilidad civil extracontractual que no se encuentran regulados específicamente por el Código Penal.

La *responsabilidad civil extracontractual* se ha subdividido a su vez en varios grupos o categorías: a) la *personal o directa*, que específicamente menciona el art. 2341 del C. C. y que aparece señalada en los arts. 103 y 105 del C. P.; b) la *indirecta o por hechos de terceros*, que el Código Civil regula en su art. 2347, y que surge contra personas distintas del causante del daño, como la que obra contra el padre por los hechos dañosos cometidos por sus hijos menores, la que nace para el patrono por los hechos dañosos cometidos por sus trabajadores o dependientes, la que nace para el curador por los hechos dañosos cometidos por sus pupilos, la que surge para el artesano por los hechos dañosos de sus aprendices, etc. Esta responsabilidad civil no se puede dar dentro del proceso penal por cuanto la responsabilidad penal, que determina la responsabilidad civil que nace de un delito, es personalísima. Como no es transmisible la responsabilidad penal, no se puede vincular procesalmente a ningún tercero. Solo responde penal y civilmente dentro del proceso penal el causante directo, el participe en el delito. El tercero civilmente responsable y las personas jurídicas no pueden ser vinculadas al proceso penal. Pueden sí ser vinculados, por medio de un proceso ordinario, para buscar la indemnización en la jurisdicción civil; c) la *responsabilidad por los hechos de cosas animadas*, es decir, daños ocasionados por los animales que regulan los arts. 2353 y 2354 del C. C. Esta responsabilidad no es tampoco viable dentro del proceso penal. Los animales no responden penalmente de los hechos en que participan. Sus dueños o poseedores responden pero por la jurisdicción civil, nunca por la jurisdicción penal; d) la *responsabilidad por hechos de cosas utilizadas en actividades normales*, que regulan los arts. 2350 y 2355 del C. C. Esta responsabilidad civil tampoco es viable por la jurisdicción penal. No puede reclamarse dentro de un proceso penal, pues los dueños de edificios y propiedades o de cosas que caen de lo alto, no responden penalmente sino cuando ha existido culpa penal en el resultado. Pero siempre responden civilmente por la jurisdicción civil; y e) por último la llamada *responsabilidad por el hecho de las cosas utilizadas en actividades peligrosas*, que regula el art. 2356 del C. C., mediante la cual se responsabiliza al dueño de cosas que se utilizan en actividades peligrosas (como el transporte, por ejemplo) cuando con ellas se ocasionan daños. Esta responsabilidad civil tampoco se puede intentar dentro del proceso penal. Solo se puede intentar mediante un proceso civil indemnizatorio ordinario ante la jurisdicción civil.

Dedúcese de lo anterior que la única *responsabilidad civil extracontractual* que se puede reclamar o intentar dentro del proceso penal es la personal directa. Ninguna de las otras responsabilidades civiles extracontractuales (por hechos de terceros, por hechos de los animales, por hechos cometidos con cosas, ya sean utilizadas en actividades peligrosas o no, la que surge contra las personas jurídicas, etc.) pueden intentarse dentro del proceso penal.

El Código Penal regula específicamente algunos aspectos de esta responsabilidad civil extracontractual personal, en los arts. 103 y ss.

El art. 103 fija claramente el criterio del legislador al imponer la obligación de reparar todos los daños, tanto materiales como morales, que puedan causarse con el delito. Por lo tanto, como obligación legislativamente impuesta, debe ser reconocida y declarada por el juez al dictar la correspondiente sentencia.

El art. 104 fija en cabeza de los perjudicados (ya sean personas naturales o jurídicas) y de sus sucesores la titularidad de la acción civil que se puede adelantar dentro del proceso penal. Debe entenderse a los perjudicados directos con el delito. Los perjudicados indirectos no pueden constituirse parte civil, pues no son titulares de la acción civil dentro del proceso penal. Podrán intentar su indemnización por la jurisdicción civil.

Este mismo artículo remite al Código de Procedimiento Penal para fijar la forma, procedimientos y requisitos que deben cumplirse para poder intentar la acción civil dentro del proceso penal. Aunque la acción civil dentro del proceso penal no es absolutamente privada (el ministerio público puede intentar que se declare por el juez la obligación de indemnizar y puede solicitar pruebas sobre los perjuicios ocasionados —arts. 136 inc. 2º, y 24 del C. de P. P.—, y el juez, oficiosamente, debe recoger información sobre el monto de los daños y perjuicios —num. 6º del art. 334 del C. de P. P.—), si se les ha dejado en parte la iniciativa a los perjudicados para que la acción civil se desarrolle dentro del proceso. Además se deben cumplir algunos requisitos mínimos para poder actuar como parte civil. Los arts. 24 a 30 y 125 a 140 del C. de P. P. se ocupan de esa reglamentación.

El art. 105 del C. P. establece con precisión las personas que deben responder civilmente por los daños ocasionados con un delito: *los penalmente responsables*. Es decir, que antes de imponer la obligación de indemnizar los daños y perjuicios hay que declarar la responsabilidad penal del procesado. Si el procesado es absuelto no se le puede, por ningún motivo, imponer la obligación de indemnizar. Dentro del proceso penal no hay indemnización de perjuicios si no hay condenación penal. Esto no quiere decir que, por fuera del proceso penal, se requiera la condena penal para que surja la responsabilidad civil. Hay muchos casos en que existiendo absolución penal existe obligación civil. Por eso los arts. 27, 28 y 30 del C. de P. P. establecen el valor de cosa juzgada que tienen las sentencias absolutorias penales. Solo tienen el valor de cosa juzgada las específicas que menciona el art. 30 del estatuto procesal penal.

Del art. 105 del C. P. se deduce claramente que no puede vincularse al proceso penal, para efectos civiles, a ninguna persona distinta del directamente responsable, es decir, a quien se imputa la comisión o participación en el hecho. Además, cuando los responsables penalmente (en cualquier grado de participación) son varios, todos

son solidariamente responsables. Es decir, establece la solidaridad legal entre todos los que tomaron parte en la ejecución del hecho delictuoso, ya sea en forma material o intelectual. Esa solidaridad permite al perjudicado escoger, entre todos, el que debe responder civilmente por la indemnización total de los daños.

El art. 108 del C. P. establece una notable diferencia en las prescripciones de las acciones civiles que se pueden intentar cuando un hecho dañoso resulta ser delito. Si se pretende obtener la indemnización por la jurisdicción penal, dentro del proceso penal, la acción civil prescribe en tiempo igual al de la prescripción de la acción penal que regulan los arts. 80 a 86 del estatuto penal sustantivo, incluyendo sus interrupciones, renunciaciones, etc. Esta norma clarifica las dificultades anteriores, pues el Código de 1936 confundía la prescripción de la pena con la de la acción penal para referirse a la prescripción de la acción civil proveniente de los delitos, con unos envíos y reenvíos al Código Civil y al Código Penal que eran muy confusos. Ahora la situación ha quedado clara. Pero si se pretende obtener la indemnización de los daños por la jurisdicción civil la prescripción de la acción es la ordinaria, es decir, la de veinte años. Por lo tanto, si se pretende la indemnización del directamente responsable dentro del proceso penal, la acción civil prescribe en igual tiempo al de la acción penal. Pero si se intenta contra el directamente responsable por la jurisdicción civil, en un proceso ordinario indemnizatorio, la acción civil prescribe en veinte años. Además la acción civil, cuando se intenta contra terceras personas tiene una prescripción especial de tres años, según reza el art. 2358 del C. C. Pero cuando se intenta contra personas jurídicas, por hechos de los animales, por hechos de las cosas utilizadas en actividades peligrosas o en actividades normales, prescribe en veinte años. La prescripción especial del art. 2358 del C. C. solo se aplica en los casos de las personas que aparecen mencionadas en el art. 2347 del C. C.

El art. 109 del C. P. ratifica un concepto que ya los doctrinantes civilistas habían establecido, cual es el de que las causas de extinción de la punibilidad no extinguen, limitan o impiden, las acciones civiles derivadas del hecho punible. Entendemos —porque no se establecen por el Código Penal en forma expresa las causales de extinción de la punibilidad (como si establecen las de extinción de la imputabilidad, de la culpabilidad y de la responsabilidad)— que cuando aparece alguna causal de inimputabilidad, de inculpabilidad, de no responsabilidad y de no punibilidad, que es reconocida por el juez en el fallo o decisión penal, no se pone fin a la acción civil correspondiente. Solo puede extinguirse cuando se dan las circunstancias contempladas en el art. 30 del C. de P. P. (o sea cuando se declara que el hecho físico, material, objetivo, no existió; cuando se declara que el sindicado o persona a quien se responsabiliza no lo cometió; o cuando se declara que el procesado obró en legítima defensa o en cumplimiento de un deber). Ninguna otra causal que dé motivo a una decisión o fallo absolutorio penal, hace tránsito a cosa juzgada civil y paraliza o impide la iniciación o continuación de la acción civil indemnizatoria, que se intenta por la jurisdicción civil.

El art. 110 del C. P. establece una figura nueva conocida como *comiso* que ha originado muchas posiciones, pues autoriza al Estado para apropiarse de todos los instrumentos con los cuales se cometan delitos, o de los valores o cosas que

proviengan de ellos. Se incluye en esa medida a los vehículos automotores cuando con ellos se cometan delitos dolosos o culposos y no se encuentren asegurados.

Esa norma es simplemente un espejismo y un nido de pleitos. Si, como ya vimos, el Código de Procedimiento actual no autoriza la vinculación al proceso de terceros civilmente responsables (existieron proyectos de reforma que autorizaban esta vinculación pero ellos no fueron aprobados), se hace difícil su aplicación cuando el dueño o titular de la propiedad del vehículo es una persona distinta de quien lo conducía. Esto es lo que generalmente sucede en los vehículos de servicio público como taxis, buses, etc.; decimos que es un espejismo porque la norma parte del supuesto de que los vehículos asegurados están garantizando al perjudicado el pago de los perjuicios sufridos, lo cual es completamente falso en la realidad. Las pólizas que expiden las compañías de seguros en las cuales se incluye el riesgo de "responsabilidad civil extracontractual" a favor de terceros o de responsabilidad contractual a nombre de los pasajeros excluyen específicamente los perjuicios más valiosos (perjuicios morales y lucro cesante) y tienen una cláusula mediante la cual se abstienen de pagar la indemnización hasta tanto no se profiera una sentencia judicial declarando la obligación de indemnizar. Y cuando sale la sentencia es necesario iniciar un juicio ordinario contra el propietario, porque generalmente la compañía aseguradora no cancela el valor.

Es otra muestra más del caos jurídico reinante entre nosotros, pues a pesar de que en este momento está vigente una norma que impone la obligación de indemnizar, no se hacen efectivos los seguros ni por los jueces ni por los funcionarios de policía.

Por lo tanto, debe eliminarse el art. 110 del C. P. y redactar una norma que realmente favorezca al perjudicado. Que el propietario de los vehículos responda por los perjuicios ocasionados ya sea él, por el conductor o por otra persona. Pero esto no puede hacerse dentro del Código Penal donde la responsabilidad penal, y la civil que surge de la comisión de un delito, es personalísima, directa. No se transmite ni por activa ni por pasiva. Debe ser un estatuto distinto que confíe a las autoridades administrativas del tránsito el control, vigilancia y cumplimiento de la responsabilidad de los propietarios de vehículos en los hechos dañosos que con ellos se cometan. O que se aplique realmente lo dispuesto por el art. 7° del decreto 1285 de julio de 1973, cuyo contenido es el siguiente:

"Art. 7°.—Tanto en el seguro de accidentes personales de pasajeros como en el de responsabilidad civil extracontractual, el pago del siniestro se hará sin investigación de culpabilidad, con la sola demostración del accidente y sus consecuencias. Al efecto bastará la certificación expedida por las autoridades de tránsito o de policía competentes, sobre la ocurrencia del siniestro y la de los médicos legistas, el Seguro Social, de las cajas oficiales de previsión, de los médicos de los puestos de salud, de las clínicas u hospitales oficiales, sobre las lesiones personales.

"En los daños a cosas se procederá al ajuste respectivo".

Esta norma es concordante con el artículo tercero del mismo estatuto que reza:

"Los propietarios de vehículos automotores terrestres o quienes tengan su posesión tomarán un seguro que cubra la responsabilidad civil extracontractual por daños a terceros".

Por último, merecen comentario especial los arts. 106 y 107 del C. P., que establecen la forma como deben liquidarse los perjuicios que se ocasionan con un delito.

#### *Perjuicios que deben indemnizarse*

Como ya lo indicamos, se trata de una responsabilidad civil extracontractual y en ella se indemnizan dos clases de perjuicios, los mismos que menciona el art. 103 del C. P.: *perjuicios materiales* y *perjuicios morales*.

Los *perjuicios materiales*, al tenor de lo dispuesto por los arts. 1613 y 1614 del C. C., se han dividido en *daño emergente* y *lucro cesante*. Por *daño emergente* se ha entendido el empobrecimiento directo del patrimonio económico del perjudicado que se origina en el pago de sumas de dinero para evitar o corregir las consecuencias dañosas del hecho. Es, en síntesis, todo lo que sale del patrimonio del perjudicado para atender a las consecuencias del daño. Por *lucro cesante* se ha entendido la falta de utilidades, ganancias o productividad, resultante del hecho dañoso. En síntesis, lo que deja de entrar al patrimonio del perjudicado como consecuencia del daño.

Ninguna norma procesal establece la manera o los procedimientos que deben cumplirse para evaluar esos perjuicios materiales. La práctica ha permitido incluir en el *daño emergente* todos los gastos referidos a reparación de los objetos o cosas dañados, todas las sumas destinadas al pago de médicos, drogas, enfermeras, transporte, hospitales, clínicas, aparatos ortopédicos, lentes, etc., relacionados con el hecho dañoso o consecuencias de los mismos, cuando el daño lesiona la integridad física o la vida de una persona.

Así mismo, en el *lucro cesante* se han incluido las sumas que dejan de ingresar al patrimonio por motivo del hecho dañoso. Los intereses que producía el dinero sustraído o hurtado, el rendimiento que producía el vehículo averiado, los ingresos dejados de percibir por la muerte de la persona que atendía a los gastos de subsistencia, alimentación, estudio, etc. Todo esto conformaría el lucro cesante.

Cuando se trata de hechos dañosos o delitos que traen como consecuencia lesiones personales, con invalidez de por vida o muerte de una persona que atendía o velaba por la subsistencia o educación de otras, el lucro cesante se establece con base en dos elementos determinantes: la supervivencia de la víctima y el producido de la misma, teniendo en cuenta la proporción que le correspondería al perjudicado. Estos dos elementos sirven para buscar el lucro cesante, por medio de procedimientos y fórmulas que no es el caso explicar aquí, pero que aparecen debidamente detallados en la obra *La responsabilidad civil extracontractual en Colombia*, que se acaba de publicar y en la cual se indican, analizan y detallan los diferentes procedimientos que se utilizan para obtener el monto de la indemnización por lucro cesante.

Fuera de los *perjuicios materiales*, también deben indemnizarse los *perjuicios morales* ocasionados con el hecho dañoso, tal como lo indica el art. 103 del C. P. Esos perjuicios se han entendido como de carácter extrapatrimonial, para diferenciarlos de los materiales, entendido como los que lesionan el patrimonio económico.

Estos han sido divididos, así mismo, en *perjuicios morales objetivados* y *perjuicios morales subjetivados* o *pretium doloris* (precio del dolor).

Mientras que los morales objetivados, entendiendo por tales las implicaciones económicas de las angustias, complejos o factores psicológicos que crean los hechos dañosos o delictuosos, pueden ser evaluados por los peritos mediante las pruebas aportadas al proceso, los subjetivos o *pretium doloris* no tienen fácil tasación. Evaluar la angustia, el dolor, la depresión psicológica, ocasionados por la muerte de un ser querido, demos por caso, es imposible. Por lo tanto, por ser de difícil valoración y no existir parámetros o elementos más o menos confiables que permitan su tasación, se ha dejado su evaluación al criterio del juez. Se ha dicho entonces que corresponde al arbitrio judicial establecer su monto.

No son materia de dictamen pericial.

#### *Momento procesal para el dictamen*

De acuerdo con los arts. 503 y 504 del C. de P. P. existe un momento procesal específico, determinado, para practicar el peritazgo mediante el cual se establece el monto de los daños y perjuicios ocasionados con la infracción. En la etapa de la causa, después de la ejecutoria del auto de proceder, vencido el término para la práctica de las pruebas solicitadas por las partes u ordenadas por el juez, se da traslado a los peritos oportunamente designados (cuando lo solicitan el ministerio público o la parte civil o cuando oficiosamente lo ordena el juez por existir bienes embargados o secuestrados) para que rindan el dictamen correspondiente.

Dictámenes rendidos en otros momentos procesales o para otros fines (establecer la cuantía en los delitos contra el patrimonio económico, para efectos de competencia; pretender el pago de indemnización o reintegro para gozar de la libertad provisional según el num. 2º del art. 453 del C. de P. P.) no cumplen los requisitos exigidos por la ley para ser tenidos como suficientes para establecer el monto de la indemnización adeudada.

El dictamen pericial sobre el monto de los perjuicios, presentado en el momento procesal adecuado, no obliga al juez. Ese dictamen, como todos los demás, debe ser puesto en traslado de las partes y puede ser motivo de ampliación, aclaración y explicación, así como de objeciones. Pero su contenido no es obligatorio. Se sabe que todos los dictámenes en el proceso penal son de necesaria evaluación por el juez, quien puede aceptarlos, desconocerlos, o aceptarlos parcialmente, pero no en forma arbitraria sino analizando todas las circunstancias que determinan su decisión.

#### *Importancia de los artículos 106 y 107 del Código Penal*

Puede suceder, y es lo más frecuente, que el peritaje no se haya practicado por no haber sido solicitado ni por el ministerio público ni por la parte civil, y no se haya podido ordenar oficiosamente por el juez por no existir bienes del sindicado embargados o secuestrados, debido a que no existe avalúo de los daños y perjuicios.

Puede suceder también que el dictamen presentado no satisfaga al juez. No lo encuentra convincente, por sus conclusiones o por los procedimientos utilizados. En este caso, aunque hay dictamen, no es de recibo para el juez.

Surge allí la extraordinaria importancia de los arts. 106 y 107 del C. P. de 1980, que la mayoría de nuestros jueces y magistrados no han captado y por lo tanto se abstienen de aplicar, sin mencionar siquiera el motivo por el cual no lo hacen.

El art 107 establece: "*Indemnización por daño material no valorable pecuniariamente*. Si el daño material derivado del hecho punible no pudiere avaluarse pecuniariamente, debido a que no existe dentro del proceso base suficiente para fijarlo por medio de perito, el juez podrá señalar prudencialmente, como indemnización, una suma equivalente, en moneda nacional, hasta de cuatro mil gramos oro.

"Esta tasación se hará teniendo en cuenta factores como la naturaleza del hecho, la ocupación habitual del ofendido, la supresión o merma de su capacidad productiva y los gastos ocasionados por razón del hecho punible".

De acuerdo con su redacción, y tal como se deduce del pensamiento explicado por los componentes de la Comisión redactora, se pretendió que toda sentencia condenatoria penal, tal como lo establece el ord. 6º del art. 171 del C. de P. P. ("y se impondrá la obligación de indemnizar los daños y perjuicios a los que resultaren civilmente responsables *fijándose la cuantía de la indemnización*"), impusiera en concreto la obligación indemnizatoria. Es decir, que toda sentencia penal condenatoria lleve la orden judicial de pagar una suma determinada de dinero, procurando así terminar con las sentencias condenatorias *in genere* o en abstracto que eran viables en el Código Penal anterior y a las cuales se refiere el Código de Procedimiento Penal dictado para esa época, en su art. 26.

Ante la imposibilidad procesal de fijar una suma determinada, porque no existe dictamen o porque el que se rindió no satisface el juzgador, el fallador debe hacer uso del art. 107 del C. P. En síntesis, todas las sentencias condenatorias penales deben imponer el pago de la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados, sea porque ella se haya establecido por dictamen pericial o sea porque el juez haga uso de las facultades que le otorga el artículo ya citado.

Ese artículo consagra el arbitrio judicial pero fijándole un límite máximo. Ese límite es el equivalente, en moneda nacional, a *cuatro mil gramos de oro*. Es decir, el juez puede fijar como indemnización de los perjuicios materiales una suma equivalente a determinado número de gramos de oro, siempre que no supere a cuatro mil.

La referencia a los gramos de oro para evaluar los perjuicios, aunque nueva en el Código Penal, no lo es en la legislación colombiana. El Código de Comercio, en varios de sus artículos (1596, 1835, 875) la utiliza. La jurisprudencia del Consejo de Estado la venía aplicando desde 1978, con fundamento en el art. 95 del C. P., para actualizar el valor de los \$ 2.000.00 que contemplaba esa norma como indemnización de los perjuicios morales. La Comisión redactora del nuevo Código Penal la recogió, no solo para regular los perjuicios morales sino que la extendió a los perjuicios materiales.

La misma disposición establece las pautas que el fallador debe seguir para fijar el monto de la indemnización, es decir, para determinarla entre uno y cuatro mil gramos de oro.

El inc. 2º ordena al fallador tener en cuenta los siguientes elementos evaluativos:

a) *Naturaleza del hecho*. Las características de la infracción deben tenerse en cuenta para fijar el monto de la indemnización. Pero esa consideración no es del delito en sí, ni de la característica del factor subjetivo como dolo, culpa o preterintención, sino de las consecuencias o repercusiones económicas que el delito pudo ocasionar. La indemnización es la obligación de restablecer el patrimonio del perjudicado, es la forma de que el perjudicado con la infracción penal no sufra perjuicios patrimoniales, económicos o morales.

b) *La ocupación habitual del ofendido*. Es uno de los elementos más importantes para la evaluación, pues las repercusiones patrimoniales que tiene como consecuencia la pérdida de la capacidad productiva deben evaluarse en forma muy distinta a la que produce solamente una desfiguración, pero en ambos casos es la productividad de la víctima la que determina su monto. Quien gana 200 mil pesos anuales debe recibir una mayor indemnización que el que gana 100 mil.

Este elemento pretende relacionar la indemnización con el oficio o actividad que desempeña el perjudicado u ofendido. No es lo mismo el lesionamiento de un dedo (con veinte días de incapacidad, demos por caso) para un pianista que para un abogado. Aunque penalmente tenga las mismas sanciones o consecuencias, civilmente es muy distinto. Es necesario analizar y relacionar la actividad de la persona perjudicada con el perjuicio que sufre.

c) *Supresión o merma de su capacidad productiva*. Este es un elemento de evaluación determinante y definitivo en la indemnización. Especialmente en la evaluación del lucro cesante que hace relación con el presente y el futuro. Las lesiones que suprimen totalmente la capacidad productiva merecen una indemnización más alta que las que solamente la merman. Igual sucede con las que limitan la capacidad productiva temporalmente y con las que lo hacen definitivamente.

d) *Los gastos ocasionados por razón del hecho punible*. Es lo que en el campo civil se ha denominado el *daño emergente*. Todos los gastos efectuados para atender a la reparación de las cosas o bienes o para atender a los costos de tratamientos médicos, hospitalarios o quirúrgicos cuando se trata de daños a las personas, quedan incluidos en este concepto. Los gastos de inhumación de los cadáveres en los delitos de homicidio, también hacen parte de este rubro.

Estos elementos que el Código detalla hacen parte de los que la doctrina y la jurisprudencia ya han consagrado en el campo indemnizatorio civil y por lo tanto son aplicables a esta clase de indemnizaciones. Todos los comentarios, conceptos, sistemas y procedimientos que la doctrina y la jurisprudencia civiles han consagrado a la indemnización de la responsabilidad civil extracontractual son aplicables en este caso.

El art. 107 permite entonces que el juez penal incluya en esa valoración de los perjuicios materiales tanto los que se han calificado como *daño emergente* como los que se han calificado como *lucro cesante*. Por lo tanto, deberá discriminar y tener en cuenta cada uno de estos perjuicios para fijar su monto.

No es, entonces, repetimos, un poder absoluto del juez el que consagra el art. 107. Es una facultad, un arbitrio que debe ser debida, racional y lógicamente

aplicado. Por lo tanto, no fijará el máximo de los cuatro mil gramos de oro sino en casos muy excepcionales y especiales, en que las consecuencias patrimoniales del hecho delictuoso sean notorias, manifiestas, valiosas.

Debe dejarse claramente establecido que en los perjuicios que señala el art. 107 no se incluyen los morales. La norma solo se refiere a los materiales. La evaluación de los morales se rige por el art. 106 del mismo estatuto.

#### *Perjuicios morales*

En su afán por que no se queden sin indemnizar estos perjuicios, el legislador penal estableció expresamente en el art. 106 la forma, procedimientos y límites que deben tener.

El art. 106 reza así: "*Indemnización por daño moral no valorable pecuniariamente*. Si el daño moral ocasionado por el hecho punible no fuere susceptible de valoración pecuniaria, podrá fijar el juez prudencialmente la indemnización que corresponda al ofendido o perjudicado hasta el equivalente, en moneda nacional, de un mil gramos oro.

"Esta tasación se hará teniendo en cuenta las modalidades de la infracción, las condiciones de la persona ofendida y la naturaleza y consecuencia del agravio sufrido".

Aceptando, en principio, las dificultades propias de la evaluación, de los perjuicios morales subjetivos o *pretium doloris*, el Código Penal faculta al juez para que, en vez de omitir la condenación por esa dificultad, condene a una suma equivalente a determinado número de gramos de oro. Respetando, obviamente, la concepción civilista de que la indemnización de los perjuicios morales no es una retribución sino una compensación.

Pero en los perjuicios morales el límite es de mil gramos de oro para cada perjudicado, no de cuatro mil como en los materiales.

En su inc. 2º el art. 106 señala algunos elementos de evaluación que el juez debe tener en cuenta para fijar su monto:

a) *Modalidades de la infracción*.—La importancia del bien jurídico tutelado es innegable en la tasación de los perjuicios morales. Hay perjuicios morales cuando se lesiona a una persona o se da muerte a un ser querido. Pero no se han aceptado perjuicios morales por el lesionamiento o pérdida de cosas, ya sean animadas (como los animales) o inanimadas (como los bienes muebles o inmuebles). En esos casos pueden existir perjuicios materiales pero no perjuicios morales. No hay reciprocidad sentimental, que es lo que caracteriza el perjuicio moral. Los delitos, para que den origen a esta clase de perjuicios, deben lesionar derechos personales como la vida o la integridad, ya sea física o moral. También importa la modalidad de la infracción para establecer la permanencia en el tiempo de la angustia o dolor síquico que determina el perjuicio.

b) *Condiciones de la persona ofendida*.—Miradas no desde un punto de vista meramente económico, sino afectivo, emocional. Los impactos psicológicos que resultan de unas lesiones personales, las secuelas permanentes que originan com-

plejos por la muerte de un ser querido, no afectan por igual a todas las personas. Unas son más fuertes espiritualmente, sufren menos ante esas situaciones. Otras, por el contrario, se afectan más fácilmente y conservan por más tiempo esa amargura. Pues bien, en este caso, el juez debe tener en cuenta esa situación además del parentesco, lejano o cercano, la mayor o menor intensidad de los vínculos afectivos con las víctimas. Si convivían en el mismo hogar, si los esposos estaban unidos, si los hijos o los padres no habían abandonado el hogar, etc.

c) *Naturaleza del agravio*.—Moralmente el agravio es distinto del material. El agravio moral lesiona la integridad psicológica de la persona. Se afecta espiritual y psicológicamente. Ese agravio es mayor o menor de acuerdo con muchas circunstancias personales y subjetivas. Y

d) *Consecuencias del agravio*.—Hace relación al tiempo que duren aquellas. Si el lesionamiento psicológico es temporal, la indemnización debe ser distinta a la del lesionamiento muy prolongado en el tiempo. La muerte de un hijo para el padre acarrea una consecuencia de por vida. En otros casos las consecuencias pueden ser más pasajeras. El impacto emocional y su prolongación en el tiempo son circunstancias que debe analizar el fallador para fijar el monto.

Solo deben llegar al límite de los mil gramos cuando las circunstancias sean muy claras, precisas y graves. Mientras tanto puede moverse entre un mínimo de uno y un máximo de mil gramos.

Desgraciadamente en el campo penal los conceptos que anteriormente se mencionaron no se han profundizado lo necesario. Por eso insinuamos la conveniencia de que los jueces o funcionarios que hayan de decidir sobre indemnizaciones, o los peritos a quienes se confían los dictámenes, conozcan con mayor precisión y detalles todas las circunstancias que pueden influir en la tasación o evaluación de los perjuicios. Es imposible, en la brevedad de un artículo como este, recoger todas las situaciones que se pueden presentar en esa clase de indemnizaciones. Recomendamos acudir a una mayor información en los tratados o textos dedicados a la responsabilidad civil extracontractual aplicables a la responsabilidad civil que surge de la comisión de un delito, y concretamente al que el autor de este artículo acaba de publicar con el título de *La responsabilidad civil extracontractual en Colombia*, donde se indican los procedimientos, fórmulas y diferentes sistemas utilizados para la evaluación y actualización de los perjuicios materiales y morales.

La importancia, trascendencia y oportunidad que los arts. 106 y 107 del C. P. tienen, han sido desconocidas olímpicamente por nuestros falladores por no enfrentar los diferentes aspectos civiles de la indemnización. No se comprende por qué estas normas vigentes no se aplican en los procesos penales.

No se puede olvidar la existencia del art. 29 del C. de P. P., que subordina el disfrute de los subrogados penales, especialmente la condena de ejecución condicional, al pago de la indemnización de perjuicios oportunamente fijados por el juez. La excepción que contempla el inc. 2º exige prueba suficiente de esa situación. No puede ser una simple disculpa.

## SOCIEDAD Y DERECHO PENAL EN CUBA\*

por JOSÉ FRANCISCO MARTÍNEZ RINCONES

### INTRODUCCIÓN

La presente ponencia trata de expresar, de una manera sintetizada y sistemática, el resultado de una investigación sociohistórica y sociojurídica, realizada en el Centro de Investigaciones Penales y Criminológicas de la Escuela de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de Los Andes, Mérida, Venezuela.

La mencionada investigación culminó con la publicación de un volumen multigráfico, que bajo el título de *Sociedad y Derecho Penal en Cuba*\*\* recoge el proceso de nacimiento y desarrollo del derecho penal codificado, en la Isla, conforme a periodos históricos precisados a todo lo largo de la existencia de la formación social cubana.

Con el enfoque dado al tema se procuró hacer una valoración del mencionado proceso, siguiendo las orientaciones de las ciencias sociales, a objeto de tratar de presentar el sentido y las razones materiales que han ido determinando sus cambios.

Es dentro de esta orientación como se puede estudiar —con ambiciones de totalidad— el caso cubano, puesto que la formación cubana ha tenido la experiencia de operar o de funcionar bajo la vigencia de tres sistemas penales distintos y contradictorios; sistemas estos que van desde el sistema penal español del periodo de la conquista y colonización de la Isla al sistema del periodo de la seudorepública, en donde la injerencia norteamericana es exageradamente notoria tanto en lo jurídico como en las demás funciones de control social, especialmente en materia política, y, finalmente, el sistema socialista revolucionario que se inició el 1º de enero de 1959 y que ha puesto en vigencia un nuevo modelo penal, sostenido sobre las ideas del humanismo marxista y la concepción socialista del derecho penal.

En cada período el sistema penal defiende el orden social dominante y los intereses sociojurídicos derivados de las relaciones sociales y económicas de la formación social cubana.

\* El presente es el texto de la ponencia presentada por el autor en el I Seminario de Investigación de CENIPEC (Mérida, 22-23 de junio de 1983).

\*\* J. F. MARTÍNEZ RINCONES, *Sociedad y derecho penal en Cuba*, edición del Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico de la Universidad de Los Andes, Mérida, Venezuela, 1981, pág. 282.

La valoración de los sistemas penales, analizados desde los puntos de vista señalados, permite indicar que el desarrollo del sistema penal cubano avanza hacia fórmulas más adecuadas a su realidad, respetando, cada vez con mayor celo, los principios del derecho penal históricamente creados por el hombre en un intento por garantizar mejor su libertad y su seguridad jurídica.

No se pretendió agotar el tema con esta ponencia, solo se ha puesto sobre el tapete con el fin de discutir o de informar cómo ha sucedido este proceso, único y ejemplar en el inmenso panorama de la cultura hispanoparlante.

## 1. PERÍODO COLONIAL ESPAÑOL

La dominación de Cuba por parte de España se remonta a 1510, cuando se decide su conquista y su colonización. Este hecho implicó la instauración de un sistema socioeconómico, jurídico y político distinto y extraño a la sociedad autóctona de la Isla; y sentó las bases de una economía sostenida en la propiedad privada de los medios de producción y en la explotación de la fuerza de trabajo humana, mediante la esclavización y el sistema de encomiendas y repartimientos.

Para ese momento, las sociedades aborígenes de la Isla vivían dentro del sistema económico del comunismo primitivo y la sociedad conquistadora daba sus primeros pasos hacia la conformación del modo de producción capitalista. Como se observa, la primera estaba en el extremo opuesto de la segunda; era más atrasada, más débil y sin ninguna ambición que no fuera la de subsistir y conservarse.

El carácter de la empresa conquistadora, voraz y violento, exterminó la población autóctona dejando, 40 años después de su iniciación, solo un 5% de aborígenes, requiriéndose para la colonización y desarrollo de la Isla, de la utilización de mano de obra esclava y servil.

La colonia creció al amparo de las instituciones coloniales y desarrolló como las demás colonias de América un orden, estableciendo los mecanismos de control social que se adecuaron a los intereses sociopolíticos de la Corona española y a los de las jerarquías creadas para sostener tan complicada empresa.

En Cuba se desarrolló, de cierta manera, una nueva sociedad enmarcada en lo que autores como SERGIO BAGÚ denominan el capitalismo colonial, donde sobrevivieron relaciones de explotación esclavistas y serviles con instituciones del derecho feudal y del capitalista en formación<sup>1</sup>.

La Isla, pobre en minería, basó su economía en la actividad agropecuaria, lo cual acentuó el desarrollo de la idiosincrasia semifeudal mediante la jerarquización de los grupos sociales y la diferenciación clasista, pero teniendo en cuenta que la sociedad, en su estructuración, sería determinada por el carácter que impuso el modo de producción capitalista naciente. De esta manera, en Cuba se encontraron en un mismo período que va aproximadamente de 1550 a 1897, esclavos, campesinos

<sup>1</sup> SERGIO BAGÚ, *Economía de la sociedad colonial*. Cfr. *Sociedad y derecho penal en Cuba*, ed. cit., pág. 12.

libres, jornaleros, artesanos, trabajadores manuales, asalariados, pequeños hacendados y grandes propietarios y toda una gama de funcionarios de la burocracia colonial y de la Iglesia. Negros, mestizos, blancos, chinos e indios, conformaron un mosaico étnico que vivió bajo un orden político profundamente autoritario, despótico y sanguinario. Bajo un orden donde las normas se cumplían por excepción y en el que la fuerza y la violencia imponían un carácter socialmente dehumanizado.

El régimen jurídico de la Cuba colonial fue la expresión de la conciencia jurídica de una sociedad explotadora, dirigida por una Corona ambiciosa y manejada por una aristocracia colonial dura, violenta y despótica. La fuente formal fue el derecho castellano, de acentuado carácter feudal, aunque renovado por las transformaciones que vivía la península ibérica en su proceso de transición hacia el capitalismo<sup>2</sup>. En este sentido cabe señalar que el derecho representó la forma con base en la cual se justificó el carácter económico y político de la empresa colonial, como bien lo expresan el historiador venezolano MANUEL GONZÁLEZ ABREU y el español JOSÉ MARÍA OTS CAPDEQUI<sup>3</sup>, y que en su conjunto ese derecho recibió el nombre de Derecho Indiano.

En Cuba, tierras e indios se adjudicaron por las mercedaciones, el repartimiento y la encomienda. Los negros se adquirieron como mercancía, mediante su compra a los tratantes que arribaban a las costas cubanas.

El derecho penal, por su parte, tuvo en este período una especie de paralización o retroceso, pues permaneció con un marcado acento feudal que tanto en la Península como en la Isla mantuvo su carácter "heterogéneo, caótico, cimentado sobre un conglomerado incontrolable de ordenanzas, leyes arcaicas, edictos reales y costumbres...", fundado sobre el doble pilar de la expiación moral y la expiación colectiva, prodigaba los castigos corporales y la pena de muerte, para cuya ejecución se preveían refinamientos de crueldad cuando se trataba de determinados delitos<sup>4</sup>.

Autores cubanos como VEGA VEGA<sup>5</sup> niegan que en la práctica se pudiera hablar de la aplicación de un sistema penal colonial, pues la existencia de normas solo cubría la apariencia puesto que "...los mismos tribunales no se atenían a las mismas y la justicia penal se aplicaba según la costumbre". Esta afirmación se sostiene también en el hecho de que dentro de una sociedad que practicaba el esclavismo, la conciencia jurídica la determinaban las relaciones productivas. Sin embargo, los cambios que se produjeron a raíz de la mecanización de los ingenios azucareros hicieron que para fines del siglo XIX se cambiase el carácter del derecho penal, de cruel y arbitrario, por el del derecho penal liberal codificado, el cual en una primera fase mantuvo una distinción entre el esclavo y el hombre libre (Código Penal de 1879), la que desapareció al ser abolida la esclavitud en 1886.

<sup>2</sup> LUIS VITALE, en *Feudalismo, capitalismo, subdesarrollo*. Cfr. *Sociedad y derecho penal en Cuba*, págs. 1-13.

<sup>3</sup> *Ibid.*, pág. 17.

<sup>4</sup> JOSÉ A. SAINZ CANTERO, *Las ciencias del derecho penal y su evolución*, Barcelona, Edit. Bosch, 1970, pág. 46. Cfr. *Sociedad y derecho penal en Cuba*, pág. 32.

<sup>5</sup> JUAN VEGA VEGA, *Los delitos*. Cfr. *Sociedad y derecho penal en Cuba*, pág. 33.

Este derecho penal codificado, de fines del siglo pasado promueve la ideología del hombre-individuo, de la legalidad penal y de los derechos del hombre, producto de la Revolución Francesa acaecida 100 años atrás, pero que se adecua al desarrollo de las fuerzas productivas y que ya necesitaba de un sistema penal que garantizase la seguridad de la burguesía azucarera, tanto cubana como norteamericana.

En este largo período colonial hubo intentos de liberación. Durante el último se promulgó en 1898 la Ley Penal de la República en Armas inspirada en las necesidades de la guerra de liberación anticolonial. Esta ley, según su autor, general Domingo Méndez Capote, obedece en primer término a los intereses de la guerra de liberación y de la revolución democrática que propiciaba José Martí, con su modelo de república basado en el trabajo y la distribución justa de la riqueza nacional. Formalmente este modelo cubano recogía las experiencias del pensamiento liberal español, pero orientado hacia los objetivos del ejército libertador.

Sin embargo, Cuba no logrará la libertad ni fundará la república que inspirara Martí, pues para 1898, estando bien definida la situación a favor del ejército libertador, intervinieron los Estados Unidos de Norteamérica en la guerra provocando la salida de España conforme al Tratado de París de 1898; pasando el poder de manos españolas a manos norteamericanas para dar nacimiento a lo que denomina la historiografía cubana como la Pseudo República o República Neocolonial de Cuba.

## 2. PERÍODO NEOCOLONIAL NORTEAMERICANO

Mediante el Tratado de París, Estados Unidos de Norteamérica inició su dominación política en Cuba de manera directa. Para ese momento, la economía azucarera dependía del mercado americano, como resultado de un proceso de penetración económica iniciado desde comienzos del siglo XIX. Con la dominación política se pensaba en ejecutar la vieja ambición anexionista, contra la que luchó Martí y el sector nacionalista y progresista de Cuba. La anexión no se dio en términos formales, pero la Isla comenzó a vivir atada a Norteamérica por "vínculos especiales". Dentro de estos vínculos, aparece nítidamente uno que se agrega a la Constitución Cubana de 1901, conocida como la "Enmienda Platt", que permite la intervención norteamericana cuando así lo consideren pertinente. En 1902 se estableció "otro vínculo especial": el Tratado de Reciprocidad, el cual se reformó en 1934 al firmarse un nuevo tratado de reciprocidad. Mediante estos tratados Norteamérica ata a Cuba a un destino económico dependiente, antinacional y generador de una mayor dependencia subdesarrollada.

El primer presidente de la neocolonia fue Tomás Estrada Palma y el último Fulgencio Batista. Entre estos dos hombres, una gama de presidentes y dictadores se encargaron de ir desarrollando la más profunda dependencia económica, jurídica, política, militar, cultural, científico-técnica y monetaria, que hacían imposible la vida en Cuba sin el "amparo" norteamericano.

No se dio "un pueblo nuevo de sincera democracia, capaz de vencer el orden del trabajo real y el equilibrio de las fuerzas sociales" como lo esperaba Martí,

enmarcado en un sistema republicano y anti-imperialista. Se dio un gobierno militar con el apoyo de la burguesía colonialista, los sectores anticubanos y los miembros de la administración colonial española<sup>6</sup>.

En 1901 se proclamó la Constitución cubana, con la mencionada enmienda. De esta manera evaluó la situación cubana el gobernador militar norteamericano: "...Por supuesto que a Cuba se le ha dejado poca o ninguna independencia con la Enmienda Platt y lo único indicado ahora es buscar la anexión. Esto, sin embargo requeriría algún tiempo..."<sup>7</sup>.

Durante el período neocolonial en la Isla se desarrolló una dependencia estructural que impedía el desarrollo económico, generaba cada día mayor desempleo, más necesidades en la población, analfabetismo, hambre, desatención, corrupción y prostitución, y una manera irresponsable de obtener el poder para enriquecerse, abusar y para representar, de la mejor manera, los intereses de los Estados Unidos.

Para 1923, FERNANDO ORTIZ<sup>8</sup> producirá un documento denominado "Datos Métricos del Retroceso de Cuba", donde plasma con detalles la situación profundamente negativa, desde todo ángulo, que vivían los cubanos.

En términos de la lucha política independentista, anti-imperialista y democrática, los sectores progresistas, el movimiento obrero organizado y de inspiración socialista, mantuvieron una constante posición de lucha en la búsqueda de nuevas soluciones democráticas de inspiración martiana o marxista, como en el caso de los comunistas cubanos.

Como se observa, en Cuba, durante la neocolonia, se produjo la polarización de los intereses sociales en pugna, lo cual permitió el florecimiento de un Estado represivo, violento y sanguinario donde se concentraron los grandes delincuentes políticos que propiciaron el amparo al asesinato político, el peculado, la prostitución organizada y el juego ilegal, entre otros<sup>9</sup>. La historiografía cubana contemporánea llama a esta fase de la vida política de la Isla la del Estado Antipopular y la Sociedad Excluyente, pero en esta fase se darán grandes luchas populares que lograrán algunas conquistas sociales de interés, dándose una fase en que la lucha de clases adquiere un carácter revolucionario anti-imperialista, durante los años comprendidos entre 1920 y 1935, en la que se fundan las organizaciones de masas<sup>10</sup>.

A estos años se les debe la creación de la conciencia nacional, como bien lo expresa el historiador JOSÉ TABARES DEL REAL<sup>11</sup>. En 1933 el pueblo cubano derroca al dictador Manuel Machado, remueve a su sucesor y participa en un gobierno de 100 días, en alianza con los sectores oligárquicos representados por Fulgencio

<sup>6</sup> OSCAR PINO SANTOS, *Historia de Cuba*. Cfr. *Sociedad y derecho penal en Cuba*, pág. 48.

<sup>7</sup> *Ibid.*, pág. 49.

<sup>8</sup> *Ibid.*, pág. 53.

<sup>9</sup> FERNANDO ORTIZ recoge hasta 1923. En los años siguientes, con las dictaduras de Machado y Batista, las condiciones de antidesarrollo y brutalidad aumentaron considerablemente.

<sup>10</sup> *Ibid.*, pág. 161.

<sup>11</sup> JOSÉ TABARES DEL REAL, *La revolución del 30 en sus dos últimos años*. Cfr. *Sociedad y derecho penal en Cuba*, pág. 62.

Batista y los de la burguesía liberal, representados por Ramón Grau de San Martín. El pueblo estuvo representado por Antonio Guiteras, dirigente popular.

Con esta experiencia se conquistaron los derechos sociales del hombre y el principio de la democracia política; todo lo cual fue recogido por la Constitución de 1940.

Durante este periodo de gran movilización política Cuba continúa administrando su "justicia" penal conforme al Código Penal de 1879. Código inoperante a los ojos de los juspenalistas cubanos, quienes, en su mayoría, veían en el derecho penal positivista la solución de la cuestión social, mediante la instauración de un Estado fuerte amparado por una legislación tan fuerte como él.

El período comprendido entre 1899 y 1938, la crisis cubana acompañó al derecho penal. Ya en 1908 el gobernador militar Magoon solicitó un proyecto de reforma; a este proyecto le siguieron 8 proyectos más, el de 1921, el de 1922, el de 1926, el de 1929, el de 1930, el de 1934 y los de 1936, uno de Diego Vicente Tejera denominado Código de Represión Criminal, y el de José Agustín Martínez y Armando Raggi denominado Código de Defensa Social, adscrito a la ideología defensiva de inspiración ferriana y conforme a la cual la sociedad tiene el deber de sancionar o excluir de ella a quien delinca, no como castigo sino como consecuencia de los ataques presentes y futuros de los cuales la sociedad sea víctima.

Esta ideología defensiva hizo eco en los juspenalistas, hasta en aquellos que como Ortiz tenían posiciones avanzadas, debido a la poca madurez ideológica y al hecho de que las teorías científicas revolucionarias tenían poca difusión, y las corrientes positivistas y demagógicas, por no haberse corrompido aún, estaban en un buen momento<sup>12</sup>.

El proyecto de 1936 de Martínez-Raggi, se adecua a las exigencias de la clase dominante. Es un Código que define objetivamente al delito político, trae las medidas de seguridad y tiene a su favor el ejemplo que brindaban, para el Estado cubano, la eficacia y el verbo de Ugo Rocco y de Benito Mussolini. Este último desde el Estado fascista, dijo que el derecho a castigar conforme a la concepción fascista, es "el derecho a la conservación y a la defensa, propiamente, del Estado, naciente con el Estado mismo, análogo, pero sustancialmente diverso del derecho de defensa del individuo y que tiene el fin de asegurar y garantizar las condiciones fundamentales o indispensables de la vida en común<sup>13</sup>.

Este derecho positivista se adecuó a los intereses de la burguesía y el Estado cubano, que asimilaron los términos defensa y conservación como los puntos de sostenimiento del propio sistema, golpeado ya por los constantes ataques de las clases populares y de la delincuencia de los pobres.

Este modelo además encubriría la realidad, la cual en el plano ideológico y político presentaba tensiones que podían regularse por la vía del castigo o de las medidas de seguridad.

<sup>12</sup> JOSÉ TABARES DEL REAL, cit., *supra*, pág. 67.

<sup>13</sup> BENITO MUSSOLINI. Cfr. *Sociedad y derecho penal en Cuba*, pág. 68.

De otra parte, este nuevo derecho penal conservador buscaba el fortalecimiento de la realidad existente, no era un factor de cambio, representó un instrumento del aparato ideológico del Estado que garantizaba la funcionalidad del aparato represivo con más eficacia y justificación para sus acciones.

La reforma, en fin, no agredió ningún interés estatal, se ajustaba a las nuevas modalidades de las relaciones de producción capitalistas, al modo dependiente y neocolonial. Representó una cohesión entre la estructura económica y la superestructura jurídica, puesto que sostenía y afianzaba la seguridad de defensa a la propiedad privada y sus instituciones.

El Código de Defensa Social comenzó su vigencia en 1938 y durante su vida en la neocolonia no se sucedieron cambios que alteraran su organización y funcionalidad, al no verse afectada la estructura social que lo inspiró. Por el contrario, se profundizaron las contradicciones acentuándose el subdesarrollo dependiente, con un crecimiento económico con apariencia de desarrollo económico, aumentando considerablemente el monto de las utilidades norteamericanas, llegando a estimarse en 1956 en 700 millones de dólares.

En el período neocolonial de vigencia del Código de Defensa Social, la lucha de clases adquirió caracteres particulares, debido a la experiencia que la clase obrera había acumulado durante la década de los años 30. Se continuó la lucha proreivindicativa, prodemocrática y anti-imperialista. En 1940 Batista asume el poder por la vía electoral populista. En 1944 es sucedido por Grau de San Martín quien, a su vez, lo es en 1948 por Carlos Prío Socarrás. En este período democrático-burgués de corte demagógico, las condiciones del pueblo no fueron favorecidas y el sindicalismo sufrió un proceso de corrupción notable, al ser prácticamente asaltado por el sector oficialista, el cual recurrió al asesinato de líderes populares como Jesús Menéndez y Aracelio Iglesias<sup>14</sup>.

La democracia cubana fue derrotada por las mismas bayonetas que la acunaron. Ante el fracaso social y el estado de corrupción imperante, Batista asumió el poder mediante un golpe de Estado, el 10 de marzo de 1952, anuló la Constitución democrática e impuso una ley constitucional que servía a sus intereses dictatoriales y fascistoides.

De esta manera suprimió los derechos políticos, las libertades y los derechos sociales. El anticomunismo se hizo presente, esta vez bajo la orientación maccarthista, lo cual permitió al dictador la realización de todo tipo de atropellos y desmanes propios del fascismo, pero en nombre de la civilización occidental y el mundo libre\*.

En el campo insurreccional, el 26 de julio de 1953, un grupo de hombres de orientación revolucionaria, radicales de la pequeña burguesía, tratan de asaltar el Cuartel Moncada de la ciudad de Santiago de Cuba, al oriente de la isla; el asalto fracasa pero sus efectos producen una repercusión nacional, de un alcance profundo y definido en las nuevas luchas políticas.

<sup>14</sup> *Ibid.*, pág. 78.

\* La ideología maccarthista de origen norteamericano tuvo su inspiración en las tesis de Joe McCarthy, político anticomunista norteamericano.

El Código de Defensa Social trató de aplicarse a los "delincuentes políticos" Fidel Castro y Abel Santamaría, dirigentes del asalto, quienes anunciaron la inspiración martiana de sus acciones. El mismo Castro había denunciado la ilegitimidad del poder de Batista. El asalto se acompañó de un programa reformista, ejecutable legalmente, partiendo de la reinstauración de la Constitución de 1940. Proponía el reparto de tierras y la participación de los obreros en las utilidades de la empresa con una cuota anual de un 30%, entre otras reformas importantes. La base social del programa era el pueblo cubano que venía sufriendo los desmanes de la burocracia y de la corrupción política.

Los asaltantes fueron condenados y luego favorecidos por medio de un decreto de amnistía el 15 de mayo de 1955, arrancado a Bautista por la protesta popular.

Castro y los demás moncadistas organizan un movimiento político que toma la fecha del asalto como nominación, "26 de Julio" y desde ese momento se inicia una creciente lucha popular contra el dictador que desencadena la formación de un movimiento guerrillero que culmina sus luchas derrotando a Batista y a su ejército el 1º de enero de 1959.

¿Cómo logró este proceso revolucionario la toma del poder? GÉRARD PIERRE CHARLES<sup>15</sup> señala que el mérito de Castro y los dirigentes moncadistas estuvo en el hecho de saber aprovechar la coyuntura creada por el golpe de Batista, adoptando nuevas formas de lucha, cristalizando la violencia revolucionaria en la guerra de guerrillas con amplio apoyo popular.

La guerrilla cubana generó un estado de movilización política antibatistiana, que a lo largo de 3 años se transformó en un movimiento nacional al que se fueron integrando todos los sectores políticos antidictatoriales interesados en la democratización de Cuba, la cual se inició con la huída del dictador.

### 3. PERÍODO DE LA REVOLUCIÓN SOCIALISTA

La derrota militar de Batista del 1º de enero de 1959 generó una experiencia completamente nueva para el pueblo. Este asumió el poder en lo social y en lo político. La dirigencia revolucionaria se sostenía desde entonces en el pueblo armado y este lo comprendió en forma revolucionaria.

Al iniciarse el cumplimiento del Programa del Moncada, la oligarquía y la burguesía cubanas respondieron negativamente. El imperialismo trató de impedir las reformas que lesionaban sus intereses, no porque fuesen socialistas, sino porque iban en contra de sus pretensiones de mantener a Cuba en el subdesarrollo. Estas contradicciones culminaron con la renuncia del presidente Urrutia, quien comenzó por apoyar los intereses contrarrevolucionarios.

Las agresiones del imperialismo y de la burguesía tomaron el carácter de violencia contrarrevolucionaria, mediante el asesinato, el sabotaje, los incendios, el pago

<sup>15</sup> GÉRARD PIERRE CHARLES, *Génesis de la Revolución Cubana*, México, Siglo XXI, 1976, págs. 63-64.

de mercenarios para formar tropas de invasión y el bloqueo económico. Tales agresiones aceleraron el proceso de radicalización. La expropiación y la nacionalización de empresas pusieron en manos de la sociedad la propiedad de los más importantes medios de producción. Así se dieron transformaciones que orientaron el proceso, originalmente de reformas, hacia la socialización de la propiedad y del sistema. La reforma agraria derrotó al latifundio y la tierra quedó adscrita a los entes colectivos o a los trabajadores del campo, rompiéndose la base económica de la sociedad capitalista.

En el orden jurídico, una vez declarado el carácter socialista de la revolución, se inició una serie de reformas legislativas tendientes a legitimar el proceso de socialización. El Estado cubano logró sus objetivos finales, y perfeccionó su condición con la promulgación de la Constitución Socialista que legitimó el sistema de democracia proletaria, el 24 de febrero de 1976.

En el campo penal, se dieron grandes pasos que culminaron con el Código Penal de 1979.

Cuba representaba un excelente modelo de sociedad criminógena. Las condiciones criminógenas venían gestándose desde la Colonia y se acentuaron durante el periodo seudorrepblicano, bajo el amparo del propio Estado. FERNANDO ORTIZ<sup>16</sup> las denomina "la mala vida" y LE RIVEREND<sup>17</sup> las conceptúa como "...zona de la conducta antisocial generada por el secular arrastre y sedimentación de clases prerrevolucionaria".

De otra parte, estas condiciones fueron el producto de las propias condiciones sociales de la sociedad cubana, reflejo del capitalismo que se desarrollaba en la Isla.

Los códigos penales que rigieron en Cuba consideraron el delito y la criminalidad como un producto natural y por ende el sistema jamás se propuso realizar un ataque radical contra la criminalidad. La revolución, por el contrario, trata de erradicar el delito desde su origen por considerarlo contrario a la ética socialista. También es importante señalar que en la lucha contra el delito se daba la lucha por la misma revolución, puesto que la revolución luchaba por un nuevo orden social en el que la delincuencia no debía tener cupo, y en este nuevo orden, ir eliminando el delito significó un paso de avance en el proceso sociopolítico de Cuba.

Antes de promulgarse el nuevo Código Penal, Cuba desarrolló la experiencia de ir haciendo permanentes y adecuadas reformas penales, que surgirían, no como expresión de una corriente jurídica de moda, sino como una verdadera respuesta de la lucha histórica contra la delincuencia, de una manera sistemática y continua. Al lado de estas reformas y de los cambios que se observaron en el sistema penitenciario, debe hacerse notar que en la lucha contra la delincuencia influyó notoriamente la transformación de la base material de la sociedad y la elevación del nivel ideológico de las masas.

Las principales reformas penales que se dieron en Cuba antes de la promulgación del Código Penal Socialista, se orientaron hacia la prevención y la sanción

<sup>16</sup> FERNANDO ORTIZ. Cfr. *Sociedad y derecho penal en Cuba*, ed. cit., pág. 133.

<sup>17</sup> Ídem.

de aquellas conductas particularmente contrarias a los intereses revolucionarios. Sin embargo, esto no quiere decir que todas las conductas criminalizadas deban considerarse como contrarrevolucionarias.

La revolución en materia penal se mantuvo en una posición ético-política, donde el interés popular era el interés fundamental. Por esto aparecieron sistemas de lucha contra la prostitución, el juego, el tráfico de drogas y múltiples formas de delincuencia organizada.

En el campo económico se criminalizaron las conductas contrarias a la economía nacional o la hacienda pública.

En el plano político-revolucionario se reformó la Carta fundamental para sancionar con pena de muerte los delitos contrarrevolucionarios y expropiar al delincente económico.

Por delito contrarrevolucionario se entiende aquella conducta que atenta contra los intereses de la revolución de manera directa, es decir, contra los aparatos de poder revolucionario, la economía popular y la organización social que desarrolla el socialismo. El delito contrarrevolucionario representa una categoría particular de delito que se diferencia del delito político porque este persigue fines altruistas, mediante su realización se busca superar una situación histórico-política antipopular y antidemocrática; mientras que el delito contrarrevolucionario se realiza con la pretensión de hacer retroceder un sistema social, en términos histórico-políticos. Sus fines son egoístas, antipopulares, antidemocráticos y antisocialistas.

El delito contrarrevolucionario nació como una respuesta a la violencia contrarrevolucionaria que existió en Cuba a partir de las reformas, de la colectivización de la propiedad de los medios de producción y de la expulsión del poder de los personeros de los regímenes que tenían a la Isla en situación de miseria moral, material, política y social.

Cabe mencionar también la criminalización de las conductas contrarias a la protección revolucionaria del sistema monetario y otras perturbadoras de la economía nacional, como el contrabando de dinero, las declaraciones fraudulentas de dinero, la comercialización de títulos bancarios, entre otras actividades.

Con estas leyes fueron promulgándose distintos sistemas de normas penales cuyo fin último era proteger los nuevos intereses sociales, nacidos del cambio estructural que vivía la formación cubana; por ello fueron abarcando todas las esferas de la actividad social, desde la vivienda y protección de su mercado, pasando por la protección del trabajador y de la actividad sindical hasta la conducta sexual de la juventud que se orientaba hacia una moral distinta.

Una de las reformas que merece ser tomada en cuenta es la que contempla las conductas contra la economía social que se tipifican con esta reforma, ley 1249, como producto de los cambios reales que se introdujeron en la estructura económica cubana. Estos delitos no tenían cabida en el Código de Defensa Social, por estar este enmarcado en un ambiente con una economía de carácter privado en la que se defendían los intereses económicos particulares antes que los sociales. Bajo la denominación de delitos contra la economía nacional se protege el modo de producción, el de distribución y el de consumo, así como también los recursos naturales y las

actividades vinculadas a la producción como la tecnología, los secretos económicos, entre otros intereses.

Este nuevo derecho penal cubano ha tomado como fundamento doctrinario al humanismo marxista y aquellos principios jurídicos del pensamiento burgués que son producto de las luchas sociales y cuya finalidad es la de salvaguardar aquellos intereses del hombre como ser social y que no menoscaban su dignidad ni su seguridad individual o social.

La relación existente entre los principios jurídicos marxistas y los viejos principios burgueses, es una relación dialéctica, donde las nuevas ideas avanzan en la medida en que el ser social se transforma y genera los cambios ideológicos que adecuan el derecho penal a la nueva sociedad socialista. En este sentido cobra vigor la observación de MARX<sup>18</sup>, conforme a la cual todas las formas ideológicas sobreviven solo durante el tiempo que les permiten las condiciones materiales de la formación social donde funcionan o existen, pues por ser expresión de la conciencia social históricamente considerada, su naturaleza está determinada por el modo de producción dominante.

La función del derecho penal cubano de corte socialista es la de regular las nuevas relaciones jurídicas y la de proteger las nuevas relaciones socialistas.

Visto de esta manera, puede decirse que el derecho penal cumple una gran finalidad en la construcción y el desarrollo del socialismo, ya que participa en la creación del modelo por el que se permite el desarrollo de la conciencia jurídica socialista, al señalar, típicamente, qué es lo que se contradice con el modelo socialista, además de definir cuáles son los intereses sociales que se protegen de manera particular, proponiendo las sanciones a los transgresores y a quienes actúen de manera socialmente peligrosa y fuera de los márgenes de la legalidad socialista.

En su primer artículo el Código Penal cubano refleja el trasfondo socialista que lo orienta, al indicar que sus normas están destinadas a proteger la sociedad, las personas, el orden social, económico y político y el régimen estatal, salvaguardar la propiedad socialista colectiva y personal, promover la observancia de los derechos y deberes de los ciudadanos, contribuir a formar en todos los ciudadanos la conciencia del respeto a la legalidad socialista y del cumplimiento de los deberes dentro de una correcta observancia de las normas de convivencia socialista.

#### 4. CONCLUSIÓN

Cuba, durante los tres períodos históricos señalados, ha vivido una experiencia social del control social punitivo adecuada a los intereses sociales del sistema o modo de producción dominante.

El primero y el segundo período correspondieron al sistema capitalista en fases diferentes; el último corresponde al sistema socialista.

<sup>18</sup> CARLOS MARX, *op. cit.*, pág. 173.

Cabe preguntarse hacia dónde se orientará el derecho penal cubano. La respuesta a este interrogante depende del desarrollo de sus fuerzas productivas. Puede preverse que Cuba avanza en el socialismo hacia la solución de los problemas heredados por casi medio siglo de explotación y veinte años de agresiones imperialistas, lo que hace lento el proceso de transición hacia el socialismo desarrollado.

El futuro del derecho penal cubano está comprometido con su historia, pues es un derecho penal que ha sido construido por los hombres que miran, no hacia el difuso horizonte del derecho penal del pasado, sino hacia el horizonte del derecho penal del futuro, que deberá ser, antes que punitivo, educativo, preventivo y sencillo. Claro como lo soñara Martí, el autor intelectual del huracán sobre el azúcar.

## ASPECTOS CLÍNICOS, MÉDICO-LEGALES E HISTÓRICOS DE LAS EPILEPSIAS\*

ROBERTO SERPA FLÓREZ, MD.

Profesor de Psicopatología Criminal en la Facultad de Derecho, de la Corporación Universitaria Autónoma de Bucaramanga. Profesor titular de Psiquiatría, Facultad de Salud, Universidad Industrial de Santander

A lo largo de la historia de la humanidad ha habido enfermedades que, como la locura y la epilepsia, han sido objeto de creencias erróneas y supersticiosas que aún persisten en nuestros días. En la Antigüedad grecolatina encontramos testimonios: TEOFRASTO nos dice que si alguien tropezaba en su camino con un epiléptico escupía para repeler el demonio maligno que le acosaba, y APULEYO nos relata que se evitaba compartir con el epiléptico la mesa para eludir todo supuesto contagio<sup>1</sup>. En el siglo XIX tuvo mucho prestigio la teoría de la degeneración (la *dégénérescence* de los franceses MORAL y su escuela, que popularizó LOMBROSO en Italia); en tal teoría la presunta degeneración de los epilépticos y otros enfermos era una afirmación indiscutible.

Para los antiguos fue el “mal sagrado” (el *hiere nousos* de los griegos, el *morbus sacre* de los romanos), aunque ya en la misma Antigüedad clásica los médicos hipocráticos en otro de los libros del *Corpus Hippocraticum*, *De morbo sacro*, escribían que la epilepsia era debida a causas naturales y que no era ni más ni menos sagrada que cualquiera otra enfermedad. En la Edad Media los padres de la Iglesia creyeron que los ataques eran manifestación externa de un espíritu impuro que poseía al epiléptico; ORÍGENES decía: “los que tenemos fe en el Evangelio creemos que esta enfermedad procede de un espíritu inmundo, ciego y sordo, cuya acción interior es visible en los pacientes”<sup>2</sup>.

La palabra “epilepsia” viene del griego y significa “sorpresa”, porque el ataque o la crisis llega repentinamente, de improviso. Hoy, ya casi a fines del siglo XX, “se reserva la designación de epilepsia —nos dice GASTAUT— únicamente para las crisis cerebrales resultantes de la descarga hipsincrónica de una población neuronal”, es decir, para las descargas simultáneas de un grupo de células cerebrales<sup>3</sup>.

\* Ponencia presentada en el Seminario de Derecho Penal “La imputabilidad: Cuestiones médico-legales”, realizado en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Bucaramanga en octubre de 1983.

<sup>1</sup> L. GIL, *Therapeia. La medicina popular en el mundo clásico*, Madrid, Guadarrama, 1969.

<sup>2</sup> L. GIL, ob. cit.

<sup>3</sup> H. GASTAUT, *Epilepsias*, Buenos Aires, Eudeba, 1977.

Las epilepsias se describen hoy en términos de sus manifestaciones o síntomas clínicos y electroencefalográficos, y se ha llegado a tales extremos de tecnificación que los síntomas se observan en circuitos cerrados de televisión utilizando la transmisión de video, cintas grabadas simultáneamente con la observación y registro de la actividad eléctrica cerebral; también se usa la telemetría, o sea el registro de la actividad eléctrica cerebral en pacientes ambulatorios durante largos períodos con electrodos implantados permanentemente, a distancia<sup>4</sup>.

Durante los últimos diez años se han logrado importantes progresos en el estudio de las epilepsias. Se las clasifica por sus manifestaciones clínicas y eléctricas, por su modo de transmisión hereditaria, por su edad de penetrancia y de distribución por su respuesta a los medicamentos. Se ha establecido que los factores genéticos o hereditarios tienen un importante papel como causa de muchas variedades de epilepsia, pero no se ha definido bien cuál es el modelo genético de su transmisión: si es por un *locus* simple en un cromosoma, si son *loci* múltiples en uno o varios cromosomas, o si el modelo es poligénico o multifactorial. Se sabe también desde hace muchos años que ciertas formas de epilepsia son ocasionadas por lesiones traumáticas del encéfalo, o por procesos de variada índole que afectan a distintas estructuras cerebrales, ya sean procesos vasculares, infecciosos, cicatriciales, etc., de la corteza cerebral o de sus envolturas, las meninges. También en los últimos años se ha avanzado mucho en la epidemiología genética de las epilepsias (o sea en el conocimiento de la frecuencia con que se halla en miembros de la misma familia), en la clasificación de los ataques epilépticos, en el descubrimiento de nuevos fármacos para su tratamiento. Se ha comprobado que hay un grupo de epilepsias de buen pronóstico, susceptibles de tratamiento, y otro grupo que no responde, o responde muy poco, a los tratamientos; en el primer grupo, después de varios años de tratamiento médico los síntomas desaparecen aun después de interrumpir la medicación<sup>5</sup>.

Las epilepsias que comienzan al final de la niñez y en la adolescencia tienen un excelente pronóstico, y entre un 60 a un 95% son dominadas por el tratamiento con medicamentos antiepilépticos; sin embargo, hay algunas otras que requieren tratamiento quirúrgico, lobectomía temporal anterior, o sea escisión de la parte anterior del lóbulo temporal del cerebro<sup>6</sup>.

Las epilepsias se llaman *generalizadas* cuando los primeros cambios clínicos y electroencefalográficos indican compromiso inicial de ambos hemisferios cerebrales, porque la descarga surge de las estructuras cerebrales llamadas centroencefálicas y desde allí se generaliza; la pérdida de la conciencia suele ser la primera manifestación. Pueden ser no convulsivas como las llamadas "ausencias", y convulsivas como los ataques convulsivos generalizados (llamados *grand mal*) y las "mioclonías" o sacudidas musculares. Entre las manifestaciones de las epilepsias primarias genera-

<sup>4</sup> A. DELGADO-ESCUETA, *The treatable epilepsies* (First of two parts) *New Engl. J. Med.* 308 (25): 1508-1514, julio 1983.

<sup>5</sup> A. DELGADO-ESCUETA, ob. cit.

<sup>6</sup> A. DELGADO-ESCUETA, ob. cit.

lizadas no se encuentran síntomas o signos que puedan estar correlacionados con un sistema anatómico o funcional localizado en uno de los hemisferios. Casi todas ellas son genéticamente transmitidas (hereditarias) y se manifiestan como pérdida de la conciencia o como convulsiones generalizadas<sup>7 y 8</sup>.

Las epilepsias se llaman *parciales* cuando las convulsiones o síntomas o ataques tienen como primeras manifestaciones clínicas o eléctricas cambios que indican la activación de un sistema anatómico o funcional limitado a una parte de uno o ambos hemisferios; la localización del foco de descarga epiléptica determina la presentación clínica y la forma de las crisis; cuando no se pierde la conciencia las crisis o ataques se clasifican como "ataque elemental parcial". Cuando se altera la conciencia se clasifican como "crisis parciales complejas" o "ataques parciales complejos". Los síntomas de este último grupo se denominan *epilepsia sicomotora*, *epilepsia del lóbulo temporal*, *Temporal Lobeseizures*, *fugues epileptiques*, o *Dämmer Attacken*. Las crisis parciales complejas se acompañan de muy variadas manifestaciones síquicas y tienen grande importancia medicolegal.

Otro grupo importante lo constituyen las llamadas *epilepsias generalizadas secundarias*, que pueden ser o bien las epilepsias simples parciales, que en el curso de su evolución llegan a ser generalizadas tónico-clónicas, o una serie de formas severas de epilepsias mioclónicas progresivas en adolescentes y adultos que evolucionan hacia el deterioro y la demencia, y otras formas mioclónicas o atónicas que evolucionan en niños con retraso mental o una encefalopatía infantil.

Revisemos brevemente las epilepsias generalizadas, primarias. Entre ellas están las *ausencias* (llamadas también *petitmal* o *piknolepsia*) que se hallan en un 3 a 4% de todos los epilépticos y tienen un patrón electroencefalográfico de 3 ciclos por segundo llamado "onda y espiga" (*spike and wave*). En un 14% de epilepsias la enfermedad comienza en esta forma y luego evoluciona hacia una forma generalizada, combinando el *petit mal* con el *grand mal*. En parientes cercanos a enfermos de "ausencias" pueden descubrirse accidentalmente registros anormales eléctricos cuando por casualidad se toman electroencefalogramas en caso de convulsiones febriles o focales. Existen por lo menos cinco variedades de "ausencias", caracterizadas todas ellas por un trazado eléctrico de onda y espiga múltiple o por onda y espiga simple generalizada. Casi todas estas formas de "ausencias" persisten hasta la vida adulta en un 90% de los casos, menos en la forma de ausencias infantiles. Hay un período en la vida de bajo riesgo que está entre los 16 y los 40 años, lapso en el cual no se presentan los ataques<sup>9</sup>.

Otra forma de epilepsia generalizada es el llamado *grand mal* o *epilepsia generalizada tonicoclónica*. Solamente en un 4% de las epilepsias se encuentra el *grand mal* aislado; en más de la mitad de ellas se trata de epilepsias secundarias generalizadas. Recientemente se ha establecido que hay dos formas de *grand mal*; en una de ellas los ataques se despiertan, los focos se disparan, por causas tales como

<sup>7 y 8</sup> A. DELGADO-ESCUETA, ob. cit.

<sup>9</sup> A. DELGADO-ESCUETA, ob. cit.

la privación del sueño, la fatiga excesiva y la ingestión de alcohol; son crisis clínicamente diferentes de las más comunes y conocidas, pues no son tónico-clónicas sino que los ataques son precedidos de una breve fase clónica (breves y violentos espasmos de flexión de todo el cuerpo). La otra forma de *grand mal* es el conocido ataque convulsivo generalizado tónico-clónico; estos ataques se presentan tanto de día como de noche y se caracterizan porque en el trazado electroencefalográfico tomado cuando el paciente no está sufriendo convulsiones se muestra el complejo de onda y espiga de 3 ciclos por segundo. Con el tratamiento médico, en un 64 a 75% de los casos de *grand mal* clásico los síntomas desaparecen; en un 22% de los casos disminuye su frecuencia; después de varios años de tratamiento y habiendo controlado los ataques se puede suprimir la droga sin que las convulsiones desaparezcan, pero en un 8 a 20% de los casos pueden volver al suprimir el tratamiento<sup>10 y 11</sup>.

De las epilepsias parciales o focales ya hemos dicho que hay algunas sin pérdida de la conciencia que se llaman "ataque elemental parcial" y no tiene mayor importancia medicolegal. Cuando en las epilepsias parciales se pierde o se altera la conciencia se denominan *crisis parciales complejas* o *ataques parciales complejos*, o epilepsias sicomotoras. Se caracterizan por un patrón electroencefalográfico de espiga múltiple localizada en el lóbulo temporal, y en la etapa interictal (cuando el paciente no está sufriendo el ataque) se encuentran potenciales rápidos de 16 a 30 ciclos por segundo, rítmicos, de bajo voltaje y que se propagan difusamente. Estas crisis parciales complejas tienen muchas manifestaciones clínicas: unas veces son alucinaciones, otras veces son delusiones o ideas delirantes, otras veces son verdaderas crisis sicóticas, otras veces síntomas afectivos: ansiedad, cólera, tristeza, euforia; es decir, parecen enfermedades mentales y a veces pueden ser confundidas con la esquizofrenia u otras sicosis<sup>12</sup>.

Las epilepsias parciales son las formas más comunes de los trastornos epilépticos y se encuentran en un 67% de los epilépticos, adultos y niños. La mitad de estos pacientes sufren trastornos de conciencia y síntomas sicomotores que pueden generalizarse y pasar a ser ataques tónico-clónicos o sean crisis generalizadas secundarias. Las crisis parciales complejas se diferencian de las ausencias en que las crisis parciales complejas duran más de diez segundos mientras que la mayoría de las ausencias duran menos de 10 segundos. Los síntomas sicomotores de las crisis parciales complejas duran un promedio de 3 minutos, y la mayoría no duran más de 5 minutos. En el 44% de las crisis parciales complejas se presentan "auras", o sean síntomas anunciadores, previos al ataque, y por otra parte en las crisis parciales complejas la conciencia retorna lentamente. En las ausencias, o *petit mal*, no hay aura y la conciencia retorna bruscamente. Los automatismos de las crisis parciales son más complejos que los de las ausencias.

¿Cuál es la importancia medicolegal de las epilepsias en relación con la imputabilidad? Ciertamente en aquellas formas en que hay pérdida de la conciencia acompa-

ñado de síntomas síquicos (crisis sicomotoras o crisis parciales complejas), se dan las circunstancias en que el paciente no es capaz de comprender lo ilícito ni determinar de acuerdo con ello su conducta. Porque en estos casos la conducta es automática, a veces muy elaborada, y la conciencia está perturbada. En otras formas de epilepsia, como en la variedad de *grand mal* desencadenada por alcohol, supresión de sueño o gran fatiga, puede haber mayor posibilidad de que se produzcan conductas violentas y de que el individuo no pueda dirigir su conducta adecuadamente por estar afectada su comprensión. En las formas de epilepsia generalizada secundaria de *grand mal* precedidas de crisis de ausencias también hay circunstancias en las cuales se encuentre perturbación de la conciencia que impida la comprensión de lo ilícito y la determinación libre de la voluntad.

A pesar de lo mucho que se ha dicho respecto a la peligrosidad de los epilépticos parece que no hay suficiente documentación como para establecer que los epilépticos tengan mayor tendencia a delinquir que otras personas; sin embargo, en epilépticos muy deteriorados, con severas lesiones orgánicas, se presentan crisis de impulsividad y agresividad que pueden desembocar en actos delictivos de lesiones personales y homicidio. Más frecuente es esto en las epilepsias generalizadas secundarias y especialmente cuando están asociadas a enfermedad o lesión estructural del cerebro.

Una última palabra respecto a la importancia que se ha querido dar al electroencefalograma, o sea el registro de la actividad eléctrica cerebral. Muchas veces los médicos solicitan innecesariamente un electroencefalograma sin haber estudiado clínicamente el caso para ver si se justifica tal examen; igualmente no pocos abogados, jueces y médicos peritos creen que con tener un examen electroencefalográfico van a resolverse casos oscuros y difíciles de dictaminar. El electroencefalograma es un examen auxiliar que debe relacionarse con los datos médicos de la historia clínica del paciente; debe tenerse muy en cuenta que en un porcentaje relativamente importante, aproximadamente un 10% de epilepsias clínicamente confirmadas, pueden registrarse electroencefalogramas normales; y por otra parte, en un porcentaje sensiblemente igual del 10% de electroencefalogramas con algunas anomalías en el registro no se encuentran síntomas clínicos de epilepsia en ninguna de sus formas. De tal manera que el valor del electroencefalograma, tanto para los aspectos médicos (diagnósticos) como para los aspectos periciales (dictamen), solamente adquiere toda su importancia al correlacionar los síntomas o las manifestaciones de conducta con los registros electroencefalográficos.

En conclusión, lo más importante en relación con el dictamen pericial respecto a un hecho que ha sido cometido por una persona que se presume padece epilepsia, es establecer la relación entre el hecho y sus características con la posible enfermedad epiléptica, tanto en sus aspectos clínicos como electroencefalográficos, la comprobación en primer lugar del diagnóstico de la epilepsia y el tipo de crisis epilépticas que padece el paciente, y después de establecer la vinculación entre el hecho y sus características con el diagnóstico, indagar si el estado en que se encontraba el agente al llevar a cabo el hecho legalmente descrito y que se desea saber si puede

<sup>10 y 11</sup> A. DELGADO-ESCUETA, ob. cit.

<sup>12</sup> J. M. SUTHERLAND, H. TAIT y J. M. EODRE, *Epilepsias diagnóstico y tratamiento*, México, Mundo Moderno, 1977.

o no imputársele, le permitía en ese momento comprender y dirigir su conducta, o si por la perturbación de la conciencia que produce la epilepsia durante las crisis, el hecho no puede serle imputado.

Y una observación final: no puede aducirse que porque la crisis sicomotora compleja que en un momento dado originó la conducta legalmente descrita haya desaparecido después de la crisis, se trata de un trastorno mental transitorio que no deja secuelas. La crisis ha pasado pero la enfermedad persiste, y la posibilidad de que se repitan conductas similares está presente: el individuo necesita tratamiento y por consiguiente deben aplicarse las medidas de seguridad que están dirigidas precisamente al tratamiento y la rehabilitación. Ahora bien, el tratamiento no debe ser forzosamente hospitalario. Aquí habría que esperar a que la jurisprudencia explicara la norma en el sentido de si dicho tratamiento puede hacerse en sitios que no sean establecimientos de reclusión, así se llamen hospitales o clínicas psiquiátricas. Y esto es válido para muchos otros casos de trastorno mental y enfermedad mental.

Bucaramanga, octubre de 1983

## PENA Y ESTRUCTURA SOCIAL EN AMÉRICA LATINA

a propósito de la obra de G. RUSCHE y O. KIRCHHEIMER\*  
por EMILIO GARCÍA MÉNDEZ

### I. LOS "LIBROS" DE RUSCHE Y KIRCHHEIMER

A quien posee por lo menos un mínimo de información sobre las vicisitudes que rodearon la traducción, reelaboración y publicación de *Punishment and Social Structure* en 1939, no le ha de resultar muy extraño que se aluda a este texto denominándolo como los "libros" de RUSCHE y KIRCHHEIMER. Por esta razón —y aunque dicha problemática no constituye el objeto central de este epílogo— es necesario hacer una breve referencia a la génesis de *Pena y estructura social*.

Editado en 1939, según he señalado, por la Columbia University Press, *Punishment and Social Structure* constituye la primera publicación importante de la Escuela de Frankfurt en su sede americana<sup>1</sup>. El manuscrito original fue redactado exclusivamente por RUSCHE entre 1930 y 1933. Durante este mismo período se publican también una nota periodística<sup>2</sup> y un artículo<sup>3</sup>, que junto con el manuscrito citado representan la totalidad de la obra criminológica de RUSCHE. En 1933, y como consecuencia del advenimiento al poder del nacionalsocialismo, RUSCHE abandona Alemania, a donde jamás regresaría. Un año más tarde y, según un autor, como resultado de la situación política imperante en su país, se produce otro abandono de importancia, como lo es el desplazamiento del interés de RUSCHE, de la problemática criminológica a los análisis económicos<sup>4</sup>.

\* El presente texto, constituye el epílogo a la edición castellana de la obra de G. RUSCHE y O. KIRCHHEIMER (*Punishment and Social Structure*, Columbia University Press, New York, 1939) que con el título *Penal y estructural social*, será publicada en breve por la Editorial Temis de Colombia.

<sup>1</sup> M. JAY, *La imaginación dialéctica, una historia de la Escuela de Frankfurt*, Madrid, Taurus, pág. 246.

<sup>2</sup> *Zuchthausrevollen oder Sozialpolitik? Zu den Vorgängen in Amerika*, en el "Frankfurter Zeitung", núm. 403, 1º de junio de 1930, págs. 1-2. Existe versión inglesa de dicho artículo realizada por B. Yaley y que, publicada bajo el título *Prison Revolts or Social Policy, Lessons from America*, puede encontrarse en "Crime and Social Justice", núm. 13, 1980, págs. 41-44.

<sup>3</sup> *Arbeitsmarkt und Strafvollzug*, en *Zeitschrift für Sozialforschung*, Paris, F. Alcan, 1933, págs. 63-78. Existe versión castellana de este artículo efectuada por E. García Méndez, publicada con el título *Mercado de trabajo y ejecución penal*, en la revista "Derecho Penal y Criminología", Bogotá, Universidad Externado de Colombia, vol. VI, núm. 19, 1983, págs. 95-109.

<sup>4</sup> Sobre este punto, véase a H. ZANDER, *Georg Rusche, Marche du travail et régime des peines: introduction a la genèse de l'oeuvre de Georg Rusche*, en "Déviance et Société", vol. IV, núm. 3, 1980, págs. 199-213. Quien además afirma (sin ninguna prueba contundente) haber encontrado un manuscrito inédito de G. RUSCHE con fecha de mayo de 1934, titulado *Die Wirtschaft des Nationalsozialismus*. (Lamentablemente, hasta la fecha no he podido tener acceso a dicho manuscrito).

La vida de RUSCHE en el exilio, así como su producción teórica, continúa siendo desconocida en muchos aspectos. Existe, sin embargo, un excelente ensayo biográfico al que haré mención a menudo —aunque de manera sumamente abreviada— en lo que resta de este punto<sup>5</sup>. Ya fuera de Alemania y luego de una breve estadía en París, RUSCHE se dirige a Londres, donde con la ayuda de un amigo reelabora y traduce al inglés el manuscrito, cuya redacción habría sido sugerida por RUSCHE a los miembros del Instituto de Investigación Social (ver el prefacio de esta obra). A fines de 1934, T. SELLIN acusa recibo de la versión inglesa del mismo y hace observaciones meramente formales y critica lo que considera exageraciones de RUSCHE en cuanto a la superpoblación de las prisiones norteamericanas<sup>6</sup>. También E. SUTHERLAND, considerado ya como uno de los más eminentes criminólogos norteamericanos, tiene acceso al manuscrito, sobre el que se pronuncia favorablemente haciendo observaciones similares a las de SELLIN<sup>7</sup>. En 1935 la versión inglesa de la obra de RUSCHE se encontraba lista para ser publicada. Sin embargo, y por causas que se desconocen, solo en 1937 se hablará nuevamente de ella. Para esta fecha, MAX HORKHEIMER, director del Instituto en Nueva York, asigna a OTTO KIRCHHEIMER<sup>8</sup> la tarea de reelaborar el manuscrito, lo que se llevará a cabo sin ningún otro contacto con RUSCHE<sup>9</sup>. A propósito de esta forma peculiar de escritura “conjunta” de la obra, existe otro aspecto que conviene mencionar. En el prefacio elaborado por HORKHEIMER se indica que, a excepción de los capítulos II al VIII, el resto “constituyen ideas exclusivas del propio Dr. KIRCHHEIMER” (ver prefacio). Esta afirmación debe ser por lo menos parcialmente corregida, ya que el capítulo I (Introducción) contiene buena parte de las tesis elaboradas por RUSCHE en los artículos de 1930 y 1933. Acerca de los capítulos IX al XII, por el contrario, no parece

<sup>5</sup> Me refiero al trabajo de D. MELOSSI, *Georg Rusche: A Biographical Essay*, en “Crime and Social Justice”, núm. 14, 1980, págs. 51-62.

<sup>6</sup> D. MELOSSI, art. cit., pág. 54. Como puede apreciarse, el capítulo sobre la situación carcelaria en los Estados Unidos fue suprimido, presumiblemente como consecuencia del trabajo de reelaboración de O. KIRCHHEIMER. La explicación de MELOSSI al respecto (cfr. MELOSSI, art. cit., pág. 57) parece convincente. A medida —como se verá más adelante— que en los capítulos elaborados exclusivamente por KIRCHHEIMER (del IX al XIII), la perspectiva de análisis se desplaza de lo socioeconómico a lo político, se hace imprescindible suprimir toda la referencia a la realidad norteamericana para explicar como una mera consecuencia de la política fascista, la disminución del uso de las penas pecuniarias y el retorno a los métodos “duros” de tratamiento penal en el período posterior a la crisis de 1930. La perspectiva contraria, es decir, la explicación socioeconómica de los métodos “duros” y que por ello se verifica tanto en la Europa como en los Estados Unidos de la década del 30, se halla claramente expuesta en la nota periodística de RUSCHE arriba citada.

<sup>7</sup> D. MELOSSI, art. cit., pág. 55.

<sup>8</sup> En el caso de KIRCHHEIMER, tanto su vida como su producción teórica son bien conocidas. Sobre ellas, véase a J. H. HERZ y E. HULA, *Otto Kirchheimer, An Introduction to His Life and Work*, en O. KIRCHHEIMER, *Politics, Law and Social Change*, Nueva York, 1969.

<sup>9</sup> D. MELOSSI, art. cit., pág. 56. Entre 1936 y 1939, RUSCHE se encontraba en Palestina ejerciendo funciones docentes en la Escuela Británica de Jerusalén, y nada hace suponer que hubiera sido materialmente imposible ubicarlo. Las razones parecen vincularse más a los problemas de “supresión” y “desplazamiento” a que se hace referencia en la nota 6.

existir la menor duda acerca de que ellos pertenecen exclusivamente a KIRCHHEIMER. Como acertadamente lo señala MELOSSI, el capítulo IX aborda el análisis del período 1880-1930 desde una perspectiva completamente distinta a la de RUSCHE, ruptura que se acentúa del capítulo X en adelante a medida que se hace claramente perceptible un desplazamiento del énfasis, de los condicionantes socioeconómicos hacia los de tipo político<sup>10</sup>. Más allá de los cortes y desfases señalados, la importancia de *Pena y estructura social* está fuera de discusión. Su carácter de obra pionera en el terreno de la criminología crítica y la increíble vitalidad de muchas de sus tesis, constituyen un desafío a la imaginación, ya aceptado en otros contextos e imposible de eludir en América Latina. Todo esto no hace más que indicar que ha llegado el momento de la discusión.

## II. LA APERTURA DEL DEBATE

Las páginas siguientes presuponen algo más que la lectura completa de *Pena y estructura social*. Este trabajo, como prácticamente todo producto de la actividad intelectual, admite varias aproximaciones posibles. En primer lugar, la del lector meramente interesado en un enfoque particular de la evolución del derecho penal, quien seguramente no se sintió en absoluto defraudado, considerando la calidad y exhaustividad de la tarea de reconstrucción histórica contenida en dicha obra. Este lector, sin embargo, podrá prescindir totalmente de las reflexiones que en adelante se exponen. Pero existe otro lector, al que van dirigidas estas páginas. Me refiero a quien, sobre todo en el ámbito latinoamericano, se proponga emprender la recreación crítica de las tesis formuladas por RUSCHE y KIRCHHEIMER.

En el campo del capitalismo desarrollado, la discusión en torno a *Pena y estructura social* se ha centrado predominantemente sobre dos aspectos (lo cual no significa que hayan sido considerados de manera conjunta): El primero, completamente vinculado a la propia apertura del debate, se refiere, en forma más o menos explícita, a la contraposición de las tesis de RUSCHE y KIRCHHEIMER con las tesis formuladas por FOUCAULT en *Vigilar y castigar*<sup>11</sup>. El segundo aspecto consiste en la confrontación de las tesis enunciadas en *Pena y estructura social* con una coyuntura sociohistórica determinada<sup>12</sup>. Por mi parte, y en la medida en que soy de la opinión de que ambos aspectos se encuentran indisolublemente vinculados, me propongo retomarlos de manera conjunta, pero utilizando como punto de referencia el contexto

<sup>10</sup> D. MELOSSI, art. cit., pág. 57.

<sup>11</sup> Un enfoque representativo de esta posición, puede verse en D. MELOSSI, *Mercato del lavoro, disciplina, controllo sociale: una discussione del testo de Rusche e Kirchheimer*, en “La Questione Criminale”, enero-abril de 1978, págs. 11-37.

<sup>12</sup> Por lo menos tres artículos deben ser mencionados en esta perspectiva de investigación: IVAN JANKOVIC, *Labor Market and Imprisonment*, en “Crime and Social Justice”, núm. 8, 1977, págs. 17-31; H. STEINERT, *Versuch, die These von der strafrechtlichen Auroitungspolitik in Spätmittelalter “auszurufen”*. *Eine Kritik an Rusche/Kirchheimer und dem Ökonomismus in der Theorie der Strafrechtsentwicklung*, en “Kriminologisches Journal”, cuaderno 2, 1978, págs. 81-106; M. PAVARINI, “Concentrazione” e “difusione” del penitenziario. *Le tesi de Rusche e Kirchheimer e la nuova strategia del controllo sociale in Italia*, en “La Questione Criminale”, enero-abril de 1978, págs. 39-61.

latinoamericano. Para ser más preciso, intentaré analizar a la luz de las propuestas teóricas contenidas en *Pena y estructura social*, algunos elementos de la política de control social implantada en la Argentina a partir de 1976. Surgen de este modo dos objetivos ulteriores del presente epílogo: a) abrir la discusión en y para América Latina, en torno a la obra de RUSCHE y KIRCHHEIMER; b) contribuir desde ahora a la profundización del debate, estimulando a los estudiosos de la cuestión criminal latinoamericana a confrontar críticamente los aportes teóricos de *Pena y estructura social* con las distintas realidades de nuestro Continente.

### III. LA POLÍTICA DE DESAPARICIONES EN LA ARGENTINA

“La CIDH en los tres últimos años ha recibido un número apreciable de denuncias que afectan a un grupo considerable de personas en la República Argentina, en las cuales se alega que dichas personas han sido objeto de aprehensiones en sus domicilios, lugares de trabajo, o en la vía pública, por personal armado, en ocasiones uniformado, en operativos que por las condiciones en que se llevaron a cabo y por sus características, hacen presumir la participación en los mismos de las fuerzas públicas. Con posterioridad a los hechos descritos, las personas aprehendidas desaparecieron, sin que se tenga noticia alguna de su paradero...”

“Este procedimiento es cruel e inhumano. Como la experiencia lo demuestra, la «desaparición» no solo constituye una privación arbitraria de la libertad, sino también un gravísimo peligro para la integridad personal, la seguridad, y la vida misma de la víctima. Es, por otra parte, una verdadera forma de tortura para sus familiares y amigos, por la incertidumbre en que se encuentran sobre su suerte, y por la imposibilidad en que se hallan de darle asistencia legal, moral y material...”

“Es, además, una manifestación tanto de la incapacidad del gobierno para mantener el orden público y la seguridad del Estado por los medios autorizados por las leyes, como de su actitud de rebeldía frente a los órganos nacionales e internacionales de protección de los derechos humanos...”

“Las personas referidas han sido aprehendidas en sus domicilios, lugares de trabajo o en la vía pública, según el caso, por grupos armados que, *prima facie*, y casi siempre invocándolo expresamente, actuaban en ejercicio de alguna forma de autoridad pública. Los procedimientos aludidos tuvieron lugar en forma ostensible, con amplio despliegue de hombres —a veces uniformados—, armas y vehículos, y se desarrollaron en general con una duración y minuciosidad que ratifican la presunción de que quienes intervenían obraban con la plenitud operativa que es propia del uso de la fuerza pública.

“Luego de haber sido aprehendidas de la manera señalada, las personas en cuyo favor peticionan los suscritos han desaparecido sin dejar rastros. Todos los recursos de *habeas corpus*, denuncias y querellas criminales, y gestiones administrativas han fracasado, por cuanto las autoridades requeridas en cada caso han informado invariablemente que no existen constancias de su detención...”

“Las personas afectadas por estos operativos y que figuran en las listas que obran en poder de la CIDH, son en su mayoría hombres y mujeres entre los 20

y 30 años de edad, aunque también han desaparecido personas mayores y menores de esas edades. Algunos niños secuestrados con sus padres han sido luego liberados, entregándolos a parientes o dejándolos abandonados en la vía pública. Otros niños, sin embargo, continúan como desaparecidos...”

“Según las informaciones que tiene la Comisión, el fenómeno de los desaparecidos afecta a profesionales, estudiantes, sindicalistas, empleados de diversos ramos, periodistas, religiosos, conscriptos, comerciantes, es decir, a la mayoría de los diversos estamentos de la sociedad argentina...”

“Se ha denunciado también que cuando los familiares, testigos, o administradores de edificios, comunicaban lo que estaba sucediendo a la seccional de policía del respectivo lugar, la respuesta era casi siempre, junto con la de afirmar el conocimiento del hecho, advertir su incapacidad de intervenir. En los pocos casos en los que policías se presentaron al lugar de los acontecimientos, estos se retiraron al poco tiempo después de dialogar con las personas directamente responsables del operativo. A esta situación se le ha denominado «Zona franca» a favor del cuerpo interviniente...”

“Las personas que han aparecido reflejan un estado físico y psicológico de gran deterioro, viven atemorizadas, y, en algunos casos, han tenido que someterse a tratamientos médicos para su recuperación. Dada la experiencia vivida, un porcentaje elevado de ellos ha abandonado el país...”

“Como lo ha expresado anteriormente, la Comisión no tiene duda alguna de que el problema de los detenidos desaparecidos constituye el más grave en materia de derechos humanos en la República Argentina, y que este, además, está afectando hondamente a la unidad y reconciliación de la sociedad argentina. De ahí que interés particularmente analizar las actitudes y reacciones que frente a este fundamental tema han asumido los afectados y quienes tienen una especial responsabilidad en su solución...”

“Los allegados a personas desaparecidas, vale decir, los parientes y amigos cercanos, han hecho uso prácticamente de todos los diferentes procedimientos legales con el propósito de conocer el paradero de sus seres queridos. Los recursos más utilizados han sido el *habeas corpus*; las denuncias por privación ilegítima de la libertad ante los tribunales de justicia o la policía; y las gestiones administrativas a través de los trámites establecidos en el Ministerio del Interior...”

“En todas las gestiones, muchas veces reiteradas, miles de personas no han obtenido resultado alguno, por cuanto el poder ejecutivo nacional ha respondido persistentemente que no se registran antecedentes de detención, las investigaciones siempre han fracasado, y el poder judicial de la Nación, por regla general, ha rechazado, como se verá más adelante, los recursos interpuestos o ha sobreseído en la causa...”

“La posición del gobierno al iniciarse el reclamo de los familiares, según se desprende de los informes recibidos por la Comisión, fue eludir una contestación clara y afirmar desconocer el paradero de los desaparecidos. Con el transcurso del tiempo, y debido principalmente al incansable batallar de los reclamantes, ha reconocido que el hecho existe y ha adecuado los mecanismos internos del gobierno

a través del Ministerio del Interior para atender los reclamos y suministrar informaciones. Pese a ello, muchas contestaciones siguen siendo imprecisas...

"Cualquiera que, en definitiva, sea la cifra de desaparecidos, su cantidad es impresionante y no hace sino confirmar la extraordinaria gravedad que reviste este problema.

"Por otra parte, altos funcionarios del gobierno han declarado que los arrestos de personas sospechosas de actividades subversivas se efectuaron regularmente por fuerzas de seguridad vestidas de civil; aquellos y otros funcionarios han insistido en que la naturaleza del conflicto requirió de la aplicación de medidas subversivas que implicaron la violación de los derechos humanos.

"La Comisión, ante esas circunstancias, se ve precisada a reiterar su convicción de que los hechos materia de las denuncias deben presumirse ciertos"<sup>13</sup>.

La dilatada cita anterior no expresa la opinión de un opositor al gobierno y ni siquiera de un partido político: es el resultado de las investigaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la O. E. A. Un organismo del cual la Argentina forma parte y en el que los gobiernos militares han depositado su confianza en reiteradas ocasiones. El problema de los "detenidos-desaparecidos" no es patrimonio exclusivo de la situación argentina: también en otros países del Cono Sur, así como en Centroamérica, se han producido sucesos semejantes. Sin embargo, en ningún país del continente americano este fenómeno presenta la extensión y gravedad del caso argentino. Razón esta que me induce a ocuparme del tema en el marco de una relectura crítica de RUSCHE y KIRCHHEIMER. ¿O es que puede hacerse abstracción del desaparecimiento y presumible muerte de miles de seres humanos, con relación al problema del vínculo entre la pena y la estructura social? La respuesta debe ser rotundamente negativa. Creo necesario aclarar que no es la intención primordial en esta parte, denunciar una situación frente a la cual resulta imposible permanecer indiferente. Organismos nacionales e internacionales, tanto laicos como religiosos, se han ocupado y se ocupan intensamente del problema. De lo que se trata —descartado que esto en su conjunto configure un caso de locura colectiva— es de penetrar en la lógica de una "política" semejante, con el ánimo de colaborar en los esfuerzos para que ella jamás vuelva a repetirse.

#### IV. PENA Y ESTRUCTURA SOCIAL EN AMÉRICA LATINA

Sin pretender realizar una enumeración taxativa, creo advertir cuatro tesis mayores en la obra de RUSCHE y KIRCHHEIMER. La primera de ellas establece que "cada sistema de producción tiende al descubrimiento de castigos que corresponden a sus relaciones productivas. Resulta por lo tanto necesario investigar el origen y destino de los sistemas penales, el uso o la elusión de castigos específicos y la

<sup>13</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en la Argentina*, Washington, Organización de Estados Americanos, 1980, págs. 59 y ss.

intensidad de las prácticas penales en su determinación por fuerzas sociales, sobre todo en lo que respecta a la influencia económica y fiscal"<sup>14</sup>.

La segunda tesis parte del hecho —fácilmente comprobable en forma empírica y que, *mutatis mutandi*, ha permanecido relativamente invariable con el paso del tiempo— de que la población criminal se recluta predominantemente entre las clases más bajas de la sociedad.

La tercera tesis establece que si la pena pretende tener efectos realmente disuasivos sobre los potenciales criminales, debe ser de una naturaleza tal que produzca una disminución aún mayor de sus condiciones actuales de existencia<sup>15</sup>. De aquí se deriva en forma directa la cuarta tesis, que si bien aparece expuesta claramente en *Pena y estructura social*<sup>16</sup>, había sido desarrollada ya por G. RUSCHE en el artículo de 1933, en el que podemos leer:

"Si queremos concretar la propuesta que sostiene que una ejecución penal eficaz debe intimidar a aquellos estratos sociales inferiores más propensos a cometer delitos, debemos tener perfectamente en claro cuáles son las categorías económicas que determinan el destino de dichos estratos. Como no resulta difícil comprender que dichos estratos no disponen de otro bien que su fuerza del trabajo, puede concluirse —sin lugar a dudas— que es el propio mercado de trabajo la categoría decisiva y adecuada que debe adoptarse"<sup>17</sup>.

No debe olvidarse que los esfuerzos de investigación de RUSCHE y KIRCHHEIMER se concentran en torno al surgimiento y desarrollo del modo de producción capitalista, así como alrededor de la institución punitiva que tiende a generalizarse a partir de fines del siglo XVIII: la cárcel. Aclarado este punto, vale la pena detenerse un momento en la cuarta tesis (mercado de trabajo), que pretende ser la concreción de los enunciados generales contenidos en la primera tesis.

En condiciones de superabundancia de trabajadores, las penas —para conservar su función disuasiva— asumirán formas crueles que pueden llegar a las prácticas de exterminio masivo de los delincuentes. Por el contrario, en situaciones en que los trabajadores son escasos, las penas asumirán formas que permitan utilizar el potencial laboral de la población criminal. Por supuesto, como lo señala RUSCHE, "la situación del mercado de trabajo no está determinada exclusivamente por la escasez o abundancia de mano de obra. Intervenciones de carácter político pueden corregir y alterar el movimiento de la oferta y la demanda"<sup>18</sup>. Esto no impide a RUSCHE y KIRCHHEIMER formular que, en términos generales, las condiciones del mercado de trabajo constituyen un factor determinante de los distintos tipos y modalidades de la ejecución penal. La cárcel, más precisamente, cumpliría entonces la función de regulador coactivo del mismo.

<sup>14</sup> Cfr. G. RUSCHE-O. KIRCHHEIMER, *Pena y estructura social*, pág. 3.

<sup>15</sup> *Ibidem*, pág. 4.

<sup>16</sup> *Ibidem*, págs. 25 y ss.

<sup>17</sup> Cfr. G. RUSCHE, *Mercado de trabajo y ejecución penal*, págs. 100-101.

<sup>18</sup> Cfr. *ibidem*, pág. 101.

La categoría del mercado de trabajo, tal como es utilizada por RUSCHE y KIRCHHEIMER, ha sido criticada —a mi juicio acertadamente— por varios autores, sobre todo y principalmente en lo que se refiere a su aplicación a las condiciones del capitalismo actual. Para D. MELOSSI, por ejemplo, ella significa una reducción de la categoría relaciones de producción, crítica que se concreta en considerar al mercado de trabajo como una categoría útil aunque no suficientemente exhaustiva para explicar la problemática contemporánea de la cuestión criminal<sup>19</sup>. En un sentido similar, R. MARRA, quien afirma: “Esta es la razón fundamental por la cual la categoría mercado de trabajo elaborada por RUSCHE, no puede ser utilizada hoy para explicar el control social en la fase del capitalismo maduro; dicha categoría toma en cuenta solo un aspecto (la oferta de trabajo) de la totalidad, sin ninguna referencia al otro aspecto: la *capacidad de consumo*”<sup>20</sup>.

Más allá de lo ya dicho, un elemento histórico-objetivo y un elemento teórico-subjetivo parecen constituir los dos puntos más débiles y en consecuencia el blanco de los ataques de la teoría de RUSCHE y KIRCHHEIMER. La primera crítica parece perfectamente comprensible aunque la falta de “responsabilidad” de RUSCHE ha sido expuesta nitidamente por D. MELOSSI con los siguientes términos:

“RUSCHE y KIRCHHEIMER, en el fondo, no poseen una teoría sobre lo que acontece en el siglo XX, o por lo menos no la poseen en el mismo modo que para el período precedente .... el plan original de la obra de RUSCHE cubría el período que comprende desde la crisis del modo de producción feudal hasta el capitalismo desarrollado del *laissez faire*”<sup>21</sup>.

El segundo elemento de crítica —que de ningún modo puede desvincularse totalmente de las vicisitudes que rodean al primero— se refiere a la ausencia del concepto de disciplina<sup>22</sup>. Esta crítica parte, explícita o implícitamente, de las formulaciones de M. FOUCAULT relativas a la función de la cárcel destinada simultáneamente a la creación de delincuencia y cuerpos dóciles<sup>23</sup>, o a lo que en forma similar, como afirma PAVARINI, representa la tendencia a la pérdida de funciones reeducativas reales de la cárcel moderna, para adquirir plenamente una función ideológica de terror represivo<sup>24</sup>. Si bien debe admitirse que en la obra de RUSCHE y KIRCHHEIMER, el elemento disciplina no ocupa el primer plano ni está suficientemente desarrollado, no creo que aquel se encuentra por completo ausente. Ya en el artículo de RUSCHE de 1933, puede leerse:

“La historia y la economía por sí solas no constituyen los únicos elementos de nuestra investigación, la que por esta razón aparece limitada e incompleta en muchos aspectos. Ello en especial debido a que múltiples fuerzas de naturaleza

<sup>19</sup> D. MELOSSI, *Mercato del lavoro, disciplina...*, pág. 20.

<sup>20</sup> Cfr. R. MARRA, *Per un'economia politica de la pena. Analisi critica delle tesi di Rusche e Kirchheimer*. Tesis de doctorado, Universidad de Bolonia, 1980, pág. 211.

<sup>21</sup> Cfr. D. MELOSSI, art. cit., pág. 29.

<sup>22</sup> R. MARRA, ob. cit., pág. 168.

<sup>23</sup> M. FOUCAULT, *Vigilar y castigar*, 5ª ed., Madrid, Siglo XXI, 1981.

<sup>24</sup> M. PAVARINI, “Concentrazione” e “difusione” del penitenziario..., en “La Questione Criminale”, enero-abril de 1978, pág. 40.

extraeconómica —religiosas o sexuales, por ejemplo— colaboran en la conformación del sistema penal...”<sup>25</sup>.

En el mismo sentido, en *Punishment and Social Structure* puede leerse:

“Del mismo modo el informe de la prisión del cantón de Waad, uno de los documentos más valiosos de toda la literatura de la época sobre la condición de las prisiones, afirma en primer lugar que la mera privación de libertad no constituye una pena efectiva para las clases inferiores. La conclusión a la que se arriba en dicho documento es que la condición necesaria para la reinserción social del detenido es la sumisión incondicional a la autoridad, un punto que ha permanecido prácticamente inalterado en los programas de reformas hasta nuestros días. Si los detenidos se resignan a una existencia silenciosa, regular y laboriosa, la pena les resultará más tolerable —continúa el informe—, y una vez que la rutina se haya transformado en hábito, se habrá cumplido el primer paso en la tarea de rehabilitación, debiendo garantizarse, en la medida de lo posible, que la rehabilitación continúe, inclusive luego de que el detenido haya sido dejado en libertad. La obediencia es exigida no tanto por razones de un aceitado funcionamiento de la prisión, sino por el bien de los propios detenidos que deben aprender a someterse voluntariamente al destino de las clases inferiores”<sup>26</sup>.

Esta defensa del enfoque de RUSCHE y KIRCHHEIMER (especialmente del primero) no resulta completa si no se extiende —en otro sentido— a ciertas críticas formuladas al idealismo de FOUCAULT, es decir, a la forma diluida en que los elementos “infraestructurales” son presentados en su obra<sup>27</sup>. Por el contrario, nos parece que el siguiente pasaje de FOUCAULT resulta útil para hacer más clara nuestra posición:

“No hay duda de que, por encima de toda esta organización, la existencia de los suplicios respondía a otra cosa muy distinta. RUSCHE y KIRCHHEIMER tienen razón de ver en ella el efecto de un régimen de producción en el que las fuerzas del trabajo, y por ende el cuerpo humano, no tienen la utilidad ni el valor comercial que habría de serles conferido en una economía de tipo industrial”<sup>28</sup>.

No pretendo extender esta defensa a la teoría panóptica (FOUCAULT) del control social aplicada a la realidad actual, teoría que, por otra parte, ha sido criticada, y con bastante razón, en un trabajo de MELOSSI<sup>29</sup>. Mi interés se concentra por el momento en poner en tela de juicio las interpretaciones un tanto extremas que niegan la existencia de cualquier nexo entre las tesis de FOUCAULT y las de RUSCHE y KIRCHHEIMER. La disciplina y los condicionamientos económicos deben ser entendidos como las partes de un todo<sup>30</sup>, solo posible de separar en el momento teórico del análisis.

<sup>25</sup> Cfr. G. RUSCHE, art. cit., pág. 98.

<sup>26</sup> Cfr. G. RUSCHE-O. KIRCHHEIMER, ob. cit., págs. 125-126.

<sup>27</sup> D. MELOSSI, art. cit., págs. 16-17, nota, y H. STEINERT; art. cit., pág. 101.

<sup>28</sup> Cfr. M. FOUCAULT, ob. cit., pág. 60.

<sup>29</sup> D. MELOSSI, *Oltre il "panopticon". Per un studio delle strategie di controllo sociale nel capitalismo del ventesimo secolo*, en “La Questione Criminale”, mayo-diciembre de 1980.

<sup>30</sup> Esta parece ser también la interpretación de A. BARATTA, *Criminologia critica e critica del diritto penale: introduzione alla sociologia giuridico-penale*, Bologna, Il Mulino, 1982, pág. 195.

Nos vamos acercando al medio latinoamericano, a propósito del cual parece interesante confrontar algunas de las tesis expuestas, con dicha realidad. La relación entre penas privativas de libertad y mercado de trabajo —aunque sin tomar en cuenta las tesis de RUSCHE y KIRCHHEIMER— ha comenzado a plantearse en el plano latinoamericano<sup>31</sup>. Luego de analizar distintas posiciones e interpretaciones de esta relación, E. SANDOVAL concluye:

“De lo expuesto podemos deducir que la privación de libertad incide en dos formas sobre estos sectores del mercado libre de trabajo (ejército industrial de reserva): en primer término, como un silo, esto es, recogiendo mercancía —en este caso, mano de obra— cuando hay exceso de ella y liberándola en situaciones de escasez; ello, desde luego, contribuye efectivamente al mantenimiento y manipulación de su precio (el salario). Y en segundo término, como factor de coacción para quienes frecuentemente se ven abocados a la necesidad de escoger entre aceptar trabajos lícitos en condiciones infrahumanas o realizar actividades delictivas para subsistir, con el riesgo ... de verse privados de su libertad”<sup>32</sup>.

La cita anterior —aun cuando no está acompañada de información estadística— se refiere principalmente a la situación colombiana y contiene, además, afirmaciones relativas a dos elementos que, como hemos visto, pueden ser analizados en forma independiente. El primero, predominantemente *económico* (exceso-escasez de mano de obra), y el segundo, preponderantemente *disciplinario* (coacción para aceptar trabajos en condiciones inhumanas). Escapa por completo a los objetivos que me he propuesto en esta parte, la comprobación de la veracidad de estas afirmaciones para la realidad colombiana. Me interesa confrontarlas con algunos datos básicos referidos a la realidad argentina actual. Con ello no pretendo agotar el tema, y dejo plenamente abierta la posibilidad de investigaciones posteriores más detalladas. Los datos estadísticos argentinos —aun con todos los márgenes de imprecisión que puedan presentar— no permiten establecer ninguna incidencia económica de importancia en la relación población carcelaria-mercado de trabajo. La Argentina, con 28.000.000 de habitantes y una fuerza laboral estimada en 8.700.000 asalariados, posee una población carcelaria cercana a los 25.000 reclusos, que representan el 0,3% del total de la fuerza laboral. Si se toma en cuenta la relación desocupados-población carcelaria, los porcentajes no se alteran de manera que hagan variar la negativa anterior. Ya sea que se consideren los datos sobre desocupación suministrados por el Ministerio de Economía (400.000 desocupados)<sup>33</sup> o los señalados por la Unión Industrial Argentina (1.500.000 desocupados), la población carcelaria representa el 5% y el 2,3% respectivamente. Sin pretender arribar a conclusiones absolutamente terminantes, parece posible señalar dos aspectos de importancia para avanzar en el análisis de la problemática del control social en el Cono Sur:

<sup>31</sup> E. SANDOVAL H., *Las funciones no declaradas de la privación de libertad*, Cali, Colegio de Abogados Penalistas del Valle, 1980.

<sup>32</sup> Cfr. *ibidem*, pág. 26.

<sup>33</sup> Datos proporcionados por el ministro de Economía argentino, Buenos Aires, diario “La Nación”, edición internacional del 10/1/83.

a) la categoría mercado de trabajo resuelta, en la práctica, efectivamente estrecha para comprender y explicar los rasgos esenciales del control social;

b) el elemento disciplina debe desempeñar un papel sobresaliente en la investigación de los problemas, sobre todo en el aspecto particular al que se hace referencia.

El rechazo, por lo menos desde el punto de vista cuantitativo<sup>34</sup>, de la tercera tesis de RUSCHE y KIRCHHEIMER no invalida necesariamente el núcleo de su teoría contenido en la primera de las tesis, es decir “que cada sistema de producción tiende al descubrimiento de castigos, que corresponden a sus relaciones productivas”. Pero aun aceptando, en principio, la validez de esta tesis, el problema no termina por resolverse. Si la categoría *mercado de trabajo* resulta sumamente estrecha para explicar la problemática del control social, debe admitirse, sobre todo hoy, que la categoría *relaciones de producción* resulta, por el contrario, sumamente amplia. La tarea más importante consiste entonces en determinar la forma —altamente mediatizada por la esfera política— en que las particularidades de un modo de producción inciden sobre la cuestión criminal y el control social. Excelente ejemplo de un análisis de este tipo y específicamente a propósito de las tesis de RUSCHE y KIRCHHEIMER, lo ofrece el trabajo de PAVARINI<sup>35</sup>. Dedicado al análisis del control social en la Italia actual, se arriba en aquel a dos conclusiones de importancia: a) la pérdida de funciones reales de la institución carcelaria como medio de reeducación<sup>36</sup>, la cual reduce sus funciones a una mera ideología represiva, y b) por consiguiente, la tendencia a un proyecto carcelario dominado exclusivamente por los principios de la “máxima seguridad”<sup>37</sup>. Es bastante probable que estos dos aspectos estén presentes en el caso argentino; sin embargo, no puede afirmarse que constituyan su característica más distintiva. La gravedad e intensidad de la política de desapariciones permiten suponer que sus contenidos represivos son considerablemente superiores a cualquier tendencia a la involución autoritaria en el contexto europeo. En otras palabras, el análisis de la relación entre pena y estructura social parece comenzar, en el caso argentino, exactamente en el punto en que finaliza el análisis de PAVARINI.

## V. DESTRUCCIÓN SOCIAL Y “PENAL” DE DESAPARICIÓN

Simultáneamente con la consideración del objetivo central de este último punto —penetrar en la lógica de la política de desapariciones—, es necesario hacer referen-

<sup>34</sup> Según D. MELOSSI (*Mercato del lavoro...*), los elementos cualitativos de la hipótesis de RUSCHE y KIRCHHEIMER son aquellos que todavía conservan plenamente su validez: “la hipótesis de RUSCHE y KIRCHHEIMER permanece vigente, si la consideramos válida, inclusive al interior de un rígido vínculo entre porcentaje de desocupación y porcentaje de población carcelaria, ya que dicha hipótesis es esencialmente cualitativa y no cuantitativa. Ella intenta explicar la naturaleza y el carácter de la pena y no su extensión” (ob. cit., pág. 30).

<sup>35</sup> M. PAVARINI, “*Concentrazione*” e “*diffusione*” del penitenziario..., en “La Questione Criminale”, enero-abril de 1978.

<sup>36</sup> *Ibidem*, pág. 40.

<sup>37</sup> *Ibidem*, pág. 49.

cia a dos aspectos cuya importancia se sitúa más allá de toda discusión: a) el problema de la violencia en la Argentina; b) la utilización del término *pena* con respecto a la política de desapariciones.

Luego de la asunción del gobierno democrático en 1973, la violencia continuó imperando en la Argentina. Rápidamente, y sobre todo luego del breve período presidencial de H. J. CÁMPORA, dos formas de terrorismo subversivo ocuparon prácticamente la totalidad de la vida de la nación: los grupos políticos que con diversos niveles ideológicos y de organización pretendían un tránsito inmediato a algunas de las variantes del socialismo, y el Estado actuando por medio de grupos parapoliciales y paramilitares. Esta espiral de violencia se fue agudizando hacia finales de 1975. El clima reinante en los días anteriores a la asonada, se presentaba, por múltiples factores, favorable al golpe de Estado. El rechazo a toda forma de violencia parecía haberse convertido en un punto de acuerdo para la inmensa mayoría de la población. En tales circunstancias, las fuerzas armadas se hacen cargo del poder —prácticamente sin encontrar ninguna clase de resistencia— el 24 de marzo de 1976. Comienza en ese momento una producción *sistemática* de legislación represiva, en virtud de la cual casi todas las formas de la violencia, así como del mero disenso, resultan criminalizadas. De entre los cientos de decretos-leyes dictados por la Junta Militar, uno merece ser mencionado: la “ley” 21.338, dictada el 25 de junio de 1976, que incorpora la pena de muerte al Código Penal. Hoy, a casi siete años de su promulgación, dicha pena jamás ha sido aplicada. Ello no obstante, el problema de los detenidos-desaparecidos constituye una realidad irrefutable, donde —como lo expresa el informe de la Comisión antes citado— cualquiera que sea su número, la cantidad es impresionante. Frente a estos hechos una pregunta aparece evidente: ¿Por qué razón un gobierno, que cuenta con la suma del poder político-militar, con el apoyo de los grandes grupos financieros y con un relativo consenso inicial de la población (en lo que hace a la eliminación de la violencia), apela a formas institucionales de terror? O dicho de otra manera: ¿Por qué un gobierno que dicta (al margen de toda legitimidad democrática; pero ese es otro problema) una legislación represiva omnipotente y omnicompreensiva, actúa sistemáticamente fuera de las reglas del juego por él mismo trazadas?

Algunos aspectos del proyecto económico y del proyecto políticosocial ideados y encarnados por distintos actores, pero que se atraen y se complementan mutuamente, puestos en práctica por la dictadura militar a partir de 1976, ofrecen las claves para intentar dar respuesta a la pregunta anterior. Para decirlo brevemente, el sector más concentrado del capital financiero, industrial y agrario, en alianza con las corporaciones multinacionales, se encargó en forma exclusiva de la política económica. El proyecto es relativamente simple; se trataba de una nueva división internacional del trabajo, que condenaba a la Argentina a los esquemas imperantes en el siglo XIX: un país exportador de productos agrícola-ganaderos e importador de productos elaborados. Para ello se requería una política de “disciplina” de la sociedad, que hiciera posible la reducción parcial y el sometimiento definitivo del sector asalariado. Esta necesidad de “orden” en función de un proyecto concreto de acumula-

ción, coincidía perfectamente con el otro “orden”, abstracto y entendido como fin en sí mismo, que se desprende de los postulados de la D.S.N. Estos elementos ideológicos cobran tal fuerza, que —a pesar de que un número indeterminado, pero seguramente significativo, de altos oficiales de las fuerzas armadas, se vieron personalmente enriquecidos por negocios ilícitos, o lícitos pero éticamente reprochables— no permiten afirmar que un interés predominantemente económico movió a las fuerzas armadas, no ya a realizar el golpe del 76 sino a implantar la política sistemática de desapariciones. Además, gran parte de las fuerzas armadas estaban firmemente convencidas de su carácter de salvadoras providenciales de la patria y de ser las encargadas de la defensa de los valores del mundo occidental y cristiano. Para ello había que destruir a la subversión. Pero ¿en qué consistía, en realidad, la subversión? Si por subversión se hubiera entendido solamente las acciones militares de los grupos armados o la comisión de hechos que atentaran directamente contra los intereses de las grandes mayorías, entonces la represión jurídico-legal (aun democráticamente ilegítima) habría sido suficiente. Pero no fue así. El concepto de subversión fue redefinido y extendido hasta límites insólitos, en función de una gigantesca tarea de resocialización y control social, que debía abarcar al conjunto de la sociedad. Se trataba de instaurar un nuevo “proceso”, que no tenía plazos sino objetivos, trazados nebulosamente por los postulados de la D.S.N. Se llegó así a la criminalización de toda forma de disenso político. Resultó, en consecuencia, prácticamente imposible reprimir legalmente a individuos y grupos cuyo único “delito” consistía en disentir del proyecto de país que se intentaba implantar<sup>38</sup>. Fue necesario concebir una “pena” que, eliminando a buena parte de la oposición, permitiera desentenderse de sus responsabilidades y consecuencias: la “pena” de desaparición.

Es cierto que denominar “pena” a la política de desapariciones, no se corresponde exactamente con los criterios de la ortodoxia teórico-jurídica. Sin embargo, existen dos razones que justifican —por lo menos hasta hoy— el uso de dicho término (donde las comillas pretenden poner de manifiesto su carácter *sui generis*). La primera es que la ortodoxia teórico-jurídica se corresponde poco o nada con la realidad social. La segunda proviene de su carácter sistemático y de la presunción de responsabilidad del gobierno. La investigación, la determinación de responsabilidades y el castigo de los culpables, tornarían superflua la denominación de “pena”, la cual se convertiría automáticamente en un delito, totalmente sancionable inclusive por la legislación *de facto* vigente.

## CONCLUSIÓN

Como puede deducirse de las páginas iniciales de este epílogo, las consideraciones que aquí se expusieron constituyen solo una de las varias interpretaciones y “usos”

<sup>38</sup> Para un análisis actualizado de esta problemática, cfr. R. BERGALLI, *Diez últimos años de criminología argentina: la epistemología del terror*. Multigrafiado inédito, Barcelona, 1982.

posibles de *Penal y estructura social*. Sin embargo, y más allá de la polémica que aquellas puedan generar, existe un elemento que puede y debe ser incorporado de manera incuestionable en el contexto latinoamericano: la recuperación de la dimensión histórica de la cuestión criminal. Faltan a América Latina trabajos de investigación que reconstruyan con una visión crítica el desarrollo de las técnicas de control social. Desconocemos todavía en buena parte los vínculos entre la evolución de los sistemas punitivos y el movimiento de la estructura social. Es de esperarse que la aceptación o el cuestionamiento de las tesis de RUSCHE y KIRCHHEIMER colaboren en dicha tarea.

Saarbrücken, R.F.A.  
Agosto 1983

## EN DEFENSA DE LOS PODERES DEL JUEZ EN AUDIENCIA

(Un caso de juzgamiento y represión de un inimputable  
calificado como imputable por decisión judicial)

JORGE ENRIQUE VALENCIA  
Juez 3° Superior de Cali. Profesor universitario

Cualquier diligencia que se estimare conveniente para el mejor esclarecimiento de los hechos puede ser decretada por el juez en la audiencia, en calidad de supremo director de la misma, como lo dispone el artículo 512 del C. de P. P. Las partes pueden solicitar la diligencia correspondiente pero su práctica entra dentro de los poderes discrecionales del juez, y si debe cumplirse o no (Cfr. Cas. nov. 18 de 1976. Mag. ponente Dr. JOSÉ MARIA VELASCO GUERRERO, "G. J.", N° CLII, segunda parte, págs. 801-802).

### I. SITUACIÓN FÁCTICO - PROCESAL

Esta puede resumirse —*brevitatis causa*— de la siguiente guisa:

a) El autor mató a un sujeto en momentos en que se hallaba consumiendo ingentes cantidades de bebidas espirituosas, sin ninguna causa justificada.

b) Llegado el momento de calificación de la sumaria, al acusado se le llamó a responder en juicio criminal por el delito-tipo de homicidio (art. 323 del C. P.), como sujeto imputable.

c) Recién iniciado el debate público, el defensor oficioso del inculpado solicitó y obtuvo del juzgado, tras la presentación de respetabilísimos argumentos siquiátricos-sicológicos-valorativos, que se verificara un examen sobre su capacidad síquica. El señor fiscal adjunto se sumó a la súplica. Algunos datos extraprocesales conocidos por el Despacho reforzaban la idea que se tenía sobre la inimputabilidad del reo. Para despejar las dudas sobre su efectiva capacidad personal de reprochabilidad, se ordenó la correspondiente peritación, dentro del propósito común de rectificar una inicial calificación probablemente equivocada.

d) Como se había intuído, la Oficina de Medicina Legal de Cali, acreditó la plena inimputabilidad del procesado al momento del insuceso. Sus conclusiones fueron de este tenor:

"El señor... en la actualidad no presenta síntomas ni signos de enfermedad mental. Una vez leído el expediente se infiere que el sindicado, en el momento de los hechos, padeció un trastorno mental transitorio producido por su embriaguez, que le impidió tener la capacidad de comprender su ilicitud y de determinarse de acuerdo con esa comprensión y que no dejó secuelas posteriores". (Cfr. dictamen de julio 5 de 1982).

e) Procediendo de consuno con las resultas de la ponencia forense, la instancia, al momento de proferir la sentencia de rigor, se abstuvo de imponer pena o medida asegurativa al inimputable para ordenarlo así el art. 33 del C. P. Los siguientes párrafos pertenecen a la sentencia expedida en sede de origen:

“Para el juzgado es claro que..., al momento de los hechos denotó su incapacidad para vivenciar valorativamente su conducta y el carácter criminal del acto vislumbrándose una total ausencia de comprensión, conciencia y voluntad, no empece a ejecutar comportamiento que se adecua plenamente a un modelo penal determinado en sus elementos típicos estructurales (sujeto, objeto y conducta). Si pues el agente no conoció la significación y trascendencia valorativa del hecho en el mundo axiológico (aspecto intelectual), ni tampoco estuvo en capacidad de autorregular su comportamiento de acuerdo a (sic) esta comprensión en la realidad fenoménica por trastorno mental (aspecto volitivo), es evidente y palmario que estamos frente a un clásico evento de inimputabilidad. Yace, pues, en el caso de autos, excluida la capacidad de comprender la criminalidad del acto y la posibilidad de dirigir la conducta.

“Cierto es que corresponde al juez y no a los peritos la valorización definitiva de tal extremo, más si como en el *sub iudice* todos los elementos convictivos operantes en el infolio demuestran el trastorno del sujeto, y si la experticia resulta atendible por sus bases científicas, corrección dialéctica y suficiencia técnica de sus conclusiones, amén de la docta capacidad individual de quienes la suscriben, fuerza es concluir entonces que aquella es pieza de privilegiada condición y de excelente poder persuasivo.

“Analizado y excusado el mecanismo de la conducta homicida, de acuerdo con el criterio siquiátrico-sicológico de la ley positiva y como el episodio disociativo de la conciencia que afectó al autor, al momento del insuceso, fue una alteración provisoria que desapareció al superarse el estado de embriaguez —trastorno mental transitorio—, estadio que no dejó secuelas de ningún género en sus funciones intelectual-volitivas, débese concluir que su situación encaja dentro de lo prevenido por el art. 33 del C. P., no dando lugar a la imposición ni de penas, ni de medidas de seguridad”. (Cfr. sentencia de octubre 25 de 1982).

f) Al subir el expediente por *consulta* del fallo absolutorio, el H. Tribunal, por mayoría —pues justo es destacar un criterio disidente—, anuló de plano la actuación considerando que el juez de primer grado se había extralimitado en el ejercicio de sus poderes al acceder a la práctica del reconocimiento siquiátrico. Allí, en efecto, se expresó lo que sigue:

“Para que una prueba pueda ser apreciada en la sentencia requiere haber sido producida válidamente dentro del proceso. En la causa existen una serie de requisitos, formalidades y solemnidades que deben ser cumplidas para poder considerar como *legales* las pruebas recepcionadas y es menester armonizar todas y cada una de las disposiciones de los arts. 500, 501, 502, 512 y 513 del C. de P. P.

“El art. 500 del Código de Procedimiento Penal señala que abierto el juicio a prueba las personas que intervienen en el proceso podrán pedir las que estimaren convenientes.

“El art. 501 del C. de P. P. fija los requisitos para la solicitud de prueba:

“1. Por escrito.

“2. Indicación clara de lo que se propone probar.

“3. Conducencia.

“El art. 502 del C. de P. P. (sic) autoriza practicar válidamente en la audiencia las pruebas que no se hubieran podido llevar a cabo durante el período probatorio y que habían sido decretadas oportunamente.

“Pero hay una excepción para la realización legal de pruebas en la audiencia pública y está consignada en el art. 513 del C. de P. P., que permite la solicitud de pruebas con las formalidades del art. 501 *ibidem* y por lo menos con dos días de anticipación a la diligencia de audiencia. Ninguno de estos requisitos se cumplió para la práctica de la prueba siquiátrica efectuada en la audiencia pública.

“Si bien es cierto que el art. 512 del C. de P. P. faculta al juez para la práctica oficiosa de pruebas y le da una gran amplitud de criterio sobre el particular, ello no quiere decir que está autorizado a efectuar actos ilógicos, contrarios a la normalidad o simplemente caprichosos. De ser así no tendrían objeto los arts. 500, 501, 502, 503, 504 y 513 de la obra en mención, pues bastaría a última hora sorprender a las partes contrarias con peticiones de pruebas en la audiencia pública y naturalmente las contrapruebas hasta hacer interminable el juicio.

“Las partes tienen una serie de oportunidades procesales para privar y pedir esas pruebas con una ritualidad que debe ser cumplida so pena de ser ilegales como ocurrió aquí” (Cfr. auto, febrero 16 de 1983).

g) En lo sustancial reza el voto del H. magistrado en discordia:

“Podría presentar una serie de argumentos para rebatir tal tesis, pero me basta uno solo para demostrar que la situación estudiada no es causal de nulidad y ella es muy simple: La violación de los principios de publicidad y contradicción por el no cumplimiento de las ritualidades propias del medio probatorio de que se trate únicamente invalidan tal medio de prueba, le restan eficacia, pero no anulan el proceso”. (Ídem).

## II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA Y CRÍTICAS

1. Como atrás se insinúa, la decisión mayoritaria del H. Tribunal ordena juzgar a un sujeto como autor imputable de un homicidio cuando jurídica y científicamente se ha demostrado lo contrario, esto es, que actuó en estado de inimputabilidad por trastorno mental transitorio al momento de los hechos, situación que no dejó en su *psyque*, estigmas ni secuelas de ningún orden. El resultado de la prueba practicada en audiencia, demostrativa fehacientemente de la imposibilidad del sujeto de valorar concretamente los deberes y de obrar conforme a ese conocimiento, fue desechada por la h. corporación sobre la base de que el juez no podía ordenar la realización de la misma. El asunto no es meramente académico. Hay algo más de fondo. Véanse ahora las consecuencias.

2. Comencemos por lo más externo o conocido: El art. 565 del C. de P. P. otorga al juez, y no es esta una facultad graciosa o intrascendente, el derecho

de ejercitar, *ex officio*, o por petición de cualesquiera de las partes que acuden a la controversia, la práctica de probanzas o medios probatorios jurídicamente relevantes que tengan incidencia directa e inmediata con la totalidad o con una parcela del área litigiosa. Adviene así una preclusiva oportunidad procedimental para que los sujetos se pronuncien sobre el objeto de sus pretensiones en aras de una correcta estimativa de la prueba. La pertinencia y la conducencia de las pruebas por la relación que tengan con los hechos que son materia de debate parecen ser las únicas limitantes que tiene el juzgador en ejercicio de su plena soberanía (art. 501 del C. de P. P.).

3. El tratamiento y la decisión de las pretensiones planteadas en audiencia pertenecen al ámbito privativo, exclusivo y propio del fallador. Nadie más que él está en capacidad de admitir o inadmitir la validez de lo impetrado. No parece necesario, y sí necio, encarecer la importancia de las facultades discrecionales de apreciación de que goza. Es, ya de suyo, un derecho que descansa sobre el conocimiento del proceso, el buen sentido, sano discernimiento, prudencia jurídica y consecuente valoración de los elementos colectados al expediente. En ausencia de arbitrariedad, visible inconducencia, manifiesta inoportunidad, absurdidad o desvío de las leyes rectoras de la lógica judicial, debe respetarse su *arbitrium iudicis*, que no es frágil conquista ni concepción insulsa, sino significativa facultad y aporte enriquecedor de un derecho liberal, amplio y funcional. Sobran aquí los intermedios. Es de lamentar, no obstante, que esta materia se vea sujeta a censuras y objeciones, que se revelan artificiosas cuando la petición no admite tensiones procesales, y busca, con sobrada justeza, la definición de comprometidos juicios valorativos.

4. Frente a los mejores principios es descalificable, como acto judicial, el criterio que desarticulando el poder de decisión característico del juez a través del proceso, y especialmente en audiencia pública, anula e invalida la facultad de disponer medidas necesarias para establecer la verdad de los hechos debatidos. El marco abstracto y formal, tan simple y desvalioso, cederá siempre —aun suponiendo nulas y disfuncionales las facultades del juzgador en aquel acto— al desarrollo de procedimientos que preserven el valor “justicia” en concreto. Nada interesan los resultados axiológicamente valiosos, si la justicia se frustra y se empaña su sentido. El derecho, al menos el penal, no puede quedar a merced de exigencias de recaudos formales que frente a las necesidades de un evento concreto como el de autos, desnaturaliza la determinación de que la verdad sea indudable e impida dictar una sentencia justa, lo que integra el área más amplia de la arbitrariedad. La función jurisdiccional tiene también su propia ética. En rigor esto es así.

5. Un interés objetivo de justicia en su camino perseverante hacia la equidad no puede ceder ante realidades formales o parámetros abstractos e indelebles, donde con toda seguridad no acampa la verdad. La exagerada fidelidad a valores de rito y de aparato, es rémora y atasco. En sus manos no puede quedar toda entera la justicia. La permanente labor crítica y depuradora del buen juez, en el orden penal, debe sacudirse de lo apergaminado e inútil. Una justicia descarnada del auténtico entorno de la verdad, y que rinde culto a la flexibilidad de las formas constituirá, tal vez, un compendioso prontuario de virtudes levíticas y de lógica abstracta, pero nunca, jamás, será justicia. Al menos como nosotros la concebimos.

6. Si la solicitud no aporta novedad a la litis o solo se encamina a una inútil reiteración de lo actuado o a sustentar paralogismos o argumentaciones viciosas, es claro y obligante su rechazo. No en el evento contrario, cuando por la oportunidad final de su promoción y la eficacia de su ejercicio, la iniciativa se torna inexcusable. Si pues, como en el supuesto de hecho para el cual se escribe, hay una necesidad de conocimiento que no es exclusiva del juez o del abogado, y sí de la ley, de esclarecer el estado psicológico-siquiátrico del sujeto autor del delito, no puede estarle prohibido al juez, como sujeto calificador de la verdad judicial, no ya la opción sino el deber de agotar hasta sus últimas probabilidades y por encima de excesos rituales de oportunidad, el despeje de tan fundamental interrogante que afecta —y de qué modo— el propio juzgamiento del pasible. Una actitud indiferente o una negativa simple del fallador frente a aspecto de tanta monta y valía, es un absurdo fundamental que causa agravio irreparable a un adecuado servicio de justicia.

7. Como bien surge de criterios conocidos, es obligación del juez corregir las fallas del procedimiento y sostener la estabilidad del juicio. Si por error de actividad o por haberse desnaturalizado el sentido o el significado de una postulación, se niega equivocadamente la recepción de alguna prueba o la repetición de otra, no puede resultar procesalmente imposible replantear su aducción o práctica en otro instante que bien puede ser el propio marco de la audiencia. ¿Le está acaso vedado al juez, como todopoderoso dios mitológico rectificar un primer distanciamiento conceptual o dialéctico y someterse al correcto razonar crítico? No creo que haya alguien que ponga en duda la respuesta. Si el juzgador considera en un primer momento improcedente la ejecución de una probanza, y consecuentemente niega su práctica, tal actitud no es absoluta ni irreversible por razones de seguridad jurídica. Ni más faltaba que el dominio legal de la prueba aparezca circunscrito a una postura inicial de justiprecio del juez, y que caído en el error no pueda enmendar el yerro cometido, cuando la propia necesidad de conocimiento le está indicando precisamente que debe hacerlo. ¿Y qué decir cuando la inicial negativa pierde fuerza a consecuencia del poder vinculante de hechos procesales subsiguientes? ¿No hay aquí para la parte lesionada un legítimo derecho subjetivo de impugnación o de protesta para connotar no ya inocentes cuestiones jurídicas, sino fundamentales deberes técnicos y sustanciales?

8. Contra lo que se piensa, en el entramado procesal del juicio se advierten nítidamente dos oportunidades distintas y aun excluyentes para pedir y practicar pruebas: a) durante el término a que alude el art. 502 del C. de P. P., y b) mientras se extiende el desarrollo del debate público en audiencia, aun cuando la petición de la prueba sea primeriza. Uno y otro prosperarán si la tarea judicial de valoración de lo pedido encuentra razonable el destino de su efectividad y guarda relación directa e inmediata con la garantía que se echa de menos. No es exacto, pues, a tenor con el derecho procesal vigente, que los letrados estén inhabilitados para demandar dentro del específico marco de la audiencia, la aducción de probanzas ni que los jueces se hallen descalificados para resolver, en el ámbito de su esfera decisoria, tales peticiones. Habrá siempre una respuesta del judicante, calificándose según correspondiere juzgar por ley.

9. Es común en el proceso penal la idea vertebral de que los litigantes en su ministerio y el acusado en su defensa, gocen abarcadoramente de máximas garantías, que su ejercicio no encuentre limitantes, obstáculos ni valladares, ni que se les impida poder presentar medios, excepciones o tutelas, si estas conducen procedentemente a la ordenación y seguridad de las situaciones jurídicas. Hállase en juego la defensa del acusado, que debe estar revestida —al fin y al cabo se le juzga a él— de todas las garantías, principios y derechos técnico-jurídicos reconocidos en la Constitución y las leyes de procedimiento. Si no hay sino una sola realidad posible y el abogado lucha, igual que el juez, por el principio de la “verdad verdadera”, ¿cómo apartarse de un sentimiento de justicia que le es consustancial? ¿No obliga al juez el respeto por todas las formas racionales y útiles en el procedimiento?

10. Frente a cualquier ideología procesal, aun la más reaccionaria, gozan los defensores, y con ellos el acusado, de un legítimo derecho subjetivo para proponer, esclarecer o atacar pruebas en audiencia sobre la base —*obvium est dicere*— de reparos fundados y postulaciones legítimas. Y nadie tiene por qué considerar extemporáneas, inoportunas o conturbantes tales iniciativas, si se aplican a las circunstancias mismas del expediente. A poco que se analice es equivocado el concepto de quienes entienden, alegando consideraciones más formales que sustantivas, que está inhibido el juzgador para resolver y pronunciarse ante la excitación de alguno de los sujetos procesales, sobre aspectos atinentes a la adecuada solución del proceso. La negativa a secas del juez, so pretexto de inoportunidad o extemporaneidad, es una resolución anómala e incongruente, que afecta la garantía de la defensa en juicio, quebranta normas superiores de insoslayable cumplimiento, aniquila la protagónica ubicación del defensor mermando la efectividad de su actividad profesional, y causa agravio irreparable a la propia condición del justiciable. Y todo ello engendra nulidad de carácter suprallegal con arraigo al art. 26 de la Carta Política.

11. Hasta donde se atalaya el derecho de defensa no es dable privar al acusado, y con él a su defensor, de la prerrogativa de aproximarse a una cabal corrección del acaecer humano que se le imputa y de sus circunstancias. La realidad histórico-judicial exige definición del injusto e identidad natural del sujeto y sus condiciones, en cuanto hombre. A un tal fin debe el juez estimular, en tanto actúe como tal, un amplio e incondicional clima de liberalidad y de discusión, según la resultancia probatoria, con salvaguardia obviamente de las exigencias del principio contradictorio. No entendemos por qué la audiencia es excepción y no principio general. Ningún criterio judicial merecerá abrazamiento y apego sin la oportunidad de un pródigo y cumplido debate. Cabe así preguntar, ¿no andará en crisis el derecho de defensa?

### III. CONCLUSIONES

1. Con óptima prueba científica se demostró en desarrollo de la audiencia que el autor, al instante del hecho no disponía de un ámbito de autodeterminación que le permitiera comprender la naturaleza y el sentido de lo que hacía y de dirigir sus acciones.

2. Siendo verdad apodictica la inimputabilidad del sujeto agente, no es lícito en nuestra legislación imponérsele ni pena corporal ni medida de seguridad. Y ante la ausencia de secuelas deviene claro su liberación (art. 33 del C. P.).

3. Al desconocer el H. Tribunal, mediante el proveído de nulidad dicho, y con ademán de censura, la facultad que le asiste al juez para practicar pruebas en audiencia, el dictamen pericial en que se apoya la inimputabilidad queda completamente desdibujado y sin efectos vinculantes. En virtud del fallo obligatorio el inculpado adquiere, por mandato judicial, la condición de imputable cuando no es capaz de derecho penal, pero a tal título deberá ser juzgado. Nada puede hacerse, al menos en este grado de jurisdicción, para corregir este estado de cosas. Tal vez la diestra técnica de la casación ofrezca para el evento específico otra solución menos formal y más humana. La injusticia del juzgamiento de este hombre es a todas luces notoria y abultada. La vida a veces no es tan elemental y simple como la técnica —si es que la hay— supone.

### IV. UNA ADVERTENCIA FINAL

Casi nunca he tomado la pluma para referirme a las decisiones de grado superior sobre las cuales le está vedado al *a quo* polemizar o contender so pena de que se derrumbe la estructura toda del andamiaje jurisdiccional. Y está bien que así sea dentro de un plano jerarquizado de posiciones. Pero ello no obsta para que en una perspectiva distinta de la enunciada, la puramente doctrinal, pueda disentirse de algunos fallos y criterios, cuando con toda lealtad científica creemos que aparecen distanciados de la realidad procesal y del rigor y desnudez como se presentan los hechos que pertenecen al mundo empírico y fenoménico. No por ser juez de oficio ha de renunciarse al derecho de disentir bajo criterios diferentes a los estrictamente subordinados. Esto, dicho sea de paso, con el respeto y la consideración que nos merecen siempre los predicamentos ajenos. Conste, por último, que por encima de afanes polémicos o ademanes de definidor —y no me mueven para el caso de este estudio ni lo uno ni lo otro— allá en la universalidad del problema, en su fondo subyacente, late una auténtica tragedia humana, cuyo desenlace el reo no ha empezado a representar, pues se le juzga en contumacia. Con estas líneas, al menos, queda tranquila mi conciencia.

# LA PROBLEMÁTICA DE LA TENTATIVA EN LA ACCIÓN DE LOS INIMPUTABLES. CONCEPTO FISCAL

Dr. NARCÉS LOZANO H.  
Fiscal 1° Superior, Espinal, Tolima

Señor  
Juez Primero Superior  
E. S. D.

Ref.: Sumario contra *Luis Felipe González Ramírez*,  
por lesiones personales

Clausurada la presente investigación en el sumario de la referencia, en mi calidad de agente del ministerio público y encontrándome dentro del término legal que la ley confiere a las partes para alegar de conclusión, a continuación me permito hacer algunas consideraciones a fin de que se sirva tenerlas en cuenta al momento de calificar el mérito del sumario.

## I. HISTORIA PROCESAL

En proveído fechado el 18 de agosto de 1982 (folio 3 fte.), el Juzgado Penal Municipal de Dolores, Tolima, inició la presente investigación a raíz del lesionamiento de que fue víctima el señor Pastor Ramírez por parte de su sobrino Luis Felipe González Ramírez, según hechos que tuvieron ocurrencia en el perímetro urbano de la localidad de Dolores, Tolima, siendo aproximadamente las nueve de la noche del 17 de agosto del precitado año.

Respecto al objeto material del hecho de "lesiones personales", se arrió a estas sumarias lo siguiente:

a) Aparece al folio 25 fte. de este sumario el único reconocimiento médico practicado al vulnerado *Pastor Vásquez González* o *Pastor Ramírez* (folio 25 f.), por parte del doctor Ernesto Ramírez Arciniegas, perteneciente al Hospital "San Rafael" de Dolores-Tolima, en el cual se concluye: "...1°...2°... En su total son 17 heridas corporales (diecisiete). 3° La incapacidad que producen estas en su primer reconocimiento es de (120) un ciento veinte días, a partir de la fecha. 4° En cuanto a las consecuencias provisionales, como se cita en anterior punto, no se puede determinar sino pasado este tiempo...".

## II. ACERVO PROBATORIO

En orden a esclarecer los hechos materia de la presente investigación, se recibieron los testimonios de Idaly Ramírez Cangrejo (folio 9 fte.) (concubina de José Edgar González Ramírez, hermano del sindicado), Edgar González Ramírez (folio 7 vto.) y Adelina Ramírez Vda. de González (folio 15 vto.) (madre del sindicado y hermana media de la víctima), por parte del funcionario instructor, a quienes con relación al momento consumativo de los hechos nada les consta; simplemente la primera oyó el desenvolvimiento de estos, y los restantes se limitaron a deponer sobre las circunstancias anteriores y posteriores a tales hechos, como sobre el estado mental del sindicado.

Asimismo obra al folio 5 fte. de estas sumarias la exposición del vulnerado *Pastor Vásquez González*, rendida ante el funcionario de instrucción.

De otra parte, fue vinculado mediante declaración indagatoria a la presente investigación *Luis Felipe González Ramírez* (folio 6 fte.).

Al folio 26 fte. aparece el examen practicado a *Luis Felipe González Ramírez*, por parte del médico director del Hospital "San Rafael" de Dolores, Tolima, sobre su estado mental.

Finalmente aparece, al folio 42 f. y ss., el resultado del examen siquiátrico llevado a cabo por el Instituto de Medicina Legal y Psiquiatría Forense de Bogotá al sindicado *Luis Felipe González Ramírez*, en el cual se expone: "...Conclusiones: 1) Examinado el señor Felipe González presenta un retardo mental moderado con base orgánica y afectividad exaltada. 2) El retardo mental moderado que padece el examinado corresponde a una inmadurez psicológica dentro de los términos forenses. 3) Para el momento de los hechos que se investigan no tenía la suficiente capacidad para comprender la ilicitud ni determinarse de acuerdo con esa comprensión por inmadurez psicológica...".

## III. GRADO DE PARTICIPACIÓN DEL SINDICADO Y CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LOS HECHOS

1) *Reconstrucción histórica de los hechos.* Dio origen a la presente investigación el vulneramiento del señor Pastor Vásquez González o Pastor Ramírez, quien recibió diecisiete machetazos, por parte de su sobrino Luis Felipe González Ramírez (folio 6 fte.), según hechos que tuvieron desenvolvimiento en el perímetro urbano de la población de Dolores-Tolima, siendo aproximadamente las nueve de la noche del diecisiete (17) de agosto de mil novecientos ochenta y dos (1982).

El objeto material del hecho de "lesiones personales", se comprobó plenamente a través de estas sumarias, con el peritaje médico-legal practicado al vulnerado por parte del galeno respectivo.

2) *Valoración de la prueba.* Como testimonio directo personal visivo obra la versión del ofendido *Pastor Vásquez González* o *Pastor Ramírez Vásquez*, quien

relata que Luis Felipe González llegó a la casa de habitación donde residían los dos, y al encontrar cerrada la puerta de acceso a la casa, la golpeó fuertemente, por lo cual él se levantó y con un garrote lo golpeó en la cabeza y minutos después Luis Felipe González lo golpeó gravemente con la peinilla (machete), ocasionándole diecisiete (17) heridas en diversas partes del cuerpo (fol. 25 f.).

En circunstancias similares declara Idaly Ramírez Cangrejo (fol. 9 f.), concubina de Edgar González, quien al vertir su declaración expresó que el martes, siendo las 8 de la noche, escuchó los quejidos de Luis Felipe González en primer lugar, y después los de Pastor Vásquez o Ramírez, y también oyó cuando el agresor González trataba de rematar con una piedra a Pastor, después de haberlo sacado a la calle. Su progenitora, Adelina Ramírez Vda. de González (fol. 15 v.) sostiene que Luis Felipe había amenazado de muerte a Pastor y que en reiteradas ocasiones lo había exteriorizado delante de ella y al recriminarlo por esta actitud, la insultaba, y que su comportamiento el día de los hechos estuvo dirigido a ocasionarle la muerte porque ella tuvo conocimiento que después que Pastor se fingió muerto, Luis Felipe le amarró los pies con una manilla, lo sacó de la casa y cuando le iba a lanzar la piedra sobre la cabeza la gente intervino para evitar la continuación de la agresión.

Oído en declaración indagatoria Luis Felipe González Ramírez (fol. 6 fte.), y recurriendo a un intérprete por lo ininteligible de su expresión, aceptó que él fue primero víctima de unos golpes con garrote que le propinó Pastor, por lo cual sacó su peinilla (machete) de la pieza donde la guardaba y con ella golpeó a Pastor Vásquez o Ramírez.

Como consecuencia de su estado mental, evidenciado externamente por su progenitora, por su hermano José Edgar González Ramírez y por Idaly Ramírez Cangrejo, fue sometido a examen siquiátrico para determinar si en el momento de cometer el hecho tenía la suficiente capacidad para comprender la ilicitud de su conducta y de determinarse de acuerdo con esa comprensión, y a través de este examen se reveló que: "...El hecho de que el sindicado recuerde y reconozca los hechos es compatible con el hallazgo clínico en cuanto vemos que el sindicado es fundamentalmente un retardado mental moderado con una base orgánica y que es muy irritable e impulsivo, quien no tolera el más mínimo stress ni situación frustrante, pues reacciona, como se dijo, impulsivamente, ya que su limitación intelectual, unida a su gran limitación en el área del lenguaje, le impiden mediatizar las acciones y comprender con raciocinio las acciones para discriminar los actos. Por lo tanto, para el momento de los hechos el sindicado reaccionó en forma agresiva en exceso ante un estímulo agresivo y no pudo controlar la acción con madurez psicológica.

**Conclusiones.** 1) Examinado el señor Felipe González, presenta un retardo mental moderado con base orgánica y afectividad exaltada.

2) El retardo mental moderado que padece el examinado corresponde a una inmadurez psicológica dentro de los términos forenses.

3) Para el momento de los hechos que se investigan no tenía la capacidad para comprender su ilicitud ni determinarse de acuerdo con esa comprensión por inmadurez psicológica..." (fol. 44 f.).

En estas condiciones, es evidente que Luis Felipe González Ramírez en el momento de cometer el hecho padecía de inmadurez psicológica y esto explica su comportamiento.

Plenamente está demostrado que el autor del hecho fue Luis Felipe González Ramírez, quien lesionó gravemente a Pastor Vásquez o Ramírez, sin haber logrado ocasionarle la muerte por circunstancias ajenas a su voluntad, porque a pesar de la manifestación de Adelina Ramírez Vda. de González, de que tuvo conocimiento de que la víctima había muerto, esta situación no está plenamente acreditada en el sumario.

3) *Adecuación típica de la acción de Luis Felipe Ramírez.* Desde el punto de vista de la tipicidad, en su aspecto dinámico, el hecho realizado por Luis Felipe González Ramírez se adecua indirectamente a través del dispositivo amplificador del tipo, denominado "tentativa de homicidio" (arts. 22 y 323 del C. P.), porque su conducta estuvo dirigida inequívocamente a ocasionarle la muerte a Pastor Vásquez o Ramírez, y si esta no ocurrió fue por circunstancias ajenas a su voluntad.

Siendo la acción conducta humana y estando integrada esta por tres elementos, el objetivo, el subjetivo y el teleológico, es necesario aclarar que el comportamiento de Luis Felipe González Ramírez, se adecua mediante un dispositivo amplificador puesto que su propósito era ocasionarle la muerte, sin considerar ese elemento subjetivo denominado "propósito" como una forma de la culpabilidad, sino de la acción, ya que para ser sujeto activo receptor de las medidas de seguridad la acción del inimputable tiene necesariamente que adecuarse dentro de un tipo penal para que se pueda calificar de típica su conducta, que no es otra cosa que un "hecho", y después de haberla encuadrado en la norma respectiva, valorar si este hecho encaja dentro de las causales de justificación o de inculpabilidad, como consecuencia de la eliminación de toda forma de responsabilidad objetiva, y por estas razones es necesario determinar en la acción del inimputable el elemento subjetivo y teleológico, porque obviamente al realizar un hecho este está encaminado a un fin.

Este ingrediente psicológico de la acción se sintetiza en las siguientes secuencias:

a) Luis Felipe González Ramírez, amenaza de muerte a Pastor Ramírez o Vásquez; b) días después Luis Felipe González Ramírez es agredido levemente por Pastor Vásquez o Ramírez; c) ante esta agresión Luis Felipe González Ramírez entra a su pieza, saca su peinilla (machete), regresa y busca a Pastor y le propina diecisiete (17) machetazos; d) la víctima se finge muerto y su agresor le amarra los pies y lo saca a la calle y allí levanta una piedra con el ánimo de rematarlo.

Las anteriores secuencias permiten extraer de estos actos un elemento psicológico y finalista, que indudablemente permite predicar un nexo síquico entre su conducta y el agente, denominado por ANTOLISEI *suitas* y por JIMÉNEZ DE ASÚA como "mismidad".

Lo importante entonces es desentrañar el elemento síquico de la acción con el fin de precisar si esta es típica o no lo es, y luego iniciar el proceso de valoración de la antijuridicidad, pero advirtiendo que en ningún momento ese elemento síquico de la acción típica del inimputable se puede confundir o considerar como una forma

de la culpabilidad, porque el hecho en sí, esto es, la conducta, tiene también un ingrediente psicológico y este hecho indefectiblemente debe ser típico para que al inimputable se le puedan aplicar medidas de seguridad y tenga por lo tanto relevancia penal.

Al respecto FEDERICO ESTRADA VÉLEZ, al distinguir la acción con trascendencia penal de los movimientos reflejos o musculares, anota lo siguiente:

“...De las anteriores consideraciones se deduce que ciertos movimientos musculares en los que no es posible hallar el más mínimo contenido de voluntad, no son acción. «La acción consiste ante todo —ha dicho BETTIOL— en un movimiento muscular, pero no todo movimiento muscular es acción». El coeficiente físico de la acción debe ser sostenido por un coeficiente síquico para que la acción pueda ser referida al agente como suya. Esta «sueta» de la acción (el término es de ANTO-LISEI) falta cuando el movimiento muscular no es voluntario... Se excluyen, por consiguiente, del ámbito de la acción, los movimientos reflejos, es decir, aquellos movimientos musculares que se presentan como reacción inmediata, involuntaria, a un estímulo externo o interno...” (*Derecho penal*, Parte general, Bogotá, Librería del Profesional, 1981, pág. 96).

Continuando con este análisis, lo importante entonces es averiguar cuál fue el querer del inimputable al realizar su acción, la que necesariamente está referida a un tipo penal para poder determinar el tipo básico, determinante en este caso de la competencia y, obviamente, de su juzgamiento.

Al respecto anota NÓDIER AGUDELO BETANCUR lo siguiente:

“...Lo anterior es de suma importancia y debe tenerse en cuenta es que ya lo que posibilita, que, frente al hecho del inimputable, se pueda hablar de un tipo u otro de delito. Este sujeto quiso secuestrar, quiso raptar; quiso lesionar solamente y mató; quiso matar y no pudo matar por una causa ajena a su voluntad (tentativa); quiso sustraer una cosa para aprovecharse de ella o para destruirla, etc. No basta, pues, simplemente comprobar el hecho material cometido por un inimputable: el juez tiene que averiguar por el querer del sujeto para saber en presencia de qué delito está. Y esto es de lógica: si se queda en el solo hecho material, ¿por qué delito enjuiciará, por qué delito condenará al momento de dictar sentencia? Cuando se trata de problemática de la inimputabilidad luego de la antijuridicidad, sea como presupuesto o como elemento de la culpabilidad, se ha aceptado ya que existe una acción típica. Ahora bien: esta de ninguna manera puede establecerse solo con base en parámetros objetivos. Las tesis que sostenían que la inimputabilidad era «capacidad de delito» o «capacidad de acción» ya han sido superadas y hoy parece claro en la doctrina que inimputabilidad es incapacidad de culpabilidad y no incapacidad de acción...” (*Los inimputables frente a las causales de justificación e inculpabilidad*, Bogotá, Editorial Temis, 1982, pág. 85).

Este coeficiente síquico de la acción típica del inimputable es el que permite adecuar su comportamiento indirectamente a través de la “tentativa”, porque plenamente está demostrado que su propósito finalista era el de ocasionarle la muerte a *Pastor Vásquez o Ramírez* y si esta acción no culminó fue por circunstancias ajenas a su voluntad.

#### IV. ANTIJURIDICIDAD E INIMPUTABILIDAD DE LA ACCIÓN DE LUIS FELIPE GONZÁLEZ RAMÍREZ

Proscrita toda forma de responsabilidad objetiva, el aspecto siguiente por analizar en el comportamiento del inimputable *Luis Felipe González Ramírez* es el de la antijuridicidad, y en este proceso de valoración se advierte que en ningún momento se adecua a las causales de justificación previstas, porque la agresión de que fue objeto por parte de Pastor Vásquez o Ramírez cuando este le propinó los garrotazos, no era de tal gravedad y había cesado, hasta el extremo de que él fue y sacó su peinilla (machete) para regresar a lesionar gravemente a Pastor Vásquez o Ramírez, y su acción la continuó hasta cuando intervinieron personas para impedir que le lanzara la piedra sobre su cabeza, y así las cosas, no se puede concluir que su acción fue conforme a derecho.

Siendo la inimputabilidad incapacidad de culpabilidad, y estando demostrado científicamente que el retardo mental que padece el enjuiciado corresponde a una *inmadurez psicológica* en la cual su comportamiento se desenvuelve como resultante de un impulso emocional y por deficiencia intelectual, su caso encaja dentro de los inimputables por falta de madurez psicológica.

#### V. PROCEDENCIA DEL AUTO DE PROCEDER

Se reúnen los requisitos sustanciales del art. 481 del C. de P. P., para llamar a responder en juicio, sin la intervención de jurados, a *Luis Felipe González Ramírez*, como autor del hecho dirigido a ocasionarle la muerte a *Pastor Vásquez o Ramírez*, acción típica que encaja en la “tentativa de homicidio”, sin circunstancias de agravación por el grado de parentesco, porque no fue esta circunstancia la determinante de su acción y por estar plenamente demostrado que fue él quien realizó el hecho investigado.

#### VI. SÍNTESIS PETICIÓN

Respetuosamente solicito al señor juez, que al calificar el mérito del sumario se sirva dictar auto de proceder contra *Luis Felipe González Ramírez*, como autor del hecho típico analizado anteriormente.

Del señor juez, atentamente,

(Fdo.)

Narcés Lozano H.  
Fiscal Primero Superior.

Espinal, febrero 25 de 1983.

# JURISPRUDENCIA

## Corte Suprema de Justicia

### PAGO DE PERJUICIOS OCASIONADOS POR EL HECHO PUNIBLE Y LIBERTAD PROVISIONAL EN LOS DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO ECONÓMICO

Cuando se den los presupuestos del art. 503 del C. de P. P. (si lo solicitare el ministerio público o la parte civil, o hubiere bienes embargados o secuestrados), es imperativo el nombramiento de peritos para el avalúo de los perjuicios. No obstante, el mismo Código de Procedimiento (arts. 334, num. 6, 380, 102) señala que se deben practicar durante el sumario todas las diligencias que sean necesarias para comprobar la naturaleza y cuantía de los perjuicios ocasionados con el delito.

En materia de delitos contra el patrimonio económico la indemnización de los perjuicios opera en un doble plano: para la rebaja de la pena en el momento de la sentencia, según el art. 374, y a efectos de conceder la libertad provisional en los casos señalados por el art. 453 del C. de P. P., núm. 2. Para fijar la cuantía, debe estarse a lo demostrado en el proceso. Empero, si ella no ha sido fijada, puede el juez señalarla discrecionalmente, siguiendo los lineamientos del art. 107 del Código Penal, disposición de la cual se deduce la posibilidad de obrar en esta forma. Sin embargo, tal determinación es provisional.

Auto del 21 de abril de 1983.

Magistrado ponente: Dr. LUIS ENRIQUE ALDANA ROZO

Se indica a los magistrados denunciados por haber estimado caprichosamente y sin la intervención de perito el valor de los perjuicios ocasionados con el delito, para efectos de la concesión de la libertad provisional. Con relación a este punto es necesario hacer algunas consideraciones previas.

El art. 453 del C. de P. P. dispone que

se podrá conceder la libertad mediante caución, en los delitos de hurto, estafa y abuso de confianza, cuando se den las circunstancias previstas en el art. 429 del C. P. A su vez este artículo, que era la norma vigente para la época en que ocurrieron los hechos, estipula que la pena se disminuirá si antes de que se pronuncie sentencia el responsable

restituye el objeto materia de la infracción o indemniza a la persona ofendida de los perjuicios que se le hayan causado.

Dos eran, pues, las exigencias que alternativamente reclamaba la legislación de 1936 (el nuevo Código las demanda acumulativamente), esto es, que restituyera o que indemnizara. El concepto de restitución supone la devolución de lo apropiado o de su valor (art. 346 C. de P. P.); en cambio el concepto de indemnización representa la reparación de todos los daños que el hecho punible haya ocasionado. *La restitución es, pues, uno de los aspectos de la indemnización de los daños materiales, como que en los delitos contra el patrimonio el daño emergente está representado por la desposesión de que se ha hecho víctima al titular del derecho.*

En estas condiciones la legislación penal de 1936 consagraba una antitécnica circunstancia de atenuación punitiva en el art. 429, pues la disyuntiva que planteaba era, de una parte, la *simple restitución*, mientras que la otra alternativa era la indemnización plena, vale decir, el pago de todos los daños y perjuicios ocasionados con el hecho, esto es, la reparación por daño emergente, lucro cesante y pago de los perjuicios de orden moral (C. C., arts. 1613 y 1614).

La nueva legislación, por el contrario, exige la total reparación, pues demanda la *restitución e indemnización*, término este que comprende al primero, evitando de esta manera el contrasentido advertido en la anterior codificación.

Discútese, de otra parte, acerca de la oportunidad procesal para disponer el avalúo de los perjuicios. Parecería que la respuesta se encuentra en el art. 503 del ordenamiento procesal, que señala que en el mismo auto en que se abre el juicio a prueba el juez designará perito para avaluar los daños ocasionados, si así lo solicita el ministerio público o la parte civil, o hay bienes embargados o secuestrados. Sin embargo, señala el num. 6° del art. 334 del C. de P. P. que

uno de los fines de la investigación es la determinación de los daños y perjuicios de orden material y moral causados con la infracción, principio reiterado en el art. 380 del mismo ordenamiento, que señala que el instructor deberá, de oficio o a petición del ministerio público (C. de P. P., art. 102) o de la parte civil, practicar todas las diligencias que sean necesarias para comprobar la naturaleza y cuantía de los perjuicios ocasionados con el delito.

Significa lo anterior que desde el momento mismo en que se abre la investigación deben ser practicadas las pruebas tendientes a la demostración y cuantificación del daño, entre otras cosas para dar elementos al juzgador para la aplicación del art. 107 del C. P.; no obstante, si se dan las circunstancias previstas en el art. 503 del C. de P. P., es imperativo el nombramiento de perito para el avalúo de los perjuicios.

La indemnización de perjuicios en los delitos contra el patrimonio opera en un doble plano, pues se debe tener en cuenta en el momento de proferir sentencia de condena para la rebaja de pena prevista en la disposición sustantiva, y también debe ser considerada en cualquier estado del proceso para los efectos de la concesión del beneficio de la libertad bajo fianza (num. 2° del art. 453 del C. de P. P.). La cuantía de los daños en los dos casos citados será la que procesalmente haya recibido demostración; no obstante, el art. 107 del nuevo ordenamiento penal atribuye discrecionalidad en ciertos casos al funcionario para determinarla, cuando en el proceso no se haya fijado su monto, *de donde puede concluirse que, si no ha sido establecida en el proceso, también el juez puede señalarla discrecionalmente para poder otorgar el beneficio de libertad provisional*. Es obvio que esta facultad del funcionario debe estar orientada por los lineamientos que le señala el inciso del citado art. 107 del Código Penal.

Sin embargo, la determinación del monto de los perjuicios que haga el funcionario,

además de que puede ser objetada y sometida a reconsideración, es *provisional*, pues en el curso del proceso puede llegar a establecerse que es otro el valor de los perjuicios, caso en el cual el libertado provisionalmente deberá incrementar el pago, si resulta una cifra mayor, para continuar en libertad provisional, o le deberá ser devuelto lo que haya consignado en exceso, si se establece una cifra menor.

En el caso que ahora ocupa a la Sala, los funcionarios sindicados consideraron que el valor de los perjuicios, para efectos de la libertad bajo fianza, equivalían a \$ 300.000.00 y exigieron la consignación de

esa suma. Si se tiene en cuenta que no había lugar a restitución, pues el objeto materia del ilícito no había sido apropiado por el procesado, la estimación de esa cifra provisional no parece inadecuada, a pesar de que la parte civil considerara que los perjuicios valen cinco millones de pesos, *pues estos no son necesariamente los que reclama el perjudicado, ni los que caprichosamente ofrezca el procesado.*

En estas condiciones es obvio que los magistrados sindicados no cometieron delito alguno, por lo tanto, deberán ser sobreesidos definitivamente.

### NOTA DEL DIRECTOR

Sobre el tema que ocupa a la Honorable Corte Suprema de Justicia ya se han publicado con anterioridad otros estudios en esta Revista, así:

1) "Peritos en el juicio para evaluar daños y perjuicios tendientes a aplicar el art. 429 del Código Penal" (*Nuevo Foro Penal*, núm. 1, pág. 78).

En esta providencia del Tribunal Superior de Medellín, con ponencia del Dr. FABIO ARISTIZABAL OSPINA, se discutió la posibilidad de que en la etapa probatoria del juicio se solicite por parte del defensor la prueba pericial con el fin de que se avalúen los perjuicios causados con la infracción, en orden a obtener los beneficios que de ellos se siguen. La dificultad radica en el art. 503 del C. de P. P. En efecto, dice este artículo: "en el mismo auto en que se abre el juicio a prueba, el juez designará el perito o peritos que deben avaluar los daños y perjuicios ocasionados con la infracción, si así se solicitare por el ministerio público o por la parte civil, o si hubiere bienes del sindicado, embargados o secuestrados".

Se ha hecho hincapié en la parte "*en el mismo auto en que se abre el juicio a prueba ...si así se solicitare por el ministerio público o por la parte civil o si hubiere bienes embargados o secuestrados*". De aquí se ha deducido por algunos que la oportunidad para el nombramiento de peritos es solo "en el mismo auto" que abre el juicio a pruebas y que las personas que pueden solicitar tal nombramiento de peritos son solo el ministerio público o la "parte civil", o de oficio, si "hubiere bienes secuestrados o embargados".

De lo anterior se ha llegado a la siguiente interpretación: se abre el juicio a pruebas y dentro del término de tres días el defensor solicita que se nombren peritos para el avalúo de los daños y perjuicios. Algunos funcionarios niegan la práctica de la prueba ya que, según piensan, tal nombramiento se debe hacer "en el mismo auto en que se abre el juicio a pruebas" de conformidad con el art. 503, y en este caso el defensor no es mencionado entre las personas que pueden solicitarlo, ya que solo se alude a la parte civil o al ministerio público.

Contra esta tesis se pronunció el Honorable Tribunal Superior de Medellín, en providencia del 18 de diciembre de 1975, cuyos apartes más importantes se publicaron en la *Nuevo Foro Penal*, número 1 y se reproducen aquí:

"En ese orden, las pruebas tendientes a establecer esos hechos y determinar su cuantía o valor no pueden considerarse como inconducentes; por tanto, como reza el art. 219 del estatuto que se viene citando, el procesado, su apoderado, etc., pueden pedir la práctica de esas pruebas, «... y el funcionario dispondrá que se practiquen a la mayor brevedad».

“Coartar ese derecho, sin razones de peso, conculca las garantías y derechos de la defensa del reo, a lo cual se oponen la equidad y las normas de la Carta Fundamental.

“Del art. 330 del C. de P. P. se copia: «El funcionario de instrucción deberá, de oficio o a petición del ministerio público o de la parte civil, practicar todas las diligencias que sean necesarias para comprobar la naturaleza y cuantía de los perjuicios ocasionados con la infracción».

“Uno de los argumentos —el más socorrido— para rechazar las pretensiones del recurrente se hace consistir en el texto del art. 503 del precitado estatuto. La Sala considera que la interpretación dada a esa disposición no viene al caso, por las siguientes razones:

“El art. 330 *ibidem* consagra la oficiosidad o gratuidad de la práctica de «...todas las diligencias que sean necesarias para comprobar la naturaleza y cuantía de los perjuicios ocasionados con la infracción».

“Ahora bien, lo que se dispone en el art. 136 y en el 503 de la tantas veces citada ley adjetiva, debe entenderse, sin menoscabo de los principios generales que amparan el derecho de la defensa, entre los cuales se encuentran el que se investigue no solamente lo desfavorable, sino también lo favorable al procesado (artículo 335), y la autorización para pedir la práctica de las pruebas que fueron conducentes (art. 219 *ibidem*).

“Las dos disposiciones primeramente citadas (arts. 136 y 503 del C. de P. P.) miran más hacia la acción penal, que es de orden público, y hacia los intereses del ofendido o perjudicado; pero ello no quiere decir, no podría decirlo, que eso coarte o limite las garantías y derechos de la defensa del reo, cuando esto se ejerce oportunamente y mediante el empleo de medios conducentes.

“La conducencia es la única limitación que trae la norma reguladora de la potestad de pedir pruebas, y, en cuanto a la oportunidad, lógicamente se desprende que esa potestad puede ejercerse, bien sea durante la formación del sumario, o bien en el periodo probatorio del juicio, dentro del cual (art. 500 del C. de P. P.), «...las personas que intervengan en el proceso (subraya la Sala) podrán pedir las que consideren pertinentes»”.

“(2) La restitución del objeto como causal de atenuación en los delitos contra el patrimonio económico”, concepto del fiscal cuarto del Tribunal Superior de Medellín, Dr. JOSÉ LIBRADO VÁSQUEZ. (*Nuevo Foro Penal*, núm. 13, pág. 535).

Mientras que el art. 429 del Código Penal de 1936 condicionaba la rebaja de la pena en los delitos contra el patrimonio a la restitución o a la indemnización, en forma alternativa, el nuevo Código Penal opta por una disyuntiva: si el responsable “restituyere el objeto material del delito o su valor, e indemnizare los perjuicios ocasionados al ofendido o perjudicado” (art. 374).

Pues bien: puede suceder que a un individuo se le haya incautado el objeto del cual se ha apropiado y que en el transcurso del proceso, sin embargo, indemneze los perjuicios. Una interpretación literal y restrictiva llevaría a la conclusión de que quien así obra no es acreedor a la atenuación de la pena prevista en el art. 374, ni al beneficio de la libertad provisional contemplado en el num. 2 del art. 453 del C. de P. P., por no darse el requisito de la “restitución”.

Contra tal interpretación se pronunció el Dr. JOSÉ LIBRADO VÁSQUEZ:

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

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

Por ello, a quien se le ha decomisado, si bien es cierto que no restituye, también lo es que está en *imposibilidad* de hacerlo, y no le queda otra forma de cumplir lo que la ley *esencialmente* quiere de él, que con la indemnización de los perjuicios. La fiscalía cree no exagerar si afirma que la negativa de la señorita juez de quien proviene la actuación implica afirmar —sea dicho con todo respeto—

que la ley niega la disminución punitiva a aquellos sujetos a quienes se les decomisó los objetos y la autoriza solo para aquellos que, por su mayor habilidad o suerte, los tuvieron a su disposición —siendo probable que en maliciosa espera— hasta cuando, en verdad arrepentidos o *convencidos* de que se avecina una sentencia de condena, los restituyen en momento cuando, por la larga privación que de ellos sufriera su dueño, ha tenido un indudable perjuicio.

No sin razón se quejaba el doctor Jaime Bernal Cuéllar, en su conferencia acerca de los delitos contra la propiedad, de la incongruencia de este texto comentado. “Ha debido dejar, más bien —dice el conferencista— forma alternativa, restituir o indemnizar y no en forma acumulativa, restituir e indemnizar. Y también encuentro una crítica a esta norma: aquí se obliga la restitución total. El legislador ha debido ser congruente”<sup>1</sup>. Continúa el citado expositor considerando cómo la gravedad del delito de peculado es sin duda mayor que la del delito de hurto —con toda razón—, no obstante lo cual la restitución en aquel delito, siendo parcial, determina la disminución de pena, lo cual no ocurre si se interpreta literalmente el art. 374.

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

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

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

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

3) “Interpretación teleológica del art. 374 del Código Penal: la reparación en los delitos contra el patrimonio económico”. (*Nuevo Foro Penal*, núm. 17, pág. 109).

Se trata en este caso de dos providencias del Honorable Tribunal Superior de Medellín, de 9 de octubre de 1981, ponente Dr. FERNANDO GÓMEZ GÓMEZ, y otra de 19 de octubre de 1981, ponente Dra. ALICIA ROLDÁN RUIZ. En tales providencias se pronuncia el tribunal en el mismo sentido del concepto anterior. En la primera de las citadas, transcribe el concepto del mismo Dr. LIBRADO VÁSQUEZ dado por este en el proceso que se resolvía, y además, anota el Honorable Tribunal:

“...la Sala aprecia que la *indemnización* es un término más comprensivo y genérico que el de *restitución* porque esta ciertamente indemniza de manera muy específica como es cancelando los perjuicios subsiguientes de la víctima con la devolución del objeto que había sido sustraído; en tanto que aquella implica la indemnización en todos los frentes. Por manera que vale la pena al abrigo de la equidad y de la justicia, entender que la indicada expresión del legislador en el art. 374, aparentemente infortunada al no consagrarse la forma *alternativa*, lo que quiso fue ser enfático en el ámbito de la indemnización.

“Por manera, entonces, que habiendo existido la indemnización en los términos en que el propio ofendido expresa, no queda en pie objeción para negarle el beneficio excarcelatorio que le ha sido negado” (pág. 117).

Por su parte la magistrada ALICIA ROLDÁN, después de rechazar en materia penal una interpretación que se limite a la sola lectura del texto legal, afirma:

“En la interpretación de la norma que se discute (C. P., art. 374), no debe pasar inadvertida la circunstancia de que ella parte del supuesto de que el objeto del delito haya quedado en poder del delincuente, dentro de la órbita del dominio que le haya señalado después de sustraerlo de la esfera de protección que le había dispensado su dueño o tenedor legítimo.

“Más cuando se da el caso de que el bien u objeto del ilícito fue decomisado o incautado, es obvio que no tiene efectividad la exigencia de *restitución* del mismo porque hay sustracción de materia, y la ley no puede exigir *imposibles*, como lo anota el señor fiscal. En tales casos, para aspirar a la gracia indicada en la norma de que se habla, basta apenas que el agente del delito indemnice los perjuicios” (pág. 118).

## Tribunal Superior de Montería

No es solamente necesario el transcurso del tiempo para adquirir el dominio de las cosas por prescripción, se requiere, además, que lo que se pretende usucapir se haya poseído en condiciones legales. (Auto 17 de agosto de 1983).

Magistrado ponente: Doctor LESMES CORREDOR PRINS

Auto de 17 de agosto de 1983

VISTOS:

Mediante providencia de fecha 9 de noviembre de 1982, el señor juez primero superior declaró la nulidad de este proceso en razón de que se estaban investigando conjuntamente dos delitos independientes, falsedad y hurto cometidos por Ramón Argemiro de Jesús Álvarez Correa y falsedad atribuida al notario Pedro Juan García Brun (folios 86 y ss. c. de copias).

Con fundamento en la anterior decisión, el señor apoderado de Álvarez Correa pidió aplicación del art. 320 del C. de P. P. en los siguientes términos y por estas razones:

“En providencia de 9 de los corrientes decretó Ud. la nulidad de la actuación en este proceso, a partir del auto de 4 de setiembre próximo pasado. La parte civil recurrió en apelación contra este auto.

“Se ordena en la referida providencia que el negocio vuelva al Despacho para reapertura de la investigación contra mi mandante, señor Álvarez Correa. Para cuando esta oportunidad llegue, me permito solicitarle que se sirva examinar los hechos materia de la denuncia a fin de que advierta que la investigación de que se trata no puede iniciarse, ya que la infracción penal materia de la denuncia se inició o cometió, según se afirma, hace doce años, y por otra parte, claramente se advierte que mi cliente no ha cometido falsedad alguna en relación con los documentos que se dice fueron falsificados.

“Por otro aspecto, advertirá Ud. que mi mandante compró el camión de marras y lo pagó. Obra en autos el documento privado en que se hizo constar la compraventa y copias auténticas de las letras canceladas por el señor Álvarez Correa en pago del referido vehículo.

“Tenemos entonces que si mi cliente incurrió en los ilícitos de que se le indica, *la acción penal está prescrita y la acción penal no puede iniciarse*; más: como adquirió el camión en los términos del documento que en fotocopia auténtica se agregó al proceso, no cometió el ilícito de que se le indica y tampoco puede iniciarse la investigación por un delito que no ha tenido existencia.

“Así las cosas, por economía procesal, debe aplicarse el art. 320 del C. P. (sic), dictando el correspondiente auto inhibitorio” (Subraya la Sala, folio 99 del c. de copias).

El pronunciamiento del juez pedáneo, fue adverso a las pretensiones del memorialista, como puede verse a folios 130 y s.s. del c. de copias, y de él se interpuso el recurso de apelación —folios 134 y 135 del c. de c.—. Es pues en virtud del recurso de apelación que el negocio llegó a esta corporación.

A la sentencia se le dio el trámite de ley y el expediente está listo para fallo.

ALEGACIONES DE LAS PARTES:

El representante de la parte civil expone: “Por medio del presente vengo a solicitarles que confirmen el interlocutorio me-

dante el cual fue negada la declaratoria de prescripción de la acción penal. Y para lo cual expongo:

“La Sala sostuvo en ponencia anterior que la falsedad materia de *retardada* investigación solo tiene materialidad y existencia a partir del momento en que la víctima aparece compareciendo ante la notaría de Planeta Rica para autenticar su firma, en compañía con el sindicato del rótulo, ya que lo falseado antes aterriza en el plano de la falsedad inocua, carente de punibilidad, lo que quiere decir que el fenómeno prescriptivo empezaría a contabilizarse a partir de la fecha de la comparecencia referida, vale decir, la fecha en que «se ha suplantado la persona real», al decir de VICENTE ARENAS”.

El apoderado del sindicato alega:

“Expresé que la acción penal en cuanto al delito de hurto se refiere está prescrita y jamás se podrá decir lo contrario por cuanto hace más de 11 años que mi mandante, en virtud de haberlo comprado, tiene el vehículo en su poder, y esta realidad, *también lo expresé, le permite obtener que por la justicia se declare que lo adquirió mediante el fenómeno de la prescripción ordinaria de dominio adquisitivo*. ¿A qué conduce entonces que en este proceso se siga hablando del delito de hurto? Esta la razón por la cual pedí al *a quo* que declarara una inhibición en cuanto a la investigación de esta figura contra la propiedad que se le imputa.

“El fenómeno de la prescripción, claramente esclarecido como en el caso que nos ocupa, puede llevar al auto de inhibición de que trata el art. 320 del C. de P. P., por cuanto debe dictarse «cuando aparezca que el hecho no ha existido o que no está previsto en la ley como infracción o que la acción penal no puede iniciarse». En este caso mi cliente no cometió hurto alguno; desde luego él compró el camión como se hizo constar en el documento visto al folio 123 del expediente; *mas en el evento de que lo hubiese hurtado, de ese hecho ha transcu-*

*rido la friolera de 12 años, de manera que la acción penal a que ese hecho hubiera dado lugar se encuentra prescrita*. Entonces, frente a esta realidad irrefutable formulé mi solicitud de inhibición, y como se me negó, recurrí en apelación con la esperanza de que la H. Sala advierta la claridad del hurto en conexidad con la falsedad y termine de una vez con el sambenito con que se viene molestando al ciudadano Ramón Argemiro de Jesús Álvarez Correa.

“En este caso, insisto, el proceso por hurto no podía iniciarse por cuanto el camión fue comprado a la señora Julia Eva Ramos. *Tampoco podía iniciarse en razón de que si en gracia de discusión se admite que mi cliente se hurtó el camión, dada la época en que ocurrieron los hechos, la acción está prescrita y no puede iniciarse proceso penal frente a la prescripción de la acción penal*”. (Subraya la Sala. Folios 5 y 6 del c. del Tribunal).

El señor fiscal ilustra a la Sala así:

“No existe razón alguna valedera para que a estas alturas del proceso el juzgado de instancia se hubiere pronunciado acerca de darle o no aplicación al art. 320 del C. de P. P., atinente al auto inhibitorio, por cuanto el momento procesal adecuado es cuando aún no se ha iniciado el sumario y en el caso que nos ocupa el auto cabeza de proceso con que se inició la investigación se produjo el 4 de setiembre de 1982 y no se puede alegar que ello obedeció a la petición visible a folio 99 del c. de copias, pues se trata de una cita de la mencionada norma que hizo el doctor Ojeda Martínez, pero que si leemos el cuerpo del memorial precitado, observamos que fundamentalmente *lo que se pide es el cese de procedimiento, aunque equivocadamente se haya aludido al auto inhibitorio*, cuya instancia ya precluyó y es obvia la consideración anterior, porque no otra cosa diferente se desprende de tal escrito, o sea, que se ha debido entrar a resolver si es o no viable el cese de procedimiento mediante la aplicación del art. 163 del C. de P. P.

"En consecuencia, habiendo sido solicitada la aplicación de la precitada norma ha debido darse en traslado al agente del ministerio público para concepto, lo cual se omitió y por lo tanto consideramos que el auto impugnado está viciado de nulidad suprallegal por haber pretermitido formas propias del juicio". (Folios 9 y 10 del c. del Tribunal).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL:  
(Sala Penal)

1ª) La Sala estima que en eventual caso de haberse configurado el delito de hurto en virtud de la conducta del sindicado Álvarez, no puede hablarse de prescripción adquisitiva de dominio a pesar de que hayan transcurrido muchos años y la razón de ello es inconcusa: la ilicitud no crea derecho; así, pues, si el hurto —ilicitud— no crea derecho —propiedad— no se conforma la prescripción. A pesar de que la afirmación de la Sala es axiomática, no sobra ahondar en razones de tipo positivo. Dice el Código Civil:

"La *prescripción* es un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones o derechos ajenos, por haberse poseído las cosas y no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales" (art. 2512).

"Se gana por prescripción el dominio de los bienes corporales, raíces o muebles, que están en el comercio humano, y *se han poseído con las condiciones legales*" (art. 2518. Subraya la Sala).

"Si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible. Es físicamente imposible el que es contrario a la naturaleza, y moralmente imposible el *prohibido por las leyes*, o contrario a las buenas costumbres o al orden público" (art. 1518. Subraya la Sala).

"*Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación*" (art. 1519. Subraya la Sala).

Las anteriores normas relevan a la Sala de comentarios, pues el hurto impide que la cosa sea poseída en condiciones legales, por ser un hecho antijurídico. El apoderarse de una cosa ajena está prohibido por la ley (art. 349 del C. P.) y el hurto violó el derecho público por estar encasillado en los marcos del Código Penal.

Ahora bien, como concesión graciosa, aceptemos que se dan los presupuestos para adquirir por prescripción el automotor, ¿corresponderá esa declaración a la justicia penal? La respuesta es infaliblemente que no. Eso es del resorte de la justicia civil.

2ª) En la denuncia se lee:

"Al iniciarse el año de 1978 mi señora madre Julia Eva Ramos de Paternina negoció verbalmente y a cinco meses de plazo el referido vehículo con mi denunciado Ramón Argemiro de J. Álvarez Correa por la suma de cincuenta mil pesos, lo que era plata en aquel entonces.

"Confiado mi señora madre que el aparente comprador iría a cumplir en el pago del automotor le hizo entrega real y material del mismo, pero reservándose el traspaso hasta tanto recibiera valor de la compraventa.

"Una vez que mi denunciado Ramón Argemiro de J. Álvarez Correa tuvo en su poder el camión susodicho, desapareció sorpresivamente con el mismo sin que le cancelara su valor a mi señora madre Julia Eva Ramos de Paternina". (Folios 1 y 2 del c. de copias).

Este comportamiento se ha querido erigir como típico del delito de hurto, pero en estricto derecho él es de resorte civil. Se contrató —compraventa— y una de las partes cumplió: la vendedora, pues entregó la cosa; la otra no cumplió, ya que no pagó el precio.

Así las cosas, tenemos que si:

- a) Hay hurto, no se puede hablar de prescripción adquisitiva de dominio; y,
- b) Si no hay hurto, no se puede pedir, por sustracción de materia, prescripción de acción penal.

3ª) No comparte la Sala la interpretación extensiva que hace el fiscal de lo que quiso decir el venerable apelante, pues este es más que un abogado, un jurista, y cuando el titulado señor Olimpo Ojeda Martínez hace referencia a la aplicación del art. 320 del C. de P. P., no hay margen que lo que quiso fue eso y no otra cosa pues los neófitos en derecho son los que fácilmente invocan lo equivocado; mas no los jurisperitos. Es que el doctor Ojeda no podía referirse al art. 163 del C. de P. P. porque él se aplica es en el proceso y precisamente el *a quo* en su fallo de nueve de noviembre de 1982 (folios 86 y s.s. del c. de copias) decretó es una nulidad y ante ello el juez parte para Alfa y si no se ha llegado a ella no hay proceso y cuando se está antes de proceso

se acciona es con fundamento en el art. 320 del C. de P. P., y no el 163 ibidem. Por lo expuesto no se comparte lo pedido por el ministerio público.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería —Sala de Decisión Penal—, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Confírmase la providencia apelada. Devuélvase el negocio al juzgado de origen. Cópiese, notifíquese y cúmplase.

LESMES CORREDOR PRINS.

Jorge C. Milanés Espinosa; Enrique Caraballo Mogollón; José F. Rhenals Mora, secretario.

## BIBLIOGRAFÍA

HERNANDO LONDOÑO JIMÉNEZ: *Derecho procesal penal* (Bogotá, Edit. Temis, 1982, XXV + 315 páginas).

No crea el lector que la obra de la cual nos ocupamos hoy, es un estudio completo del derecho procesal penal, como parece sugerirlo el título con el cual la Editorial TEMIS la ha puesto a circular. Ciertamente, se trata de una tentativa, muy fructífera por lo demás, de abordar una de las parcelas de dicha disciplina, concretamente la filosofía del proceso penal, capítulo de obligado tratamiento en un tratado extenso sobre tal materia, que entre nosotros está aún por escribirse. El hecho de que no tengamos "tratados" en esta área del conocimiento jurídico, que sí estudios de algunas de sus ramas, nos hace pensar que el derecho procesal penal no ha sido objeto de profundo análisis, tal vez porque los esfuerzos se han volcado hacia el derecho penal sustantivo; súmese a lo anterior, la inexistencia de un cuerpo de doctrina lo suficientemente vigoroso como para darle un impulso definitivo y la escasez de bibliografía que nos ponga en contacto con los modernos desarrollos. Es que no hemos podido sistematizar esta disciplina entre nosotros, lo cual no ha permitido una protección más efectiva de las garantías ciudadanas erigiendo un dique contra la arbitrariedad institucionalizada, sobre todo en países que como el nuestro, la mascarada del Estado de derecho liberal y el ropaje democrático, han permitido, en la práctica, el cercenamiento cotidiano de las garantías fundamentales: la tortura, por ejemplo, es un preocupante fenómeno que ha venido

tomando mucho auge, así el *principio del reconocimiento de la dignidad humana* parezca regir ampliamente, pues no otra cosa dicen las consagraciones formales.

Hoy, el proceso penal edificado sobre una fachada demoliberal, ha permitido expedientes como los citados; pero no solo esto, también ha permitido que se persiga a disidentes o que se violente a ciudadanos indefensos; es evidente, como lo pone de presente el Dr. LONDOÑO JIMÉNEZ, que "...so pretexto de defender las instituciones de un país o los más valiosos intereses de una comunidad organizada, dentro del proceso penal no se puede ejercer la tortura para conseguir el esclarecimiento del hecho punible que ha atentado contra aquellos bienes o intereses jurídicos", sistema infamante "practicado por policías y detectives", o por lo que se ha dado en llamar *policía judicial*, ha sido también tolerado por jueces y fiscales, y se ha extendido a los funcionarios administrativos de las cárceles y presidios de todo el mundo" (págs. 24-25).

Pero, no solo hay torturas entre nosotros: el *principio del debido proceso*, también estudiado en el libro, pilar irrenunciable del proceso penal en un Estado de derecho, ha sido objeto de constantes burlas, como se comprueba con solo mirar hacia atrás y recordar estatutos tan estrafalarios como aquel que se dio en llamar "Estatuto de Seguridad", el cual, con la bendición de nuestra suprema Corte de Justicia, se llevó de calle el postulado de legalidad; por senderos parecidos camina la nueva reforma penal, obra del actual gobierno, sin que hecho semejante cause la natural alarma en una comunidad que se precia de democrática. A pesar

de esto, no han faltado voces que como la del autor de esta obra, o las facultades de derecho y los colegios de abogados, han denunciado la entronización del despotismo estatal, de la arbitrariedad.

Pero también el *principio del derecho de defensa*, es vulnerado con frecuencia, cuando a los procesados se les nombra como "apoderados" a personas inidóneas; cuando se reciben "versiones libres" coonestadas por falsarios que se limitan a firmar en tal calidad, a sabiendas de que no cumplen la función legal que se les encomienda, cuando no se trata de personas inexistentes o de los subalternos de los mismos despachos judiciales que se turnan para cumplir tal cometido, o se acude a las barrenderas de los edificios o a los mismos policías como ya se ha visto en la práctica judicial. Se ha llegado al extremo de que alguna vez en nuestra práctica profesional nos tocó conocer el caso de un juez instructor apremiado por los términos para recibir una indagatoria en uno de los centros de reclusión, optó por nombrarle como "apoderado" al procesado a otro recluso que purgaba larga condena. Y qué no decir, cuando en los procesos que se adscriben a la justicia penal militar en épocas de Estado de sitio, el apoderado o defensor no puede cumplir con su función, ya que el esmerado legislador de emergencia se ha cuidado de hacer nugatorio el ejercicio de tal derecho, cuando tal impedimento no proviene de los mismos funcionarios de tan especial jurisdicción.

Otros principios de honda trascendencia, muy bien expuestos en este estudio, tales como el de *respeto a los derechos humanos*, la *seguridad jurídica del juez natural*, el de *la duda*, la *igualdad entre las partes*, etc., son olvidados cuando de romper la legalidad se trata, cuando se quiere dar rienda suelta a la arbitrariedad.

Es oportuno, sin embargo, que a esta altura nos ocupemos de la estructura de la obra: consta de dos partes fundamentales, la *primera*, dedicada a los principios del pro-

ceso penal, oportunidad en la cual el ameritado procesalista expone detenidamente los dieciséis principios que han de guiar el proceso penal en un estado democrático, respetuoso de las garantías ciudadanas y concreción del Estado de derecho; en la *segunda*, en tres capítulos se ocupa del desarrollo del proceso penal y de la excarcelación, aspectos estos que mira también desde la perspectiva filosófica, pues tal es el cometido del trabajo.

Encontramos en la primera parte, como planteamiento central, la necesidad de reivindicar para el proceso penal unos postulados fundamentales, de la misma manera que rigen determinados principios para el proceso civil, laboral o administrativo; pero no se contenta el autor con el mero reconocimiento formal de los mismos, clama dolorosamente porque tengan un claro *contenido material*. Pero también clama por un derecho procesal penal sólido, coherente, sistematizado, que sirva de barrera de contención; que impida la entronización de la arbitrariedad garantizando los postulados democráticos. Llegó la hora de que en Colombia se renuncie a rendir pleitesía a la forma y nos acordemos del contenido; nos hemos contentado con tener "abundante" legislación sobre la materia, hemos proferido de manera repetida, normatividades encaminadas a la salvaguardia "formal" de las garantías procesales (obviamente no hacemos referencia al abortado Código de Procedimiento Penal). Pero no solo esto, nos hemos adherido a cuanta convención internacional se ha firmado por la comunidad de las naciones, y no contentos con ello, hemos incorporado tales convenciones a nuestro ordenamiento positivo; pero no nos hemos acordado de hacerlas respetar, por ello dice el autor que "A decir verdad, muy poco se han cumplido en nuestro país los tratados internacionales sobre derechos humanos y a los cuales ha adherido Colombia e incorporado a su legislación mediante ley. Por ello ha sido necesario el transcurso de los

años para que en nuestro ordenamiento jurídico se consagran muchos principios y garantías dentro del proceso penal, a los cuales estábamos obligados de tiempo atrás, en virtud de aquellos tratados" (pág. 52).

Que no hacemos nada para garantizar *materialmente* tan cacareados principios, lo demuestra el análisis certero que de cada uno de los mismos ha hecho LONDOÑO JIMÉNEZ, al señalar cómo se han violado y se siguen violando día a día; lo demuestra el hecho de que estamos saturados de un soporte que huele a silencio cómplice, como si no nos importara ver a diario en los diversos medios de comunicación insertas noticias sobre desaparecimientos, secuestros, torturas y asesinatos de toda índole que afectan a personas de las más extremas posturas ideológicas. El nuestro es, definitivamente, un país al borde del abismo, donde la miseria se pasea por las calles, mientras unos pocos "financistas" se lucran desafortunadamente o sustraen fraudulentamente sus capitales por medio de fingidas quiebras o concordatos, cuando los mismos están en peligro, trayendo como resultado la defraudación de amplias masas de trabajadores; y al lado, una justicia casi impotente, sin medios, sin recursos, que nos hace acordar de la "miseria del proceso penal" de que hablara algún autor, secuela de otras miserias y preludio de otras tantas: la miseria de la ejecución penal.

Ha insistido el Dr. LONDOÑO JIMÉNEZ nuevamente en algunas reformas urgentes a nuestro procedimiento penal; así por ejemplo, en la pág. 41 reclama una pronta reforma al sistema de la detención preventiva y al régimen de la excarcelación, sobre la que vuelve a insistir de manera reiterada en la segunda parte, cuando sostiene: "todo esto hace pensar seriamente en la urgencia y necesidad de modificar sustancialmente nuestro sistema de detención preventiva y del régimen de la excarcelación. Para el primer caso, debieran exigirse mayores requisitos, o trasladarse la detención a una etapa más avanzada del proceso, a fin de poder, ya

con mayor acervo probatorio, emitir un juicio sobre la probable culpabilidad del autor de los hechos. Y para el segundo caso, hacer más extensivas las causales de excarcelación, mediante cauciones que permitan mantener al sindicado vinculado a la investigación".

No se dejan escapar tampoco las críticas muy puestas en razón al Código que se quiso instaurar en 1981, por ser violatorio de varios principios del proceso penal democrático, observaciones que a no dudarlo han de ser tenidas en cuenta para la reforma penal que se avecina.

Es de destacar en la segunda parte el análisis que se hace en el último capítulo sobre la justicia penal militar. Allí, con argumentos que no dejan asomo de duda, se demuestra la ilegitimidad del otorgamiento de competencias a la justicia militar para juzgar a los particulares: "es absolutamente cierto que el cambio de dicha competencia ha resultado ser completamente inocuo, porque dentro de la justicia ordinaria y con las normas penales y de procedimiento vigentes, si no con una mayor eficacia, por lo menos con la misma justicia castrense, se podría combatir el mismo tipo de delincuencia.... Por fortuna, ya levantado el estado de sitio, se está adquiriendo la general y clara conciencia de que al persistir en la competencia de la justicia castrense, no solo se estaría causando un enorme perjuicio a la administración de justicia en general, sino también creando innecesariamente un motivo de desprestigio para las Fuerzas Armadas, las que no desean, no apetece, no han buscado tan penosa e incómoda carga" (págs. 275 y 304).

Dejamos de esta manera reseñada esta valiosa obra, comienzo de lo que habrá de ser, a no dudarlo, un tratado de derecho procesal penal que tanto urge entre nosotros. Ojalá se recoja el llamado de atención del autor invitando a velar por los auténticos postulados democráticos; no dejemos pasar inadvertido tan valiosos aportes a nuestro derecho penal en esta hora de crisis!

FERNANDO VELÁSQUEZ V.  
Octubre de 1983.

El joven pero vigoroso Colegio de Abogados Penalistas de Antioquia, queriendo sumarse a la época de florecimiento que atraviesan el derecho penal, la criminología y la política criminal en nuestro medio, ha dado a la luz pública el primer número de su revista semestral. Encontramos allí en cuatro secciones, valiosas aportaciones al estado actual de la polémica:

Una sección de *Derecho Penal*, que incluye dos artículos de los doctores HERNANDO LONDOÑO y JAIME TABORDA; el primero de ellos discurre sobre "La inimputabilidad ante el jurado de conciencia", cuestionando ampliamente la reciente decisión de la Corte —que afortunadamente no ha hecho carrera—, según la cual el jurado de conciencia no puede pronunciarse sobre la inimputabilidad del procesado. El segundo de los articulistas sienta una posición muy interesante, cuando sostiene que la acción indemnizatoria dentro del proceso penal solo puede exigírsele al procesado y no a personas ajenas al delito, en un trabajo intitulado "El embargo de bienes a persona distinta del procesado".

En la sección de *Política Criminal y Criminología*, encontramos, como hecho novedoso en nuestro medio la inclusión por primera vez, hasta donde llega nuestra información, de un trabajo metodológicamente bien concebido sobre política criminal escrito por un jurista nuestro; nos referimos obviamente al trabajo sobre "La ley penal y la justicia" que el Dr. IVÁN VELÁSQUEZ presenta para la discusión. El Dr. J. GUILLERMO ESCOBAR con la propiedad que le caracteriza y sobre todo con elegante estilo y depurado lenguaje, ya conocidos por los lectores de *Nuevo Foro Penal* en diversas colaboraciones, publica un valiosísimo trabajo de

corte criminológico, intitulado "Súplica por el lumpen proletariado".

Del Dr. JUAN GUILLERMO SEPÚLVEDA encontramos también un trabajo, denominado "Ideología de la defensa social: mitos del derecho penal", en el cual perfila toda la génesis de la corriente de la criminología crítica. A este mismo tema, aunque de manera deficiente y asistemática, dedica el Dr. GILBERTO TOBÓN algunas páginas.

La sección de *Jurisprudencia*, trae dos providencias, una de la Corte Suprema de Justicia, dedicada al difícil y muy polémico tema del "Juzgamiento de agentes de la policía por actos cometidos en el ejercicio de sus funciones" de la cosecha del magistrador Dr. FABIO CALDERÓN; así mismo, del Tribunal Superior de Medellín aparece "La responsabilidad penal del ebrio en el nuevo Código Penal", con ponencia del magistrado Dr. JUAN FERNÁNDEZ, providencia bastante polémica cuyos logros sustantivos destaca el Dr. JAIME POSADA en su comentario, al paso que el Dr. JESÚS VALLE, con sólidos e irrefutables argumentos procesales demuestra los desaciertos de la misma e indica cuál debió ser el camino correcto, procesalmente hablando, para lograr la efectiva instrumentalización procesal de la tesis de derecho sustantivo.

Por último, aparece una sección de *Derechos Humanos*, la cual obviamente traza las pautas filosóficas de la Revista, y no podía ser de otra manera, si se tiene en cuenta la aguerrida actitud del Colegio de Abogados Penalistas de Antioquia cuando de reivindicar las garantías ciudadanas se trata. Allí encontramos una valiente ponencia del Dr. HERNANDO LONDOÑO —presidente del Colegio— sobre "Los Escuadrones de la Muerte en Medellín", llamada a engrosar el libro de nuestras más brillantes oraciones forenses. Y, estrechamente ligado con el anterior tema, de LEÓN TOLSTOI aparece un dramático relato que parece haber sido es-

crito pensando en la realidad nacional: "No puedo callarme". También se inserta la *Declaración de los Derechos Humanos* y se convoca a la "Orden Francesco Carrara".

*Nuevo Foro Penal*, por intermedio de su Director y diversos colaboradores, quiere manifestar su regocijo por el apareamiento de esta nueva publicación, seguros de que no se trata de una revista más sino que, por el contrario, se está en frente a una difícil y audaz empresa llamada a aportar mucho al derecho penal, a la criminología y a la política criminal en Colombia, sobre todo desde un ángulo crítico, con ideas nuevas, y lo que es más importante, con juristas nuevos. Ojalá las tareas trazadas por su vibrante editorial sean una verdadera bandera de combate; del mismo queremos entresacar para el lector, las siguientes palabras:

"Nos mueve a este cometido, el de la di-

fusión de ideas, el estremecimiento e indignación que nos causan la multitud de opiniones y prejuicios, que se han confabulado para desdibujar, minimizar e impugnar, los auténticos valores que ha de ostentar una sociedad que se precie de civilizada y un Estado que se afirma como democrático. Nuestro oficio de abogados, testigos de las cotidianas necesidades del pueblo, nos obliga a ser sensibles al testimonio denunciador de la pobreza, sobre cuyos miembros más representativos se ha ensañado con prácticas inhumanas y criminales, quienes han contado con el concurso moral de los beneficiarios y responsables de la misma".

Esperamos que el lector interesado sepa valorar nuestras apreciaciones.

FERNANDO VELÁSQUEZ V.  
Diciembre de 1983.

## ÍNDICE DE DISPOSICIONES\*

<i>Código Civil</i>		<i>Código de Procedimiento Civil</i>	
Art.	Pág.	Art.	Pág.
9 .....	629	144 .....	556
1518 .....	796	333 .....	405
1519 .....	796	366 .....	404
1602 .....	733		
1613 .....	737, 790		
1614 .....	737, 790		
2341 .....	733		
2347 .....	735		
2350 .....	733		
2353 .....	733		
2354 .....	733		
2355 .....	733		
2356 .....	733		
2358 .....	735		
2512 .....	796		
2518 .....	796		
<i>Código de Comercio</i>		<i>Código de Procedimiento Penal</i>	
871 .....	739	1 .....	215, 632
875 .....	735	3 .....	586
1400 .....	417	9 .....	732
1596 .....	739	12 .....	66
1835 .....	739	24 .....	734
2000 .....	300	26 .....	739
		27 .....	734
		28 .....	734
		29 .....	742
		30 .....	734, 735
		31 .....	586
		32 .....	535
		34 .....	684
		37 .....	405
		38 .....	405
		55 .....	405
		69 .....	556
		78 .....	415
		79 .....	556
		83 .....	416
		90 .....	406
		102 .....	790
		108 .....	399
		125 .....	734
		136 .....	734, 792
		153 .....	674
		163 .....	67, 213, 216, 266, 392, 395, 405, 412, 426
			427, 430, 431, 512, 521, 530, 532, 535
			551, 671, 674, 675, 699, 795, 797
		168 .....	243
		171 .....	739
		194 .....	556
		195 .....	556
		196 .....	375, 392, 532, 556
		199 .....	392
		202 .....	376, 537
		209 .....	392
		210 .....	204, 205, 382, 383, 403, 539
		215 .....	67
		216 .....	67, 369, 370
		219 .....	791, 792
<i>Código de Justicia Penal Militar</i>			
3 .....	612		
22 .....	629		
34 .....	619		
35 .....	619		
36 .....	619		
68 .....	619		
91 .....	622		
109 .....	622		
139 .....	622		
140 .....	625		
142 .....	625		
159 .....	625		
161 .....	625		
320 .....	554		
324 .....	554		
<i>Código de Procedimiento Civil</i>			
19 .....	404		
140 .....	532		

\* Números 17 a 22.

Código de Procedimiento Penal

Art.	Pág.
236	395
243	392
289	393
290	4
292	6
317	413
318	66
320	66, 794, 795, 799
330	680, 792
334	734, 789, 790
335	792
346	790
380	789, 790
382	388, 403
384	532, 556
411	203, 207, 721
417	598
418	6
422	532, 556
425	6
426	393, 584
427	393
430	394
433	395
434	4
436	584, 586, 587, 598
437	4
439	378, 394, 584, 586, 587, 598, 679
444	208
451	394
453	111, 118, 395, 398, 556, 680, 789, 790, 792
459	393, 397
460	117, 398, 680, 681
464	398
467	396
472	399
476	399
480	399
481	400, 787
482	400
483	400
484	400
485	401
486	401
487	401
491	67, 212, 430, 431, 699
500	776, 777
501	776, 777, 778
502	776, 777, 779
503	234, 738, 789, 790, 791, 792
504	738
512	775, 776, 777
513	776, 777
533	401

Código de Procedimiento Penal

Art.	Pág.
535	261
541	726
551	401
554	402
565	673, 777
566	537
569	419, 420
572	404
580	382, 383, 404
627	559, 726
645	557
646	557, 565, 567, 671
654	726
655	562
675	208
681	678
703	534, 551, 554
705	508, 512, 532, 555
733	584
737	586, 598
769	576

Código Penal de 1936

Art.	Pág.
1	612
11	255
12	15, 689
13	14
14	297
18	168
19	618, 689, 694
22	262
23	235, 237, 259, 267, 297, 341, 345, 350, 357, 366, 431
25	27, 39, 40, 44, 62, 65, 66, 72, 73, 74, 257, 291, 345, 350, 361, 365, 366, 431
26	629
27	69
28	345, 348, 349, 357, 672, 673, 677, 683, 685
29	231, 235, 237, 257, 261, 264, 265, 267, 269, 496, 499, 500, 679, 688
30	265
32	576
36	255
37	110
38	110
40	680
61	679
63	496, 500
68	679
95	739
98	208
99	208
144	525

Código Penal de 1936

Art.	Pág.
214	224
260	539
264	346, 357, 359, 360
295	419, 421
318	15
362	282, 673, 677, 683
363	287, 357, 548
365	15, 373
366	287
368	290
376	15
382	291
385	293
387	15
396	15
397	701, 707
398	576
399	576
402	701, 707
429	109, 110, 114, 115, 117, 789, 790, 791, 792, 793

Código Penal

Art.	Pág.
1	111, 215, 612, 614, 615
2	240, 241, 303, 307, 429, 615, 618
3	97, 121, 614, 615, 618, 619
4	121, 615, 618, 622
5	16, 240, 241, 295, 302, 307, 308, 311
6	611, 615, 618, 624, 625, 689
7	111, 224, 420, 614, 626, 793
8	111, 614, 627
9	114, 628
10	79, 111, 275, 295, 296, 299, 301, 311, 611, 629, 631, 632
11	215, 615, 632
12	258, 263, 422, 423, 615, 633, 678, 730
13	590, 728
14	629
15	629
16	629
19	240, 306, 307, 618
21	388
22	107, 111, 243, 311, 785
23	689, 698
24	361, 689, 694, 699
25	685
26	243, 420
28	540
29	21, 27, 46, 47, 65-69, 72, 275, 341, 345, 350, 366, 378, 395, 431
30	67-69, 72, 275, 397
31	203, 205, 210, 217, 220, 221, 222, 224

Código Penal

Art.	Pág.
229, 240, 242, 287, 308, 497, 503, 678	678
683, 684, 685, 687, 688, 717, 720, 722	722
723, 723, 725, 726, 727, 728	728
32	728
33	214, 257, 615, 680, 684, 691, 697, 698, 725, 776, 780
34	726
35	288, 305, 306, 307
36	547, 618
38	16, 625
39	16
40	67, 241, 275, 295, 300, 301, 302, 306, 308, 310, 311, 341, 345, 350, 357, 366, 378, 429, 431, 625, 630, 631
41	615
42	622
52	622
53	625
55	622, 625
56	615, 722, 729
59	232
60	293, 312, 345, 348, 357, 685, 692
61	108, 110, 114, 222, 225, 308, 309, 618, 625
63	26
64	110, 618, 617
65	627, 680
66	618
68	225, 423, 577, 618, 683, 692
69	225
70	671
72	423, 424, 618
78	532, 551, 554
80	673, 735
84	673
93	684, 498, 726
94	269, 276, 503, 504, 505, 622, 684, 722
95	226, 232, 233, 504, 505, 622, 684, 725, 729
96	497, 503, 504, 622, 727
97	678, 684
100	233
102	232
103	732, 733, 734, 737
104	734
105	733, 734
106	234, 732, 737, 739, 741, 742
107	234, 732, 737, 738-741, 789, 790
108	735
109	735
110	374, 391, 735
111	621, 622
112	264
113	624
114	619
128	525, 527, 540, 545



## ÍNDICE DE MATERIAS\*

—A—

- Aberratio ictus*: 310.  
*Ablatio*: 162.  
Abogacía (función social de la): 563, 564.  
Abogado (s)  
  en la defensa del menor (intervención del): 559-560, 570-571, 575;  
  (función del): 557, 563;  
  latinoamericano (defectos del): 327.  
Aborto  
  en Alemania: 144-159;  
  (impunidad para la embarazada por tentativa de): 148, 149;  
  (influencias en la regulación del): 145;  
  (sistemas en la legislación sobre)  
    de indicaciones: 145-147, 148, 157;  
    de "plazos": 146, 156-157;  
  por indicación de "situación de necesidad": 147;  
  preterintencional: 17.  
Abusos del poder (justificación de los): 68, 69.  
Acceso carnal violento (filicidio por): 291.  
Acción  
  (causales de inexistencia de la): 309;  
  civil derivada del hecho punible  
    (extinción de la): 735;  
    (prescripción de la): 735;  
  (concepto de): 785;  
  de la fuerza pública (normas reguladoras y protectoras de la): 39;  
  de matar: 282;  
  finalista (teoría de la): 340;  
  material en el hurto  
    (interpretación dogmática de la): 164-169;  
    (teorías sobre la): 161-162, 164-165;  
  (imputabilidad como capacidad de): 719;  
  política (derecho como programa de): 486;  
  (prescripción de la). Véase: *Prescripción de la acción*;  
  y movimientos reflejos (diferencia entre): 786.  
*Actio liberae in causa*: 728.  
Acto (derecho penal de): 617, 618.  
Administración de justicia (desconfianza en la): 130, 134, 135, 136.  
*Adtrectare*: 161.  
Alemania  
  (reforma sobre el aborto en): 145, 146-149;  
  consecuencias: 150-153;  
  críticas: 153-155;  
  (regulación del aborto en): 144-159.  
*A maini ad minus*: 111.  
América latina (pena y estructura social en): 761-774.  
Amnistía: 51, 550-551;  
  (auto que decide la)  
    es inapelable: 550-553;  
    no es consultable: 552;  
    recursos que proceden: 531-535, 550-553;  
  (cesación de procedimiento por reconocimiento de la): 532, 552;  
  (competencia para conocer de la). 551, 553;  
  impropia: 532;  
  internacional: 5, 6, 7;  
  (ley de). Véase: *Ley de amnistía*;  
  (procedimiento para la concesión de la): 554-555;  
  (programas de rehabilitación en caso de): 517-518;  
  propia: 532.  
*Amotio*: 107, 161.  
Analogía: 650;  
  *in bonam partem*: 627;  
  (aplicación de la): 680;  
  *in malam partem*: 627;  
  (principio de exclusión de la): 627-628.  
Animo pacato: 284.  
*Animus*  
  *lucrandi*: 169;  
  *necandi*: 15;  
  *nocendi*: 15;  
  *rem sibi habendi*: 107.  
Anomalia síquica: 501;  
  grave: 232.  
Antijuridicidad: 622, 623;  
  (concepto dogmático de la): 336;  
  en la metodología de casos (enseñanza de la): 98;  
  (exclusión de la): 431-432;  
  material: 121;  
  (principio de la): 622, 623-624.  
Apelación  
  (autos que no admiten): 556;  
  del auto que concede la amnistía: 531-535;  
  en el proyecto de ley 3 de 1983  
    (restricción al recurso de): 411-412;  
    (sustentación obligatoria de la): 375, 392.  
Apoderar (concepto de): 166, 168.  
Apoliticismo del ejército: 51.

\* Números 17 a 22.

Argentina  
("burocracia sindical" en): 187;  
(diez últimos años de criminología en): 185-201;  
en la distribución internacional del trabajo:  
197-198;  
(política de desapariciones en): 764-766.  
Asesinato (supresión del): 283.  
Asonada: 525, 527, 545;  
como delito fin: 525.  
Atribuibilidad (niveles de): 248.  
Autenticidad (concepto de): 428.  
Auto (s)  
de conclusión: 629;  
inapelables: 556;  
inhibitorio: 795;  
(oportunidad para proferir): 795, 797;  
que decide la amnistía (recursos procedentes  
contra el): 531-535, 550-553.  
Autor (derecho penal de): 617, 618-619.  
Autoridad  
civil (fin de la): 247;  
(deberes de la): 49.  
Autoritarismo  
(institucionalización del): 477-478;  
(relaciones de poder bajo el): 479-480;  
tradicional: 477;  
y derecho: 476-478.  
Avalúo de perjuicios (procedencia del): 738, 789,  
790, 792.

—B—

Barbitúricos: 467;  
(efectos de los): 467;  
(uso de los): 467.  
"Bazuca": 463, 472.  
Benzodiazepinas (efecto de las): 466.  
Bien (es): 77;  
jurídico(s): 77;  
(protección a los): 77, 78;  
(teoría del). Véase: *Teoría del bien jurídico*;  
y orden social: 77.

—C—

*Cannabis sativa*: 460;  
americana: 460-461;  
índica: 460-461.  
Capacidad  
de entender: 224-225;  
de querer: 225;  
(imputabilidad como)  
de acción: 240, 719;  
de culpabilidad: 241, 717, 718-719, 786-787;  
de deber: 719;  
de pena: 240, 719.

Captura en el proyecto de ley 3 de 1983: 376-  
377, 393-394.  
Cárcel: 170, 767;  
(crisis de la): 178-180;  
(orígenes de la): 171-177.  
Cargo público  
(ejercicio de un)  
como causal de justificación: 68;  
legítimo: 68;  
y cumplimiento de un deber legal: 64.  
Carta de San Francisco (violación a la): 588-589.  
Casas de corrección: 172.  
Casación  
(norma orgánica del recurso de): 420;  
(objeto de la): 420;  
(requisitos para recurrir en): 420.  
Casos en la enseñanza del derecho penal  
(características de los): 95;  
(el método de): 94-108.  
*Catatimia*: 353.  
Cauciones en el proyecto de ley 3 de 1983 (cla-  
ses de): 380, 397.  
Causa (teoría de la). Véase: *Teoría de la causa*.  
Causales de justificación: 27, 40, 62;  
(amplitud de las nuevas): 63-64;  
(análisis de las): 70;  
(campo de actividad de las): 69;  
(clasificación de las): 62;  
(inutilidad de las nuevas): 64;  
y derechos civiles: 19, 75;  
y garantías sociales: 20-75;  
y los inimputables: 264-266.  
Causalidad  
(concepto de): 288;  
en la teoría del delito: 339;  
(relación de): 338.  
Causalismo: 273, 304, 305.  
Cesación de procedimiento  
por reconocimiento de la amnistía: 532, 552;  
por prescripción de la acción: 674.  
Cheque (falsificación de). Véase: *Falsificación  
de cheque*.  
Cierre de investigación en el proyecto de ley 3  
de 1983: 399.  
Coautoría: 693.  
Cocaína  
(dosis personal de): 472;  
(efectos de la): 463-464;  
fisiológicos: 463;  
(extracción de la): 463.  
Código Penal  
de 1980  
(concepción del delito en el): 258;  
(imputabilidad en el): 257-258, 267;  
de 1936: 73;  
(imputabilidad en el): 256-257, 267;  
(orientación filosófica del): 255-256;  
(división en el): 79;

(significado de los títulos y secciones en el):  
87-88.  
Comisión  
asesora del nuevo Código Penal: 19;  
de Paz: 1, 7.  
Comiso: 735-736;  
en el proyecto de ley 3 de 1983: 374-375, 391-  
392.  
Competencia  
en el proyecto de ley 3 de 1983 (modificación  
de las): 384, 404-406;  
para conocer de la amnistía: 551, 553.  
Complicidad: 693, 694;  
correlativa en el homicidio (supresión de la):  
293;  
necesaria del inimputable: 691-698;  
por auxilio: 693;  
por cooperación: 693.  
Comportamiento injusto: 429;  
(exclusión del): 429.  
Condena *in genere*: 234, 739.  
Conexidad: 529;  
(factores de): 547-548.  
Confesión: 346;  
(concepto de): 345;  
(credibilidad de la): 360;  
cualificada: 345;  
(divisibilidad de la): 348, 360;  
perfecta (requisitos de la): 347.  
Conminación en el proyecto de ley: 397.  
Cono Sur  
(dominación política en el): 476-480;  
(hegemonía jurídica en el): 480-487.  
Constreñimiento ilegal: 243.  
*Contractio*: 161.  
Contravenciones  
(aspecto subjetivo en las): 14, 15;  
(error de hecho en las): 15;  
especiales de policía en el proyecto de ley 3 de  
1983: 371-372, 386, 408-409;  
(procedimiento para las): 387-388;  
(responsabilidad objetiva en las): 14.  
Convención  
Americana sobre derechos humanos. Véase:  
*Pacto de San José de Costa Rica*;  
de Viena (obligatoriedad de la): 604-606.  
Convicción errada: 295-296, 301, 310.  
"Cordobazo": 191.  
*Corpus delicti* (teoría del): 337.  
Cosa juzgada: 628;  
(principio de la): 628.  
Crédito (tarjeta de). Véase: *Tarjeta de crédito*.  
Criminalidad  
(aumento de la cifra negra de): 129-130, 131;  
(control de la): 452-456;  
juvenil: 456-458;  
y educación.

Criminalización  
del disentimiento  
político: 190-191, 195;  
social: 190-191, 195;  
(fenómeno de): 179;  
(proceso de): 184.  
Criminología  
argentina (diez últimos años de): 185-201;  
(clases de): 188;  
"de denuncia": 185;  
(objeto de la): 184.  
Cuba (sociedad y derecho penal en)  
en el período colonial español: 744-746;  
en el período neocolonial norteamericano:  
746-750;  
en el período de la Revolución Socialista:  
750-753.  
Culpa: 15, 104, 105, 308;  
consciente: 547;  
de derecho: 301;  
y formación: 448-450.  
Culpabilidad: 624;  
(bases doctrinales de la): 316-318;  
como fenómeno social: 317;  
(concepto de): 288, 718;  
normativo: 308;  
en delito preterintencional: 17;  
en el derecho procesal penal: 718;  
en el homicidio: 282;  
en el inimputable (ausencia de): 205;  
en la metodología de casos (enseñanza de la):  
100;  
(exclusión de la): 431-432;  
(formas de): 288, 305-307, 308;  
(incidencia del condicionamiento del indivi-  
duo sobre la): 317;  
(imputabilidad como capacidad de): 717, 718-  
719, 786-787;  
(imputabilidad presupuesto de): 216, 222, 226,  
231;  
por el hecho: 309;  
(principio de la): 308-309, 311, 624-626;  
(teoría de la): 296;  
y error: 300-301, 306-308;  
y responsabilidad penal: 292.

—D—

Daño emergente  
(concepto de): 737, 740;  
en delitos contra el patrimonio económico: 790.  
Deber  
(imputabilidad como capacidad de): 719;  
legal  
como causal de justificación: 64-66;  
(exceso en el ejercicio de un): 72, 73;  
(extensión en el estricto cumplimiento de  
un): 71, 72;

Deber (cont.)  
y ejercicio de un cargo público: 64;  
y responsabilidad penal: 72.

Debido proceso: 562;  
(contenido del): 563, 574;  
(nulidad por violación del): 206;  
(principio del): 411, 572.

Debilidad mental: 418, 496, 502;  
(tratamiento en caso de): 503-505;  
Véase también: *Retraso mental*.

Decretos extraordinarios  
(vigencia de) 2.

Defensa  
civil: 51;  
(atribuciones de la): 52;  
del derecho: 247;  
del menor  
(derecho de): 557-565;  
(intervención de abogados en la): 559;  
(derecho de): 362, 562, 563, 572, 780, 800;  
legítima. Véase: *Legítima defensa*;  
putativa. Véase: *Defensa subjetiva*;  
social  
(derecho de): 37, 38, 39;  
(doctrina de la): 251, 259;  
(ideología de la): 183;  
subjetiva: 350-351, 354;  
(base de la): 350, 360;  
(casos de): 365;  
(concepto de): 351, 355-356, 362, 363-365;  
(elementos de la): 362-363, 366;  
en la doctrina: 363-365;  
en la jurisprudencia: 365-366;  
y legítima defensa (diferencia entre): 361, 362.

Delito (s)  
(aspecto subjetivo del): 253-254, 786;  
(atraso del estudio en Colombia sobre los):  
91-92;  
(clasificación de los): 83-86;  
como fenómeno social: 369;  
complejo: 529;  
(concepción del)  
dogmática: 615;  
material: 275;  
positiva: 253;  
(concepto de): 715;  
conexo: 526;  
(consecuencias del): 337;  
contra el patrimonio económico  
(arrepentimiento en los): 109, 114;  
(daño emergente en los): 790;  
(efecto de la indemnización de perjuicios en):  
789;  
(reparación en los): 109-119, 793;  
(criterio social y político de): 69;  
de doble resultado y responsabilidad objetiva:  
15, 16;

en el Código Penal de 1890: 258;  
en la enseñanza del derecho penal (teoría del): 96;  
políticos: 507;  
(sistematización de los): 81-83;  
tipo (doctrina del): 274.

Denuncia (criminología de): 185.

Deprivación: 178-179.

Derecho (s): 564;  
a la libertad en el Pacto de San José de Costa  
Rica: 585;  
(carácter instrumental del): 78;  
civiles y causales de justificación del hecho: 19,  
75;  
como falsa conciencia: 486-487;  
como programa de acción política: 486;  
(concepción del): 332;  
materialista: 332, 333;  
(culpa de): 301;  
de defensa: 362, 562, 563, 572, 780, 800;  
del menor: 557-565;  
social: 37, 38, 39;  
de retención  
(naturaleza del): 9;  
(proyecto de ley sobre): 12, 13;  
(defensa del): 247;  
(dogmática del): 91, 617, 651;  
y tecnicismo jurídico: 651-653;  
en una estructura de dominación-legitimación  
(importancia del): 482-483;  
(error de): 630;  
(estado de). Véase: *Estado de derecho*;  
(funciones y composición de las facultades  
de): 483-484;  
(ineficacia del): 485-486;  
(norma imperativa de): 603-604;  
internacional (sujetos de): 593-595;

procesal penal  
(culpabilidad en el): 718;  
(principios del): 799-800;  
y la tortura: 799;  
(protección del): 48;  
(sujetos de): 333;  
y autoritarismo: 476-478;  
y justicia: 53;  
y libertad: 53.

Derecho penal  
(anonimidad del): 436;  
(clasificación del): 78-79;  
(concepción del): 442-446;  
de acto: 617, 618;  
de autor: 617, 618-619;  
de imprenta: 80;  
del trabajo y corporativo: 80;  
económico: 80;  
en Italia: 646, 650;  
(enseñanza del). Véase: *Enseñanza del dere-  
cho penal y la metodología de casos*;  
especial

(atraso del): 88-89;  
(contenido del): 76-81;  
en Colombia (trabajos sobre): 92;  
(exclusivismo en el): 78;  
de índole administrativa: 80;  
(introducción al estudio del): 76-92;  
(protesta por el abandono del): 89-90;  
(revaloración del): 90, 91;  
(unidad de objeto del): 80;  
y derecho penal general: 78-79;  
y política criminal: 78;  
y principio de legalidad: 76;  
y seguridad jurídica: 76;  
("especialidades" del): 80-81;  
financiero: 80;  
fiscal: 80;  
(formación y retribución en el): 433-458;  
(función del): 650;  
industrial e intelectual: 80;  
general  
(contenido del): 78, 79;  
(jerarquía del): 79;  
(vinculación con otras normas del): 81;  
y derecho penal especial: 78-79;  
(situación actual del): 333;  
y pedagogía (oposición estructural entre): 433-  
434;  
y sociedad en Cuba. Véase: *Cuba (derecho  
penal y sociedad en)*.

Desaparición (pena de): 733.

Desapoderamiento (teoría del): 165.

Desarrollo y seguridad: 53, 55, 58.

Desapersonalización: 179.

Detención  
en el proyecto de ley (auto de): 376, 378,  
394-395;  
en la medida de seguridad (cómputo de la):  
233;  
(procedimiento para la): 4.

Disentimiento (criminalización del): 190-191, 195;  
político: 190-191, 195;  
social: 190-191, 195.

Disponibilidad (teoría de la): 164-165.

Distorsión  
(concepto de): 133-134;  
del sistema penal: 129-143;  
(efectos de la): 129, 134;  
y la legislación: 129, 139, 140.

*Diritto penale della emergenza*: 195.

Doctrina  
de la defensa social: 251, 259;  
de la seguridad nacional: 23, 55, 196-197,  
198, 476;  
(política criminal de la): 199-200;

véase también: *Seguridad Nacional*;  
del delito tipo: 274.

Dogmática  
(ciencia de la): 334, 335;  
(concepto de): 335-336;  
(críticas a la): 339;  
jurídica: 91;  
(temas de la): 336;  
y metodología de casos: 94, 100;  
(objeto de estudio de la): 336;  
(surgimiento de la): 334;  
y escuela técnico-jurídica (relaciones entre):  
334-335, 651-653.

Dolo: 306, 308;  
(concepto de): 270;  
de tipo: 630;  
e intención (diferencia entre): 270;  
eventual: 247;  
(teoría del): 296, 303.

*Doppio binario*: 178, 697.

Dosis personal  
de cocaína: 472;  
de marihuana: 471-472;  
de metacualonas: 472.

—E—

Educación y criminalidad: 452-455.

Ejecución penal  
(cargas de la organización de la): 450-452;  
y mercado de trabajo: 767, 770-771.

Ejecutoria en el proyecto de ley (término de):  
376, 393.

Ejército  
(apoliticismo del): 51;  
industrial de reserva: 770;  
(naturaleza del): 47;  
y Nación: 56;  
y policía nacional (diferencias entre): 47.

Embarazo (interrupción del). Véase: *Aborto*.

Embriaguez: 211;  
patológica: 226;  
e inimputabilidad: 728.

Enajenación mental: 496, 500.

Enajenado  
(efecto psicológico del): 315;  
(internamiento del): 319;  
y enfermo mental (diferencias entre): 314.

Enfermedad mental: 722.

Enseñanza del derecho penal y la metodología  
de casos: 94-108;  
(ejemplos de la): 101-108;  
(la antijuridicidad en la): 98;  
(la culpabilidad en la): 100;

Enseñanza del derecho penal (cont.)  
(uso de códigos en la)  
derogados: 97;  
extranjeros: 98, 99;  
y dogmática jurídica: 94, 100.  
Entender (capacidad de): 224-225.  
Epilepsia (s)  
(aspectos sobre la)  
clínicos: 756-758;  
históricos: 755;  
médico-legales: 758-760;  
(concepto de): 755;  
generalizadas: 756-757;  
primarias: 757;  
secundarias: 757;  
tonicoclónicas: 757;  
parciales: 757, 758;  
sicomotoras: 758;  
y alcohol (relación entre): 236.  
Error  
(concepto de): 630;  
de derecho: 630;  
de hecho: 351, 360, 364, 369, 630;  
de prohibición: 295, 296, 310, 311, 630;  
(clases de): 298, 300;  
(directo): 298, 299, 300;  
excluye culpabilidad: 429, 431;  
indirecto: 298, 299;  
de tipo: 295, 296, 310, 432, 630;  
e ignorancia (diferencia entre): 630;  
(regulación del): 297-298;  
sicológico: 351;  
(teorías del): 296-297, 299-300, 309-312;  
y culpabilidad: 300-301, 306-308;  
y estructura del delito: 296, 304.  
*Erythroxylon coca*: 463.  
Escuadrón de la muerte: 636-645.  
Escuela  
clásica: 647;  
(responsabilidad penal en la): 650, 658;  
de Chicago: 57;  
positiva: 647;  
(delito en la): 253;  
(peligrosidad en la): 251;  
(responsabilidad penal en la): 250-252;  
(sanción en la): 251, 253;  
técnico-jurídica  
véase también: *Tecnicismo jurídico*;  
y dogmática (relaciones entre): 334-335.  
Esfera (s)  
de la personalidad: 203, 205, 211, 268, 353, 721;  
(sugestión de la): 353.  
Esquizofrenia: 687-688.  
Estado  
arbitrario: 4;  
autoritario: 186, 195;  
de derecho: 38, 50;  
(características del): 614;  
(desequilibrio del): 22, 23, 37, 48, 56, 57;

y libertad individual: 37;  
de guerra permanente: 197;  
de inferioridad: 660;  
de necesidad (exceso en el): 72, 73;  
de sitio  
como mecanismo de poder: 25;  
(facultades en el): 25;  
y decretos extraordinarios: 2;  
y derechos civiles: 21, 22;  
y derechos humanos: 25;  
y garantías sociales: 21, 22;  
y retención: 8;  
farmacodependiente: 459;  
(impotencia del): 133;  
mental como exclusión de imputabilidad: 690;  
militar: 24;  
(principio de subsidiaridad del): 196;  
(seguridad nacional e interés del): 23, 24, 53, 55.

Estatuto  
de seguridad: 57, 63, 538, 799;  
Orgánico de la Defensa Nacional: 51, 52.

Estructura  
de dominación-legitimación (importancia del  
derecho en una): 482-483;  
del delito: 240;  
(bases para una): 307-309;  
bipolar: 432;  
unitaria: 264, 270;  
y error: 296, 304;  
social en América Latina (pena y): 761-774;  
y rehabilitación: 769.

Estupefacientes (identificación pericial de): 469-470.

E.T.A.: 132.

Ética de responsabilidad frente a la ética de conocimiento: 299.

Excarcelación. Véase: *Libertad provisional*.

Explotación  
del oro: 660-662;  
ilícita: 121, 122.

Extorsión en el proyecto de ley (procedimiento especial para la): 372-373, 388-391, 409-410.

Extradición  
de nacionales: 582-583;  
entre Colombia y Estados Unidos (Tratado de).  
Véase: *Tratado de extradición entre Colombia y Estados Unidos*.

—F—

Facultades de derecho (composición y funciones de las): 483-484.  
Falsedad  
documental

en la doctrina extranjera: 489-491;  
(imitación en la): 489-492;  
para obtener prueba de hecho verdadero: 427-428.

Falsificación: 488;  
de cheque  
(aspectos subjetivos de la): 494-495;  
(doctrina extranjera sobre): 489-491;  
de firma: 492.

Farmacodependencia: 459-474;  
(aspectos de la)  
medicolegales: 469-474;  
socioeconómicos: 468-469;  
(inducción a la): 459-460;  
(tratados sobre): 474.

Farmacodependiente (s)  
(formulación de sustancias): 473-474;  
(imputabilidad del): 472-473.

Favorabilidad: 626;  
(principio de): 626;  
aplicación: 281, 420, 421.

Feniliclidina: 467.

Filicidio  
por acceso carnal violento: 291;  
por inseminación artificial no consentida: 291.

Finalismo: 273.

Firma (falsificación de): 492.

Formación  
(contexto general preventivo de la): 446-447;  
y culpa: 448-450;  
y retribución en el derecho penal: 433-458.

Formas preterintencionales: 15, 18.

Frenestenia: 498.

Frente nacional: 21.

Fuerza (s)  
armadas (reforma a las): 58-62;  
en el hurto y violencia: 709-711;  
en el raponazo (desplazamiento de): 709.

Función (es)  
de los militares: 50, 51;  
penal y función policiva: 48, 49.

Funcionarios (extensión de la obediencia de los): 65.

—G—

Ganado  
(alteración, desfiguración y suplantación de marcas de): 578;  
mayor (libertad provisional en hurto de ganado mayor): 576-578.

Garantías  
procesales: 37;  
sociales y causales de justificación del hecho: 20-75.

Gobierno  
(conformación del): 29;  
(orden del): 6, 7.

Grupos paramilitares: 53, 54, 60.  
Guerra permanente (estado de): 197.

—H—

*Habeas corpus*: 597-599;  
en el Tratado de extradición entre Colombia y Estados Unidos: 596-597.

Hecho  
antijurídico como polo de la ligazón jurídico penal: 443;  
(error de): 351, 360, 364, 369, 630;  
(justificación del): 27, 40, 44;  
(principio del): 615, 617;  
en la legislación penal: 618-619;  
punible  
(acción civil derivada del). Véase: *Acción civil derivada del hecho punible*;  
(concepción del): 274, 283, 303;  
(formas de aparición del): 306, 307;  
(objetividad jurídica del): 84-86;  
(presupuesto del): 620;  
(responsabilidad civil derivada del): 732.

Hegemonía jurídica en el Cono Sur: 480-487.

Homicidio  
concausal: 287-288;  
(concepto de): 282;  
consentido por la víctima: 290;  
(culpabilidad en el): 282;  
del "consensiente": 290;  
en el Código Penal de 1980: 281-294;  
(formas de): 287;  
ira e intenso dolor en el): 292-293;  
preterintencional: 288-290;  
(supresión del)  
en complicidad correlativa: 293;  
en riña imprevista: 293;  
(tipicidad en el): 282.

Hurto  
(agotamiento del): 168;  
calificado: 702;  
véase también: *Robo*;  
(concepto de): 163, 577;  
de ganado mayor (libertad provisional en): 576, 578;  
(elementos del): 701;  
en la legislación comparada: 163-164;  
(estructuración del): 166-167;  
(momento consumativo en el): 164-165;  
(restitución del objeto material del). Véase: *Restitución del objeto material del hurto*;  
(tentativa en el): 167-168;  
(teorías sobre la acción material en el): 161-162, 164-169;  
(violencia en el): 713;  
y fuerza: 709-711;  
y robo: 701, 707.

Idiocia: 499.  
 Ignorancia  
 de la ley: 629;  
 y error (diferencia entre): 630.  
*Ignorantia legis*: 297, 299, 301, 303.  
*Illitatio rei*: 162.  
 Imbecilidad: 499.  
 Impedimento (s)  
 (condición para la causal segunda de): 416, 417;  
 (finalidad de los): 416;  
 (el juez acreedor o deudor como causal de): 416.  
 Imputabilidad: 716;  
 (bases doctrinales de la): 315-318;  
 como capacidad  
 de acción: 240, 719;  
 de culpabilidad: 241, 717, 718-719, 786-787;  
 de deber: 719;  
 de pena: 240, 719;  
 como fenómeno jurídico: 210;  
 como presupuesto de culpabilidad: 216, 222,  
 226, 231, 241, 263;  
 (concepción de la)  
 clásica: 246-250;  
 positiva: 252-253;  
 (concepto de): 203, 205, 210, 222, 230, 246,  
 250, 262, 717-718;  
 del farmacodependiente: 472-473;  
 disminuida: 311;  
 (efectos de la): 720;  
 (elementos de la): 262;  
 en el Código Penal  
 de 1936: 256-257, 267;  
 de 1980: 257-258, 267;  
 en la jurisprudencia: 258-271;  
 (estado mental como exclusión de): 690;  
 (fórmulas legislativas sobre): 720;  
 (fundamento de la): 223;  
 filosófico: 716;  
 (incidencia del condicionamiento del individuo  
 sobre la): 317;  
 legal: 259;  
 (sentidos de la): 249.  
 Imputación  
 civil: 247;  
 (concepto de): 246, 250, 716;  
 moral: 246, 258;  
 sicofísica: 252;  
 social: 246.  
 Imputar (concepto de): 246, 716.  
*Imputatio*  
*facti*: 288;  
*juris*: 288.  
 Inculpabilidad (inimputables y causales de): 265.  
 Indemnización de perjuicios  
 en delitos contra el patrimonio económico:  
 22, 109, 110, 111, 114, 118;

(efectos de la): 789, 790;  
 (libertad provisional por): 789, 790;  
 materiales: 737;  
 no avaluables pecuniariamente: 738-741;  
 morales: 737;  
 no avaluables pecuniariamente: 741-742;  
 y restitución: 109, 110, 111, 114, 118, 792-793;  
 (diferencia entre): 790.  
 Indígenas (régimen legal de los): 726-728.  
 Individuo (condicionamiento del): 317;  
 incidencia sobre culpabilidad e imputabilidad:  
 317.  
*In dubio pro reo*: 369.  
 Indulto (aplicación del): 534.  
*In genere* (condena): 233, 739.  
 Inimputabilidad  
 (causales de): 203, 205-206, 241, 265, 496, 720;  
 como fenómeno derivado: 266-267;  
 (concepto de): 203, 205, 210-211, 217, 220, 262;  
 (consecuencias de la): 241;  
 en el Código Penal de 1936: 220;  
 (historia legislativa de la): 222;  
 por retraso mental: 496-505;  
 (pronunciamiento del jurado de conciencia  
 sobre): 261-262;  
 (requisitos de existencia de la): 211-212, 218,  
 221, 222, 267;  
 y embriaguez: 728;  
 y menores de edad: 726;  
 y sordomudez: 725;  
 y tentativa: 238-244, 270, 287.  
 Inimputable (s)  
 (complicidad necesaria del): 691-698;  
 (concepto de): 205;  
 (culpabilidad en el): 205;  
 (participación criminal del): 689-691;  
 (responsabilidad penal del): 205, 214;  
 (tentativa respecto de los): 238-244, 270, 782-  
 787;  
 y causales de inculpabilidad: 265;  
 y causales de justificación: 264-266.  
 Inmadurez  
 afectiva: 725;  
 psicológica: 720, 723, 725;  
 (tratamiento por): 729.  
 Intención y dolo (diferencia entre): 270.  
 Interpretación  
 de la ley: 650;  
 de la peritación siquiátrica: 213-214;  
 de los tratados (modo de): 607;  
 exegetica: 650, 651;  
 (peligros de la): 113;  
 gramatical: 112;  
 (herramientas de): 112;  
 teleológica del art. 374 del C. P.: 109.  
 Intoxicación  
 alcohólica aguda: 211;  
 crónica: 473.

Investigación en el proyecto de ley 3 de 1984  
 (cierre de): 399.  
 Ira: 685-686;  
 e intenso dolor: 685;  
 en el homicidio: 292-293;  
 y trastorno mental transitorio: 685.  
 Italia (derecho penal en): 646-650.

—J—

Juez  
 acreedor o deudor de las partes: 416;  
 natural: 632;  
 (principio del): 632-633;  
 respecto de las pruebas en audiencia (faculta-  
 des del): 777-781.  
 Jurado de conciencia  
 (pronunciamiento sobre inimputabilidad del):  
 261-262;  
 y prescripción de la acción penal (veredicto del):  
 674.  
 Jurisdicción penal (responsabilidad civil viable  
 en): 733-734.  
*Jus cogens*: 581, 588, 589, 600, 607;  
 (concepto de): 601;  
 (contenido del): 604;  
 (ejemplos de): 602-603.  
 Justicia  
 penal militar  
 (crítica a la): 50;  
 (eficacia de la): 74, 75;  
 y derecho: 53;  
 y verdad: 53.  
 Justificación (causales de). Véase: *Causales de  
 justificación*.  
 Juzgamiento en el proyecto de ley 3 de 1984  
 (procedimiento para el): 381-383, 399-404.

—L—

Legalidad (principio de). Véase: *Principio de  
 legalidad*.  
 Legislación  
 comparada (hurto en la): 163-164;  
 penal de menores: 560-561;  
 (fundamento de la): 568;  
 sobre aborto (sistema en la)  
 de indicaciones: 145-147, 148, 157;  
 de "plazos": 146, 156-157;  
 y distorsión del sistema penal: 129, 139.  
 Legítima defensa: 44, 357;  
 (exceso en): 72, 73;  
 (presunción de): 27, 28, 35;  
 y defensa subjetiva (diferencia entre): 361, 362.  
 Lesiones personales seguidas de aborto o parto  
 prematuro: 17.  
*Lettre de cachet*: 9.

Ley  
 de amnistía: 507-508;  
 (aplicación de la): 509-513, 534;  
 (contenido de la): 551;  
 (delitos amparados por la): 509;  
 (efectos de la): 510-511;  
 (espíritu de la): 511;  
 (personas amparadas por la): 509;  
 de fuga: 32, 33;  
 (ignorancia de la): 629;  
 (igualdad ante la): 628;  
 (interpretación de la): 650;  
 para la purificación de la raza: 145;  
 penal  
 (principios rectores de la). Véase: *Principios  
 rectores de la ley penal*;  
 (territorialidad de la): 590;  
 (ultractividad de la): 281;  
 (principio de conocimiento de la): 311, 629;  
 sobre Seguridad Rural: 577;  
 y estricto cumplimiento de un deber legal (dis-  
 posición de la): 72.  
 Libertad (es): 316-317, 408;  
 condicional: 141;  
 (consideraciones para el otorgamiento de  
 la): 423-424;  
 (tratamiento penitenciario de la): 422-425;  
 en el Pacto de San José de Costa Rica (dere-  
 cho a la): 585;  
 (idea de): 210;  
 individual y estado de derecho: 37;  
 (pena privativa de la): 133;  
 (principio de la): 409, 411;  
 provisional  
 en el proyecto de ley: 379, 395-398;  
 en hurto de ganado mayor: 576-578;  
 es parte del tratamiento penitenciario: 422-  
 425;  
 por indemnización de perjuicios: 789, 790;  
 (procedencia de la): 111, 680;  
 públicas (concepción clásica de las): 36;  
 vigilada: 424, 679;  
 (aplicación de la): 684;  
 y derecho: 53.  
 Libre albedrío: 248, 250, 251, 254, 258.  
 Licencia "para matar" (antecedentes de la):  
 28-46.  
 Ligazón jurídicopenal  
 (polos de la)  
 el estímulo punitivo: 443-444;  
 el hecho antijurídico: 443;  
 (tipo de): 444-446.  
*Complelatio*: 162.  
 Lucro cesante: 737, 740.

—M—

Marihuana  
 (características de la): 461;

Marihuana (cont.)  
(dosis personal de): 471-472;  
(efectos de la): 461-462.

Matar  
(acción de): 282;  
(antecedentes de la licencia para): 28-46.

Matrícula (teoría de la): 304-305, 306, 307.

Medida (s)  
de seguridad: 679;  
(cesamento de la): 233;  
(cómputo de la detención preventiva en la):  
233;  
(concepto de): 259;  
(fines de la): 258, 633, 635;  
no tienen carácter de sanción: 215, 216, 233;  
(oportunidad de la): 678;  
(principio de la función de la): 633-635;  
y pena (diferencia entre): 215;  
represivas (efectos de las): 62.

Menor (es)  
(defensa del): 557-565;  
de edad e inimputabilidad: 726;  
en materia penal (comparecencia del): 564-  
565, 567;  
(legislación penal de): 560-561, 568.

Mercado de trabajo y ejecución penal: 767, 770-771.

Metacualonas: 467;  
(dosis personal de): 472.

Método  
de la escuela clásica: 250;  
del positivismo: 250;  
jurídico (sentido del): 431.

Metodología de casos en enseñanza del derecho  
penal. Véase: *Enseñanza del derecho penal y  
la metodología de casos.*

Microempresas de rehabilitación  
(actividad de las): 515;  
(concepto de): 514;  
(programa especial de): 514-516.

Miedo (emoción del): 354.

Militares  
(extensión de la obediencia de los): 65, 66;  
(funciones de los): 50, 51.

Militarización de la vida nacional: 50-62.

"Mismidad": 785.

Mitín: 526.

Moneda falsificada (tráfico de): 224.

"Montoneros": 132.

Motín: 527.

Motivos determinantes en la premeditación: 284-  
285, 286.

Muerte (escuadrón de la): 636-645.

—N—

Nación  
(concepto de): 592;

(subordinación de la): 197;  
y ejército: 56.

Nacionales (extradición de): 582-583.

Norma (s)  
(concepto de): 336-337;  
rectoras  
(antecedentes de las): 610-612;  
y principio rector (diferencia entre): 609.

Normatividad jurídica: 336.

Nullidad (es)  
constitucionales (efectos de las): 573;  
(momento en que debe declararse la): 207-208;  
(por omisión de la peritación siquiátrica): 206-  
207;  
por violación al debido proceso: 206.

—O—

Obediencia de funcionarios y militares (extensión  
de la): 65, 66.

Objetividad jurídica del hecho punible  
como criterio de clasificación de los delitos:  
84, 85;  
(defensa de la): 86.

"Objetivismo": 254.

Objeto  
del delito en la revaloración del derecho penal  
especial: 90;  
del derecho penal especial (unidad de): 80;  
del sistema penal: 133;  
ilícito: 796;  
material del hurto (restitución del). Véase: *Res-  
titución del objeto material del hurto.*

Oligofrenia: 498.

Orden  
en el sistema del derecho penal especial: 83;  
social y bienes jurídicos: 77.

Organismos clandestinos: 60.

Organización de la ejecución penal (cargas de la):  
450-452.

Oro  
(explotación del): 660-662;  
triste: 659-669.

—P—

Pacato (ánimo): 284.

Pacto  
de San José de Costa Rica: 2, 6;  
(derecho a la libertad en el): 585;  
(violaciones al): 586-588;  
Internacional de Derechos Civiles y Políticos:  
583-585.

*Papaver Somniferum*: 464.

Paramilitares (grupos): 53, 54, 60.

Participación criminal: 689, 693;  
del inimputable: 689-691;  
(efecto subjetivo de la): 691;  
(teoría subjetiva de la): 694-695.

Pedagogía  
y derecho penal (oposición estructural entre):  
433-434;  
y pena: 434-435, 438.

Peligrosidad  
(concepción positiva de la): 251;  
(concepto de): 634.

Pena  
de desaparición: 773;  
(déficit de rendimiento de la): 438-442;  
de muerte: 31, 32, 49, 174, 177;  
(crisis de la): 178-180;  
(evolución de la): 177-178;  
(origen de la): 171-177;  
(función de la): 258, 435, 446, 633, 645;  
principio: 633-635;  
teleológica: 423;  
(imputabilidad como capacidad de): 719;  
(justificación de la): 634;  
privativa de la libertad: 133;  
(crisis de la): 178-180;  
(origen de la): 171-177;  
(sentido y fin de la): 634;  
(teorías sobre la): 634;  
y estructura social en América Latina: 761-  
774;  
y medida de seguridad (diferencia entre): 215;  
y pedagogía: 434-435, 438.

Peritación siquiátrica  
(interpretación de la): 213-214;  
(nullidad por omisión de la): 206-207;  
(objeto de la): 230;  
(segunda instancia para la): 244.

Perjuicios  
(indemnización de). Véase: *Indemnización de  
perjuicios*;  
materiales  
(división de los): 737;  
(indemnización de): 737;  
no avaluable pecuniariamente: 738-741;  
morales  
no avaluables pecuniariamente: 741-742;  
objetivados: 738;  
subjetivados: 738;  
(precedencia del avalúo de): 738, 789, 790, 792;  
que deben indemnizarse: 737-738.

Peronismo: 191-193.

Personalidad (esferas de la): 203, 205, 211, 268,  
353, 721.

Plan  
global nacional antisubversivo: 59;  
lazo: 52.

Policia  
(crecimiento de la): 174;

Nacional  
(deber legal de la): 47;  
(función de la): 47;  
(naturaleza de la): 47;  
(nacionalización de la): 52;  
(reglamento supletorio de): 3;  
y ejército (diferencia entre): 47.

Política  
criminal  
castrense: 187-188;  
de la doctrina de la seguridad nacional: 199-  
200;  
y derecho penal especial: 78;  
de desapariciones en la Argentina: 764-766.

Premeditación  
(concepto de): 285;  
(criterios que determinan la): 286;  
(elementos clásicos de la): 283;  
en la legislación italiana: 285-286;  
(motivos determinantes en la): 284-285, 286;  
(supresión de la): 283-287.

Prescripción  
adquisitiva: 796;  
(concepto de): 796;  
de la acción  
(coacción de procedimiento por): 674;  
civil derivada del hecho punible: 735;  
penal: 673-674;  
y veredicto del jurado: 674.

Presidente de la República (facultades del): 3.

Preterintención: 15-17;  
(concepciones sobre la)  
culpabilista: 289;  
positivista: 289;  
en el homicidio: 288-290;  
(responsabilidad en la): 289-290;  
y responsabilidad objetiva: 14-18.

Principio (s)  
de antijuricidad material: 622, 623-624;  
de conocimiento de la ley: 629;  
(consagración del): 311;  
de culpabilidad: 624-626;  
de determinación: 619, 620-622;  
de favorabilidad: 626;  
(aplicación del): 281, 420, 421;  
de igualdad ante la ley: 282, 628;  
de la cosa juzgada: 628;  
de la función de la pena y la medida de segu-  
ridad: 633-635;  
de la insignificancia: 624;  
de la libertad: 409-411;  
del debido proceso: 411, 799;  
de legalidad: 275, 612;  
(desarrollo del): 613-614;  
estricta: 63;  
(formulación del): 614;  
(fundamentos del): 614;

—821—

—820—

Principio (s) (cont.)  
(garantía del): 76;  
(justificación del): 612-613;  
(origen del): 613;  
y derecho penal especial: 76;  
del hecho: 615, 617;  
en la legislación penal: 618-619;  
del juez natural: 632-633;  
de responsabilidad  
legal: 255;  
social: 251;  
de subsidiariedad del Estado: 196;  
rectores de la ley penal  
(consideraciones sobre los): 609-635;  
y normas rectoras (diferencia entre): 609.

Prisión  
(evolución de la): 177-178;  
(pena de). Véase: *Pena privativa de la libertad*.

Prisonalización: 178-179.

Procesado en el proyecto de ley (restricción de beneficios al): 373-374.

Proceso (s)  
(debido). Véase: *Debido proceso*;  
cognoscitivo: 240;  
en el proyecto de ley (acumulación de): 406;  
penal (justificación del): 216;  
volitivo: 240.

Proyecto 3 de 1984  
(acumulación de procesos en el): 406;  
alternativo alemán: 146, 157;  
ampliación de la rama jurisdiccional en el): 385-386, 406-407;  
(auto de detención en el): 376, 378, 394-395;  
(captura en el): 376-377, 393-394;  
(cierre de investigación en el): 399;  
(clases de cauciones en el): 380, 397;  
(comentario al): 408-413, 619;  
(comiso en el): 374-375, 391-392;  
(conminación en el): 397;  
(consulta de sentencia en el): 392;  
(contravenciones especiales de policía en el): 371-372, 386-388, 408-409;  
(juzgamiento en el): 381-383, 399-404;  
(libertad provisional en el): 379, 395-397;  
(modificación de competencias en el): 384, 404-406;  
(procedimiento especial en el)  
para el secuestro extorsivo: 372-374, 388-391, 409-410;  
para el terrorismo: 372-374, 388-391, 409-410;  
para la extorsión: 373-374, 388-391, 409-410;  
(restricciones en el)  
al recurso de apelación: 375, 392, 411-412;  
de beneficios para el procesado: 373-374;  
(término de ejecutoria en el): 376, 392.

Pruebas  
(conducencia de las): 792;

en audiencia  
(facultades del juez respecto de las): 777-781;  
(práctica de): 776-777;  
(solicitud de): 779.

—R—

Rama jurisdiccional en el proyecto de ley (ampliación de la): 372, 383-385, 406-407.  
Rapiña: 706, 712.

Raponazo  
(antecedentes históricos del): 703-706;  
(concepto de): 713;  
(desplazamiento de fuerza en el): 709;  
(elementos del): 709-714;  
en la doctrina: 707;  
en la jurisprudencia: 707-708;  
en la legislación: 706-707;  
(intención del agente en el): 709;  
(problemática del): 701-703.

Reclusos (tratamiento de los): 137, 138, 139.

Recusaciones (finalidad de las): 416.

Redención de penas por el trabajo: 140.

Reforma sobre el aborto en Alemania: 146-150;  
(consecuencias de la): 150-153;  
(críticas a la): 153-155.

Reglamentación del artículo 28 de la Constitución Nacional: 1-13.

Reglamento  
autónomo: 1, 2, 3, 9;  
constitucional: 1, 2, 3, 9;  
(naturaleza del): 3, 6;  
(vigencia del): 3;  
subsidiario o supletorio de policía: 1, 3.

Rehabilitación  
(microempresas de): 514-516;  
(programas de)  
en caso de amnistía: 517-518;  
social: 519-520;  
y estructura social: 769.

Reparación en los delitos contra el patrimonio económico: 109-199;  
(predominio del elemento subjetivo en la): 109;  
véase también: *Indemnización de perjuicios en los delitos contra el patrimonio económico*.

Resocialización: 422-423.

Responsabilidad  
civil  
contractual: 732;  
derivada del hecho punible: 732;  
extracontractual: 732-733;  
viable en jurisdicción penal: 733-734;  
(concepto de): 718;  
contravencional: 14;  
directa: 733;  
indirecta: 733;

legal (principio de la): 255, 256;  
objetiva: 625;  
en las contravenciones: 14;  
(proscripción de la): 308, 309;  
y delitos de resultado: 15;  
y preterintención: 14-18;  
penal: 732-733;  
(concepción clásica de la): 250, 258;  
del inimputable: 205;  
en la escuela positivista: 250-252;  
en la preterintención: 289-290;  
por exceso en el cumplimiento de un deber legal: 72;  
y culpabilidad: 292;

social  
-legal: 259;  
(principio de): 251, 259.

Restitución del objeto material del hurto e indemnización: 792-793;  
(diferencia entre): 790;  
(imposibilidad de): 116.

Retardo mental. Véase: *Retraso mental*.

Retención: 4;  
(derecho de). Véase *Derecho de retención*;  
(duración de la): 4, 8;  
(formalidades de la): 6, 7;  
y estado de sitio: 8.

Retraso mental: 223;  
(clasificación del): 223, 498;  
(concepto de): 497-499;  
(inimputabilidad por): 496-505.

Retribución y formación en el derecho penal: 433-458.

Revaloración del derecho penal especial: 90-91.

Riña imprevista (supresión del homicidio en): 293.

Robo  
(supresión del): 701-702;  
véase también: *Hurto calificado*;  
y hurto: 701, 707.

—S—

Sanción (es)  
a intervalos (consecuencias de la): 441;  
(concepción positivista de la): 251, 253;  
individualizadas (estructura retributiva de las): 436-438.

Secuestro extorsivo en el proyecto de ley (procedimiento especial para el): 372-374, 388-391, 409-410.

Seguridad  
como deber de los detentadores del Estado: 52;  
jurídica y derecho penal especial: 76;  
nacional  
(doctrina de Barón Valencia sobre): 58;  
(doctrina de Camacho Leyva sobre): 58;

e interés del Estado: 23, 24, 53, 55;  
(técnicas de la): 23-24;  
(política criminal de la): 199-200;  
(principios ideológicos de la): 23;  
véase también: *Doctrina de la seguridad nacional*;  
y seguridad de grupo: 39;  
y seguridad personal: 39;  
rural (ley sobre): 577;  
y desarrollo: 53, 55, 58.

Sentencia en el proyecto de ley 3 de 1984 (consulta de la): 392.

Sicosis exotóxica: 473.

Síndrome de abstinencia: 460.

Sistema  
de asesoramiento: 149;  
en la legislación sobre aborto de indicaciones: 145-147, 148, 157;  
de "plazos": 146, 156-157;  
nervioso central  
(depresores del): 466-468;  
(estimulantes del): 468;

penal  
(dinámica del): 133, 134;  
(duración del): 129-143;  
(integración del): 134, 142;  
(objeto del): 133;  
progresivo: 141.

Sistematización de los delitos: 81-83;  
(significado de los títulos y las secciones en la): 87-88.

Soberanía: 591.

Sociedad  
(fundamento de la)  
civil: 247;  
de capital: 417;  
de personas: 417;  
y derecho penal en Cuba. Véase *Cuba (derecho penal y sociedad en)*.

Sordomudez e inimputabilidad: 725.

Subjetivismo: 254.

Subrogados penales (otorgamiento de): 423.

Subversión: 52, 58, 71, 478.

Suitas: 785.

Subjetos (s) de derecho: 333;  
internacional: 593-595.

Supervención constitucional: 560, 566.

Sustancias  
farmacodependientes (formulación de): 473-474;  
opiáceas: 464-465;  
(efectos de las): 465;  
(inducción a): 465.

*Tandem* (programa de): 186-187.

Tarjeta de crédito  
(características de la): 417;  
(concepto de): 417;  
(regulación de la): 417.

*Tatbetstand*: 334, 337.

Técnica (concepto de): 333.  
 Tecnicismo jurídico: 94;  
 en Colombia: 657-658;  
 (escuela del): 333-334;  
 (métodos utilizados por el): 334, 335;  
 (niveles de análisis del)  
 la crítica: 653-655;  
 la dogmática: 651-653;  
 la interpretación: 649-650;  
 (surto del): 648-650;  
 y ciencia: 655-657.  
 Tentativa: 275, 786;  
 de aborto (impunidad para la embarazada por):  
 148-149;  
 e inimputabilidad: 238-244, 270, 782-787;  
 en el hurto: 167-168.  
 Teoría (s)  
 de la acción finalista: 340;  
 de la causa  
 la adecuación: 338;  
 la *causa afficiens*: 338;  
 la causalidad humana: 338;  
 la condición más próxima: 338;  
 la *condictio sine qua non*: 338;  
 la relevancia de la acción: 338;  
 de la culpabilidad: 296;  
 de la disponibilidad: 164-165, 166;  
 de la matrícula: 304-305, 306, 307;  
 de la tipicidad: 89, 337-338;  
 (fundamento de la): 337;  
 del bien jurídico: 86, 87;  
 (reconocimiento de la): 86-87;  
 ventajas de la): 87;  
 del *corpus delicti*: 337;  
 del delito  
 (causalidad en la): 339;  
 en la enseñanza del derecho penal: 96;  
 del desamparamiento: 165, 166;  
 del dolo: 303;  
 del error: 296-312;  
 sobre la acción material del hurto: 161-162,  
 164-165;  
 sobre la pena: 634.  
 Territorialidad de la ley penal: 590.  
 Terrorismo: 527;  
 en el proyecto de la ley (procedimiento especial  
 para el): 372-374, 388-391, 409-410.  
 Tipicidad: 619-620;  
 en la revaloración del derecho penal especial: 90;  
 en el homicidio: 282;  
 en la metodología de casos (enseñanza de la): 97;  
 (teoría de la): 89, 337-338;  
 fundamento: 337.  
 (exclusión de la): 429, 431.  
 Tipo (s): 619;  
 de ligazón juridicopenal: 444-446;  
 (dolo de): 630;  
 (error de): 630;  
 indeterminados: 621;  
 en la parte especial del Código Penal (signifi-  
 cado de los): 87, 88;  
 más benigno (efecto obstructor del): 122.  
 Tolerancia farmacológica: 460.  
 Tortura y derecho procesal penal: 799.  
 Trabajo (s)  
 (ejecución penal y mercado de): 767, 770-771;  
 sobre derecho penal especial: 92;  
 (redención de penas por el): 140.  
 Tráfico de moneda falsificada: 224.  
 Trastorno mental: 205, 220-221, 720, 721, 724;  
 (concepto de): 268;  
 (formas de): 267;  
 (manifestaciones del): 268;  
 permanente: 723;  
 transitorio: 214, 215, 226, 232, 267, 473, 724;  
 (clasificaciones del): 725;  
 con secuelas: 229-234, 267, 725;  
 (efecto psicológico del): 315;  
 (requisitos del): 724;  
 sin secuelas: 725;  
 y enfermedad mental: 722;  
 y la ira: 685;  
 (tratamiento al): 729.  
 Tratado (s)  
 (conflicto entre): 599-601;  
 de extradición entre Colombia y Estados Uni-  
 dos: 581;  
 (*habeas corpus* en el): 596-597;  
 (objeciones al): 582-583;  
 (violaciones del): 583;  
 (modo de interpretación de los): 607;  
 sobre farmacodependencia: 474;  
 (suspensión parcial de un): 606.  
 —v—  
 Vacío de poder (teoría del): 56.  
 Verdad y justicia: 53.  
 Violencia en el hurto: 713;  
 y fuerza: 709, 710-711.  
*Vis absoluta*: 310.

## CONCURSO DE INVESTIGACIÓN PENAL-CRIMINOLÓGICA

Luis Zafra Morante

Colegio de Abogados Penalistas del Valle

Cali - Colombia

### TEMAS:

*Delito Económico*

*Delito Ecológico*

*Prevención y Delito*

*Derechos Humanos y Delito*

Fecha de entrega: 15 de julio de 1984

Decisión: 15 noviembre 1984

### PREMIOS:

1° \$ 200.000 (pesos colombianos)

2° \$ 75.000

3° \$ 25.000

### CONDICIONES:

Extensión mínima: 30 páginas

Investigación bibliográfica o de campo

Trabajo individual o de grupo

Inédito

Idioma: español

Tres copias

JURADO: Alfonso Reyes Echandía

Luis Enrique Romero Soto

Antonio Cancino Moreno

Dirección: Palacio Nacional Oficina 205. Cali, Colombia.

Esta revista se terminó de imprimir en los  
talleres litográficos de Editorial Temis,  
S. A., el día 6 de marzo de 1984.

LABORE ET CONSTANTIA