

CONSIDERACIONES SOBRE EL FUNDAMENTO DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD EN EL DERECHO PENAL COLOMBIANO*

Por JUAN OBERTO SOTOMAYOR ACOSTA**

SUMARIO

I. *Introducción*. II. *Las medidas de seguridad*. A. Origen. B. Dualismo y monismo en derecho penal. 1. El dualismo. 2. El monismo. 3. Nuestra posición. III. *Las medidas de seguridad en Colombia*. A. Planteamiento del problema. B. La doctrina nacional. 1. Doctrina minoritaria. a. Estrada Vélez. b. González Amado. 2. Doctrina mayoritaria. a. Posiciones peligrosistas. b. Posiciones no peligrosistas. C. Nuestra posición. 1. Responsabilidad penal de los inimputables. 2. Responsabilidad subjetiva. a. Imputación subjetiva. b. Responsabilidad por el hecho. c. Exclusión de la responsabilidad objetiva. d. Proporcionalidad de las consecuencias jurídicas. e. Límites de criminalización. 3. Penas y medidas de seguridad. a. Alcances de la expresión "punible". b. Imputabilidad e inimputabilidad. c. Identidad en los fines. d. Identidad en la ejecución real. e. La determinación de las sanciones. IV. *Conclusiones*.

"Todas las personas son iguales ante la ley.
En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley" (Ley 16 de 1972, art. 24).

I. INTRODUCCIÓN

Hoy en día nadie podría negar el avance que en el campo de las garantías ha significado el moderno derecho penal. Ciertamente, pese a sus incongruencias

* Con este trabajo se pretende desarrollar algunas de las inquietudes planteadas por el Dr. PEDRO ENRIQUE AGUILAR LEÓN, Juez 2º Penal Municipal de Bogotá, en interesante providencia que corre publicada en la *Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle*, núm. 13, 1985. Tal estudio constituye apenas un *bosquejo* de la investigación que en un futuro nos proponemos realizar, y queremos presentarlo para su discusión.

** Abogado de la Universidad de Medellín. Becario en la Universidad de Salamanca, Salamanca (España).

y defectos innegables, la dogmática penal ha logrado sistematizar y desarrollar una serie de principios tendentes a limitar los alcances del poder absoluto del Estado. Es así como el progreso dogmático, desde VON LISZT hasta hoy, ha logrado la inclusión en el derecho punitivo de conceptos que, como los de bien jurídico, proporcionalidad, necesidad, justicia, dignidad humana, etc., se han erigido como límites materiales y formales del control en un Estado de Derecho.

Pese a lo anterior, al separar como objeto de estudio del derecho penal algunos aspectos dependientes del mismo, la dogmática, y especialmente el "penalista", no han hecho otra cosa que crear zonas oscuras dentro de las cuales el poder estatal se pasea tranquilamente, sin el más mínimo asomo de control, arrasando a su paso todos los principios orientadores del derecho represivo y, muchas veces, al individuo mismo. Tal es el caso, en nuestro medio, del sistema penitenciario y de las medidas de seguridad (Cfr. SANDOVAL, 1984, págs. 295 y ss.; ESCOBAR MEJÍA, 1982, págs. 549 y ss.; ARENAS SALAZAR, 1985, págs. 498 y ss.).

En lo relativo a las medidas de seguridad, el problema se agrava si tenemos en cuenta que la falta de garantías no se circunscribe a la ejecución de las mismas. En verdad, al dividir las reacciones penales en penas y medidas de seguridad y asignarles a estas últimas una finalidad puramente defensiva, la dogmática penal ha patrocinado la violación de sus principios más elementales, comenzando por el de legalidad, al permitir la aplicación de medidas privativas de la libertad con duración indeterminada, tornándose de esta manera más gravosa la situación del sujeto sometido a este tipo de sanciones; cuando, de acuerdo con una sana lógica, debería ser lo contrario, si tenemos presente que en nuestro derecho penal las medidas de seguridad solo se aplican a quienes precisamente la ley considera inimputables por no tener la "capacidad de comprender la ilicitud de su conducta o de determinarse de acuerdo con esa comprensión"¹.

Esta situación ha llevado a MUÑOZ CONDE (1983, pág. 21) a preguntarse: "¿En qué medida no estamos jugando con las palabras y al cambiar el nombre de pena por el de medidas no estamos dejando indefenso al individuo frente al poder absoluto del Leviathan estatal?"

"Con el sistema dualista se hace cada vez más evidente la sospecha de que en todo este asunto estamos asistiendo a un gran 'fraude de etiquetas', en el que el derecho penal de culpabilidad, con todas sus imperfecciones, pero también con todas sus garantías, tiende a ser completado o sustituido por otros sistemas de control social, oficialmente no penales y, por eso, no limitados por los principios

¹ El profesor Bustos ha sostenido (1982, pág. 109) que "el juicio de imputabilidad o inimputabilidad no es un juicio sobre la capacidad de comprensión (del ilícito) y de actuar conforme a ella desde un punto existencial, ya que ello es propio del ser humano, a su dignidad de persona, al negárselo involucra un juicio de invalidación o minusvalor, que lo deja de partida incapacitado, segregado, a merced de los superiores". Tal situación ha sido destacada entre nosotros, por SANDOVAL, quien además nos muestra (1985a, pág. 43) cómo en la definición tradicional de la imputabilidad se efectúa una "selección positiva" destinada a "incluir, mantener o agravar la situación dentro del ámbito de acción del sistema penal de sujetos que actúan conforme a una racionalidad axiológica o de referencias diferente de la hegemónica".

penales clásicos, pero tremendamente eficaces en su incidencia sobre la libertad de los individuos".

El planteamiento del profesor español cobra especial importancia en nuestro medio, donde, precisamente, tan pronto como entró en vigencia el nuevo estatuto penal comenzaron las denuncias sobre el trato discriminatorio y degradante que la nueva legislación da a las personas catalogadas como inimputables, poniéndose al descubierto una total falta de garantías al respecto.

II. LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

A. Origen

La crisis del Estado liberal clásico, causada por la incapacidad del mismo para resolver sus propias contradicciones, trajo consigo la crisis de la pena retributiva como única forma de lucha contra el delito. Como lo expresa BUSTOS (1983, pág. 16), "este cúmulo de tensiones y contradicciones imposibles de resolver dentro de la racionalidad del mercado, originó una serie de disfunciones en el sistema", que en el derecho penal se manifestaban en la incapacidad del mismo, pues pregonaba la proporcionalidad de la pena con la gravedad del hecho y la culpabilidad del autor, para hacer frente a fenómenos como la reincidencia, que se tornaban cada vez más frecuentes. En definitiva, la pena retributiva como sistema único de lucha contra el delito había fracasado, pues no permitía la inclusión de los fines preventivos que exigía el momento. Para ello, la limitación de la responsabilidad moral se convertía en un obstáculo bastante difícil de sortear, que impedía penetrar en la órbita del delincuente reincidente. Igual cosa sucedía con los "enfermos mentales" y los delinquentes juveniles, quienes, por carecer de "libertad" para actuar, quedaban por fuera del derecho penal (cfr. JORGE, 1976, págs. 25 a 28). El Estado, en consecuencia, ante todas estas contradicciones, debe cambiar los derroteros si quiere sobrevivir. Necesita entonces *intervenir* (en el mercado y sobre el delincuente) con el fin de lograr su defensa, para lo cual requiere del soporte de una "ciencia" encargada de legitimar esa intervención: el *positivismo*, con sus pretensiones de objetividad y neutralidad se convierte en la "ideología del Estado intervencionista" (cfr. BUSTOS, 1983, pág. 17).

Un cambio sustancial se produce entonces. Se trata no ya de proteger al delincuente sino de defender a la sociedad (el consenso) del individuo peligroso (el que se aparta del consenso). La finalidad de la pena será así la conservación y defensa del organismo social, para lo cual el Estado debe, entonces, corregir al corregible e inocular al incorregible. Se rompe de esta manera la barrera que la escuela clásica había construido en defensa del individuo, y se abre paso a la intervención "científica" del Estado en la libertad de las personas, para someterlas a los "intereses sociales" y para clasificarlas, de acuerdo con ellos, en normales y anormales, peligrosos y no peligrosos (cfr. BUSTOS, 1983, pág. 18).

Como la pena no podía seguir siendo la retribución por el mal cometido sino que debía convertirse en un mecanismo adecuado para la defensa social, se comenzó

a discutir entonces si ello se hacía desvirtuando el carácter retributivo de la misma, para convertirla en un mecanismo de prevención; o si, por el contrario, se seguía respetando la función tradicional de la pena y se incluía a su vez un nuevo concepto que diera cuenta de las necesidades de tipo preventivo (cfr. JORGE, 1976, pág. 24). Partidaria de la primera solución se mostró la doctrina *correccionalista* de RÖDER y DORADO MONTERO, al igual que FERRI en Italia y VON LISZT en Alemania, con su idea de la "pena-fin". Sin embargo, al final triunfa el criterio de conservar la pena como retribución y más bien buscar un nuevo mecanismo mediante el cual se consiga la prevención de los delitos. Surgen entonces las *medidas de seguridad* como solución, cuya sistematización se debe a STOOSS, quien las incorporó en 1893 a su Anteproyecto de Código Penal suizo (cfr. JORGE, 1976, pág. 35 a 41).

B. Dualismo y monismo en derecho penal

1. *El dualismo*. Con STOOSS nace el sistema dualista o binario de reacciones, que diferencia claramente las penas de las medidas de seguridad, con base en los siguientes criterios (véase JORGE, 1976, pág. 42): 1) la pena se impone al culpable de un delito, mientras que en la aplicación de las medidas de seguridad se tiene en cuenta únicamente el estado de peligrosidad del sujeto; 2) la pena tiene un fin aflictivo, lo cual no sucede con las medidas, que tienen una finalidad asegurativa; 3) la pena se impone de acuerdo con la gravedad del hecho y la culpabilidad del autor, razón por la cual será determinada por el juez, a diferencia de las medidas que, por perseguir fines preventivos, solo podrán cesar cuando se logre la reeducación, enmienda o inocuización del delincuente.

Una nota característica del sistema dualista radica en la posibilidad de acumular penas y medidas, para aplicarlas a un mismo sujeto, culpable y peligroso. Además, las medidas son aplicables también a aquellas personas que no siendo responsables penalmente, demuestren un estado de peligrosidad criminal.

Para el dualismo, entonces, penas y medidas de seguridad tienen un mismo presupuesto, pero distinto fundamento. El *presupuesto*, común a ambas reacciones, no es otro que la realización de un injusto, pues si la función del derecho penal es la protección de bienes jurídicos, su intervención solo está autorizada cuando se realiza una conducta que lesione o, por lo menos, ponga en peligro esos bienes jurídicos. Por ello, únicamente las medidas *postdelictuales* forman parte del derecho penal; no así las *predelictuales*, en las cuales todavía no se ha producido la comisión de un injusto, situación que las coloca por fuera del ámbito del derecho penal y las convierte en medidas estrictamente administrativas.

La diferencia entre penas y medidas de seguridad, entonces, se encuentra solo a partir de los *fundamentos*. Así, se dice que la pena se fundamenta en la *culpabilidad* del sujeto (entendida tradicionalmente como el reproche que se le hace al individuo por haber preferido el delito, pudiendo no hacerlo); mientras que las medidas de seguridad, por el contrario, se fundamentan en la *peligrosidad* criminal del sujeto (cfr. WELZEL, 1976, pág. 333; MAURACH, 1962, pág. 58; ROXIN, 1981, pág. 52).

Este dualismo, aunque con diferentes variantes y correctivos que lo convierten a veces en un sistema mixto o *vicarial*², ha sido acogido por la gran mayoría de países europeos y latinoamericanos, y estuvo rigiendo plenamente en nuestro país durante la vigencia del C. P. de 1936³.

2. *El monismo*. Al lado del sistema dualista antes mencionado, se ha planteado la estructuración de un sistema unificado de sanciones, según el cual ante la comisión de un delito el Estado debe reaccionar imponiendo penas o medidas de seguridad, pero nunca las dos.

Los fundamentos doctrinales del sistema monista los resume JORGE en los siguientes términos (1976, págs. 176-177): "1. La distinción que establecía el dualismo, entre penas y medidas de seguridad no tiene sentido ya que ambas se identifican en cuanto implican: a. Una disminución o privación de ciertos bienes jurídicos, como la libertad del individuo, teniendo carácter aflictivo; b. Presuponen una comisión de delito; c. Desempeñan una función de prevención general y tienden a la resocialización del delincuente; d. Poseen carácter jurisdiccional y son medios que tienden a un mismo fin: la defensa social; 2. Se considera que el monismo viene a estar justificado en base a la total identidad existente —en la ejecución— entre la pena y las medidas de seguridad".

Podríamos agregar, además, como razón para sostener el monismo, el peligro que para las garantías y libertad personal del individuo representa una sanción fundamentada en una supuesta peligrosidad, pues se trata de un concepto que no alcanza a limitar la intervención estatal⁴. Por esta misma causa rechazamos las posiciones monistas que pregonan un derecho penal donde las medidas constituyen la única consecuencia de la comisión del delito (al estilo del positivismo ferriano), pues este criterio lleva a la aplicación de sanciones indeterminadas y, en fin, a la total desprotección de la persona.

3. *Nuestra posición*. Hoy por hoy, se dice, insistir en el dualismo implica no solo sostener la culpabilidad como fundamento ontológico (libre albedrío), sino también la peligrosidad. Y bien sabemos que ambos conceptos son indemostrables: el primero por metafísico y el segundo por metaempírico (cfr. BUSTOS, 1984a, pág. 7).

² Este sistema vicarial, ha dicho JORGE (1976, pág. 183), "permite aplicar, en primer lugar la medida de seguridad y el tiempo de ejecución de la misma ha de imputarse al del cumplimiento de la pena concurrente. El juez, una vez cumplida la medida de seguridad, podrá decretar —teniendo en cuenta la recuperación experimentada por el sujeto y las necesidades de defensa de la sociedad— la suspensión del resto de la pena. A través del sistema vicarial no solo existe la posibilidad de aplicar primero la medida que la pena sino también hace posible la sustitución de esta por la ejecución de aquella".

³ Cosa diferente ocurre en el C. P. de 1980, el cual consagra un sistema monista, pues a los imputables solo se les puede aplicar penas, quedando las medidas de seguridad, por tanto, reservadas únicamente para los sujetos que hayan sido declarados inimputables.

⁴ Con razón dice MUÑOZ CONDE (1983, pág. 19) que "el sistema dualista se convierte así, en el pretexto científico para un control social ilimitado de los ciudadanos, o en todo caso superior al que permite el penal tradicional; todo ello en aras de unos intereses oscuros cuya irracionalidad hay que poner de relieve".

Ante la crisis del principio de culpabilidad tradicional (cfr. BUSTOS, 1984a, págs. 362 y ss.; GIMBERNAT, 1983, págs. 3 y ss.; HASSEMER, 1983, págs. 479 a 481; FERNÁNDEZ, 1982b, págs. 954 y ss.), la solución no es acabar con él (aunque sí con el reproche) y reemplazarlo por criterios utilitaristas (como el de peligrosidad, necesidad, etc.), como pretenden algunos. Si se trata de limitar los alcances del control penal, debemos mantener el principio de culpabilidad, así sea solo como *garantía*, pues en el momento actual de la ciencia penal no existe otro elemento capaz de reemplazarlo⁵.

Si mantenemos el principio de culpabilidad en su función garantizadora y no como reproche (cfr. ROXIN, 1981, pág. 43), nada impide su aplicación en relación con las medidas de seguridad, en cuyo ámbito también puede cumplir esta función. En verdad, la diferenciación que hace el dualismo al fundamentar una sanción (pena) en la culpabilidad y otra (medida de seguridad) en una hipotética peligrosidad, es artificiosa y por lo tanto inexistente. Tanto es así, que el único resultado evidente del famoso dualismo no ha sido otro que la inclusión dentro del derecho penal de conceptos que, como el de peligrosidad, no son más que pura ideología; es decir, son criterios que se incorporan al derecho penal únicamente con el fin de legitimar, mantener y reproducir las actuales relaciones sociales de dominación (cfr. BARATTA, 1986b, págs. 35 a 43; SANDOVAL, 1985a, pág. 43), lo cual se puede observar desde el origen mismo de tal concepto. Antes de intentar dar un fundamento a algo que no lo tiene, debemos concentrarnos en la búsqueda de nuevos principios y en el desarrollo de los ya existentes, que limiten al máximo el poder punitivo del Estado⁶. Es esta y no otra la función que entre nosotros está llamada a cumplir el "derecho penal liberal", según las tantas veces citada y otras tantas olvidada frase de VON LISZT: constituirse en la "barrera infranqueable de la política criminal".

III. LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD EN COLOMBIA

A. Planteamiento del problema

Nuestro legislador, quizá por la improvisación que últimamente lo ha caracterizado, consagró en materia de medidas de seguridad normas completamente contradictorias, algunas contrarias a nuestra Constitución Nacional. Fue así como se instituyó la "cadena perpetua" al supeditar la cesación de la medida a la recuperación de la "normalidad síquica" del sujeto (arts. 94 y 95), cuando bien conocido es el carácter irreversible de algunas anomalías (cfr. AGUDELO, 1982, pág. 97; MUÑOZ CONDE, 1983, pág. 30). Este punto en concreto movilizó de tal manera un importante sector de la doctrina nacional (véase AGUDELO, 1982, págs. 95 y ss.; 1984 págs. 40 a 42; FERNÁNDEZ, 1982a, pág. 92; ESCOBAR MEJÍA, 1982, págs. 549 y

⁵ Sobre los intentos por sustituir el concepto de culpabilidad, véase a BUSTOS (1984a, págs. 365 a 377).

⁶ Desde este punto de vista consideramos como un gran acierto la inclusión en nuestro Código Penal de un título dedicado a las "normas rectoras de la ley penal colombiana", y el desarrollo que de tales principios han iniciado autores como FERNÁNDEZ (1982a, págs. 339 a 386) y VELÁSQUEZ (1983a, págs. 609 a 635; 1985/86, págs. 135 a 152).

ss.; ARENAS SALAZAR, 1985, págs. 498 y ss.; SANDOVAL, 1985b, pág. 157; GONZÁLEZ AMADO, 1985/86, págs. 83 y ss.), que dio pie para que se indagara sobre el tema de los inimputables y de las medidas de seguridad que les son aplicables, y se pusiera al descubierto todo lo que había permanecido oculto bajo el manto de una legalidad no verificada: el tratamiento diferencial de que son víctimas las personas que han sido declaradas inimputables y su mundo de privaciones y miseria en los mal llamados "anexos siquiátricos", lugares en donde la dignidad del ser humano no se conoce⁷.

Al comenzar la búsqueda de una solución al problema planteado, se produjo el desplazamiento de la discusión al plano en el cual debía presentarse: el *político*. Esta situación ha generado una etapa de definiciones de igual naturaleza frente al tema. Así, al entrar a terciar en la agria polémica que sostienen los profesores ESTRADA y FERNÁNDEZ, lo plantea AGUDELO (1984, pág. X):

"Por mi parte, he llegado a convencerme de que en el derecho penal las dificultades no se reducen a los problemas *sistemáticos* y que los puntos de partida y de llegada *políticos*, ocupan lugar decisivo. Pienso que hoy por hoy, frente a los peligros y recortes de la libertad que defiende el derecho penal liberal, el cual profeso, las disputas sistemáticas pasan a segundo plano. Las concepciones políticas adquieren entonces relevancia y se convierten determinantes al momento de optar por las teorías y, a la vez, se constituyen en piedra de toque para sopesar las consecuencias a las que conducen las aceptadas".

Esta problemática, que tantas discusiones ha originado en nuestro medio, la reduciremos a tres aspectos que consideramos los más importantes, los cuales se abordarán a lo largo de este trabajo: 1) la responsabilidad penal de los inimputables; 2) el fundamento de las medidas de seguridad, y 3) el carácter indeterminado de las medidas privativas de la libertad.

B. La doctrina nacional

Si los inimputables son penalmente responsables o no y, por consiguiente, si las medidas de seguridad constituyen sanción, y si son de naturaleza jurisdiccional o administrativa, es tema que se debate en nuestro medio. Al respecto podemos dividir la doctrina en dos corrientes: una minoritaria que responde negativamente al interrogante planteado, y otra mayoritaria que, por el contrario, se manifiesta en favor de la responsabilidad penal de los inimputables, a quienes, según este sector doctrinal, se les impone una sanción jurisdiccional, llamada medida de seguridad.

1. *Doctrina minoritaria.* a) El autor más importante de esta corriente es ESTRADA, cuya posición ha sido ratificada y, pese a las críticas, defendida a muerte en la segunda edición de su obra (1986, págs. 261 y ss.). A tal efecto parte del

⁷ Sobre este aspecto vale la pena mencionar especialmente las denuncias formuladas por el siquiatra JAIME GAVIRIA TRESPALACIOS, quien en diferentes foros y conferencias le mostró al país lo que realmente ocurre en los "anexos siquiátricos": el hambre que lleva a los reclusos a alimentarse con ratas y otros bichos, o con sus propios excrementos, es solo una muestra patética de ello (cfr. ESCOBAR MEJÍA, 1982, pág. 558; ARENAS SALAZAR, 1985, págs. 498 a 510; VELÁSQUEZ, 1983b, pág. 730).

extremo de negar a los inimputables su condición misma de seres humanos, al afirmar que “el daño causado (por el inimputable) equivale en su materialidad, a cualquier fuerza natural desencadenada, al daño que puede ocasionar un perro rabioso, un toro bravo, un edificio que amenaza ruina, etc.” (1986, pág. 240). Sostiene, en consecuencia, que ellos no son responsables penalmente debido a que no pueden actuar con culpabilidad (ibídem). Por lo tanto —prosigue— una vez comprobado que el sujeto autor del hecho típico y antijurídico es inimputable “procede inmediatamente sin ulteriores trámites procesales, imponer la adecuada medida de seguridad” (1986, págs. 245-246); la cual, según él, no constituye sanción, por ser de carácter administrativo y benéfico⁸ (1986, págs. 265 a 267). Siendo así, la medida deberá sostenerse hasta lograr la “curación” del sujeto y si ello es imposible, concluye, la persona deberá resignarse a morir en un “anexo siquiátrico”: “en los establecimientos siquiátricos oficiales habitan numerosos enfermos mentales que tendrán que permanecer allí, y es deseable que así suceda, pues deben recibir tratamiento científico hasta la muerte... Los inimputables sujetos a medidas estarán en idénticas condiciones, y si su enfermedad no permite una relativa normalización, está bien que tenga durante toda su vida atención médica y científica” (1986, pág. 268).

Las anteriores citas muestran por sí solas los serios peligros que para la libertad individual y los derechos humanos encierra la inaceptable tesis del profesor ESTRADA. Desconoce que si las medidas se aplican como consecuencia de la comisión de un injusto, pertenecen al derecho penal, lo cual significa, ni más ni menos, que les son aplicables todos los principios y límites inherentes al control penal: necesidad de intervención, protección de bienes jurídicos, dignidad humana, legalidad, proporcionalidad, etc. Además, combina arbitrariamente conceptos pertenecientes al ámbito de las medidas predelictuales con otros que se predicen de las postdelictuales. Por ejemplo, al sostener que “el inimputable que lesiona un bien jurídico es igual al enajenado que no lo ha hecho” (1986, pág. 240), no explica por qué entonces solo los primeros son merecedores de medida. Más cuando, según él, las medidas tienen naturaleza administrativa y benéfica. Es contradictorio que, si la medida de seguridad se aplica “sin sujeción a criterios distintos del de su propio estado mental (del inimputable)” (1986, pág. 267), no gocen del mismo “beneficio” los “enfermos mentales” que no han cometido delito⁹.

b) Una propuesta interesante, que dogmáticamente se acerca a la anterior, pero desde puntos de partida políticos, totalmente opuestos, es la formulada recién-

⁸ Que las medidas de seguridad constituyen sanción y no un “beneficio”, lo han demostrado suficientemente entre nosotros FERNÁNDEZ (1982, págs. 322 a 326) y AGUDELO (1984, págs. 47 a 51), quien se pregunta “cómo se puede alguien imaginar que las penurias e inclemencias del cautiverio en un manicomio sean menos dolorosas que las que pueden pasarse en una cárcel” (1984, pág. 49). Inclusive, desde el ámbito siquiátrico se ha dicho que el internamiento no voluntario no es más que una forma de sancionar al “diferente” (cfr. SZASZ, págs. 315 a 318). De igual manera BASAGLIA ha demostrado la identidad de los fines que realmente cumplen la cárcel y el manicomio: “...la finalidad implícita en los institutos de reeducación y de cura es siempre la supresión de quien debería ser reeducado y curado” (1980, pág. 45).

⁹ Una crítica más completa del pensamiento de ESTRADA en esta materia, puede verse en FERNÁNDEZ (1982a, págs. 320 a 329) y en AGUDELO (1984, págs. 47 a 66).

temente por GONZÁLEZ AMADO (1985/86, págs. 83 a 92). Sostiene este autor que “lo opuesto a la culpabilidad no es la inculpabilidad sino la inimputabilidad” (1985/86, pág. 84). Entonces, si el imputable que actúa bajo causal de inculpabilidad no es penalmente responsable, tampoco tiene por qué serlo el inimputable, a quien ni siquiera deberá aplicársele una medida de seguridad, pues también son sanciones (1985/86, pág. 87). Afirma que en relación con la “enfermedad mental” el tratamiento debe ser preventivo y no sancionatorio: “la detección de las enfermedades mentales, como son llamadas frecuentemente, puede ser realizada precozmente y, en consecuencia, sus efectos pueden ser disminuidos con tratamientos adecuados y al alcance de todos, hasta el punto de anular completamente la conducta «divergente»” (1985/86, pág. 92).

Lo más importante de esta tesis reside en su preocupación por el contenido de los conceptos “inimputabilidad” y “enfermedad mental”, poniendo de manifiesto su carácter social y su utilización como mecanismo de segregación, y el peligro de su utilización como forma de control contra los opositores políticos. Pese a que compartimos los presupuestos políticos de los cuales parte el autor, precisamente por ello nos alejamos de la solución que da al problema, pues, ciertamente, el “enfermo mental” no debería ser sancionado; mas de *lege data* encontramos el art. 33 que dice expresamente: “a los inimputables se les aplicarán (sic) las medidas de seguridad establecidas en este Código”, lo cual implica que al tratar la inimputabilidad como causal de inculpabilidad (1985/86, pág. 92), estemos sacando las medidas de seguridad del ámbito del derecho penal y abriéndole las puertas a un control ejercido directamente por la administración, con los innegables riesgos políticos que ello acarrea y que precisamente GONZÁLEZ AMADO quiere evitar¹⁰.

2. *Doctrina mayoritaria.* Al contrario de lo que piensan los mencionados doctrinantes, un amplio sector doctrinal se muestra partidario de la responsabilidad penal de los inimputables: FERNÁNDEZ (1982a, pág. 321), AGUDELO (1984, págs. 34-35), REYES (1986, pág. 254) y SANDOVAL (1985b, págs. 153 a 158). Sin embargo, este sector doctrinal no se pone de acuerdo sobre el aspecto esencial de todo el problema: el fundamento teórico de las medidas de seguridad. Sobre este punto los autores se dividen en dos corrientes: los partidarios de la peligrosidad (AGUDELO y FERNÁNDEZ) y los que rechazan tal criterio (REYES, PÉREZ y SANDOVAL).

a. *Posiciones peligrosistas*

1) Dice el profesor FERNÁNDEZ: “Dado que, al injusto típico del imputable, le imputa dicho Código una pena y al inimputable una medida de seguridad, es

¹⁰ La tesis de GONZÁLEZ AMADO constituye un planteamiento político-criminal importante que, como crítica de la ley penal, compartimos en su totalidad; sin embargo, ella solo sería aplicable a partir de una reforma del Código Penal. El que solo una política social seria, que abarque factores como la salud, vivienda y educación, etc., pueda solucionar los conflictos causados por los actos de los inimputables, es válido también para la delincuencia en general, mas no por ello puede decirse que, entonces, no se debe aplicar el Código Penal, pues su abolición en nuestro medio le abriría las puertas al autoritarismo. No otra puede ser la conclusión en un país como Colombia, donde, para citar solo un ejemplo, abundan los “escuadrones de la muerte”.

inferencia de Perogullo que ambos han de soportar aunque de distinta manera, en atención a su diversa condición personal al momento del hecho las consecuencias jurídico penales de su comportamiento, es decir, ambos son penalmente *responsables*" (1982a, pág. 321). Dicha responsabilidad, en todo caso, es subjetiva, tanto para imputables como para inimputables: Si "responsabilidad subjetiva y culpabilidad son exactamente lo mismo" (1982a, pág. 315), no hay otro remedio sino admitir que los inimputables actúan con culpabilidad, pues de lo contrario se violaría el principio rector consagrado en el art. 5° del C. P. (1982a, pág. 314). Lo anterior lleva a FERNÁNDEZ a sostener que la imputabilidad no es capacidad de culpabilidad sino "capacidad jurídica de pena, esto es, de reproche" (1982a, pág. 315). Ante esta situación el autor se ve obligado a postular que los inimputables pueden obrar culpablemente, distinguiendo un grado superior de culpabilidad, que llama "plena, completa o integral", propia de los imputables, y otro grado inferior que denomina culpabilidad "deficitaria, incompleta o semiplena", propia de los inimputables (1982a, págs. 317, 318 y 427). "Este grado inferior —dice— es suficiente para fundar la responsabilidad penal por las medidas de seguridad, inspiradas, ya no en la retribución del abuso de la libertad (plena culpabilidad) sino en la necesidad de la tutela social contra sujetos peligrosos que, no obstante, no responden objetiva sino subjetivamente" (1982a, pág. 318); por tanto, la medida de seguridad debe durar hasta cuando el sujeto deje de ser peligroso, con lo cual, según él, se evita la "cadena perpetua" a que conduce la aplicación literal de los arts. 94 y 95 del C. P.

2) AGUDELO, por su parte, a diferencia del anterior autor, propone una estructura del delito para los imputables (tipicidad + antijuridicidad + culpabilidad = pena) y otra diferente para los inimputables (tipicidad + antijuridicidad + peligrosidad = medida de seguridad) (cfr. 1984, pág. 83). Según dice, su tesis presenta divergencias políticas y coincidencias sistemáticas con la de ESTRADA, mientras que coincide con FERNÁNDEZ en lo político y se aleja de él en lo sistemático (1984, pág. 81). Está de acuerdo con ESTRADA en el sentido de sostener que los inimputables no pueden actuar con culpabilidad, mas, a diferencia de este, manifiesta que no obstante son responsables penalmente, pues el C. P. ha consagrado el principio de la *responsabilidad legal*: "la ley penal colombiana se ocupa, pues, de los sujetos imputables y de los inimputables atribuyendo consecuencias a sus comportamientos típicos y dañosos, aplicándoles sanciones que pueden ser penas o medidas de seguridad" (1984, pág. 35). Sostiene, pues, que el C. P. sigue considerando importante la peligrosidad del sujeto, lo cual intenta demostrar, en relación con los imputables, equiparando caprichosamente el término "personalidad" utilizado por los arts. 61, 68 y 72 del C. P., con el de "peligrosidad" (1984, págs. 37-38)¹¹. En relación

¹¹ Sobre este punto ha dicho el profesor L. C. PÉREZ, con razón: "lo que debiera estudiarse tratando de entender el criterio dosimétrico principal del art. 61 es la resultante de todos los aportes nacionales, sociales, de ubicación geográfica y económica, de educación y trabajo, junto con la valoración que el sujeto haga de su propia vida y de las relaciones con los demás. Cuando se dice que el concepto de personalidad se restringe al de una categoría de sujetos capaces de delinquir, de un lado, se introduce una tendencia abolida por completo en el sistema vigente, como es el de peligrosidad, y de otro, se expone una idea que en el texto legal no tiene ese sentido exclusivista. El artículo habla de 'personalidad del agente', y en ninguna parte de 'capacidad para cometer hechos punibles'" (1982, págs. 207-208).

con los inimputables, dice, la peligrosidad juega papel importante, puesto que solo ella puede fundamentar las medidas. Además, este autor, al igual que FERNÁNDEZ, pretende solucionar el problema de la "cadena perpetua" consagrada en los arts. 94 y 95 del C. P., a través del concepto de peligrosidad (1984, págs. 40 a 42).

3) En síntesis, tanto FERNÁNDEZ como AGUDELO pretenden encontrar en la peligrosidad un criterio garantizador que proscriba la aplicación de medidas perpetuas¹². Se declaran entonces furibundos "oposidores políticos" de ESTRADA por considerar, no sin razón, que la tesis de este encierra serios peligros para la seguridad ciudadana, situación no compatible con el Estado Demoliberal que nos rige. A pesar de sus buenas intenciones, ambos se quedan a mitad de camino en su afán garantista y al fin de cuentas terminan apoyando, si no la totalitarista tesis de ESTRADA, sí la peligrosidad, que todo puede representar menos una garantía para el ciudadano.

La mayor contradicción se presenta en FERNÁNDEZ, quien habla de una culpabilidad "semiplena" de los inimputables, mas, curiosamente, no saca de ello ninguna derivación diferente de la aplicación de las causales de inculpabilidad (1982a, pág. 75)¹³. Si los inimputables pueden actuar culpablemente, como sostiene, la medida no puede aplicarse con base en la peligrosidad, o por lo menos debería estar limitada por la culpabilidad. Complica así su esquema en este punto, porque sigue entendiendo la culpabilidad como reproche, basada en el libre albedrío. De ahí que para poder aplicar el principio de culpabilidad a los sujetos catalogados como inimputables, tenga que dividirla en plena y semiplena. Lo extraño, entonces, es que el juicio de reproche formulado al sujeto por haber actuado culpablemente, esté referido únicamente a la plena, pues, si la culpabilidad es graduable (plena y semiplena) (1982a, págs. 423-424), también debería serlo el reproche (¿pleno y semipleno?). En este punto el autor da un salto lógico impresionante, pues pasa de la culpabilidad a la peligrosidad del inimputable, cuando se ha demostrado que son conceptos antagónicos.

Si es criticable que la medida de seguridad tenga como fundamento la peligrosidad, más lo es que se "presuma de derecho" (1982, pág. 518), pues sería tanto como presumir la responsabilidad. En este sentido, si se siguen sus tesis, no habría que hacer un juicio de peligrosidad (se presume), pero de todas maneras la medida se impondría con base en esa peligrosidad y debería perdurar hasta cuando cese la misma. Si así fuera, la medida no cesaría nunca, porque hasta donde tenemos

¹² Estos autores sin embargo, solo ven dicha "cadena perpetua" en los arts. 94 y 95 del C. P.; mas, lo mismo podría decirse del art. 96, pues condiciona la suspensión de la medida a "cuando se establezca que la persona ha adquirido suficiente adaptabilidad al medio social en que se desenvolverá su vida". ¿Cuándo se entiende adquirida tal adaptabilidad? ¿Cuál es la adaptabilidad "suficiente"?

¹³ Lo cual también hacen REYES (1986, pág. 265) y AGUDELO (1982, págs. 79-80), aunque sin necesidad de recurrir al concepto de "culpabilidad semiplena". Inclusive, pese a que —como el mismo FERNÁNDEZ lo reconoce— tal concepto se asemeja bastante al de "atribuibilidad" utilizado por MAURACH (1962, págs. 33 a 35) y BACIGALUPO (1986, págs. 138 a 147), al no establecerse la "culpabilidad semiplena" como una categoría del delito diferente de la culpabilidad, se pierde la coherencia lógica y la garantía de la atribuibilidad como elemento previo a la culpabilidad.

entendido lo que se presume de derecho no admite prueba en contrario (la no peligrosidad), a no ser que tal presunción se refiera únicamente al momento de imponer la sanción y de ahí en adelante se pueda desvirtuar, lo cual constituiría otro salto lógico evidente. FERNÁNDEZ, pues, es consecuente con el prejuicio burgués de considerar (presumir) como peligrosa toda conducta divergente.

Si sostenemos un esquema unitario del delito, como lo hace este autor, mal haríamos en agregarle un *nuevo* elemento a su estructura, desconociendo el art. 2° del C. P. y el principio de legalidad, que tanto se empeña en defender a través de toda su obra. Tal tesis, como se observa, queriendo ser un progreso corre el riesgo de tornarse reaccionaria. Por ejemplo, si la estructura del delito es la misma para imputables e inimputables (tipicidad + antijuridicidad + culpabilidad) y se incluye además la peligrosidad, ¿cuál sería el inconveniente para no comenzar a hablar nuevamente del imputable “culpable y peligroso”? Y, siendo de esta manera, ¿por qué no referirnos simplemente al sujeto peligroso? Ello constituiría, sin más, un retorno al positivismo ferriano o al dualismo puro.

Contrariamente a lo que piensan tan respetados autores la peligrosidad, en buena hora, ha sido desterrada por completo de nuestro Código Penal, trátase de imputables o inimputables. Y decimos esto porque sabemos cuál es el origen de tal principio: el *positivismo* y la concepción social intervencionista, con su teoría del *statu quo* (la defensa social) que, “apoyada en puros argumentos de utilidad, está fatalmente llamada a servir de instrumento idóneo para concepciones totalitarias, donde los valores de la persona individual quedan íntegramente ahogados” (RODRÍGUEZ MOURULLO, 1974, pág. 368). El mismo AGUDELO acepta que el concepto de peligrosidad fue *suprimido* del Código Penal, aunque en lo atinente a las medidas de seguridad, dice, se hizo “sin haberse dado motivación alguna, de manera alegre e irresponsable” (1984, pág. 41); situación que, aun siendo criticable, no convierte al intérprete en legislador, como certeramente lo señala SANDOVAL (1985b, pág. 155). Si lo que el profesor AGUDELO quiere evitar es el tratamiento diferencial que haga más gravosa la situación de los inimputables, ello no se lograría mediante la peligrosidad que, precisamente, es uno de sus generadores. Además, hablar de peligrosidad nos lleva a enfrentar la defensa del orden existente con la del individuo; lucha en la cual, como la reciente historia de nuestro país lo ha demostrado, el individuo concreto resulta siempre aplastado, “debiendo” renunciar resignadamente a sus derechos esenciales y a su propia vida si es “necesario”, en aras de la defensa de una “sociedad” o de unas “instituciones” concebidas invariablemente como algo abstracto e imperceptible, con el fin de ocultar la verdadera pretensión de todo el discurso positivista (peligrosista): la defensa del grupo dominante.

A pesar de haber cumplido los planteamientos de los profesores AGUDELO y FERNÁNDEZ una importante labor de denuncia y correctivo, pues en principio el criterio de la peligrosidad como fundamento y límite de las medidas de seguridad puede impedir la aplicación de medidas perpetuas, es necesario superar tal posición, pues, como se pregunta AGUILAR (1985, pág. 513), “¿sería igualmente válida la tesis, ante la situación de enfermo mental permanente (en reclusión), por ende,

sin posibilidad de curación y sin que pueda afirmarse fundamentalmente el restablecimiento de su capacidad para convivir más o menos ordenadamente?”.

De todas maneras FERNÁNDEZ se acerca mucho a la solución dogmática del asunto que tratamos, al hablar de la responsabilidad subjetiva de los inimputables; pero, tal vez previendo las consecuencias de este planteamiento, evita llegar a donde necesariamente debió haber llegado, de ser consecuente con su posición: injusto y culpabilidad como límites de la pena y de las medidas de seguridad. Tanto es así que en escrito posterior (1982b, pág. 970) abandona la idea del reproche y sostiene la determinación de las medidas: “así como, por razones de garantía, la pena debe concluir en un tiempo determinado aunque no haya logrado sus fines en el caso concreto, el tratamiento de seguridad tiene que ser sometido al mismo criterio, por la misma razón”. Sin embargo, en 1983, como magistrado del Tribunal Superior de Medellín, habla nuevamente de la peligrosidad como fundamento de las medidas de seguridad (cfr. 1984, págs. 425-426), razón por la cual presumimos regresó a su tesis original.

b. Posiciones no peligrosistas¹⁴

1) El profesor REYES sostuvo durante la vigencia del C. P. anterior, hasta 1976, no solo la responsabilidad penal de los inimputables, sino también que podían actuar con culpabilidad (dolo o culpa) (cfr. AGUDELO, 1982, págs. 14-15). Por consiguiente, analizaba la imputabilidad por fuera de la teoría del delito, entendida como una condición personal para saber si al procesado debía aplicársele pena o medida de seguridad (cfr. AGUDELO, 1982, pág. 16). Sin embargo, a partir de la cuarta edición de su obra, cambia de parecer en lo relacionado con la culpabilidad de los inimputables, pues comienza a tratar la imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad (cfr. AGUDELO, 1982, pág. 16). Dice entonces que la responsabilidad penal de los inimputables “se deriva únicamente de la realización de conducta típica y antijurídica, sin que exista ninguna causal de inculpabilidad” (citado por AGUDELO, 1982, pág. 16). Esta posición la siguió sosteniendo en relación con el C. P. de 1980. Así, en la edición póstuma de su obra, puede leerse (1986, pág. 265): “para que un inimputable pueda responder penalmente..., han de cumplirse los siguientes requisitos: a) que su conducta sea *típica*...; b) que sea *antijurídica*... y c) que no haya actuado dentro de una causal de inculpabilidad ajena a su condición de inimputable”. Sostiene a continuación que “a la luz de nuestro sistema penal los inimputables responden penalmente y que la suya es una responsabilidad *sin culpabilidad*” (1986, pág. 265). Según él, ello no contradice el mandato del art. 5° del C. P. (“para que una conducta típica y antijurídica sea punible debe realizarse con culpabilidad”), pues considera que tal principio (de culpabilidad) “está edificado sobre el supuesto de la imputabilidad” (1986, pág. 265).

¹⁴ En este punto no tenemos en cuenta los conceptos de L. C. PÉREZ, pues este autor simplemente se limita a rechazar la peligrosidad como fundamento de las medidas de seguridad (1982, pág. 342), sin ofrecer ninguna alternativa al respecto.

EL desfase lógico de la tesis de REYES es evidente, pues si el inimputable no puede obrar culpablemente, tampoco puede hacerlo de manera inculpable (cfr. AGUDELO, 1982, pág. 69). De otro lado, si la responsabilidad del inimputable se deriva de la realización de un injusto, lógico es suponer que la sanción (medida de seguridad) debería ser proporcionada al daño causado, pues al no basarse en la peligrosidad la medida deja de ser indeterminada, situación que no tiene en cuenta el profesor REYES¹⁵.

2) Aunque basándose en los mismos contradictorios conceptos de REYES, es decir, que los inimputables no pueden actuar con culpabilidad pero sí pueden ser inculpables, SANDOVAL da una solución práctica bastante acertada al problema de la indeterminación de las medidas. Dice al respecto (1985b, pág. 157):

“...del hecho de que dichas medidas se impongan por la realización de comportamientos típicos y antijurídicos, derivase necesariamente que su duración en ningún caso puede exceder la de la pena que a la misma persona le habría correspondido por esa conducta si hubiese sido considerada imputable. Si la medida de seguridad sobrepasara esta última duración, el exceso será una sanción impuesta *exclusivamente* por el ‘trastorno mental’ o la ‘inmadurez psicológica’, lo cual viola todos los principios rectores de nuestro sistema penal, empezando por el de ‘legalidad’... De modo, pues, que así como la pretensión de ‘resocializar’ a los imputables no puede conducir a penas mayores que las derivadas de su grado de culpabilidad, la pretensión de ‘curar’ a los inimputables tampoco puede llevar a medidas de seguridad mayores que las derivadas de su conducta típica y antijurídica, con lo cual en *su respecto* queda descartada la posibilidad de ‘cadena perpetua’ ” (cfr. en igual sentido, AGUILAR, 1985, págs. 512 y ss.).

Nos identificamos totalmente con las anteriores consideraciones, pues es la solución más acertada y justa. Sin embargo, debido a su prematura y absurda muerte, este autor no logró fundamentar suficientemente esta posición, pues la contradictoria tesis del profesor REYES, que él acoge, no nos permite, precisamente por contradictoria, llegar a tan importante conclusión. Por eso, desde ahora debe quedar claro que nuestra posición no es original, pues lo único que intentaremos será fundamentar y desarrollar la propuesta formulada por SANDOVAL.

c. Nuestra posición

1. *Responsabilidad penal de los inimputables.* Que los inimputables son en Colombia penalmente responsables, es indiscutible. La sola consulta del art. 1º del C. P. basta para comprobarlo: “Nadie podrá ser condenado por un hecho que no esté expresamente previsto como punible por la ley penal vigente al tiempo en que se cometió, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren

¹⁵ Acertado es, en cambio, el pensamiento del profesor REYES en relación con la duración mínima de la medida, pues, “si antes de su vencimiento se demuestra pericialmente que el internado se recuperó completamente de tal manera que puede reintegrarse sin riesgo a la colectividad, el juez debe disponer la suspensión de la medida, pues ya se ha logrado la básica finalidad curativa que respecto de ella predica el principio rector consagrado en el art. 12 del C. P.” (1986, pág. 340).

establecidas en ella”. Como se puede apreciar, esta norma se refiere a las medidas de seguridad, al tiempo que habla de *condenado*, sin diferenciar entre imputables e inimputables. Asimismo, el art. 33, en concordancia con el art. 31, establece que las medidas se aplican a los inimputables que han cometido un hecho legalmente descrito (y la ley penal solo puede “describir” hechos punibles, según lo establece el art. 2º del C. P.), lo cual significa que el sujeto queda siempre sometido a las consecuencias jurídico-penales de su acto (cfr. en igual sentido, REYES, 1986, pág. 254; FERNÁNDEZ, 1982a, pág. 321, y AGUDELO, 1984, págs. 34-35), es decir, si es imputable se le aplica una pena, y si no lo es, se le impone una medida de seguridad.

2. *Responsabilidad subjetiva.* Si afirmamos que los inimputables son responsables penalmente, debemos preguntarnos por el fundamento de dicha responsabilidad. En este orden de ideas, de acuerdo con FERNÁNDEZ, sin duda la culpabilidad o es subjetiva o es objetiva, pero no admite términos medios; y como el art. 5º del C. P. proscribire toda forma de responsabilidad objetiva, “no queda más alternativa que admitir la culpabilidad de los inimputables...” (FERNÁNDEZ, 1982a, pág. 314). No compartimos, pues, el criterio de AGUDELO, quien pretende salvar la cuestión con base en el principio de la “responsabilidad legal”, el cual, según él, no puede confundirse con el de la “responsabilidad objetiva” (1984, págs. 22-23). Sin embargo, el principio de la responsabilidad legal no soluciona el problema, pues no es más que un término genérico que puede incluir cualquier forma de responsabilidad, así los positivistas hayan querido no identificarlo con la responsabilidad objetiva¹⁶.

Además, el art. 2º del C. P. es muy claro al establecer: “para que una conducta sea punible debe ser típica, antijurídica y culpable”; asimismo, el art. 5º identifica la responsabilidad subjetiva con la culpabilidad, al expresar: “para que una conducta típica y antijurídica sea punible, debe realizarse con culpabilidad. Queda proscribida toda forma de responsabilidad objetiva”. Como se aprecia, la norma contrapone la culpabilidad a la responsabilidad objetiva, proscribiendo esta última, exigiendo así la culpabilidad en todos los casos. Ahora, quienes piensan que cuando el Código habla de culpabilidad, se refiere únicamente a los imputables (cfr. REYES, 1986, pág. 265; AGUDELO, 1984, págs. 78-79), deben tener en cuenta que la expresión *punible* incluye también las medidas de seguridad. Así, por ejemplo, el art. 1º del C. P. habla de que “nadie podrá ser condenado por un hecho que no esté expresamente previsto como *punible* por la ley penal...” (subrayas fuera de texto). Si esta expresión se refiriera solo a las penas, deberíamos aceptar que al inimputable se le sancionara por un hecho no previsto en la ley, con lo cual seguramente no está de acuerdo ninguno de los doctrinantes citados.

Pues bien, si concluimos que tanto imputables como inimputables deben actuar con culpabilidad, debemos conocer qué entiende entonces el Código por culpabilidad.

¹⁶ Tal principio podría cumplir una función importante solo si se afirma la irresponsabilidad penal de los inimputables, pues mediante el mismo se puede evitar la aplicación de medidas indeterminadas, al mantener su carácter de sanción. Pero si decimos que los inimputables son penalmente responsables, entonces afirmamos su responsabilidad (legal), por lo cual este criterio no aporta mayor claridad al respecto.

Tradicionalmente se ha entendido la culpabilidad como un "juicio de reproche que se dirige al sujeto por la razón de que, no obstante poder cumplir las normas jurídicas, llevó a cabo una acción constitutiva de un tipo penal" (CÓRDOBA RODA, 1977, pág. 23. Cfr. además, WELZEL, 1976, pág. 197; ZAFFARONI, 1982, pág. 26; MAURACH, 1962, pág. 77), lo cual, no sobra advertirlo, nos conduce a la pena como retribución, desviando de paso la responsabilidad de la sociedad en el delito hacia el individuo, es decir, el derecho penal no se preocupa entonces por los factores de diverso orden que influyen en el delito (desempleo, miseria, marginalidad social o política, etc.), sino que traslada esa "culpa" al sujeto, a quien le reprocha que siendo "libre", hubiera preferido el mal del delito (cfr. HASSEMER, 1983, págs. 480-481).

En verdad, una culpabilidad entendida como reproche es una culpabilidad basada en el libre albedrío y por ende un concepto indemostrable. No queremos insistir nuevamente en ello, pues ya se ha escrito suficiente sobre la imposibilidad de sostener tal concepto de culpabilidad (cfr. GIMBERNAT, 1983, págs. 3 y ss.; CÓRDOBA RODA, 1977, págs. 24 y ss.; HASSEMER, 1983, págs. 473 a 475; ROXIN, 1981, págs. 41 y ss.; FERNÁNDEZ, 1982b, págs. 954 y ss.; VELÁSQUEZ, 1983, pág. 718).

Concluimos, entonces, que si para la ley colombiana el inimputable debe actuar culpablemente pero al mismo tiempo preceptúa que es inimputable quien no tiene "capacidad de comprensión o de autodeterminación", ello significa que el Código no acoge el principio de culpabilidad como reproche, sino que le da otra significación, exclusivamente de garantía, aplicable por tanto a imputables e inimputables, y que, en consecuencia, el fenómeno de la imputabilidad, tal como lo entiende la ley, no forma parte de la estructura del delito, constituyendo más bien un presupuesto de la pena. Esta función de garantía, dentro del esquema que proponemos, abarcaría los siguientes aspectos:

a. *Imputación subjetiva.* El principio de culpabilidad garantiza la imputación de un acto a una persona actuante, lo cual no impide que se tengan en cuenta los factores criminógenos que influyen y muchas veces determinan la comisión del delito, pues, de todas maneras, la garantía consiste en que determinado resultado solo se puede imputar al comportamiento voluntario de una persona física (cfr. HASSEMER, 1983, pág. 475; BARATTA, 1985, pág. 14).

b. *Responsabilidad por el hecho.* Del anterior principio se desprende que el hombre solo puede responder por sus actos y no por circunstancias ajenas a su comportamiento (derecho penal de acto). De ahí que el presupuesto de cualquier reacción penal no puede ser otro que la realización de un acto ilícito, lo cual significa, desde ese momento, que ellas deben ser proporcionadas a la gravedad del hecho. Debe rechazarse, por tanto, en nuestro país, todo discurso que pretenda hacer depender la sanción penal de circunstancias diferentes (como la peligrosidad), por cuanto ello conduce necesariamente a un "derecho penal de autor". En este punto, pues, no se admiten transacciones: el derecho penal, es de acto, o es de autor (cfr. ZAFFARONI, 1982, pág. 52), y no hay dudas de que el Código Penal colombiano se afilia al primero de ellos.

c. *Exclusión de la responsabilidad objetiva.* La ley colombiana ha proscrito cualquier forma de responsabilidad por el resultado. De ahí que hayan desaparecido de nuestro ordenamiento penal, figuras como las del delito aberrante y los delitos calificados por el resultado (cfr. FERNÁNDEZ, 1982a, pág. 314). Pues bien, la responsabilidad por el resultado solo puede evitarse (o por lo menos es la vía más expedita para hacerlo) manteniendo el principio de culpabilidad, pues, como dice HASSEMER (1983, pág. 476), este garantiza que "culpable de una lesión como puede ser quien por lo menos hubiera podido gobernar el acontecer lesivo". El principio de culpabilidad informa del por qué a una persona se le impone una pena o una medida de seguridad, interrogante que necesariamente debe estar referido al hecho del autor y no a los hechos producto del azar o a las imposiciones legales (peligrosidad).

d. *Proporcionalidad de las consecuencias jurídicas.* Una de las funciones político-criminales más importantes del principio de culpabilidad consiste en impedir que por razones de prevención (general o especial) se abuse de las sanciones penales. Como lo expresa ROXIN (1981, pág. 47), "el principio de culpabilidad obliga a limitar la duración del tratamiento, independientemente de su resultado, conforme a la escasa importancia del delito, preservando la autonomía individual de los excesos de la intervención estatal". Este criterio de proporcionalidad, como se dijo, es complementado con otros de igual naturaleza, provenientes del injusto. De ahí que el art. 61 del C. P. tenga en cuenta para la graduación de la pena tanto la "modalidad y gravedad del hecho" como el "grado de culpabilidad", lo cual, como veremos, también es aplicable a las medidas de seguridad. Entonces, en ningún caso la pretensión de "resocializar" o "curar" al sujeto (C. P., art. 12) puede conducir a la aplicación de penas o medidas indeterminadas (cfr. en igual sentido, SANDOVAL, 1985b, pág. 157), pues ambas están limitadas en su duración por el principio de legalidad, el injusto y el principio de culpabilidad.

e. *Límites de criminalización.* Ahora bien, además de los principios antes mencionados, el legislador ha consagrado unos límites *materiales* de criminalización, que él llama "causales de inculpabilidad" (C. P., art. 40), en los cuales reconoce una serie de situaciones que por razones de justicia, propias del derecho penal de un Estado de Derecho, y por ende respetuoso de la dignidad humana, excluyen la responsabilidad del sujeto. De ahí que en el análisis de estas "causas de inculpabilidad" se parta precisamente del hombre en sociedad (cfr. sobre el tema, BUSTOS, 1984a, pág. 373), es decir, teniendo en cuenta los conflictos sociales e individuales del hombre concreto y sus vivencias, conforme a las cuales solo puede responder frente a las normas que le señala su propia cultura, pues solo ellas forman parte de su conciencia (cfr. BUSTOS, 1982, págs. 90 a 95; 1984b, pág. 173). Respetar esos valores propios del individuo y tener en cuenta sus conflictos, es un límite que no puede sobrepasar el Estado en su afán por proteger las relaciones sociales, y que en nuestro ordenamiento penal han de tratarse como casos de no exigibilidad de otra conducta¹⁷, la cual es ubicable dentro de la expresión "insuperable coacción ajena" que emplea el numeral 3 del art. 40 del C. P.

¹⁷ Al respecto expresa BARATTA (1985, pág. 17): "El principio de exigibilidad social de comportamiento alternativo indica la exigencia de una redefinición del concepto de culpabilidad y la construcción

En definitiva, pues, en estos casos no se trata de hacer ningún juicio sobre el sujeto, sino de entender, como dice BUSTOS (1984b, pág. 173), “*que hay un sujeto con una determinada capacidad de respuesta, conforme a su conciencia social, (que sufre de la historia social de su pueblo, de sus luchas, de sus conflictos)*”. Se debe, entonces, mirar al hombre concreto en su relación social concreta y, de acuerdo con ello, concluir si al individuo le sería exigible un comportamiento social diferente¹⁸, atendiendo siempre a los distintos roles que el sujeto cumple en su ámbito social y teniendo en cuenta, además, el *status social* de la persona, pues, como dice BARATTA (1985, pág. 18), “son los pobres y no los ricos los que disponen, en general, de un espacio de alternativas más estrecho”¹⁹.

3. *Penas y medidas de seguridad*. Ya hemos visto cuál es el concepto de culpabilidad que a nuestro juicio utiliza el Código Penal. Se hace necesario ahora plantear algunas inquietudes en relación con las penas y medidas de seguridad.

Como hemos visto, en el sistema de sanciones vigente en Colombia, penas y medidas se basan en el mismo presupuesto (la conducta típica y antijurídica de un autor culpable) y ambas, como lo veremos a continuación, están orientadas hacia el tratamiento resocializador. Para ello se tiene en cuenta el sujeto a quien se le aplicará la sanción: si ha sido declarado imputable se le aplica una pena, y si es inimputable, una medida de seguridad. Para llegar a esta propuesta nos basamos en los siguientes argumentos:

a. *Los alcances de la expresión “punible”*. La expresión “punible” se refiere a la posibilidad de aplicar penas o medidas de seguridad, como se desprende de la lectura de los arts. 1º y 21 del C. P., que emplean la palabra “condenado” para referirse a la persona que debe ser sometida a pena o a medida de seguridad²⁰.

de dos series de criterios para su establecimiento judicial: a) criterios para la evaluación del espacio de alternativas de conducta a disposición del sujeto; b) criterios para la evaluación de los casos de no exigibilidad social del comportamiento conforme a la ley (estado de necesidad y otros eximentes) que tengan en cuenta los distintos roles que el sujeto incorpore en el contexto institucional y social”.

¹⁸ Entender así la culpabilidad implica aceptar la libertad del hombre, pero no de manera absoluta y metafísica, como lo hacen los defensores del libre albedrío, sino más bien referida a lo que BUSTOS llama *capacidad de respuesta*: “su capacidad de responder no es de carácter abstracto ni metafísico, sino en razón de la conciencia concreta dentro de una relación social concreta” (1984a, pág. 376). Entendido de esta manera, el actuar del sujeto no puede dar lugar a ningún reproche, pues no se trata de probar si el individuo pudo actuar de otro modo, sino de establecer, atendiendo las circunstancias personales y sociales concretas del sujeto, si *socialmente* le era exigible un comportamiento diferente; por esta razón, en el proceso penal podrán demostrarse las limitaciones o impedimentos de esa posibilidad.

¹⁹ Para abrir todo este campo de posibilidades en materia de culpabilidad es necesario, en nuestro medio, no solo comenzar a darles un alcance más amplio a las “causales de inculpabilidad”, sino también, especialmente, procurar que las causales de atenuación del art. 64 realmente atenúen, es decir, que con base en ellas se pueda rebajar una pena inclusive por debajo del mínimo, atendiendo el grado de exigibilidad social o capacidad de respuesta del individuo.

²⁰ A su vez, el Código de Procedimiento Penal vigente (decreto 409 de 1971), se refiere en el título 1, libro cuarto, a la “ejecución de las sanciones”. Cosa parecida establecía el fallido Código

Además, lo que realmente determina un concepto es su contenido real y no la simple finalidad que quiera asignársele, ni la ubicación que se le haya dado dentro del sistema, y mucho menos la denominación legal que se le dé. “De otro modo, como advirtió H. Mayer, podría un Estado totalitario considerar suprimidos los campos de concentración con solo cambiarles el nombre y llamarles sanatorios” (RODRÍGUEZ MOURULLO, 1974, pág. 371). Por esta razón rechazamos las interpretaciones literales que refieren la expresión “punible” exclusivamente a las penas, solo porque el Código Penal trata en títulos diferentes las penas y las medidas de seguridad (así, AGUDELO, 1984, pág. 77; A. V. ARENAS, 1983, pág. 370; ESTRADA, 1986, pág. 363), cuando bien sabemos que los nombres dados por el legislador a los títulos, capítulos y artículos no poseen valor vinculante para el intérprete, pues su función es meramente supletoria, no normativa.

b. *Imputabilidad e inimputabilidad*. Afirmar que los inimputables también actúan con culpabilidad (en el sentido ya visto), significa aceptar que el fenómeno de la imputabilidad no forma parte de la estructura del delito, sino que está por fuera de ella, pues se tiene en cuenta solo para determinar el tipo de sanción que le corresponde al sujeto, atendiendo su carácter de imputable o inimputable. Vale decir, solo en este momento se tiene en cuenta el grado de libertad del sujeto (en el sentido de libertad de voluntad), lo cual es teóricamente correcto dentro de la lógica del Código Penal, pues si la sanción está orientada hacia un tratamiento resocializador (arts. 12, 68 y 94, entre otros) que intente la remoción de los obstáculos que se oponen al desarrollo de la persona, se deben tener en cuenta las circunstancias personales de cada individuo en concreto²¹.

c. *Identidad en los fines*. Aparentemente la ley asigna a las penas y a las medidas de seguridad finalidades diferentes. Así, el art. 12 del Código Penal dice que “la pena tiene función retributiva, preventiva, protectora y resocializadora. Las medidas de seguridad persiguen fines de curación, tutela y rehabilitación”. Tal definición

de Procedimiento Penal de 1981, que en el título 1, libro cuarto, trataba la “Ejecución de penas y medidas de seguridad”. Sin embargo, es el actual *Proyecto de Código de Procedimiento Penal de 1986* el que definitivamente aclara todo el panorama, al establecer en su art. 535 (cap. 1 título 1 sobre “Ejecución de penas y medidas de seguridad”, libro cuarto), lo siguiente:

“Art. 535. Lugar donde debe cumplirse la *sanción*. Recibidas las copias de la sentencia, el gobierno, por medio del director general de prisiones, señalará el establecimiento donde el *condenado* debe cumplir la *sanción*...” (las subrayas no son del texto).

²¹ Lo que se debe criticar, entonces, es que la ley quiera “resocializar” mediante el derecho penal. Como lo ha expresado MUÑOZ CONDE (1985, pág. 333), “si se acepta y se da por buena la frase de DURKHEIM de que «la criminalidad es un elemento integrante de una sociedad sana» y se considera que es esa misma sociedad la que produce y define la criminalidad, ¿qué sentido tiene entonces hablar de resocialización del delincuente en una sociedad que produce ella misma la delincuencia? ¿No habría antes que cambiar la sociedad? Hablar de resocialización del delincuente solo tiene sentido cuando la sociedad en la que se quiere reintegrarlo es una sociedad con un orden social y jurídico justos. Cuando no es este el caso ¿qué sentido tiene hablar de resocialización? ¿No habría que empezar por resocializar a la sociedad?”.

requiere una interpretación integral, de acuerdo con las normas que regulan dichas sanciones, pues su simple lectura nada dice precisamente por tratar conjuntamente conceptos que se contradicen.

Descartado el reproche de culpabilidad como fundamento de la pena, debe desaparecer por tanto cualquier concepción absoluta de la misma. Si la retribución se basa en el reproche y este supone la libertad e igualdad de todos los hombres, y dichas libertad e igualdad naturales no existen, tampoco podrá existir la retribución. Por esta razón se ha dicho que la teoría de la retribución es científicamente insostenible y político-criminalmente resulta perjudicial (ROXIN, 1976, págs. 12 a 15; 1981, págs. 43 a 46). Por tanto, ni penas ni medidas de seguridad tienen una función retributiva. Tal expresión, en consecuencia, deberá entenderse únicamente como garantía de que la pena o medida no sobrepasará el grado de exigibilidad (C. P., art. 61).

Tanto la pena como las medidas son mecanismos empleados por el Estado para proteger los bienes jurídicos tutelados por él, y en este sentido ambas cumplen una función preventiva. Por ello, cuando el art. 12 del C. P. habla de las funciones de "protección" y "tutela", entendemos que se refiere a la prevención general, pues el derecho penal solo puede proteger o tutelar bienes jurídicos.

La finalidad de la imposición de la sanción no es otra que la resocialización o rehabilitación del sujeto. Así lo expresan normas superiores, tales como el num. 3 del art. 10 del "Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos" de la O.N.U. aprobado mediante la ley 74 de 1968: "El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados", y el num. 6 del art. 5º de la ley 16 de 1972 (aprobatoria de la "Convención Americana sobre Derechos Humanos"): "Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados"²². Ahora, ¿qué hacer con la finalidad de "curación" que la ley les asigna a las medidas de seguridad? Pues bien, si con la imposición de una medida se persigue la rehabilitación del sujeto y en este se presenta una "anomalía síquica" que lo impide, lógico es suponer que con el "tratamiento terapéutico" del caso se intente remover

²² Si la simple idea de resocialización es por sí misma "sospechosa" (véase la nota anterior), mucho más lo es que ella se pretenda mediante el "tratamiento penitenciario" o la internación en "establecimiento psiquiátrico o clínica adecuada", pues, como dice MUÑOZ CONDE (1985, págs. 335-336), "es, desde luego, muy difícil educar para la libertad en condiciones de no libertad. Y ello por varias razones. En primer lugar, por las condiciones de vida existentes en una prisión. En segundo lugar, por los peligros que para los derechos fundamentales tiene la imposición más o menos encubierta, de un tratamiento. Y en tercer lugar por la falta de los medios e instalaciones adecuadas y del personal capacitado para llevar a cabo un tratamiento mínimamente eficaz". BASAGLIA, por su parte, se ha encargado de poner las cosas en su sitio (1980, págs. 49-50), al aclarar que "quien atraviesa la puerta de la cárcel, de la penitenciaría, del manicomio criminal, entra en un mundo donde todo *actúa prácticamente* para destruirlo, también si ha sido formalmente creado para salvarlo". Las palabras de este autor cobran especial vigencia en nuestro medio, si tenemos en cuenta que los "anexos psiquiátricos y cárceles colombianas son lugares en los que ni siquiera se tiene el más mínimo respeto por los derechos y dignidad del hombre" (cfr. al respecto, ESCOBAR MEJÍA, 1982, págs. 549 y ss.; LONDOÑO BERRÍO-ESCOBAR MEJÍA, 1985, págs. 81 y ss.; ARENAS SALAZAR, 1985, págs. 498 y ss.; SANDOVAL, 1984, págs. 295 y ss.).

o "curar" dicha anomalía, más cuando en Colombia las medidas solo se aplican a las personas cuya incapacidad de comprensión o de determinación tiene origen en un "trastorno mental" o en una "inmadurez psicológica"²³.

d. *Identidad en la ejecución real.* Un último aspecto que demuestra la identidad total de las reacciones penales, lo constituye la ejecución real de estas. En verdad, pese a que teóricamente pueden deslindarse las penas de las medidas como formas de tratamiento orientadas a la resocialización del delincuente, en la práctica su ejecución se hace con exclusivo afán retributivo y, más que eso, muchas veces se presentan como pena-venganza y medida-venganza o pura expiación, no solo en relación con el individuo que la sufre directamente sino también respecto de su grupo social más cercano, lo cual no es más que una manera burda de expresar las relaciones de dominación existentes en nuestra sociedad, y que la cárcel y el manicomio ayudan en gran medida a reproducir (cfr. SANDOVAL, 1982, págs. 55 y ss.; BASAGLIA, 1981, págs. 43 y ss.; BARATTA, 1986b, págs. 184 y ss., 193 y ss.).

e. *La determinación de las sanciones.* Como conclusión de todo lo anterior, tanto las penas como las medidas están delimitadas en el tiempo pues, como vimos, el Código se acomoda a la teoría de ROXIN en el sentido de conservar el principio de culpabilidad únicamente como garantía que impida que los intereses preventivos (generales o especiales) conduzcan a la aplicación de penas y medidas desproporcionadas o indeterminadas; por ello mismo la ley no consagra otra norma especial para determinar las medidas. Por tanto, también en relación con ellas se tendrá en cuenta "la gravedad y modalidad del hecho punible, el grado de culpabilidad, las circunstancias de atenuación o agravación y la personalidad del agente" (C. P., art. 61)²⁴.

Entonces, la medida de seguridad no puede sobrepasar en su duración la pena que le habría correspondido al sujeto ni hubiera sido declarado imputable, como

²³ Si alguna duda existiera sobre la identidad entre los fines de la pena y los de las medidas de seguridad, repárese en los siguientes arts. del C. P.:

"Art. 56.—*Suspensión de pena por enfermedad mental.* Si pronunciada la sentencia, sobreviniere al condenado enfermedad mental, se suspenderá la ejecución de la pena privativa de la libertad y se le enviará a establecimiento especial, anexo psiquiátrico o clínica adecuada.

"Cuando el condenado recobraré la salud, continuará cumpliendo la pena en el lugar respectivo, debiéndose descontar el tiempo que hubiere permanecido en cualquiera de los establecimientos a que se refiere el inciso anterior, como parte cumplida de la pena" (subrayas nuestras).

Por su parte, el art. 102 dispone: "*Cómputo de la detención preventiva.* El tiempo de la detención preventiva se computará como parte cumplida del mínimo previsto en estas disposiciones, si la persona ha estado sometida al tratamiento o régimen especial que le corresponda".

Este último artículo ha comenzado a ser interpretado de manera amplia por nuestros tribunales, en el sentido de considerar la detención preventiva del inimputable como parte cumplida del mínimo de internamiento exigido por la ley, así ella no se hubiera efectuado en el lugar adecuado (cfr. HERNÁNDEZ ESQUIVEL, 1985, pág. 569).

²⁴ En este sentido, el término "personalidad", deberá entenderse referido no solo al respeto a la dignidad humana al momento de imponer la sanción, es decir, como límite de la misma que impide la utilización del sujeto para fines diferentes a los del ser humano, sino también a la clase de sanción correspondiente, atendiendo si el sujeto es imputable o inimputable.

dicen SANDOVAL (1985b, pág. 157) y AGUILAR (1985, pág. 515), pues ella se mide con base en los mismos criterios de medición de la pena, aunque deberá tenerse en cuenta que el mínimo de la medida —por criticables razones preventivas que el legislador tuvo en cuenta— no podrá ser inferior a dos años si se trata de una persona con “trastorno mental permanente”; un año si el “trastorno” fue transitorio y ha dejado secuelas, y seis meses si se trata de un “inmaduro psicológico”.

Al dictar sentencia importa también tener en cuenta el criterio de necesidad de la pena o la medida de seguridad (sobre el mismo, cfr. GIMBERNAT, 1983, págs. 18 y ss.), pues si bien la ley presume que quien comete un delito necesita tratamiento²⁵, en el análisis de algún caso concreto se puede llegar a la conclusión de que dicha medida o pena no se requiere, bien porque la conducta no merezca ser reprimida, o bien porque el sujeto esté “curado” o “rehabilitado”. En casos como este se debe prescindir de la aplicación de la pena o medida, o aplicar ampliamente los subrogados penales y la libertad vigilada; esta última inclusive sin necesidad de esperar a que transcurra el tiempo mínimo exigido por la ley, cuando ello sea lo adecuado como “tratamiento resocializador”.

IV. CONCLUSIONES

A. Como se ha podido apreciar, todas nuestras objeciones a los autores citados (con la excepción de SANDOVAL) conducen solo a una: la falta de garantías y la desprotección en la que históricamente han enmarcado el tema de las medidas de seguridad y el de los inimputables en general. Los inimputables, de esta forma, han sido doblemente reprimidos: de una parte, por una sociedad que tiene como base la injusticia, una de cuyas formas consiste en no aceptar la diversidad social, cultural o política; de otra, por el derecho penal o, mejor dicho, por el “penalista”, que los ha marginado, pues la mayor garantía que les ha ofrecido ha sido la de etiquetarlos como “peligrosos”. Por ello, la alternativa real es un *no* a la existencia de medidas de seguridad, pero mientras subsistan, estamos en el deber de luchar por limitar al máximo su aplicación.

B. La peligrosidad social o criminal no encuentra cabida en el derecho penal de un Estado de Derecho. Ella encontró su justificación con el nacimiento del Estado intervencionista (véase *infra*, II-A), pero no puede legitimarse en un Estado de Derecho que tienda hacia su democratización (cfr. DÍAZ, 1983, págs. 111 y ss.), si como tal, es respetuoso de la dignidad humana. Un Estado que reconoce la vida como bien supremo y al hombre como elemento principal²⁶, no puede ta-

²⁵ De todas maneras el criterio de necesidad es importante, en cuanto a la *no-necesidad* de medida o tratamiento como correctivo imprescindible en relación con el mínimo de internamiento que exige la ley (cfr. MEJÍA ESCOBAR, 1984, pág. 428). Pero no puede sostenerse que sea la *necesidad* la que fundamenta las medidas de seguridad, pues es un criterio abstracto e inmanejable que no limita la duración de la medida, tornándose inclusive más peligroso que la peligrosidad, pues habrá casos en los cuales la medida podrá seguir siendo considerada necesaria, así el sujeto haya dejado de ser peligroso.

²⁶ Así lo establecen además las leyes 74 de 1968 (aprobatoria del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Nueva York, 1966) y 16 de 1972 (aprobatoria de la Convención

Americana sobre Derechos Humanos, San José, 1969), normas a las cuales debemos recurrir siempre, pues, como lo ha señalado FERNÁNDEZ (1986, pág. 271), “la verdad jurídico-penal solo puede alcanzarse integrándola a la lógica material de las valoraciones político-criminales que están en juego en los derechos humanos, las garantías constitucionales y legales y los ideales de legitimidad, racionalidad (proporcionalidad, claridad, igualdad, seguridad), libertad y justicia del Estado de Derecho social y democrático”.

C. La peligrosidad solo puede sostenerse mediante un acto de fe: “solo esta peligrosidad criminal puede justificar la imposición de una medida...” (MUÑOZ CONDE, 1983, pág. 29, subrayas fuera de texto); “...no creemos posible la renuncia a la idea de peligrosidad como co-fundamento y objetivo terapéutico estricto de las medidas de seguridad” (FERNÁNDEZ, 1982a, pág. 381, subrayas fuera de texto); “Descartada la finalidad retributiva de las medidas de seguridad no veo qué otro fundamento puedan tener ellas distinto de la necesidad de protección de la sociedad frente a la peligrosidad del sujeto” (AGUDELO, 1984, pág. 40, subrayas fuera de texto). Sin embargo, esa peligrosidad nunca podrá demostrarse, pues el pronóstico en el sentido de que una persona realizará un delito en el futuro no puede tener ninguna base real. En última instancia lo que se tiene en cuenta es el *status social* del sujeto, pues como lo ha puesto de presente la nueva criminología, “la criminalidad es un ‘bien negativo’ distribuido desigualmente según la jerarquía de intereses establecidos por el sistema socioeconómico y según las diferencias sociales entre los hombres” (BARATTA, 1979, pág. 46). Así, un “loco” miserable, de esos que vemos diariamente deambulando por nuestras ciudades, sucio y harapiento, durmiendo debajo de los puentes y alimentándose con basuras, tendrá mayores posibilidades de cometer “delitos” que un “loco” adinerado que vive con todas las comodidades del caso.

Si los autores no le encuentran un fundamento diferente a la peligrosidad para justificar la existencia de las medidas de seguridad, ello nos demuestra precisamente que no tienen justificación o fundamento alguno. Por eso, al basarlas en un concepto indemostrable e ideológico (en el sentido de falsa realidad), se pueden sostener únicamente mediante simples *actos de fe*.

D. En el Código Penal colombiano se ha adoptado un sistema *sui generis* de reacciones penales, diferente del de los sistemas tradicionales vigentes en Europa y en nuestro continente. Así, en Colombia las medidas de seguridad *solo* son aplicables a las personas que han sido declaradas inimputables, nunca a los imputables, a quienes solo se les puede aplicar penas. Esto hace que el sistema colombiano se diferencie notablemente del sistema tradicional, en el cual, a un imputable considerado como peligroso se le puede *adicionalmente* aplicar medida de seguridad. Por esta razón los autores no encuentran ningún otro fundamento diferente al de la peligrosidad para justificar las medidas de seguridad. Igual cosa sucede en relación con los inimputables, quienes, a diferencia de lo que sucede en nuestro país, general-

mente no son considerados penalmente responsables. En Colombia, insistimos, la cuestión se presenta totalmente diferente por cuanto los inimputables son penalmente responsables, y las sanciones en ningún caso son acumulables. No podemos por ello, acoger ciegamente la doctrina extranjera en esta materia, pues obedece a una realidad sociopolítica y normativa diferente. Así las cosas, no se ve ningún impedimento para sostener que en Colombia los inimputables también deben actuar con culpabilidad y, por tanto, que las medidas no pueden ser indeterminadas en cuanto a su duración.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUDELO BETANCUR, Nódier (1982): *Los inimputables frente a las causales de justificación e inculpabilidad*, Bogotá, Temis.
- (1984): *Inimputabilidad y responsabilidad penal*, Bogotá, Temis.
- AGUILAR LEÓN, Pedro Enrique (1985): “Suspensión de la medida de seguridad de internamiento en manicomio criminal, a pesar de subsistir la enfermedad”, providencia del Juzgado Segundo Penal Municipal de Bogotá, en *Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle*, núm. 13, Medellín, Lealón.
- ARENAS, Antonio Vicente (1985): *Comentarios al Código Penal colombiano*, t. 1, Bogotá, Temis.
- ARENAS SALAZAR, Jorge (1985): “El anexo siquiátrico de la Picota: ¿una vergüenza nacional!”, en *Nuevo Foro Penal*, núm. 30, Bogotá, Temis, págs. 498 a 518.
- BACIGALUPO, Enrique (1984): *Manual de derecho penal*, Bogotá, Temis-Ilanud.
- BARATTA, Alessandro (1979): “Criminología crítica y política criminal alternativa”, en *Derecho Penal y Criminología*, núm. 5, Bogotá, Librería del Profesional,” págs. 41 a 56.
- (1985): “Requisitos mínimos del respeto de los derechos humanos en la ley penal”, Mecnografiado, Ponencia en Congreso de criminología crítica. Managua.
- (1986b): *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, México, Siglo XXI.
- BASAGLIA, Franco (1980): “Violencia en la marginalidad: el hombre en la picota”, en *Derecho Penal y Criminología*, núm. 11, Bogotá, Librería del Profesional, págs. 43 a 66.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan (1982): “La imputabilidad en un Estado de Derecho”, en *Bases críticas de un nuevo derecho penal*, Bogotá, Temis, págs. 87 a 114.
- (1983): “Estado y control: la ideología del control y el control de la ideología”, en *El pensamiento criminológico*, t. II, Bogotá, Temis, págs. 11 a 35.
- (1984a): *Manual de derecho penal español*, Barcelona, Ariel.
- (1984b): “Criminología crítica y derecho penal latinoamericano”, en *Criminología Crítica. I Seminario*, Medellín, Universidad de Medellín, págs. 163 a 176.
- CÓRDOBA RODA, Juan (1977): *Culpabilidad y pena*, Barcelona, Bosch.
- DÍAZ, Elías (1983): *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Madrid, Taurus.

- ESCOBAR MEJÍA, J. Guillermo (1982): “Súplica por los locos”, en *Nuevo Foro Penal*, núm. 13, Bogotá, Temis, págs. 549 a 565.
- ESTRADA VÉLEZ, Federico (1986): *Derecho penal. Parte general*, Bogotá, Temis.
- FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan (1982a): *Derecho penal fundamental*, Bogotá, Temis.
- (1982b): “Hacia una dogmática penal sin culpabilidad”, en *Nuevo Foro Penal*, núm. 16, Bogotá, Temis, págs. 954 a 970.
- (1984): “Medidas de seguridad para enfermo mental permanente”, providencia del Tribunal Superior de Medellín, en *Nuevo Foro Penal*, núm. 25, Bogotá, Temis, págs. 425 y 426.
- (1986): “¿Es la justicia extraña a la lógica del derecho penal?”, en *Poder y Control*, núm. 0, Barcelona, Promociones Publicaciones Universitarias, págs. 267 a 288.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique (1983): *¿Tiene futuro la dogmática jurídico penal?*, Bogotá, Temis, págs. 1 a 45.
- GONZÁLEZ AMADO, Iván (1985/86): Algunas inquietudes sobre el fenómeno de la imputabilidad, en *Derecho Penal y Criminología*, núms. 27/28, Bogotá, Librería del Profesional, págs. 83 a 92.
- HASSEMER, Winfried (1983): “¿Alternativas al principio de culpabilidad?”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 18, Madrid Edersa, págs. 473 a 482.
- HERNÁNDEZ ESQUIVEL, Alberto (1985). “Medidas de seguridad, duración mínima”, providencia del Tribunal Superior de Bogotá, en *Derecho Penal y Criminología*, núm. 26, Bogotá, Librería del Profesional, págs. 267 a 270.
- JORGE BARREIRO, Agustín (1976): *Las medidas de seguridad en el derecho español*, Madrid, Civitas.
- LONDOÑO BERRÍO, Hernando León y ESCOBAR MEJÍA, J. Guillermo (1985): “El tratamiento penitenciario (C. P., art. 68) desde la perspectiva criminológica y político criminal”, en *Nuevo Foro Penal*, núm. 27, Bogotá, Temis, págs. 81 a 93.
- MAURACH, Reinhardt (1962): *Tratado de derecho penal*, t. II, Barcelona, Ariel.
- MEJÍA ESCOBAR, Carlos (1984): “El criterio de necesidad como base para aplicar la medida de seguridad”, providencia del Juzgado Sexto Superior de Medellín, en *Nuevo Foro Penal*, núm. 25, Bogotá, Temis, págs. 427 a 429.
- MUÑOZ CONDE, Francisco (1983): “Monismo y dualismo en el derecho penal español y colombiano”, en *Derecho Penal y Criminología*, núm. 19, Bogotá, Librería del Profesional págs. 15 a 32.
- (1985): “La prisión como problema: resocialización versus disocialización”, en *Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle*, núm. 13, Medellín, Lealón, págs. 329 a 346.
- PÉREZ, Luis Carlos (1982): *Derecho penal. Partes general y especial*, t. II, Bogotá, Temis.
- REYES ECHANDÍA, Alfonso (1986): *Derecho penal. Parte general*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo (1974): “Medidas de seguridad y Estado de Derecho”, en *Peligrosidad social y medidas de seguridad*, Valencia, Universidad de Valencia, págs. 344 a 372.

- ROXIN, Claus (1973): "Sentido y límites de la pena estatal", en *Problemas básicos del derecho penal*, Madrid, Reus, págs. 11 a 36.
- (1981): "Reflexiones político-criminales sobre el principio de culpabilidad", en *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*, Madrid, Reus, págs. 41 a 56.
- SANDOVAL HUERTAS, Emiro (1982): "Las funciones no declaradas de la privación de la libertad", en *Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle*, núm. 4 Cali.
- (1984): "La región más oscura y transparente del poder estatal: a propósito de la regulación disciplinaria para las cárceles colombianas", en *Nuevo Foro Penal*, núm. 25, Bogotá, Temis, págs. 295 a 311.
- (1985a): *Sistema penal y criminología crítica*, Bogotá, Temis.
- (1985b): "Comentario bibliográfico" ("Inimputabilidad y Responsabilidad Penal"), en *Derecho Penal y Criminología*, núm. 25; Bogotá, Librería del Profesional, págs. 153 a 158.
- SZASZ, Thomas (1977): "¿A quién sirve la psiquiatría?", en *Los crímenes de la paz*, México, Siglo XXI, págs. 308 a 320.
- VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando (1983a): "Consideraciones sobre los principios rectores de la ley penal colombiana", en *Nuevo Foro Penal*, núm. 21, Bogotá, Temis, págs. 609 a 635.
- (1983b): "La imputabilidad jurídico-penal: un fenómeno en crisis", en *Nuevo Foro Penal*, núm. 22, Bogotá, Temis, págs. 711 a 731.
- (1985/86): "El principio de determinación del hecho punible", *Derecho Penal y Criminología*, núms. 27/28, Bogotá, Librería del Profesional, págs. 135 a 152.
- WELZEL, Hans (1976): *Derecho penal alemán*, Santiago, Jurídica de Chile.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl (1982): *Tratado de derecho penal*, Parte general, t. IV, Buenos Aires, Ediar.

SECCIÓN DE CRIMINOLOGÍA