

Mientras la sentencia no esté en firme, por no haberse causado su ejecutoria, verbi gratia, cuando apenas se está en proceso de notificación del fallo, no existe cosa juzgada y debe mantenerse expedito el camino de la nulidad, para evitar el escándalo que produciría una resolución judicial contraria a derecho y manifiestamente injusta.

En los términos anteriores le dejo expuesto, doctor Jaramillo, mi honesto criterio con respecto al cuestionario que usted se dignó proponerme. Hice algunas citas de mi obra sobre derecho procesal, como también de jurisprudencia en cuya elaboración intervine, no por ostentación sino para poner de resalto la constante del pensamiento, la convicción que siempre he tenido sobre los asuntos materia del presente concepto.

Con sentimiento de consideración y aprecio, me suscribo de usted, muy atentamente,

LUIS EDUARDO MESA VELASQUEZ

T.P. 11875

EL TRASTORNO MENTAL TRANSITORIO:

Su Origen y Evolución,

A Propósito de la Reforma Penal

Dr. Fernando Velásquez V.

"...hasta una LOCURA TRANSITORIA puede excluir por completo la responsabilidad de los propios actos" (F. CARRARA, Programa, párrafo 249).

INTRODUCCION

En las modernas codificaciones penales, encontramos como causal de exclusión de la imputabilidad, al lado del trastorno mental permanente, el trastorno mental transitorio.

Considerar el trastorno mental permanente como causal de inimputabilidad, no es sin embargo novedoso en las actuales legislaciones, si se tiene en cuenta que ello era la norma en el Derecho Romano. En efecto, el Digesto o Pandectas de la época de Justiniano, contemplaba la inimputabilidad de los alienados, y no solo esto, se contemplaban ya, las que aún hoy son situaciones fundamentales del Derecho Penal: la alienación y el delito, la simulación de la alienación, el delito cometido en estado de lucidez, el estado de peligrosidad, las medidas de seguridad y la existencia de peritos médicos¹.

Las Siete Partidas, el más importante de los códigos españoles, publicadas en 1265 a instancias de Alfonso X "El sabio", reconocían también la

1. Luis Alberto Kvitko: Alienación y Delito en Roma, en Revista Nuevo Foro Penal, No. 2, Medellín, Colombia, 1979, págs. 36 a 39.

inimputabilidad de los alienados; esto no es extraño, si se tiene en cuenta que dicha codificación bebió de las fuentes justinianeas.

El Código Penal Francés de 1810, eximía de responsabilidad al agente que al momento de la comisión del hecho delictuoso, se encontrase en "estado de demencia"; codificaciones posteriores, como la española de 1870 y la colombiana de 1890 eximían al "loco" y al "imbécil"; en antiguas leyes mglesas y norteamericanas, se eximía a los "ruidicos".

Fue, sin embargo, el Código Penal Alemán de 1871, convertido posteriormente en Código Imperial de 20 de marzo de 1876, el primero en eximir de responsabilidad al agente que al momento de la comisión del acto punible, sufriera de una PERTURBACION MORBOSA DE LA ACTIVIDAD MENTAL, o se encontrase en ESTADO DE INCONSCIENCIA. A esta formulación la sucedieron las de la Unión Soviética de los años 1922 y 1927, y las mejicanas de 1929 y 1931, que reconocían la existencia de perturbaciones transitorias de la actividad psíquica, como causal de inimputabilidad o eximente de responsabilidad.

Pero, solo en el año de 1932 y a instancias del legislador español, se estructuró orgánicamente el trastorno mental transitorio como causal eximente de responsabilidad². Desde entonces, tal formulación ha hecho carrera.

La consagración española ha sido recogida por diversas legislaciones y proyectos de código, entre las que se destacan: la colombiana de 1936, que trajo en esta materia de manera casi textual los artículos 19, 32 y 33 del Proyecto Ferri de 1921; la cubana y la guatemalteca también de 1936; el Proyecto Peco para la Argentina de 1941; el Proyecto López-Rey Arrojo para Bolivia en 1943; las Bases de Legislación Penal de la U. R. S. S. de 1958; el Proyecto Soler para la Argentina de 1960 y la actual legislación de este país; el Código Penal Tipo para Latinoamérica; el Código Penal Alemán reformado en 1969 y finalmente, el Anteproyecto colombiano de 1974 y los Proyectos de 1976 y 1978.

El propósito del presente trabajo, es mirar el desenvolvimiento histórico de la figura del TRASTORNO MENTAL TRANSITORIO, cometido que logramos al realizar una descripción más o menos detallada de las legislaciones anotadas, partiendo de la alemana de 1871 y culminando con los proyectos colombianos.

Con esto, queremos contribuir en algo, al debate que se adelanta en nuestro país a raíz de la proyectada reforma penal.

2. De "eximente" habla el Código Español de 1932, sin embargo, debe observarse, que hablar de exención o eximente es suponer la responsabilidad y quitarla (EX y ONUS-ONERIS: carga, quitar una carga), lo que precisamente a nuestro modo de ver, no ocurre aquí, por la razón de que la responsabilidad ni siquiera surge; esto en virtud de que la culpabilidad supone la imputabilidad, que justamente descarta el trastorno mental transitorio. Empero, como los trabajos consultados, hablan indistintamente de "eximente", aquí lo utilizaremos así, pero la entenderemos en el sentido de exclusión de la imputabilidad.

I. CODIGO ALEMAN DE 1871

Fue esta la primera legislación, que reconoció la no punibilidad del acto, cuando el agente al momento de la comisión del hecho delictuoso, se encontraba en situación de perturbación transitoria de la actividad psíquica; en el parágrafo 51 se hacía la siguiente declaración:

"No hay acto punible cuando el autor en el momento de la comisión del acto se encontraba en estado de (inconsciencia) perturbación morbosa de la actividad mental por el que quedase excluido el libre ejercicio de la voluntad"¹.

La amplitud de la formulación era tal, que dentro de las expresiones PERTURBACION MORBOSA DE LA ACTIVIDAD MENTAL y ESTADO DE INCONSCIENCIA, cabían la mayoría de los fenómenos que el legislador español de 1932, denominó "trastorno mental transitorio"².

Los estados de inconsciencia patológica incluidos en el parágrafo 51, eran definidos por R. VON KRAFFT-EBING, como una serie de perturbaciones psíquicas, que se distinguen de las enfermedades mentales crónicas y que pueden caracterizarse: 1º Por la fugacidad de sus síntomas. 2º Por la gravedad de la perturbación de la conciencia, que llega hasta su supresión. 3º Por la coincidencia de la confusión con la falta completa de memoria para los hechos pasados durante el estado de enajenación. Esos estados serían los siguientes: embriaguez del sueño; sonambulismo; manía transitoria; raptus melancólico; estados de intoxicación producto del alcohol y otras sustancias tóxicas; estados de delirio febril y delirio por inanición; estados patológicos de cólera, bajo la influencia de estados cerebrales morbosos, congénitos o adquiridos³.

En reforma introducida al Código Alemán, mediante Ley 24 de 1933, se redactó el parágrafo 51 de la siguiente manera:

"No existe acción punible cuando el autor, en el momento del acto, a causa de la perturbación de la conciencia, de perturbación morbosa de la actividad del espíritu, es incapaz de comprender lo ilícito de su acto o de proceder con arreglo a tal comprensión".

1. Franz Von Liszt: Tratado de Derecho Penal, tomo II, Ed. Reus, Madrid, 1927, pág. 393
2. La expresión perturbación morbosa de la actividad mental, según Von Liszt, "comprende no sólo las enfermedades mentales propiamente dichas, sino también los retrasos en el desarrollo (idiotismo, imbecilidad) y los estados de degeneración mental (debilidad senil), así como las enfermedades corporales en sentido propio, que van acompañadas de perturbaciones mentales (delirio febril, enfermedades nerviosas) y finalmente las perturbaciones morbosas y transitorias de la actividad mental (estado de intoxicación, etc." (págs. 393 a 394).

En cuanto a los estados de inconsciencia, manifiesta que "en caso de trastorno profundo de la conciencia, a causa de la cual la asociación de los sucesos exteriores con la conciencia propia solo se realiza imperfectamente, se perturba la capacidad de determinarse regularmente por representaciones, y, por consiguiente, queda excluida la imputabilidad. A esta categoría pertenecen el desmayo, el sueño y el amodorramiento, la sugestión hipnótica y la embriaguez" (pág. 395).

3. R. Von Krafft-Ebing: Medicina Legal, Tomo II, Ed. España Moderna, sin fecha, pág. 155.

Lo novedoso de la nueva formulación, es que en ella no se habla más de "estado de inconsciencia", sino de *perturbación de la conciencia*, locución que se mantiene en el artículo 20 del actual Código, aprobado por el parlamento alemán el 4 de julio de 1969 y que rige desde 1975.

II. ANTECEDENTES EN LA URSS Y MEXICO

Fue el Código Penal de la Rusia socialista de 1927, el primero en consagrar la eximente por trastorno mental transitorio de una manera expresa⁴. El artículo 11 de la mencionada codificación, que entró en vigencia el 1º de enero de 1927, era del siguiente tenor:

"Las medidas de defensa social correspondientes a la especie de medidas correccionales, no pueden ser aplicadas a las personas que han cometido un delito en estado de enfermedad mental crónica o de *trastorno mental transitorio* o en algún otro estado patológico, si no han podido darse cuenta de sus actos o no estaban en circunstancias de dirigir sus acciones, ni a las personas que, habiendo obrado en estado de salud mental, padecen una enfermedad de la mente en el momento de pronunciarse la sentencia.

A estas personas les serán aplicadas exclusivamente medidas de defensa social de naturaleza médica.

Nota: La aplicación de este artículo no se extiende a aquellas personas que han ejecutado un delito en estado de embriaguez"⁵.

La disposición no habla de penas, sino de MEDIDAS DE DEFENSA SOCIAL, siendo éstas de dos tipos: Las de naturaleza correccional y las de naturaleza médica; pues bien, las personas que a la luz de esta disposición, cometan un delito en estado de TRASTORNO MENTAL TRANSITORIO, son sujetos pasibles de medidas de defensa social del segundo tipo.

El trastorno mental transitorio, debe tener base patológica, pues la disposición al hablar de "algún otro estado patológico", está descartando el que no tenga base patológica.

Por su parte, el legislador mejicano de octubre 5 de 1929, es a nuestro modo de ver, el primero que en lengua castellana reconoce la eximente. En el artículo 45 de la codificación expedida en tal año, se consagra:

"Las circunstancias que excluyen la responsabilidad penal, es decir, las de justificación legal son:

4. Sin embargo, ya el código de 1922, conocido como Código Penal de los Soviets, hablaba de una "perturbación momentánea de la actividad psíquica".
5. Puede consultarse, El Nuevo Código Penal de la Rusia Soviética, traducción de Jiménez de Asúa y José A. Rodríguez Muñoz, Ed. Reus, Madrid, 1927. Véase también: Derecho Penal Soviético, tipográfica Editora, Buenos Aires, 1947, págs. 189 y 190 del mismo Lule Jiménez de Asúa.

I. . .

11. Encontrarse el acusado en un estado psíquico anormal, pasajero y de orden patológico, que perturbe sus facultades o le impida conocer la ilicitud de su acto u omisión de que se le acusa, con tal que, ese estado no se lo haya producido conscientemente el paciente"⁶.

Como puede verse, no se consigna expresamente la locución, pero se habla de un ESTADO PSIQUICO ANORMAL, PASAJERO Y DE ORDEN PATOLOGICO, refiriéndose a lo que el legislador ruso denominó "trastorno mental transitorio"⁷.

En el año de 1931 se expidió en Méjico el Código Penal del Distrito y Territorios Federales, que en la fracción segunda de su artículo 15, consagra la eximente en los siguientes términos:

"Excluye la responsabilidad penal: hallarse el acusado al cometer la infracción en un estado de inconsciencia de sus actos, determinado por el empleo accidental o involuntario, de sustancias tóxicas embriagantes o enervantes, o por un estado toxiinfeccioso agudo o por un trastorno mental involuntario de carácter patológico y transitorio"⁸.

Habla la disposición, de un TRASTORNO MENTAL INVOLUNTARIO DE CARACTER PATOLOGICO Y TRANSITORIO, como causa eximente de responsabilidad, lo que nos ofrece algunos reparos:

Exige, en primer lugar, el origen patológico de la perturbación, desconociéndose la existencia de perturbaciones que no tienen base patológica, como lo han reconocido numerosas codificaciones.

En segundo lugar, consagra como eximente genérica el "estado de inconsciencia", siendo el trastorno mental transitorio una de sus formas, lo cual es improcedente. En cuanto a la exigencia de que el trastorno mental transitorio, sea involuntario, se quiere relevar, que el trastorno no debe provenir de dolo ni de culpa del agente.

Como se puede apreciar, es notable la ausencia de técnica legislativa en la elaboración de esta norma, la que fue conservada en la reforma que se introdujo en 1953.

6. Colección de Códigos y Leyes Federales, Ed. Herrero Hnos., México, 1930.

7. Resulta extraño, sin embargo, que comentaristas y estudiosos de este apasionante capítulo del Derecho Penal y la Criminología, no se hayan detenido por lo menos, a hacer una enunciacón de esta codificación, que a nuestro modo de ver, reporta un antecedente histórico fundamental dentro de las codificaciones del habla castellana, que han consagrado o reconocido la eximente. Tal vez se deba dicho olvido, a la corta vigencia de esta codificación remplazada en 1931.

8. Cita de Evelio Tablo Y Castro Palomino: Memoria I Cong. Panamericano de Med. Legal, Odont. Legal y Criminología, recopilación de Jorge A. de Castroverde, La Habana, Cuba, 1947, pág. 273.

Con el ánimo de derrotar de la legislación y doctrina española el concepto de inconsciencia, y, en vez de considerar como eximentes la "locura" y la "imbecilidad", que datan del viejo código de 1870, se compusieron reformas al Código Penal Español de 1928 o código de la dictadura, que había derogado el de 1870, que a su turno tenía origen en el de 1848. La comisión estaba presidida por LUIS JIMENEZ DE ASUA, y formaban parte de ella, los destacados psiquiatras JOSE SANCHIS BANUS y J. LOPEZ IBOR. El nuevo Código se expidió el 27 de octubre de 1932, presentando como novedad fundamental, el reconocer como eximente de responsabilidad el TRASTORNO MENTAL TRANSITORIO, eliminando de la nueva formulación, lo que otras legislaciones habían denominado estado de inconsciencia.

JIMENEZ DE ASUA, había redactado la disposición, consagrando como eximentes la "enajenación" y la "inconsciencia"⁹, propuesta que fue encarada por SANCHIS BANUS de la siguiente manera:

"La nueva formulación del artículo 8º nada tiene que discutir en su párrafo segundo (que sería luego párrafo tercero, al introducirse como segundo el relativo a la embriaguez).

La primera parte del párrafo primero ("están exentos de responsabilidad criminal: 1º El enajenado...") tampoco tiene objeción posible —dentro de las limitaciones que nos señaló JIMENEZ DE ASUA para la posibilidad de innovaciones en este Código de urgencia—.

Hasta la elección de la palabra (enajenado) me parece especialmente afortunada. Esta fórmula está destinada a sembrar concordia entre médicos y juristas.

Pero la segunda parte ya no me parece tan afortunada. Me refiero al giro "y el que se halla en situación de inconsciencia". Conozco la "necesidad legal" y la tradición de esta frase. Pero colocada en este lugar deja un portillo abierto a las dudas y a las discordias. En efecto:

a) La conciencia es una noción particularmente imprecisa; y por justa razón lo es tanto como ella misma el término contrario de la inconsciencia, con la agravante de que las definiciones positivas (la conciencia es...) son mucho más fáciles de construir que las negativas (la inconsciencia es falta de...).

b) No hay "situación de inconsciencia". Hay "grados de conciencia". La perturbación de la conciencia no es nunca pura, además, sino que se acompaña de una perturbación global del psiquismo. Definir un estado mental como una "situación de inconsciencia" es como definir una pulmonía como una "situación de fiebre".

9. Luis Jiménez de Asúa: Trastorno Mental Transitorio. El Criminalista, Tomo II, Buenos Aires, 1950, págs. 297 a 299.

c) Los médicos no saben psicología. Los juristas no saben medicina; el tribunal no podrá nunca ser seriamente ilustrado sobre situaciones de inconsciencia.

Yo pregunto, ¿por qué separar la situación de inconsciencia de la enajenación? Ni es, ni supone otra cosa sino una enajenación de cierto tipo.

A poco que se medite, se comprenderá enseguida que la diferencia que se quiere llevar al Código entre el "inconsciente" y el "enajenado", representa la expresión del giro vulgar "no saber lo que hace" aplicado a un hombre que, desaparecidas las circunstancias que le colocaron en situación de "no saber lo que hace", volverá a ser normal. En principio, el enajenado, afecto a una enfermedad, sólo será normal cuando se cure.

El estado de inconsciencia supone, pues, la necesidad de admitir una perturbación transitoria del psiquismo, ligada a la acción de causas exógenas inmediatas, como motivo de exención, al lado de la enajenación, que a su vez es un trastorno duradero y principalmente ligado a causas endógenas.

Pero desde un punto de vista pragmático, si la exención alcanza a esa situación que se llama "estado de inconsciencia" (tomando la parte por el todo) es justamente por lo que ese "estado de inconsciencia" se parece a la enajenación en sus efectos sobre la conducta.

"Yo buscaría un giro que asimilara los "estados de inconsciencia" a la enajenación; sobre la realidad de una enajenación, aunque sea de causa exógena y transitoria, siempre podrá el tribunal ser informado por un médico. Sobre el "estado de inconsciencia" nunca.

Claro es que en este caso habría que orillar la dificultad que supone el párrafo segundo (entiéndase párrafo tercero) del artículo, para que no vayan al manicomio los casos que no deben ir.

Yo me permito someter a la crítica de mis compañeros el siguiente giro: "... y el que se halle en situación de trastorno mental transitorio, a no ser que éste haya sido provocado por el autor, culpable o intencionalmente".

La propuesta formulada por SANCHIS BANUS, fue acogida con las modificaciones siguientes¹⁰:

1º Modificar las últimas palabras, porque el trastorno mental transitorio provocado por "culpa" del agente no debe eliminar la eximente.

2º Admitir que la fórmula también cabe a situaciones conscientes, siempre que el sujeto "no pueda dirigir sus acciones".

3º Considerarla como referida a situaciones totalmente transitorias, como el sonambulismo, el estado crepuscular del sueño, el delirio de la fiebre, la sugestión hipnótica y hasta multitudinaria, etc.

10. Jiménez de Asúa, op. cit., págs. 299 y 300.

4º Como se trata de un trastorno mental transitorio, no hay lugar a medidas de seguridad, a no ser que el trastorno se origine en un sujeto con base psicopática y de índole peligrosa, caso en el cual debe ser recluso en un hospital mental.

La fórmula fue redactada finalmente de la siguiente manera:

“Están exentos de responsabilidad criminal: El enajenado y el que se halle en situación de trastorno mental transitorio, a no ser que éste haya sido buscado de propósito.

Para que la embriaguez exima de responsabilidad ha de ser plena y fortuita.

Cuando el enajenado hubiere cometido un hecho que la ley sancionare como delito, el Tribunal decretará su internamiento en uno de los hospitales destinados a los enfermos de aquella clase, del cual no podrá salir sin previa autorización del mismo tribunal”.

En 1944 se refundió nuevamente el Código, estableciéndose que “Están exentos de responsabilidad criminal: El enajenado y el que se halle en situación de trastorno mental transitorio, a no ser que éste haya sido buscado de propósito para delinquir”¹¹.

Como puede apreciarse, el legislador pretendió aclarar el precepto con la expresión “PARA DELINQUIR”, lo que originó en un comienzo, dificultades interpretativas y confusas decisiones de los tribunales¹².

En marzo 28 de 1963 se expidió nueva reforma al Código, conservándose la eximente tal como se había redactado en 1944, en el numeral 1º del artículo 8º.

En la actualidad, se adelanta la elaboración de un Proyecto de Código que pretende modificar toda la parte general, sin que sepamos cual va a ser el tratamiento que se le dará al trastorno mental transitorio.

11. Puede consultarse de Alfonso Arroyo de Las Heras y José Ma. Luzón Cuesta: Código Penal, Ed. Hispano-Europea, Barcelona, 1964. J. Córdoba Roda y G. Rodríguez Mourullo: Comentarios al Código Penal, Tomo I, Ed. Ariel, Barcelona, 1976, pág. 204 y ss.

12. Córdoba Roda, op. cit., sostiene al respecto: “el trastorno mental transitorio no ha de haber sido buscado de propósito para delinquir; esto es, la perturbación psíquica no ha de haber sido preordenada a la infracción criminal cometida, va al objeto de procurarse una situación propicia para efectuar el delito, ya con el fin de poder invocar una causa de exención. Vr. Gr., la perturbación ha sido provocada por ingestión de alcohol.

La ley, al configurar dicho requisito habla abstractamente de “propósito de delinquir” y no de propósito para realizar un determinado delito.

Existirá pues literalmente un trastorno mental transitorio buscado con propósito de delinquir, en quien provoca la perturbación psíquica para cometer unos daños, produciendo en esta situación la muerte de una persona... El “propósito de delinquir” ha de ser restrictivamente entendido, como propósito de realizar un delito cometido” (pág. 221).

A la formulación española, podemos hacerle las siguientes observaciones:

1º La formulación del artículo 8º, comprende una extensiva enumeración de las causales de exclusión de la responsabilidad penal, lo que hace que se convierta en una fórmula psiquiátrica pura o biológica según otros¹³. JIMENEZ DE ASUA, uno de sus propulsores, se pronunciará posteriormente y de manera reiterada por una fórmula psiquiátrica-psicológica-jurídica.

2º Establece en su párrafo tercero, el régimen de las medidas de seguridad para los enajenados, no así, para el que se hallare en estado de trastorno mental transitorio.

3º La formulación no exigía la índole patológica, a diferencia del Código Ruso y el Mejicano. La jurisprudencia y doctrina española se dividen en este punto.

4º Cabe a situaciones conscientes, pues la irresponsabilidad no debe basarse en la inconsciencia únicamente; por lo demás, ya SANCHIS BANUS, sostenía que no hay “situación de inconsciencia”, sino “grados de conciencia”

5º Es de destacar la novedad de esta formulación, que vincula al legislador con los desarrollos de las ciencias médicas y de la criminología, las que venían propugnando hasta entonces por la exención de responsabilidad o la atenuación, en favor de los que trastornados transitoriamente en sus facultades psíquicas, realizaren comportamientos delictuosos. Tiene además el mérito de servir como puente, entre las antiguas y ya vetustas formulaciones y las modernas, asentadas sobre sofisticados conceptos de imputabilidad.

13 A Quintiliano Saldaña: La psiquiatría y el Código, Ed. Reus, Madrid, 1925, pág. 49 y ss., se debe la paternidad de la clasificación de las fórmulas de incapacidad mental, en tres tipos:

1. FORMULAS BIOLÓGICAS. Pueden ser:

- a. *Puras*. Aquellas que eximen o atenúan la responsabilidad en favor del niño y del anciano, abundan en los antiguos códigos de la humanidad.
- b. *Mixtas*. Aquellas en que aparte de la eximente por la edad, que viene desde el Derecho Romano, se funda la irresponsabilidad psíquica en motivos biológicos, como la deficiencia en el desarrollo mental; pueden ser:
 - 1) *Biopatológicas*. Por haber aproximación de materias, conllevan disyuntiva, lo biológico, se opone como normal, a lo patológico.
 - 2) *Bio-psíquico-jurídicas*. En ellas se hace triple alusión al grado de desarrollo mental, al límite de determinación de la voluntad libre y al discernimiento.

2. FORMULAS PSICOLÓGICAS. Pueden ser:

- a. *Puras*. En ellas, a la condición de carencia de una facultad psíquica —Inteligencia, sensibilidad, voluntad— no se añade expresamente la causa o motivo. Esa carencia puede ser de origen biológico, fisiológico o patológico, pero nada consta.
- b. *Psicológico-psiquiátricas*. Son fruto de la componenda entre doctrinas inconciliables: la anomalista o psicopatológica y la normalista o voluntarista. El sentido y el valor de éstas fórmulas es el de un sincretismo práctico, que funde en un nuevo molde de fórmula legal, viejos motivos de irresponsabilidad, médicos y psicológicos.

El Código Penal Colombiano de 1936, no consagró de manera expresa la eximente por trastorno mental transitorio, que si la reconoció. Esta afirmación, tiene su fundamento en los textos de los artículos 23 y 29. El primero de los mencionados, consagra como eximente de responsabilidad, la "sugestión hipnótica o patológica", siempre que el sugestionado no haya consentido previamente en cometer el acto.

La sugestión hipnótica, es una de las formas de trastorno mental transitorio reconocidas por el legislador español de 1932; en cuanto a la patológica han sido múltiples las interpretaciones que se le han dado, desde los que fundados en una interpretación restrictiva de la locución, hablan de HETEROSUGESTION, hasta los que consideran que cabe también la AUTOSUGESTION. Otros, interpretando ampliamente el concepto SUGESTION PATOLOGICA, sostienen que lo que realmente se consagró, fue una fórmula de trastorno mental transitorio¹³ bis.

El artículo 29 por su parte, sostiene que "Cuando al tiempo de cometer el hecho de hallarse el agente en estado de enajenación mental o de intoxicación crónica producida por el alcohol o por cualquiera otra sustancia, o padeciere de grave anomalía psíquica, se aplicarán las sanciones fijadas en el capítulo II del título II de este libro". Es decir, a más de las perturbaciones permanentes de las facultades mentales, se reconocen las transitorias, que constituyen "grave anomalía psíquica". Dentro de esa última expresión cabrían muchos estados de los que tradicionalmente se han considerado como trastorno mental transitorio, casos en que el sujeto estaría sometido a medidas de seguridad.

Por nuestra parte, creemos que el trastorno mental transitorio, se puede ubicar en nuestra legislación, partiendo de la distinción entre el que deja secuelas y el que no las deja, no necesitando tratamiento estos últimos. Es decir, cuando el trastorno no deje secuelas se ubicaría en el artículo 23, dentro de la locución "sugestión patológica"; cuando las deje, se ubica en el artículo 29, dentro de la locución "grave anomalía psíquica".

c. *Psicológico-jurídicas.* En ellas ha desaparecido el criterio psiquiátrico, no se alude a noxas psiquiátricas determinadas; importa es la deficiencia grave, o la grave perturbación de la conciencia, no la causa posiblemente psiquiátrica, que deben indagarla los peritos con el juez.

3. FORMULAS PSIQUIATRICAS.

- Puras.* Consisten en una declaración legal de irresponsabilidad a la que sigue una enumeración larga o sucinta de formas o estados de irresponsabilidad.
- Psiquiátrico-fisiológicas.* No es ya la deficiencia mental, es la detención o suspensión de su función, a consecuencia de fenómenos fisiológicos de la vida diaria. Tal sería por ejemplo la eximente del sueño.
- Psiquiátrico-jurídicas.* El sujeto es irresponsable, no ya por el hecho de su estado, anomalía o enfermedad, sino por los resultados psicológicos de ese estado; resultarlos de alcance moral y jurídico, cuya consecuencia es el delito.

13 bis. Véase al respecto. Revista Nuevo Foro Penal, No. 4, Julio, Agosto, Septiembre, Medellín, 1979 pág. 102 y ss.

Esta codificación de amplia inspiración positivista y que debe su elaboración al notable jurista cubano JOSE A. MARTINEZ, consagró como causal de inimputabilidad el trastorno mental transitorio, siguiendo muy de cerca los pasos dados ya por el legislador español¹⁴. El artículo 35 del citado Código, el cual rige desde 1938 es del siguiente tenor:

"Art. 35. Son inimputables:

A) El enajenado y el que se halle al tiempo de cometer el delito en estado de trastorno mental, aunque fuere de carácter transitorio.

En estos casos el Tribunal decretará su internamiento en un hospital destinado a la observación o tratamiento de los enfermos de aquella clase, del cual no habrá de salir sin previa autorización del mismo Tribunal sentenciador, oído el informe de los médicos psiquiatras encargados de su observación o curación, de acuerdo con lo que se previene en el libro IV"¹⁵.

Siguiendo a JIMENEZ DE ASUA¹⁶, podemos caracterizar esta fórmula en relación con la española de la siguiente manera:

1º Elimina la última parte del párrafo 1º del artículo 8º del Código Penal de España que dice: "a no ser que éste haya sido buscado de propósito", refiriéndose al trastorno mental transitorio. Se afirma, que no basta con la autoproductión de dicho estado, como sin distinción alguna lo hace el Código Español, ya que es posible que el trastorno mental transitorio haya sido provocado, generando la inhibición de la voluntad de una manera absoluta, situación que no puede ignorarse¹⁷.

2º Tal como está redactada la fórmula, da a indicar que a los trastornados pasajeramente, se les somete a medidas de seguridad; lo anterior, porque el artículo no dice expresamente "el enajenado" como el español, sino que dice "en estos casos". Esto nos sitúa ante dos alternativas: o el legislador

14. También Guatemala, en Código promulgado en 1936, reconoció el trastorno mental transitorio, en su artículo 21.

15. Armando M. Raggi: Derecho Penal Cubano, Tomo I, Cultural S. A. La Habana, 1938, pág. 92.

16. Luis Jiménez de Asúa: El Trastorno Mental Transitorio en la Legislación y en la Práctica Judicial de Cuba, El Criminalista, Tomo VII, Buenos Aires, 1947, pág. 189 y ss.

17. Evelio Tabio, ya citado, criticando el precepto español, manifiesta: "la excepción contenida en el aludido precepto o sea que ese estado de anomalía haya sido buscado de propósito, no nos parece muy acertado, porque, aunque el trastorno mental transitorio haya sido provocado, si éste se produce, y la voluntad queda inhibida de manera absoluta, no es posible desconocer esta situación de la mente en esa oportunidad, aunque se haya producido, por el propio sujeto activo del delito.

En primer lugar porque la misma provocación, de ese trastorno, está demostrando una anomalía en el individuo, que ha de estudiarse detenidamente, para poder predicar su responsabilidad. Por otra parte, aunque lleguemos a la imputabilidad... siempre sería, indispensable, un tratamiento más benigno" (pág. 260).

cubano solo reconoció el trastorno mental transitorio con base patológica, o admite el que no tenga base patológica, pero también lo somete a medidas de seguridad, situación francamente injusta.

3º La jurisprudencia cubana ha reconocido la existencia de los dos tipos de trastorno que acabamos de mencionar, la dificultad que anotamos, se obvia, afirmando que en el acápite que consagra las medidas de seguridad, se establece claramente que éstas sólo se aplican "a los socialmente peligrosos". El hecho, es que la jurisprudencia y la doctrina reconocen la existencia del trastorno mental transitorio sin base patológica como causal de inimputabilidad, aunque en el mes de octubre de 1963, el Tribunal Supremo de La Habana, reconoció por vez primera como atenuante este último tipo de trastorno¹⁸.

4º Los literales B y C del mismo artículo 35, reconocen otras situaciones que también configuran trastorno mental transitorio, nos referimos a los casos de embriaguez o de inyección o ingestión de sustancias narcóticas o estupefacientes, siempre que la perturbación mental sea plena, fortuita, no habitual, ni preordenada.

Digamos finalmente, que en la actualidad se adelanta la elaboración de un nuevo Código Penal para la República Socialista de Cuba, sin que podamos aún precisar las reformas que se introducen en las materias que hoy nos ocupan.

VI. PROYECTO PECO PARA LA ARGENTINA 1941

Al jurista JOSE PECO, le fue encomendada la misión de elaborar un Proyecto de Código para la Argentina, el que presentó en 1941, en el artículo 26 dentro de las causales de inimputabilidad, consagró el trastorno mental transitorio SIN BASE PATOLOGICA, en los siguientes términos:

"El hecho es inimputable cuando el autor obrare:

1º ...

2º En situación de trastorno mental transitorio, sin carácter patológico, cuando no pueda discriminar la naturaleza ética de sus acciones o inhibir sus impulsos delictivos".

El artículo 30 consagra el trastorno transitorio de INDOLE PATOLOGICA, en los siguientes términos:

"El que en el momento de cometer el hecho padeciera de enajenación mental, o de trastorno mental patológico, o de intoxicación crónica producida por el alcohol, drogas o estupefacientes, será internado en un establecimiento especial por tiempo indeterminado.

18. Eduardo de Acha: Trastorno Mental Transitorio, en Revista Criminalista, año XXX, 1984, pág. 602 y ss.

La medida curativa cesará judicialmente, con audiencia del Ministerio Público, previo dictamen de peritos oficiales, cuando el enfermo no sea peligroso para sí ni para terceros".

Según el profesor PECO¹⁹, a dos direcciones apunta esta fórmula, tanto desde el punto de vista psiquiátrico como desde el punto de vista jurídico. Desde el punto de vista psiquiátrico, mientras las legislaciones española y cubana no requieren necesariamente la base patológica, la exigen de modo expreso la soviética y la mejicana. Desde el punto de vista jurídico, en tanto que la legislación soviética coloca como condición psicológica, que a consecuencia del trastorno mental el sujeto no hubiera conocido la responsabilidad, las demás legislaciones no ponen ninguna condición psicológica. Esta fórmula presenta los siguientes caracteres:

1º Consagra el trastorno mental transitorio, tenga o no base patológica, pues si parece ser necesaria la base patológica en las reacciones paranoicas, no lo es en estados de sueño, sugestión hipnótica, emociones violentísimas, delirio de fiebre.

2º Elimina el denominado "estado de inconsciencia" y hace resaltar más claramente la distinción entre las perturbaciones permanentes de las facultades mentales y las transitorias, pues lo que expresa indirecta y mediatamente la inconsciencia, lo hace expresamente el trastorno mental transitorio.

3º Reconoce que hay casos en los que habiendo consciencia, puede darse el trastorno mental transitorio, como el caso típico del terror o de la emoción violentísima.

4º Se consagra la posibilidad de establecer una doble clasificación de trastorno mental transitorio: según su significado clínico, puede ser patológico o no patológico; según su trascendencia criminológica, puede ser peligroso y no peligroso¹⁹ bis.

19. José Peco: Proyecto de Código Penal para la Rep. Argentina, Instit. de Altos estudios Jurídicos - Instit. de Criminología de la Univ. de La Plata, 1942, pág. 106 y ss.

(19 bis). La influencia del Proyecto Peco, se observa en la reforma penal adelantada en muchos países del habla hispana, así por ejemplo: En el Proyecto de Código Penal para Bolivia, elaborado por Manuel Lopez-Rey Arrojo, Vol I, publicado por la Comisión Codificadora Nacional de Bolivia, La Paz, 1943, se reconoce la inimputabilidad por trastorno mental en el art. 20: "Son inimputables: Quien en el momento de su acción u omisión y a causa de una enfermedad o de trastorno mental o por evidente insuficiencia intelectual, es incapaz de comprender lo antijurídico de su conducta o de obrar conforme a dicho conocimiento" (pág. 7).

El Anteproyecto de C. P. para El Salvador, en su art. 20: "Se consideran no imputables: 1o. El enajenado y el que obra en estado de trastorno mental transitorio sin carácter patológico" (véase Código Penal, Exposición de Motivos y Anteproyectos, Imprenta Nacional, San Salvador, El Salvador, sin fecha, pág. 15).

VII. BASES DE LEGISLACION PENAL, LA URSS 1958

Comenzando la década de 1950, la U.R.S.S. emprendió la reforma en el campo penal, en el procedimiento criminal, en la organización judicial. Después de amplios estudios y discusiones, se adoptaron las BASES DE LA LEGISLACION PENAL DE LA URSS Y DE LAS REPUBLICAS FEDERALES, aprobadas por el Soviet Supremo el 25 de diciembre de 1958. Estas bases son una concreción de los lineamientos generales a los que han de ajustarse los diversos estatutos penales de las Repúblicas Federales²⁰.

El artículo 11 de las Bases de Legislación Penal, intitulado "la inimputabilidad", reconoce la exención de responsabilidad criminal cuando la persona al momento de cometer la acción delictiva, sufre de una "perturbación transitoria de la actividad psíquica"; la norma es del siguiente tenor:

"Está exenta de responsabilidad criminal la persona que durante la comisión de la acción socialmente peligrosa, se hallaba en estado de inimputabilidad, es decir, no podía darse cuenta de sus acciones ni dirigirlas a causa de enfermedad mental crónica, perturbación transitoria de la actividad psíquica, debilidad mental o de otro estado morbosos. Por prescripción del tribunal a esta persona pueden aplicársele las medidas coercitivas de carácter médico que se establecen por la legislación de las Repúblicas Federales.

No está sometida tampoco a castigo la persona que, habiendo cometido un delito en estado de imputabilidad, antes de pronunciar el tribunal la sentencia enferme de mal síquico, que le priva de la posibilidad de darse cuenta de sus acciones o de dirigirlas. Por determinación del Tribunal se puede aplicar a esta persona medidas coercitivas de carácter médico, y cuando sane podrá ser sometida a sanción penal"²¹.

Si nos detenemos a hacer un análisis comparativo del nuevo artículo 11 con el de 1927, llegamos a las siguientes conclusiones:

1º Reconoce la eximente, pero no habla ya de "trastorno mental transitorio", sino de PERTURBACION TRANSITORIA DE LA ACTIVIDAD PSIQUICA.

2º No hay la posibilidad de hacer la distinción entre perturbación transitoria de la actividad psíquica con base patológica de la que no la tenga, pues la disposición expresamente exige la base patológica, cuando dice "o de otro estado morbosos", tal como acontecía con el Código de 1927.

20. Sobre el tema, puede verse la Revista del Instituto de Investigaciones y Docencia Criminológicas, No. 5, La Plata, 1961, pág. 144 y ss.

21. Bases de Legislación Penal, Organización Judicial y del Procedimiento Criminal de la U. R. S. S., Ed. Progreso, Moscú, sin fecha, págs. 6 y 7.

3º Es de elogiar la amplitud de que goza el Tribunal, para determinar la aplicación de medidas de carácter médico a los inimputables, y decimos esto, porque nuestras legislaciones tienden generalmente, a fijar términos mínimos de internamiento en hospitales o anexos psiquiátricos sin hacer distinciones de ninguna clase. Así, el Proyecto colombiano de 1978 impone un mínimo de seis meses de internamiento a los inimputables.

4º A nivel de técnica legislativa, el nuevo artículo es mejor logrado que el del año 27. Se organiza la fórmula dándole una nueva fisonomía; se define el concepto de inimputabilidad; las excluyentes no se agrupan en la sección tercera o "Principios Generales de Política Criminal", como en el antiguo texto, sino en la sección segunda, que trata "Del Delito".

5º No se hace la discriminación del viejo texto, en lo tocante a los delitos cometidos en estado de embriaguez, para los cuales no se reconocía la eximente del artículo 11.

6º Según ZDRAVOMISLOV y otros²², de conformidad con el artículo 11 del Código Penal de la RSFSR, el criterio jurídico de la inimputabilidad, se caracteriza por dos peculiaridades:

1) La intelectual, esto es, la INCAPACIDAD DE LA PERSONA DE DARSE CUENTA DE SUS ACCIONES.

2) La volitiva, es decir, LA INCAPACIDAD DE DIRIGIR SUS PROPIAS ACCIONES, SABIENDO LO QUE ESTA PASANDO.

En lo que toca a esta formulación al igual que la de 1927, nos queda la duda cuando del paranoico o del cleptómano se trata, pues ellos, no solo comprenden la indole ilícita de su acto, sino que dirigen sus acciones para lograr lo que quieren, aunque sepan que es ilícito, y sin embargo son inimputables. Desde este punto de vista, el nuevo texto no se ajusta a las más modernas concepciones y tal parece que formula una nueva concepción sobre la imputabilidad²³.

VIII. LEGISLACION ARGENTINA Y PROYECTO SOLER

El actual Código Penal Argentino en su artículo 34 N° 1, establece que no es punible:

"1º El que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por

22. Zdravomislav, Schneider, Kelina y Rashkovskaia: Derecho Penal Soviético, Temis, Bogotá, 1970, pág. 145.

23. La imputabilidad se asienta sobre bases materialistas, pues como dice Zdravomislav, "la consciencia y la voluntad de la persona están condicionadas por la realidad objetiva, por las condiciones de la vida económica de la sociedad, y ante todo por el medio social en el cual se forma la personalidad humana. Sin embargo, esta dependencia del medio exterior no excluye en forma alguna el papel activo de la consciencia y la voluntad de la persona. ni determinan totalmente su conducta" (pág. 143).

estado de inconsciencia, error o ignorancia de hecho no imputable, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones”.

Esta formulación, ha dado lugar a arduas polémicas en lo que toca al trastorno mental transitorio. Así, CARLOS FONTAN BALESTRA²⁴, sostiene que puede ser sin duda alguna causal de inimputabilidad, siempre y cuando sea capaz de impedir comprender la criminalidad del acto o dirigir las acciones. Que el texto de la ley argentina, impone una limitación cuando se trata de la alteración de las facultades, es decir, que el trastorno SEA DE ORIGEN PATOLOGICO, pues de no ser así, no podría afirmarse que constituye una alteración morbosa de las facultades; sin embargo, él termina aceptando la eximente cuando no hay base patológica, siempre y cuando el acusado reúna las condiciones del estado mental de inconsciencia, particularmente el caso de la amnesia lacunaria.

Por su parte SEBASTIAN SOLER²⁵, sostiene que el trastorno mental transitorio puede constituirse en causal eximente, siempre que reúna los presupuestos exigidos por el artículo 34 N° 1; considera sin embargo, un craso error frente a la ley argentina, admitir un trastorno mental transitorio puro sin base patológica, pues la ley establece que la incapacidad de comprender o de hacer, debe provenir de una insuficiencia o alteración morbosa.

A SOLER correspondió elaborar un Proyecto de Código, el cual presentó en 1960, consagrando en su artículo 24 la eximente que nos ocupa, en los siguientes términos:

“No es punible el que no haya podido en el momento del hecho comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones debido a insuficiencia de sus facultades, alteración morbosa, aunque sea transitoria, de las mismas o una grave perturbación de la conciencia”²⁶.

Como puede apreciarse, se trata básicamente de la misma fórmula del artículo 34 N° 1, sólo que organizada y anexándole la expresión “alteración morbosa, aunque sea transitoria”.

Es nuestro parecer, que el Código de la República Argentina, está clamando una reforma sustancial en este punto; hoy, cuando todas las legislaciones han desterrado el anticientífico y anticuado criterio del “estado de inconsciencia”, no podemos concebir que aún se conserve en dicha legislación²⁷. Al Proyecto Soler, hay que abonarle la corrección del “estado de inconsciencia”, pues para este autor es muy claro que lo que cuenta es la perturbación de la conciencia y no su ausencia total.

24. Carlos Fontán Balestra: Tratado de Derecho Penal, Tomo III, Ed. Abeledo-Perrot, 1970, pág. 146.

25. Sebastián Soler: Derecho Penal Argentino, Tomo II, Buenos Aires, 1973, pág. 53.

26. Véase a OSCAR C. BLARDUNI: El Problema de la Imputabilidad Disminuida, en Revista del Instituto de Investigaciones y Docencia Criminológicas, No. 5, La Plata, 1961, pág. 40.

27. En 1951, se había elaborado el Proyecto Oficial Argentino, que admitía la eximente por trastorno mental transitorio.

IX. ANTEPROYECTO JIMENEZ DE ASUA PARA VENEZUELA, 1967

LUIS JIMENEZ DE ASUA, en compañía del profesor venezolano JOSE A. MENDEZ, elaboró un Anteproyecto de Código para la República de Venezuela, en el cual se reconoce el trastorno mental transitorio como causal de inimputabilidad, en su artículo 12, así:

“No es imputable quien, a causa de las perturbaciones morbosas, de su insuficiencia psíquica o de trastorno mental transitorio, no ha podido, en el momento en que ejecutó el hecho, comprender la ilicitud de su acción o regular su conducta conforme a normas de derecho hay”²⁸.

El artículo 120 de este Anteproyecto, hace la distinción entre el trastorno mental transitorio, con o sin base patológica, en los siguientes términos:

“Cuando fuere absuelto el inimputable según las disposiciones del artículo 12, del párrafo último del artículo 14 y del artículo 16, salvo si el que se hallare en trastorno mental transitorio careciese de base patológica”.

El mencionado Anteproyecto no se adoptó; en la actualidad rige, el Código de 22 de junio de 1964, el cual reconoce el trastorno mental transitorio, tal como se desprende de la redacción de su artículo 62, inc. 1°:

“No es punible el que ejecuta acción hallándose dormido o en estado de enfermedad mental suficiente para privarlo de la conciencia o de la libertad de sus actos”²⁹.

El artículo 63 consagra la atenuación en los casos del artículo anterior, pudiendo allí ubicarse la eximente incompleta.

X. CODIGO PENAL TIPO PARA LATINOAMERICA

Este Proyecto de Código Penal Tipo para Latinoamérica, es un fruto más, de la creciente integración latinoamericana iniciada a partir de la década del sesenta. El mérito de esta codificación, es el de haber contado con la colaboración de los más grandes penalistas del continente.

Después de elaboradas las ponencias y realizadas las sesiones correspondientes, se aprobó en San José de Costa Rica el texto definitivo, en abril de 1972; en el artículo 19 se lee la siguiente declaración:

“No es imputable quien, en el momento de la acción u omisión y por causa de enfermedad mental, de desarrollo psíquico 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.

28. Anteproyecto de Código Penal de 1967 y Exposición de Motivos, por Luis Jiménez de Asúa y José A. Méndez, Publicaciones de la Secretaría del Senado de la República, Caracas, 1967.

29. Código Penal Venezolano, Editorial La Torre, Caracas, sin fecha, pág. 18.

El Tribunal ordenará el sometimiento del agente a una medida de seguridad curativa, salvo el caso de grave perturbación de la conciencia sin base patológica, en que no se aplicará ninguna medida”³⁰.

Como caracteres de esta fórmula tenemos:

1º Enumera las entidades nosológicas que constituyen causas de inimputabilidad: Enfermedad mental, Desarrollo psíquico incompleto o retardado, Grave perturbación de la conciencia. Desde este punto de vista, se trata de una fórmula psiquiátrica o biológica.

2º Soluciona el problema que presentan legislaciones inclusive muy modernas, las que excluyen las eximentes con respecto a personas, que comprendiendo la finalidad de sus actos y pudiendo dirigir sus acciones conforme a esa comprensión, son inimputables por no poder regular su conducta conforme a derecho. El Proyecto utiliza la expresión “determinarse de acuerdo con esa comprensión”, comprendiendo entonces al paranoico y al cleptómano³¹. Se siguió en este punto condificaciones como la yugoeslava de 1951 y las checoslovacas de 1952 y 1962.

Mirada la fórmula por este segundo aspecto, concluimos que es psicológica, pues se requiere de la carencia de las facultades psíquicas, para que se pueda predicar la inimputabilidad.

3º La expresión GRAVE PERTURBACION DE LA CONCIENCIA es suficientemente comprensiva del “trastorno mental transitorio”.

4º En el inciso 2º del artículo se distingue entre grave perturbación de la conciencia con o sin base patológica, estableciéndose que cuando no se presente tal base, no hay lugar a medidas de seguridad.

5º La fórmula es mixta, es decir: psiquiátrica-jurídica-psicológica.

XI. CODIGO PENAL DE LA R.F.A. Y PROYECTO ALTERNATIVO.

En la República Federal Alemana, rige actualmente una nueva legislación penal, que es en realidad una nueva reforma al ya tradicional Código de 1871.

Las comisiones de reforma bajo el Bundesrepublik, se instalaron en 1953 y 1954 con la “Gran Comisión de Derecho Penal”, sucediéndose trabajos y proyectos que culminaron en 1962, con la presentación del Proyecto Oficial. Una disidencia de notables juristas que disintían de la base político-criminal del Proyecto, culminó con la elaboración del Proyecto Alternativo; en fecha 4

30. Código Penal Tipo para Latinoamérica, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1973. Texto y recopilación de actas por el profesor Francisco de Grisolia.

31. Las discusiones que concluyeron con la aprobación del artículo 19 de la sexta sesión, el 22 de octubre de 1965, pueden consultarse en el Tomo II de la recopilación hecha por el Prof. Grisolia, op. cit., pág. 141 y ss.

de julio de 1969 el Bundestag (parlamento), aprobó la reforma, tildada por muchos de transaccional. El artículo 20 de dicha codificación, reconoce el trastorno mental transitorio, en los siguientes términos:

“Art. 20. INCAPACIDAD DE CULPABILIDAD POR PERTURBACIONES ANIMICAS. Actúa sin culpabilidad quien, en la ejecución de un hecho, por una perturbación de la conciencia o por debilidad mental u otros disturbios anímicos, es incapaz de comprender lo injusto del hecho o de conducirse conforme a esta comprensión”.

Como puede apreciarse se habla de “perturbación de la conciencia” y de “disturbios anímicos”, lo que da gran amplitud a la fórmula, pudiendo ubicarse allí cualquier tipo de trastorno mental, llámese psicopatía, reacción psíquica anormal-reacción psicógena, o de enfermedades psíquicas debidas a procesos cerebrales, siempre y cuando el sujeto sea incapaz de comprender lo injusto del hecho o de conducirse de acuerdo a esa comprensión, como dice el artículo.

El Proyecto Alternativo por su parte³², trae una fórmula que consideramos mejor elaborada, la misma que no acogió el legislador alemán; dice así el artículo 21:

“Art. 21. INCAPACIDAD DE CULPABILIDAD POR PERTURBACION ANIMICA. Actúa sin culpabilidad el que, al tiempo del hecho, por una perturbación psíquica morbosa o de gravedad comparable, por una profunda perturbación de la conciencia o por debilidad mental, es incapaz para comprender lo injusto del hecho o para comportarse conforme a esta comprensión”.

XII. ANTEPROYECTO COLOMBIANO DE 1974,

PROYECTOS 1976 Y 1978

En Colombia se ha venido agitando la reforma penal desde hace varios años, fruto de este movimiento renovador es la elaboración del Anteproyecto de 1974 y del Proyecto 1976 modificado al ser presentado para primer debate, ante la Comisión Primera del Senado de la República. Como es conocido, esta ponencia concluyó con la concesión de facultades al gobierno nacional, el cual bajo la égida del Congreso se propone poner en vigencia el nuevo Código Penal.

El Anteproyecto de 1974, reconoció el trastorno mental transitorio como causal de inimputabilidad en su artículo 38, al declarar:

“Concepto. No es imputable quien en el momento de ejecutar el hecho legalmente descrito, no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de de-

32. Véase Parte General del Código Penal de la República Federal Alemana, en Biblioteca Mexicana de Prevención y Readaptación Social, serie Legislación Extranjera/1, traducción y presentación de Raúl E. Zaffaroni, 1975, págs. 12 y 54.

terminarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica o trastorno mental”³³.

Se trata de una fórmula bastante moderna, acorde con las más modernas tendencias de la dogmática jurídico-penal; que habla del “trastorno mental” como causal de inimputabilidad.

Por su parte, el artículo 39 distingue entre el trastorno mental transitorio con base patológica y sin base patológica, en los siguientes términos:

“Medidas aplicables. En los casos contemplados en el artículo anterior, se aplicarán las medidas de seguridad que establece este Código.

Salvo los casos especialmente previstos, si el estado de inimputabilidad se debiere a trastorno mental transitorio en persona que no sufra de anormalidad psíquica, y no quedaren como secuela de él perturbaciones mentales, no se aplicará medida alguna, sin perjuicio de la correspondiente responsabilidad civil”.

A su turno el Proyecto de 1976 sostiene en su artículo 33 que:

“No es imputable quien al tiempo de ejecutar el hecho, no tuviere capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con ese conocimiento, por padecer de enfermedad mental permanente o transitoria”.

La concepción de imputabilidad esbozada no ofrece mayores dificultades, salvo en lo relativo al “determinarse de acuerdo con ese conocimiento”, que sería mejor expresarlo como el Anteproyecto del año 74 lo hace: “determinarse de acuerdo con esa comprensión”. El término “enfermedad mental”, se nos hace bastante impreciso y hasta vago, nos parece más acertado hablar de “trastorno” o de “perturbación”.

El Proyecto sin embargo, incurre en imprecisiones al establecer en el art. 110 las medidas que se han de imponer al inimputable, veamos:

“Al inimputable de que trata el artículo 33, cuando la enfermedad mental fuere transitoria, se le impondrá la medida de internación en establecimiento psiquiátrico, o similar, de carácter oficial, en donde será sometido al tratamiento científico que corresponda.

Esta medida tendrá un mínimo de seis meses de duración y un máximo indeterminado. Se suspenderá condicionalmente cuando se establezca que la persona ha dejado de constituir un peligro para sí o para otros”³⁴.

Esta última norma vuelve nuevamente a hablar de “enfermedad mental” pero calificándola como “transitoria”, dando a entender que se refiere al trastorno mental transitorio; sin embargo, a este tipo de inimputables, se les somete siempre a medidas curativas y se fija un arbitrario término de internamiento, esto, sin hacer distinciones de ninguna clase. A nuestro modo de ver, se des-

33. Proyecto y Anteproyecto de Código Penal Colombiano, Publicaciones Fundación Justicia y Desarrollo, marzo de 1977, pág. 164.

34. Proyecto y Anteproyecto de Código Penal Colombiano, op. cit., págs. 33 y 46.

conoce la posibilidad de enmarcar en tal norma los trastornos mentales transitorios sin base patológica, lo que constituye una situación francamente injusta, a no ser que se entienda, que todo trastorno mental transitorio es patológico, es decir, deja secuelas.

De otro lado, se establece un mínimo de internamiento para el inimputable, el que hemos calificado como “arbitrario”, pues creemos que la recuperación de la salud mental, no pende de la voluntad omnipotente del legislador; se nos puede argüir que tal mínimo se establece para efectos de “política criminal”, a lo que hemos de responder que la “política criminal” no se puede confundir con la *arbitrariedad*.

El Proyecto de 1978, es decir, el de 1976 con algunos retoques, define así la imputabilidad en su artículo 34:

“Es imputable quien al tiempo de ejecutar el hecho, tuviere la capacidad de comprender su ilicitud y de determinarse de acuerdo con ese conocimiento”.

El art. 35, en extraño malabarismo lógico y con ausencia de técnica legislativa, dice quien es inimputable:

“No es imputable quien al tiempo de ejecutar el hecho no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con ese conocimiento, por padecer de enfermedad mental permanente o transitoria”³⁵.

Como se puede apreciar, se define doblemente el concepto de imputabilidad, y se vuelve a utilizar la genérica expresión “enfermedad mental”, cayéndose en el artículo 114 del Proyecto en las mismas impropiedades en que incurrió el art. 110 de 1976, en donde, como vimos, no se distingue entre trastorno mental transitorio que deje secuelas y el que no las deja.

Digamos finalmente, que creemos muy conveniente conservar la formulación del Anteproyecto de 1974, ya que se trata de una regulación muy sabia y ajustada a la realidad, la que evitaría interpretaciones amañadas y equívocos de no poca monta.

35. Véase el Proyecto de Código Penal Colombiano, Publicación del Ministerio de Justicia, Bogotá, 1978.