

PROBLEMAS ACTUALES DE LA JUSTICIA PENAL

JAIME
BERNAL CUÉLLAR
(EDITOR)

PROBLEMAS ACTUALES DE LA JUSTICIA PENAL

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Problemas actuales de la justicia penal / Nódier Agudelo Betancur [y otros] ; Jaime Bernal Cuéllar (editor). - Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2017.
218 páginas; 24 cm.

Incluye referencias bibliográficas (páginas 217-218)

ISBN: 9789587727364

1. Procedimiento penal – Colombia 2. Inimputabilidad – Colombia 3. Justicia transicional – Colombia
4. Jurisprudencia penal – España 5. Derecho penal – Colombia 6. Derecho penal – España I. Bernal Cuéllar,
Jaime, 1940- , editor II. Universidad Externado de Colombia III. Título

343 SCDD 15

Catalogación en la fuente – Universidad Externado de Colombia. Biblioteca. EAP.

Junio de 2017

ISBN 978-958-772-736-4

© 2017, JAIME BERNAL CUÉLLAR (ED.)

© 2017, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Calle 12 n.º 1-17 Este, Bogotá

Teléfono (57 1) 342 0288

publicaciones@uexternado.edu.co

www.uexternado.edu.co

Primera edición: julio de 2017

Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones

Composición: Marco Robayo

Impresión y encuadernación: Digiprint Editores SAS

Tiraje: de 1 a 1.000 ejemplares

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad de los autores.

NÓDIER AGUDELO BETANCUR
MARÍA GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ
CATERINA HEYCK PUYANA
JAVIER SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES
WILLIAM F. TORRES TÓPAGA

CONTENIDO

PRESENTACIÓN	II
La inimputabilidad en el sistema actual de procesamiento: replanteamiento del problema <i>Nódiar Agudelo Betancur</i>	13
El delito de lavado de activos en el Código Penal español (art. 301 CP): últimas reformas legislativas y tendencias jurisprudenciales <i>María Gutiérrez Rodríguez</i>	43
Derecho penal y justicia transicional en Colombia <i>Caterina Heyck Puyana</i>	69
El principio y el fin del proceso: la inocencia del encartado <i>Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles</i>	95
El tipo subjetivo y la motivación del autor <i>Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles</i>	127
Beneficios por colaboración con la administración de justicia <i>William F. Torres Tópaga</i>	177
LOS AUTORES	219

Esta obra condensa diversas ponencias presentadas por los expositores en el marco de las XXXVI Jornadas Internacionales de Derecho Penal, realizadas en la Universidad Externado de Colombia los días 20, 21 y 22 de agosto de 2014, que versaron sobre “Justicia y posconflicto” como tópico de debate, así como algunas exposiciones socializadas en las XXXVII Jornadas Internacionales de Derecho Penal, “Problemas actuales de la justicia penal”, llevadas a cabo en esta misma Alma Máter durante los días 12, 13 y 14 de agosto de 2015.

Los foros reseñados tuvieron, entonces, como denominador común el abordaje de múltiples temáticas que guardan estrecha relación con aspectos transversales de la justicia penal, en concreto, las principales situaciones problemáticas y los retos actuales que afronta el sistema de enjuiciamiento penal, tanto en el ámbito de la justicia ordinaria como desde la perspectiva de la actual situación del país, de cara al avance del proceso de paz, entre el Gobierno Nacional y las FARC-EP, que supone la adopción de un modelo de justicia de transición del estado de guerra hacia una situación de paz estable. Se trata de una materia que ocupa actualmente y, sin lugar a dudas, seguirá captando la atención no solo de la academia, sino también de los operadores judiciales, los abogados y estudiosos del derecho en general, como quiera que se trata de fenómenos que conservan su vigencia y ameritan la formulación de estrategias para optimizar la administración de justicia penal.

Ese punto central de discusión comportó el análisis de instituciones jurídico-penales desde pluralidad de ópticas, tales como el rol del derecho penal en el marco de la justicia transicional, los derroteros actuales del derecho penal internacional, la perspectiva del análisis económico del derecho penal, el crimen organizado y el blanqueo de capitales, el diseño normativo vigente en materia de procesamiento penal de inimputables, entre otros.

Esta obra pretende contribuir, aunque sea parcialmente, a enriquecer el debate académico en aras de escalar en la búsqueda de soluciones que permitan mejorar, en cuanto sea posible, el funcionamiento de la justicia penal colombiana.

NÓDIER AGUDELO BETANCUR

*La inimputabilidad en el sistema actual de procesamiento:
replanteamiento del problema*

RESUMEN

A partir de nociones de diferentes doctrinantes internacionales, se busca dar lugar a la comprensión de la inimputabilidad con cada uno de los elementos que la componen.

Sumado a ello, se estudiará la evolución de la figura y la manera como se regula en cada legislación, haciendo hincapié en la normatividad colombiana y la actual regulación en el sistema acusatorio. De esta forma, se podrá analizar a profundidad las sanciones que les son atribuibles a quienes actúen en dicha condición.

PALABRAS CLAVE

Inimputabilidad, insuficiencia psíquica, enfermedad mental, trastorno mental transitorio, conciencia cognitiva, conciencia valorativa, reacciones psicógenas, medidas de seguridad.

ABSTRACT

From notions of different international professionals, it seeks to understand of the unimputability on each of the elements that compose it.

Added to it, there will be studied the evolution of the figure and the form in which it is regulated in every legislation, by an emphasis in the Colombian regulation and the current regulation on the accusatorial system. In this way, it will be possible to consider sanctions imposed to those who act in the above mentioned conditions.

KEY WORDS

Unimputability, psychic failure, mental illness, transient mental disorder, cognitive awareness, evaluative awareness, security measures.

INTRODUCCIÓN

Una cabal comprensión del concepto de imputabilidad implica dilucidar la noción de “pensamiento clásico” de raigambre aristotélico-tomista. Sobre la responsabilidad del sujeto en el orden moral, esta se funda en la capacidad de

comprender la ilicitud del comportamiento y de determinarse de acuerdo con tal comprensión: elemento *intelectivo* y *volitivo*, hacen parte de su esencia. Tal “pensamiento clásico” fue retomado por la denominada “Escuela Clásica”, cuyos máximos representantes fueron *Carmignani* y *Carrara*, profesores en la Universidad de Pisa y, por esto, también denominada “Escuela Toscana”.

En Colombia, desde el Código Penal de 1837, pasando por los Códigos de 1890, 1936, 1980, hasta llegar al Código del 2000 vigente, la responsabilidad penal de los sujetos imputables se ha basado en el mencionado concepto “clásico”: en la capacidad de comprensión y determinación, acarreado pena como consecuencia. Empero, a partir del Código Penal de 1936, se ha consagrado *también* la responsabilidad penal de los inimputables, de los sujetos que al momento del hecho han tenido fallas graves en su comprensión y en su determinación.

Presentado el Código Penal de 1980, se creyó por un sector de la doctrina seguidora de la Escuela Clásica que en Colombia se había consagrado su concepto de responsabilidad, concibiendo las medidas de seguridad como medidas asistenciales de protección con carácter administrativo; otro sector, entre ellos el suscrito, pensamos que las medidas de seguridad son sanción, y que debían tener carácter jurisdiccional y ser aplicadas por un juez mediante un procedimiento; esto en aras de las garantías para los sujetos inimputables. Esta orientación se impuso en la doctrina y en la jurisprudencia.

El Código de Procedimiento Penal actual, Ley 906 de 2004, Sistema Acusatorio, somete a los sujetos inimputables a las mismas normas de procesamiento de los imputables; sin embargo, es hora de preguntarnos: ¿esto es válido, es conveniente? A mi manera de ver, se hace necesario un replanteamiento de la cuestión.

MARCO TEÓRICO GENERAL MEDIATO DE DISCUSIÓN

EL ACTUAL CONCEPTO DE IMPUTABILIDAD E INIMPUTABILIDAD. ELEMENTO INTELECTIVO Y ELEMENTO VOLITIVO; LA PERVIVENCIA DE LA FÓRMULA DE CARRARA

Creo que en el derecho penal actual se puede tener como un axioma el siguiente enunciado: *no hay culpabilidad sin imputabilidad*. Para los efectos del presente capítulo no entro a polemizar si la imputabilidad es un *presu-*

puesto o un *elemento* de la culpabilidad, discusión que se ha planteado en la dogmática.

De manera sintética, se puede decir que en el moderno derecho penal, se define la imputabilidad diciendo que es la capacidad de comprender la ilicitud de la conducta y de determinarse de acuerdo con tal comprensión; y la inimputabilidad se define como la incapacidad de comprender la ilicitud del comportamiento y/o de determinarse de acuerdo con tal comprensión.

La imputabilidad se asienta en dos pilares, uno *intelectivo*, otro *volitivo*; empero, mientras que para la imputabilidad se requieren, de forma positiva, los dos elementos, en la inimputabilidad pueden faltar los dos elementos o uno solo de los dos: tal es el sentido de la copulativa *y*, o de la cópula-disyunción *y/o*. Casos habrá en los que puede haber conciencia del hecho en su aspecto material y conciencia de la ilicitud del mismo, pero puede no haber voluntad: el sujeto no puede determinarse, no puede dirigir su conducta, no puede autorregularse.

La anterior noción moderna de la imputabilidad fue también así planteada, en lo esencial, por Carrara, como quiero mostrarlo.

EL ELEMENTO INTELECTIVO EN LA INIMPUTABILIDAD; CONCIENCIA COGNITIVA Y CONCIENCIA VALORATIVA

Lo primero que hay que notar es que al definir la inimputabilidad, no se hace referencia a que el sujeto esté en incapacidad de *conocer el hecho*, sino a la incapacidad de *comprender la ilicitud* de la conducta o hecho.

En efecto, de manera sencilla se puede decir que *conocer* es darse cuenta de la conducta o hecho en su aspecto material; es estar presente; es saber lo que se hace en su aspecto objetivo. A esta situación se le denomina *conciencia cognitiva*: hay conocimiento del hecho fenoménico, hay un nexo psicológico o referibilidad psíquica entre autor y hecho; esto falta cuando el hecho se ejecuta en estado de inconciencia, situación en la cual el sujeto no sabe lo que hace, no se percata ni siquiera de su existencia material¹; no obstante, este no es el caso de la inimputabilidad, situación en la cual puede haber conciencia de la materialidad del acto y del hecho.

¹ En la teoría del delito se afirma que cuando hay *fuerza física absoluta* o *absoluta inconciencia* ni siquiera existe la acción, piedra básica o angular de la estructura del delito.

Pues bien, el concepto de inimputabilidad alude a la expresión “*incapacidad de comprender*”; y en este contexto hay que decir que *comprender* es diferente a *conocer*. En efecto, *comprender* es un fenómeno más complejo que conocer, comprender es más que conocer, pues va más allá de estar presente en el hecho material. Comprender es darse cuenta del significado de la conducta, es valorarla o juzgarla; y juzgar es la “facultad de apreciar diferenciadamente los valores y su magnitudes”, dice Enrique C. Henríquez². El acto de juzgar es un acto de ponderar, de sopesar criterios, argumentos y motivos: por algo será que se representa a la *Justicia* con una balanza en la que se calibran, se equilibran y se meditan las razones de la decisión. Comprender es capacidad de distinguir entre lo bueno y lo malo, lo conveniente o lo inconveniente, entre lo debido o indebido, entre lo legítimo y lo ilegítimo; en suma, es capacidad de saber que se hace mal: “comprender la ilicitud del comportamiento”, dice la definición.

Por último, ser capaz de comprender es ser capaz de introyectar valores y ser capaz de ubicar el comportamiento en un plexo de valor, de sentido o significado. Aquí se habla de *conciencia valorativa*.

Lo anterior quiere decir que una persona puede conocer, o saber, o darse cuenta de su hecho material y, sin embargo, esto no lo hace imputable; la imputabilidad requiere la *comprensión* de la ilicitud del comportamiento o hecho. Es decir: la mera existencia de la conciencia del acto, o la dirección de la voluntad a un resultado no apareja la imputabilidad; solo hay imputabilidad cuando hay comprensión de la conducta, en el sentido de capacidad de valorar. Para que exista imputabilidad, debe haber *discernimiento*; aquí podemos valernos de un símil: pensemos lo que significa el verbo *cernir*. Observemos lo que hacen unos obreros de construcción: ciernen la gravilla, separan la piedra de la arena; según el Diccionario de la Academia Española, *cernir* significa “separar con el cedazo la harina del salvado, o cualquier otra materia reducida a polvo, de suerte que lo más grueso quede sobre la tela, y lo sutil caiga al sitio destinado para recogerlo”. Quiere decir que *discernir* es una actividad que requiere cuidado, ponderación, plena aplicación a lo que se hace. Tener capacidad de comprensión es tener la capacidad de discernir; discernir implica *distinguir*, discriminar, diferenciar.

2 ENRIQUE C. HENRÍQUEZ. *Trastornos mentales transitorios y responsabilidad criminal* (La Habana: Jesús Montero, 1949), 32.

Me parece que Edgardo Alberto Donna ha hecho una gran labor de clarificación en tan espinoso tema cuando expresa que

por comprensión se entiende la captación de un sentido. La palabra comprender designa un esfuerzo cognoscitivo de tipo especial. Con la percepción y descripción exacta de un fenómeno, así como con su distinción del engaño y la ficción, o con esbozo de una posibilidad, el análisis de sus implicaciones y la indicación de las condiciones de realización, no se ha llevado a cabo todavía la tarea de comprensión, sino que se ha planteado solamente. Se puede “oír” (percibir) y, sin embargo, “no comprender”; y a pesar de toda la claridad en la planificación de la acción, puede uno entenderse falsamente a sí mismo. El conocimiento del objeto que ha de comprenderse es el presupuesto de toda comprensión pero no es esta misma³.

Todavía más: Donna avanza en la clarificación de conceptos que parecen iguales al saber vulgar, pero que no lo son para el saber filosófico del que tratamos aquí; se puede conocer el objeto y respecto de él podemos tener *explicación*, es decir, se puede diseñar el contexto dentro del cual ocurre o se produce como fenómeno-efecto de una causa, o como causa de un efecto, según reglas. Pero este *conocimiento* y *explicación* todavía no son *comprensión*: podemos *saber* que algo es un objeto, que es una máquina, es decir, que está organizada según fines prácticos de producción; pero todavía esto no es comprensión, para que ella exista, tenemos que percatarnos de su *sentido*.

En pocas palabras, la *comprensión* implica un nivel superior de discriminación: es darse cuenta del significado moral del comportamiento. De modo que el enajenado (ciertos tipos de enajenación) puede, a veces, tener conciencia del acto y no por ello hay que afirmar la imputabilidad; el paranoico que mata al descuidado paseante porque cree que es el enemigo que lo persigue, sabe que mata a un hombre y quiere matarlo. Prueba de ello es que ataca a la persona y no al perro que ese paseante lleva consigo, ni se orienta en contra de la rama que cae del frondoso árbol y es mecida por el viento. El paranoico no tira a esta, no la confunde con su enemigo, sino que es contra una persona hacia la cual precisamente impulsa su acción. A pesar de saber que mata y querer matar, es inimputable, pues no tiene conciencia de la ilicitud de su comportamiento.

3 EDGARDO ALBERTO DONNA. *Imputabilidad y comprensión de la criminalidad*, en *Libro Homenaje a Alfonso Reyes Echandía*, ed. por Jorge Enrique Valencia (Bogotá: Temis, 1987), 62.

La capacidad para juzgar está comprometida cuando existe un obstáculo para percibir la *existencia* de los valores o su *magnitud*; el sujeto no tiene noción del valor, o si la tiene, no le da la trascendencia o su alcance; o vive el valor con un sentido que no corresponde con las pautas ético-sociales de su medio. Para que se dé el elemento intelectual de la inimputabilidad, lo decisivo es que el sujeto no comprenda el significado desvalorativo, el significado de desvalor negativo, valga la redundancia, del comportamiento. El Código Penal italiano de 1931, alude a la “capacidad de entender”; y me parece exacto lo que señala Antolisei: “La capacidad de entender no es la simple aptitud del sujeto para conocer lo que se desarrolla fuera de él, sino la *capacidad de hacerse cargo del valor social del acto que realiza*”⁴. Por su parte, Eugenio Raúl Zaffaroni dice que “la comprensión siendo el más alto nivel de captación humana (internalización o introyección), encierra y presupone el simple conocimiento”⁵.

La jurisprudencia española se refiere a este aspecto de la inimputabilidad, así: “[...] conciencia para *comprender la ilicitud* del acto que realizó [...]” (sentencia de 3 de marzo de 1930); “no puede *discernir* [...] la intensidad del mal que realiza, la trascendencia de sus actos y la ilicitud de los mismos [...]” (sentencia 8 de marzo de 1944); “conocimiento del *alcance* y de sus actos [...]” (sentencia de 20 de mayo de 1958)⁶.

La moderna fórmula de la inimputabilidad dice que es inimputable el que al momento del hecho no tuviere la capacidad de comprender la ilicitud o determinarse de acuerdo con esa comprensión, por trastorno mental, etc. Zaffaroni hace remontar la fórmula a la Comisión Rusa de 1881, que redactó el Código Penal ruso de 1897, vigente hasta la Revolución de 1917, en la cual se hablaba de la inimputabilidad cuando el sujeto no pudiese “comprender la naturaleza y el significado de lo que hace, o dirigir sus acciones”⁷. Empero, me parece que la fórmula realmente se puede remontar a Carrara; en efecto, el Código Penal Toscano de 1854, en su artículo 34 dice: “Las violaciones de la ley penal no serán imputables cuando el que las cometiere no haya tenido conciencia de sus actos, ni libertad de elección”⁸. Pues bien,

4 FRANCESCO ANTOLISEI. *Manual de derecho penal* (Buenos Aires: Uteha, 1960), 439.

5 EUGENIO RAÚL ZAFFARONI. *Teoría del delito* (Buenos Aires: Ediar, 1973), 559-560.

6 Jurisprudencias citadas por J. CÓRDOBA RODA y G. RODRÍGUEZ MOURULLO, en *Comentarios al Código Penal*, t. 1 (Barcelona: Ariel, 1976), 207-208.

7 EUGENIO RAÚL ZAFFARONI. *Tratado de derecho penal*, t. 3. cit., p. 146.

8 Este Código puede verse como CARRARA. *Apéndice del Programa de derecho criminal*, t. 10 (Bogotá: Temis, 1967), 205 y ss.

Carrara critica la expresión “no haya tenido la conciencia de sus actos” y expresa: “Tal vez sería mejor que dijera *maldad de sus actos*, porque el hombre puede tener conciencia de los *propios actos* en su aspecto puramente *material*, sin tener conciencia de sus aspectos *morales y jurídicos*”⁹.

La idea expresada por Carrara, iba a ser constatada por un psicólogo francés, Pierre Janet, quien en 1888 escribió su trascendental obra *L'Automatisme Psychologique* en la cual mostró que no es lo mismo conciencia del acto que comprensión del acto; cree que es un error la tesis de los filósofos ingleses cuando sostienen que toda conciencia es la percepción de una diferencia; en este contexto expresó: “La conciencia puede existir sin ningún juicio, es decir, sin inteligencia: el hombre puede sentir y no comprender sus propias sensaciones”¹⁰; en otra parte de su obra, refiriéndose a la catalepsia de una de sus pacientes, decía “[...] esta conciencia es capaz de sentir sensaciones, pero incapaz de tener ideas; capaz de conocer, pero no de comprender”¹¹.

ELEMENTO VOLITIVO

La imputabilidad, también requiere un elemento volitivo: “capacidad de *determinarse*”, enseña la definición. En efecto, debe haber *comprensión* de la ilicitud del hecho y, además, voluntad de realización de ese hecho; en otras palabras, con la constatación del conocimiento del hecho en su aspecto material y de su ilicitud, no podemos predicar todavía la imputabilidad: puede existir una falla en el aspecto volitivo; así, el cleptómano sabe lo que hace y puede incluso comprender la ilicitud de su comportamiento; sin embargo, no puede abstenerse, no puede regular su conducta, no puede autodirigirse, “no puede no poder”, por así decirlo. Como lo destaca Antolisei, en estos casos se es “esclavo de un motivo que opera de manera irresistible. El agente se hace cargo del desvalor social del acto que realiza, pero no puede obrar de otra manera”¹².

9 FRANCESCO CARRARA. *Programa de derecho criminal*, t. 1 (Bogotá: Temis, 1978), 184.

10 PIERRE JANET. *L'Automatisme Psychologique, Essai de psychologie expérimentale sur les formes inférieures de l'activité humaine* (París: Félix Alcan Éditeur, 1889), reedición de 1973 de la cuarta edición bajo el cuidado de la sociedad Pierre Janet y el laboratorio de Psicología de la Sorbona, con el concurso del Centro Nacional de Investigación Científica, p. 56.

11 Pierre Janet. *L'Automatisme Psychologique*, cit., p. 53.

12 FRANCESCO ANTOLISEI. *Manual de derecho penal* (Buenos Aires: Unión Tipográfica Hispano Americana, 1960), 455.

Isaías Sánchez Tejerina nos transmite una conmovedora historia, en relación con una impulsión homicida, que clarifica lo que quiero explicar:

Hoy se sabe, dice, que la enfermedad mental lo mismo puede afectar a la inteligencia, deteniéndola en su desarrollo o destruyéndola, como a la voluntad, alterando y aun suprimiendo su normal funcionamiento. Es decir, el enfermo puede tener conciencia de la violación y ser impotente para frenar los impulsos de su voluntad. Puede citarse a este propósito el caso narrado por el doctor Lanza: el joven Juan Glenadel, obsesionado por la idea de dar muerte a su madre, a quien amaba tiernamente, se alejó del domicilio alistándose en el ejército, pero lejos de él persistía tenaz la impulsión y la obsesión matricida, a pesar de haber transcurrido varios años. Decidió alistarse en la armada, y al fin pudo desterrar la idea de matar a su madre; pero viéndose en la necesidad de matar a alguien, resolvió matar a su hermana, a quien también amaba. No pudiendo oponerse a este deseo, gritó que le ataran fuertemente, que le encerraran, mejor aún, pues de otro modo mataría a la hermana.

Hay momentos de las enfermedades mentales en sentido amplio en que se tiene conciencia de que el acto es ilícito, de que no debe ejecutarse, y, sin embargo, la voluntad no responde a los deseos más íntimos de la conciencia; tiene más fuerza la obsesión impulsiva que todos los razonamientos de la inteligencia¹³.

Precisamente, uno de los rasgos de las “impulsiones” es el de que “son a menudo conscientes e involuntarias, en otros términos, son representadas a la conciencia con mayor o menor precisión, pero imposibles de inhibir [...]”, dice Regis¹⁴.

¿Quién dudaría de la inimputabilidad de Glenadel, de haber matado este a su madre o a su hermana?

La psiquiatría forense es clara en reconocer situaciones en las que se da la conciencia de la ilicitud pero falta la autodeterminación; varias afecciones pueden ser citadas. Así, Jakob Wyrsh, al hablar de la cleptomanía o tendencia morbosa al robo, dice que esta es

¹³ ISAÍAS SÁNCHEZ TEJERINA. *Derecho penal español*, t. I (Madrid: Reus, 1945), 261.

¹⁴ E. REGIS. *Précis de psychiatrie* (París: Gaston Doin, 1923), 153.