

EL LOCO Y LA JUSTICIA*

JAIME GAVIRIA TRESPALACIOS y PEDRO GUERRERO GONZÁLEZ

“Bandido, ladrón, granuja, bribón, es la
justicia de las personas decentes la que
persigue al niño”.

PREVET

INTRODUCCIÓN

La visión que la justicia tiene del loco en general y, en particular del loco que infringe el estatuto penal, ha sufrido en Colombia una serie de mutaciones, cuyo significado es inteligible a partir de dos puntos de referencia: de un lado, la evolución de las ciencias penales y, del otro, la evolución de la siquiatria. De época en época el entrecruzamiento histórico de estas dos disciplinas, ha dado lugar a una siquiatria criminal o, si se prefiere, a una criminología siquiátrica que, en la práctica, se traduce en un modo específico de tratamiento penal del delincuente anormal.

Comoquiera que la metamorfosis de la legislación penal colombiana y de la ideología de la locura en nuestro medio, no se pueden, sin más, desmembrar de sus antecedentes históricos, resulta útil indagar, muy someramente, sobre el desarrollo de las concepciones generales acerca del delito y del delincuente. Advertimos que apenas se pretende una breve sinopsis, pues la historia de las doctrinas penales exige una prolijidad y extensión que exceden, con mucho, los límites de una simple comunicación.

En la historia del derecho y del modo de juzgar a quienes transgreden el ordenamiento social se pueden distinguir, al menos, cuatro períodos:

En los comienzos, el individuo lesionado asume, bajo su propia responsabilidad, el derecho a castigar; el castigo (talión) no es más que una retaliación privada.

Más tarde la divinidad ofendida exige una expiación y el castigo adquiere el carácter de un sacrificio exculpatorio destinado a apaciguar la cólera divina.

Asimismo, el grupo social se siente amenazado en su integridad o en su seguridad y detiene al inculpaado para reducirlo a la impotencia y hacerlo inofensivo.

Finalmente, el Estado ve en el acto del culpado un atentado al orden público y a los sentimientos de justicia y de moral de la comunidad. El Estado restituye el derecho violado y exige una reparación.

* Ponencia oficial XVIII Congreso Nacional de Siquiatria, Medellín, octubre 1978.

En los tres primeros estadios de esta evolución, rápidamente se advierte que no se tiene en cuenta más que el lado objetivo del delito. La voluntad del culpable hasta allí, no es considerada. El castigo se tasa según la intensidad del daño material causado o bien según el temor inspirado por la ira divina. Las penas son de un exagerado rigor o brutalidad y están encauzadas tan solo a reparar el daño particular o social. A esta concepción corresponden el derecho mosaico, el de los antiguos griegos, el de los romanos hasta la época de los emperadores y el de las comunidades primitivas.

No obstante, en el derecho mosaico se encuentra el germen de una distinción entre intención, negligencia y causalidad en la ejecución de un hecho punible. En el antiguo derecho romano, del mismo modo, se tiene en cuenta el punto de vista subjetivo, en la imputación del crimen: el acto no es criminal sino en caso de existir la intención de lesionar. Toda violación de la ley en que falte tal intención, no se considera más que como un hecho causal.

El derecho romano imperial, por primera vez, introduce plenamente el análisis del aspecto subjetivo del hecho y se plantea el problema de la imputabilidad. La ley de JUSTINIANO suprime la responsabilidad penal del alienado. En su época, el dominio oficial de la locura se extiende desde el furor (manía aguda) hasta los estados de demencia, insanía, *fatuitas*, *moria* y *mente capti*. El enfermo vuelve a ser responsable cuando el acto punible se realiza en un intervalo lúcido. Los estados pasionales intensos se consideran como una enfermedad mental. Los trabajos de ARETEO, GALENO y CELIO AURELIANO, respecto a la naturaleza de las enfermedades mentales fueron de gran ayuda para los juristas romanos. La pérdida de la razón implica el nombramiento de un curador, pero se admite la existencia de intervalos lúcidos (*intervala perfectissima*) durante los cuales se reconoce la validez de los actos civiles ejecutados y se suspende la curatela. Para los romanos, la pena es una exigencia de la moral, en interés al orden público ofendido, por lo cual no se deja a los particulares o a los grupos sociales lesionados, el derecho de fijar y aplicar el castigo; es el representante oficial de la justicia del Estado el encargado de aplicar la pena.

Con la extensión del cristianismo, luego de Constantino, la Iglesia se arroga las funciones de juez (derecho canónico), y las ejerce en su doble papel instructivo y disciplinario, lo que conduce más tarde a la Inquisición y a los procesos de hechicería, la tortura, el suplicio, la hoguera y las ordalías. La importante recopilación del derecho del siglo XVI, "La Carolina", sanciona con penas bárbaras la superstición y otros delitos contra la religión. El texto de los dominicos SPRENGER y KRAEMER *Malleus Maleficarum* (El Martillo de las Brujas) contenía ya indicaciones precisas de orden técnico inquisitorial, acerca de cómo adelantar los procesos instructivos y aplicar las penas. "No todos los acusados de ser brujos o hechiceros eran enfermos mentales, pero casi todos los enfermos mentales eran sindicados como brujos, hechiceros o hechizados", refiere ZILBOORG. Durante todo este período, hasta comienzos del siglo XIX, se dejó totalmente de lado la patología del enfermo mental quien invariablemente era condenado, no obstante que en las legislaciones medioevales de algunas naciones, desde varios siglos atrás (siglo XIII), se consignaban normas más o

menos específicas respecto a los locos, como lo ilustra la legislación del *Fuero Juzgo*.

Los filósofos naturalistas de los siglos XVI y XVII (GROCIO, HOBBS, LULLIO, BRUNO, etc.), en contra de la filosofía escolástica, se preocupan del estado íntimo del culpable y de los factores subjetivos de la imputación. Las teorías de los juristas italianos del siglo XVI señalan un progreso decisivo en la penetración en el dominio del derecho penal de la observación y de la investigación médica sobre los estados psicopatológicos. Desde la instalación de la "Rotta Romana", data la costumbre de recurrir a los médicos para la apreciación del hecho.

La jurisprudencia italiana del siglo XVI muestra un gran conocimiento de las condiciones subjetivas de la imputación y de la naturaleza de las enfermedades mentales. El infante no debe ser castigado (*infantem innocentia tutor*): Hasta los diez años y medio, el niño era considerado como *infantiae proximus et non doli capax* (TARINACIO). Hasta los doce años para las mujeres y catorce para los hombres había la presunción de falta de discernimiento, limitada por el precepto *malitia supplet aetatem* y se podía castigar al impúber si *proximus pubertati sub et ob id intelligat se delinquere*. La ancianidad confería protección análoga respecto a la ley aplicable: *Ignoscitur his qui aetate defecti sum*. La capacidad de imputación no existe para los enajenados: *Furiosus satis ipso furore punitur*. En el caso de existir duda respecto a si un crimen se había cometido en el curso de una perturbación mental o de un intervalo lúcido, se seguía el principio de proceder en favor del acusado: *In dubio pro reo*. Los estados pasionales se consideraban igualmente desde esta época como circunstancias atenuantes.

El primero que trata como un todo científico los datos médico-sicológicos adquiridos en esa época es PABLO ZACHIAS, quien establece las bases de la psicología jurídica; sin embargo, hasta muy avanzado el siglo XVIII, el derecho penal no posee principios concretos y el procedimiento criminal como también la aplicación de las penas, aún se resienten de la influencia de la barbarie de la Edad Media.

Tras el derrumbamiento del feudalismo, las teorías de VOLTAIRE y de los filósofos de la Ilustración, junto con el nacimiento de la siquiatria clásica, contribuyeron a impulsar un movimiento que tendía a sentar los derechos del hombre, establecer la igualdad ante la ley, admitir la doctrina de la libertad individual, dar a las penas un fin humano, suprimir la crueldad de los procedimientos en la sumaria y en el castigo y poner los progresos médicos a disposición de la justicia. Es la época del nacimiento del asilo y la prisión. El tormento fue abolido por las Cortes españolas de 1812 y por el rey Fernando en 1817, aunque los azotes, la marca y la mutilación continuaron vigentes. El suplicio fue gradualmente abolido en Europa entre 1830 y 1848. La cárcel nació en 1840.

La desaparición gradual del suplicio y de la Inquisición no obedece a un acontecer espontáneo por voluntad del legislador, ni a la presión de los críticos humanitarios que levantaron voces de protesta contra las prácticas punitivas

del patíbulo, la horca, la hoguera y la picota. Se ha señalado cómo crecientemente el suplicado despertaba un sentimiento de identificación en las multitudes que, en ocasiones, impidieron las ejecuciones, levantando periódicas oleadas de agitación social que amenazaban el orden existente. El escenario del suplicio fue trasladado de la plaza pública a lugares ocultos de la vista de los ciudadanos, con lo cual el carácter ejemplarizante o escarmentador del castigo se había convertido en su contrario. Si para evitar el levantamiento de las masas la ejecución pública había de evitarse, la razón de ser del mismo perdía significado y era preferible buscar otras formas de penalidad. La derogación paulatina de las penas de muerte en Europa coincide con el surgimiento de la siquiatria como una nueva rama de la medicina. Los trabajos de PINEL y de su discípulo ESQUIROL, a principios del siglo XIX y los de W. GRIESINGER, a mediados, sientan las bases de la siquiatria clásica, de un lado y, de otro, facilitan el rescate definitivo del loco de la hoguera, en cuanto revelan la condición sicopatológica del otrora considerado como poseso o hechizado. No es, pues, casual, que en la segunda mitad del siglo XIX, en la mayor parte de las legislaciones penales europeas, aparezcan normas específicas referentes al delincuente anormal. Sin embargo es interesante anotar que la idea que inspiró tales normas no fue absolutamente novedosa, pues con ligeras variaciones en la formulación de las figuras jurídicas, fueron retomados los antiguos principios de la jurisprudencia romana, mantenidos en suspenso durante más de seis siglos, por las operaciones penales de la Inquisición cuya base doctrinaria como ya se ha dicho, era fundamentalmente demonológica.

1. EL LOCO Y LA JUSTICIA EN COLOMBIA

Son muy pocos los datos que poseemos acerca de la aplicación de penas en las comunidades precolombinas que ocuparon antes de la Conquista lo que es hoy el territorio de Colombia. Con mayor razón desconocemos el tratamiento jurídico que tales comunidades daban al loco que transgredía las normas indígenas de "No matar, no mentir, no hurtar y no quitar la mujer ajena". Según el cronista don JOAQUÍN ACOSTA en su obra *Descubrimiento y colonización de la Nueva Granada*, el homicidio, el rapto y el incesto eran castigados con la pena de muerte, los sodomitas eran empalados, el cobarde vejado y los ladrones azotados, pero nada sabemos si se hacía distinción entre delincuentes normales y anormales.

Durante la Conquista no hubo una legislación clara ni para los conquistados en relación con los conquistadores, ni para estos en relación con la Corona, aunque estos últimos estaban sometidos al Supremo Consejo de Indias. Suponemos que durante este breve período reinó la arbitrariedad y el absolutismo del conquistador.

Durante la Colonia, que se inició en 1563 con la creación de la presidencia del Nuevo Reino de Granada, se aplicó sucesivamente la legislación española, si bien de un modo indiscriminado y según las necesidades, se aplicaron también

normas de legislaciones anteriores al Descubrimiento y la Conquista. En su secuencia cronológica tales legislaciones fueron: El *Fuero Juzgo* de ALFONSO V (1263), el *Fuero Real* (1250), y las *Partidas* de ALFONSO X (1263), las *Ordenanzas Reales* de MONTALVO (1488), la *Nueva Recopilación* de FELIPE II (1567) y la *Novísima Recopilación* de CARLOS IV (1805). Pero al lado de los anteriores estatutos se aplicaron sucesivamente muchas de las recopilaciones de leyes de Indias entre las cuales citamos el *Cedulario* de PUGA (1525-1563), las *Leyes y Ordenanzas Reales de las Indias del Mar Océano* de ALONSO DE ZORITA (1570), el *Código* de ENCINAS (1596), el *Libro de Cédulas y Provisiones del Rey* (1541-1621), el *Libro I de las Recopilaciones de las Cédulas, Cartas, Provisiones y Ordenanzas Reales* de JUAN SOLÓRZANO (1622) y la *Recopilación de las leyes de los Reinos de las Indias* (1580).

Todo este aparato legislativo era aplicado por la Real Audiencia de Santa Fe, creada en el año de 1549. Por la misma época comenzó a funcionar en Santa Fe el Tribunal de la Inquisición y desde 1610, el Tribunal de la Inquisición de Cartagena, los cuales dictaron numerosas sentencias con penas atroces para herejes y brujos.

Ignoramos el alcance y especificidad de la aplicación de las disposiciones normativas de las legislaciones atrás reseñadas. Pero suponemos que existiendo la norma haya sido esta invocada en los casos concretos a que hacía referencia. Así por ejemplo la Ley X del libro V del *Fuero Juzgo* (1003) dice: "Los niños que son menores de XIII años, si quisiesen hacer manda de sus cosas o otro prometimiento, o por escrito, o por testimonias, non le puedan hacer, fueras ende si fuere por enfermedad o por miedo de muerte. E si por ventura esta coyta ovieren de X años adelante, puede cada uno dellos mandar de sus cosas lo que quisiere. E si después combrar de la enfermedat, cuanto mandaron non debe valer, fueras ende si por ventura tornaron en enfermedat o lo otorgaren de cabo, o si ovieren después cumplidos XIV años. E los niños e los viejos que son fechos locos o que non au nenguna sanidad en nenguna ora, nin pueden ser testimonias, ni maguer fagan manda, non debe valer. Mas si en alguna ora ovieren sanidad, lo que ficieren en aquel tiempo de sus cosas deve seer establecido".

Dos siglos más tarde (1250) la Ley VII del libro I, título XI del *Fuero Real* de España, dispuso: "Si algún loco, o desmemoriado ficiere Pleyto, mientras durare la locura, en el tal Pleyto como este, no vala: mas si en algún tiempo cobrare su sentido e su sanidad, el Pleyto que ficiere en tal tiempo, vala: maguer que después torne en locura. Otrosí mandamos que los que son de menor edad de catorce años, non pueden hacer ningún Pleyto que sea de su daño: más si ficiesen el Pleyto que sea de su pro no sea desfecho por aquella razón porque fizo Pleyto en tiempo que non era edad cumplida".

Algunos años más tarde el *Código de las Siete Partidas* de ALFONSO X EL SABIO, consignó las leyes siguientes referentes a los locos. Partida 3ª, título XV, ley VIII: "Otrosí decimos que non puede testiguar ome que aya perdido el seso, en quanto le durase la locura". La Partida 7ª, título I, ley IX: "Esso mismo dezimos que sería del loco o del furioso o del desmemoriado que lo non

pueden acusar de cosa que fiziese mientras que le durara la locura. Pero no son sin culpa los parientes dellos, quando non les facen guardar de guisa que non puedan fazar mal a otri”.

Y la Partida 7ª, título VIII, ley III, reza: “Otro sí dezimos, que si algúnd ome que fuesse loco, o desmemoriado, o moço que non fuese de hedad de 10 años e medio, matare a otro, que non cae por ende en pena ninguna, porque non sabe, nin entiendo el yerro que faze”.

Quien mejor subraya el espíritu de la antigua legislación española en lo concerniente al loco, es LARIZ, en su *Discurso sobre las penas*, cuando dice: “III-Hemos dicho que el loco no comete verdadero delito, porque le falta el conocimiento y la voluntad; y es así que si comete algún acto perjudicial no incurrir en las penas establecidas por las leyes; pero se deben tomar precauciones para que no haga daño a nadie, y quedan responsables las personas encargadas de su custodia; ley IX, título 1 y ley X, título 10. Partida 7: Y no solo no ha de castigarse al loco por los delitos cometidos durante su locura, sino que ni aún se le debe imponer pena extraordinaria, como algunos quieren, por los cometidos estando en su razón; pues ni puede tratarse de corregirle, ni su impunidad causa mal ejemplo, respecto que nadie formará el proyecto de delinquir con la esperanza de volverse loco después”.

El último de los códigos españoles que se aplicó en Colombia, incluso después de la independencia y del cual se iban a derivar casi literalmente nuestras primeras legislaciones penales, fue el *Código de 1790* cuyo artículo 8 dice: “No delinquen, y por consiguiente están exentos de responsabilidad criminal: 1º—El imbécil o el loco, a no ser que este haya obrado en un intervalo de razón. Cuando el imbécil o el loco hubiere ejecutado un hecho que la ley calificase de delito grave, el tribunal decretará su reclusión en uno de los hospitales destinados a los enfermos de aquella clase, del cual no podrá salir sin previa autorización del mismo tribunal. Si la ley calificase de delito no muy grave el hecho ejecutado por el imbécil o el loco, el tribunal, según las circunstancias del hecho, practicará lo dispuesto en el párrafo anterior, o entregará al imbécil o loco a su familia, si esta diese suficiente fianza de custodia”.

Durante los primeros años de la república se siguió aplicando el derecho penal español, si bien con algunas modificaciones impuestas por la cambiante situación político-militar, como fue la supresión de la Inquisición, en el año 1821, decretada por el Congreso de Cúcuta. En el año de 1837 y bajo el gobierno del doctor José Ignacio de Márquez se expidió la ley 27 de 1837 que fue el primer Código Penal de la nación y que rigió hasta 1863. Era esta una réplica de las leyes españolas reglamentarias de delitos y penas, especialmente del Código español de 1821, aunque también contenía algunas disposiciones extractadas del Código francés de 1810. El capítulo II, título I, libro II, *De las personas excusables*, de dicho Código, dice en su art. 106: “Son excusables y no están por consiguiente sujetos a pena alguna: el que se halle en estado de verdadera demencia o locura al tiempo de cometer la acción, o privado involuntariamente del uso de su razón”.

De conformidad con lo anterior y como anotación histórica, citada por ROSSELLI, mencionamos como ejemplo de la primera peritación siquiátrica practicada en Colombia, la que se hizo en Medellín el 17 de agosto de 1846, en el caso del padre José María Botero, quien fue condenado a la pena capital, por el delito de rebelión y quien fue excusado de la pena al declarársele loco con el diagnóstico de *polimanía razonante intermitente*.

La ley 112 de 1873, que sancionó el Código Penal de los Estados Unidos de Colombia, dotó al país de un Código que, con algunas reformas, fue un traslado literal del que se adoptó para el Estado de Cundinamarca en 1858, que a su vez reprodujo, casi en su totalidad, el de la Nueva Granada de 1837. El art. 34 del Código del 73 expresa: “De la misma manera, ninguna sentencia en que se imponga pena al que se halle en estado de verdadera demencia, se ejecutará i ni aún se notificará al reo hasta que sane; pero si la demencia del reo durase más de 15 días, de pronunciada la sentencia, que cause ejecutoria, se notificará esta a un curador que se nombre al demente, i se llevará por entonces a efecto en solo lo relativo a las penas pecuniarias”.

Y el art. 87 del mismo estatuto dice: “Son excusables, i no están por consiguiente sujetos a pena alguna: el que se halle en estado de verdadera demencia o locura al mismo tiempo de cometer la acción, o privado involuntariamente del uso de su razón”. Más adelante, y ya bajo el régimen de la república de Colombia, la ley 19 de 1890 que hizo entrar en vigencia el Código Penal dispuso en su art. 29: “Son excusables y no están, por consiguiente, sujetos a pena alguna: 1º) El que se halle en estado de verdadera demencia o locura al tiempo de cometer la acción, o privado involuntariamente del uso de la razón”.

En el mismo año en que se sancionó el Código anterior, se adelantó una peritación siquiátrica, citada por ROSSELLI, alrededor del caso del general Pedro A. Sánchez, sindicado del delito de homicidio en la persona de su esposa, hecho ocurrido en Bogotá y a quien se le diagnosticó una *manía impulsiva* y quien se supone que quedó libre por hallarse bajo las circunstancias contempladas en la norma atrás mencionada.

Algunos años más tarde, en 1912, JOSÉ VICENTE CONCHA presentó al Senado de Colombia un proyecto de Código Penal, calcado principalmente del Código Penal de Italia de 1889, con algunas modificaciones tomadas de los códigos alemán y holandés. Tal Código, que fue adoptado por la ley 109 de 1922 no entró, sin embargo, en vigencia. A propósito de este Código se inicia en nuestro medio el debate de la *escuela espiritualista o clásica* del derecho contra la *escuela antropológica o positivista*, fundada en las teorías de LOMBROSO. El Código de CONCHA que al decir de ANTONIO JOSÉ CADAVID, “se ha formado en armonía con las ideas cristianas y espiritualistas”, impone limitaciones y cortapisas a la total exención de responsabilidad penal del delincuente anormal, la cual se había consagrado ampliamente en todas las legislaciones anteriores, como lo hemos visto y, salvo la exclusión de pena para el loco, ordena someterlo a reclusión en manicomio, con las debidas seguridades. Dice CONCHA en la exposición de motivos de su Código: “Las cuestiones referentes a la responsabilidad penal en relación con el estado mental en que se hallare el acusado en el

momento de cometer el delito, son de las más difíciles y de las que han dado lugar a mayores debates, sin que se haya podido llegar todavía a la adopción de una fórmula que se acepte generalmente. La exagerada extensión que se ha dado últimamente a las funciones de los peritos médicos que sustituyen casi a los tribunales o jueces cuando se trata de decidir respecto a las dudas que surjan sobre la plenitud de la razón del acusado, contribuyendo no poco a complicar el problema, especialmente donde a teorías especulativas que no tienen la sanción científica, se les da valor análogo al de los textos legales”.

CONCHA es el primero en adjudicarle peligrosidad a los locos y el primero en sugerir la creación del *manicomio criminal*. Al respecto dice: “En tratándose de delincuentes que sin estar en situación de responder de sus actos como de ordinario, constituyen un peligro para la sociedad, se provee a la manera de custodiarlos en impedirles que hagan daño, sin sujetarlos a detención que tenga caracteres afflictivos. Estas medidas suponen la existencia de establecimientos especiales, *Manicomi criminali*, cuya creación debe procurarse, y que deben sustituirse, mientras esa urgente necesidad social no se satisfaga, con departamentos especiales de los manicomios comunes”.

El pensamiento jurídico de CONCHA respecto al loco se expresa en su art. 41 de su Código así: “No estará sujeto a pena el que ejecute el acto violatorio de la ley penal a tiempo que sus facultades mentales estaban debilitadas o trastornadas por causa de enfermedad, de tal suerte que carezca de discernimiento o de conciencia y libertad en sus actos. En este caso el juez suspenderá el procedimiento criminal y hará que se someta al sindicado a observación científica en un manicomio, con las seguridades debidas, hasta por un año, después de lo cual se decidirá sobre la responsabilidad; pero en ningún caso se dejará libre al que haya sido declarado en estado de enajenación, cuando se reputa peligroso”.

Posteriormente, la ley 81 de 1923 creó una Comisión Revisora del Código Penal, constituida por los doctores RAFAEL ESCALLÓN, JOSÉ A. MONTALVO, PARMENIO CÁRDENAS y LUIS RUEDA CONCHA, con el objeto de revisar el Código de CONCHA y elaborar un nuevo proyecto de Código Penal.

Con el trabajo de esta Comisión comienza a abrirse paso en nuestro medio la *escuela positivista* fundada en los principios básicos de la defensa social, la peligrosidad y la responsabilidad legal sin hacer distinción entre los normales y los anormales. Esta Comisión impugna el precepto penal de: “No hay delito si no se ha querido el hecho que lo constituya”, consagrado por las legislaciones precedentes y consignado entre otras, en la legislación italiana vigente en la época, negando doctrinaria y empíricamente la voluntad del sujeto, por cuanto el querer implicaba una voluntad libre y un criterio de imputabilidad moral, que, al decir del doctor PARMENIO CÁRDENAS, estando el juez humano imposibilitado para medir la culpabilidad moral, era necesario buscar un criterio más positivo y más práctico para la penalidad y ese criterio no podía ser otro que la responsabilidad social, la cual permite estudiar la peligrosidad del agente, y adoptar las medidas de defensa más apropiadas de acuerdo a la misma. Para esta Comisión, el criterio de imputabilidad moral no servía de base para un có-

digo penal moderno, puesto que “para la escuela positiva de la justicia penal que responde a una necesidad absoluta de defensa social, no hace distinción entre delincuentes normales y anormales y todo el que cometa hechos previstos por la ley penal, queda sometido a esta, la cual solo debe adoptar sus sanciones represivas a la personalidad de los criminales”.

De esta forma, la concepción penal de la Comisión del 23 quedó expresada en los arts. 41, 42 y 43 de su anteproyecto así: “No es punible el que al tiempo de cometer el hecho se encuentra en estado de enajenación mental o de intoxicación crónica producida por el alcohol o cualquiera otra sustancia venenosa, o padezca de grave anomalía síquica, pero el juez debe ordenar que se le segregue y someta al tratamiento médico conveniente en un manicomio u otro establecimiento adecuado, si a causa de su enfermedad, demás condiciones personales y el hecho cometido, se le considera peligroso para la sociedad.

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

El articulado anterior, con ligeras modificaciones sufridas a manos de la Comisión que revisó el anteproyecto y elaboró el proyecto definitivo que sería erigido en estatuto penal, mediante la ley 95 de 1936, significó el triunfo del positivismo penal en Colombia, en momentos en que este había sido derrotado en Italia. Para situarnos en los demás inmediatos antecedentes de la ley penal que nos rige veamos lo que nos dice LOZANO Y LOZANO, uno de los autores del proyecto definitivo: “Debemos tener en cuenta los siguientes hechos: las escuelas penales modernas arrancan del movimiento iniciado por LOMBROSO, quien fue el primero en sostener la tesis de que era necesario estudiar al delincuente antes que al delito, porque el delito es un fenómeno natural producto de la constitución orgánica de los individuos y es en su calidad de fenómeno natural como conviene estudiarlo. De esta concepción de LOMBROSO se derivan las siguientes consecuencias: las antiguas teorías de la penalidad se derrumban por prescindir del factor humano, para estudiar únicamente la manifestación objetiva del delito como ente jurídico abstracto.

”Si el delito está determinado por factores antropológicos, según las concepciones de LOMBROSO, de nada sirven las consideraciones morales y la pena misma tiene un objeto distinto del que le asignaban los sostenedores de las teorías clásicas. La gravedad de la pena no se mide ya por la importancia del derecho violado, sino que, a mayor impulso, corresponde mayor capacidad para el delito en el delincuente; este debe sufrir también una pena mayor, lo cual envuelve, en otros términos, el concepto de la peligrosidad. Fue FERRI quien completó aquel esquema añadiendo al factor antropológico el concepto también natural de los factores sociales, de todo lo cual resulta que todo hombre es siempre responsable de todas las acciones antijurídicas por él ejecutadas, únicamente porque vive en sociedad y en tanto que vive en sociedad”. El mismo LOZANO Y LOZANO opinaba en el seno de la Comisión: “La sociedad debe defenderse de aquellos individuos que tengan capacidad penal, capacidad que no pueden tener sino los anormales”.

2. EL CÓDIGO DE 1936

El art. 29 del Código Penal de 1936 introduce por primera vez en firme, en la legislación colombiana, un tratamiento jurídico diferencial para el delincuente anormal. Tal art. 29 dice a la letra: "Cuando al tiempo de cometer el hecho, se hallare el agente en estado de enajenación mental o de intoxicación crónica producida por el alcohol o por cualquier otra sustancia, o padeciere de grave anomalía síquica, se aplicarán las sanciones fijadas en el capítulo II del título II de este libro", es decir, las llamadas medidas de seguridad, que define el artículo 61 del Código, así: "Son medidas de seguridad: a) para los delincuentes a que se refiere el art. 29: La reclusión en un manicomio criminal o en una colonia agrícola especial; la libertad vigilada; el trabajo obligatorio en obras o empresas públicas; la prohibición de concurrir a determinados lugares públicos..."

El mismo Código define el *manicomio criminal* en los siguientes términos en su art. 62: "El manicomio criminal y la colonia agrícola especial son establecimientos organizados de acuerdo con las prescripciones de la ciencia médica, separados de las instituciones similares, para enfermos de la mente comunes, dirigidos por siquiátras, y en donde en cuanto sea posible, deberá establecer el trabajo industrial o agrícola".

Los arts. 29 y 61 dan origen a dos instituciones: el *delincuente anormal* y el *manicomio criminal*, que, a partir del año 36, se entronizan oficialmente a título jurídico. Pero pese a la definición que ya desde el año 36 hizo el Código del *manicomio criminal*, es decir, pese a la creación por la ley del manicomio criminal, este en realidad, aparte de su incorporación y oficialización en el texto legal, nunca ha existido.

Lo que hoy conocemos como *manicomio criminal* es apenas el resultado de la buena voluntad de unas cuantas personalidades que en uno de los pabellones de la Penitenciaría de La Picota organizaron el *manicomio criminal*, tal como detalladamente nos lo relata el doctor Raúl García en documento adjunto. Obviamente, las personas que con tan buena voluntad han prestado su concurso para brindar alguna atención a los delincuentes anormales, no son responsables del inmenso abismo que media entre el texto de la ley: "el manicomio criminal y la colonia agrícola especial son establecimientos organizados de acuerdo con las prescripciones de la ciencia médica" y lo que existe en la realidad: un lugar sórdido y dantesco que niega las más elementales ideas acerca de una institución supuestamente destinada a albergar delincuentes anormales. Se cae de su peso que el único responsable es el Estado.

Ahora bien, el delincuente anormal, cualquiera sea su delito, es sometido por la justicia a igual tratamiento penal, pese a las diferencias que la misma ley introduce. El art. 63 del Código ordena: "El manicomio criminal se destina para recluir a los alienados que cometan delitos para los cuales se señalan penas de presidio o cuyo estado los haga especialmente peligrosos". Con otras palabras, al *manicomio criminal* solo se debe enviar a aquellos delincuentes anormales que cometen delitos mayores, para los cuales se señala la pena de presi-

dio de 1 a 24 años, v. gr. homicidio. Sin embargo allí se envía también a los delincuentes anormales que cometen infracciones para las cuales se señala, en condiciones corrientes, la pena de prisión o la de arresto, lo mismo que a muchos sujetos que aún no han sido sentenciados y tan solo se encuentran en calidad de sindicados.

El legislador habría querido, en apariencia, favorecer a los anormales que incurren en ilicitudes de menor cuantía, instituyendo para ellos la *colonia agrícola especial* o la libertad vigilada, pero, en la práctica, los intermediarios entre la ley y el delito, esto es los jueces, miden con el mismo rasero a todos los delincuentes anormales e invariablemente los condenan al *manicomio criminal* desbordando con ello las limitaciones fijadas por la ley, o bien, presumen arbitrariamente en el delincuente anormal circunstancias de especial peligrosidad. Por otra parte, por la ausencia de la *colonia agrícola especial*, creada por la ley pero no organizada por el Estado, los delincuentes anormales que eventualmente son condenados a esta sanción, terminan del mismo modo reclusos en el manicomio criminal.

Tal discrepancia constituye de hecho una contradicción de orden suprallegal, que se resuelve adjudicándose de antemano al loco más el carácter de delincuente peligroso que de enfermo, pues como más adelante lo veremos, la condición mental del delincuente solo incide como una circunstancia fortuita de orden procedimental, es decir, en la técnica del juicio, ya que, a la postre, el anormal no es conducido a un hospital sino a un presidio y no es tratado como un paciente sino como un recluso. Del texto del estatuto penal se desprende la intención del tratamiento penal diferencial para el delincuente anormal, de su exclusión del régimen de penas corrientes e incluso de su conceptualización como algo diferente del delincuente común, pero en la práctica se borran todas estas diferencias y muy por el contrario lo que se pretendía como consideración merced a su enfermedad, se torna en su opuesto dialéctico, es decir, en franca desventaja frente al delincuente normal, hasta el extremo que el delincuente anormal permanece confinado, de ordinario, mucho más tiempo que el que permanece un delincuente normal por el mismo delito.

3. EL MANICOMIO CRIMINAL

En los extramuros del sur de Bogotá, donde la ciudad termina y comienza la vía que conduce a Usme, se encuentra localizada la Penitenciaría Central de Colombia *La Picota*, establecimiento destinado a la reclusión de los sentenciados a la pena de presidio, uno de cuyos pabellones aloja a los delincuentes anormales, sin adecuación o habilitación previa de ninguna naturaleza. Una descripción locativa de este pabellón llamado "Manicomio Criminal" se encuentra en el informe de LUIS CARLOS TABORDA y sus colaboradores "El Anexo siquiátrico de la Penitenciaría de La Picota", lo cual hace innecesario redundar aquí en tales aspectos.

4. LA JUSTICIA Y EL LOCO. ESBOZO DE UNA CRÍTICA

Las figuras del *delincuente anormal*, *manicomio criminal* y *peligrosidad* nacieron en el Código del 36, aunque ya desde el Código de CONCHA se venían incubando tales instituciones, las cuales se perfilaron cada vez con mayor nitidez en las sucesivas formulaciones de los juristas encargados de elaborar los proyectos de Código, de los cuales se desprendió el actual. La preocupación de los redactores del estatuto vigente era dotar al país de un Código moderno, que le permitiera al Estado hacer frente a la criminalidad —se entiende que se trata de una criminalidad creciente—. Y si el Código del 90 se juzgaba obsoleto o anticuado era precisamente a causa de su ineficacia para contener el crecimiento vegetativo del delito, o con otras palabras, si el delito continuaba en incremento, pese a la existencia de una institución represiva del mismo, era porque había algo que fallaba en los ordenamientos doctrinarios, normativos y penalógicos del Estatuto del 90.

Dentro de tal línea de raciocinio se encontraron los expertos juristas desde 1925. Pero el mérito de buscar al ahogado río arriba no es solo de nuestros togados —ellos apenas se limitaron a transplantar credos foráneos— sino también de los juristas europeos y en particular de los italianos, quienes con igual alarma contemplaban el incontenible aumento de la criminalidad en sus países y para quienes la explicación de la criminalidad en sus países y para quienes la explicación de este fenómeno había que buscarla en el hombre, pero no en el hombre abstracto, como querían los libero-arbitristas, sino en el hombre delincuente. El desplazamiento de la mirada desde el delito hasta el delincuente, es decir desde un hecho criminoso, como el resultado de una acción sicofísica moralmente enjuiciable, hasta el actor como ejecutor de acciones punibles en virtud de sus determinismos bio-socio-antropológicos, como delincuente *per se*, como sujeto inexorablemente inclinado al ilícito, a pesar del carácter aflictivo o represivo del castigo, provocó un desplazamiento teórico. Si para unos lo esencial era la rehabilitación por la expiación de la culpa por medio del castigo, para otros lo fundamental era la defensa social por la reparación de la lesión inferida a la seguridad y tranquilidad de la colectividad mediante el castigo intimidatorio y defensivo. Para unos la doctrina revelaba la metafísica del bien y el mal; para otros, la doctrina fundaba la metafísica del peligro y la defensa; pero unos y otros quedaron atrapados en la metafísica de las figuraciones, pues mientras que los partidarios de la doctrina del libre albedrío consideraron al hombre en abstracto, como una entidad jurídica neta y como un sujeto capaz de emitir juicios de valor ético, los partidarios de la doctrina positivista cayeron igualmente en la abstracción del hombre, al considerarlo tan solo como un producto de sus factores hereditarios, biológicos y antropológicos. El positivismo creyó que bastaba una conmutación conceptual en el aparato jurídico, para que la situación, esto es la situación criminal, se redujese a su justo nivel. El positivismo jurídico-penal logró abrirse paso en muchas legislaciones europeas y latinoamericanas y para ello las condiciones socio-políticas de los Estados donde se impuso estaban dadas. En Italia y otras naciones europeas, el ascenso

del fascismo al poder; en Latinoamérica el advenimiento de toda suerte de dictaduras. El libero-arbitrismo fue incapaz de contener el avance del positivismo, entre otras razones, porque a la luz de la experiencia empírico-histórica, había fracasado en su empeño de reducir el delito y porque ante el fenómeno del ascenso revolucionario de las masas trabajadoras en la etapa de pre-guerra, prestaba muy flacos servicios al Estado, en cuanto aparato de dominación hegemónica en vías de fortalecimiento. Al respecto dice FERRI: “La función penal, por la cual el Estado hace al individuo responsable del delito cometido por él, es la expresión y el efecto de una doble necesidad natural: de un lado preservar a la comunidad toda de las formas antihumanas de la criminalidad y, de otro, defender a una parte de la colectividad, la clase dominante”. Huelga cualquier comentario acerca del papel que el positivismo jugó en el proceso del afianzamiento de una clase en el poder.

Al margen de las razones históricas que sustentan su emergencia, allí donde se adueñó del pensamiento jurídico-penal, el *positivismo*, armado de naturalismo y mecanicismo, le enrostra a la escuela clásica su exceso de racionalismo y su precariedad de argumentos provenientes de las ciencias experimentales, es decir su debilidad científica. Acerca de lo anterior dice LUIS C. PÉREZ: “La afirmación del libre albedrío, tal como se entendía este concepto a comienzos del siglo XIX, fue el punto débil por donde atacó victoriosamente el positivismo naciente. Al modificarse sustancialmente el método científico, en el siglo XIX, habría de surgir, como efectivamente surgió y se impuso, una explicación naturalista de los hechos sociales y hasta de psicología individual, tratando de negar el criterio racionalista de los clásicos, de modo que el principio de causalidad se impuso a la lógica abstracta. Los hechos interpretados sobre la base de la experiencia, eran más importantes que los conceptos, y era sobre estos hechos como debían construirse las teorías delictivas y penalógicas”.

Entre tanto los años han pasado y los reparos que en su tiempo se hicieron a la escuela clásica por su impotencia frente al delito no son muy distintos de los reproches que pueden hacerse hoy al positivismo, por el mismo motivo. Una crítica seria a las doctrinas de FERRI, LOMBROSO y GAROFALO debe tomar como punto de partida sus concepciones mecanicistas, causalistas y antidialécticas, concepciones que no solo permitieron el fortalecimiento en el poder, de regímenes arbitrarios, sino que a título de la defensa del Estado, es decir de la clase dominante según su teoría, negaron la esencia revolucionaria del hombre y de la sociedad. Si el positivismo también fracasó históricamente en su tarea de limitar al delito y defender la sociedad, es simplemente porque su credo acerca del delito y del delincuente, al igual que la teoría de la escuela clásica, se afirma sobre bases ahistóricas y metafísicas, apenas si, cubierta por un débil disfraz de empirismo vulgar. Todo lo que los clásicos y los positivistas han hecho hasta la fecha es situar al delincuente y al delito fuera del contexto social, al margen de los dinamismos propios de los grupos sociales en pugna, como creaciones de la abstracción ontológica. Mientras no se reflexione sobre el hombre delincuente y sus actos, como un producto específico de una determinada sociedad, se cae en el vacío teleológico, y mientras no se enjuicie a la

sociedad como la verdadera y única responsable de la producción de delincuencia, toda discusión acerca de sus subproductos delincuenciales conduce a la logomaquia y el galimatías.

Las anteriores digresiones nos permiten entender cómo la visión del loco que incurría en conductas criminales que tenían las escuelas jurídicas anteriores, fue radicalmente sustituida. El positivismo se afirmó sobre sus postulados de peligrosidad y defensa social y el loco quedó involucrado automáticamente dentro del sistema, por cuanto, *a priori*, se le adjudicó una "extrema peligrosidad". La concepción humanitaria fue reemplazada por una draconiana y así el loco constituyó un "peligro" del cual hay que precaverse, ya que representa una amenaza para la seguridad y la tranquilidad ciudadanas, que ya potencialmente puede perturbar el orden público. El loco sirvió de chivo expiatorio al positivismo que encontró en él su base argumental y en su delito la comprobación de su doctrina.

Es un hecho que el concepto de *peligrosidad* era corriente en siquiatría desde los comienzos del siglo XIX, como lo comenta JEAN PINATEL; "En el sistema francés inaugurado en 1838, el prefecto tenía el poder de ordenar la remisión de oficio a un establecimiento siquiátrico y por una duración indeterminada, si bien con revisiones cada 6 meses, de toda persona cuyo estado mental comprometiera el orden público y la seguridad de las personas", remisión-reclusión que se hacía sobre la presunción de peligrosidad potencial en todo enfermo. La transposición de este concepto a la criminología la efectuó GAROFALO en 1878 bajo el nombre de *temibilidad* en el artículo *Studi recenti sulla penalità*, publicado en el *Giornale Napolitano di Filosofia e Lettere*. FERRI consideró este concepto como la verdadera piedra angular del nuevo edificio científico, puesto que le brindaba un sustrato teórico a su clasificación empírica de los criminales que él dividía en: criminal nato, criminal alienado, criminal habitual, criminal pasional y criminal de ocasión. Dentro de esta nosología criminal, a excepción del último grupo, es evidente que todos los demás son grupos de "anormales". De allí que, con posteridad, la clasificación positivista fue orientada en función de la distinción entre personas anormales y normales. La doctrina jurídica positivista atribuye una presunción de "peligrosidad individual" a un *status* patológico determinado y tal presunción se expresa meridianamente en el art. 64 de nuestro Código así: "La reclusión en los establecimientos de que tratan los dos artículos anteriores (*manicomio criminal, colonia agrícola*) subsistirá hasta que el enfermo o intoxicado deje de ser un peligro para la sociedad, pero en ningún caso podrá ser menor de dos años en el manicomio criminal, ni de un año en la colonia agrícola especial. Dicha reclusión no podrá cesar sino condicionalmente en virtud de decisión judicial, con audiencia del ministerio público y previo dictamen de peritos que declaren desaparecido el peligro de que el enfermo vuelva a causar daño".

La construcción teórica que de la *peligrosidad* hace el positivismo, se constituye en un núcleo autónomo ajeno al delito, al delincuente y por lo tanto a la sociedad. Veamos lo que dice MAGGIORE, citado por LUIS C. PÉREZ: "...reduciendo el reo a un ser anormal o enfermo, el delito no será sino el resultado casi fa-

tal de una constitución sicofísica, a donde no llega la luz de la libertad, de este modo, el mundo penal del positivista gira en torno de un poste conectado con corriente eléctrica, en el que está escrito: *Es peligroso tocar...* según esto, ya no habrá reos ni delitos, ni penas, sino personas peligrosas, acciones peligrosas y medidas encaminadas a evitar un peligro. Y si queremos ser más lógicos aún, no habrá ni siquiera derecho penal, ya que no existe derecho sin justicia sino solamente derecho de defensa; y ni siquiera será derecho, sino un simple mecanismo de defensa". Pero FERRI acepta la expresión de GRISPIGNI, según la cual "una persona es peligrosa porque y en tanto es síquicamente anormal" y así el loco se convierte en el objeto donde se simbolizan y condensan todas las justificaciones doctrinarias del positivismo.

Reafirmando este concepto, el mismo FERRI expresa en otra de sus obras: "Si todo delito, desde el más leve al más grave, es la expresión sintomática de una personalidad antisocial, siempre más o menos anormal y, por tanto, más o menos peligrosa, es inevitable la conclusión de que el ordenamiento jurídico de la defensa social represiva no puede subordinarse a una supuesta normalidad, intimidabilidad o dirigibilidad del sujeto que delinque". Hemos visto cómo esta escuela, al efecto de la defensa social, es decir del castigo, fundado este sobre la *responsabilidad*, no hace ninguna distinción entre anormales y normales. En este sentido el artículo 11 de nuestro Código dice taxativamente: "Todo el que cometa una infracción prevista en la ley penal será responsable...", pero a renglón seguido, en el art. 12, fundamenta la responsabilidad en la *culpabilidad* y establece una excepción: "las infracciones cometidas por personas que no estén comprendidas en la disposición del art. 29, son intencionales o culposas". Con otras palabras: El art. 11 nos dice que todo el que cometa una infracción a la ley penal es responsable, bien se trate de sujetos normales o anormales, pero el art. 12 nos dice que las infracciones cometidas por las personas normales son intencionales o culposas, mientras que las infracciones de las personas anormales no son intencionales o culposas. No habiendo, pues, culpabilidad en estas últimas, no podría haber responsabilidad, ni tampoco podría hablarse en ellas de infracción a la ley penal, puesto que según la jurisprudencia: "Para que un acto humano se pueda configurar como delito, es necesario que ese hecho conlleve la violación de una norma positiva de la ley penal, presupuesto que entraña la estructuración de los diversos elementos del delito en sus dos aspectos material y subjetivo. En ausencia de cualquiera de los factores que integran el delito en sus aspectos material, subjetivo y jurídico, el hecho aunque intrínsecamente sea reprochable, no constituye delito, pues falta uno de los elementos indispensables para que se tipifique como infracción de la ley penal. La sola estructuración del hecho material no entraña violación de la norma positiva, cuando el elemento subjetivo o intencional en orden a la violación de una norma jurídica tutelada por el Estado no se halla demostrado"¹. En la teoría jurídica general, dice LUIS CARLOS PÉREZ, inadecuada en la dogmática colombiana, para que el agente sea punible,

¹ Tribunal Superior de Bogotá, auto del 23 de marzo de 1950, t. LXVII, pág. 221, citado por ORTEGA TORRES.

nible debe ser responsable. A su vez, para que responda ante la ley tiene que ser culpable. Mas para que pueda ser culpable, es necesario que comience por ser imputable. Por consiguiente, la imputabilidad es el fundamento de la culpabilidad.

Los delincuentes del art. 29 no son imputables por definición, por tanto están exentos de culpa y por ende deben estar libres de responsabilidad. Sin embargo, el art. 11 hace responsables por igual a normales y anormales, no obstante que el art. 12 contrae la culpabilidad tan solo en aquellas personas que no están en el art. 29. Las evidentes contradicciones que en materia de definición se deducen de lo anterior, solo se pueden explicar por el deseo del positivismo de sancionar de cualquier manera la peligrosidad del loco, lo cual se expresa claramente en el art. 29 cuando dice que a las personas comprendidas allí se les sancionará con las *medidas de seguridad*. Pero la sutil distinción entre penas corrientes para el normal y medidas de seguridad para el *anormal*, no pasa de ser un simple juego de palabras, cuando por definición y de entrada, se prescriben sanciones para los anormales.

Veamos ahora cómo los redactores del Código explicaron en 1935 las bases teóricas de esta concepción: "Guiada la Comisión por los principios que informan la doctrina de la defensa social, como los únicos que pueden procurar una eficaz represión de la delincuencia, ha adoptado el de la actividad sicofísica como base de la imputabilidad penal, y ha considerado en consecuencia que no hay razón alguna para que se excluya de una sanción represiva los actos de los locos, los anormales, los intoxicados, los menores, que en su condición de seres peligrosos para la sociedad deben también estar sometidos a la acción del Código Penal. Adoptada la actividad sicofísica como base o fundamento de la imputabilidad penal y la peligrosidad social, como medida de la responsabilidad, era consecuencia ineludible que el título de las sanciones no contuviera solo la reglamentación de lo que tradicionalmente se ha llamado pena y que exclusivamente se ha venido aplicando a los normales sanos de mente con un contenido menos disimulado de expiación o sufrimiento, sino que comprendiera también la reglamentación de las llamadas *medidas de seguridad*, que deben aplicarse a los que en el momento de cometer el hecho sean menores de cierta edad o se encuentren en estado de enajenación mental, o de intoxicación crónica producida por el alcohol o cualquiera otra sustancia, o padezcan de grave anomalía síquica".

Las *medidas de seguridad* consisten, en la práctica, en la reclusión en *manicomio criminal*, sanción que precede en la mentalidad del encausador a cualquiera otra de las *medidas de seguridad* contempladas por el Código. Tal prioridad punitiva da cuenta de la escotomización que de otros tipos de *medidas de seguridad* hace el juez, quien ve en el anormal solo el inexorable peligro y la fatal amenaza, que solo pueden ser conjuradas merced a su reclusión represiva. De esta forma, el anormal es sometido a un doble castigo; por ser *loco* y por ser *delincuente*. Por lo primero, el castigo de su confinamiento en el *manicomio criminal* por un tiempo indeterminado no inferior a dos años, por lo segundo, la obligación de someterse a todas las consecuencias penales que su acto ha acarreado, esto es, el castigo, por cuanto su condición de anormal no anula su responsabilidad ante la ley. En relación con lo anterior se advierte otra contra-

dicción legal, insalvable desde el punto de vista teórico, pero superable gracias a los alegres malabarismos verbijurídicos de los redactores del Código. Si el sustrato de toda la concepción penal es la determinación de la peligrosidad que emana, como un fluido, del delincuente anormal, al que se contraponen, como defensa social, una sanción embozada tras un dispositivo de seguridad, las consecuencias penales no habrían de derivarse ni de la calidad, ni de la cantidad de su acto, sino de la calificación de su peligrosidad en tanto que esta fuera objetivamente mensurable. Pero la naturaleza del acto no es un reflejo especular de la *peligrosidad*, ni existe ningún género de coincidencia entre peligrosidad y calidad y cantidad del acto, o, con otras palabras, a una mayor *peligrosidad*, para hablar en términos positivistas, no corresponde una más reprochable *criminalidad* y viceversa: delitos de menor envergadura penal no implican necesariamente menor *peligrosidad*. Un loco podría exhibirse en público, o causar unas lesiones personales, sin que uno y otro delito traduzcan una dimensión particular de una supuesta *peligrosidad*. O bien, un normal puede limitarse a falsificar un cheque de cuantía insignificante o a organizar un próspero comercio de cocaína, sin que su atribuida *peligrosidad* se manifieste concomitantemente en estas o aquellas conductas delictivas, de diferente tarifa penal.

Por otro lado, la *peligrosidad*, sobre la cual se asienta la sanción penal, solo puede establecerse como juicio de probabilidad, proyectado al futuro y referido al autor, no al acto; esto es, como hipótesis de probabilidad estadística de que el sujeto reincida. A la postre, pues, se sanciona, al tenor de la concepción *causalista* del positivismo vigente, una probabilidad estadística, convertida y ritualizada en algo absoluto y trascendente, como si se tratara de una segregación o una excrecencia del loco.

El desplazamiento del delito al delincuente, del acto al actor, de la acción como expresión de la anormalidad del anormal es, en primer lugar, una sustitución de objetos, como bien lo expresa FOUCAULT: "En cambio, el objeto *crimen*, aquello sobre lo que se ejerce la práctica penal, ha sido profundamente modificado: la calidad, el carácter, la sustancia en cierto modo de que está hecha la infracción, más que su definición formal. La relativa estabilidad de la ley ha cobijado todo un juego de sutiles y rápidos relevos. Bajo el nombre de crímenes y de delitos, se siguen juzgando efectivamente objetos jurídicos definidos por el Código, pero se juzgan a la vez pasiones, instintos, anomalías, achaques, inadaptaciones, efectos de medio o herencia; se castigan las agresiones, pero a través de ellas, las agresividades; las violaciones, pero a la vez, las perversiones; los asesinatos, que son también pulsiones y deseos. Se dirá: No son ellos los juzgados, si los invocamos es para explicar los hechos que hay que juzgar, y para determinar hasta qué punto se hallaba implicada en el delito la voluntad del sujeto. Respuesta insuficiente, porque son ellas, esas sombras detrás de los elementos de la causa, las efectivamente juzgadas y castigadas. Juzgadas por el rodeo de las *circunstancias atenuantes* [o del art. 29], que hacen entrar en el veredicto no precisamente unos elementos *circunstanciales* del acto, sino otra cosa completamente distinta, que no es jurídicamente codificable: el conocimiento del delincuente, la apreciación que se hace de él, lo que

puede saberse acerca de las relaciones entre él, su pasado y su delito, lo que se puede esperar de él para el futuro. Juzgadas, lo son también por el juego de todas esas nociones que han circulado entre medicina y jurisprudencia desde el siglo XIX (los monstruos de la época de GEORGET; las anomalías síquicas de la circular CHAUMIE; los criminales natos de LOMBROSO, el criminal alienado de FERRI, los perversos y los inadaptados de los dictámenes periciales contemporáneos), y que con el pretexto de explicar un acto, son modos de calificar un individuo. Castigadas, lo son con una pena que se atribuye por función la de volver al delincuente «no solo deseoso sino también capaz de vivir respetando la ley y de subvenir a sus propias necesidades»; lo son también por el juego de esas medidas de seguridad de que se hace acompañar la pena y que no están destinadas a sancionar la infracción, sino a controlar al individuo, a neutralizar su estado peligroso, a modificar sus disposiciones delictuosas y a no cesar hasta obtener tal cambio”.

Tal desplazamiento de objeto llevó aparejado para el loco una transmutación de campo: la conmutación de la tutela familiar u hospitalaria por la vigilancia judicial. El loco quedó atrapado dentro de la armazón jurídica que establece sobre él toda una serie de juicios apreciativos, diagnósticos, pronósticos, normativos, punitivos y penitenciarios. Un hecho decisivo es la manera como ha evolucionado la lectura de la locura en la práctica penal. Los códigos prepositivistas dicen que no existe delito si el infractor se hallaba en estado de demencia al tiempo del hecho. La asignación de la locura excluía por tanto la calificación de un acto como delito. Si el autor estaba loco, no había consecuencias derivadas del acto en cuanto al acto mismo o su pena, era el delito mismo el que desaparecía como figura o, con otras palabras, la sustancia del delito se extinguía por sustracción de materia. Era un contrasentido o una contraevidencia, pues, declarar a alguien a la vez culpable y loco; el diagnóstico de locura, si se establecía, no podía incorporarse en el juicio; interrumpía la actuación y sustraía la presa de la justicia sobre el autor del acto.

Pero luego, al darse la *trasposición de objeto*, la adjudicación de la locura, en un doble y simultáneo movimiento, confirió al autor la responsabilidad del delito, por el cual debe sancionarse, y la inminente peligrosidad, por la cual debe sancionarse también. Es decir, la doble sanción: por el delito y por la peligrosidad, en la unidad de la locura, a cargo del loco.

Ahora bien, la institución *manicomio criminal* a la cual se condena al loco delincuente, está envuelta en un cierto hábito que trasunta medicina y siquiatria, por las connotaciones elementales de la palabra *manicomio* y porque el código además ordena que “el manicomio criminal es un establecimiento organizado de acuerdo con las prescripciones de la ciencia médica... dirigido por siquiabras”. Empero, el código no dice más que lo que dice, ni hace lecturas que desborden el campo de su visión punitiva; para el efecto de lo que persigue es implacablemente sabio, pues lo único que ordena es castigar al loco delincuente, en ningún caso aliviar al delincuente loco. Con una lucidez que se extiende mucho más allá de toda duda razonable, dice el Código en su art. 63: “El manicomio criminal se *destina* para *recluir* a los alienados que cometen delitos para

los cuales se señalan penas de presidio, o cuyo estado los haga especialmente *peligrosos*”. Y en el 64: “La *reclusión* en los establecimientos de que tratan los dos artículos anteriores subsistirá hasta que el enfermo o intoxicado deje de ser un *peligro* para la sociedad”. Es abundar en la redundancia, a la luz de las anteriores formulaciones, anotar que la destinación del *manicomio criminal*, lejos de ser la de proporcionar al loco un lugar, una terapéutica médica y un coeficiente de mejoría en su enfermedad, es exclusivamente la confinación del loco, no a título de enfermo, sino a título de delincuente peligroso y hasta tanto deje de ser peligroso. La desaparición del peligro se piensa aquí de una forma mágica, sin conexión con la entidad que supuestamente genera el peligro y de la cual este deriva linealmente, ya que sería menester, al interior de la lógica jurídica, plantear antes que el efecto, la causa, es decir, hacer preceder la desaparición de la enfermedad a la desaparición del peligro, como se podría predicar de la infección y la fiebre. Pero no; se cogita y se norma la desaparición del peligro como ente abstracto, dentro de un apretado juego de metalepsis y metonimias, aunque desde antes se le definía como apéndice imperioso de un estado, sin mencionar la adjudicada causa, cuya cesación implica necesariamente un enfoque de práctica física, que no es deseable dentro del correlato punitivo.

No es entonces casual lo que es en realidad el *manicomio criminal*: una ergástula dentro de un presidio, destinada a confinar al delincuente anormal. Salta a la vista que al no señalarlo la ley, no hay por qué prestarle auxilio siquiátrico al loco, y es más evidente aún que al no administrarse terapia, no habrá rehabilitación. El resultado final de este engranaje y de este proceso no puede ser otro que la muerte psicológica del recluso, es decir, el genocidio jurídico. Así *manicomio criminal*, ley penal y Estado, han cumplido su cometido.

Las incursiones médicas a este predio represivo adolecen de un humanismo supralegal, deseable desde el punto de vista profesional y social ante el fenómeno de la enfermedad, pero ineficaz e indeseable desde el punto de vista de la ley y el Estado. La incuria y el caos que desde la óptica sanitaria podrían denunciarse, son justamente la armonía y el orden desde la óptica del Estado. Lo que existe en la realidad no es distinto de aquello que desea la ley, y todo reparo al Estado por negligencia o desinterés debe tomarse como su polo opuesto, merecedor de aplauso y felicitación, pues donde se ve desidia hay que leer eficacia y donde se ve abandono hay que leer eficiencia.

En varios puntos de este encadenamiento jurídico de eslabones doctrinarios y procedimentales de la liturgia penal, la medicina es comprometida a jugar un papel que, en última instancia, hace recaer sobre ella la sospecha de complicidad y celestinaje. La ley convoca a la siquiatria para que se pronuncie sobre materias que en virtud del desplazamiento de campo dejan de ser enteramente objeto de su reflexión y coloca en manos del peritaje siquiátrico, la determinación de aquello que conviene a los fines jurídicos: el pronóstico de peligrosidad deducida de un diagnóstico, con lo cual en un solo y mismo acto el perito siquiátrico, de paso, se expresa sobre el concepto netamente jurídico de la *imputabilidad*, primero; y después, el movimiento en sentido contrario, el contraponóstico de *desaparición de la peligrosidad*, deducido del vacío, con lo

cual el perito siquiatra se pronuncia, de paso, sobre otro concepto de la más pura pertenencia jurídica: la *defensa social*.

De esta forma se transfiere de la instancia jurídica a la extrajudicial la calificación de la que dependerán los desarrollos ulteriores. La justicia, obrando como personera de la sociedad, se exculpa y se lava las manos, endosando a la medicina la responsabilidad de proferir dictámenes, de cuya aureola de seriedad se desprenden graves decisiones, en tanto que enunciados de irreprochable científicidad y, a su turno, la medicina se exculpa a sí misma, sin otro cargo de conciencia que haber obedecido al mandato de la ley con arreglo al mantenimiento del orden social establecido.

A la postre, es el siquiatra quien termina aplicando la sanción, sin conciencia de sí mismo, como ejecutor de un designio supramédico que lo instrumentaliza y lo convierte en vehículo de lo que realmente se trata: castigar al loco por la mediatización de su aparato científico, el cual no es en forma alguna terapéutico, ni rehabilitador, en las condiciones concretas en que este se despliega. El aparato y el saber médico, no son otra cosa que un eufemismo de la represión ordenada por la ley. El siquiatra ha devenido en el moderno verdugo, a quien se contrata para legitimar la eliminación sicosocial del loco.

Un castigo como la reclusión, mera privación de la libertad, al decir de FOUCAULT "no ha funcionado jamás sin cierto suplemento punitivo que concierne realmente al cuerpo mismo: racionamiento alimenticio, privación sexual, celda... el castigo ha pasado de un arte de las sensaciones insoportables, a una economía de los derechos suspendidos. Y si le es preciso todavía a la justicia manipular y llegar al cuerpo de los justiciables, será de lejos, limpiamente, según una reglas austeras, y tendiendo a un objetivo mucho más *elevado*. Como efecto de esta nueva circunspección, un ejército entero de técnicos ha venido a relevar al verdugo, anatomista inmediato del sufrimiento: los vigilantes, los médicos, los capellanes, los siquiatras, los sicólogos, los educadores. Por su sola presencia junto al condenado cantan a la justicia la alabanza de que aquella tiene necesidad: le garantizan que el cuerpo y el dolor no son los objetivos últimos de su acción punitiva".

En resumen, desde que entró en vigencia el nuevo sistema penal, una superestructura legal ha forzado a los jueces a juzgar un objeto distinto al delito y la atribución del juzgar ha sido desplazada a otras instancias distintas del juez, con lo cual el ritual penal se ha contaminado de factores extrajurídicos, de tal modo que el juez, desde las bambalinas del escenario y de la operación penal, ocupado ahora por personajes ajenos al estrado, se figura que el veredicto que acarrea castigo no emana directamente de él, sino que guarda una proporcionalidad directa con la porción de incidencia que en su sentencia han tenido los participantes para y metajurídicos, y se disculpa de ser, en principio, el que castiga. "La justicia criminal no funciona hoy ni se justifica sino por esta perpetua referencia a algo distinto de sí mismo, por esa incesante reinscripción en sistemas no jurídicos y ha de tender a esta recalificación por el saber" dice FOUCAULT. Entre la verdad jurídica y la sanción median ahora una serie de personajes que se entrelazan con el poder a efectos del castigo, median unas

pericias, unas técnicas, unos discursos *científicos*, unas experticias que hacen que entre la verdad y el castigo no exista ya sino una relación legítima de consecuencia. "Que el poder que castiga no se manche ya por un crimen mayor que aquel que ha querido castigar. Que se mantenga inocente de la pena que inflige" (FOUCAULT). Que la medicina asuma la vergüenza del reproche, para que el viejo postulado: *summum jus, summa injuria*, le sea endosado ahora a la medicina y a la siquiatria.

BIBLIOGRAFÍA

- ARAGÓN, ARCESIO: *Código Penal* (ley 95 de 1936), anotado, concordado y comentado, Bogotá, Librería Colombiana de Camacho Roldán, 1938, págs. 54 y ss., y 75-80.
- ARCHILA, JOSÉ ANTONIO: *Código Penal* (ley 95 de 1936), concordado y anotado, 1ª ed., Bogotá, Editorial Cromos, págs. 19-51, 56 y 88 a 107.
- BARRIENTOS RESTREPO, SAMUEL: *Elementos de derecho penal*, Medellín, Edit. Bedout, 1977, págs. 102, 104, 108, 126, 142, 194, 342, 348.
- Código Judicial de los Estados Unidos de Colombia*, sancionado por el Congreso Nacional en 1872 y modificado por el de 1873, Bogotá, Imprenta de Gaitán, 1873, pág. 14.
- Código Penal*, 1837, pág. 441.
- COMISIÓN REVISORA DEL CÓDIGO PENAL: *La reforma penal en Colombia*, Antecedentes, t. I, Bogotá, Imprenta Nacional, 1924, págs. 14, 15, 39 y 112; t. II, Bogotá, Imprenta Nacional, 1925, págs. 214, 55 y 279 y ss.
- ESTRADA VÉLEZ, FEDERICO y GÓMEZ VELÁSQUEZ, GUSTAVO: *Código Penal y Código de Procedimiento Penal*, Contravenciones, Medellín, Editorial Jurídica Colombiana, 1975, págs. 9-26.
- FERRI, ENRICO: *Sociología criminal*, vol. II, pág. 62.
- *Principios de derecho criminal*, Madrid, Edit. Reus, 1933, pág. 224.
- FONDO ROTATORIO DEL MINISTERIO DE JUSTICIA: *Anteproyecto de Código Penal colombiano*, 1974, págs. 288 a 310 y 30, 31 y 90.
- *Proyecto de Código Penal colombiano*, 1976, págs. 17, 18, 30, 31 y 90.
- FOUCAULT, MICHEL: *Vigilar y castigar*, México, Siglo XXI Editores, 1976, págs. 18, 19, 23, 25, 27, 29 y 61.
- GARCÍA URREA, RAÚL: *Comunicación personal*, 1978.
- GÓMEZ VELÁSQUEZ, GUSTAVO: *Comunicación personal*, 1978.
- KRAFFT-EBING, R. VON: *Medicina legal*, t. I, Madrid, La España Moderna, págs. 3-19 y 21-38.
- LANGELUDDEKE, ALBRECHT: *Siquiatria forense*, Espasa-Calpe, 1972, págs. 29, 45 y 71.
- LEGRAND DU SAULLE: *Tratado de medicina legal, de jurisprudencia médica y de toxicología*, t. I, Madrid, Editorial El Cosmos, 1886, págs. 383-388.
- Le problème de l'état dangereux*, Deuxième Cours International de Criminologie, Paris, 14 de septiembre de 1923, Conférences publiées par JEAN PINATEL, págs. 327 y 328.
- LÓPEZ DE MESA, LUIS: *Esquema sociológico de la historia colombiana*, Bogotá, Ediciones Sol y Luna, 1966, págs. 63 y ss.
- ORTEGA TORRES, JORGE: *Código Penal y Código de Procedimiento Penal*, Bogotá, Edit. Temis, 1970, págs. 1-100.
- PÉREZ, LUIS CARLOS: *Tratado de derecho penal*, t. I, 2ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 1975, págs. 158, 161, 173 a 206, 217 a 280, 284, 557 y 558, 628 a 667, 671 a 695, 745 a 804 y 807 a 863; t. II, Bogotá, Edit. Temis, 1967, págs. 85, 87, 98, 100, 104, 106, 109, 233, 238, 245, 293, 295, 297 y ss., 344, 355, 374, 422, 521 y ss.

RODRÍGUEZ PINERES, EDUARDO: *Código Penal colombiano*, Bogotá, Librería Colombiana de Camacho Roldán, 1914, pág. 10.

ROSELLI, HUMBERTO: *Historia de la siquiatria en Colombia*, Bogotá, Edit. Horizontes, 1968, págs. 97, 103, 148, 152, 257, 261, 274.

RUIZ MAYA, M.: *Siquiatria civil y penal*, Madrid, Edit. Plus Ultra, 1931, págs. 1-132.

TABORDA, LUIS CARLOS Y COLAB.: *El Anexo Siquiátrico de la Penitenciaría Central de la Picota*, en Revista Colombiana de Siquiatria, vol. IV, N° 3, 1975, págs. 319-324.

LA PRETERINTENCIÓN EN EL NUEVO CÓDIGO PENAL

ANTONIO VICENTE ARENAS

I

El Código Penal de 1936 dispone (art. 12) que las infracciones cometidas por personas imputables "son intencionales o culposas".

El decreto 100 de 1980 establece (art. 35) que "nadie puede ser penado por un hecho punible, si no lo ha realizado con dolo, culpa o preterintención".

La norma del nuevo Código se inspira en el artículo 42 del Código Penal italiano. Refiriéndose a ella dice BETTIOL "que la preterintencionalidad no tiene manera de asumir el rango de una tercera forma sicológica del delito, en cuanto se presenta como una mezcla de dolo y de culpa... Conviene, pues, permanecer en la tradicional dicotomía de dolo y culpa" (*Derecho Penal*, parte general. Edit. Temis, Bogotá, 1965, pág. 384).

II

El Código Penal de 1980 prevé, en el artículo 38, además de las formas tradicionales de dolo y culpa, la conducta preterintencional "cuando su resultado, siendo previsible, excede la intención del agente".

Son, pues, elementos del delito preterintencional, que exista *dolo* en relación con la intención menos grave, y *culpa* en lo concerniente al resultado más grave, previsible, pero no previsto ni querido (culpa sin previsión).

La conducta preterintencional es, por consiguiente, una forma intermedia que participa de las características del dolo y de la culpa. Por tal razón varios autores llaman al delito preterintencional *culposo calificado*.

III

Las conductas descritas en la parte especial son punibles cuando se realizan con dolo. En cambio "la conducta preterintencional o culposa solo es punible en los casos expresamente determinados en la ley" (art. 39).

Son punibles las conductas *culposas* a que se refieren los artículos 137, 180, 199, 329 y 340 (peculado, fuga de presos, delitos de peligro común, homicidio y lesiones personales).