

PROBLEMAS PRÁCTICOS DEL TRASTORNO MENTAL TRANSITORIO: RECONOCIMIENTO POR EL JURADO DE CONCIENCIA Y POR EL JUEZ DE DERECHO

Dr. NÓDIER AGUDELO BETANCUR*

I. Introducción

En este trabajo no pretendo abordar todos los problemas prácticos que suscita el trastorno mental transitorio como causal de inimputabilidad en el Código Penal colombiano, sino algunos de los que más dificultades han generado en nuestra práctica. Son ellos el de las facultades al jurado para reconocerlo y el de la oportunidad procesal para ser admitido por el juez de derecho. Advierto que los dos asuntos son bastante difíciles y que el presente escrito solo pretende aportar algunos elementos más a la discusión que tales temas han despertado en nuestro medio, con el ánimo de contribuir a la clarificación de ideas, pero sin ninguna pretensión de dogmatizar sobre tan delicados asuntos.

II. Facultades del jurado para pronunciarse sobre el trastorno mental transitorio

La jurisprudencia actual de nuestra Corte Suprema de Justicia sostiene que el jurado de conciencia no tiene competencia para pronunciarse sobre la inimputabilidad del sujeto. Es en este contexto más amplio en el que debe ubicarse la discusión para una mejor comprensión del problema. Pues bien, con todo el respeto que me merece tal corporación, creo que esta tesis es equivocada y trataré de demostrarlo.

A) *Antecedentes de la cuestión.* El art. 1º del decreto 3347 de 1950 dispuso la supresión del jurado de conciencia "...en todos los casos en que el agente haya cometido el delito en estado de enajenación mental, o padeciere de alguna grave anomalía psíquica"; el art. 29 de la ley 4ª de 1943, dijo: "Los jueces deberán contestar cada uno de los siguientes cuestionarios con un *Sí* o con un *No*; pero si juzgaren que el hecho se ha cometido bajo circunstancias diversas de las expresadas en el respectivo cuestionario, podrán expresarlo así brevemente en la contestación". En la actualidad, la cuestión regulada por el decreto 409 de 1971, actual Código de Procedimiento Penal, en sus arts. 34 y 35.

* Profesor de Derecho Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia.

Respecto a la competencia del jurado para pronunciarse sobre la inimputabilidad, se había manifestado la Corte en muchas oportunidades, de manera contradictoria, pues ora reconocía tal facultad, ora la negaba. Sin pretender ser exhaustivo, a manera de ejemplo, transcribo en uno y otro sentido algunas jurisprudencias:

1. Providencia de junio 8 de 1943:

"La aplicación de medidas de seguridad por delitos cometidos en estado de intoxicación crónica, enajenación mental o grave anomalía síquica, requieren que tales estados hayan sido declarados en el auto de proceder y también por el jurado"¹.

2. Providencia de julio 8 de 1966:

"Si de acuerdo con el decreto 3347 de 1950 (art. 1º, ord. 6), la intervención de los jueces de conciencia quedó suprimida «en todos los casos en que el agente haya cometido el hecho en estado de enajenación mental o padeciere de grave anomalía psíquica», es obvio que esa particular situación mental del acusado debe ser materia del juzgador en derecho, quien, con fundamento en la prueba pericial correspondiente, determinará la forma de seguir en juicio, al calificar el mérito del sumario"².

3. Auto de marzo 16 de 1967:

"Claro está que por virtud del decreto 3347 de 1950, aceptado uno de estos estados en el auto de proceder, no hay lugar a la reunión del jurado. Pero no admitida tal situación en aquella pieza, y sostenida, en cambio, en la audiencia pública por la defensa, sería indispensable que el juez de derecho la reconociera, que de la misma suerte la hubiera reconocido el juez de hecho"³.

B) *La actual jurisprudencia.* La decisión de mayor trascendencia en los últimos tiempos, y a partir de la cual se ha planteado el problema, es la casación de octubre 14 de 1980. Las razones se exponen en seguida literando los párrafos con el fin de facilitar la remisión de ellos a la discusión:

"El art. 535 del C. de P. P. autoriza a los jurados para agregar a su respuesta afirmativa de la responsabilidad del procesado «circunstancias diversas a las expresadas en el respectivo cuestionario»; ¿La adición hecha por el jurado en el caso *sub judice* constituirá una de tales circunstancias?

"Véamoslo:

"A. *Lato sensu* entiéndese por circunstancia cualquier accidente de modo, tiempo o lugar que está unido a la sustancia de algún hecho; en el plano jurídico penal es circunstancia aquel aspecto modal, temporal, espacial o personal que contribuya a la descripción de un tipo legal; si él se integra a la conducta legalmente descrita, dará lugar a un tipo circunstanciado de naturaleza básica o especial, como las maniobras engañosas

¹ *Gaceta Judicial*, t. LVI, pág. 363.

² *Gaceta Judicial*, t. CXVIII, núm. 2282, pág. 358.

³ *Revista Temas de Derecho Penal Colombiano*, núm. 4, Medellín, Editorial Salesiana, 1969, pág. 57.

en la estafa o la violación en la violación sexual; y si se menciona separadamente para atenuar o agravar la sanción imponible, no afecta la estructura del tipo al cual se refiere, solo tendrá efectos punitivos y conforma figuras accesorias o subordinadas porque carecen de vida jurídica autónoma. En este sentido, las circunstancias pueden ser agravantes o atenuantes, genéricas o específicas; las primeras acarrearán aumento en la dosimetría punitiva; las segundas, disminución de la misma; las terceras están previstas en la parte general del Código y se predicán, por lo mismo, de aquellas figuras de la parte especial con las que sean compatibles (tales las señaladas en los arts. 37 y 38 del C. P. de 1936, y 64 y 65 del C. P. de 1980); y las últimas aparecen en la parte especial del Código y afectan exclusivamente al tipo penal al cual se refieren, como las que enuncia el art. 363 como formas agravadas de homicidio (art. 324 del C. P. de 1980).

"B. Ahora bien, como las circunstancias genéricas de agravación o atenuación de la pena solo pueden ser deducidas por el juez de derecho conforme a lo dispuesto por el art. 534 del C. de P. P., aquellas a las que se refiere el art. 535 *ibidem* y que el jurado tiene la facultad de reconocer cuando no se mencionan en el cuestionario, son las específicas —atenuantes o agravantes— aunque se hallen reiteradas como genéricas, y las que se integran a elementos del tipo —*lato sensu* entendido— por el cual se llamó a juicio.

"C. Si observamos la adición hecha por el jurado en su respuesta, se hallará que ella se refiere al reconocimiento de grave anomalía síquica en los procesados al momento de cometer el homicidio por el que fueron llamados a responder y se encontrará, igualmente, que tal fenómeno aparece en el art. 29 del C. P. como factor de inimputabilidad.

"D. Sin entrar en disquisiciones sobre el sitio que ha de ocupar la inimputabilidad dentro de la estructura del delito, pero considerándola como capacidad de comprensión de la antijuridicidad de la propia conducta y de autodeterminación con fundamento en dicha comprensión y reconociendo, consecuentemente, que es inimputable la persona que habiendo realizado comportamiento típico y antijurídico no es capaz de comprender su ilicitud o de determinarse conforme a tal comprensión por causas jurídicas reconocidas, síguese que este fenómeno es por tal modo trascendental en la teoría del delito que sin él no es posible predicar culpabilidad en el agente y que, por lo mismo, constituyen aspecto esencial del hecho punible, no se le puede tener como mera circunstancia.

"E. El recurrente fundamenta esta parte de su alegato sobre el supuesto de que el jurado sí tiene facultad para pronunciarse sobre la inimputabilidad del procesado; pero olvida que el art. 1° del decreto 3347 de 1950 y que el actual estatuto, como ya se indicó, no le permite tal pronunciamiento. Así lo reconoció esta corporación en providencia del 8 de julio de 1966 ('G. J.', t. CXVII, núm. 2282, pág. 358), en la que se expuso:

"«Si de acuerdo con el decreto 3347 de 1950 (art. 1°, ord. 6°), la intervención de los jueces de conciencia quedó suprimida 'en todos los casos en que el agente haya cometido el hecho en estado de enajenación mental o padeciere de grave anomalía síquica', es obvio que esa particular situación mental del acusado debe ser materia del juzgador en derecho, quien, con fundamento en la prueba pericial correspondiente, determinará la forma de seguir el juicio, al calificar el mérito del sumario.

"»Pero una cosa es que la ley diga que si se halla comprobada una situación del art. 29 al momento de calificar el juez no debe llamar a audiencia ante jurado, y otra cosa es decir que un individuo llamado ante jurado no puede ser ubicado por este dentro del art. 29»"⁴.

No sé si pase por simplista si resumo el pensamiento de la Corte en el siguiente silogismo: según la ley procesal, el jurado, al pronunciarse sobre la responsabilidad

⁴ Casación de octubre 14 de 1980. Ponente, Dr. ALFONSO REYES ECHANDÍA, en *Revista Nuevo Foro Penal*, número 9, Medellín, Editorial Acosta, 1981, págs. 115 a 122.

del procesado, puede agregar otras *circunstancias*; la inimputabilidad, siendo como es trascendental en el fenómeno del delito, no es una circunstancia *ergo*, por lo cual el jurado no puede pronunciarse sobre ella. Aquí la base del discurso está pues en el aspecto de la *circunstancia*.

C) *Crítica a la actual jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*. Me parece que la tesis de que el jurado de conciencia no pueda pronunciarse sobre la inimputabilidad del sujeto con base en un razonamiento fundado a su vez en la dogmática, implica, para su corrección, la demostración previa de que cuando nuestra ley penal, sustantiva o procesal, en su art. 535 se refiere al concepto «*circunstancia*», lo hace en forma técnica, acorde con la disciplina dogmática. Si esto no se hace previamente, temo que el razonamiento, a la postre resulte sofisticado.

En efecto: partamos del origen mismo del concepto *circunstancia*: *circum*, significa círculo; y *stare*, del verbo *sto*, *stare*, estar. *Circunstancia* quiere decir, pues, estar alrededor de, cerca de (por eso se habla de *circunvecino*, expresión aplicada "a los lugares u objetos que se hallan próximos y alrededor de otro"); en fin, como lo dice el Diccionario de la Real Academia, *circunstancia* "es el accidente de tiempo, lugar, modo, etc., que está unido a la sustancia de algún hecho o dicho". Obsérvese la constante idea de estar *cerca de*, *alrededor de*, suponiendo algo *esencial*, *principal* o *sustancial* con respecto a lo cual el *accidente* existe. De esta forma, *circunstancia* es algo considerado *accidental* porque puede o no existir, sin que por ello deje de existir o no existir lo principal, que es la sustancia.

Ahora bien: En relación con el delito, se denomina *elemento estructural* a aquel elemento sustancial, porque decide su existencia, a saber, la conducta, la tipicidad, la antijuridicidad, la inimputabilidad y la culpabilidad (no se discute aquí si la inimputabilidad es un presupuesto o un elemento de la culpabilidad). Digámoslo con un connotado autor, FRANCESCO ANTOLISEI: "circunstancia del delito es, en general, aquello que está en torno al delito. Implicando por su misma índole la idea de accesoriedad, presupone necesariamente lo principal, que está constituido por un delito perfecto en su estructura. Por ello se distingue la *circunstancia* de los elementos esenciales, que son indispensables para la existencia o no, sin que el delito desaparezca en su forma normal, teniendo por ello carácter eventual"⁵. Precisamente, esta *eventualidad*, característica de la *circunstancia*, es destacada por VINCENZO CAVALLLO cuando dice que la *circunstancia* puede llamarse *elemento accesorio*, porque su presencia o ausencia no incide en la existencia del delito⁶.

Desde los anteriores puntos de vista cabe estar de acuerdo con la Corte cuando define la "circunstancia" en el plano juridicopenal, párrafo A, como "aquel aspecto modal, temporal, espacial o personal que *contribuya* a la descripción de un tipo legal". Destaco el vocablo "contribuya", pues aquí se estaría realizando lo accesorio

⁵ FRANCESCO ANTOLISEI, *Manual de derecho penal*, Buenos Aires, Edit Uteha, 1960, pág. 319.

⁶ VINCENZO CAVALLLO, *Diritto penale*, vol. II, Napoli, casa editrice Dott. Eugenio Jovene, págs. 385 y 386. Aquí precisamente afirma: "las dos características de la *circunstancia* son la *accidentalidad* y el valor de aumentar o disminuir la pena" (subrayo).

o eventual, no determinante para la existencia del delito. Estoy de acuerdo, pues, con tal definición. Lo que sí me parece, por lo menos discutible, es otra afirmación hecha en el mismo párrafo en el sentido de que si el aspecto modal, temporal, espacial, o personal “se integra a la conducta legalmente descrita, dará lugar a un tipo circunstanciado de naturaleza básica o especial, como las maniobras engañosas en la estafa o la violencia en la violación sexual”. En realidad, la violencia en relación con la estafa de ninguna manera, son circunstancias, sino elementos estructurales en cada uno de esos delitos; los artificios y la violencia no es que se integren o adhieran a la “conducta legalmente descrita”, sino que constituyen la conducta legalmente descrita: ellos no se adicionan, no están *circum*, al lado, cerca, alrededor, sino que son la conducta legalmente descrita como tal.

Desde luego, tales elementos, artificios y violencia, pueden ser *circunstancias* en relación con otros delitos. Por ejemplo, el hurto puede agravarse, según el numeral 4 del art. 351 del Código Penal cuando se cometiere “por persona disfrazada, o aduciendo calidad supuesta, o simulando autoridad o invocando falsa orden de la misma”, pues al fin y al cabo estos constituyen formas de “maniobras engañosas”, que agravan los tipos de hurto y hurto calificado. Asimismo la violencia, conforme al art. 178, inciso segundo, agrava la fuga de presos. En estas condiciones, los artificios o la violencia son circunstancias que vienen a tener *naturaleza típica*, pues constituyen tipos agravados, pero de ninguna manera puede decirse que ellos sean elementos estructurales. No. Ellos, para decirlo con BAIGÚN, “aparecen como resortes extraños a la *essentialia delicti*, es decir, como rasgos complementarios del *sustractum* de la descripción”⁷. Pero en relación con la estafa o la violación, ni las maniobras engañosas ni la violencia pueden denominarse circunstancias, puesto que son elementos estructurales. Así, si un sujeto es enjuiciado por estafa o por violencia y en la etapa probatoria del juicio se pone en duda la existencia del artificio o de la violencia, ¿qué debe hacerse? No queda otro remedio que absolver, pues falta uno de los *elementos* de la infracción, no puede decirse que esta exista. En cambio, supóngase que el sujeto ha sido enjuiciado por hurto o por fuga de presos y en los respectivos autos de proceder, en la motivación, se ha dado como existente la agravante de haber simulado autoridad en el hurto, o la violencia en la fuga; supóngase que en la etapa probatoria del juicio se desvirtúa o se ponga seriamente en duda la fuerza o el artificio utilizados. ¿Qué debe hacerse? Pues condenar por el *tipo básico* y desechar la agravante. En estas condiciones se confirma lo dicho en el sentido de que la *circunstancia* es aquello que puede existir, que es eventual, que puede darse o no darse, sin afectar la existencia, la estructura del delito del cual se trata. En resumen: si la estafa no se concibe sin “maniobras engañosas”, y si la violación no se concibe sin “violencia”, las maniobras y la violencia son elementos estructurales y no meras *circunstancias*. Por esto me parece desafortunada la afirmación del párrafo A, hecha por la Corte.

⁷ DAVID BAIGÚN, *Naturaleza de las circunstancias agravantes*, Buenos Aires, Ediciones Pannedille, 1971, pág. 33.

Pero no es esto lo esencial para los efectos de este trabajo. Si me he extendido en este punto concreto es para decir que, si en el lenguaje de la Corte existe una imprecisión tal al referirse a un tema técnico, a pesar de que la ponencia fue redactada por quien fuera uno de los máximos exponentes doctrinarios que tenía el país en la técnica dogmática, no veo por qué se le iba a exigir al legislador de 1938, (cuando ni siquiera se soñaba con que alcanzaríamos el nivel de técnica y de rigor analítico bastante aceptable que hoy hemos alcanzado), que cuando mencionara el concepto de *circunstancia* le diera un *contenido* acorde con una técnica que hoy manejamos, mas no en aquella época. Porque de esto se trata precisamente: cuando nuestra ley penal de 1936 aludía a la “circunstancia”, no lo hacía en forma técnica como quiero demostrarlo. En efecto: todos recordamos que en el Código Penal de 1936, el hurto y el robo constituían tipos autónomos a pesar de que doctrinariamente se decía que el robo solo era un hurto con violencia contra las personas o las cosas. Y era dos tipos autónomos por el hecho de que la ley los contemplaba dentro de un mismo título, el XVI, pero en capítulos diferentes: capítulo I, hurto; capítulo II, robo. La violencia era el *elemento estructural* que diferenciaba los tipos básicos de hurto y robo. Pues bien, recuérdese también el art. 22 que decía: “Las *circunstancias materiales* que agraven o atenúen el hecho, *aunque modifiquen la denominación del delito*, solo se tendrán en cuenta para quien, conociéndolas, prestó su concurso”. Ah, entonces en este Código podía haber *circunstancias que modificaban la denominación* del delito, es decir, que influían en su estructura. Pero, entonces, si algo era tan esencial como para lograr esto, era porque *realmente* no eran tales circunstancias aunque así las denominara la ley. Esta usaba indistintamente, aquí, los términos *elemento estructural* y *circunstancia*, error evidente, vistas las cosas desde el ámbito de la técnica dogmática que manejamos, pero que se explica si se tiene en cuenta que por aquél entonces no se había desarrollado todavía el estudio analítico del delito en nuestro medio.

Pero surge este interrogante: si hacia el año 1936 no se utilizaban los términos conformes con una técnica rigurosa dogmática, ¿por qué pensar que el Código de Procedimiento de 1938, o la ley 4^a de 1943, art. 29 (que agregó la parte sobre “circunstancias” que figura en el actual art. 535), sí empleaban las palabras con tal precisión que aún no existía en el medio? ¿Qué autoriza a pensar que cuando en la ley procesal se aludía a las “circunstancias”, ella sí lo hacía acorde con la definición que de estas da la dogmática? Nada, en absoluto. Como no usa tampoco el Código Penal de 1980 la palabra *circunstancia* en forma técnica. Así puede verse en el art. 25, como es fácil demostrarlo.

En efecto: dice el art. 25 al hablar de la “*comunicabilidad de circunstancias*” que “las *circunstancias* personales del autor que agravan la punibilidad y las materiales del hecho se comunicarán al partícipe que las hubiere conocido. Las *personales* que *disminuyan o excluyan* la punibilidad solo se tendrán en cuenta respecto del copartícipe en quien concurran, o del que hubiere actuado determinado por estas mismas circunstancias”. Entonces cabe aquí también la misma observación: si la *circunstancia* es algo eventual que puede existir o no existir, algo accesorio, nunca

puede haber, desde el punto de vista técnico, una *circunstancia* personal que *excluya* la punibilidad. Si *algo* puede hasta llegar a excluir la responsabilidad, ese algo no puede ser accesorio, sino esencial, bien sea como elemento del delito en general, o bien como elemento estructural descrito por un tipo concreto.

Tampoco está empleando nuestra ley sustantiva la palabra *circunstancia* en su acepción tecnicodogmática. Y entonces, repito la argumentación: si en 1980, cuando ya se había alcanzado un buen nivel en la conceptualización de nuestra doctrina, no se hizo esto al redactar el Código Penal, ¿por qué pensar que si lo hacía el legislador de 1943 o el de 1971, para sostener que cuando la ley procesal habla de *circunstancia* se refiere a su significación técnica y que tal expresión no puede contemplar de ninguna manera, alguno de los elementos estructurales del delito como es la imputabilidad, o su aspecto negativo, la inimputabilidad? Es cierto, como lo dice la Corte en el párrafo D, que el fenómeno de la imputabilidad "es tan trascendental en la teoría del delito que sin él no es posible predicar culpabilidad en el agente y que, por lo mismo, constituyendo aspecto esencial del hecho punible, no se le puede tener como mera circunstancia". Es verdad, pues, que la imputabilidad no es una mera circunstancia, pero de allí no se sigue, según lo visto, que el jurado no pueda pronunciarse sobre ella.

Pero hay más, yo pregunto: la falta del propósito de matar de que habla el art. 325, el propósito de perpetrar una lesión personal, por ejemplo. ¿Será una mera circunstancia en el homicidio preterintencional? Claro que no. La intención de dañar es *elemento estructural*, no una mera circunstancia. Y es verdad sabida que muchas veces ante la pregunta formulada al jurado de si un sujeto "obró intencionalmente y con el propósito de matar", se ha respondido: "Si es responsable, pero con propósito de lesionar". Y si el veredicto no es contraevidente se condena por homicidio preterintencional, siempre y cuando que se den los demás requisitos. Y ¿cuándo se ha pretendido decir, con base en el art. 535 del C. de P. P., que el jurado no puede hacer tal pronunciamiento? Nunca, que yo sepa. Y sin embargo, el jurado ha agregado al *sí*, una "circunstancia" que en realidad es un elemento estructural. Y no se ha argumentado en contra como en el caso aquí planteado. Y lo mismo puede decirse de aquellos veredictos en que al *sí*, se hacen otros agregados como culpa, provocación, etc. O cuando al *no*, se agrega, por ejemplo, "porque obró en legítima defensa". Aquí me parece contundente la contraargumentación del salvamento de voto a dicha providencia:

"Nadie niega que el jurado pueda admitir una causal de justificación. Las mismas no pueden tomarse como 'circunstancias del delito', porque si algo evidencia aquella es la desaparición del delito. Mal puede ser circunstancia —aspecto accesorio— lo que tiene la virtud de hacer desaparecer lo principal —el delito—. Entonces, si esta cuestión, que reza con la antijuridicidad misma, es atributo del jurado, no siendo circunstancia ni de agravación ni de atenuación específica, ¿por qué razón no puede serlo la inimputabilidad?"⁸.

⁸ GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ, *Salvamento de Voto*, a la casación de octubre 14 de 1980, en *Revista Nuevo Foro Penal*, número 9, cit., págs. 122 a 127. La cita que hago puede verse en la pág. 126.

Se refiere lo anterior al fundamento de la decisión de la Corte en la palabra "circunstancia". Pero también aduce la corporación la disposición del decreto 3347 de 1950 y el art. 34 del Código de Procedimiento Penal. Empero, aquí bien cabe argumentar también con el salvamento de voto:

"Lo que esa disposición señala y léase cuantas veces se quiera su texto, es que cuando en el sumario está demostrada suficientemente la insanidad mental del procesado, y así lo entiende y determina el juez de derecho, no es dable el juzgamiento por el jurado de conciencia sino disponerlo con prescindencia de este; pero la situación que no se indica allí y que la mayoría pretende advertir, es que ocurre otro tanto cuando, por ejemplo, el juez de derecho desconoce una pericia indicativa de anormalidad, o se inclina por la normalidad síquica del imputado a pesar de los elementos probatorios recogidos en la sumaria o en la etapa de la causa y de las controversias que las mismas han originado antes o durante la audiencia. En estos casos, la comentada norma ya no dice que se excluye o impide un pronunciamiento del jurado de conciencia sobre tal aspecto. Y si no lo dice, ni lo prohíbe expresamente, quiere decir que el jurado está facultado para reconocer una cualquiera de las circunstancias personales del enjuiciado, quedando al juez de derecho admitir la veredicción y aplicar consiguientemente medidas de seguridad, o declarar contraevidente tal veredicto"⁹.

Finalmente, cabe decir con el procesalista HERNANDO LONDOÑO JIMÉNEZ: "No hay lógica alguna cuando el jurado de conciencia pudiendo negar de una manera plena uno de los elementos fundamentales del delito, como es el de la *culpabilidad*, no pudiera negar simplemente el *presupuesto* de la misma, como es la *imputabilidad*. Si puede negar lo más, la culpabilidad, sea en el *dolo*, en la *culpa* o en la *preterintención*, es evidente que puede negar lo menos, el simple *presupuesto*"¹⁰. En el mismo orden de argumentación, *ad majori ad minus*, es decir: si el jurado de conciencia puede pronunciarse sobre la *responsabilidad* del sujeto negándola o afirmándola, ¿qué razón habría para que no se pudiera pronunciar sobre la *clase de sanción* imponible, pues al fin y al cabo a eso equivale la declaratoria de inimputabilidad? Con la tesis de la Corte, en muchos casos, dice LONDOÑO JIMÉNEZ, el auto de proceder se convertiría en el "anuncio judicial de una sentencia condenatoria, previo veredicto en el mismo sentido, cuando como en esa situación de inimputabilidad fuere el único argumento que pudiese esgrimir la defensa en favor del procesado"¹¹. El ataque al derecho de defensa, por cuanto la limita de antemano, es evidente, a mi manera de ver.

Hilvanada a la anterior, podría agregar esta otra idea: la tesis de la Corte puede implicar que un procesado sea sometido a un número indefinido de audiencias ante jurado, bien *hasta su muerte*, o bien hasta cuando se le *condene*. Voy a decir por qué: según la Corte, si el jurado responde: "Si es responsable, pero en trastorno mental permanente, o transitorio con secuelas", en estos dos casos, aunque equivocada la tesis, según mi manera de ver, se dictaría sentencia condenatoria así: se impone la pena, pues el jurado estimó que *sí es responsable*, y lo demás se tiene

⁹ Idem, pág. 125.

¹⁰ HERNANDO LONDOÑO JIMÉNEZ, *De la captura a la excarcelación*, 2ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 1983, pág. 352.

¹¹ Idem, pág. 353.

por no escrito. Pero ¿qué pasa si el jurado responde: “no es responsable, porque obró en un momento de trastorno mental transitorio *sin secuelas*”? Entonces tenemos que, como según la Corte no puede el jurado pronunciarse sobre la segunda parte, lo cual implicaría un pronunciamiento sobre la inimputabilidad, tampoco podría aceptar la primera, pues la primera es consecuencia de la segunda: el sujeto no es responsable, *porque...* ¿Qué se haría entonces? Si absuelve, quiebra la tesis que sostiene; y si condena, lo estaría haciendo con base en un veredicto absolutorio, pues se ha respondido, *no es responsable*. Una Sala del Tribunal Superior de Medellín, frente al caso de un veredicto como el enunciado, dijo que tal veredicto es inexistente¹². Empero, se llega a la misma conclusión: se dispone un nuevo jurado. Y ¿qué pasa si este responde otra vez lo mismo? Sencillamente, ¡habría que convocar un nuevo jurado indefinidamente hasta cuando el procesado “leve anclas para jamás volver...”, o hasta cuando sea condenado! Pienso que la tesis que conduzca a un tan injusto absurdo no puede ser correcta.

En resumen: si el jurado de conciencia quiere reconocer el trastorno mental transitorio de que hablamos, debe responder: “No es responsable, porque el sujeto obró por causa de trastorno mental transitorio *sin secuelas*”.

III. En qué momento procesal se puede declarar la existencia del trastorno mental transitorio

Este punto no resulta menos polémico que el primero, y también él se inserta en discusiones que abarcan ámbitos más amplios como veremos en seguida.

A) *La posición de la doctrina.* La doctrina se ha dividido en este punto. Hay quienes piensan que en el caso del inciso 2º del art. 33 del C. P. se debe llevar el proceso hasta la sentencia y allí hacer su reconocimiento. Así pensaba el profesor ALFONSO REYES ECHANDÍA, para quien el fenómeno allí contemplado es el de una “causal de exclusión de medida asegurativa”¹³ y que es la sentencia el momento procesal para reconocerlo, descartando que pudiera hacerse aplicando el art. 163 del Código de Procedimiento Penal o mediante un sobreseimiento definitivo. Más adelante me referiré a sus argumentos. Por su parte, CÉSAR A. SANDOVAL M. piensa que sí se puede reconocer mediante la cesación de procedimiento ya que el nuevo Código Penal “creó una nueva condición de improseguibilidad de la acción penal”. En forma contundente afirma: “desde el momento mismo en que por los medios probatorios se establezca con absoluta certeza esa forma de alteración sicosomática, es preciso poner fin al proceso ya que la acción penal no puede “proseguirse”. Refiriéndose al caso del trastorno mental *sin secuelas*, señala: “sería desde todo

¹² Auto de mayo 23 de 1984. Ponente, Dr. J. HÉCTOR JIMÉNEZ RODRÍGUEZ, en el proceso número 1038 proveniente del Juzgado 15 Superior de Medellín, seguido a Antonio de Jesús Yepes.

¹³ ALFONSO REYES ECHANDÍA, en *Estudios de Derecho Penal*, Libro Homenaje al profesor Jorge Enrique Gutiérrez Anzola, Bogotá, Colección Pequeño Foro, 1983, págs. 15 a 22. También aparece su pensamiento en su obra *La imputabilidad*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1984, págs. 200 a 206.

todo punto de vista absurdo, antitécnico, por ir contra la economía procesal, y violatorio de principios fundamentales, el continuar una actuación procesal hasta llegar a sentencia con el único y exclusivo fin de hacer una declaración de autoría sin que esta contenga una consecuencia jurídica, permitiéndose el disparate de crear una nueva, simplemente moral, que no está contemplada en el estatuto represivo”; la no aplicación de la medida de seguridad contemplada en el artículo citado implica, en concreto, la desaparición del *ius puniendi* o el derecho de curación que le corresponde y “si este derecho desaparece, por ordenamiento de la misma ley, culmina el ejercicio de la acción penal pues se le ha privado de la consecuencia primaria del delito debiéndose, por ende, finiquitar el proceso”¹⁴. Ante la imposibilidad de imponer consecuencia jurídica alguna, debe cesar el procedimiento; tal es su posición.

B) *La posición de la jurisprudencia.* También aquí la jurisprudencia se divide: mientras que el Tribunal Superior de Cali, en alguna de sus salas se ha pronunciado negando que pueda aplicarse la cesación de procedimiento en el caso del trastorno mental transitorio *sin secuelas*, el Tribunal Superior de Medellín ha decidido el punto de manera afirmativa.

En efecto: el Tribunal Superior de Cali, con ponencia del doctor ÉDGAR SAAVEDRA ROJAS, partiendo de la base de que a los denominados “inimputables” se les pueda reconocer las causales de justificación y de inculpabilidad cuando ellas se presentaren, deduce que no es posible la aplicación del art. 163 (cesación de procedimiento), por cuanto se imposibilitaría procesalmente el eventual reconocimiento de tales fenómenos.

Dice así el Tribunal:

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

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

¹⁴ CÉSAR A. SANDOVAL M., “El decreto 100 de 1980 creó una nueva condición de improcedibilidad de la acción penal”, en *Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle*, número 6, Cali, Editorial Feriva, 1982, págs. 73 a 76.

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

"Las reflexiones anteriores nos demuestran que el proceso no se adelantaría con la única finalidad de llegar a una decisión de autoría, sino que la continuación del mismo se justificaría, teniendo en cuenta los intereses defensivos del procesado"¹⁵.

Por su parte el Tribunal Superior de Medellín ha sostenido en varias oportunidades que sí es posible la aplicación del art. 163 o el reconocimiento del sobreseimiento definitivo. Así lo ha dicho, con ponencia del doctor JAIME TABORDA PEREÁÑEZ:

"Es al juez, y no al perito, a quien corresponde, previa valoración del dictamen, hacer la correspondiente ubicación de la conducta en la norma descrita por el legislador. Y, finalmente, si el juez del conocimiento, al momento de la calificación considera, como ocurrió en este caso, que el procesado era inimputable —por trastorno mental transitorio sin secuelas—, debe sobreseer definitivamente, y no llamar a juicio ni dejarlo en libertad, situación esta última que no tiene fundamento jurídico. En efecto, ante esta situación, la calificación debe ser en la forma anteriormente dicha con un sobreseimiento definitivo —dada la ausencia de responsabilidad y de punibilidad de esa conducta: ¿Qué objeto tiene seguir un proceso en el que no se puede condenar ni absolver, habida cuenta de que la ley tiene establecido (art. 33, inc. 2º) que no hay lugar a imposición de medida de seguridad? Esa conducta es impune, sin perjuicio, como dice la misma norma, de la responsabilidad civil a que hubiere lugar, lo que se ejercerá por otra vía.

"Para proferir auto de proceder (C. de P. P., art. 481) se exige prueba de que «el procesado es responsable» y el inimputable no puede ser responsable; por eso no se le aplican sanciones sino medidas de seguridad en orden a obtener la curación, tutela o rehabilitación según el caso (C. P., arts. 12; 94, inc. 2º; 95, inc. 2º; 96 y 97).

"Cuando se trata, como en el caso presente, de un trastorno mental transitorio sin secuelas, no se impone medida de seguridad ninguna, pues no hay lugar a curación, ni rehabilitación, ni es menester la tutela del agente. No queda otro camino que el sobreseimiento definitivo, pues a nada conduce continuar el proceso. ¿Qué objeto tendría la apertura a pruebas en la causa? ¿Qué se controvertiría en el plenario, si ya desde la calificación se había dicho que el sindicado era inimputable y que no era acreedor a ninguna medida de seguridad?

"En el Código derogado había un precepto, el art. 382, inciso final, que permitía, según la doctrina y la jurisprudencia, terminar el proceso con sobreseimiento definitivo cuando las circunstancias especiales del hecho demostraran una menor peligrosidad en el sujeto agente, pues la norma establecía que podía «eximirse de responsabilidad». Se partía allí de la base de que el agente «era responsable» y, sin embargo, por las especiales circunstancias del hecho y la menor peligrosidad, se le eximía de responsabilidad. Ese pronunciamiento se hacía al momento de la calificación con un sobreseimiento definitivo. Con mayor razón debe hacerse igual calificación cuando se compruebe legalmente que se trata de un inimputable por trastorno mental transitorio al momento de la comisión, del hecho, que no deje ninguna perturbación mental en el agente, pues ese inimputable no es responsable, ni se le puede aplicar ninguna medida de seguridad según lo dispone el inciso final del art. 33 del Código Penal.

¹⁵ Tribunal Superior de Cali, auto de abril 14 de 1982, en *Revista Nuevo Foro Penal*, número 18, Bogotá, Edit. Temis, pág. 216. Ponente, Dr. EDGAR SAAVEDRA ROJAS.

"Resumiendo: las penas se imponen a los imputables (C. P., art. 41). Los inimputables que realicen el hecho legalmente descrito son sometidos a las medidas de seguridad establecidas en el Código Penal (art. 33, inc. 1º); y cuando la inimputabilidad proviniera exclusivamente de trastorno mental transitorio que no deje en el agente perturbación mental alguna, «no hay lugar a la imposición de medidas de seguridad» (art. 33, inciso final), vale decir, no hay imputabilidad, pues el agente no estaba en condiciones de conocer ni querer la ilicitud de su conducta; tampoco punibilidad. La forma de hacer esa declaración es en la calificación con el sobreseimiento definitivo. De otra parte, el principio rector de la legalidad (C. P., art. 1º), que tiene fundamento en el art. 26 de la Constitución Nacional prohíbe la condena por el 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 establecidas en ella"¹⁶.

Y con ponencia del doctor JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA ha dicho el mismo Tribunal:

"Presentada en el curso del juicio penal una causal de exención de la responsabilidad o de la culpabilidad que no pudo ser apreciada en el momento de la calificación de fondo del sumario, corresponde terminar el procedimiento por vía extraordinaria por sustracción de materia juzgable y carencia de causa final (objeto y fin). Si se trata de una causal que, en su momento, hubiera dado lugar al sobreseimiento definitivo, no queda otra vía que reconocerla a través del art. 163 del C. de P. C., pues sería un contrasentido adelantar una causa —cuyo fin es el juzgamiento y por tanto el establecimiento de si el sujeto es o no responsable del hecho que se le imputa— a sabiendas de que por ministerio de la ley misma tendrían necesariamente que terminar en una sentencia absolutoria. Continuar el trámite hasta la sentencia de fondo una vez ocurrida tal circunstancia, es contrario al principio de economía procesal y así mismo al *favor rei* y al *favor libertatis* en su sentido procesal, pues según estos principios el estado jurídico normal de libertad ciudadana que en el proceso penal se pone en entredicho, debe recuperarse lo antes posible, por los más breves caminos legales. No es verdad que de tal manera se lesione los intereses de una parte civil real o virtual, pues al damnificado de todas maneras le queda la vía civil ordinaria, a la que necesariamente habría también de recurrir ante una sentencia absolutoria (pues no parece posible ni legítimo que el juez penal absuelva penalmente y condene civilmente). En cambio, es indudable que la esencia de la sentencia es la de un acto de juzgamiento, o sea de imparcial balance de los pro o los contra de la absolución o la condena. Pero si el juicio está por la ley predeterminado a la absolución (creemos que nunca podría estarlo a la condena), no habrá sentencia en sentido material aunque se agoten los trámites para dictarla. De ahí que ante el advenimiento de una circunstancia como la indicada, es procedente el recurso del art. 163 del C. P. P., ya que, frente a ella, el caso ha dejado de considerarse en concreto como delito por la ley, aunque abstracta y formalmente continúe la previsión legislativa del correspondiente tipo delictivo. Si el delito es un hecho punible y en el caso concreto está excluida la punibilidad, ha desaparecido lo punible del hecho y por tanto su delictuosidad específica. Solo así se entiende que la jurisprudencia y la doctrina nacionales llegaren a admitir tal vía procesal para excusas absolutorias tales como la «venganza del honor» del art. 382 del C. P. derogado, el matrimonio con la ofendida en ciertos delitos sexuales, el pago del cheque sin fondos, la oblación, etc."¹⁷.

¹⁶ Tribunal Superior de Medellín, auto de 12 de noviembre de 1981, en *Revista Nuevo Foro Penal*, número 13, Bogotá, Edit. Temis, 1982, págs. 612 y 613.

¹⁷ Tribunal Superior de Medellín, auto de abril 11 de 1983, en *Revista Nuevo Foro Penal*, número 28, Bogotá, Edit. Temis, 1985, págs. 251 y 252.

C) *Mi posición sobre el problema que se discute.* Pienso que el trastorno mental transitorio sin secuelas puede ser reconocido por el juez de derecho en cualquier momento procesal en que esté demostrado por los medios probatorios suficientes para generar la convicción razonada de su existencia. Es posible en virtud de un sobreseimiento definitivo o en la sentencia, pero puede ser en cualquier momento del proceso mediante la aplicación del art. 163 del Código de Procedimiento Penal. Para fundamentar mi posición voy a tratar dos puntos, de manera breve: el de la responsabilidad penal de los inimputables y el relativo a los antecedentes de la regulación del fenómeno del trastorno mental transitorio en Colombia, con una pasajera referencia al tratamiento de la cuestión por las Escuelas.

1. *La responsabilidad penal de los inimputables.* Aquí solo expongo las ideas en forma muy esquemática, pues ya en otra parte me he referido de manera extensa al problema. En forma resumida, diría^{17 bis}:

a. "La irresponsabilidad jurídica de un individuo designa simplemente el hecho de que tal individuo no es sancionable", dice HANS KELSEN¹⁸. *A contrario sensu*, la responsabilidad jurídica indica el hecho de que el individuo sí es sancionable, lo cual en el derecho penal, implicaría la imposición de una pena o una medida de seguridad, las dos únicas especies de sanción en este campo;

b. La sanción se caracteriza por ser una limitación o supresión de un derecho del individuo que puede ejecutarse de manera coactiva, aplicada por una autoridad legitimada para ello, mediante proceso y por concreción de una conducta o hecho tenidos como lesivos según un ordenamiento jurídico dado;

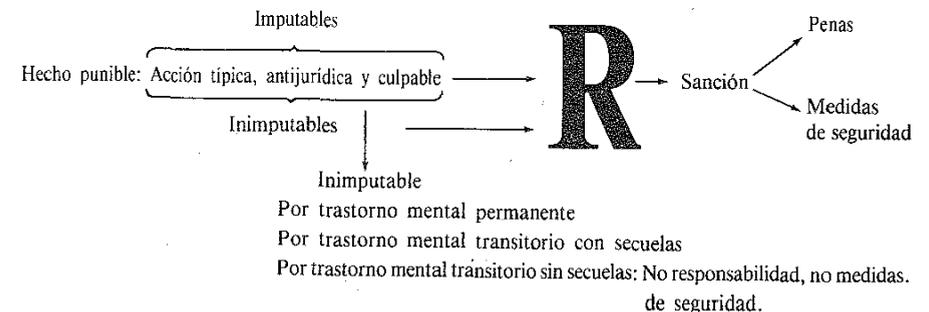
c. Nuestra ley, según el art. 33, modificado por la ley 43 de 1982, art. 1º, dispone la aplicación de medidas de seguridad a los inimputables que ejecuten un comportamiento típico y antijurídico, a excepción del caso del trastorno mental transitorio *sin secuelas*, caso en el cual, lo dice el art. 33, "no habrá lugar a la imposición de medidas de seguridad..., sin perjuicio de la responsabilidad civil a que hubiere lugar";

d. Siendo, como es cierto, que según nuestra legislación a los inimputables que han ejecutado el hecho típico y antijurídico en situación de inmadurez o de trastorno mental permanente o transitorio *con secuelas*, se les aplica una medida de seguridad según los arts. 94, 95 y 96, resulta que en estos casos de inimputabilidad hay lugar a responsabilidad; y, en el caso de trastorno mental transitorio *sin secuelas*, siendo, como es cierto, que no se les aplica ni penas ni medidas de seguridad, se trata entonces de un caso de irresponsabilidad. Pero cuando se habla aquí de "responsabilidad" se toma el término en el sentido de "responsabilidad jurídica" y no en el sentido aristotélico-tomista seguido por la Escuela Clásica. En efecto, ARISTÓTELES, en su *Ética Nicomaquea*, hace depender la justicia o injusticia de

^{17 bis} NODIER AGUDELO BETANCUR, *Inimputabilidad y responsabilidad penal*, Bogotá, Edit. Temis, 1984.

¹⁸ HANS KELSEN, *Teoría general del derecho y del Estado*, 3ª ed., México, Ediciones Universidad Autónoma de México, 1969, pág. 108. Con igual claridad había dicho a páginas 75 y 76: "Que una persona sea legalmente responsable de determinada conducta o que sobre ella recaiga la responsabilidad jurídica de la misma, significa que está sujeta a una sanción en el caso de un comportamiento contrario".

un acto de la libertad con que se obró, y así mismo procede Santo TOMÁS DE AQUINO en la *Suma Teológica*¹⁹. Tal pensamiento fue acogido por la Escuela Clásica, como todos sabemos. Empero, desde el advenimiento de la Escuela Positiva, para la existencia de responsabilidad penal no es necesario que el hecho se haya cometido con esa "libertad" a que aludían los clásicos. El sujeto es responsable en tanto vive en sociedad y la medida de esa responsabilidad está determinada por la peligrosidad del sujeto. Si en el caso de trastorno mental transitorio dice la ley que no hay lugar a la imposición de medidas de seguridad, y teniendo como tienen las medidas de seguridad en nuestro Código, como fundamento, la peligrosidad, entendida esta como la probabilidad de que el sujeto vuelva a causar daño, entonces es porque se considera que en el evento del trastorno mental transitorio no existe tal peligrosidad y no existe la necesidad de la aplicación de medida alguna; si fuésemos a representar lo dicho en los literales anteriores, lo podríamos hacer con los siguientes términos:



CUADRO N° 1

Puede verse que existe una estructura diferenciada para imputables e inimputables: aquellos obran típica, antijurídica y culpablemente, mientras que los segundos obran típica y antijurídicamente pero no son culpables. Esto no impide, sin embargo, que en relación con ellos pueda hablarse de responsabilidad penal, en el sentido mencionado. La declaratoria de responsabilidad para los inimputables no implica que se les esté reprochando o enrostrando haberse comportado como lo hicieron, sino que se les está aplicando una medida de seguridad con las finalidades que prevé el art. 12. Por lo cual me declaro en contra de afirmaciones en el sentido de que "los inimputables... no pueden cometer delitos"; o que "los

¹⁹ ARISTÓTELES dice: "siendo las acciones justas o injustas las que hemos dicho, se comete una injusticia o se obra con justicia cuando estas acciones se realizan voluntariamente: cuando se hacen involuntariamente, ni se comete injusticia ni se obra con justicia a no ser por accidente, puesto que se hace algo que resulta ser justo o injusto. Pero el acto justo y la acción se definen por su carácter voluntario o involuntario; cuando el acto injusto es voluntario es objeto de censura y a la vez se convierte en injusticia; de suerte que si no se le añade lo voluntario, será algo injusto, pero no llegará a ser una acción injusta. Llamado voluntario, como se ha dicho antes, a todo lo que uno hace estando en su poder hacerlo o no, y sabiendo, no ignorando, a quién, con qué y para qué lo hace". *Ética a Nicómaco*, edición bilingüe de María Araújo y Julián Marias, Institutó de Estudios Políticos, Madrid, 1959, pág. 82.

Y Santo TOMÁS DE AQUINO, sostiene que "en los actos del hombre, que conoce especialmente el fin de su operación, y se mueve así mismo, se encuentra principalmente lo voluntario", *Suma Teológica*, 9ª ed., Madrid, Edit. Espasa-Calpe, 1979, pág. 104.

inimputables son incapaces de culpabilidad, no cometen hechos punibles, y no se les puede aplicar penas"; o que "las medidas de seguridad carecen, pues, de contenido expiatorio, no constituyen sanción, y su finalidad se rige siempre hacia el beneficio del inimputable"; o, en fin, que "el inimputable no puede ser culpable jamás, y por ello tampoco puede ser declarado responsable", concepto cuya paternidad pertenece al profesor FEDERICO ESTRADA VÉLEZ²⁰.

En fin, sea lo que fuere de la discusión acerca de la responsabilidad de los inimputables, lo cierto es que en el caso del trastorno mental transitorio sin secuelas no hay lugar a penas ni a medidas de seguridad. Esto, que no es sino un fenómeno de efecto, tiene como fundamento: el hecho de que en estos casos el sujeto no es responsable.

La no responsabilidad de quien obra en una situación de trastorno mental transitorio sin secuelas, no es el resultado solamente de un estudio analítico a la luz de la teoría general del derecho, sino, además, de la consideración del tratamiento de la figura en discusión por las escuelas penales que más han influido en nuestro medio y de los antecedentes inmediatos que dieron origen en Colombia al concepto de trastorno mental transitorio. Esto lo trataré de manera resumida en seguida.

2. *Los antecedentes de la regulación del fenómeno del trastorno mental transitorio en Colombia. Breve remisión a las Escuelas.* Hace algunos años, en esta misma publicación escribí un artículo que trataba sobre las dificultades que había presentado el reconocimiento del trastorno mental transitorio conforme al Código Penal de 1936 y de cómo se vio la necesidad de su regulación expresa tal como acontecía

²⁰ FEDERICO ESTRADA VÉLEZ, "Aspectos del nuevo Código de Procedimiento Penal" en *Revista Temas de Derecho Penal Colombiano*, número 14, Medellín, Edit. Lealón, 1981, pág. 6, la primera cita; la segunda y la tercera pueden verse en su obra *Derecho penal*, parte general, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1981, págs. 279 y 281; la cuarta aparece en la *Relación explicativa* que hace al nuevo Código Penal. Véase *Nuevo Código Penal*, Bogotá, Gama Impresores Ltda., 1980, pág. 157. Por el contrario, otro sector de la doctrina, analizando el Código Penal de 1980, al igual que el autor de este trabajo, sostiene que si es dable predicar responsabilidad penal de los sujetos inimputables. Así, JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA (*Derecho penal fundamental*, Bogotá, Edit. Temis, 1982, pág. 518) define la responsabilidad como "la carga legal de afrontar o asumir las consecuencias jurídicas de un acto". Sostiene que en el Código Penal de 1980, tanto los sujetos imputables como los inimputables, dado que "han de soportar las consecuencias juridicopenales de su comportamiento, son penalmente responsables".

Asimismo puede verse a ALFONSO REYES ECHANDÍA en su *Derecho penal*, parte general, Bogotá, Ediciones Universidad Externado de Colombia, 1984, pág. 246, donde con claridad, dice: "El término responsabilidad, debe entenderse como sujeción del agente a las consecuencias jurídicas del hecho punible cometido; una persona es penalmente responsable cuando ha realizado hecho delictivo o contravencional; ahora, bien, si tal sujeto es imputable se le impondrá pena y si es inimputable se le aplicará medida de seguridad. Dedúcese de este planteamiento que en nuestro derecho positivo imputables e inimputables son penalmente responsables, pues que ambos están sujetos a las consecuencias legales del hecho punible cometido, no importa que en el primer caso se les aplique pena y en el segundo medida asegurativa. Resulta así evidente que responsabilidad e imputabilidad son fenómenos diversos que no se excluyen entre sí".

En el mismo sentido puede verse a ALFONSO ORTIZ RODRÍGUEZ, *La punibilidad y las medidas de seguridad*, Medellín, publicación del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho, Universidad de Medellín. Se deduce su posición del hecho de que afirma de manera clara el carácter de sanción de las medidas de seguridad, posición que adopta apuntalándose consistentemente en la teoría general del derecho. Cfr. págs. 91, 123 y 124.

y acontece en muchas legislaciones y ahora en la nuestra²¹. Voy a resumir las ideas allí expuestas, advirtiendo que no es una disquisición inútil, sino, al contrario, decisiva para tomar partido en la discusión procesal en que debe reconocerse el trastorno mental transitorio sin secuelas:

a. El art. 29 del C. P. de 1936 decía que quien al momento de obrar padeciese de grave anomalía síquica o de enajenación mental o de intoxicación crónica producida por el alcohol u otra sustancia, sería sometido a medidas de seguridad; así mismo el art. 23, num. 1, consagraba la irresponsabilidad penal para quien obrara por sugestión hipnótica o patológica; el art. 24 decía que en el caso del numeral 1, sería responsable quien hubiera determinado a obrar.

b. Como la ley, según la interpretación de la Corte Suprema de Justicia²² y la jurisprudencia de nuestros tribunales, asignaba consecuencias diversas en los casos de enajenación mental y de grave anomalía síquica (manicomio criminal en el primer caso, colonia agrícola en el segundo), se hacía necesario interpretar cada uno de estos conceptos. Así, entonces, se echó mano de la definición de NERIO ROJAS sobre *alienación mental*, para quien esta "es el trastorno general y persistente de las funciones síquicas, cuyo carácter patológico es ignorado o mal comprendido por el enfermo, y que le impide la adaptación lógica y activa a las normas del medio ambiente, sin provecho para sí mismo ni la sociedad"²³.

Decía en el artículo mencionado, ya un poco añejo, que en relación con el concepto de "grave anomalía síquica" hubo una "determinación por exclusión", en el siguiente sentido: frente a un caso en que el sujeto, al momento de obrar, no había tenido la capacidad de comprender y/o determinarse, la práctica juridicopenal obraba así: primero, indagaba si se trataba de una enajenación mental preguntando: ¿el sujeto obró dentro de un "trastorno general y persistente de las funciones síquicas..."? (NERIO ROJAS). Si se respondía que no, preguntaba de nuevo: ¿"se trata de un trastorno generado por la ingestión de alcohol u otra sustancia"? Si frente a una incapacidad de comprender y/o determinarse se descartaba la enajenación y la intoxicación, entonces se afirmaba la *grave anomalía síquica*. Este concepto, pues, no se alcanzó a perfilar de manera clara: grave anomalía síquica era *cualquier* fenómeno que no siendo ni enajenación ni intoxicación, hacía al sujeto incapaz de comprender y/o determinarse. Esto era lo decisivo, como puede leerse en la más acabada noción del fenómeno dado por el Tribunal Superior de Bogotá, con ponencia de VICENTE LAVERDE APONTE:

"El Tribunal conceptúa que la anomalía síquica es grave en todos aquellos casos en que descartada la alienación mental y la intoxicación crónica, la acción criminal obedece

²¹ "El trastorno mental transitorio como causal de inimputabilidad en el nuevo Código Penal", en *Revista Nuevo Foro Penal*, núm. 6, Medellín, Edit. Acosta, 1980, págs. 65 a 91.

²² Las más importantes decisiones de la Corte Suprema de Justicia en esta materia fueron la casación de 18 de octubre de 1966, *Gaceta Judicial*, t. CXVIII bis, pág. 32. Ponente, Dr. HUMBERTO BARRERA DOMÍNGUEZ; 18 de octubre de 1968, *Derecho Colombiano*, Bogotá, 1968. Ponente, Dr. LUIS EDUARDO MESA VELÁSQUEZ; casación de mayo 3 de 1979, *Jurisprudencia y Doctrina*, t. VIII, núm. 91, Bogotá, 1979, págs. 526 a 527. Ponente, Dr. ÁLVARO LUNA GÓMEZ.

²³ NERIO ROJAS, *Medicina legal*, t. II, Buenos Aires, Edit. El Ateneo, 1942, pág. 152.

a un impulso morboso insuperable; siempre que haya una alteración tan intensa de las funciones mentales que anule o suprima la conciencia de la facultad volitiva”²⁴.

Y, desde el ángulo de la doctrina, el profesor FEDERICO ESTRADA VÉLEZ, dice:

“Todas las acciones generadas por un estado, así sea transitorio de verdadera convulsión síquica, analizadas caso por caso, que no tengan cabida en el síndrome siquiátrico, pueden encuadrarse dentro de la grave anomalía síquica para efectos penales”.

Siendo importante que, debido al trastorno, el individuo llegara a la incapacidad de entender y de querer al momento del hecho²⁵.

Pero se presentaba la siguiente dificultad: hay eventos en que el sujeto obró sin capacidad de comprender la ilicitud o sin capacidad de comprender; pasado el hecho, vuelve totalmente a la normalidad. Se citaban al comentar el C. P. de 1936, los casos de sideración emotiva, choque afectivo, gravísima emoción violenta, embriaguez del sueño, estado crepuscular hípnico, delirio febril, etc.²⁶. ¿Qué hacer con esos casos? No eran ni enajenación mental ni intoxicación crónica. Y decir que eran grave anomalía síquica, traía consigo el inconveniente de que tener que imponer 1 año de colonia agrícola. Pero ¿para qué una medida de seguridad si no había nada de qué curarse?

A LUIS CARLOS PÉREZ, JORGE ENRIQUE GUTIÉRREZ ANZOLA y BERNARDO GAITÁN MAHECHA se debe el esfuerzo de haber encontrado la solución. Esta fue la de ubicar todos estos casos como eventos de “sugestión patológica” regulados por el art. 23 del Código Penal como inculpabilidad, según la generalidad de la doctrina. Y así ocurrieron las cosas: cuando el sujeto obraba en un estado transitorio pero había necesidad de tratamiento, se afirmaba la *grave anomalía síquica*; cuando no había tal necesidad de tratamiento, se afirmaba la *sugestión patológica*²⁷.

²⁴ VICENTE LAVERDE APONTE, *Temas penales y de procedimiento penal*, Bogotá, Edit. Temis, 1960, págs. 15 y 16.

²⁵ FEDERICO ESTRADA VÉLEZ, *Manual de derecho penal*, Medellín, Edit. Salesiana, 1972, págs. 346 y 347.

²⁶ No voy sino a ejemplificar con los casos de consideración emotiva y la embriaguez del sueño. El primer fenómeno es traído por WEIGANDT: una enfermera está pendiente de una mujer a punto de dar a luz. En un momento determinado, la mujer va al sanitario y el niño se desprende y cae a la taza. Llama y la enfermera, que acude presurosa, suelta el agua con la consecuencia de muerte para el niño. Véase *Psiquiatría forense*, Editora Nacional, 1959, pág. 32. En casos como este “muchas veces puede quedar la conciencia considerablemente limitada, y la ideación extinguida o falseada, resultando de ello una acción o un comportamiento que el sujeto nunca hubiera llevado a cabo mediando una reflexión reposada”, había dicho poco antes de poner tal ejemplo.

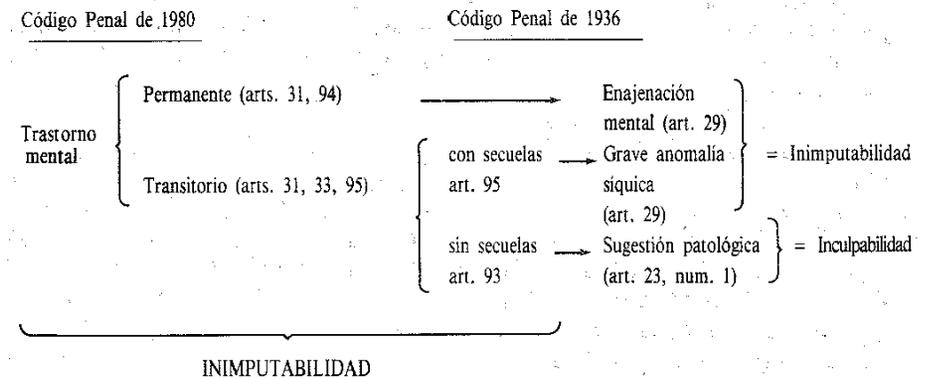
La embriaguez del sueño es un fenómeno en el cual, según KRAFFT-EBING, “el retorno inmediato de la conciencia y la presencia del espíritu que acompaña al despertar se retardan; tanto que las representaciones, los errores de los sentidos, las apercepciones falsas, que son el resultado del sueño y que impide la percepción clara del mundo exterior, determinan un estado de confusión mental comparable al de la embriaguez”. *Medicina legal*, t. II, Madrid, Edit. la España Moderna, sin fecha, págs. 155 y 156. Se cita como ejemplo la madre que sueña con un incendio, y, “entredormida” tira a su pequeño hijo por la ventana.

²⁷ BERNARDO GAITÁN MAHECHA, *Curso de derecho penal*, Bogotá, Edit. Lerner, 1963, págs. 176 a 181; LUIS CARLOS PÉREZ, *La práctica jurídico-penal*, Bogotá, Ediciones de la Universidad Libre, 1964, págs. 469 a 499; JORGE ENRIQUE GUTIÉRREZ ANZOLA, “Homicidio por trastorno mental transitorio. Un caso de homicidio en trastorno mental transitorio”, en *Nuevo Foro Penal*, número 3, Medellín, Edit. Acosta, 1979, págs. 100 a 122.

Fue admirable el esfuerzo realizado por estos autores para solucionar el problema que representaba la ubicación de los casos mencionados de trastorno mental transitorio, fenómeno en el cual, como su nombre lo da a entender, pasado el hecho, el sujeto vuelve a la normalidad. Como lo he dicho, encontraron la solución en el art. 23, numeral 1, “torciéndole el pescuezo”, a mi modo de ver, al art. 24, o cerrando un ojo frente a él, pues según este, en el caso del numeral 1 del art. 23, sería responsable quien había determinado a otro a obrar, lo cual suponía un sugestionado (irresponsable) y un sugestionador (responsable), lo cual no ocurre en los casos enunciados.

En fin frente a las dificultades, se veía la necesidad de consagrar en forma expresa el fenómeno del trastorno mental transitorio.

c. Llegados al Código Penal de 1980, se reguló en el capítulo de la inimputabilidad todo lo relacionado con el trastorno mental, fuera él permanente o transitorio, pero sin distinguir, como se hacía en la doctrina, entre un trastorno mental transitorio (causal de inimputabilidad) y otro (causal de inculpabilidad). Aquí se reguló todo trastorno mental como causal de inimputabilidad. Pero no es difícil encontrar las equivalencias, así: lo antes denominado *enajenación mental*, ahora se denomina *trastorno mental permanente*; la llamada *grave anomalía síquica*, ahora equivale al *trastorno mental transitorio con secuelas* y la denominada *sugestión patológica*, en el Código Penal de 1980 es llamado *trastorno mental transitorio sin secuelas*, lográndose así una regulación más técnica en esta materia. Esto se puede representar así:



CUADRO N° 2

d. La evolución de la discusión se ajustaba, por lo demás, a las ideas que sobre el particular expresaban las escuelas penales, la Clásica y la Positivista, de tanta influencia entre nosotros. En efecto, CARRARA, exigiendo como base de la responsabilidad penal, la imputación moral, llegó a afirmar de manera nítida: “hasta

una *locura transitoria* puede excluir por completo la responsabilidad de los propios actos”^{27 bis}. Y ENRICO FERRI, en su proyecto de 1921, art. 19, consagraba el constreñimiento y la sugestión patológica, entre otros fenómenos, como causales de justificación (según su terminología); lo cual muestra que para estos casos no reclama ningún tipo de medida penal o de tratamiento, dada la ausencia de peligrosidad. No debe olvidarse que, según este autor, el sujeto es responsable “porque el acto es *suyo*, es decir, expresión de su personalidad”²⁸, y si esta no manifiesta peligrosidad, no hay lugar a ninguna medida en relación con el sujeto.

Pues bien: con base en los puntos expuestos anteriormente, me parece que es posible sustentar la tesis presentada: *el juez de derecho puede reconocer el trastorno mental transitorio en cualquier momento del proceso en que el fenómeno quede demostrado por los medios probatorios suficientes para generar la convicción razonada de su existencia. Puede ser mediante un sobreseimiento definitivo o en la sentencia, pero también puede serlo antes mediante un auto contemplado en el art. 163 del Código de Procedimiento Penal.*

No me parece correcta la tesis del Maestro REYES ECHANDÍA, pues el fenómeno regulado en la parte segunda del art. 33 es un fenómeno de más envergadura que el de una simple causa de “exclusión de medida asegurativa”. Decir esto es tanto como afirmar que estamos en presencia de lo que se conoce como una “causal de impunidad”, en donde se predica la existencia de la acción, de la tipicidad, de la antijuricidad y de la *responsabilidad* (bien sea con fundamento en la inimputabilidad o bien en la culpabilidad), y se trataría simplemente de una no aplicación de sanción. La causal de impunidad no es en manera alguna extraña al derecho penal, y es, por el contrario, una disposición de política criminal en alguna medida frecuente. Empero, no veo yo cómo pueda decirse que, cuando un sujeto obra sin capacidad de comprender y/o determinarse, se hace responsable, si obró en una situación de trastorno mental transitorio sin secuelas.

Es evidente que el sujeto que obra en una situación de inimputabilidad no es responsable, desde el punto de vista de la Escuela Clásica; tampoco lo es, desde el punto de vista de la Escuela Positivista. No hay responsabilidad allá, por faltar la libertad, es decir, la *responsabilidad moral*; no hay responsabilidad aquí, por no existir *peligrosidad*. En estas condiciones no veo yo cómo podía decir el profesor REYES que había responsabilidad, pues a eso equivale su expresión ya transcrita.

Creo que en el caso del trastorno mental transitorio sin secuelas, no surge, no nace la responsabilidad penal. El fenómeno es de médula o tuétano (como diría cualquier campesino nuestro) y no de mera piel, de mera superficie. Por eso me parece más que equivocada, equivocadísima, la posición del profesor ALFONSO REYES ECHANDÍA cuando dice que se deben distinguir en el art. 33 dos situaciones: una en la cual se evidencia un trastorno mental con secuelas futuras que acarrea medida de seguridad, y otra en la que habiéndose presentado este trastorno transito-

rio que determinó la condición de inimputable para el sujeto, se prueba que “ha desaparecido y de él no se prevén secuelas futuras”, caso en el cual el juez prescinde de imponer la medida de seguridad; luego de decir esto, afirma equivocadamente lo siguiente: “como quiera que la diferencia entre estas dos últimas hipótesis solamente radica en que en la primera el juez impone medida de seguridad y en la segunda se abstiene de hacerlo por mandato legal, siendo imperioso que aquella decisión se tome en la sentencia, resulta ineludible concluir que esta —la del inc. 2º del art. 33— ha de plasmarse también en igual momento procesal”²⁹.

El origen de su cuestionable tesis está en el punto de partida: “la diferencia entre estas dos últimas hipótesis solamente radica en el hecho de que en una se aplica medida de seguridad y en otra no”. De ninguna manera: la diferencia no está en el tallo, sino en la raíz. En el trastorno mental transitorio con secuelas hay *responsabilidad penal*, en el trastorno mental transitorio sin secuelas *no hay responsabilidad penal*. No es correcto decir que “cuando hay demostración plena de que el sindicado, actuando en situación de inimputabilidad, ejecutó comportamiento típico y antijurídico (no le era posible actuar culpablemente), necesario es deducirle una responsabilidad cuya consecuencia se traduce en la imposición de medida asegurativa”³⁰. Es cierto que la problemática de la inimputabilidad solo entra en juego cuando se admita que el procesado “ejecutó comportamiento típico y antijurídico”. Por esto he sostenido que la inimputabilidad es un fenómeno “residual”³¹. Lo que no es cierto es la continuación en el sentido de que, probado el comportamiento típico y antijurídico, “...necesario es deducirle una responsabilidad al sujeto”. Ello es así cuando se trata de cualquier otro evento de inimputabilidad, por caso, el trastorno mental permanente o el transitorio *con secuelas*, no en el caso de trastorno mental *sin secuelas*, en el cual no hay lugar a responsabilidad. Porque entonces el pensamiento de REYES sería el de que *en todo caso de inimputabilidad, hay responsabilidad*. Esto es equivocado. Y ello se demuestra con el estudio de la evolución histórica de la figura, que indica que tal situación era considerada un caso de inculpabilidad o situación que no daba lugar a responsabilidad; se demuestra el error de tal afirmación si se consulta la posición de las Escuelas, la Clásica y la Positiva, tomando de cada una el postulado fundamental sobre el que asientan la responsabilidad penal. En ningún caso, a lo largo de nuestro Código Penal, como en el presente, es tan necesario el estudio de la evolución histórica de la figura.

Ahora bien: si no hay lugar a responsabilidad penal, no veo cómo se sigue un proceso hasta la sentencia a sabiendas de que en ella habrá de decirse que tal responsabilidad no existe y por ende no se aplicará ni pena ni medida de seguridad. En este sentido, me parecen válidas las argumentaciones del Tribunal Superior de Medellín, cuando pregunta: “¿qué objeto tiene seguir un proceso en el que no

²⁹ ALFONSO REYES ECHANDÍA, *La inimputabilidad*, cit., pág. 203.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ NÓDIER AGUDELO BETANCUR, *Los inimputables frente a las causales de justificación e inculpabilidad*, Bogotá, Edit. Temis, 1982, págs. 79 y ss.

^{27 bis} FRANCESCO CARRARA, *Programa de derecho criminal*, t. I, Bogotá, Edit. Temis, 1978, § 249, pág. 180.

²⁸ ENRICO FERRI, *Principios de derecho criminal*, Madrid, Edit. Reus, 1933, pág. 225.

se puede ni condenar ni absolver, habida cuenta, de que la ley tiene establecido que no hay lugar a imposición de medida de seguridad?" (ponencia del Dr. JAIME TABORDA PEREÁÑEZ), o cuando dice: "sería un contrasentido adelantar una causa cuyo fin es el juzgamiento y por tanto el establecimiento de si el sujeto es o no responsable del hecho que se le imputa a sabiendas de que por ministerio de la ley misma tendría que terminar en una sentencia absolutoria" (ponencia del Dr. JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA). Asimismo me identifico con la posición del fiscal CÉSAR A. SANDOVAL M.

En cambio, me parece enteramente cuestionable la argumentación del Tribunal Superior de Cali cuando niega el sobreseimiento definitivo fundado en la idea de que al sujeto "inimputable" se le pueda reconocer en el juicio una causal de justificación o de inculpabilidad (lo cual también he sostenido de manera reiterada). ¿Por qué no se ha argumentado de idéntica manera cuando a un sujeto imputable se le va a reconocer una causal de inculpabilidad al momento de calificar el mérito del sumario? Es evidente que una causal de justificación es una medida más radical que una causal de inculpabilidad. Y entonces ¿por qué no se niega el sobreseimiento definitivo so pretexto de que es posible que en la etapa probatoria del juicio o de las pruebas que se practiquen en la audiencia sea posible comprobar una causal de justificación?

El proceso penal es el desarrollo y práctica de una sucesión de actos tendentes a demostrar la inocencia o responsabilidad de un procesado. Y si se sabe que el sujeto no es responsable, ¿qué sentido tiene el proceso? La responsabilidad no existe, ya se haga un análisis "de derecha a izquierda o de izquierda a derecha". Me explico: repárese en el cuadro número 1: el sujeto no es sometido ni a penas ni a medidas de seguridad, *luego* no es responsable (de derecha a izquierda); pero es posible decir también: el sujeto no es responsable, *luego* no es sometido ni a penas ni a medidas de seguridad (de izquierda a derecha).

Las anteriores constituyen, pues, algunas consideraciones en relación con estos dos temas, bien difíciles por cierto, como decía al principio, con el ánimo de aportar algunas ideas que sirvan de base para la discusión. Lástima que el principal oponente de ellas ya no se encuentre entre nosotros para la confrontación. Por mi parte, creo que el mejor homenaje que se le rinde a un hombre es de seguir dialogando en torno a sus ideas como se ha hecho aquí y en otros artículos de esta misma publicación.

* * *

Addenda

La responsabilidad civil del que obra en estado de trastorno mental transitorio sin secuelas

Para terminar, dejo planteado un tema que debe ocupar un lugar importante en esta materia y que, de ser posible, abordaré en el futuro. Me refiero al problema de la responsabilidad civil de los inimputables y, de manera concreta, a la responsabilidad civil del que obró determinado por un trastorno mental transitorio sin secuelas.

Me parece que el juez penal puede, probada tal situación, absolver al no establecer la responsabilidad penal y la no aplicación, en consecuencia, ni de pena ni de medida de seguridad; puede hacer esto, y a la vez, condenar al sujeto a la indemnización. Aquí solo enunciaré lo que yo creo que sea el fundamento.

En efecto: los arts. 2341 y 2356 del Código Civil colombiano son los artículos básicos reguladores de la responsabilidad civil extracontractual. Según ellos, la conducta dañosa genera la obligación de reparar; el art. 33 dice en su última parte que en caso de trastorno mental transitorio del cual no queden perturbaciones mentales no habrá lugar a imposición de medida de seguridad, "sin perjuicio de la responsabilidad civil a que hubiere lugar". Mi idea es la siguiente: la ley penal no necesitaba hacer el último agregado. Si lo hizo, esto tiene un sentido: el de facultar al juez penal para que haga la declaración de responsabilidad civil y condene. Tal es el fundamento jurídico de mi posición. Pero hay, además, razones de equidad: está bien que no se condene penalmente a medida de seguridad, pero resultaría injusto que esta consecuencia para el autor del hecho típico y antijurídico aparejara la consecuencia de la irresponsabilidad civil de él. En resumen: el juez penal tiene competencia, la que le da el mismo art. 33, para pronunciarse sobre la responsabilidad civil en el proceso penal y más aún cuando hay bienes embargados. Lo otro sería tanto como decir que, en caso de absolución por la causa que tratamos, se permite la efectividad de la parte civil hasta la sentencia, momento en el cual se tendría que decretar el desembargo, lo cual conduciría a la burla de la pretensión del doliente. Esto sería absurdo y el intérprete no debe optar por alternativas absurdas. Repito que este tema merece la atención más detenida, lo cual se tratará de hacer en el futuro.

* * *