4034189

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA
No. INVENTARIO 410
PRECIO
FECHA DONACION
CANJE

DR 0646

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
HEMEROTECA
BARRANQUILLA

LOS INIMPUTABLES ANTE LAS CAUSALES DE JUSTIFICACION E INCULPABILIDAD

JAIME RAFAEL PERALTA BRITO

CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO
SIMON BOLIVAR
FACULTAD DE DERECHO
BARRANQUILLA, 1987

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

LOS INIMPUTABLES ANTE LAS CAUSALES DE JUSTIFICACION E INCULPABILIDAD

JAIME RAFAEL PERALTA BRITO

Trabajo de Grado presentado como requisito parcial para optar al título de Abogado.

Director: HUGO CASTILLA
Abogado

CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO
SIMON BOLIVAR
FACULTAD DE DERECHO
BARRANQUILLA, 1987

T
345.04
P.426

Nota de Aceptación

_____

_____

_____

_____

Presidente del Jurado

_____

Jurado

_____

Jurado

Barranquilla, de

AGRADECIMIENTOS

El autor expresa sus agradecimientos :

A todas las personas que en alguna forma contribuyeron para el logro de este objetivo, especialmente mis profesores, la Universidad y la familia Rodgers Padilla.

DEDICATORIA

A mis hijas:

Meliyara Isbelta

Zoraima Cecilia

Y a la memoria de mi

abuelo Crispín Peralta

TABLA DE CONTENIDO

Pág

INTRODUCCION..... 1

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA..... 3

2. LA INIMPUTABILIDAD..... 5

2.1 NOCIONES GENERALES..... 5

2.2 CRITERIOS REGULADORES DE LA INIMPUTABILIDAD.. 8

2.3 CAUSALES DE INIMPUTABILIDAD..... 10

2.3.1 Absolutas..... 10
2.3.1.1 MInoría de edad..... 11
2.3.1.2 Enfermedad mental..... 12
2.3.1.3 Intoxicación crónica..... 15
2.3.2 Relativas..... 17
2.3.2.1 El Sordomudo..... 17
2.3.2.2 El indígena..... 18
2.3.2 Responsabilidad del inimputable..... 20

2.4 LA INIMPUTABILIDAD EN LA LEGISLACION PENAL COLOMBIANA DE 1.936..... 21

2.5 LA INIMPUTABILIDAD EN EL CODIGO PENAL DE 1.980 23

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

Pág

2.5.1 Inmadurez psicológica..... 23
2.5.2 Trastorno mentales..... 24
2.5.3 Trastorno mental transitorio..... 25
2.5.4 Trastorno mental preordenado..... 25

3. DE LAS CAUSALES DE JUSTIFICACION..... 28

3.1 LEGITIMA DEFENSA..... 28

3.1.2 Fundamentos..... 29
3.1.3 Requisitos..... 30
3.1.3.1 Necesidades de la defensa..... 30
3.1.3.2 Defensa de un derecho personal propio ajeno..... 31
3.1.3.3 Agresión actual y antijurídica..... 33
3.1.3.4 Proporcionalidad entre la agresión y defensa..... 34
3.1.4 Defensa privilegiada..... 36
3.1.4.1 Rechazo del asaltante nocturno..... 37
3.1.4.2 Rechazo del extraño en el hogar..... 38
3.1.4.3 Offendiculae..... 40
3.1.5 Diferencias entre estado de necesidad y legítima defensa..... 41
3.1.6 La legítima defensa en el nuevo código..... 43
3.1.6.1 Legítima defensa propiamente dicha..... 44
3.1.6.2 La legítima defensa prilegiada..... 45

3.2 ESTADO DE NECESIDAD..... 46

3.2.1 Fundamentos..... 47
3.2.2 Requisitos..... 49
3.2.2.1 Que exista peligro contra la persona..... 49

Pág

3.2.2.2 Gravedad, inminencia e inevitabilidad del peligro..... 50
3.2.2.3 El peligro no debe hacerse causado por obra propia..... 51
3.2.2.4 El peligro no debe ser de aquellos que han de afrontarse por obligación profesional.. 52
3.2.2.5 Adecuación entre el peligro corrido y la conducta del agente..... 53
3.2.3 El estado de necesidad en el nuevo Código Penal..... 53

3.3 CUMPLIMIENTO DE UN DEBER Y EJERCICIO DE UN DERECHO..... 58

3.3.1 La disposición Legal..... 59
3.3.2 La Orden de Autoridad..... 60
3.3.2.1 Que la Orden Provenga de Superior Jerárquico..... 61
3.3.2.2 Que el Superior sea Competente para Emitirla..... 61
3.3.2.3 Que el Inferior debe Obedecerla..... 62
3.3.2.4 Que sea dada con las formalidades legalmente previstas..... 62
3.3.3 La Orden entre Militares..... 63
3.3.4 El Ejercicio de una Profesión..... 65
3.3.5 La Actividad Deportiva..... 66

3.4 CUMPLIMIENTO DEL DEBER Y EJERCICIO DE UN DERECHO EN EL NUEVO CODIGO..... 67

3.4.1 Cumplimiento de un Deber Legal..... 67
3.4.2 Cumplimiento de Orden de Autoridad..... 68

Pág

3.4.3 Ejercicio de un Derecho..... 68

3.5 INTERVENCION DE LA FUERZA PUBLICA..... 69

3.5.1 Que el Hecho sea realizado por Miembros de la Fuerza Pública..... 70
3.5.2 Que la Conducta se desarrolle como resultado de una Operación Previamente Concertada..... 71
3.5.3 Que la operación tenga por objeto prevenir o reprimir los delitos de extorsión, secuestros, o producción, procesamiento de estupefacientes..... 72

3.6 EL EXCESO EN LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION..... 73

3.7 CAUSA EXTRA PENALES DE JUSTIFICACION..... 74

3.7.1 Consentimiento del sujeto pasivo..... 75
3.7.1.1 Que se trate de un derecho susceptible de disposición..... 76
3.7.1.2 Que el consentimiento se otorgue previa y coetáneamente a la acción típica..... 76
3.7.1.3 Que la persona sea capaz de consentir..... 77
3.7.1.4 Que el consentimiento sea voluntario y manifiesto..... 78

4. LA INCULPABILIDAD..... 80

4.1 CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR..... 80

4.2 LA COACCION..... 81

Pág

4.2.1 Requisitos..... 82
4.2.1.1 Que la coacción provenga de otra persona. 82
4.2.1.2 Que sea actual..... 83
4.2.1.3 Que sea insuperable..... 83

4.3 LA INCONSCIENCIA..... 84

4.3.1 Sugestión hipnótica..... 85
4.3.2 Sugestión patológica..... 86

4.4 ERROR E IGNORANCIA..... 87

4.4.1 Teoría del error..... 87
4.4.2 Naturaleza del error en el numeral 2 del artículo 23 Código Penal de 1.936..... 90
4.4.3 Naturaleza del error en el numeral 3 del artículo 23 del Código Penal de 1.936..... 93
4.4.4 Análisis crítico de los dos numerales procedentes..... 95

4.5 LA INCULPABILIDAD EN EL NUEVO CODIGO PENAL.. 97

4.6 LAS EXIMENTES PUTATIVAS..... 99

4.6.1 La defensa putativa..... 100
4.6.2 La defensa recíproca..... 101
4.6.3 Otras eximientes..... 102

4.7 EL ERROR ACCIDENTAL..... 102

5. LA PROBLEMATICA EN EL CODIGO PENAL DE 1.936.. 104

Pág

5.1 LAS AFIRMACIONES DE LA COMISION REDACTORIA DEL CODIGO PENAL DE 1.936..... 104

5.2 LA CUESTION EN LA DOCTRINA DEL CODIGO PENAL DE 1.936..... 107

5.2.1 Reseña de los autores del primer grupo.... 107
5.2.2 Influencia de esta doctrina en la jurisprudencia..... 111
5.2.3 Reseña de los autores del segundo grupo... 113
5.2.4 Influencia de esta segunda línea doctrinaria en la jurisprudencia..... 121

6. BALANCE Y SUPERACION DE LAS DOCTRINAS ANTERIORES..... 124

6.1 CONCEPTO GENERAL DE INIMPUTABILIDAD..... 124

6.1.1 Aspecto intelectivo..... 125
6.1.2 Incapacidad de comprender e inconciencia del acto
6.1.3 Elemento volitivo..... 127
6.1.4 Delimitación de las causales de justificación de otros fenómenos que quiebran la estructura del delito..... 129

6.2 DIVERSOS SISTEMAS DE REGULACION DEL FENOMENO DE LA INIMPUTABILIDAD..... 130

6.2.1 Sistema biológico siquiátrico..... 130
6.2.2 Sistema sicológico..... 132
6.2.3 Sistema mixto..... 133

Pág

6.3 LA IMPUTABILIDAD COMO FENOMENO DERIVADO..... 135

6.3.1 Prohibición de la hipostatización en materia de inimputabilidad..... 137
6.3.1.1 Consecuencias de la prohibición de hipostatización..... 139
6.3.1.2 La Eventual Irresponsabilidad del trastorno o del Individuo..... 139
6.3.1.3 La Eventual Responsabilidad del inmaduro sicológico o del Trastornado..... 141

6.4 BALANCE DE LA PRIMERA LINEA DOCTRINARIA..... 142

6.5 BALANCE DE LA SEGUNDA LINEA DOCTRINARIA..... 145

6.5.1 Erróneo punto de partida..... 145
6.5.2 Erróneas afirmaciones en la fundación..... 147
6.5.3 La inconsistencia lógica de la argumentación. 151

7. LA PROBLEMATICA REFERENTE AL NUEVO CODIGO PENAL COLOMBIANO..... 153

7.1 CONCEPTO Y SISTEMA DE REGULACION DE LA IMPUTABILIDAD EN EL NUEVO CODIGO PENAL..... 153

7.2 LA INIMPUTABILIDAD COMO FENOMENO "RESIDUAL" EN EL NUEVO CODIGO PENAL..... 158

7.2.1 La diversa estructura del delito para imputables e inimputables..... 160
7.2.1.1 El hecho punible como conducta típica, antijurídica y culpable..... 161

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

Pág

7.2.1.2 El hecho punible como "conducta típica y antijurídica": El hecho punible de los inimputables..... 162
7.2.1.3 La acción típica de los inimputables.... 163
7.2.1.4 La Acción Antijurídica de los Inimputables 166

8. CONCLUSIONES..... 171

BIBLIOGRAFIA..... 178

INTRODUCCION

El trabajo que hoy pretendo realizar, tiene como fundamento ampliar la idea que mis profesores en el área penal durante el estudio de mi carrera expusieron en sus diferentes cátedras y que siempre despertó en mi el interés por el estudio de los inimputables como personas especiales ante la acción penal.

Pretendo con este trabajo hacer un análisis de uno de los problemas más discutidos dentro del tema de la imputabilidad. En relación con este tema, no pretendo abarcar con este estudio todos sus aspectos y solo me limito al estudio del derecho penal y especialmente del fenómeno de la inimputabilidad como aspecto negativo de la imputabilidad .

Ahora bien. Como ese entender, que se obra antijurídicamente y ese poder actuar diversamente son necesarios para ejecutar una acción, se sigue que sin imputabilidad no hay culpabilidad por ello en este trabajo no pretendo abarcar todos sus aspectos y me limito al estudio de aquellos que creo que sirvan para fundamentar los puntos de vistas sostenidos,

y la relación con el conocimiento de las justificaciones y las disculpantes a los sujetos inmaduros o trastornados mentales en nuestra legislación.

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Una persona que sea inmadura psicológica o que padezca trastornos mental puede verse ante una agresión injusta, actual o inminentes; puede verse frente a una situación para que haga o deje de hacer algo; puede encontrarse en una situación de error.

Pués bien: Podría, en tales casos, reconocérsele una causal de atipicidad?

Es este, uno de los más difíciles temas en la teoría de la imputabilidad; y que sus mayores dificultades han surgido del hecho de que la cuestión ha tenido muchas disonancias en sus planteamientos.

En mi forma de ver, el problema, comprobada la causal de justificación o de inculpabilidad. debe plantearse preguntando si a "un enajenado o grave anómalo o inmaduro psicológico o trastornado, etc, sujetos inimputables", se les puede reconocer las causales aludidas, sino, simplemente preguntando si a un sujeto que se encuentre en una de las

situaciones arriba señaladas, que obra dentro de una causal de justificación o de inculpabilidad se le pueden reconocer estas causales, pero formulando el interrogante independientemente del problema de la inimputabilidad.

Por ello, en este trabajo queremos hacer como primera medida un análisis detallado de la inimputabilidad, las causales de justificación e inculpabilidad, para luego si entrar en detalles en el tema central.

2. LA INIMPUTABILIDAD

2.1 NOCIONES GENERALES

Como es fácilmente observable, el de imputabilidad es un concepto sustantivo que se refiere a modos de ser y de comportarse de una persona frente al ordenamiento penal, que forma parte de la estructura del delito en cuanto afecta al fenómeno de la culpabilidad y que tiene consecuencias jurídicas en el plano de la punibilidad.

El legislador ha instituído la inimputabilidad con elementos psicológicos y normativos, que pueden apreciarse en el artículo 31 del C.P. La referencia psíquica de esa disposición es la locución: "no tuviere la capacidad de comprender (su ilicitud) o de determinase de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica o trastorno mental. Y la normativa lo es "hecho legalmente descrito" e "ilicitud" (del mismo).

La propia estructura de la figura, cuyo estudio empezamos, descuaja la culpabilidad el actor del hecho punible. Por lo

tanto, el inimputable, según nuestra ley penal, jamás podrá delinquir, en el sentido jurídico de la expresión. Y no lo podrá, porque no puede ser culpable, Por lo anterior, opinamos que el inimputable no debe figurar en el Código Penal, puesto que la materia de éste la forman, el delito y la pena.

El Código del 36, bién podía contener al inimputable, porque se inclinaba por el positivismo, y así instituía, como verdadera sanción. la medida de seguridad. Esto sobre la base de la responsabilidad penal del inimputable; responsabilidad que originó candentes debates, pues que mientras unos comentaristas decían que esa responsabilidad era objetiva, otros sostenían la tesis,un tanto difícil de la culpabilidad de los inimputables.

El nuevo Código orientado hacia el cumpabilismo, niega la responsabilidad penal de los inimputables. Sin embargo, para explicar la permanencia de éstos, en su propio ordenamiento, predica que la medida de sequridad no es pena, sino sistema curativo, tutelante y rehabilitador. Pero precisamente por eso, no vemos cómo pueda sostenerse la dicha medida de el Código que no le corresponde. Ni menos le llamamos explicación, a que el Estado tenga que esperar, que el inimputable actúe contra la sociedad, para curarle o rehabilitarle, cuando de un demente se trate, por ejemplo. Y que ese

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

medio tenga que practicarse a través de una decisión jurisdiccional propia de la justicia penal.

El "Capítulo Sexto, Título III, Del hecho punible, del Libro Primero, Parte General, artículos 31 al 34 inclusive, contempla el instituto de la inimputabilidad, llamada también imputabilidad negativa.

Reza el artículo 31 del C.P. "Concepto. Es inimputable quien en el momento de ejecutarse el hecho legalmente descrito, no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión. por inmadurez psicologica o trastorno mental".

Dos son, pues, los estados inimputables, generados por anomalías de la misma naturaleza: la falta de comprensión de la ilicitud del hecho punible, o de la "determinarse de acuerdo con esa comprensión", y en ambas alternativas, a causa de "inmadurez psicoógica o trastorno mental".

En respecto a los motivos de inimputabilidad, el Código Penal vigente ha adoptado una fórmula abierta, que contrasta con la cerrada del Estatuto del 36. Decimos abierta, porque; las expresiones trastorno mental e inmadurez psicológica son amplísimas, una vez que cada una de ellas comprende todas las causas y manifestaciones respectivas. Lo estrecho de

la disposición desueta se echaba de ver en la innecesaria mención de los diferentes casos de inimputabilidad negativa a que se refería el art. 29 del Código pasado. Esa mención, al intérprete neófital, intoxicacion crónica producida por el alchohol o por cualquier otra sustancia, o grave anomalía psíquica, cuando en realidad no era así, y por ello, la jurisprudencia, siguiendo la buena doctrina, hubo de salir a explicar, que tal mención era meramente enunciativa.

El artículo 31 arriba transcrito contempla dos grandes causas de inimputabilidad: la inmadurez psicológica y el trastorno mental. En la causación de cada una de esas anomalías operan hechos distintos. Veamos: génesis de inmadurez psicológica lo son: la minoría de edad, la desadaptación del indígena en la civilización, la sordomudez, etc. Origen de trastornos mental, entre otros móviles, pueden serlo: la alienación mental, comprendiendo todo el aspecto de la psicosis en general, la embriaguez fisiológica o patológica, el hábito de drogas que producen dependencia psíquica o física, como cocaína, marihuana, LSD, mandrax, jumbo, etc.

2.2 CRITERIOS REGULADORES DE LA INIMPUTABILIDAD

La regulación de los casos de inimputabilidad en los Códigos Penales puede seguir cuatro criterios básicos, a saber:

el sicológico, el biológico, el siquiátrico, y el sociológico, la fusion de varios de ellos da lugar a un quinto criterio que suele llamarse Mixto.

La orientación sicológica supone que el concepto de inimputabilidad depende de la capacidad del agente para comprender el significado de su comportamiento y para determinar su actuar de acuerdo con esa comprensión, lo que implica necesidad de valorar en cada caso la capacidad mental del sujeto.

La concepción biológica parte de un supuesto objetivamente aprehensible, tal como determinada edad o presencia de anomalía biosíquica.

El criterio siquiátrico decamisa sobre comprobación de enfermedad mental en la persona que ha ejecutado el comportamiento ilícito.

El mecanismo sociológico tiene la personalidad del agente en relación con el medio social en que actúa para determinar si se acomoda o no al comportamiento socialmente considerado como normal.

Finalmente, el criterio Mixto combina todos o alguno de los procedentemente señalados de acuerdo con la causal de inim-

Putabilidad de que se trate; por ejemplo: criterio biológico para minoría de edad, siquiátrico para enfermedad mental, sicológico para sordomudez y sociológico para el indígena.

Hay que señalar que nuestro Código Penal acogió esta última técnica, tal como se desprende de la lectura de sus artículos 31 y 34.

2.3 CAUSALES DE INIMPUTABILIDAD

En la legislación Penal de 1.936 pueden considerarse como causas de inimputabilidad las siguientes: minoría de edad, enfermedad mental, intoxicación crónica, sordomudismo y condición social de indígena "no civilizado", las tresnprimeras son de carácter absoluto en tanto que las dos últimas tienen ámbito relativo de aplicabilidad.

2.3.1 Absolutas

Utilizamos esta expresión para referirnos a aquellos casos en los que la demostración de la causal respectiva (minoría anomalía sicosomática- intoxicación crónica) determina siempre declaración de inimputabilidad.

2.3.1.1 MInoría de edad

Desde un comienzo en que el derecho Penal comenzó a estructurarse se consideró, con razón, que los menores de cierta edad debían ser sometidos a tratamiento jurídico especial cuando cometieran hechos previstos como infracciones penales.

El Código Penal de 1.936 fijaba como edad límite de inimputabilidad la edad de 18 años. pero la ley 75 de 1.968 disminuyó ese tope a 16 años.

Fueron muchas las razones que se tuvieron en cuenta para tal modificación entre ellas las siguientes:

a. La transformación rapidísima de las costumbres y usos sociales;

b. La vertiginosa tecnificación de los medios de comunicación y el perfeccionamiento de los sistemas de enseñanza han creado las consideraciones para que los jóvenes tengan una personalidad biosicológica, cultural y social cabalmente desarrollada.

c. La llamada "violencia- política" crea en Colombia una generación delincuencial de adolescentes que no pudo ser

sancionada en razón de su edad.

d. Las estadísticas nacionales sobre criminalidad en los últimos 10 años asignan a la delincuencia de los menores de 18 años una cuota promedio equivalente al 10% de la criminalidad total, muy superior a la de los delincuentes mayores de 40 años.

2.3.1.2 Enfermedad mental

Contempla el artículo 29 del código Penal de 1.936 que cuando al tiempo de cometer el hecho se hallare el agente en estado de enajenación mental o padeciere grave anomalía síquica, se le aplicarán medidas de seguridad.

La norma mencionada utiliza dos términos que deben ser aclarados: enajenación mental y grave anomalía síquica.

En atención a la primera expresión, no parece haber desacuerdo doctrinal ni jurisprudencial en considerarla como sinónimo de sicosis, entendienco tal fenómeno siquiátrico como " el trastorno general y persistente de las funciones síquicas cuyas causas patológicas son ignoradas o mal interpretadas por el enfermo que le impide la adaptación lógica y activa a las normas del medio ambiente, sin provecho para si mismo ni para la sociedad.

Entre las sicosis podríamos mencionar la oligofrenia profunda (idiocia, imbecilidad), la paranoia, la esquizofrenia y las demencias senil y arterioescleróticas.

En la actualidad el instituto de Medicina Legal considera que " el individuo que sufre enajenación mental presenta una alteración psicológica grave y además de carácter permanente, irreversible, y, hasta donde ha avanzado la medicina actual, incurable la mayoría de las veces, que les impide disfrutar plenamente de sus facultades mentales superiores y lo coloca en situacion de no darse cuenta de sus acciones o de sus motivaciones o de no alcanzar a medir las consecuencias de sus actos o de no poseer libre capacidad de volición. Aquí podemos señalar como ejemplos el caso del retardado emntal grave y profundo, cuya falla primordial, se encuentra en su muy baja, casi nula inteligencia. El de la persona afectada con un síndrome cerebral orgánico crónico vascular, como el demente senil, etc.

La segunda expresión- grave anomalía síquica- sí ha dado lugar a intensas controversias, hay quienes sostienen en efecto, que se trata de inútil repetición de términos, y quienes consideran que constituyen fenómenos diversos al de la enajenación mental.

Es indudable que si el legislador utilizó ambos términos den-

tro de la misma norma fué porque quiso darles valor diferente; aunque la expresión es ciertamente feliz desde el punto de vista siquiátrico, pero parece que la comisión redactora del código no encontró otra más apropiada.

En este orden de ideas bién podríamos entender que dentro del concepto grave anomalía caben aquellos estados sicopáticos y siconeuróticos que impliquen alteración ostencible de la personalidad y ejerzan influencia sobre la conducta realizada.

Sobre este evento ha considerado el Tribunal Superior de Bogotá, que la anomalía síquica es grave en todos aquellos casos en que, descartada la aliencación y la intoxicación crónica, la acción criminosa obedece a impulso morboso insuperable; cuando produzca un verdadero derrumbamiento psíquico a tal punto que la persona sea determinada a obrar en forma antisocial por presión insuperable de un impulso o de otra clase de explosión patológica.

La sección de siquiatría Forence del Instituto de Medicina Legal entiende por grave anomalía síquica " aquel estado de perturbación mental en el cual el individuo en una forma transitoria no puede gozar de la mayoría de sus facultades mentales superiores, hasta el punto de no saber el por qué actúa de una determinada manera, o no alcanza a medir las

consecuencias últimas de sus actos o no puede actuar con libre capacidad de volición por un pensamiento delirante o de reístico. Como ejemplos de este fenómeno citamos el del individuo con una crisis de epilepsia psicomotora, el caso de un sujeto que padece una psicosis maniaco- depresiva b del que actúa bajo los efectos de una entoxicación aguda que le causa modificación intensa del funcionamiento cerebral o del que ha sufrido un traumatismo craneoencefálico inmediamente antes, que lo hace estar confuso u obnubilado.

2.3.1.3 Intoxicación crónica.

Son muchas las sustancias que, ingeridas en dosis moderadas producen sensación de bienestar por algún tiempo; sin embargo, cuando el hecho se repite constantemente, el efecto benéfico disminuyen y lo reemplazan trastornos sicosomáticos desagradables, para lograr nuevo período de euforia, el paciente se ve precisado a ingerir dosis cada vez más alta y con mayor frecuencia, es el comienzo de la intoxicación crónica.

Son múltiples las sustancias que pueden producir tales efectos, podemos señalar entre ellas, el alcohol, la morfina, el opio, la cocaína, el ácido lisérgico (L.S.D.).

Al respecto, también el código penal de 1.936 en su artículo 29 señalaba las medidas aseguratívas para el agente que come-

UNIVERSIDAD SIMÓN BOLÍVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

ta delito " en estado de intoxicación crónica producida por el alcohol o por cualquer otra sustancia".

El instituto de Medicina Legal sobre este fenómeno, tiene el siguiente concepto " a individuos que llevan algún tiempo, más o menos largo, ingiriendo alcohol u otra sustancia tóxica, en los cuales se ha producido un estado de intoxicación permanente y no transitoria, que les afecta en el funcionamiento mental normal, hasta tal punto que les impide el plebo uso de sus facultades superiores en un grado tal que no son capaces de darse cuenta de lo que hacen, o no pueden actuar con libre capacidad de volición o tienen obnubilida la conciencia o no alcanzar a medir las consecuencias de sus actos, es decir, se ha producido un deterioro marcado de su emnte y las consecuencias de sus actos, es decir, se ha producido un deterioro marcado de su emnte y su personalidad, en muchos casos con tremendas repercusiones, algunas veces irreversibles, sobre su organismo, que presuponen alteraciones morfológicas demostrables por medio de la anatomía patológica, o alteraciones funcionales detectables por la medicina interna o por los exámenes paraclínicos de laboratorio".

Cabe anotar que el alcoholismo crónico se manifiesta por un progresivo debilitamiento global de las funciones síquicas que lleva fatalmente, si el hábito inveterado no se interrum-

pe, a un grado más o menos acentuado de demencia. Se dice que una persona padece de intoxicacion alcohólica crónica cuando el nivel de alcohol en la sangre se conserva por encima 350. mgs. por 100 c.c.

La intoxicación crónica debido a otras sustancias (marihuana, morfina, cocaína,etc), se caracteriza por la presencia de disturbios sicomáticos, tales como palidez, temblores, trastornos preceptivos, y un notable debilitamiento de la afectividad y de la volición, la pérdida progresiva de los sentimientos éticos facilita la comisión de hechos delictuosos, cuya naturaleza se relaciona con la etapa depresiva del cuadro climático y la hipertensión del paciente en procura de la droga.

2.3.2 Relativas

2.3.2.1 El Sordomudo

El Código Civil colombiano consera, que el sordomudo, es incapaz de administrar sus propios bienes, porque carece de capacidad de comprensión, análisis y auto crítica para orientarse en la vida. Sin embargo, siempre será necesario que el Juez se asesore con el médico forense para que éste dictamine acerca del origen de la anormalidad que contamos.

Nuestra legislación Penal, en cambio, no menciona expresamente entre los inimputables, como lo hace, el código Penal Italiano (art. 96). Creemos que frente al delito del sordomudo se impone la práctica de concienzudo exámen médico- legal que determine la naturaleza y entidad de sus disturbios biosíquicos; bién puede ocurrir que se trate de una oligofrenia en sus grados de idiocia o imbecilidad, en cuyo caso ha de ser sometido a medida de seguridad, ya sea que se considere esta anomalía como sicosis o como sicopatía, puesto que en cualquiera de los dos casos cabe dentro de la previsión del artículo 29 del C.P.

El relativismo de esta causal consiste, en que si el sordomudo conservare una parte, aunque mínima, de su claridad mental, y que en ese estado delinquiere, se le considerará como imputable. Y llegado el momento de sancionarle se le aobnará la circunstancia 10a. de atenuación punitiva prevista en el artículo 64 del Código Penal, si por lo contrario el médico legista reconociere la gravedad del estado mental en el instante de perpretar el delito, se le encasillará como imputable, y por ende, de dársele el tratamiento legal pertinente.

2.3.2.2. El indígena

Es un hecho sociológico la existencia en nuestro territorio

de tribus indígenas, que viven en estado salvaje, al margen de la civilización.

Esos colombianos atrasados culturalemente, carecen de los elementos espirituales y materiales de la civilización. Vegetan, que no viven, como seres irracionales, y por lo mismo si se les traslada al ámbito civilizado, se desadaptan, y no atinan a entender la razón de ser de nuestras instituciones jurídicas. El choque emotivo que experimentan al enfrentarse de súbito con una sociedad distinta a la de èllos, puede avocarlos a la delincuencia, y en ese evento, han de ser tratados como inimputables. La razón es porque de madurez intelectiva, afectiva y volitiva, que les capacite para comprender la ilicitud del hecho legalmente descrito o para determinarse de acuerdo con esa comprensión.

El relativismo de esta causal, consiste no en que el indígena es inimputable por el solo hecho de ser indio, sino porque, cuando emigran hacia la civilización, que como es natural no es el ambiente de ellos se desadaptan, y en tal evento carecen de la capacidad de comorender la ilicitud del hecho legalmente descrito, o para determinarse, de acuerdo con esa comprensión, por falta de una madurez intelectual que se requiere para vivir en nuestro medio social, lógico que esta situación como todas debe ser demostrada clínicamente y en tal circunstancia, su delito impone me-

dida asegurativa, preferencialmente colonia agrícola especial en razón de su ancestro campesino.

2.3.3 Responsabilidad del inimputable

Estudaidas las diversas causales de inimputabilidad, no resta advertir que no basta la presencia de una de ellas para decretar medidas asegurativa (excepción hecha de la minoría de edad); es indispensable además, que entre dicha causal y el delito cometido exista relación lógica o nexo de causalidad adecuada, de tal manera que el comportamiento ilícito sea consecuencia de la condición personal de inimputable.

De tal manera que si un paranoico con delirio de persecusión comete und elito de estafa- que nada tiene que ver con su delirio- debe responder de él como cualquier delincuente normal.

Ha de observarse también que las características sicosomáticas que permiten calificar a una persona de inimputable han de darse en el momento en que realiza la infracción penal; no puede entenderse en otra forma la expresión "cuando al tiempo de cometer el hecho" que emplea el Código Penal en su artículo 29 (31 del nuevo C.P.). Si la alteración biosíquica fué anterior o posterior al delito cometido, a su

autor debe darse tratamiento punitivo de persona imputable. Por tal razón el dictámen médico- legal que se haga al sindicado de quien se sospeche alienación mental o intoxicación crónica debe precisar, hasta donde sea científicamente posible, si el paciente presentaba dicha anomalía en la fecha de comisión del delito.

Puede ocurrir que la alteración sicosomática que sufre una persona sea de tal magnitud que produzca obnubilación total de la conciencia y que en ese estado realice comportamiento previsto en la ley como delito, creemos que en tal caso debe reconocerse causal de inculpabilidad por ausencia de capacidad de comprensión del hecho ejecutado. Como quiera que el dolo supone conocimiento de la naturaleza del comportamiento típico y de su antijuridicción y voluntad de ejecutarlo, quien no se dá cuenta de lo que hace, obra en estado de inconciencia, y, por ende, no actúa culpablemente.

2.4 LA INIMPUTABILIDAD EN LA LEGISLACION PENAL COLOMBIANA DE 1.936

En cuanto a responsabilidad, el artículo 11 del Código Penal del 36 decía, " Todo el que comete una infracción prevista en la ley penal será responsable salvo en los casos expresamente exceptuados en este Código. Se infringe la ley pebal por acción u omisión.

" Los casos expresamente exceptuados "en este Estatuto, eran los que se adecuaban a las descripciones de los artículos 23,24,y 25, referentes como se comprende, a aquellos eventos en que no había responsabilidad.

El artículo 12 disponía el siguiente tenor: "Las infracciones cometidas por personas que no estén comprendidas en las disposiciones del artículo 29 son intencionales o culposas (enajenados mentales, intoxicados crónicos y pacientes de grave anomalía síquica)".

Obsérvese, como la disposición anterior no se refiere a las personas que comprendían el artículo 30, esto es, menores de edad, luego entonces, esto podían efectuar infracciones intencionales y culposas.

En consecuencia, para que un inimputable pueda responder penalmente, de acuerdo con las normas precedentes, se exijen tres requisitos a saber: que su conducta sea típica, vale decir, que se adecúe a uno cualquiera de los tipos de la parte especial del Código; que sea antijurídico. y lo será cuando no lo produzca ninguna causal de justificación y que no actúe dentro de alguna causal de inculpabilidad (Insuperable coacción, ajena, sujestión hinóptica o patológica o error).

Resulta entonces que respecto de los sujetos inimputables

nuestro Código preconiza una responsabilidad objetiva, entendida como una responsabilidad sin culpabilidad.

2.5 LA INIMPUTABILIDAD EN EL CODIGO PENAL DE 1.980

El Código Penal de 1.980, a diferencia con el anterior dedica expresamente un capítulo a esta importante materia (Capítulo VI).

Su artículo 31 anuncia así el concepto. "Es inimputable quien en el momento de ejecutar el hecho legalmente descrito, no tuviese la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez sicológica o trastorno mental".

Son dos las causales de inimputabilidad expresamente reconocidas en la nueva codificación: la inmadurez psicológica y el trastorno mental.

2.5.1 Inmadurez psicológica

Siguiendo en esta materia, el criterio biocronológico, el código remite esta causal de inimputabilidad a la minoría de edad con límites de dieciseis años; por debajo de él, los sujetos son imputables y el comportamiento típico y antijurídico que realicen, darán lugar a medida de seguridad.

El artículo 34 concreta esta cuestión de la siguiente manera: " Los menores de dieciseis años estarán sometidos a jurisdicción y tratamientos especiales".

2.5.2 Trastornos mentales

Con mucha propiedad el Código ha sustituído las confusas expresiones "Estado de enajenación mental", "Grave anomalía síquica" e "Intoxicación crónica producida por el alcohol o por cualquiera otra sustancia" por la más simple y comprensible de "trastorno mental ". Este ha de entenderse como una alteración sicosomática que impida a quien lo produce comprender la ilicitud de su comportamiento, o autoregularse de conformidad con dicha comprensión.

Si eso le ocurre a la gente en el momento de realizar la conducta típica y antijurídica - no importa que su trastorno sea calificado médicamente de sicosis, sicopatía o siconeurosis- debe ser tenido como inimputable y sometido a medidas de seguridad (artículo 33 inciso 1o.).

En este orden de ideas será inimputable quien mata a otro cuando padece de esquizofrenia porque esa enfermedad le impide comprender que actúa en forma antijurídica; pero también lo será quien hurta cosa ajena bajo los efectos de una cleptomanía porque, a pesar de que entiende la ilicitud

UNIVERSIDAD [illegible] CULIVAR
DE [illegible]
[illegible]

de su acción, no puede en ese momento comportarse de manera diversa dado que su anomalía lo impulsa irresistiblemente en dirección antijurídica.

2.5.3 Trastorno mental transitorio

Señala el artículo 33 inciso 2o. del nuevo Código que "Si la inimputabilidad proviniera exclusivamente de trastorno mental transitorio, no habrá lugar a la imposición de medidas de seguridad, cuando la gente no quedare con perturbaciones mentales, sin perjuicio a la responsabilidad civil a que hubiese lugar.".

Esta solución se explica, porque si bién el sujeto era imputable en el momento de la ejecución del hecho punible, dejó de serlo después, de tal manera que resultaría inútil imponerle una medida de seguridad (internación en establecimiento siquiátrico o similar) cuya finalidad es esencialmente curativa. porque ya no lo requiere. Necesario es, des de luego, en estos casos que una peritación siquiátrica determine que el trastorno mental era desparecido ya que han quedado al suejto secuelas de perturbación mental.

2.5.4 Trastorno mental preordenado

Con este nombre el artículo 32 del nuevo Código se ocupa del

fenómeno que la doctrina suele determinar actio libera in casusa; he aquí el texto de la norma " cuando el agente hubiese preordenado su trastorno mental responderá para el dolo o culpa en que se hallare respeto del hecho punible, en el momento de colocarse en tal situación".

Como su nombre lo indica se trata, que de acciones libres en su causa, es decir, de hechos cuyas realización fué libremente ideada y requerida o respeto de los cuales el agente previó o pudo haber previsto sus efectos antijurídicos, pero cuyo proceso consumativo se verifica en condiciones de anormalidad biosíquicos por propia determinación suya. Si se examina solamente el momento de la consumación habría de concluírse que su autor era inimputable por trastorno mental y, por ende, incapaz de actuar culpablemente. Pero si el juez se remonta a la causa del actuar final, encontrará que el estado de anormalidad en que consumó el hecho típicamente antijurídico fué querido por el o, por mejor decir, fué el resultado de una operación mental realizada en condiciones de absoluta normalidad, de tal manera que se evidencia un nexo causalista entre el momento de colocarse en tal estado y el de la verificación del evento, en medio de esos dos extremos está el período de anormalidad síquica que el agente creó y utilizó como mero instrumento de si mismo. Pudiera decirse que en tales casos el sujeto imputable se transforma voluntariamente en inimputable y en tal condición realiza el hecho punible.

Por eso la disposición que estamos comentando sería la acertadamente que el sujeto responde penalmente por el dolo o culpa en que se hallaba en el momento de colocarse voluntariamente en situación de inimputabilidad respecto del hecho delitivo ejecutando en tal estado . La circunstancia de que su voluntad hubiese obrado al comienzo y no al momento de la consumación (o de la frustración) para nada influye en el juicio de responsabilidad, porque en el dolo o culpa antecedentes se subsume la querida inimputabilidad subsiguiente.

3. DE LAS CAUSALES DE JUSTIFICACION

3.1 LEGITIMA DEFENSA

La legítima defensa es una de las instituciones más antiguas del derecho Penal. Desde la época medieval, aunque no en las exactas dimensiones actuales, se conocía la fórmula de la defensa bajo el enunciado moderamen inculpatae tutelae . También se habló entonces de vimvi repellere licet para significar que es lícito repelar la fuerza con la fuerza.

La legítima defensa no es más que el ejercicio de la violencia para tutelar o proteger un bién jurídico o tocado injustamente. Desde el punto de vista sicológico siempre se ha dicho con razón que la defensa se justifica en el con base en el instituto que conservación. La explicación, sin embargo, no es suficiente, por cuanto el derecho de defensa opera no solo para salvaguardiar la vida y la integridad personal, si no para proteger otros intereses jurídicos, tales como los bienes materiales, el domicilio, el honor, etc.

En términos generales entiendese por legítima defensa la

reacción respectiva y adecuada a una agresión actual y antijurídica.

3.1.2 Fundamentos

Diversas teorías han pretendido explicar la razón de ser del fenómeno de la legítima defensa, la dividiremos en tres grupos así:

Quienes consideran que la legítima defensa es injusta pero debe quedar impune, dentro de este grupo vale la pena destacar la tesis de la "coacción psíquica", inicialmente planteada por Puffendort y la de la "colisión de derechos" preconocida por Von Buri, de acuerdo con aquella, la defensa debe quedar impune a casusa del estado de perturbacion síquica del sujeto ante la inminencia de un ataque a su persona, de conformidad con la segunda, el instituto contempla la colisión de dos derechos uno de los cuales no puede conservarse sin la destrucción del otro; frente a tal dilema, el estado permite el sacrificio del menos importante.

Quienes creen que la legítima defensa es una verdadera causa de justificación.

Dentro del segundo grupo es muy conocida la tesis de la "Defensa Subsidiaria" enunciada por Carrara, de acuerdo con ella

el fundamento de la legítima defensa es la asociación del derecho de castigar por parte de la sociedad, en forma tal que cuando la defensa privada puede ser eficaz y la defensa pública no lo es, aquella recobra su derecho, esta lo pierde.

Por último la doctrina positivista donde se destacan las afirmaciones de Ferri, Fioretti, y Zerboglio para quienes en términos generales la defensa se justifica si se tiene en cuenta el carácter jurídico y social de los motivos, la calidad del fin que se propuso el agente y su ausencia de peligrosidad.

3.1.3 Requisitos

Dice el artículo 25 numeral del Código Penal de 1.936 que el hecho se justifica cuando se comete " por la necesidad de defenderse o defender a otro de una violencia actual e injusta contra la persona, su honor o sus bienes y siempre que la defensa sea proporcionada la agresión".

3.1.3.1 Necesidades de la defensa

La defensa debe considerarse necesaria cuando la naturaleza del ataque así lo exija, vale decir, cuando no exista otro medio honorable e idóneo para repelar la agresión o para

evitarla.

Hemos de reconocer no obstante, que se trata de un concepto relativo que debe ser estudiado y resulta frente al caso concreto. No pocas veces un reclamo sereno pero enérgico del presunto agredido o una acción que amedrante al agresor (Disparo al aire), pueden resultar suficientes para evitar la defensa. Creemos, sin embargo, que una fuga vergonsoza no puede exigirsele a nadie, porque sería contraria el atributo de la dignidad, escencia misma de la persona humana.

3.1.3.2 Defensa de un derecho personal propio ajeno

La agresión debe crear en el sujeto agredido la necesidad de defenderse. Pero esa necesidad no puede evaluarse con un sentido absoluto y a posteriori, si no ex ante, tomando muy en cuenta las diversas circunstancias en que se hallaba el sujeto que invoca la causa de licitud.

Al respecto dice Mesavelas -Quez que " con relación a lo anterior hay que tener presente que no es preciso esperar que comience la lesión de derecho de quien se defiende. Para que sea justa y legítima defensa basta que el mal aparezca como inminente muy próximo e ineludible en la conciencia del sujeto y que éste sienta la necesidad imperiosa de ejercer la represalia".

BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

Son susceptibles de tutelas todos los bienes que pertenezcan a la persona y cuyo goce sea comparado por la ley, tal como la integridad personal, el honor, la propiedad, la libertad.

De otra parte, cuando se pretende reaccionar contra una ofensa del propio honor- una injuria por ejemplo- la lesión ordinariamente ya se ha causado y entonces, vulnerado el bien, la reacción no servirá ya para evitar la agresión ni para repelarla, con lo que estaríamos ante acto de venganza, y, por lo tanto, del amparo legal de la eximente.;

Este mismo argumento vale para el caso de la ofensa al honor sexual; para eso, frente al artículo 382 del Código Penal de 1.936 no se pordría reconocer la legítima defensa. Sobre este punto la doctrina Nacional es enfática en rechazar la tesis en legítima defensa de honor para señalar con razón que se trata de un delito emocional.

La defensa también puede estar dirigida a impedir la violación de un derecho personal ajeno; así lo prevé expresamente nuestro Código Penal. Trátase de un principio de humana solidaridad y justo y racional, prácticamente acogida hoy por todas las legislaciones del mundo es obvio que para este caso deben darse los mismos requisitos de la defensa propia.

3.1.3.3 Agresión actual y antijurídica

El Código de 1.936 utilizaba la palabra "violencia" para referirse a la situación de hecho en que en determinado momento se hallaba el bién jurídicamente tutelado para que pudiera justificarse la reacción defensiva. Algunos autores identificaban la "violencia" con la "ofensa" o con la "agresión". Sin embargo, los términos "violencia" y "agresión" no son sinónimos.

En sentido amplio "violencia" es siempre una actitud de acometimiento, mientras que la agresión puede consistir en una actitud pasiva.

La violencia de que habla el Código debe entenderse como una agresión, ataque u ofensa, sin que sea indispensable la nota de su intensidad; lo que significa que puede ser grave o leve.

Otra característica de la agresión ha de ser su actualidad. No es posible aceptar como actual la agresión futura ni justificar entre ella reacción defensiva porque el presunto agredido podría evitarla de otro modo; por ejemplo recurriendo a la autoridad.

Además de actual, la violencia debe ser injusta, vale decir,

antijurídica, contraria a derecho; lo que no significa necesariamente que deba contituír por si misma delito, basta que sea contraria a interés legítimo, a un derecho personal legalmente reconocido.

La agresión puede orovenir de cualquier persona incluso de las llamadas inimputables (menores enfermos de mente) y de quienes gozan de inmunidad; es innegable que estos sujetos estén en condiciones de ofender intereses jurídicamente tutelados.

Por lo demás, el legislador no exige ninguna calidad personal en el individuo que realiza el ataque ni aquel hacia el cual va designando; por lo mismo también puede legítimamente defenderse cualquier persona, independientemente de su edad y de su estado mental.

3.1.3.4 Proporcionalidad entre la agresión y defensa

La correpondencia entre defensa y agresión debe ser proporcionada en relación con los medios empleados, con respecto de los bienes puestos en juego.

Esta oroporción, en todo caso, no ha de entenderse en forma abstracta y de manera absoluta, es necesario determinar concretamente cuando la defensa de un determinado bién o el em-

UNIV...

pleo de cierto instrumento justifican el sacrificio del interés perteneciente al agresor.

La proporcionalidad, que debe establecerse básicamente ha de evaluarse, caso por caso, teniendo siempre en cuenta la particular situación de quien es agredido. Pero si debe advertirse que la comparación no puede hacerse entre los medios realmente utilizados por los protagonistas, sino entre eln utilizado por el agresor y el que tenía a sun disposición el agredido. De este acerto se deduce que subsiste la defensa aunque quien la ejerce utilice un medio más poderosp que el usado por el agresor, siempre que fuera el único de que disponía en ese momento, es decir, qunque ocasione al agresor el que presumiblemente podía esperar de éste.

Hay cosas en que resulta lícito matar para defender el honor sexual (la mujer que dispara contra quien pretende violarla, si resulta imposible evitar de otra manera la agresión).

También la proporcionalidad debe establecerse sobre la base del mayor o menor interés o valor de los bienes en conflictos, porque no se pueden medios superabundantes o excesivos para defender bienes materiales de escasa importancia, en todo caso la valoración judicial de esta adecuación ataque defensa, aunque obviamente se realiza expost facto, requie-

re por parte del funcionario que debe calificarla un juicio ex ante, vale decir un esfuerzo mental que lo sitúe idealmente en el escenario de los hechos, en forma tal que su decisión se ajuste en la medida de lo posible a la situación vivida por los protagonistas.

3.1.4 Defensa privilegiada

Se llama privilegiada o presunta porque la ley presume que quien se encuentra en las condiciones allí señaladas actúa en legítima defensa.

Esta figura estaba contemplada en el ordinal segundo del artículo 25 del Código Penal de 1.936 en los siguientes términos: " se presume que se encuentra en el caso previsto en este numeral, el que durante la noche rechaza al que escala o fractura las cercas, paredes, puertas o ventanas de su casa de habitación o de sus dependencias, cualquiera que sea el daño ocasionado al agresor, o el que encuentra un extraño dentro de su hogar, siempre que en este último caso no se justifique su presencia allí y que el extraño oponga resistencia".

Hay que anotar, que se trata de una presunción legal, que por lo mismo admite prueba en contrario, esto significa que el presunto agresor puede demostrar en su descargo que

no se dió ninguno de los requisitos exigidos para la estructuración de la figura, con lo que destruiría la presunción que aún para el supuesto agredido.

Podemos ver claramente en el texto de esta figura que fué creada específicamente para proteger intereses del orden patrimonial cuya inminente lesión se supone por el solo hecho de que alguien pretenda entrar en el hogar ajeno o se encuentre ya en el.

El análisis de esta norma prevé dos hipótesis, la primera que podríamos llamar "rechazo del asaltante nocturno" y la segunda "rechazo del extraño en el hogar".

3.1.4.1 Rechazo del asaltante nocturno

Para que esta hipótesis configure presunción de legítima defensa se requiere de los siguientes presupuestos:

" Que un sujeto escale, o fracture cercas, paredes, puertas o ventanas". Escalar es subir valiéndose de escalas o de cualquier punto de apoyo; fracturar es romper o quebrar una cosa; el escalamiento se refiere a paredes, muros o vallas y la fractura, o puertas a ventanas.

" Que la acción precedente se cumpla sobre casa de habitación

o sus dependencias" "aque se entiende por dependencias, las estaciones adyacentes o aquellas normalmente destinadas a habitación. como cocina, baño, cuarto del servicio o garaje".

" Que el hecho ocurra de noche; la nocturnidad es circunstancia favorable a la comisión de ilícitos; el natural sobre salto que una incursión nocturna de esta naturaleza produce en los habitantes de la casa, explicaría el privilegio que laley concede a sus ocupantes para rechazar violentamente al intruso"

" Ilimitada magnitud de la defensa; "la ley no exige en este caso proporcionalidad alguna entre ofensa y reacción; por el contrario, señala que la defensa es justa" cualquiera que sea el daño ocasionado al agresor, " aúnque ilimitado ámbito de lamento la imposibilidad en que se encuentra el ocupante del inmueble para precisar, así sea subjetivamente, el alcance del peligro que implica la conducta del asaltante.

3.1.4.2 Rechazo del extraño en el hogar

Extraño es toda persona ajena a la familia, pero en este caso, además de ajena al núcleo familiar ha de ser un sujeto extraño en todo sentido, esto es, en todo eso que en conjun-

to constituyen el vínculo social de las personas, entre sí en la vida de relación. De suerte, que no apenas extraña, sino altamente alarmante ha de ser la penetración de este intruso en la casa de habitación o en las dependencias inmediatas a éstas. En semejantes circunstancias, la entrada del insólito, visitante ha de causar la impresión de que se propone delinquir, presento que nada implica su presencia allí.

" Que no se justifique su presencia allí, " este es muy importante, todo que la presunción de legítima defensa opera respecto del intruso que penetra indebidamente en la morada ajena. Por modo, que si el extraño tuviere razón alguna para estar allí, porque se tratare de algún vigilante que se preocupará por la seguridad de la casa de habitación, o de algún miembro del cuerpo de bomberos que entrare equivocadamente, porque hubiere sido llamado con urgencia para controlar un conato de incendio en una de las casas del sector, y en fin, de alguien que no entrare con finalidad delictuosa, o por cualquier otro motivo, pero que en todo caso pudiere justificar su presencia en el lugar privado de que se trate, no podrá ser rechazado en la forma contemplada en la disposición que comentamos. Consecuentemente, el dueño del lar no estaría amparado por la presunción de la legítima defensa, desde luego que no se enfrentaría a ningún ataque contra su seguridad.

UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA
DE MÉXICO

" Que el extraño oponga resistencia, para la configuración de esta priviligiada causal no basta que la presencia del extraño sea injustificada, es necesario, además, que oponga resistencia, vale decir, que adapte actitud activa o pasiva que evidencie propósito de resistencia, la naturaleza e intensidad de esta resistencia determinará la magnitud de la redacción, lo que significa que, a diferencia de la causal anterior, se requiere en ésta la proporcionalidad exigida para la legítima defensa ordinaria.

Dado que en esta segunda hipótesis el código no exige circunstancia de nocturnidad, es legítimo el rechazo violento del extraño aún en horas del día, siempre que, desde luego, se reúnan los demás requisitos ya estudiados.

3.1.4.3 Offendiculae

La constitución y las leyes colombianas, lógicamente consagran y defienden el derecho de propiedad, Para señas el Código Penal dedica un título especial, el XIV Delitos Contra el Patrimonio Económico, para describir y sancionar los hechos punibles, que atentan contra ese derecho. Todo, como consecuencia del artículo 30 de la carta que dice: "se garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquirido con justo título con arreglo en las leyes civiles, por personas naturales o jurídicas, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por las leyes posteriores".

Por su parte, el Código Civil, artículo 669, reza: " el dominio (que se llama propiedad) es el derecho real en una cosa corporal para gozar y disponer de ella arbitrariamente, no siendo contra la ley o contra derecho ajeno".

En la doctrina se conocen con el nombre de offendiculae o medios mecánicos predispuestos, ciertos elementos o artefactos colocados para defender la propiedad,y que generalmente consisten en cercas, fosos, vidrios colocados en los muros, cercas electrizadas, aparatos explosivos, armas que disparan en ciertas circunstancias, etc.

Sin embargo, me parece que cuando se utilizan tales mecanismos definitivos, la lesión causal se justifican siempre que exista cierta proporcionalidad entre el medio utilizado y la naturaleza del bién jurídico que resulta vulnerado. Violará ésta exigencia quien, so capa de proteger su inmueble, colocarse armas de fuego aptas para matar al primer intento violatorio de la propiedad.

3.1.5 Diferencias entre estado de necesidad y legítima defensa.

Sin dejar de reconocer las similitudes que existe entre estas dos instituciones jurídicas (ambos son causales de exclusión del delito por ausencia de antijuricidad y en ambos

se pretende defender intereses personales propios o ajenos), podemos anotar algunas diferencias fundamentales entre ellas:

1. En la legítima defensa el sujeto se protege atacando a quien injustamente ejerce violencia sobre él, en el estado de necesidad, en cambio, no existe una fuerza que se opone a otra para eliminarla sino una acción que evita el daño durante el sacrificio de un derecho ajeno.

2. Mientras que en la legítima defensa el sujeto pasivo pudo no haber ocasionado el peligro y ser, por lo mismo completamente ajeno a él.

3. A tiempo que en legítima defensa solo es posible reaccionar contra las personas, en el estado de necesidad se puede ejercer violencia aún contra animales y cosas.

4. La legítima defensa requiere agresión injusta, en tanto que en el estado de necesidad no se da la nota de la injusticia, basta la existencia de un peligro inminente.

5. Obsérvase que en el Código Penal de 1.936 en la legítima defensa la violencai puede ser de cualquier entidad leve o grave mientras que en el estado de necesidad el peligro tiene que ser grave.

6. En la legítima defensa la causa del peligro es una persona que ataca sin derecho; en el estado de necesidad es obra de la casualidad, de un fenómeno telúrico, (inundación, terremoto), de lo fortuito, o de persona diversa de la que sufre la lesión.

7. En la legítima defensa se enfrentan el derecho de un injusto agresor al derecho de un agredido que reacciona legítimamente; en estado de necesidad se trataba de un conflicto dos derechos igualmente legítimos.

8, La legítima defensa exonera de responsabilidad penal y civil, en tanto que el estado de necesidad deja vivo la obligación civil indemnizatoria (artículos 30 C. de P.P).

9. El estado de necesidad plantea un conflicto de derechos, de deberes o entre derechos y deberes, mientras que la legítima defensa solamente evidencia un conflicto de derechos.

3.1.6 La legítima defensa en el nuevo código

Todos los hechos contemplados en el artículo 25 del C.P. son conformes con el derecho, no son punibles. Entonces, la defensa de que trata del ordinal cuarto de esa disposición es jurídica en el epíteto, que. por su naturaleza le corresponde. De manera que el ejecutivo- legislador ha usado la

voz legítima como sinónima de jurídica. De otro modo no podría ser.

Pero siendo ello así, estimamos que la expresión legítima defensa es "llover sobre mojado" porque en tratándose de la defensa de un derecho contra agresión antijurídica, aquella no ha de ser jurídica. Por consiguiente basta, que la segunda parte del ordenal que comentamos expresa: " se presumé que la defensa en quien rechaza al extraño)...

3.1.6.1 Legítima defensa propiamente dicha

El nuevo Código Penal justifica la conducta de quien vulnera el interés jurídico de otro " por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra injusta agresión actual o inminente, siempre que la defensa sea proporcional a la agresión".

Aparte de una mejor redacción del texto, solo cabe mencionar dos preciciones a saber: la acertada sustitución de la palabra "violencia" por la de "agresión", significación esta que ya veníamos dando a aquella demasiado amplia expresión, y agregando de "inminente" a la agresión actual, extensión que doctrinal y jurisdiprudencialemente había sido aceptada.

3.1.6.2 La legítima defensa privilegiada

La nueva codificación penal refunde en una sola fórmula las precedentes figuras del rechazo al asaltante nocturno y al extraño en el hogar, aunque lo correcto, a nuestro juicio, hubiese sido suprimirlos por artificiosas, inútiles y peligrosas.

El texto de la institución unificada dice:"Sepresume la legítima defensa en quien rechaza al extraño que, indebidamente, intente penetrar o haya penetrado a su habitación ondependencias inmediatas, cualquiera que sea el daño que le ocasione.

Sus requisitos son, pués, los siguientes:

a. Que el agente rechace a un extraño;

b. que el extraño intente penetrar o haya penetrado a la propia habitación o a sus dependencias inmediatas;

c. Que la acción del extraño sea indebida;

d. Amplitud ilimitada de la reacción.

Conforme a estas exigencias el rechazo al extraño puede pro-

[illegible]

ducirse en dos momentos: aquel en que va a dar comienzo o ha iniciado ya el proceso de introducción al propio hogar o a sus dependencias inmediatas (antejardín, corredores, patios. garajes, cuartos del servicio), y aquel en que ya se encuentra en uno de esos lugares.

La acción del extraño ha de ser indebida, es decir contraria a derecho, sin facultad legal.

La ilimitada magnitud de la reacción constituye como ya se indicó al examinar esa modalidad en el Código de 1.936, autorización legal para que el habitante o morador afectado pueda oasionar al extraño cualquier daño, incluso darle muerte; desaparece, así. Expresamente por mandato legal el requisito de la proporcionalidad, con todos los abusos que ello acarrea.

3.2 ESTADO DE NECESIDAD

El estado de necesidad es la situación en la cual se encuentra una persona que no puede razonablemente salvar un bién, un interés o un derecho por la comisión de un acto que estuviera desprovisto en las circunstancias que lo rodean, será delictuoso. Supone una colisión de intereses o aún de deberes de los cuales se tiene conciencia, o por lo menos subconciencia.

Y ello, porque de no ser así, los dos perictitarían. En el estado de necesidad no hay lugar para que ninguna de los dos sujetos, titulares de los derechos contrapuestos, puedan dilucidar a cerca de si es posible o no evitar la ruina del otro valor jurídico, ya que la situación que se presenta reviste tales características que el peligro de que perezcan vienes, si el titular de uno de ellos no actúa sin dilación para salvar su propio interés, determina al fin de la conducta de aquel sujeto, que a la postre resulta ileso, pero a costa del derecho ajeno.

El estado de necesidad puede presentarse no solo con los derechos pertenecientes al sujeto- agente, si no con los de otra persona, tal como lo expresa el ordenal 5o. del artículo 29 del C.P, el cual reza: " por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno, de un peligro actual o inminente, no evitable de otra manera, que la gente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar".

La figura que estudiamos exige, que los derechos enfrentados sean pariguales. O que el incólume sea superior al sacrificado.

3.2.1 Fundamentos

Son muchas las tesis que han ensayado las doctrinas para ex-

plicar la razón de ser de este fenómeno. Para una breve explicación del tema, agregamos las tres teorías en tres corrientes generales de opinión:

1. El estado de necesidad está fuera del derecho. El fundamento de este punto de vista es este: el derecho, es, a fin de cuentas la organización racional de la vida social.

Dicha organización cuenta con la aceptación voluntaria de todos los coasociados; en eso estriba su fuerza vinculante. Y el resultado saludable de ese consenso es la convivencia o consistencia pacífica de la totalidad de los miembros del conglomerado social. Pero, cuando esa convivencia se altera abruptamente por la colisión de los derechos igualmente importantes desaparecen, ipsofacto, las condiciones básicas para que impere el derecho. Y así, la situación que se presenta queda fuera del ordenamiento jurídico.

2. El estado de necesidad se justifica por razones subjetivas; fué provablemente Kant quien inicialmente defendió este punto de vista como quiera que el hombre sostiene este autor- tratando de evitar un mal inmediato. no se preocupa del mal mediato (pena) que su acto genera, la sanción que se establezca carece en absoluto de finalidad, y una pena inútil e injustificable.

3. El estado de necesidad es intrínsicamente justo; Hegel defiende esta proposición con el argumento de que no permitir a un individuo salvaguardiar su vida en peligro, sería negarle de un golpe todos sus derechos.

Modernamente se afirma que el fundamento de esta causal varía según la naturaleza jurídica de los bienes en conflicto; así si el bién sacrificado es menor del que se amenaza el hecho es lícito por falta de antijuridicidad; y si los bienes en conflicto son de igual valor, el hecho, siendo ilícito, no es posible por falta de culpabilidad.

3.2.2 Requisitos

Señala el numeral 3o. del artículo 25 del C.P. de 1.936 que el hecho se justifica cuando se comete "por la necesidad de salvarse así mismo o de salvar a otro de un peligro grave e inminente contra la persona, no evitable de otra manera, que se haya causado por obra propia, y que no debe afrontarse por obligación profesional".

De conformidad con esta disposición, son requisitos del estado de necesidad los siguientes:

3.2.2.1 Que exista peligro contra la persona

Por peligro debemos entender un acontecimiento de tal naturaleza que de verificarse habrá de ocaionar lesión de un interés propio o ajeno. Aunque ordinariamente el hecho que genera peligro, es resultado de un acontecimiento natural (terremoto, incendio, huracán, etc), puede también ser ocasionado por obra humana. Siempre que en esta hipótesis no se trate de actividad dirigida sobre quien luego reacciona sobre ella.

El concepto de persona que utiliza la norma debe entenderse en sentido amplio, de tal manera que comprenda todos aquellos bienes jurídicos que son atributos suyo; tales la vida, el honor, la propiedad, obraría así, conforme a derecho, quien para evitar la propagación de un incendio que ha estallado en su casa, ocasiona daño a la del vecino.

No solo es lícita la conducta de quien actúa para evitar daño a su persona sino la de quien lo hace con el propósito de tutelar los intereses de un tercero, amenazadas por peligro que reúna las características legalmente exigidas.

3.2.2.2 Gravedad, inminencia e inevitabilidad del peligro

Un peligro es grave cuando implica destrucción o daño considerable a la persona o los bienes a ella ligados, como cuando s ecorre el reisgo de perder la vida o de sufrir ostensi-

ble detrimento la propiedad. No sería grave el peligro, y por ende, habría de calificarse como ilícito la conducta de quien da muerte a un león que desde su jaula da signos de la ferocidad que le es característica.

El peligro debe ser inminente, es decir, en potencia de actualizarse de un momento a otro, puede ocurrir también que se haya actualizado, como cuando dos náufragos se aferran a una misma tabla que no permite sostenerlos a ambos, en esta hipótesis debe aclararse que la licitud de la conducta del actor depende de que el peligro no haya pasado.

La inevitabilidad los otros requisitos del peligro; inevitable es aqullo a lo cual no es posible eludir; téngase en cuenta que como no se trata de reaccionar contra un injusto agresor sino del culnerar interés de persona inocente, ila lesión que se ocasiona debe constituír la última ratio para liberarse del peligro; por lo mismo, la fuga incluso, de ser posible, e idónea para evitar el peligro, debe preferirse a la agresión.

3.2.2.3 El peligro no debe haberse causado por obra propia

Hemos dicho que el peligro ordinariamente tiene origen en fenómenos naturales, pero también puede haber sido ocasionado por acción u omisión humana, siempre que en este últi-

mo caso no se trate de conducta lesiva designada contra persona o cosa.

El legislador puntualiza a este respecto que si el peligro proviene de un comportamiento del propio actor, no se legitima su conducta cuando para evitarlo o repelarslo causa daño a otro.

3.2.2.4 El peligro no debe ser de aquellos que han de afrontarse por obligación profesional

Hay ciertas profesiones u oficio que, por su especial naturaleza, implican para quien los desempeña la exposición a peligros que no pueden aludirse; se cita comunmente el caso del capitán de la nave que no podría alegar esta justificante si logra salvarse de un naufragio a costa de la vida de sus pasajeros, o la del bombero que en un incendio sacrifica la vida de una persona para salvar la suya.

Debe aclararse que este deber jurídico de afrontar el peligro no es absoluto ni ciego; es necesario tener en cuenta la calidad de los bienes puestos en conflictos, si la desproporción entre ellos es ostenible, no podría exigir al obligado que se inmole. Para salvar cosa mueble en un incendio, por ejemplo no podría pretenderse que un bombero sacrifique su vida, ni que un marino renuncie a la suya por

rescatar mercancía perdida en un naufragio.

3.2.2.5 Adecuación entre el peligro corrido y la conducta del agente.

Aunque este requisito no aparece taxativamente exigido en el estado de necesidad, como sí ocurre para la legítima defensa. es indudable que una cierta proporcionalidad debe existir entre la acción ejecutada para salvarse a sí mismo a a otro y la entidad del peligro que se afronta.

Es claro que este problema se plantea básicamente en los casos en que hay una formal equivalencia de bienes en conflicto, porque cuando el interés amenazado es superior al que se lesione(se causa daño a la propiedad ajena para salvar la propia vida) la cuestión se desplaza a un plano básicamente cuantitativo, para examinar hasta donde era necesario la magnitud del daño causado con el fín de salvaguardar el interés personal amenazado.

3.2.3 El estado de necesidad en el nuevo Código Penal

Señala el numeral 5o. artículo 29 del Código Penal que el hecho se justifica cuando se comete "por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, no evitable de otra manera, que el agente no haya

causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar".

Son requisitos del estado de necesidad, los siguientes:

a. Peligro actual o inminente para un bien propio o ajeno

Al contrario de lo que sucede en la legítima defensa en el estado de necesidad el peligro no proviene de una agresión ejercida por un ser humano contra quien invoca el derecho o contra bien, sino de una situación originada en las circunstancias de hecho creadas por las fuerzas de la naturaleza o por acciones humanas inculpables.

El peligro es toda situación que tiene potencia causal para destruir, disminuír o amenazar un bien propio o ajeno y debe apreciarse por el juez teniendo en cuenta las particulares circunstancias en que se halla la persona cuando actúa, por los demás, los criterios estudiados en relación con la agresión en la legítima defensa sirven para evaluar la actualidad o la inminencia de ese peligro.

Conviene advertir que el Código suprimió la calificación del peligro (grave) que contenía el anterior. No quiere decir ello qeu no deba presentar caracteres de gravedad, sí no que ese concepto es relativo y existe siempre en todo

conflicto de intereses jurídicos. De otra parte, cuando el artículo 30 sanciona el exceso, implícitamente exige que haya una relación de equivalencia entre el bien en peligro y el que se sacrifica. Finalmente, si no puede eliminarse sino con el ataque a un derecho, no importa de que magnitud pueda ser. pues basta lesionar o destruir un derecho cualquiera.

b. Inevitabilidad del Peligro

Este requisito dice relación a la "necesidad de proteger un derecho", de que habla el Código tanto para la legítima defensa como para el estado de necesidad. La circunstancia de que el mal amenazado no sea evitable por medios inofensivos, crea precisamente la necesidad de destruir un bien jurídico ajeno (necessitas non habet legem), necesidad razonable, vale decir, acorde con el común modo de ser y determinarse de los seres humanos.

c. Que el peligro no haya sido acusado por el agente intencionalmente o por imprudencia

También en este punto se presentaban, según el Código anterior, algunas discrepancias doctrinarias. Para algunos por "obra propia" debe entenderse tanto la que el sujeto ha ejecutado dolosamente como la que ha producido por cul-

pa. Desde luego, el caso fortuito y la fuerza mayor quedan excluídos de este concepto.

d. Que el peligro no deba afrontarse por deber jurídico

Hay ciertas actividades, profesiones u oficios que por su misma naturaleza implican un riesgo o peligro prácticamente permanente, y es natural que quienes se dedican a esas actividades no puedan invocar la situación peligrosa para ofrecer bienes ajenos con el fin de salvarse ellos mismos. La obligación de afrontar el peligro puede derivarse de una norma jurídica, de un reglamento o de una simple relación contractual. Así ocurre con los médicos, que tiene el deber de soportar los peligros que dimanan de la atención de ciertos pacientes afectados de enfermedades contagiosas; los soldados que tienen el deber de ir a la guerra y de afrontar en ella el peligro de morir, etc. Importa anotar que la circunstancia de que las personas dedicadas a determinadas profesiones tengan que afrontar los peligros ínsitos en ellas, no quiere decir que en ningún caso puedan acudir al estado de necesidad para salvarse.

e. Que exista proporcionalidad entre el mal causado y la necesidad

Como en el estado de necesidad, la acción se dirige contra

un tercero inocente, el juicio sobre la proporción debe ser más riguroso que en la legítima defensa; quien está en peligro debe comportarse con la máxima moderación.

f. Diferencias entre la Legítima Defensa y el Estado de Necesidad.

En ambas instituciones jurídicas se trata de una evidente situación de necesidad de salvarse o de salvar bienes o intereses propios o de terceros. Pero existen entre ellas algunas diferencias sustanciales:

1. En la legítima defensa existe un conflicto de intereses, uno de los cuales es ilegítimo puesto que pertenece al agresor, mientras que en el estado de necesidad el conflicto se presenta entre los bienes o intereses igualmente legítimos, supuesto que no hay agresor alguno.

2. Como consecuencia de lo anterior, la actividad de quien se defiende es una reacción de repulsa contra una agresión injusta, mientras que la acción de quien obra en estado de necesidad se dirige contra persona, bienes o intereses legítimos e inocentes, en forma tal que ante el derecho cualquiera de las dos personas cuyos bienes se han colocado, incidentemente en conflicto puede ejercer la actividad salvadora.

3. En el Derecho Moderno se admite en algunos casos la Legítima Defensa del Provocador.

Es decir, es permitida la reacción ejecutada por quien dió lugar al peligro, mientras que en el estado de necesidad no es admitible para quien voluntariamente o por imprudencia ha creado la situación peligrosa.

4. Estructuralmente la legítima defensa es inconcebible frente al delito culposo.

Puesto que este se presenta siempre como imprudencia o negligencia, y jamás una situación psicológica de ésta índole puede constituir "agresión" para otra persona o para su honor a sus bienes, mientras que el estado de necesidad opera tanto para los delitos dolosos como para los culposos (obrar sin negligencia y cuidado exigido por la ley, en virtud de una situación de peligro no evitable de otra manera, y ocasionar con ello un daño a tercero).

3.3 CUMPLIMIENTO DE UN DEBER Y EJERCICIO DE UN DERECHO

Se habla de "cumplimiento de un deber" para efectos penales cuando alguien se comporta de cierta manera porque una norma jurídica así lo ordena o autoriza, o una orden vinculante de autoridad se lo impone, en razón de su oficio

o calidad, o por su situación de subordinado. Ejercer un derecho quien desarrolla actividad que la ley tutela expresa o implícitamente.

El numeral 1o. del Artículo 25 del C.P. de 1936, dice: "el hecho se justifica cuando se comete por disposición de la ley u orden obligatoria de la autoridad competente".

3.3.1 La Disposición Legal

Cuando alguien en cumplimiento de mandato legal ejecuta hechos lesivos, su conducta no es antijurídica porque un interés social superior -el de la colectividad- exige que los deberes que la ley considera necesarios para la vida de relación sea cumplida aún en el caso de que vulnere bienes jurídicos individuales.

Muy bien hemos sabido, que cuando entran en conflicto bienes sociales e intereses particulares, deben primar aquellos.

No procede en consecuencia, ante jurídicamente el agente de policía que conduce a la cárcel a persona legalmente detenida aúnque tenga que utilizar la fuerza para vencer la resistencia que se le oponga; ni el testigo que anteponer revela hechos verdaderos pero decimos el buen nombre

de una persona; ni el Juez que practica allanamiento, de inmueble, a pesar de que estos casos se han violado el bien jurídico de la integrinidad y autonomía personales, de la honra y de la inviolabilidad del domicilio, respectivamente; y no hay antijuridicidad en tales actos porque normas legales vigentes los autorizan e incluso preven sanciones en caso de que no se acaten.

También caben dentro de la causal que estudiamos la conducta del padre que castiga a sus hijos; ese es el llamado derecho de corrección , facultad que se explica como consecuencia del deber que los progenitores tienen de educar y formar a sus hijos , artículo 262 del C.C. El término ley empleada por el artículo 25 del C.P. debe entenderse en sentido lato como disposición "de carácter general emanada de un poder público dentro de la esfera de sus atribuciones", por lo que han de tomarse como leyes bajo este respecto no sólo las que emanan del Congreso, sino también los decretos, ordenanzas, acuerdos y reglamentos.

3.3.2 La Orden de Autoridad

La orden debe entenderse como aquella manifestación de voluntad que un superior dirige a su inferior jerárquico para que éste tenga determinado comportamiento, haga u omita algo.

Para que pueda hablarse de orden en sentido jurídico debe existir una relación de jerarquía pública entre dos personas: una que manda y otra que obedece; así, pues, no puede considerarse como orden para efectos penales, la que proviene del padre hacia el hijo dependiente, porque ella no es pública, sino privada y, por lo mismo, carece de fuerza, vinculante, requisito este indispensable para eliminar la antijuridicidad del hecho.

3.3.2.1 Que la Orden Provenga de Superior Jerárquico

Entre la persona que da la orden y aquella que la obedece debe existir una relación de dependencia oficial o pública, de tal manera que la segunda pueda considerarse como subalterna de la primera; así, el Alcalde es superior jerárquico de la Policía dentro de los límites de su Municipio.

3.3.2.2 Que el Superior sea Competente para Emitirla

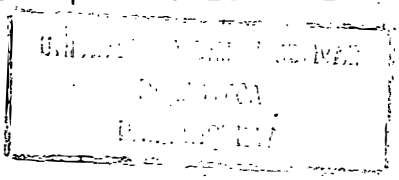
Significa este requisito, que la autoridad que da la orden tenga dentro de sus atribuciones la facultad de proferirla; un oficial de policía, por ejemplo, no podría ordenar la libertad de una persona judicialmente detenida porque esa orden no cabe dentro de las facultades propias de su cargo.

3.3.2.3 Que el Inferior debe Obedecerla

Debe tratarse de una orden que el inferior esté obligado a cumplir; en términos generales, el subordinado debe obedecer las órdenes que sea legítima, entendiendo por tales las que estén previstas en el reglamento orgánico de la institución o en cualquiera otra disposición legal, las que no violen principio constitucional es referibles a la persona (Art. 21 C.N.) y las que no sean ilícitas. No es concebible que una autoridad pública tenga dentro de sus funciones la de ordenar comisión de hechos delictuosos; si tal ocurre estaría extralimitando en el ejercicio de ellas e incurriría en irresponsabilidad (Art. 20 C.N.)

3.3.2.4 Que sea dada con las formalidades legalmentes previstas

La orden debe ser dada con el lleno de los requisitos señalados en la Ley o reglamento; cuando tales presupuestos no se hayan observado, la orden no obliga al inferior; por manera que un agente de Policía no estaría obligado a cumplir orden de detención , le fue verbalmente impartida por un Juez, como que la ley imponer para este caso formalidad del escrito firmado por el funcionario respectivo (Art. 426 del C.P.P.), esto no significa, que a nuestro juicio, que el subalterno tenga potestad para valorar la



oportunidad, mérito o conveniencia de la orden, porque esa operación intelectiva no le competente, sin que su obediencia debe estar condicionada la legitimidad formal de la orden.

Cuando se han cumplido los requisitos anteriormente descrito, el inferior que ejecuta la orden no es responsable aún en el caso de que ella corresponda a un tipo delictivo: la responsabilidad penal recaerá entonces en el superior que dió la orden; cuando por el contrario, la orden se cumplió sin el lleno de los requisitos y ella determina la comisión de un delito, serán penalmente responsables, tanto el superior que lo impartió , como el inferior que la obedeció.

3.3.3 La Orden entre Militares

Señala el inciso 2o. del Artículo 21 de la Constitución Nacional que los Militares en servicio activo que obedecen una orden aún manifiestamente contraria a un precepto constitucional en detrimento de alguna persona, no serán responsables. "Respecto de ellos la responsabilidad recaerá únicamente en el superior que da la orden".

La expresión "Militares" excluye a las fuerzas de policía; así lo decidió la Corte Suprema de Justicia, al declarar

inexequible el Artículo 2o. del C. de P.P. en cuanto a la frase "y los miembros de los cuerpos armados en servicio".

Aquí llegamos a concluir al analizar la norma estudiada. que aún el militar tiene la facultad y el deber de examinar si la orden proviene de su superior jerárquico, en ejercicio de sus funciones si no reune estas condiciones debe abstenerse de obedecerla y si la cumple incurrirá en responsabilidad penal en cuanto la orden haya desembocado en la realización de hecho punible; si, en cambio, la orden proviene de autoridad militar competente, pero es ilícita, puede rehusarse a obedecerla, pero si la cumple, no incurre en responsabilidad, por mandato constitucional.

Será igualmente responsable el subalterno que cumple una orden militar a pesar de percatarse que la circunstancia que determinaron su expedición han variado en tal forma que su obedecimiento producirá resultado ilícito contrario al que tuvo en cuenta para proferirla, cítase a este respecto el caso del militar que en el momento de cumplir la orden que le dió su comandante de bombardear una posición enemiga, se percata que ha sido tomada por sus compañeros de armas, y a pesar de ello, la ejecuta.

3.3.4 El Ejercicio de una Profesión

Esta es otra situación que está contemplada en la C.N. en su artículo 39 donde garantiza el derecho al libre ejercicio de profesión y oficio, en efecto, el Estado, por intermedio de entidades especializadas (universidades, escuelas superiores e industriales, etc.) otorga al particular que ha llenado los requisitos académicos pertinentes títulos que le autoriza para el ejercicio de una determinada actividad profesional; este título implica la facultad de ejecutar aquellos actos necesarios para el logro de los fines propios de la respectiva profesión, aún en el caso de que la realización de tales fines ocasione lesión de bienes jurídicamente protegidos.

En tales condiciones, el abogado que en un alegato se ve precisado a exponer hechos que lesionan el honor o la forma de un tercero, no ejecuta acción antijurídica; ni el periodista que publica información lesiva de la reputación de una persona, siempre que la noticia sea verídica y ofrezca interés público; tampoco los operarios industriales que ejecutan actividad peligrosa dentro de los límites de seguridad legalmente previstos.

La ilicitud de la conducta del médico que al efectuar una intervención quirúrgica ocasiona lesiones o la muerte del

paciente, ha sido materia de enconada polémica doctrinal.

3.3.5 La Actividad Deportiva

La práctica deportiva constituye igualmente manifestación de un hecho reconocido y reglamentado por el Estad; autorizado por la Constitución (Art. 39) y desarrollado en normas reglamentarias especializadas, si del profesionalismo se trata, o simplemente permitido y aún auspiciado y protegido oficialmente en el caso del deporte aficionado. Por las mismas razones expuestas en el acápite precedente, es dable ubicar este fenómeno entre las causales de justificación penal.

Es claro que la cuestión penal se plantea fundamentalmente en aquellos deportes que llevan consigo empleo más o menos violento de fuerza muscular y que suponen individualidades o bandos contendientes (boxeo, lucha libre, fútbol. etc). Si de tales actividades resulta algún daño en el cuerpo o en la salud para un deportista, la responsabilidad penal de quien lo ocasionó queda excluída por falta de antijuridicidad, pues la lesión sufrida en estos casos es en consecuencia ordinaria de la actividad deportiva, siempre que el reglamento respectivo no se haya infrigido,es decir, siempre que el agente (deportista) haya ajustado su conducta a las reglas del juego.

De lo contrario su comportamiento caerá, por violación del reglamento deportivo, en el terreno de la infracción culposa.

3.4 CUMPLIMIENTO DEL DEBER Y EJERCICIO DE UN DERECHO EN EL NUEVO CODIGO

Esta materia está regulada con más precisión en el nuevo estatuto penal, que destina tres numerales de su artículo 29 para el tratamiento separado de los fenómenos del cumplimiento del deber, obedecimiento de orden legítima y ejercicio de un derecho.

3.4.1 Cumplimiento de un Deber Legal

El numeral 1o. del Artículo 29 dispone que el hecho se justifica cuando se comete "en estricto cumplimiento de un deber legal". Lo que hasta ahora había sido construcción doctrinal en torno a la vaga expresión legislativa "disposición de la ley" utilizada por el Código Penal de 1936, se convierte en expresa causal de justificación. Lo que de ella se dijo anteriormente sigue siendo válido. Solamente destaquemos el énfasis puesto por el Legislador de 1980 sobre la estricta forma como ha de cumplirse el deber legalmente impuesto, rigorismo explicable para evitar eventuales abusos que harían incurrir al agente en exceso punible.

3.4.2 Cumplimiento de Orden de Autoridad

Señala el numeral 2o. del Artículo 29 que el hecho se justifica cuando se comete "en cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales".

Aunque las explicaciones que se dieron en precedencia sobre esta figura en el Código de 1936 , son igualmente válidas para esta, no sobra precisar sus requisitos así:

- Que la orden provenga de superior jerárquico.
- Que el superior sea competente para emitirla.
- Que sea legítima.
- Que el inferior deba obedecerla.
- Que sea dada con las formalidades legales.
- Que exista proporcionalidad entre lo ordenado y lo cumplido.

El Código Penal de 1936 hace énfasis en la obligatoriedad de la orden,éste en cambio, destaca su legitimidad, aunque la institución misma presenta caracteres sustancialmente idénticos en ambas codificaciones.

3.4.3 Ejercicio de un Derecho

Conforme al numeral 3o. del Artículo 29, el hecho se justifica cuando se comete "en legítimo ejercicio de un derecho, de una actividad lícita o de cargo público".

Esta causal comprende tres hipótesis: la primera se refiere al ejercicio legítimo de un derecho (derecho de corrección, de retención entre otros), la segunda , al ejercicio igualmente legítimo de una actividad lícita, referida a una profesión (medicina, abogacía, etc.) a un oficio (anestesiólogo, auxiliar de enfermería, etc.) o al deporte (boxeo, fúbol, etc.) y la tercera al ejercicio legítimo de un cargo público (Juez, Alcalde, Inspector de Policía, etc.)

Aunque, en esencia, la actividad lícita queda enmarcada dentro del ejercicio legítimo de un derecho y el cargo público apunta a quien en desarrollo del mismo cumple deberes legales y ejercita, al propio tiempo, derechos legítimos, la separación normativa de estos fenómenos busca tal vez precisión conceptual respecto de cada una de ellos.

3.5 INTERVENCION DE LA FUERZA PUBLICA

Mediante el Decreto del Estado de Sitio (Art. 121 C.N.) el Gobierno Nacional creó una causal de justificación (Decreto 70 de 1978) que, examinada por la Corte Suprema de Justicia en pleno, fue declarada conforme a la Constitución en pro-

videncia del 9 de Marzo de 1978. Dicha causal que adiciona el Artículo 25 del Código Penal de 1936, dispone que el hecho se justifica cuando se comete "por miembro de la fuerza pública cuando intervenga en operaciones planeadas para prevenir y reprimir los delitos de extorsión y secuestro, y producción, procesamiento y tráfico de estupefacientes".

3.5.1 Que el Hecho sea realizado por Miembros de la Fuerza Pública

Como en todas las demás causales de justificación el hecho a que se refiere el Artículo 25 no es otro que el comportamiento suceptible de adecuarse al tipo penal; la concreta naturaleza del mismo dependerá sustancialmente de la clase de la actividad desplegada de la fuerza pública en relación con eldelito que pretende prevenir o reprimir; puede tratarse de lesiones personales, violación de domicilio, daño en casa ajena, etc.

Los "miembros de la fuerza pública" a que se refiere, la disposición, son aquellas personas que forman parte del ejército, la armada, la aviación, la policía, el departamento administrativo de seguridad o la aduana y tenga entre sus funciones específicas la de prevenir y reprimir los delitos precisamente señalados en dicha forma; más exacta-

BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

mente debe tratarse de aquellos miembros de la fuerza pública que ejerzan funciones de policía judicial (Art. 285/89 C.P.P.) como quiera que constitucionalmente (166) el Ejército Nacional se ha creado para defender a la nación y no para prevenir o reprimir delitos. Sus integrantes no quedan comprendidos en esta causal, a menos que actúen como funcionarios de policía judicial.

3.5.2 Que la Conducta se desarrolle como resultado de una Operación Previamente Concertada

En las actuaciones de la fuerza pública todo plan supone la intervención de una pluralidad de sujetos bajo la orientación de un superior, plantean varias soluciones posibles al problema que la información ofrece, anticipan los obstáculos que puedan presentarse y los resuelven teóricamente; en tal estado de la cuestión es sometida a superior que decide cual es la mejor solución; conforme tal se monta el operativo necesario para lograr el resultado que se busca, es decir; se prepara la ejecución misma de la acción; así es como debe plantearse las operaciones a que la norma en estudio hace referencia.

3.5.3 Que la ooeracion tenga por objeto prevenir o reprimir los delitos de extorsión, secuestros, o producción, procesamiento de estupefacientes.

Los conceptos de prevención y represión debe tomarse en sentido natural y relativo a la función legalmente a la policía judicial cuando actúa por propia iniciativa (art. 29 literal c, C. de P.P.); en este orden de ideas, el hecho se realiza para prevenir el delito cuando durante sus procesos ejecutivo (fase de tentativa) con el fin de impedir su consumación y se realiza para reprimirlo cuando actúan en el momento que se está consumando, o inmediatamente después es decir, en situaciones de flagrancia o cuasioflagrancia.

Esta finalidad preventiva o represiva de referirse exclusivamente a uno cualquiera de delitos expresamente indicados en la norma que comentamos., según la Corte Suprema de Justicia, los actos de la fuerza pública "tienen que ser adecuados a ese fin y la adecuación debe juzgarse objetivamente. Esto es, el juez tendrá que determinar si ellos podían producir los efectos que se dejan señalados,(los de prevenir y reprimir tales delitos), en caso afirmativo, la conducta se justifica. De lo contrario es punible ya en su totalidad según la forma prevista por el artículo 27 del Código Penal.

3.6 EL EXCESO EN LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION

El artículo 30 del C.P. reza: " el que exceda los límites propios de cualquiera de las causas de justificación, incurrirá en una pena no menor de la sexta parte del mínimo ni mayor de la mitad del máximo de la señalada para el hecho punible".

Los límites excedidos son los demarcados por la ley, la autoridad, el derecho o la necesidad. Y el expresado exceso ha de predicarse del comportamiento. Y que éste, en la parte de más ha de confirmarse a lo que dice el artículo 2o. del C.P. "para que una conducta sea punible debe ser típica antijurídica y culpable".

De lo expuesto sigue, que el hacer excesivo ha de adecuarse a una de las figuras descritas en el Libro Segundo del Código Penal. Además ha de ser lesivo de un derecho legalmente titulado, como lo dice el artículo 4o. ibídem: " para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga en peligro, sin justa causa, el interés jurídico titulado por la ley". Y finalmente culpable, tal como lo expresa el art. 35 ibídeu; "Nadie puede ser penado por un hecho punible, si no lo ha realizado con dolo, culpa o preterintención."

El exceso es doloso cuando se han superado voluntariamente y consientemente, con los medios empleados, los límites impuestos por la ley, la autoridad, o la necesidad; tal sería la hipótesis de quién, sabienda que con sus puños puede eficazmente contrarrestar la agresión de que es víctima, emplea arma de fuego con la que causa la muerte de su agresor.

Se hablará de exceso culposos cuando el autor supera, por negligencia. impericia o imprudencia, las mismas limitaciones ya indicadas; podría citarse el caso del experto nadador que ocasiona la muerte con fuerte golpe en la nuca a quien, en peligro de ahogarse a él se agarra desesperadamente, en forma tal que ambos corren inmimente peligro de perecer.

Con relación a la culpabilidad preteintencional, que como sabemos ha de producirse conforme estatuye el artículo 38 del C.P., que dice: "La conducta es preterintencional cuando su resultado, siendo previsible, excede la intención no excluye el dolo, y como este es incompatible con la figura del exceso, pensamos que el comportamiento excesivo preterintencional no es de recibo.

3.7 CAUSA EXTRA PENALES DE JUSTIFICACION

Aunque ordinariamente las causas de exclusión del delito por ausencia de antijuricidad están previstas en el Código Penal

(de esa naturaleza son las que hemos estrediado en precedencia), encuéntrase excepcionalmente hechos que, a pesar de corresponder a tipos penales, no objeto de reproche social dada la finalidad que sus agentes buscan obtener a las circunstancias en que se desarrollan su actividad, tales comoortamientos no han sido legalmente plasmados en fórmulas de justificación por el ordenamiento penal, pero normas generales de cultura recogidas por el constituyente, e incluso previstas en otros ordenamientos legales permiten formulación de juicio positivo de juridicidad.

Tales conductas han sido calificadas como causales extrapenales de justificación, y las llamamos así porque, no estando contempladas en el Código Penal, es viable y legítimo deducirlas de principios constitucionales o de preceptos legales diversas de los que conforman el ordenamiento penal (normas civiles comerciales, administrativas, etc).

Por lo demás, la falta de codificación de estas causales no sería obstáculo para su explicación, pues la cuestión se resolvería mediante el procesamiento de la analogía in bonam partem, ya explicado.

3.7.1 Consentimiento del sujeto pasivo

Este fenómeno, llamado también consentimiento del derecho-

habiente, consiste en aquella manifestación de voluntad la cual, quien es capaz de actuar renuncia a su interés jurídicamente protegido, del que válidamente puede disponer.

3.7.1.1 Que se trate de un derecho susceptible de disposición.

Ciertamente, el derecho que se deje al árbitro de otra persona, ha de ser necesariamente, de la clase de aquellos que el titular del mismo pueda disponer de él, sin que por ello se afecte la sociedad, vale decir, tiene que ser tan personal el derecho, que la protección estatal sea cosa subsidiaria, no esencial. A ese orden pertenecen la libertad sexual, libertad individual, propiedad y otros.

El derecho de la vida, no obstante su aparente individualidad, no es de libre disposición de su titular supuesto, que el Estado, en todo momento, demuestra especialísimo interés en su conservación como se desprende de los tipos penales de los artículos 326 y 327 del C.P., que sancionan la conducta del que participe en la muerte de una persona, aún con el consentimiento del occiso.

3.7.1.2 Que el consentimiento se otorgue previa y coetaneamente a la acción típica.

El consentimiento del derecho- habiente debe ser expresado antes de la consumación del hecho típico o por lo menos, ha de ser coetáneo con la verificación del hecho punible. Por lo anteriormente dicho, es evidente que el asentimiento expost facto no hace que delito desaparezca, sepuesto que de conformidad con el artículo 20 del Código Penal, "el hecho punible se considera realizado en el momento de la acción o de la omisión". A lo sumo, puede el sujeto del consentimiento, manifestado después del hecho, abstenerse de ejercer la acción civil, por ser privada. Pero la penal, una vez incoada, no puede deterner la decisión de la víctima o del sujeto perjudicado con el hecho punible, supuesto que como sabemos, es de orden público, y en ella finca su conato la sociedad.

3.7.1.3 Que la persona sea capaz de consentir

Como estamos frente a una manifestación de voluntad, quien la emite debe tener la capacidad jurídica necesaria para consentir, en consecuencia, la minoría de edad y enagenación mental, en términos generales, la excluyen.

Esto quiere decir, que si la disposición legal, a la cual adecúe su conducta el sujeto que se favorezca con el consentimiento, se deduce, que aquel no podía consentir, ningún efecto produce el hecho de que se consienta. Tal es el hecho

de que se consienta. Tal es el hecho punible contemplada en el tipo penal del artículo 303 del C.P.. "acceso carnal abusivo con menor de catorce años", del cual se colige, que aunque el menor preste su consentimiento para el acto venéreo, el sujeto activo comete ese delito, porque la víctima no puede asentir ese caso, precisamente.

3.7.1.4 Que el consentimiento sea voluntario y manifiesto

Quien consiente debe expresarlo mediante acto volitivo determinación es, por ende, inválido el consentimiento obtenido por error, dolo o violencia, ya que estos vicios anulan la eficacia de la declaración de voluntad.

La actitud del sujeto que consiente no debe ser puramente pasiva; es necesario qué su voluntad de consentir se manifieste, ya sea verbalmente o por escrito, o de cualquiera otra manera que permita deducir en forma clara su asentimiento (gestos, ademanes, etc).

Sin embargo, hay casos que en que el titular del derecho está impedido para comunicar su anuencia; y ello puede suceder, porque se halle en estado de inconsciencia; porque no puede estar presente en el lugar de los acontecimientos, o debido a otras razones. Entonces, en esas eventualidades, se han de apreciar las circunstancias especiales en el que

se encuentre el derecho-habiente, en orden de establecer, de manera inequívoca, alguna demostración que implique, que de no haber mediado tales dificultades, hubiese dado a conocer de modo protuberante su consentimiento. Este, por consiguiente, ya no se da expreso sino presunto.

UNIVERSIDAD SIMÓN BOLÍVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

4. LA INCULPABILIDAD

Nuestro Código Penal autoriza las causales de inculpabilidad en el artículo 40, las cuales son llamadas también por la doctrina culpabilidad negativa.

El estatuto penal de 36 adoptó sobre este artículo anticientífico, que actualmente ha sido corregido por el Código vigente; la presencia de una cualquiera de ellas trae como secuela la de que una conducta típica y antijurídica no constituye, sin embargo, delito por ausencia de culpabilidad.

4.1 CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR

Podemos definir el caso fortuito o fuerza mayor como aquel acaecimiento de origen interno o externos imposible de evitar aún en el caso de que sea previsible.

Estamos ante lo fortuito no solo cuando el hecho era imprevisible sino cuando a pesar de ser previsible, no podía evitarse ni siquiera con diligencia máxima. Una tormenta puede preverse, pero sus efectos nocivos son inevitables.

Si el resultado lesivo de ajenos intereses se originó por circunstancia fortuitas (el conductor de un vehículo sufrió súbita falla cardíaca y en tal virtud el automotor que guíaba atropelló a un peatón). En cuanto irresistible e imprevisible, no da lugar a responsabilidad penal por falta de la gente el evento producido. En concurrencias similares del hecho no puede imputársele el aparente autor como emanado de su propio siquismo porque no le pertenece en cuanto no resultado de operaciones intelectivas y volitivas creadas por su conciencia.

4.2 LA COACCION

El artículo 23 del Código Penal de 1936 señala que no hay lugar a responsabilidad Penal cuando el hecho se comete "por insuperable coacción ajena".

La coacción es el empleo de fuerza física o síquica sobre una persona para lograr de ella un comportamiento de acción o de omisión, que en otras circunstancias voluntariamente no realizaría.

Como se desprende de la definición anterior la coacción puede ser material o moral; la primera obra sobre el cuerpo y se concreta en lesiones a la integridad biológica del sujeto violentado; la segunda actúa sobre el siquismo y coarta

su libre determinación.

En el primer caso se emplea violencia para obligar al sujeto a obrar antijurídicamente, es una denominación brutal de la voluntad ajena en lo que el paciente, no teniendo posibilidad de actuar diversamente, se convierte en mero instrumento del coaccionador, quien obra longa manus, a través del coaccionado.

En el segundo caso se utiliza coacción síquica, es decir, amenaza de mal grave e inminente que afectará al sujeto pasivo o a personas allegadas aél, si no actúa como lo quiere el coaccionador. A diferencia de la modalidad anterior, en ésta la voluntad del individuo está presente pero no es libre en su elección, pues solo tiene ante sí una disyuntiva o bajo la presión que lo amenaza, implica, ejecuta el hecho delictuoso y se salva del peligro inminente, se niega a realizarlo y afronta el riesgo que la amenaza ciertamente.

4.2.1 Requisitos

4.2.1.1 Que la coacción provenga de otra persona

El Código habla precisamente de coacción ajena para indicar que la violencia debe provenir intencionalmente de otra persona, en forma tal que ha de haber un sujeto que quiera sos-

tener violentamente a alguien y a otro sujeto sobre el cual aquella violencia se materialice.

4.2.1.2 Que sea actual

La nota de actualidad implica que la violencia física o síquica se esté realmente desarrollando sobre el sujeto pasivo, mediante lesiones a su integridad física si de aquella se trata o por la presencia de la amenaza de un mal ulterior pero inminente en el caso de coacción moral.

4.2.1.3 Que sea insuperable

La coacción debe ser irresistible, ya porque el sujeto no puede vencerla tratándose de violencia física, ora porque no puede sobreponerse a ella cuando sea moral. Este concepto de insuperabilidad, es, desde luego, relativo a la personalidad del violentado, a su edad, y sexo, y, en general, a las circunstancias que hayan rodeado el hecho, habida consideración de que el derecho no puede exigir actos heróicos a sus coasociados.

Quien realiza un comportamietno típico y antijurídico bajo presión de contreñimiento material o moral no actuó con voluntad libre, no quiso el resultado antijurídico, pero ni siquiera la conducta que lo coaccionó; el hecho no es real-

mente suya porque no es producto de un acto soberano de su volutnad, quien realmente lo quiso y lo ejecutó por intermedio humano manejado por él, fué el coaccionador.

4.3 LA INCONSCIENCIA

Bien sabemos que para que un hecho pueden imputársele a alguien es necesario que lo haya querido, o, al menos, previsto lo que implica participación de la consciencia de su autor, cuando esta consciencia falta, la conducta desprovista, de contenido físico, deja de tener la relevancia jurídica, quien actúa en estado de inconsciencia no se da cuenta (la consciencia es un "dase cuenta") de la ilicitud de su comportamiento, y consecuencialmente, no puede responder de él por falta de culpabilidad.

E. C.P. de 1.936 señala en su artículo 23 numeral 1, que no hay lugar a la responsabilidad cuando el hecho se comete "en estado de sugestación hipnótica y patológica, siempre que el sugestionado no haya consentido previamente en cometerlo".

La sugestión, no consiste en la asestación de una idea sino en la realización de éste o de aquel, pues se trata de un proceso esencialemente sicomotor. Los gestionados son ejecutores

sin control de la voluntad agena.

4.3.1 Sugestión hipnótica

Es un estado de vela disfrazado de sueño, es decir, un estado de sueño sicomático ligado a un estado de vigilancia intelectiva y emotiva.

Tal estado puede ser provocado por el propio sujeto, en cuyo caso se habla de autohinopsis, o por otra persona y entonces estaremos a heterohipnosis.

En este segundo caso se establece una relación de independencia entre el hipnotizador e hipnótizado que le permite a aquél sujerir u ordenar determinado comportamiento a éste.

Pero, ¿puede un sujeto, en estado hipnosis cumplir orden criminosa del hipnotizador? La cuestión ha dado lugar a muy amplia controversia entre quienes aceptan y quienes niegan tal posibilidad.

Hoy sin embargo, hay acuerdo general en cuanto a órdenes recibidas del sueño hipnótico, no son ejecutadas automáticamente; vale decir, que el hipnotizado solo ejecuta aquellas órdenes o sugestiones que no contraríen "las tendencias y directrices de comportamiento que guían normalmente su con-

ducta.

Cuando de una heterosugestión se trata, el sugestionado quedará excento de responsabilidad, siempre que no haya consentido previamente en cometer el hecho delictuoso, pues si tal circunstancia se demuestra, estaremos ante un actio liberae in causa que no exime de responsabilidad, como ya se indicó.

4.3.2 Sugestión patológica

Bajo este denominación suelen comprenderse fenómenos sicosomáticos enormes que alteran el equilibrio de la personalidad y que son secuelas de trastornos orgánicos o sicológicos.

Estados febrifitantes y crescupulares producidas por enfermedades físicas o mentales pueden ocasionar alteraciones perceptibas ilusiones y alucinaciones- además de agitación sicomotoras, que frecuentemente culminan en comportamiento en la ley como delitos.

Tanto la sugestión hipnótica como la llamada sugestión patológica constituyen formas de trastornos transitorios, como lo indica Gaitan Mahecha. Para que ellas puedan tener en cuenta como causales de inculoabilidad, pueden presentar las siguientes características una causa interna o externa que preceda inmediatamente al hecho de apreciable intensidad síquica;

precariedad temporal del trastorno, que desaparece sin dejar huellas visibles y causación involuntaria del mismo.

4.4 ERROR E IGNORANCIA

Desde un punto de vista empírico el error consiste en una falta de correspondencia entre lo que existe en el campo de nuestra conciencia y lo que hay en el mundo exterior, trátase pués, de una equivocada valoración de la realidad. La ignorancia, en cambio, es aquél estado intelectual que implica inexistencia de conocimiento sobre algo.

Quien ignora no tiene conocimiento alguno del hecho; quien yerra posee un conocimiento equivocado sobre él.

Sin embargo, como la ignorancia que interesa al derecho es aquella que da lugar a error y como los efectos jurídicos de una y otro no son diversos, la doctrina penal tiende a asimilar ambos fenómenos.

4.4.1 Teoría del error

Desde el derecho romano, la doctrina ha venido tradicionalmente distinguiendo dos especies de error; de hecho y de derecho, según que él recaiga sobre aspectos comportamentales o sobre la norma jurídica misma.

Tal distinción, como lo veremos adelante, fue también acogida en nuestro estatuto penal.

Dícese que el error de hecho es la equivocación relativa a uno de los elementos objetivos o descriptivos del tipo penal, o a las cualidades del sujeto pasivo, o al objeto jurídico o material del delito.

Claramente se nota que el desacierto de hecho versa sobre asoectos del comportamiento del sujeto activo del tipo penal. y no podía ser de otra manera, una vez que éste comprendía los elementos tangibles de la conducta.

El error de derecho es el falso juicio sobre la existencia del tipo penal, o acerca de una norma extra-penal constitutiva del tipo o en relación con la interpretación del mismo. El último caso se conoce también con el apelativo de error de valoración.

El yerro de hecho, como sabemos, estriba en equivocarse el sujeto activo acerca del alguno de los elementos objetivos del tipo penal, a saber: sujeto activo o pasivo, sea directamente sobre él o sobre alguna calificación del mismo; objeto jurídico material, sea también directamente sobre él o sobre una cualificación del mismo objeto o sobre la descipción de la conducta. Pero obsérvase, cómo todos esos he-

chos son relevantes, es decir, tienen significación jurídica porque hacen parte del derecho, por consiguiente, el error que afecta a èllos se proyecta necesariamente sobre el derecho, y así error de hecho o de derecho resulta el mismo visto de distinto ángulo.

El yerro de derecho, por otra parte, acaece cuando el actor se equivoca acerca de la existencia misma del tipo penal, sobre la mala interpretación de una disposición extrapenal, que haga parte del tipo, o sobre la interpretación o valoración del propio tipo penal. Pero como en todos esos casos, ha de tratarse de hechos relevantes, es decir valorados por el derecho, a la medida en que hacen parte del derecho, el error que afecte a éste, lógicamente que ha de proyectarse sobre los hechos y por consiguiente, el error de derecho se reduce al de hecho. En efecto, si el error juris afecta la existencia misma de un tipo penal, como éste no se concibe sin los correspondientes hechos relevantes, al fin y al cabo, aquél se reduce a un error facti. Lo propio hemos de decir en relación con las otras dos formas de error juris. En resolución, la doctrina tradicional no ha podido delimitar ontológicamente los dos yerros.

Error de tipo. Este ocurre cuando el sujeto activo de un comportamiento ignora, que los hechos por él cumplidos hacen parte de algún tipo penal, o cuando se equivoca sobre alguno

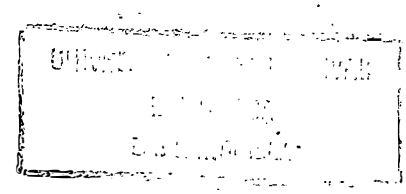
de sus elementos objetivos, esto es, sujeto activo o pasivo, objeto jurídico o material, y descripción del comprotamiento. Por ejemplo, Pedro se apodera de un televisor creyéndolo propio, cuando es ajeno. El error recae sobre la cualificación del objeto material del delito de hurto.

No cabe duda de que la nueva sistematización del error realiza una importante contribución a la teoría del hecho punible y a la solución de no pocos problemas de muy difícil entendimiento en la tradicional fórmula error de hecho-error de derecho. No se trata de una caprichosa innovación, carente de sentido y de proyecciones, sino que es la consecuencia lógica de la nueva estructura del hecho punible.

4.4.2 Naturaleza del error en el numeral 2 del artículo 23 Código Penal de 1.936

El numeral 2o. del artículo 23 del C.P. exime de responsabilidad a quien cometa el hecho "con plena buena fe determinada por ignorancia invencible o por error esencial de hecho o de derecho no provenientes de negligencia".

De acuerdo con la norma precitada, es la buena fe derivada de ignorancia o error la que determina esta causal de inculpabilidad.



Vimos ya cómo los términos ignorancia y error se asimilan en cuanto a sus consecuencias jurídicas; el contexto de la disposición anterior confirma tal identificación, puesto que en uno y otro casos es igual el resultado: exención de responsabilidad.

Ahora bien, para que la conducta del actor pueda ser calificada como de buena fe, es necesario que se den los siguientes requisitos:

a. Si se trata de ignorancia, ha de ser inverdible, si de error, debe ser esencial;

b. Que la ignorancia o el error no provengan de negligencia.

Estudiemos brevemente estos dos requisitos.

a. La ignorancia es invencible cuando la persona de la cual se orediva no pudo evitarla, vale decir, no estuvo en condiciones de conocer el hecho que las originó. Debe, en todo caso, anotarse que la invencibilidad de la ignorancia no ha de tomarse en sentido absoluto sino relativo a la situación personal del agente y a las circunstancias en que se hallaba.

El error es esencial cuando el conocimiento equivocado versa sobre un aspecto fundamental del hecho; en el ámbito penal es de tal naturaleza el error referido a uno cualquiera

de los elementos del tipo (sujetos, objeto material o conducta, en sus aspectos descriptivos normativos o subjetivos), como cuando el agente cree que la mujer con quien ha copulado sin violencia ni engaño es mayor de catorce años (artículo 316 inciso 2o. C.P.; 303 nuevo C.P.) o vnede un inmueble suyo embargado, equivocadamente convencido de que está libre de gravamente (artículo 409 C.P.) o toma una cosa mueble creyéndola suya cuando realmente es ajena (artículo 397 C.P.; 349 nuevo C.P.).

b. Aunque el legislador solo empleó la palabra negligencia para cualificar la ignorancia y el error, es necesario interpretar extensivamente dicho concepto para comprender todas las formas de culpa, esto significa que aquella o éste pueden provenir también de imprudencia impericia o violación de normas legales, lo que ocurre es que la causa ordinaria del error o la ignorancia, es la actitud negligente del acto.

El error, pues, debe estar exento de culpa; esto sucede siempre que el sujeto haya actuado con la diligencia necesaria que el caso requería y aún así no puede evitar la equivocación; en tales situaciónes, su comportamiento es inculpable.

Como lo establece la norma que venimos examinando, el error puede ser de hecho o de derecho. La primera de estas modali-

dades comprende de acuerdo con la clasificación que hemos propuesto- tanto el error requerido a uno cualquiera de los elementos del tipo, como el que apunta a un hecho que, de existir, justificaría a la conducta; la segunda en cambio, cobija el error valorativo sobre un ingrediente normativo del tipo, el error relacionado con la existencia de una causal de justificación y el que recae sobre un requisito legalmente exigido para la configuración de dicho causal.

Dedúcese de este planteamiento que hay modalidades del error de hecho que se refieren a la antijuridicidad de la conducta y especies del error de derecho que lo realmente importante es que el error se refiera directa e inmediatamente al fenómeno de la tipicidad o al de la antijuridicidad.

4.4.3 Naturaleza del error en el numeral 3 del artículo 23 del Código Penal del 1.1936

De conformidad con lo previsto en el numeral 3o. del artículo 23 del C.P. tampoco hay lugar a responsabilidad cuando la conducta se realiza "por ignorancia de que el hecho esté prohibido en la ley penal, siempre que aquella depende de fuerza mayor. Tal ignorancia no puede alegarse sino tratándose de contravenciones".

Es la aplicación del principio romano error y el ignorantia

juris non excausat, en virtud del cual la ignorancia de que el hecho sea constitutivo de delito no exima de responsabilidad.

En la nomenclatura propuesta este sería un error sobre la tipicidad; más exactamente sobre la existencia del tipo.

El problema de la ignorantia juris ha sido materia de enconadas polémicas doctrinales; con razón se ha dicho que no se trata propiamente de una presunción porque carece de fundamentos reales, ya que ni siquiera los expertos (jueces y abogados) están en capacidad de conocer la existencia de todas las normas legales vigentes en un momento dado, el número inmenso de ellas, su gran variedad, sus frecuentes modificaciones, hacen prácticamente imposible su cabal conocimiento.

Afírmese que una necesidad política justifica el principio pues, de lo contrario, bajo el manto de la ignorancia, supuesta o reales desquiciaría el canon de la obligatoriedad de la ley con la natural secuela de impunidad.

Que el legislador tuvo en mente la aplicación de este principio por lo demás consagrado expresamente en el artículo 9o. del C.C. y en el 56 del C. de Régimen político y municipal, no ofrece duda alguna dado el claro tenor de la dispo-

sición que se comenta; solo que templó su rigorismo primitivo, al darle relevancia jurídica a la ignorancia de normas contravencionales siempre que ella dependa de fuerza mayor.

4.4.4 Análisis crítico de los dos numerales procedentes

Se ha dicho que existe contradicción manifiesta entre los numerales 2o. y 3o. del artículo 23 del C.P. porque en aquél la ignorancia de la ley excusa y en éste no, y se ha pretendido subsanarla con la afirmación de que el numeral 3o. se refiere a las contravenciones y a los delitos naturales, en tanto que el numeral 2o. trata de los llamados delitos de creación lagal. No podemos compartir esta opinión. a nuestro juicio equivocada.

La contradicción realmente no existe, como lo demostraremos enseguida. Pero antes debemos criticar el intento de diferenciación delictual basado en el concepto de delito natural contrapuesto al de creación legal; dícese en efecto, que si la ignorancia versa sobre un delito natural no excusa, pero si se refiere, a la existencia de la norma que incrimina un delito de creación legal, entonces sí hay exoneración de responsabilidad. La distinción entre estas dos especies de ilícitos, atendible en el ámbito de la criminología en cuanto ciencia-causal- explicativa, no tiene

sentido en el derecho penal puesto que el principio del mallum crimen mulla poena sine lege trae como obligado coroalrio el que sólo puede considerarse como delictiva la conducta que está descrita en un tipo legal y, por ende, el de que todos los delitos son de creación legal. Los dos numerales que estamos comentando no son contradictorios porque se refieren a diversos aspectos de la teoría del error. Veámoslo:

La ignorancia señalada en el numeral 3o. del artículo 23 consiste en el desconocimiento que tiene el agente de que su comportamiento está previsto en la ley como infracción penal; trátese pues, de error respecto de la existencia misma del tipo incriminador, vale decir, de una de las dos modalidades de error juris estudiadas en precedencia.

Además, esta clase de error de derecho sobre ley penal, por expreso mandato del legislador sólo excusa cuando sea determinado por fuerza mayor y se refiera a norma contravencional.

En el numeral 2o. en cambio, la ignorancia se refiere a la existencia de una causal de justificación y de error de derecho comprende aquella modalidad que consiste en la equivocada valoración de los ingredientes que radica en la equivocación interpretativa respecto de un requisito

exigido para la configuración de una causal de justificación.

De esta manera se logra una armoniosa interpretación de los textos legales controvertidos y se evitan contradicciones perjudiciales.

4.5 LA INCULPABILIDAD EN EL NUEVO CODIGO PENAL

La codificación de 1980 consagra expresamente como causales de inculpabilidad (con tal nombre encabeza su art.40) al xaso fortuito o fuerza mayor, la coacción y el error.

Respecto de las dos primeras, nor remitimos a lo explicado cuando en precedencia estudiamos tales fenómenos, la única observación pertinente es la de que caso fortuito y fuerza mayor dejan de ser causales extrapenales de inculpabilidad y adquieren ahora categoría legal (art.40, numerales 1. y 2o.).

Cuanto el error, el nuevo Código abandona por fortuna la criticada y tradicional bipartición error de hecho y de derecho para adoptar la más coherente y lógica de error sobre el tipo y sobre la antijurídicidad (numerales 4o. y 3o., respectivamente, del art. 40).

El primero de ellos está reconocido así: No es culpable "quien obre con la convicción errada e invencible de que no concurre en su acción u omisión alguna de las exigencias necesarias para que el hecho corresponda a su descripción legal".

En cuanto al error sobre la antijuridicidad, se anuncia de la siguiente manera: No es culpable "quien realice el hecho con la convicción errada e invencible de que está amparado por una causal de justificación".

Caben aquí las tres formas de este error ya examinamos en otro acápite, vale decir, error la existencia misma de una causal de justificación, sobre la interpretación de algún requisito de cualquier justificante y sobre un hecho que de haberse dado en la realidad habría justificado la conducta.

La inculpabilidad de los errores sobre el tipo y sobre la antijuridicidad depende, además, como expresamente lo exige la norma en comentario, de que el error del agente sea invencible, es decir, que no haya podido superarlo con la diligencia y cuidado que el eran exigibles dadas sus condiciones personales y las circunstancias en que actúo. En caso contrario el error será culposo y entonces responderá penalmente, siempre que el hecho realizado en tales condi-

ciones esté consagrado en la ley como delito o contravención culposos.

Tal solución, que nos parece correcta y está de acuerdo con la doctrina dominante, se consigna así en el inciso final del art. 40: "Si el error proviene de culpa, el hecho será punible cuando la ley lo hubiere previsto como culposo.

4.6 LAS EXIMENTES PUTATIVAS

Las llamadas eximentes putativas se presentan cuando el agente equivocadamente cree que su conducta es lícita porque se encuadra en una causal de justificación.

Nos referimos a aquellas situaciones de hecho conectadas con las causales de justificación a que se refiere el articulo 29 del código penal, en que el agente cree con toda la firmeza subjetiva de que pueda ser capaza, que se encuentra comprendido en una de ellas, y actúa lesionando algún derecho de un tercero. En ese evento, en el ánimo del actor no hay cabida para ninguna de las formas de culpabilidad, y por lo mismo, su proceder no llega a ser delictivo, precisamente, por falta de ésta. Es necesario recalcar que el estado anímico del agente ha de ser ocasionado por una situación de hecho, esto es, por acontecimiento real y objetivo

con respecto a él.

La circunstancia anterior es distinta de aquella en que el sujeto-agente cree vanamente que su comportamiento está descrito como una de las causales de justificación, pues que esa hay que ubicarla en el apartado de la causal de inculpabilidad por error acerca de la antijuridicidad del comportamiento, prevista en el artículo 40 ordinal 3o, del Código Penal. Por ejemplo: el agente de policía que creyere que, el cumplimiento de su deber legal, con respecto a un capturado que se resiste a ser conducido al cuartel de policía, le permite herir al renuente.

4.6.1 La defensa putativa

La defensa putativa se llama también, defensa subjetiva. Ella consiste en el actuar de aquel sujeto, que en cierto momento, por una situación de hecho, cree inequívocamente que peligra algún derecho propio o ajeno, a causa de una agresión contra ius, y por lo mismo reacciona defendiéndolo. De entrada notamos que el fundamento de este acontecer estriba en el íntimo convencimiento ilusorio del sujeto activo con respecto a la agresión injusta, convencimiento que con ser en sí un hecho psíquico conformado en la subjetividad del actor, se completa con las notas normativas de la antijuridicidad que entraña el ataque contra

aquel derecho que debe defender. Así, pues, estando el defensor putativo en la situación natural y normativa, integralmente entendida, aunque errónea, mal puede asignársele a su haber, culpabilidad alguna, puesto que su posición anímica es incompatible con el dolo, la culpa o la preterintención.

4.6.2 La defensa recíproca

Esta figura, de creación positiva, se presentaría cuando dos o más sujetos se agreden simultáneamente, unos en la errada creencia de que están siendo objeto de ataque injusto y otros para defenderse de la real agresión que sobre ellos se realiza.

Algunos autores aceptan la existencia de una legítima defensa recíproca en estos casos, con el argumento de que respecto de ambas partes hay violencia que debe repelarse así haya habido equivocación de una de ellas.

Hoy se rechaza, de manera casi uniforme, una tal figura, porque exigiendo la legítima defensa como presupuesto esencial la presencia de una agresión y debido ésta aparecer realmente, la equivocada suposición de su existencia por más honrada que sea no podrá jamás convertir en realidad una ficción. De otra parte, no es posible afirmar que actúa

injustamente quien no materializa ataque alguno contra otro y en consecuencia la reacción que de éste provenga no puede legitimarse, desde el momento en que se está defendiendo de un peligro que sólo en su imaginación tiene asiento.

4.6.3 Otras eximientes

El fenómeno del error como causal de inculpabilidad más exactamente el error sobre la antijuridicidad, no solamente puede darse respecto de la legítima defensa sino en relación con cualquiera otra causal de justificación (estado de necesidad, cumplimiento de orden de autoridad competente, ejercicio de un derecho y cumplimiento de un deber) porque en relación con ellas es posible que el agente equivocadamente crea que actúa de manera justificada.

4.7 EL ERROR ACCIDENTAL

El error accidental nada tiene que ver con la culpabilidad ni en la teoría ni en la práctica. Conduce al llamado delito aberrante, que nuestro Código no reglamenta. Conviene, sin embargo, hacer una breve referencia conceptual sobre la materia teniendo en cuenta la tradición colombiana.

En el delito abrerrante (<u>abrerratio delicti)</u> existe siempre un error accidental, que no surge en el momento de for-

mación de la coluntad criminal, y por consiguiente no afecta al acto voluntario sino en el desenvolvimiento o desarrollo de la acción, y más concretamente en relación con la dirección del proceso causal o con la identidad del sujeto pasivo del delito, o aún en cuanto al objeto sobre el cual recae la acción. Las varias manifestaciones del delito aberrante presentan numerosos problemas que son susceptibles de diversas soluciones en el campo doctrinario.

5. LA PROBLEMATICA EN EL CODIGO PENAL DE 1936

Hasta el año de 1956, de manera incontrovertida, se sostuvo la idea de que tratándose de los sujetos comprendidos en el art. 29, no había que preguntar por los fenómenos del dolo o de la culpa y ni siquiera se percató la doctrina de las consecuencias que esta afirmación acarreaba en relación con el problema que se ha planteado, Se aceptaba unánimente la afiramción de que los fenómenos de dolo y culpa, según el art. 12 solo se presentan respecto de los sujetos normales, no así respecto de los sujetos contemplados en el art. 29, Esta era una idea que tenía una fundamentación en la historia legislativa, como se verá enseguida.

5.1 LAS AFIRMACIONES DE LA COMISION REDACTORIA DEL CODIGO PENAL DE 1.936

Al discutirse los arts. 12 y 29 de tal Código, se dijo allí; "En caso de infracción oometida por anormales gasta la simple imputabilidad material para que el actor del hecho se le apliquen las sanciones o medidas de seguridad".

Y como consecuencia del anterior criterio, se propuso el siguiente ente articulado por parte de los distintos miembros de la Comisión.

El doctor Escallón: "Las infracciones de la ley penal ejecutadas por individuos síquicamente normales, se cometen intencionalmente o resultan de imprudencia, negligencia o impericia.

"Las infracciones cometidas por individuos síquicamente normales son intencionales o culposos".

Por su parte, el doctor Cárdenas presentó la siguiente fórmula:

En las infracciones que cometan las personas síquicamente normales es necesario el elemento intencional o culposos.

Finalmente, el doctor Lozano y Lozano, presentó las siguientes fórmulas:

" La ley contempla las figuras del dolo y de la culpa respecto de las personas que gozan de normalidad síquica. En el caso de infracciones cometidas por personas que a virtud de circunstancias permanentes o transitorias padezcan de alguna anomalía síquica, no hay lugar a investigar el

elemento intencional.

" Las infracciones cometidas por personas que gocen de normalidad síquica son intencionales o culposas. En el caso de infracciones cometidas por personas que a virtud de circusntancias transitorias o permanentes sean consideradas por la clínica como víctimas de anomalía síquica, no habrá lugar a investigación sobre el elemento intencional.

El artículo aprobado por la Comisión fue del siguiente tenor:

"Las infracciones cometidas por personas que gocen de normalidad psíquica son intencionales o culposas".

Este fue el orgígen del art. 12 que a postre quedó así: "Las infracciones cometidas por personas que no estén comprendidas en la disposición del artículo 29, son intencionales o culposas".

Quiero destacar el hecho de que en la redacción final del art. 12, en vez de la expresion "personas que gocen de normalidad síquica" apareca la de "personas que no estén comprendidas en la disposición del artículo 29".

Lo anterior constituyó la base sobre la cual se desarrolló

nuestra doctrina durante los años de vigencia del Código Penal de 1.936.

5.2 LA CUESTION EN LA DOCTRINA DEL CODIGO PENAL DE 1.936

Alrededor de los arts. 12 y 29 se fue elaborando todo un cuerpo de doctrina cuyas líneas principales perfiló así:

Un grupo de autores (se ubican aquí la mayoría) partidarios de la tesis de que los sujetos del art. 29 no pueden obrar ni dolosa ni culposamente.

Una segunda línea doctrinaria, que comienza en 1.956, sostiene que también respecto de los sujetos a que se refiere el art. 29 hay que indagar por el dolo o la culpa, y de manera franca afirma que a los inimputables de que trata el art. 29 también hay que reconocerles las causales de justificación y de inculpabilidad.

5.2.1 Reseña de los autores del primer grupo

Dice Agustín Gómez Prada, refiriéndose al principio de la "responsabilidad legal o social".

"El hecho de que la ley haya dividido las infracciones en intencionales o culposas, que en las contravenciones se

presuma el dolo y que en los anormales no se tenga en cuenta la intención sino únicamente la imputabilidad material, no implica excepciones al principio".

Angel Martín Vásquez Abad sostiene: "Para los delincuentes a quienes se refiere el artículo 29, apenas son precisas estas condiciones para que sean responsables penalmente: imputabilidad material del hecho, y actividad sicofísica. Ellos no obran con dolo o culpa, o, al menos, no es necesaria la investigación de esos elementos, que en los sanos de mente es indispensable, como presupuesto jurídico de la responsabilidad".

Bernardo Gaitán Mahecha, después de afirmar que "la medida de seguridad, que no es retribución, representa la actividad pública respecto del hombre inmaduro o anormal que causa un daño no atribuible, como delito por carencia de culpabilidad, pero que es dañoso y lesivo del orden jurídico, manifiesta que "para determinar si es el caso de aplicar la medida de seguridad, basta con comprobar la existencia del elemento constitutivo del daño".

El profesor Luis Eduardo Mesa Velásquez manifiesta: "los delicuentes anormales, aquellos a los cuales se refiere el artículo 29, son jurídicamente incapaces de dolo o culpa. Tratándose de sus actos, basta la imputabilidad mate-

rial del hecho para que proceda la afirmación de la responsabilidad y en orden a determinar la medida de seguridad imputable".

Tratándose de menores o anormales, el elemento síquico del delito es también anormal, no pudiéndose por lo tanto calificar de doloso o culposo, y basta entonces la comisión material del hecho prohibido para que nazca la responsabilidad. En este caso podríamos decir que se suprime la culpabilidad a lo menos entendida en su concepto puro (dolo oculpa), pues en el proceso de acusación se pasa de la imputación física a la responsabilidad. Y si se insiste en hablar de culpabilidad, habría que considerarla como integrada por el elemento síquico atípico, sin contenido de dolo o culpa.

Luis Carlos Pérez, criticando a Gaitán Mehecha, quien pone en tela de juicio la consagración del principio de responsabilidad legal en el Código Penal de 1.936, dice, ayudado por el elemento histórico de interpretación (Actas de la Comisión) que el art. 11 no deja dudas sobre la consagración de tal principio.

"El texto de dicho precepto no puede ser más claro: todo el que viole un artículo de la parte especial es responsable, salvo las excepciones establecidas a esas responsabi-

lidades en disposiciones expresas, como la del artículo 25. Pero entre los exceptuados del imperio de la ley punitiva no figuran los anormales, o sea los "inimputables".

El artículo 12 confirma la regla al decir que los sujetos normales responden con dolo o culpa. El artículo 29 excluye estas dos naciones, porque es aventurado sostener que el enfermo mental concurra al delito con cualquiera de ellas, Pero el acto le es atribuíble y responde de él. Y más adelante afirma: "El artículo 12 puntaliza la actividad síquica en los delincuentes normales, y el artículo 29 la actividad síquica de los anormales".

Servio Tulio Ruíz, aunque en una parte de su obra dice que tratándose de los sujetos a que se refiere el art. 29 "cuenta principalmente la imputabilidad física (objetiva), alude a la referibilidad síquica como un elemento de la estructura del delito y distingue la referibilidad síquica de los sujetos imputables y la de los sujetos inimputables, o sea de los comprendidos en el art. 29."

"Tales sujetos, al realizar, el hecho no obran ni con dolo ni con culpa, o mejor, no interesa indagar si han obrado en esa forma".

"El nexo de naturaleza sicológica, indispensable para la

UNIVERSIDAD

conformación de la infracción delito en esta clase de personas anormales, el punto de referencia subjetivo entre el hecho y la personalidad del agente, necesario para la estructura del delito, está precisamente en la anormalidad padecida por el sujeto en el momento de cometerlo.

"Ahí, en esa vertiente, en donde confluyen el acto físico y el síquico anormal, se encuentra la subjetividad del delito de los delincuentes del artículo 29".

5.2.2 Influencia de esta doctrina en la jurisprudencia.

La jurisprudencia siguió de manera sumisa la doctrina que se ha reseñado, tal como lo indica la transcripción de dos decisiones de la Corte Suprema de Justicia:

Casación de 8 de Junio de 1.943:

"Exige nuestro Código Penal que para que haya responsabilidad- en las personas normales mayores de dieciocho años, se requiere la reunión de dos elementos fundamentales: imputabilidad material del hecho y la intención criminosa o la culpa.

"La misma obra, tratándose de menores de dieciocho años, o de personas que sufran enajenación mental, o intoxicación

crónica o grave anomalía síquica, en el momento de cometer el hecho no exige que el acto haya sido cometido con dolo o culpa. Simplemente que los menores de aquella edad o los anormales hayan ejecutado el hecho y que su acción haya sido fruto de su actividad sicofísica. En otras palabras: para los delincuentes de que trata el art.29 se requieren estos dos elementos: la imputabilidad material del hecho y la actividad síquica correspondiente al delincuente que padece de inmadurez de anomalía.

"En presencia de un delincuente anormal, es exótico e inconducente entrar a estudiar si su acción fue dolosa o culposa porque la base de la imputabilidad penal en tal caso es la actividad sicofísica del agente, índice de su peligrosidad social.

Pero esto no quiere decir que sea imposible la comisión de hechos delictuosos por parte de anormales, en que exista la intención o la culpa. Para exigirles responsabilidad a tales delincuentes se prescinde del dolo, pero si apareciere que el delito es doloso o es culposo, no hay en ello contradicción, porque la peligrosidad demostrada por los autores de tales hechos es suficiente para la aplicación de las medidas de seguridad establecidas en la misma ley.

UNIVERSIDAD DE NUEVO LEON

Casación de enero 23 de 1947:

"El nuevo Código Penal no consagró el principio de la responsabilidad moral, basada en el libre albedrío, sino el de la responsabilidad legal o social. Los anormales también responden de sus actos delictuosos, pero entonces no se tiene en cuenta el dolo o la culpa con que obren, sino solamente la imputabilidad material. Pero sus condiciones síquicas sirven, no para negar la responsabilidad ni atenuarla, sino para que se les apliquen medidas de seguridad".

5.2.3 Reseña de los autores del segundo grupo

Un segundo grupo comienza a perfilarse en el año de 1956 con el profesor Jesús Bernal Pinzón, y luego con los doctores Alfonso Reyes Echandía y Federico Estrada Vélez. Los dos últimos sostienen de manera expresa que también a los sujetos que se encuentran en el art. 29 hay que reconocerles las causales de justificación y de inculpabilidad. Para llegar a tal conclusión fue decisivo el aporte del primero de los tres mencionados, quien por primera vez, que yo sepa, sostuvo que respecto de los inimputables también se debía indagar por los fenómenos del dolo y de la culpa, a pesar de lo expresado por el art. 12.

La solución del problema del reconocimiento de las causales de justificación o de inculpabilidad ha estado vinculada a la superación de la dificultad surgida con el art. 12 que refiere el dolo o la culpa a los inimputables. El haber iniciado esta superación se debe precisamente a Bernal Pinzón. Años más tarde los doctores Reyes y Estrada Velez sostuvieron el reconocimiento de las aludidas causales defendiendo esa misma tesis, aunque el doctor Reyes, como se verá, retomó luego la línea de la negativa del fenómeno de la culpabilidad referido a los inimputables y le dio una nueva fundamentación a la solución. Este es el tema que se desarrollará enseguida.

Jesús Bernal Pinzón. Este autor no se ocupa directamente del reconocimiento de las causales de justificación o de inculpabilidad a los sujetos del art. 29. Empero, es él quien da el primer paso en orden a su reconocimiento, al rechazar la responsabilidad objetiva de los inimputables y sostener la indagación respecto de ellos de los fenómenos subjetivos, dolo o culpa.

Aborda el tema en el año de 1956 en importante artículo aparecido en la REvista Cátedra Jurídica. Parte, en primer lugar, de la afirmación de que una cosa es el principio de "responsabilidad objetiva y otra el principio de responsabilidad legal". Al respecto expresa: "La responsabilidad

objetiva se refiere al hecho, al evento o resultado que viene puesto a cargo de un sujeto independientemente del exámen sobre el elemento sicológico; en cambio la responsabilidad legal se refiere al sujeto. Con la responsabilidad legal, se mira propiamente a buscar un elemento síquico en el hecho aunque sí haya sido realizado por un sujeto inimputable.

Si es evidente que los menores son inimputables y sin embargo en los artículos referidos se alude al delito, y a la culpabilidad del menor, es claro que, además, "el juez al graduar la duración de las medidas de seguridad para los inimputables, debe necesariamente tener en cuenta la gravedad del delito cometido, para cuyo juicio tendrá especialmente en cuenta la naturaleza del elemento sicológico(dolo o culpa) que acompañó a acción criminal".

Concluye Bernal Pinzón que la imputabilidad en el Código del 36 funciona como presupuesto de la pena y no como presupuesto de la culpabilidad. O sea que ellos, los inimputables realizarían acción típica antijurídica y culpable (elemento subjetivo y luego se determinaría la imputabilidad o la inimputabilidad para efectos de escoger la sanción aplicable: penas, o medidas de seguridad.

En resúmen: según el pensamiento del error, la responsabilidad

objetiva. Respecto de ellos también hay que examinar el elemento subjetivo.

Este es, pues, el primer paso para reconocer a los "inimputables" las causas de inculpabilidad. En efecto: si para establecer sus responsabilidades no basta la relación de causalidad física sino que es necesario indagar por el aspecto subjetivo, la culpabilidad, entendida como dolo o culpa, si la imputabilidad es presupuesto no de la culpabilidad sino de la pena, y el problema de la imputabilidad del sujeto no se ventila sino para efectos de la clase de sanción aplicable, resultaba ya enteramente a los sujetos "inimputables".

Alfonso Reyes Echandía. La línea de pensamiento de este autor siempre ha sido de manera expresa, la del reconocimiento de las causales de justificación y de inculpabilidad a los sujetos cualificados del art. 29. La fundamentación ha sido diferente y podemos señalar dos períodos en su trayectoria, como se verá enseguida.

En 1964 aparece la primera edición de su obra Derecho Penal Colombiano, en la que rechaza de manera enfática la idea de que los inimputables responden a título de responsabilidad objetiva: "Tal opinión, dice, contraría el postulado de la actividad sicofísica como base de la responsabilidad

principio este aceptado por nuestro legislador".

Si la responsabilidad de los inimputables se basara en la mera relación de causalidad material, ellos también tendrán que responder aún en los eventos fortuitos, o de inconciencia, o de coacción, pues que en tales casos la relación material conducta resultado, aparece visible. Tal consecuencia, dice, "es de veras absurda".

Resulta una "injusta ilogicidad" que si un imputable actúa en legítima defensa o en estado de necesidad deba ser absuelto, pero si se trata de un inimputable se le deba aplicar a este una medida de seguridad.

Sostiene que "los llamados inimputables son capaces de querer y de preveer y no se ve cómo este hecho, demostrado por la sicología y por la propia realidad vital, pueda ser destruído por una disposición como el art. 12 que no contiene un mandato, que solo es un juicio enunciativo, pues se limita a decir que las infracciones cometidas por sujetos que no estén comprendidos dentro del art. 29, son intencionales o culposas.

Finalmente, argumenta con los arts. 21 de la ley 83 de 1946, según el cual el juez "debe comprobar la culpabilidad del menor" y 25 de la misma ley que alude a la "calificación

legal del delito" en la sentencia. Además, con los arts. 65 y 66 del C.P. que hacen depender el tipo de medida asegurativa de la levedad o gravedad de la infracción.

Ahora bien: ¿ Cómo hace el juez para comprobar la culpabilidad o calificar la infracción, o para determinar la levedad o gravedad de una infracción sin tener en cuenta el elemento subjetivo del delito, o sea, el dolo y la culpa?

Lo máximo que se podría llegar a sostener con base en el art. 21 sería que frente a las personas del art. 29 "el juez no estaría obligado a investigar su aspecto subjetivo". Pero esta sería una presunción que admitiría prueba en contrario y "dejaría abierta la posibilidad de demostrar que en el caso concreto no existió ni el dolo nila culpa" en orden a la evitación de las medidas de seguridad, pues "no existe responsabilidad sin culpabilidad".

Esta posición se mantiene en las ediciones segunda y tercera de la mencionada obra.

La imputabilidad está aquí por fuera de la estructura del delito, es solo una condición personal que se estudiará para saber si el procesado ha de estar sometido a penas o a medidas de seguridad.

En la cuarta edición la fundamentación es distinta: el art. 11 consagra el principio de responsabilidad legal: "todo el que cometa una infracción prevista en la ley penal será responsable". Ahora bien: la segunda parte del artículo consagra excepciones al principio enunciado en la primera. ¿Cuáles son esas excepciones? Las de los arts. 23, 24 y 25. Ahora bien: respecto de los sujetos del art. 29, la responsabilidad penal se deriva únicamente de la realización de conducta típica y antijurídica sin que exista ninguna causal de inculpabilidad, por cuanto las excepciones de que trata el art. 11, consagrados en los arts. 23, 24 y 25 no fueron descartadas respecto de los inimputables.

La negación de la responsabilidad objetiva para los inimputables es categórica en la obra que se comenta. Y si respecto de ellos se llegare a decir que su responsabilidad es objetiva, habría que entender que lo que se quiere decir con ellos es que su responsabilidad es independiente de la culpabilidad, pues que esta no existe.

Federico Estrada Vélez. En el año 1970, llamó "grosero materialismo" la conclusión a la que arribaba la doctrina referida atrás, que no indagaba por el elemento subjetivo de los "inimputables".

Según el criterio positivista acogido en el Código del 36

la responsabilidad penal se basa en la actividad sicofísica del agente, y "esa relación entre el hecho y su autor existirá pues, siempre en todos los casos. Y cuando no exista, fuera de los casos de responsabilidad objetiva consagrados en el Código, no habrá delito".

Más adelante sostiene que "es perfectamente posible que un inimputable, por lo menos, en la mayoría de los casos, pueda obrar con dolo o con culpa. Y nosotros añadiríamos que también puede ocasionar un hecho por caso fortuito o por error esencial de hecho, o por coacción insuperable, etc y concluye el profesor Estrada arimando: "En estos eventos, aunque esté demostrada la inimputabilidad del agente, el juez tendrá que analizar el aspecto subjetivo con el fin de aplciar las medidas de seguridad si a ello hubiera lugar, o de absolver al sindicado, si obró, en circunstancias que excluyen la culpabilidad penal.

Aquí se habla, pues, por parte del autor, de reconocer las causales de inculpabilidad también a los inimputables. Se hacía un loable esfuerzo doctrinario por evitar la responsabilidad objetiva de los sujetos "inimputables".

Así lo dice más tarde en su Manual: "También los inimputables son capaces de dolo y de culpa". Respecto de ellos, afirma, "siempre será preciso la investigación sicológica

por lo menos para eliminar situaciones de responsabilidad objetiva, como sería el sancionamiento de un inimputable a pesar de haber obrado en legítima defensa o por caso fortuito.

5.2.4 Influencia de esta segunda línea doctrinaria en la jurisprudencia.

Los problemas prácticos tenían que presentarse: ¿Cómo resolver los casos en los que se planteaban causales de justificación o de inculpabilidad? ¿Qué hacer cuando un sujeto enajenado o intoxicado crónico o grave anómalo síquico comenzaba a ejecutar un delito pero no lo podía consumar por una causa ajena a su voluntad? La segunda línea de pensamiento que comenzó a tener influencia en la más reciente doctrina, también sirvió de fundamento a la jurisprudencia para sus decisiones. Voy a referirme a algunos hechos tomados de la jurisprudencia de Antioquia, que es la que he tenido acceso.

En primer lugar he encontrado un caso tramitado en 1971 y 1972 en el juzgado Primero Superior de la ciudad de Medellín, un sujeto hizo varios disparos sobre una hermana de la mujer con quien relaciones, precisamente por oponerse aquella a tales relaciones. "Yo le hice dos tiros, y la ví que cayó y hasta creí que la había matado, entonces

ahí mismo me fuí yo", dijo en su indagatoria. El titular del desapacho enjuició al sujeto por delito de homicidio frustrado sin intervención de jurado, y a que la prueba técnica demostró que el sujeto había obrado dentro de una de las circunstancias del art. 29. grave anomalía síquica. Al respecto se le presentó al fallador la dificultad: si se dice que los sujetos del art. 29 no obran ni con dolo ni con culpa, ¿Cómo se puede sostener que el sujeto del caso se debe enjuiciar por delito frustrado de homicidio? ¿No implica tal afirmación el exámen del elemento subjetivo, no implica esto indagar por el dolo con que el sujeto obró, dolo de lesiones, o dolo de homicidio? Guiado por la opinión de Alfonso Reyes, opta por la afirmación de que respecto de los sunetos del art. 29 también hay que examinar el dolo o culpa así, salvado el obstáculo, dicta auto de proceder por delito frustrado de homicidio.

Debe mencionarse, en segundo lugar, la providencia del tribunal Superior de Medellín, de lo. de Marzo de 1.976, en un caso en el que, ubicado el sujeto en el art. 29 del código Penal por haber matado a su hermano hallándose en estado de embriaquez de carácter patológico se hacían cuestionamientos que rebasaban la simple comprobación del hecho material: se discutió si en el caso era factible o no el reconocimiento de la legítima defensa. El tribunal, guiado por las doctrinas de los doctores Bernal, Reyes, y Estrada

afirma con ellos que "también los inimputables son capaces de dolo y de culpa". No encuentra probados los requisitos de la justificante y condena a medida de seguridad.

Finalmente, un caso tramitado en el Juzgado 11 Penal del Circuito de Medellín, con segunda instancia del Tribunal Superior de esta ciudad, en providencia de 17 de Julio de 1978, un grave anómalo síquico pretendió apoderarse de una aeronave en vuelo, amenazando con un revólver sin balas y, en verdad, sin haber alcanzado a dominar sobre el aparato. Se condenó en tal caso por el delito de apoderamiento de aeronave en su modalidad imperfecta. En la providencia del juzgado de primera instancia, se hacen citas de los profesores Bernal, Pinzón y Estrada Vélez, lo cual prueba la influencia mencionada.

6. BALANCE Y SUPERACION DE LAS DOCTRINAS ANTERIORES

A mi manera de ver, las dos corrientes doctrinales que, con base en las causales ha trabajado la práctica para la solución de la problemática planteada, resultan insatisfactorias, a pesar de que la segunda representa un gran jalonamiento en el proceso de tal solución.

Estas líneas pretender ser una superación de las anteriores doctrinas y deseo que sean sometidas al análisis reflexivo de los estudiosos de estas materias en una confrontación de ideas mediante la cual obremos en una permanente evolución creadora. la confrontación de ideas es la vía para el avance de nuestra doctrina. Otra posición-línea de menor esfuerzo es la aceptación pasiva de pensamientos que llevan el sello de autoridades en menor o mayor grado reconocidas, pero que necesariamente conduce a un lastimoso estancamiento doctrinario.

6.1 CONCEPTO GENERAL DE INIMPUTABILIDAD

Inimputabilidad es capacidad de valorar el comportamiento o el hecho que se realiza y de dirigir la conducta según

Universidad del Atlántico
Biblioteca
Barranquilla

las exigencias del derecho. A contrario sensu, inimputabilidad paravalorar la trascendencia del comportamiento o hecho que se realiza y/o la incapacidad de regular la conducta según las exigencias del derecho debido a inmadurez sicológica o a trastorno mental.

Dos aspectos se destacan en la anterior noción de inimputabilidad, a saber, uno intelectivo y otro volitivo.

6.1.1 Aspecto intelectivo

El aspecto intelectivo está referido a la incapacidad para comprender la ilicitud del comportamiento y se concreta en la incapacidad de valorar o de juzgar, entendiendo este término como la "facultad de apreciar diferenciadamente los valores y sus magnitudes", al decir de Entiquec, Henrriquez. Esta capacidad para juzgar está comprometida cuando existe un obstáculo para percibir la existencia de los valores o su magnitud. Puede darse el caso de que el sujeto no puede apreciar el valor, o que apreciándolo no le dé la trascendencia o alcance que tiene o le dé un alcance que no corresponde con las pautas de valor ético social que normativamente lo rigen.

6.1.2 Incapacidad de comprender e inconciencia del acto

Es importante destacar aquí que es lo mismo incapacidad de comprender que inconciencia del acto que se ejecuta. Es claro que si esta inconciencia existe a fortiori tampoco existirá la conciencia del valor del acto, pues es evidente que el no sabe lo que hace mal puede saber que obra con ilicitud. Pero esto no quiere decir que la existencia de la conciencia del acto o la dirección de la voluntad a un resultado apareje, en consecuencia, la imputabilidad. En efecto: el enajenado(ciertos tipos de enajenación) puede saber, darse cuenta que mata y querer matar, y no por ello puede afirmarse la imputabilidad el paranoico que mata al descuido paseante porque cree que es el enemigo que lo persigue, sabe que mata a un hombre y quiere matarlo.

Prueba de ello es que ataca a la persona y no al perro que esta lleva consigo, ni tira tampoco a la rama que cae del frondoso árbol y es mecida por el viento. El paranoico no tira a esta, no la confunda con su enemigo, sino que es contra el hombre hacia el cual precisamente impulsa su acción. A pesar de saber que amta y querer matar es inimputable, pues no tiene conciencia de la ilicitud de su comportamiento.

Esto ya lo destaca Carrara cuando, refiriéndose al Código Penal toscano de 1954, que en art. 34 consagra la inimputabilidad de las violencias de la ley "cuando el que las cometie-

re no haya tenido conciencia de sus actos". Expone el maestro: "Tal vez sería mejor que dijera maldad de sus actos, porque el hombre puede tener conciencia de los propios actos en su aspecto puramente material, sin tener conciencia de sus aspectos morales y jurídicos.".

Una cosa es pues, el conocer y otra el comprender, aquel significa "darse cuenta" este es un concepto volcado hacia el valor, cargado de contenido axiológico. El acto de comprensión implica el de conocimiento pero este no implica siempre aquel. Es bueno resaltar las exensiones con las que la jurisprudencia española se refiere a este aspecto de la inimputabilidad: "conciencia para comprender la ilicitud del acto que realizó". (sentencia de 3 de marzo de 1930). No puede discernir.... la intensidad del mal que realiza, la trascendencia de sus actos y la ilicitud de los mismos (sentencia de 8 de mayo de 1944) "conocimiento del alcance y trascendencia de sus actos" (sentencia del 20 de mayo de 1958).

6.1.3 Elemento volitivo

Y bien puede existir el conocere y el comprender la ilicitud y sin embargo, tampoco estamos autorizados para predicar por ello la imputabilidad: puede existir una falla en el aspecto volitivo.El cleptómano sabe lo que hace, conoce y comprende la ilicitud de su comportamiento, pero no puede

abstenerse, no puede regular su conducta, no puede autodirigirse, "no puede no poder" por así decirlo. Como lo destaca Antolisei, en estos casos se es "esclavo de un motivo que opera de manera irresistible. El agente se hace cargo del desvalor social del acto que realiza, pero no puede obrar de otra manera".

"Hay momentos de las enfermedades mentales en sentido amplio en que se tiene conciencia de que el acto es ilícito, de que no debe ejecutarse, y, sin embargo, la voluntad no responde a los deseos más íntimos de la conciencia, tiene más fuerza la obsesión impulsiva que todos los razonamientos de la inteligencia".

He dicho que las expresiones anteriores, en últimas significan voluntad subyugada, con lo cual afirmo que la voluntad existe pero que se encuentra viciada. Y cuando digo que existe voluntad afirmo también que en el hecho punible de los inimputables existe acción. La cual no supone la existencia de una voluntad libre. Precisamente el problema de la inimputabilidad se presenta cuando se avanza más en la estratificación del delito como acción típica, antijurídica, y culpable, después de comprobada la antijuridicidad, sea como presupuesto de la culpabilidad o como el elemento de ella.

6.1.4 Delimitación de las causales de justificación de otros fenómenos que quiebran la estructura del delito.

La incapacidad de comprender la ilicitud o de determinarse según las prescripciones del derecho debe prevenir exclusivamente de inmadurez o de trastorno mental. Y eso es importante tenerlo en cuenta porque debido a una equivocada representación (error) sobre una situación fáctica o normativa, el sujeto puede no saber que está ejecutando un comportamiento o hecho dañoso: error de tipo; o puede errar sobre la permisión de su conducta; sabe lo que hace, pero cree que le está permitido, error de prohibición, o bien puede un sujeto ser coaccionado. En aquellas hipótesis, error de prohibición falta la comprensión de la ilicitud del comportamiento y en el caso de coacción falta la libre voluntad, la libre determinación. Sin embargo, en estos casos no se plantean problemas de inimputabilidad sino de inculpabilidad. Esto quiere decir que las causales de inimputabilidad son taxativas y que fenómenos distintos a la inmadurez sicológica o al trastorno mental pueden cuestionar cualquier otro elemento del delito, pero no el de la inimputabilidad, que se insiste, solo puede prevenir de inmadurez sicológica o de trastorno mental.

6.2 DIVERSOS SISTEMAS DE REGULACION DEL FENOMENO DE LA INIMPUTABILIDAD

Cuando decimos que inimputabilidad es incapacidad de comprender y/o determinarse, aludimos a los efectos producidos por determinadas causas también susceptibles de enunciación tales como estados biológicos, la edad (niñez o vejes), o perturbaciones mentales o problemas de tipo cultural. Al formular la inimputabilidad pues, los códigos enuncian: o solo la causa del fenómeno, o solo los efectos del mismo, o tanto la causa como el efecto. Y según que ellos acontezca, tenemos los diferentes sistemas, a saber, el sistema biológico o siquiátrico, el sistema sicológico y el sistema mixto.

6.2.1 Sistema biológico o siquiátrico

En este sistema simplemente se alude a la causa por la cual el sujeto es inimputable, sin que se entre a decir por qué razón esa causa o fenómeno enunciado constituye imputabilidad. Se pone como ejemplo de este sistema el Código Penal de Napoléón de 1810, cuando en su art. 64 dice: "Il noy a crimen ni délit, lorsque le prévenu était en état de démence au temps de l'action, ou lorsquiil a éte contraint par force a laquello il n'a pu résister".

Como puede verse, se menciona la demencia como causal de no responsabilidad pero no se dice por qué esa demencia hace el sujeto no responsable.

También se puede citar aquí el art. 8o. num. lo. del Código Penal español de 1932: " Están exentos de responsabilidad criminal: El enajenado y el que se halla en situación de trastorno mental transitorio a no ser que este haya sido buscado de propósito para delinquir".

Se alude a la demencia o la enajenación o al trastorno mental transitorio como fenómenos que constituyen inimputabilidad, pero no se dice por qué esa demencia o enajenación o trastorno mental transitorio hacen al sujeto inimputable.

De igual modo puede ubicarse aquí el Código Penal colombiano de 1890, art. 29, nu. lo.: "Son excusables y no están, por consiguiente, sujetos a pena alguna: El que se halle en estado de verdadera demencia o locura al tiempo de cometer la acción, o privado involuntariamente del uso de su razón".

En el caso de los dos códigos citados, se mencionan fenómenos mentales como causas; otras veces se alude a causas biológicas, como la edad. Se diría, por ejemplo, "no comete delio (o es inculpable,o no es responsable) el menor de

edad. En este caso se alude a un hecho biológico como causa y de ahí el nombre que el sistema puede adoptar.

6.2.2 Sistema sicológico

En este sistema ya no se alude a la causa sino al efecto que ella produce en relación con los dos pilares de la imputabilidad, a saber la comprensión y la voluntad. Se dirá, por ejemplo, que es inimputable, el que al momento de hecho no tuviere conciencia y/o voluntad de sus actos, o el que no tuviere capacidad de comprender y/o determinarse.

En este sistema no se destacan los fenómenos de edad, culturales, o estados anormales del sujeto que son causa de la carencia o perturbación de la comprensión y/o la determinación (efecto).

Como modelo de este sistema puede citarse el Código Penal toscano de 1854, art. 34, "Las violaciones de la ley penal no serán imputables cuando el que las cometiere no haya tenido conciencia de sus actos, ni libertad de elección".

Asimismo Edmund Mezger cita como ejemplo del priemr proyecto del gobierno de un Código Penal para la confederación de Alemania del Norte: "Una acción no puede ser considerada como crímen ó delito cuando la libre determinación de la

voluntad del autor se hallaba excluída al tiempo del acto".

6.2.3 Sistema mixto

Frente a la unilateralidad de los dos sistemas anteriores, en los que solo enuncia bien la causa o bien el efecto, el sistema mixto alude tanto a aquella como a este. Se menciona entonces el fenómeno o los fenómenos que convierten al sujeto en inimputable pero se explica a la vez por que 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.

Dentro de este sistema bien podríamos citar el Código Penal italiano de 1930, "Nom e imputabile chik nel momento in mente da escludare__ la capacita d' intendere o di volere".

Podemos también citar como modelos de este sistema el Código Penal alemán de 1971 y el de 1975. Expresa el último "Obra sin culpabilidad quien, en la ejecución de un hecho a causa de perturbación de la conciencia o por debilidad mental u otro disturbios anímicos, es incapaz de comprender lo injusto del hecho o de conducirse según esta comprensión".

Asimismo hay que destacar el art. 19 del Código Penal tipo para América Latina: "No es imputable quien, en el momento

de la acción u omisión, y por causa de enfermedad mental, de desarrollo síquico incompleto o retardado, o de grave perturbación de la conciencia, no tuviere la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión".

Lo mismo puede citarse aquí, el proyecto de Código Penal para la Argentina, elaborado por Sebastián Soler, en 1961 y el anteproyecto de Código Penal para Venezuela redactado por los profesores Luis Jiménez de Azua y José Agustin Méndez.

Dicen así, en su orden: "No es punible el que no haya podido comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones debido a insuficiencia de sus facultades, alteración morbosa, aunque sea transitoria, de las mismas o a una grave perturbación de la conciencia".

"No es imputable quien, a causa de las perturbaciones morbosas de su emnte, de su insuficiencia síquica o de trastornos mentales transitorios, no ha podido, en el momento en que ejecutó el hecho comprender la ilicitud de su acción o regular su conducta conforme a las normas del derecho".

6.3 LA IMPUTABILIDAD COMO FENOMENO DERIVADO

Estos actores emplean diversas expresiones para expresar lo que, según ellos, implica la "demencia" es necesario que la enfermedad haya enervado la inteligencia o que la fuerza haya subyugado la voluntad; debe producir una perturbación de la inteligencia; es necesario ver si el agente "ha podido discernir... y tenía la conciencia de la inmoralidad del acto". Y Garraud comentando el art. 64 citado dice que la expresión "demencia" designa, en su sentido etimológico, la ausencia de razón, la inconciencia, la incapacidad, de dirigir sus actos de preveer las consecuencias", En otro de sus escritos afirma: "En suma, las condiciones, de la responsabilidad tradicionalmente consagrada en Francia en la legislación en la doctrina y en la jurisprudencia, son así:

1. La conciencia o discernimiento que es la facultad de distinguir el bien del mal, lo que es permitido de lo prohibido, la facultad de comprender lo que es una pena, de tener miedo;

2. La libertad, es decir, la facultad de escoger entre los motivos de conducta, entre lo permitido y lo prohibido.

Y en relación con el Código Penal Colombiano de 1890, el

doctor José Vicente Concha expone: "El individuo que ejecuta el hecho material que constituye el delito no es responsable sino mediante la condición de que comprenda el mal que hace, y de que obre libremente. La inteligencia y la libertad son, pues, elementos constitutivos de todo delito, Por inteligencia se entiende, para el caso, la facultad de discernir por el aspecto penal, la ilegalidad del acto que se trata de imputar...Al declarar a un individuo culpable de un delito afirma con ello la justicia que ese individuo culpable de un delito afirma que con ello la justicia qie ese individuo ha podido comprender la ilegalidad deln acto que cometía, y que, sin embargo, lo ha querido o a lo menos no ha empleado su voluntad para evitarlo.

Como bien podemos ver la breve reseña de los autores anteriores en el campo biológico o siquiátrico no basta con la existencia de la "demencia" o la enfermedad mental (causa) es necesario además que la afección sea de tal naturaleza y magnitud que produzca efectos sobre la comprensión y/o la voluntad.

Lo anterior, por lo que respecta al sistema biológico o siquiátrico. En el sistema sicológico, ocurre otro tanto: la doctrina y la jurisprudencia, fueron elaborando un "catálogo" de fenómenos que podían generar la incapacidad de comprender y/o determinarse enunciadas por las legislacio-

nes. Es más: no se trata de cualquier leve perturbación o trastorno, sino de perturbaciones más o menos graves, de tal forma que se pueda decir que el acto no es un producto de su cabal comprensión y autodeterminación.

6.3.1 Prohibición de la hipostatización en materia de inimputabilidad.

Una adecuada comprensión del fenómeno de la inimputabilidad y de sus técnicas de regulación lleva a la conclusión la inimputabilidad misma. Es por las consecuencias de los fenómenos de inmadurez o de enajenación por lo que el sujeto llega a ser inimputable. La inmadurez o la enajenación hace que el sujeto sea inimputable solo en la medida en que ella produzca la incapacidad de comprender y/o determinarse. Así las cosas, en el análisis de la inimputabilidad no basta con hacer una labor de simple comprobación de los fenómenos a los que se ha aludido, sino que hay que averiguar si el fenómeno comprobado tuvo o no trascendencia en el acto que se examina y en qué medida. Quien se contenta con la simple confirmación de la inmadurez o el trastorno mental para predicar enseguida la inimputabilidad hace una transposición, un trueque no permitido, pues abrevia un paso en el análisis.

La inimputabilidad no es una característica permanente del sujeto.

La calidad de inimputable de un sujeto se predica para cada caso particular según que la anomalía mental o la inmadurez hayan influído o no en la capacidad de comprensión o de determinación. Para la mejor comprensión de lo dicho, represento las dos formas de razonamiento de la siguiente manera gráfica:

Como puede observarse , la primera forma de razonamiento pasa de la confirmación del fenómeno de la inmadurez o del trastorno , a predicar la inimputabilidad, mientras que la segunda entra a averiguar si el trastorno o la inmadurez llevaron al sujeto a no comprender o a no poder determinarse. Esto quiere decir que respecto de la inimputabilidad el trastorno o la inmadurez son necesarios pero no suficientes: hay que demostrar que esos fenómenos tuvieron incidencia en la capacidad de comprensión o de determinación.

Téngase finalmente en cuenta que, en últimas, poco importa el nombre que le ponga el perito siquiatra al fenómeno (debilidad mental, sicosis, neurosis o sicopatías), con tal de que se determine que el fenómeno de que se trata llevó al sujeto a la incapacidad para comprender y/o determinarse. Así lo ha dicho la jurisprudencia española: "lo que en verdad interesa al derecho, no son tanto las calificaciones clínicas como su reflejo en el actor".

6.3.1.1 Consecuencias de la Prohibición de Hipostatización

Del hecho de que no se puede identificar los fenómenos de enajenación o de inmadurez sicológica con la inimputabilidad, sin más, se siguen dos consecuencias muy importantes, a saber: la de que un sujeto enajenado o inmaduro que ha cometido un hecho materialmente dañoso, pero en el cual concurra una causal de atipicidad, justificación o inculpabilidad, deba ser absuelto sin que tenga incidencia la problemática de la inimputabilidad , y la de que un enajenado o un inmaduro que ha realizado un hecho materialmente dañoso pueda, eventualmente, ser declarado responsable y sometido a pena. Voy a explicar esto de manera más detenida.

6.3.1.2 La Eventual Irresponsabilidad del Trastorno o del Individuo

Ya hemos recalcado antes que la inimputabilidad es incapacidad de comprender y/o de determinarse de acuerdo con las exigencias del derecho, a causa de inmadurez sicológica o de trastorno mental. Esto quiere decir que frente a un hecho materialmente dañoso cometido por una persona con inmadurez sicológica o trastorno mental, es necesario examinar si estos fenómenos pueden ser colocados como causa de tal hecho, o, lo que es lo mismo, es preciso examinar si el hecho materialmente daños es predicable, como efecto de esa

UNIVERSIDAD DE BOLIVAR
BIBLIOTECA
CARTAGENA

enajenación o esa inmadurez. Si la respuesta es positiva, estamos en presencia del fenómeno de la inimputabilidad, si es negativa, hay que descartarlo.

Lo anterior me lleva a sostener que si un enajenado o inmaduro sicológico ejecuta un hecho materialmente dañoso en circunstancias tales que se concrete una causal de atipicidad, justificación o inculpabilidad de manera más o menos coincidente con el hecho ejecutado por una persona que no se halla en tales circunstancias de anajenación o inmadurez, no puede ese enajenado o inmaduro ser considerado como inimputable en la medida en que no puede predicarse la relación mencionada entre hecho como efecto y enajenación o inmadurez como causa.

Como conclusión de lo anterior, sostengo que presentándose la causal de atipicidad, justificación o inculpabilidad en el hecho del enajenado o inmaduro, la cual de que se trata debe ser sencilla y llanamente reconocida. Pero entonces no es que a un inimputable se le esté reconociendo una causal de atipicidad, justificación o de inculpabilidad, sino que simplemente no estamos en presencia de un inimputable (por falta de la relación ya dicha). Insisto en que la irresponsabilidad debe reconocerse en estos casos de manera aislada de la problemática de la inimputabilidad.

6.3.1.3 La Eventual Responsabilidad del inmaduro Sicológico o del Trastornado

De la prohibición de la hipostatización o identificación entre los fenómenos de trastorno mental o inmadurez sicológica e inimputabilidad, se desprende también la conclusión de que un sujeto afectado por alguna de esas disfunciones puede, eventualmente, se responsable penalmente. ¿Cuando ocurrirá esto? Cuando se establezca que el hecho material y jurídicamente dañoso, no está en relación de causa a efecto con alguno de los fenómenos mencionados. Dicho en otras palabras: cuando la inmadurez o el trastorno no ha impedido al sujeto comprender la ilicitud de su comportamiento o determinarse conforme con las exigencias del derecho, estamos en presencia de un imputable, pase a su inmadurez o a su trastorno. Y si el sujeto no es inimputable, en el análisis de su responsabilidad se avanza hasta la culpabilidad y se declara la responsabilidad como en cualquier otro caso: si un cleptómano comete un delito de homicidio en circunstancias tales que su deficiencia en nada afecta la comprensión de la ilicitud y tampoco estuvo afectada su capacidad de determinarse respecto de ese hecho concreto, el sujeto no es inimputable y debe ser tratado como imputable: en relación con el hecho concreto que se juzga, se declara el reproche y ejecutable la pena.

6.4 BALANCE DE LA PRIMERA LINEA DOCTRINARIA

Como se recordará, primera línea de pensamiento partía de la llana lectura del artículo 12 que afirma que las infracciones cometidas por personas que no estén comprendidas en el artículo 29, son intencionales o culposas. A contrario sensu, las que lo estén no obran ni con intención (dolo) ni con culpa.

Tal posición doctrinaria, seguida sin discusión en la práctica y cuyo modelo de razonamiento ya se ha visto en las dos jurisprudencias citadas, resultaba ser bastante insatisfactoria, pues al sostenerse que respecto de los sujetos del artículo 29 no había que averiguar ni el dolo ni la culpa, se corría el riesgo de afirmar que en relación con ellos era suficiente la comprobación del elemento puramente material. Y si respecto de ellos no había que averiguar la culpabilidad (el dolo y la culpa son o bien grados, o bien formas de culpabilidad en estos autores), tampoco había lugar a analizar las causales de inculpabilidad. Y extremando la argumentación, si respecto de ellos nada importaba el elemento subjetivo, tampoco había lugar a reconocer las causales de atipicidad o de justificación del hecho, pues en esta última forma, por ejemplo, se estaría preguntando por la motivación de la conducta.

Lo anterior derivaba fácilmente hacia una responsabilidad por el mero hecho material, o sea a la responsabilidad objetiva.

Aclaro: no ponemos en boca de los autores reseñados la responsabilidad objetiva de los sujetos a los cuales se refiere el Artículo 29, pues tal tesis no aparece en las obras consultadas, al menos de manera expresa. Y no ponemos en boca de tales autores la tesis de la responsabilidad objetiva a pesar de las afirmaciones en el sentido de que respecto de los sujetos aludidos cuenta "únicamente la imputabilidad material (Gómez Prada); o que respecto de ellos "basta con probar la existencia del elemento objetivo constitutivo de daño " (Gaitán Mahecha); o que "tratándose de sus actos basta la imputabilidad material del hecho" (Mesa Velásquez) ¿Por qué? Porque todos ellos, sin excepción en una u otra forma, hablan de un elemento sicológico en la actividad del inimputable, constituído por una anormalidad síquica, a saber: enajenación, grave anomalía o intoxicación, lo que implicaba mucho más que la mera comprobación material de hecho. Ora se hablaba de una "actividad sicofísica" (Vasquez Abad); ya se afirmaba que el Artículo 29 puntualiza "la actividad síquica de los anormales" (Luis Carlos Pérez); bien se sostenía que "el nexo de naturaleza sicológica.... el punto de referencia subjetivo... necesario para la estructura del delito, está precisamente en la

anormalidad padecida por el sujeto" (Servio Tulio Ruiz); o bien se hablaba de un "elemento síquico atípico", como lo hacía Mesa Velásquez.

He aquí porque pensamos que a tales autores no puede achacárseles la tesis de la responsabilidad objetiva de los sujetos contemplados en el Artículo 29. Ellos, de todas formas, además de la materialidad del hecho tenían una preocupación más: la de averiguar por ese elemento síquico anormal, pero en todo caso subjetivo. Que yo sepa, ninguno expresamente negó la posibilidad de absolución de un sujeto de Artículo 29, frente a alguna de las causales de justificación. Antes bien, Mesa Velásquez, interpretando la doctrina positivista dice: "No se exigen, pues, en la doctrina positivista, condiciones mínimas de edad o salud para ser imputable. La imputabilidad legal se afirma en todos los hombres. El que ejecute hechos nocivos para la comunidad, sin justificación o excusa legal, está obligado a sufrir las sanciones penales, que son la consecuencia jurídica del delito, sea o no moralmente imputable".

De lo anterior resulta que si un sujeto dentro de los estados del Artículo 29: enajenación, grave anomalía síquica o intoxicación, realiza un hecho pero "con justificación o excusa legal" no ejecuta un "hecho nocivo" , no comete delito, lo que indicaría que respecto de tales sujetos cabría

indagar por otros elementos fuera de la "simple comisión material del hecho".

6.5 BALANCE DE LA SEGUNDA LINEA DOCTRINARIA

Con base en la exposición hecha anteriormente me atrevo a afirmar que la segunda línea de pensamiento estudiada (Bernal Pinzón, Reyes E., Estrada Velez), si bien representa un gran jalonamiento doctrinario en orden al reconocimiento de las causales de justificación y de inculpabilidad a los sujetos de que se habla; si bien desde un punto de vista práctico llegó a una solución equitativa, en cambio la fundamentación teórica resultaba incorrecta, ora porque se partía de una base equivocada; otra porque se hacían afirmaciones sustancialmente erróneas (por incompletas); ora porque la argumentación resultaba lógicamente inconsistente.

Hagamos toldas, detengámonos y adoptemos una actitud reflexiva frente a tan intrincado problema para que veamos el porqué de mis aseveraciones:

6.5.1 Erróneo punto de partida

Repárese en las afirmaciones siguientes: "aunque esté demostrada la inimputabilidad, el juez tendrá que analizar el aspecto subjetivo" (Estrada Velez); o en esta otra: "pudiera parecer un contrasentido la conclusión de que los inimputables

no pueden actuar culpablemente, pero sí pueden hacerlo inculpablemente". "bien puede"... un inimputable realizar conducta típica por mandato o autorización de la ley, por orden obligatoria de autoridad competente, en legítima defensa o en estado de necesidad (Reyes Echandía).

Nótese cómo se habla de inimputabilidad demostrada, de inculpabilidad de los "inimputables", de inimputables que obren en legítima defensa o en estado de necesidad, etc. Y aquí está precisamente uno de los defectos de la fundamentación: hablar en estos casos de inimputabilidad cuando en realidad esta no existía. En otras palabras estos autores sostuvieron que a los inimputables había que reconocerles de justificación o de inculpabilidad, a pesar de la inimputabilidad. Más claro aún: que la inimputabilidad no era óblice para el reconocimiento de las aludidas causales. Y esto significa que ellos, al igual que los autores de la primera corriente doctrinaria, a quienes criticaban, también hacían la identificación entre situaciones de enajenación, también hacían la identificación entre situaciones de enajenación, grave anomalía síquica o intoxicación, e inimputabilidad.

Se trataba de superar el riesgo de desembocar en la responsabilidad objetiva para una clase de sujetos, riesgo que implicaba la primera orientación doctrinaria cuando sostenía que respecto de los enajenados, graves anómales síquicos e

intoxicados no se averiguaba por los fenómenos del dolo y de la culpa. ¿Y cómo se superaba? Afirmando que también a esos inimputables enunciado se les debía reconocer las causales de justificación o de inculpabilidad. Y he aquí, pues, que los autores de esta segunda corriente doctrinaria al igual que los de la priemra, partían de una base común errónea: la aceptación de la inimputabilidad en los casos de justificación o de inculpabilidad de un enajenado, intoxicado o grave anómalo síquico por el solo hecho de comprobar cualquiera de estos fenómenos.

6.5.2 Erróneas afirmaciones en la fundación

La afirmación de que los inimputables queden obrar culpablemente es sustancialmente errónea, al menos si no se completa con la explicación del contenido que se le dé al concepto de culpabilidad.

Repárese en la trascripción de Bernal Pinzón en el sentido de que comprobada la inimputabilidad, el juez al graduar la medida de seguridad, debe consultar la gravedad del delito, y para esto "tendrá especialmente en cuenta la naturaleza del elemento sicológico (dolo o culpa) que acompañó a la acción criminal", repárese en la afirmación de Estrada Vélez "también los inimputables... son capaces de dolo y de culpa".

Téngase en cuenta estas afirmaciones mientras se esbozan al-

gunos elementos necesarios para la comprensión de lo que digo en cuanto al error doctrinario:

Bien se sabe que respecto de tal concepto existen dos teoríasm a saber: la denominada del dolo, y la denominada de la culpabilidad.

La primera sostiene que el dolo no se agota en el mero conocimiento de situaciones fácticas sino que es necesario, además la conciencia de la antijuridicidad del comportamiento. O como dice Mezger: "actúa dolosamente el que conoce las circunstancias de hecho y la significación de su acción y ha admitido en su voluntad el resultado".

La segunda afirma que la conciencia de la antijuridicidad no es un requisito del dolo. No es que la conciencia de la antijuridicidad no interese en la estructura del delito, pues ella forma parte de la culpabilidad, la cual es un juicio de reproche que tiene como elementos la imputabilidad la exigibilidad de otra conducta y la actual o potencial conciencia de la antijuridicidad. El dolo tiene aquí una distinta ubicación sistemática (acción típica) y se define como " el saber y querer la realización del tipo", según Hans Welzel.

Pués bien: ¿Con qué concepto de dolo trabajan los profesores

Bernal Pinzón y Estrada Vélez? . Ellos optan por la primera teoría.

En efecto, Bernal Pinzón acepta que el dolo es una forma de culpabilidad, fenómeno que "representa el elemento subjetivo del ilícito penal". Estrada Vélez define el dolo como "la consciente realización del hecho típico descrito en la ley, voluntariamente, o sin la intervención de un impulso activo del querer para evitarlo" y dice que este "es por su naturaleza malus, mientras que un dolus bonus resulta inconcebible".

Quiere esto decir, que los autores prenombrados siguen la denomiada teoría del dolo, la cual, como he dicho, afirma la conciencia de la antijuridicidad en tal fenómeno.

Ahora bien: es esta línea de pensamiento, ¿Es acertado decir que los inimputables pueden obrarndolosamente? Yo no lo creo. Una cosa es que en la conducta de los inimputables se pueda predicar una relación sicológica (el nexo sicofísico del que hablaban los positivistas) y otra cosa es que a tal relacion se le pueda denominar dolo, partiendo del concepto de dolo del cual ellos partían. En efecto: cuando se afirma que inimputabilidad es incapacidad de comprender la ilicitud del comportamiento y/o de determinarse de acuerdo con tal comprensión, no se está descartando que en el compor-

UNIVERSIDAD DE BOLIVAR
BIBLIOTECA

tamiento del inimputable exista un querer natural (permítaseme llamarlo así, sin ahondar en el tema). Este bien puede existir, como en los casos del paranoico o del cleptómano a los cuales ya aludí atrás. Y no porque exista, insisto, puede denominarse a ese nexo dolo, como lo hacen muy destacados doctrinantes: "Una cosa es establecer un nexo sicológico entre el hecho y un sujeto y otra es decir que se trata de un nexo culpable, dice Giusppe Bettiol, quien agrega: "También un demente puede hurtar con el fín de procurarse provecho, pero no esto puede admitirse el carácter culpable de dicha acción".

Así las cosas, los profesores Bernal y Estrada quedan abroquelados por una disyuntiva inexorable: cuando afirman que los inimputables pueden obrar con dolo, se refieren a una de las formas de culpabilidad (pues en este lugar de la estructura del delito lo ubican), entendiéndola, en la concepción tradicional, como conciencia y voluntad de hecho más conciencia de la ilicitud, y en este caso, yerren en modo grave, pues el inimputable o no tiene conciencia de la ilicitud o, si la tiene, es irrelevante porque le falta la voluntad libre; o cuando tal afirmación hacen se refieren solo a ese querer natural, a la mera relación sicológica entre el autor y el hecho, y en este caso también yerran en materia grave, pues entonces hacían una afirmación incompleta y debían haber jugado con dos conceptos de culpabilidad, uno

referido a los inimputables como mero nexo sicológico y otro referido a los imputables, que abarcaría más que ese simple nexo.

6.5.3 La inconsistencia lógica de la argumentación

Mientras que los profesores Bernal Pinzón y Estrada Vélez ubican la imputabilidad por fuera de la estructura del delito como presupuesto de la pena, conforme al Código Penal de 1936, el profesor Alfonso Reyes, como lo he señalado, a partir de 1976, ubica la imputabilidad dentro de tal estructura. Y mientras que los primeros sostienen que los inimputables pueden obrar culpablemente, con dolo o con culpa, Reyes sostiene de manera tajante, a partir de tal año, que "sin imputabilidad no hay culpabilidad". El inimputable no puede, pues, obrar culpablemente. Y si no puede obrar culpablemente, ¿Cómo puede decirse que sí puede obrar inculpablemente? La contradicción lógica es insalvable, pues, como con causticidad señalaba en alguna oportunidad Juan Fernández Carrasquilla, para que a uno le quiten diez pesos del bolsillo, previamente hay que tener esos diez pesos en el bolsillo. Es más: El viamente hay que tener esos diez pesos en el bolsillo. Es más: El mismo doctor Reyes cae en la cuenta de la contradicción lógica cuando dice, según la cita atrás hecha: "Pudiera parecer un contrasentido la conclusión de que los inimputables no pueden actuar culpablemente... pero

UNIVERSIDAD

sí pueden hacerlo inculpablemente"...pero sí pueden hacerlo inculpablemente"... Empero, concluye, a ello conducen los textos legales.

7. LA PROBLEMATICA REFERENTE AL NUEVO CODIGO PENAL COLOMBIANO

7.1 CONCEPTO Y SISTEMA DE REGULACION DE LA IMPUTABILIDAD EN EL NUEVO CODIGO PENAL

Inimputabilidad es incapacidad del sujeto para ser culpable. El concepto de inimputabilidad del nuevo Código Penal concuerda con el concepto general de inimputabilidad al cual se ha hecho referencia atrás: es la incapacidad del sujeto para comprender la ilicitud de un hecho que ejecuta y/o de determinarse de acuerdo con las exigencias del derecho.El art. 31 reza: "Es inimputable quien en el momento de ejecutar el hecho legalmente descrito, no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez sicológica o trastorno mental".

En el anterior artículo también podemos observar los dos aspectos a que se ha hecho mención, a saber, el intelectivo y el volitivo. Al primero se alude con el verbo "comprender" y el segundo con el verbo "determinarse". Si observamos con detenimiento el aspecto intelectivo nos percatamos que

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR

la ley se refiere a la incapacidad de "comprender su ilicitud" la del comportamiento o hecho, con lo que vuelca tal aspecto al mundo del valor y del sentido, al mundo axiológico. No refiere la inimputabilidad a que el sujeto conozca o no su significación, su trascendencia valorativa. En este sentido es importante resaltar la afirmación del doctor Dario Velásquez Gaviria, cuando sobre el particular manifestó en el seno de la Comisión redactora del Anteproyecto del Código Penal de 1974, "La imputabilidad es una capacidad orientada a un doble concepto: al de la comprensión del significado ético social de la conducta y al de la libre determinación a ella de acuerdo con esa comprensión".

Como ya se ha dicho, no porque el sujeto sepa lo que hace, que mata, por ejemplo, puede predicarse la imputabilidad, pues es posible que sepa que obra pero no comprenda la significación, según las exigencias del derecho, en su obra.

A mi manera de ver, no es indiferente el hecho de que la ley al regular el fenómeno de la inimputabilidad se refiere a comprender su ilicitud, mientras que cuando se refiere al dolo en su art. 35, diga que este existe "cuando el agente conoce el hecho punible y quiere su realización".

Al igual que en la teoría general de la inimputabilidad,

también puede afirmarse que es posible, frente al nuevo Código Penal, que exista conciencia del acto y de su ilicitud y sin embargo no se puede establecer aún imputabilidad, por no haber capacidad de determinación ni posibilidad de autorregular la conducta.

Y en cuanto al sistema de regulación es evidente que la ley ha optado por el sistema mixto, que consiste según lo visto, en enunciar tanto la causa (inmadurez sicológica o trastorno mental) como los efectos de estos fenómenos, a saber, la perturbación de la capacidad de comprender y/o determinación.

Lo que se dice sobre el sistema de regulación en el sentido de que el Código adoptó un sistema mixto, lleva a afirmar que en el actual Código Penal, por mandato expreso de la ley, no es la sola inmadurez sicológica o el solo trastorno lo que constituye el fenómeno de la inimputabilidad, sino la inmadurez o el trastorno en tanto que produzcan la incapacidad de comprender y/o determinarse, independientemente del nombre que desde el punto de vista sicológico o siquiátrico se les dá a estos fenómenos.

Por tanto, recalco, no basta con la comprobación de alguno de los fenómenos mencionados para que se pueda invocar, sin más, la inimputabilidad. De modo que bien puede presentarse la inmadurez o el trastorno y, sin embargo, por no producir

UNIVERSIDAD SIMÓN BOLÍVAR
BARRANQUILLA

la incapacidad de comprender y/o de querer, no poderse hablar de inimputabilidad. Esto significa que la inimputabilidad o imputabilidad de un sujeto debe ser referida a caso concreto, y no deducirse como una característica genérica por el hecho por ejemplo, de que el sujeto padezca un trastorno más o menos permanente. No puede razonarse diciendo, valga el caso, que como Pedro es un sujeto que de manera permanente padece perturbaciones mentales frente a la realización de un hecho concreto es, sin más inimputable. No es necesario indagar si esas perturbaciones mentales hicieron que frente a este hecho tuviera o no la capacidad de comprender sun ilicitud o de determinarse. Así se deduce no solo de la teoría general de la inimputabilidad sino también del propio texto legal: "Es inimputable quien en el momento de ejecutar el hecho legalmente descrito, no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud".

En idéntico sentido se pronuncia el profesor Federico Estrada Vélez cuando manifiesta: " La imputabilidad es el conjunto de condiciones exigidas por la ley para que a una persona se le pueda atribuír un hecho punible. Esas condiciones de orden siquiátrico algunas veces, sicológico otras, socioculturales en muchos, proponen la capacidad concreta y específica, para cada caso particular, de comprender la ilicitud del comportamiento y la de regular ese comportamiento de conformidad con la normal visión del mundo fenoménico, vale

decir de una correcta comprensión . Esta misma idea aparece expresada de manera incidental en las actas de la Comisión redactora del Anteproyecto de 1974, por el doctor Alfonso Reyes cuando afirmaba que " en verdad lo que importa es que el sujeto activo pueda regular, no su comportamiento genérico, sino el hecho en sí.

Como consecuencia de lo anterior, considero que es aplicable el nuevo Código Penal la tesis principal sostenida en este estudio: siendo la inimputabilidad no una cualidad permanente de la persona sino una incapacidad referida a cada caso concreto, no siendo atribuible la inimputabilidad con la sola comprobación de la inmadurez o el trastorno, y que es indispensable que estos fenómenos influyan en la capacidad de comprender y/o determinarse, en caso de presentarse un hecho materialmente dañoso cometido por un inmaduro o trastornado, mental, y cometido dentro de algunos de los casos de atipicidad, justificación o inculpabilidad, se debe absolver al sujeto, reconociéndole la causal de que se trate, con tal independencia de la problemática de la inimputabilidad.

Y como se ha explicado atrás, tampoco frente a este Código se podrá decir que en estas circunstancias se está absolviendo a un inimputable, pues simplemente no estamos frente a un inimputable, ya que el hecho materialmente dañoso se ha ejecutado sin que la inmadurez o el trastorno no es la inim-

putabilidad misma, no se puede predicar tal inimputabilidad si el inmaduro o trastornado ejecuta el hecho en circunstancias tales que sean estas las que influyan en el resultado y no la inmadurez o el trastorno del sujeto.

7.2 LA INIMPUTABILIDAD COMO FENOMENO "RESIDUAL" EN EL NUEVO CODIGO PENAL

Lo anterior quiere decir que el problema de la inimputabilidad en nuestro Código es un fenómeno "residual" (permítaseme el término), entendiendo la expresión en el siguiente sentido: ante un hecho materialmente dañoso cometido por un inmaduro sicológico o un trastornado el juez debe proceder así en el análisis: primero ha de asegurarse si existe o no acción típica: la consagración legal del hecho como delictuoso es un límite que existe, ya obre el sujeto en estado de normalidad, o de inmaduez sicológica o de trastorno mental. No puede ser el juez menos riguroso en la comprobación del hecho y en la verificación del fenómeno de la tipicidad por estar frente a un inmaduro sicológico o un enajenado permanente o transitorio.

En segundo lugar, debe verificar que no existan causales de justificación: si alguna de ellas existiere, así debe reconocérsele a ese inmadura o a ese sujeto del trastorno mental (insisto, no aludo a "ese inimputable"), pues la existencia

de un daño a un interés jurídicamente tutelado es el límite que tiene la autoridad para entrar en la órbita del ciudadano.

Finalmente, debe examinar si existe o no alguna causal de inculpabilidad, si es de una coacción o un caso fortuito o una situación de error. Se examinará la incidencia de la inmadurez sicológica o del trastorno en el hecho. Si este es independiente de tal inmadurez o trastorno, debe reconocerse la causal de inculpabilidad. Y aquí vuelvo con lo que ha sido reiterado en este escrito: no es que se le esté reconociendo una causal de inculpabilidad nada tiene que ver aquí.

En conclusión: la inimputabilidad se plantea solo cuando no existe en el caso causales de atipicidad, ni justificantes ni disculpantes.

Si puesta de manifiesto la existencia de un comportamiento típico de manifiesto la existencia de un comportamiento típico y antijurídico no se evidencian causales de inculpabilidad, la inimputabilidad existirá y entonces se pasará a la aplicación de las medidas de seguridad (si no se tratare de trastorno mental transitorio sin secuelas). En el modo de proceder hay aquí una especie de "ida y vuelta" se establece la acción típica y su antijuricidad y se llega hasta el elemento de la culpabilidad para examinar si exis-

te o no alguna causal que la excluya.

Si así es, se reconoce esto sin imbricar el problema de la inimputabilidad. Si la causal de inculpabilidad no existe, hay una"vuelta", un regreso hasta el elemento de la antijuridicidad (que de todas formas, en todo caso, ya ha tenido que ser comprobado), se predica la inimputabilidad y se pasa al campo de las medidas de seguridad.

Lo anterior puede comprenderse mejor si nos detenemos un poco en el estudio de la estructura del delito de los imputables e inimputables en este Código.

7.2.1 La diversa estructura del delito para imputables e inimputables.

El problema que originariamente se plantea es el saber si existe o no una estructura unitaria del delito para imputables e inimputables. En otras palabras, cuando se define el delito como "acción típica, antijurídica y culpable", ¿Es esta una definición válida para todos los sujetos, tanto para los que están sometidos a penas como para los que están sometidos a medidas de seguridad? ¿No es válida para los sujetos inimputables? y si ello fuere así, ¿Cuál sería la estructura del delito para estos últimos sujetos? La respuesta a estos interrogantes la da el significado

que tenga la expresión "hecho punible".

Aunque no discuto que tal expresión en este Código puede ser entendida en diversos sentidos, por ahora interesa, a efectos del tema que trato, destacar dos de ellos: "hecho punible" como conducta típica y antijurídica y "hecho punible" como conducta típica, antijurídica y culpable, según el contenido jurídico que se le dé.

7.2.1.1 El hecho punible como conducta típica, antijurídica y culpable.

El hecho punible de los imputables. En el nuevo Código, la punibilidad está consagrada en el título IV del libro lo., cuyo capítulo I ha sido denominado "De las penas". Las medidas de seguridad se contemplan en el título V del mismo libro. El art. 41, alude a las "penas principales" y dice: "Los imputables están cometidos a las siguientes penas". Esto significa que la punibilidad solo se refiere a los imputables y solo a ellos. Los inimputables "serán sometidos a las medidas de seguridad establecidas en este Código", preceptúa el art. 33. Así las cosas, la expresión "punible" significa castigable con pena. Tal es el sentido de esa expresión en el art. 2o., cuando expresamente dice que "para que una conducta sea punible debe ser típica, antijurídica y culpable". Hecho punible significa, pues, delito o contra-

vención de los imputables. En otras palabras, dicho: hecho punible es el que por ser típico, antijurídico y culpable, acarrea pena; y como esta solo obra para los imputables (art. 41), "hecho punible" en este sentido solo puede ser cometido por los imputables.

La pregunta entonces no se hace esperar: ¿Cuál es la estructura del delito para los imputables? La respuesta la da el segundo significado que se le dé a la expresión que se examina.

7.2.1.2 El hecho punible como "conducta típica y antijurídica": El hecho punible de los inimputables.

La expresión "hecho punible" no siempre quiere decir conducta que reúne las tres características mencionadas en el art. 2o. pues hay veces que solo significa "conducta típica y antijurídica" como lo demuestra una atenta consideración del art. 35. Aquí "hecho punible" quiere decir solamente "conducta típica y antijurídica", pues si significa lo que en el art. 2o. el artículo habría que leerlo así:

"Nadie puede ser penado por una conducta típica, antijurídica y dolosa, culposa o preterintencional (culpable), si no la ha realizado con dolo, culpa o preterintención". Tan flagrante e innecesaria repetición es inconcebible.

Lo que la ley está diciendo es que cuando se observe una conducta que encuadre en la descripción legal y en ella no concurra una causal de justificación, para poderse sancionar con pena debe haber algo más: la culpabilidad.

De lo anterior se deduce que aunque conforme a los principios rectores el art. 2o. diga que "hecho punible" es el hecho o conducta típica, antijurídica, no siempre a lo largo del Código se emplea tal expresión con el mismo significado. La culpabilidad de este Código parece ser un ente complejo compuesto de dolo o culpa o preterintención y, además, por un juicio de reproche. Pero como los inimputables no pueden ser sometidos a juicio de reproche por sus actos, pues no están en capacidad de comprender la ilicitud del comportamiento o determinarse de acuerdo con tal comprensión de ellos no se puede predicar culpabilidad.

7.2.1.3 La acción típica de los inimputables

Manifestó atrás que la inimputabilidad es incapacidad de culpabilidad y que sunproblemática aparece solo una vez pasa del peldaño de la antijuridicidad en el análisis estratificado del delito, sea que se la considere como presupuesto o como elemento de la culpabilidad.

Pues bien: Esto supone que cuando se llega a ventilar el

fenómeno de la inimputabilidad, ya se ha dado por supuesto la existencia de la "acción típica" como primer peldaño. Como dice Hans Heinrich Jeschek: "Cuando falta la capacidad de culpabilidad el autor puede, ciertamente, actuar... pero no ser culpable, ya que el hecho no obedece a una actitud interna ante el derecho digna de desaprobación".

Y cuando se acepta la existencia de una acción, se acepta la existencia de voluntad. Como ya lo he destacado, las legislaciones emplean múltiples expresiones para referirse al elemento volitivo de la inimputabilidad: no poder determinarse, no tener "libertad de elección", no poder "inhibir sus impulsos delictivos", expresiones cuyo significado es el de voluntad subyugada. Sin embargo, el hecho de que la voluntad sea subyugada, no descarta siempre la existencia de la acción, esta no supone autodeterminación, voluntad libre. La inimputabilidad no es falta absoluta de conciencia y voluntad.

Expondré brevemente mi pensamiento en relación con los antecedentes doctrinarios nacionales: con la primera corriente me identifico en cuanto sostiene que los inimputables no pueden obrar con culpabilidad.

Difiero en la afirmación que hace en el sentido de que en relación con tales sujetos basta la simple comisión mate-

rial del hecho para la aplicación de la medida de seguridad. Y en relación con la segunda orientación me identifico en la afirmación que hace en el sentido de que no basta respecto de los inimputables con la sola comisión material del hecho para aplicar la medida de seguridad, sino que hay que avanzar más en el análisis. Me aparto de estos autores en cuanto a ese componente síquico que observan y reconocen en el actuar de los inimputables lo denominan dolo o culpa.

Ejemplifico:

Caso A. Un paranoico hace disparos sobre una persona con el ánimo de matar, pero no la alcanza por una causa ajena a su voluntad.

Caso B. El mismo paranoico, con el ánimo de lesionar, dispara el arma de fuego pero la víctima muere.

A la primera orientación se le presentaría el problema de saber conforme a qué tipo penal enjuiciar y condenar en ambos casos, pues para saber si se trata del tipo penal de homicidio tentado, por ejemplo, debe indagar por el elemento subjetivo. Y la disyuntiva es inexorable: o no indaga y entonces: ¿con base en qué artículo trabaja el Juez? O lo hace, indaga por ese elemento subjetivo y entonces quie-

bra el principio que constituye su punto de partida.

La segunda corriente doctrinaria no podrá seguir dándosele (como no podía hacerlo tampoco durante la vigencia del Código de 1936) a ese coeficiente síquico la denominación de dolo, culpa ni preterintención, y no podrá seguir afirmando que estos fenómenos son formas de culpabilidad, la cual solo cuenta para los imputables.

7.2.1.4 La Acción Antijurídica de los Inimputables

He señalado ya que la expresión "hecho punible" del artículo 33 significa hecho típico y antijurídico. Hecho antijurídico es aquel en el que no concurre una causal de justificación, aquel en el que hay violación o puesta en peligro del bien jurídico tutelado, el que se ejecuta sin permisión legal. Significa esto que, según la ley, cuando se discute el problema de la inimputabilidad ya se da por sentado que no ha existido , en el caso , una causal de justificación.

La actividad sancionatoria del Estado tiene su límite en la existencia de una acción dañosa desde el punto de vista jurídico, es decir, sin justa causa. Esto es lo que significa y tal es el alcance que hay que darle a la expresión "hecho punible" del artículo 333 del nuevo Código Penal. Por tal motivo, disiento del profesor Estrada Vélez cuando

manifiesta que el uso de tal término por el Código es "una evidente impropiedad", y apunta que "resulta claro que el artículo al hablar de un hecho punible se refiere al tipo objetivo, o , si se quiere, a conducta objetivamente definida en la ley penal colombiana".

Ninguna impropiedad se comete, insisto al usar ese término en nuestra ley, pues como la expresión "hecho punible", según lo visto, significa en tal artículo "hecho típico y antijurídico", lo que la ley quiere decir es que respecto de los inimputables también se exige la antijuridicidad. Es más: no es que con tal expresión se refiere solo "al tipo objetivo, o, si se quiere, a la conducta objetivamente definida en la ley", pues el aspecto objetivo es apenas parte de la exigencia de la tipicidad y tampoco con la sola tipicidad (y menos con el mero aspecto objetivo del tipo) se puede aplicar la medida de seguridad. Es necesario, en todo caso, la ausencia de una causal de justificación.

Así llegó a reconocerlo una avanzada casación de la Corte Suprema de Justicia en relación con el Código Penal de 1936: "De conformidad con el actual estatuto, toda persona que cometa una infracción definida como delito es responsable, así se trate de individuos normales o anormales, o de mayores o menores de 18 años. Pero el Código Penal hace una separación de las sanciones, para distinguirlas, de

acuerdo con los infractores, en penas y medidas de seguridad. Se aplican las últimas a quienes lleven a cabo un comportamiento antijurídico y que se acomode a una definición punible, si se encuentran en alguna de las situaciones previstas en el Artículo 29 del Código Penal, o si se trata de menores de 18 años (artículo 30 ibidem). Y se imponen las penas, si se tiene que el delincuente es normal y mayor de 18 años".

Los requisitos de tipicidad y de antijuridicidad respecto de las infracciones cometidas por personas inimputables, no pueden estar mejor perfilados que en la anterior jurisprudencia. Que pueda aducirse la antijuridicidad de un hecho o comportamiento típico ejecutado por un sujeto víctima de un trastorno mental o de una situación de inmadurez sicológica y en el que no concurra causal de justificación alguna, se desprende de los que hoy por hoy ha llegado a ser claro en la teoría jurídico penal: la distinción entre imputación del hecho e imputación de un reproche por el hecho al autor. Me explico: además de la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad son requisitos esenciales para que exista delito. Pero mientras que las juridicidad o antijuridicidad de un hecho se determina por el ordenamiento jurídico según su corrección objetiva, la culpabilidad implica el que un hecho concreto realizado por un determinado sujeto puede serle a él reprochado , en la medida en

que pudo no haberlo ejecutado.

El ordenamiento jurídico considera como inaceptable cierto estado de cosas, independientemente de que tal estado sea producido por un sujeto con comprensión de lo que hace y autodeterminación, o sin esta capacidad de entendimiento y de determinación: considera que no debe matarse, que no debe hurtarse , que existe el deber de respetar la vida o el patrimonio ajenos. Este deber no tiene un contenido de carácter moral y de ahí que podamos afirmar que la ley considera que no se debe matar y que quien lo haga sin que exista una causal de justificación obra antijurídicamente, independiente de la consideración personal del autor del hecho. Es decir, no se exige, para hablar de antijuridicidad, que quien obra lo haga con conciencia, comprensión y voluntad.

En cambio, para que exista culpabilidad, sí se exigen unas condiciones determinadas en el sujeto: que sea imputable, que haya tenido la conciencia del hecho y de su antijuridicidad, que haya actuado dentro de circunstancias que no lo colocaban en una situación de inexigibilidad de la conducta, en una palabra, que su conducta le sea reprochable.

Por lo anterior se dice que la antijuridicidad tiene carácter objetivo, lo cual no significa que ella pueda determinar-

se con fundamento en la sola comprobación de los elementos materiales u objetivos de la conducta o infracción, sino que no se requieren determinadas características en el sujeto como requisito de su existencia. no es la imputabilidad. Así lo enseña el profesor argentino Enrique Bacigalupo: "Objetividad de la antijuridicidad significa que ella no depende de que el sujeto que obra haya podido o no obrar contra el derecho". La conducta que valoramos está compuesta en parte por elementos objetivos y en parte por elementos subjetivos; esto ya lo sabemos y por eso la realización del tipo es en parte objetiva y en parte subjetiva (tipo objetivo y tipo subjetivo). Lo único que se quiere decir es que la realización del tipo es considerada objetivamente en la medida en que no entra en consideración si el autor en el momento de la realización del tipo pudo o no obrar de otra manera; todo lo que se refiere a si el autor pudo obrar de otra manera es materia propia de la culpabilidad.

Los anteriores son, pues, los alcances de la expresión "hecho punible" del artículo 33, cuando dice que también los inimputables pueden realizarlo. El tratamiento de esta cuestión no puede ser, sin embargo, abordado en extenso aquí y se deja para ulteriores investigaciones.

8. CONCLUSIONES

La identificación entre inmadurez sicológica o trastorno mental e inimputabilidad, en la ejecución de las medidas de seguridad en el Nuevo Código Penal: A mi manera de ver existe una incoherencia en este punto en el Código, pues si bien es cierto que a efectos de la determinación de la inimputabilidad no puede hacerse la relación inmadurez o trastorno inimputabilidad, desafortunadamente en el nivel de la ejecución de alguna de las medidas de seguridad, respecto de un grupo de inimputables, si se ha hecho una equiparación entre "anormalidad síquica" y peligrosidad que resulta inaceptable. Se trata de la relación enfermedad mental-peligrosidad consagrada en los artículos 94 y 95.

Esta situación me parece en modo sumo peligroso y no constituye avance sobre la legislación existente y si, por el contrario, un retroceso. Me explico: El Proyecto de Jose Vicente Concha, de 1912, dice en el artículo 40: "No estará sujeto a pena el que ejecute el acto violatorio de la ley penal a tiempo que sus facultades mentales estaban debilitadas o trastornadas por causa de enfermedad, de tal

suerte que carezca de discernimiento o de conciencia y libertad en sus actos.

En este caso el Juez suspenderá el procedimiento criminal y hará que se someta al sindicado a observación científica en un manicomio, con las seguridades debidas, hasta por un año, después de lo cual se dicidirá sobre la responsabilidad; pero en ningún caso se dejará libre al que haya sido declrado en estado de enajenación, cuando se repute peligroso.

Como es sabido, la Ley 109 de 1922 adoptó el Proyecto Concha como estatuto penal para Colombia, y el artículo 40 del Proyecto pasó, intacto, a ser el artículo 41 de dicha ley. De modo que, legalmente, desde 1922, la peligrosidad era la fundamentadora de la medida de seguridad .

Más tarde , mediante la ley 81 de 1923, "Se señala nueva fecha para la vigencia de la Ley 109 de 1922 y se crea una comisión", la cual examinaría el Código aprobado y las modificaciones que se habían sugerido. Esta Comisión redactó el siguiente artículo:

No es punible el que al tiempo de cometer el hecho se encuentre en estado de enajenación mental o de intoxicación crónica producida por el alcohol o cualquier otra sustan-

cia venenosa, o padezca de grave anomalía síquica; pero el Juez debe ordenar que se le segregue y someta a tratamiento médico conveniente en un manicomio, u otro establecimiento adecuado, si a causa de su enfermedad, demás condiciones personales y el hecho cometido, se le considera como peligroso para la sociedad.

"La segregación a que se refiere el inciso anterior no podrá cesar sino por resolución judicial con audiencia de Ministerio Público y previo dictamen de peritos que declaren desaparecido el peligro de que el enfermo se daño a sí mismo o a los demás".

Nótese como la existencia y duración de la medida de seguridad está supeditada a la existencia y duración de la peligrosidad: "se le segregue y someta a tratamiento, si a causa de su enfermedad... se le considera como peligroso para la sociedad".

Cesa la medida de seguridad cuando se declare "desaparecido el peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás".

Todos sabemos que la Comisión que redactó el Código Penal de 1936 tuvo como base de trabajo el Proyecto redactado por la Comisión de 1924. Pues bien: el artículo transcrito

equivale en el Código Penal de 1936 a los arts. 29 y 64 última parte, Aquí se dice que la reclusión en el manicomio criminal "no podrá cesar sino condicionalmente en virtud de decisión judicial, con audiencia del Ministerio Público y previo dictamen de peritos, que declaren desaparecido el peligro de que el enfermo vuelva a causar daño".

Otra cosa sucede en el nuevo Código Penal. Según los arts. 94 y 95, el internamiento podrá suspenderse al cabo de dos años o de seis meses (según que se trate de trastorno mental permanente o transitorio), a condición de que "se establezca que la persona ha recuperado su normalidad síquica". Según este artículo, podría haber medidas de seguridad a perpetuidad, independientemente de que el sujeto constituya peligro para la sociedad.

En efecto, existen algunas patologías irreversibles: piénsese en las debilidades mentales, en la esquizofrenia, y, más, aún, en la demencia senil. Este fenómeno, por ejemplo, es reversible, ya que obedece a un deterioro o atrofia cerebral con todas las consecuencias que este fenómeno implica. Otro tanto puede decirse del proceso degenerativo en una parálisis (por sífilis). Y, entonces, ¿qué hacer cuando al cabo de dos años, en el caso del art. 94, diga el perito que el sujeto no ha recuperado su "normalidad síquica" (pues no puede recuperarla) pero que el sujeto no constituye peligro pa-

BOLIVAR
BARRANQUILLA

ra sí ni para los demás?

La aplicación de este artículo, "a secas", sin más, conduce como lo he dicho, a la consagración de la "cadena perpetua" en nuestra legislación y lleva nuestro estatuto a una posición bastante retrógrada a los inicios del positivismo, de cuyo peligrosismo se quiso renegar. Esto proque se suprimió un agregado que figuraba en el art. 109 del Proyecto de 1979 según el cual se podía suspender la medida de seguridad, pasados los dos años (si de ello se tratare), "cuando se establezca que la persona ha recuperado su normalidad síquica o ha dejado de constituír un peligro para sí o para otros".

Al pasar a la revisión final y sin que se sepa la motivación se suprimió el agregado que ha destacado y fué así como se vino a consagrar esa "cadena perpetua" para las personas que jamás recuperarán su normalidad síquica, porque no la pueden recuperar. Y suprimiendo el aparte que contenía la palabra "peligro" por ese temor a las palabras que pudieran tan solo evocar determinada orientación positiva se llegó a esta situación francamente intolerable.

Pienso que la solución puede estar en el art. 12, cuando dice que "las medidas de seguridad persiguen fines de curación, tutelas y rehabilitación". Interpreto que la medida de seguridad tiene un fundamento en la necesidad que tiene la sociedad de protegerse de los individuos respecto de los

cuales, por haber realizado una conducta prevista en la ley como delito, y sin concurri una causal de justificación puede decirse, con un juicio de probabilidad, pueden volver a dañar.

Francamente, no veo cómo dentro de un Estado de derecho, se puede fundamentar de modo distinto las medidas de seguridad. Hoy más que nunca se hace necesario abogar por la concepción de un derecho penal demo-liberal (Beccaria, Carmignani, Carrara) según la cual la necesidad es el límite que tiene la autoridad para intervenir en el ámbito de la persona. Allí donde no es necesaria tal intervención, debe rechazar por arbitraria.

Entiendo que cuando la ley habla de tutela, ella comprende de la sociedad frente al individuo que la daña. Así las cosas, si se llegare a establecer que un individuo a pesar de no haber "recuperado su normalidad síquica" no ofrece peligro para la sociedad, no debe permanecer por más tiempo sometido a una medida de seguridad que no cumple uno de sus fines: el de la tutela. Tal es, a mi manera de ver, una de las salidas que el problema puede tener.

Apoya la solución propuesta el hecho de que el art. 96 que trata de "otra medidas aplicables a los inimputables", dice que la internación en establecimiento público o parti-

cular aprobado oficialmente, que pueda suministrar educación o adiestramiento industrial, artesanal o agrícola, tendrá un mínimo de duración de un año, y se" suspenderá condicionalmente cuando se establezca que la persona ha adquirido suficiente adaptabilidad al medio social en que se desenvolverá su vida".

Obsérvese que no se condiciona la suspensión de la medida a la desaparición del fenómeno que dio lugar a la inimputabilidad, sino a su adaptabilidad al medio social. De este artículo se puede sacar un principio que no se ve por qué no se pueda aplicar a otras situaciones iguales, en las que puede haber adaptabilidad social, no peligro para sí ni para la comunidad, aunque no recuperación de la normalidad síquica.

En resumen: si se hace la afirmación de que no se identifican los fenómenos de inmadurez o trastorno (estos fenómenos por sí solos) con la inimputabilidad, no hay que hacer esa identificación entre uno de esos fenómenos (el trastorno mental) y la peligrosidad (que es lo que en últimas fundamenta la medida de seguridad) a nivel de la ejecución de la medida. Debe haber consistencia en el punto de vista originario del cual se parte.

BIBLIOGRAFIA

AGUDELO BETANCOUR, Nódier. Los Inimputables frente a las causales de justificación. Bogotá, Temis, 1982.

ARENAS, Antonio Vicente. Derecho Penal Colombiano;parte general. Bogotá, Universidad Nacional, 1981

BERNAL PINZON, Jesús. Imputabilidad, culpabilidad y responsabilidad. Bogotá, Revista Cátedra Jurídica No. 1. Diario Jurídico, 1956.

ESTRADA VELEZ, Federico. La culpabilidad penal,En Temas de Derecho Penal Colombiano. Medellín, Salesiana, 1970. No. 1

--------. Manual de Derecho Penal. Medellín, Salesiana, 1972.

--------. Derecho Penal; parte general. Bogotá, Librería del Profesional, 1981.

FERRI, Enrico. Sociología Criminal. Madrid, Góngora, s.f. Tomo 2.

GAITAN MAHECHA, Bernardo. Curso de Derecho Penal General. Bogotá, Lerner, 1963.

PAEZ POLO, Esteban. Derecho Penal General. Barranquilla, Mejoras Públicas, 1977.

PEREZ, Luis Carlos, Nuevas bases del derecho criminal. Bogotá, Distribuidora americana de publicaciones, 1947.

--------. Derecho Penal Colombiano; parte general. Bogotá, Temis, 1959.

--------. Tratado de Derecho Penal. Bogotá, Temis, 1967. Tomo 1.

PEREZ, Luis Carlos. Derecho Penal; parte general. Bogotá, Temis, 1981.

REYES ECHANDIA, Alfonso. Derecho Penal Colombiano. Bogotá Universidad Externado de Colombia, 1964.

-------. Derecho Penal; parte general. 2ed. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1972.

--------. Derecho Penal; parte general. 3ed. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1974.

--------. Derecho Penal; parte general 4ed. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1976.

-------. La Imputabilidad. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1976.

-------. Derecho Penal; parte general. 7ed. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1980.

ROMERO SOTO, Luis E. Derecho Penal. Bogotá, Temis, 1969. Tomo 2.