

**¿VIGENCIA DEL DISCURSO CRIMINOLÓGICO POSITIVO?: UN ESTUDIO DE
LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD Y LOS INIMPUTABLES POR TRASTORNO
MENTAL EN EL CÓDIGO PENAL DE 1980**

LEIDY MARCELA PARADA GAMBOA

**UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER
FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
BUCARAMANGA**

2009

**¿VIGENCIA DEL DISCURSO CRIMINOLÓGICO POSITIVO?: UN ESTUDIO DE
LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD Y LOS INIMPUTABLES POR TRASTORNO
MENTAL EN EL CÓDIGO PENAL DE 1980**

LEIDY MARCELA PARADA GAMBOA

**Trabajo de grado para optar el título de
Abogada**

**Directora
Dra. MARÍA ISABEL AFANADOR CONTRERAS
ABOGADA**

**UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER
FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
BUCARAMANGA**

2009

Dedicado a:

A mis padres: Lucy y Jorge.

**Por su amor, sacrificio y
paciencia a lo largo de estos años.**

*A Gabriel. Mi vida, mi compañero
de lucha en este mundo.*

“La clínica era una idea de miedo,
de desconocido, una visión espeluznante
de locos furiosos en camisón,
persiguiéndose con navajas y enarbolando
taburetes y patas de cama, vomitando
sobre las hojas de temperatura y
masturbándose ritualmente”

Julio Cortázar
Rayuela, Cap. 42.

AGRADECIMIENTOS:

Al profesor Armando Gómez Ortiz, in memoriam. Porque gracias a sus clases y sus conversaciones encontré una visión diferente del Derecho y la Ciencia Política. Gracias donde quiera que este.

Al profesor Francisco Casas Farfán. Gracias por sus excepcionales exposiciones criminológicas y por influir en mi gusto por la Criminología.

Al profesor Ernesto Rueda Suárez. Por enseñarme su biblioteca y encontrar en ella un sin número de libros que permitieron mi formación profesional. Gracias a pesar de todo.

A la profesora María Isabel Afanador. Mi amiga y compañera de charlas. Profe Gracias por darme la oportunidad de ser su auxiliar docente durante tantos años. Gracias porque junto a usted encontré una visión crítica y humanista del Derecho Penal. Gracias por su apoyo y por haber creído en la importancia de este trabajo.

A Esperancita, Joe, Gilber y Mafe. Mis amigos y compañeros de estudio. Personas que compartieron conmigo los aciertos y desaciertos del Derecho desde visiones diferentes. Gracias por los días de traspasos, de trabajo y análisis que cada uno me brindaron.

A mi Tío Raúl y Yolandita. Gracias por abrirme las puertas de su hogar desinteresadamente en una ciudad que me era huraña.

A doña Alíx, Elizabeth y Maritza. Gracias por acogerme en su espacio sin reparo alguno y hacerme sentir parte de su familia.

A Marcelita, Jackson y Lorena. Las primeras manos amigas en una ciudad tan ajena como está. Gracias por el cine, la literatura y los buenos ratos.

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	1
1. LA ESCUELA CRIMINOLÓGICA POSITIVA: CONSOLIDACIÓN, AUTORES Y CARACTERÍSTICAS	9
1.1 LA ESCUELA CLÁSICA	11
1.1.1 A modo de contexto histórico	12
1.1.2 El contrato social, el delito, el delincuente y la pena	13
1.1.3 Algunas de sus figuras	15
1.1.4 La inimputabilidad en la Escuela Clásica	16
1.2 LA ESCUELA POSITIVA	17
1.2.1 Su aparición	18
1.2.2 Los autores de la Escuela Positiva y la Antropología Criminal	22
1.2.3 Cesare Lombroso	25
1.2.3.1 La teoría Lombrosiana	25
1.2.4 Enrico Ferri	29
1.2.4.1 La teoría Ferreriana	30
1.2.5 Rafele Garófalo	37
1.2.5.1 La teoría Garofaliana	37
1.3 LAS CARACTERÍSTICAS DE LA ESCUELA POSITIVA	39
1.3.1 El método	41
1.3.2 La responsabilidad penal	43
1.3.3 La peligrosidad: fundamento de la imputabilidad	45
1.3.4 La imputabilidad e Inimputabilidad	47
1.3.5 Los sustitutos penales: Las medidas de seguridad	48
1.4 EL DISCURSO CRIMINOLÓGICO POSITIVO EN LATINOAMÉRICA	53
1.5 LA RECEPCIÓN DE LA CRIMINOLOGÍA EN COLOMBIA Y SUS IMPLICACIONES	60
1.5.1 Un breve análisis. El control social en Colombia en los inicios del S XX	61

1.5.2 Los autores Colombianos y sus obras	67
1.5.2.1 Luis Carlos Pérez y la Criminología Positiva	69
1.5.3 Reyes Echandía y la concepción de la Criminología	72
2. DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD A LA INIMPUTABILIDAD POR TRASTORNO MENTAL	76
2.1 LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD	78
2.1.1 Sus antecedentes	78
2.1.2 El triunfo del Dualismo	81
2.1.3 Concepto y clases de medidas de seguridad	84
2.1.4 El fin terapéutico	86
2.2 ¿PSIQUIATRÍA VS. DERECHO PENAL?	87
2.2.1 ¿Ideología Terapéutica?	92
2.2.2 ¿Superación del discurso biológico?	94
2.3 LA IMPUTABILIDAD E INIMPUTABILIDAD	95
2.3.1 El planteamiento Clásico. La responsabilidad e imputabilidad	96
2.3.2 La Escuela Positivista: los sujetos peligrosos	99
2.3.3 La imbricación. Las dos escuelas en relación a la inimputabilidad	101
3. UN ESTUDIO DE LA INIMPUTABILIDAD EN EL CÓDIGO PENAL DE 1980 Y LAS POSICIONES DE LAS ALTAS CORTES EN COLOMBIA	107
3.1 LOS ANTECEDENTES LEGISLATIVOS	111
3.1.1 El Código Penal de 1936	112
3.1.1.1 El concepto de inimputabilidad	112
3.1.2 El anteproyecto de 1974	115
3.2 LA INIMPUTABILIDAD EN EL CÓDIGO DE 1980	117
3.2.1 Las formas de inimputabilidad	119
3.2.1.1 La inmadurez psicológica	119
3.2.1.2 El trastorno mental	120
3.2.1.3 ¿Cómo se determinaba la inimputabilidad?	124
3.3 EL DISCURSO DEL CÓDIGO PENAL DE 1980	125
3.3.1 El criterio de Culpabilidad	127

3.3.2 De las medidas de seguridad	128
3.3.3 La curación, la indeterminación y la peligrosidad	130
3.4 LAS ALTAS CORTE EN COLOMBIA: ACIERTOS Y DESACIERTOS.	132
3.4.1 La Corte Suprema de Justicia: ¿La orientación peligrosista?	133
3.4.2 La Corte Constitucional: ¿El cambio de paradigma?	135
CONCLUSIONES	138
BIBLIOGRAFÍA	143

RESUMEN

TITULO: ¿VIGENCIA DEL DISCURSO CRIMINOLÓGICO POSITIVO?: UN ESTUDIO DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD Y LOS INIMPUTABLES POR TRASTORNO MENTAL EN EL CÓDIGO PENAL DE 1980.

AUTOR: PARADA GAMBOA, Leidy Marcela**

PALABRAS CLAVE: Criminología Positiva, Delincentes peligrosos, Inimputabilidad, Psiquiatría, Medidas de Seguridad

DESCRIPCIÓN

Desde el estudio de la Criminología se ha pretendido analizar el Código Penal de 1980, teniendo en cuenta que esta legislación penal fue presentada para entonces como la que rompió definitivamente con los postulados positivistas de la ley anterior. Si bien la Criminología Positiva fue desarrollada en Italia para finales del S XIX, su consolidación y recepción no sólo en el resto de Europa sino en Latinoamérica fue evidente. Los inimputables empezaron a ser tratados como aquellas personas a las que era necesario curar y rehabilitar conforme al grado de peligrosidad que representaban para ellos mismos y para la sociedad.

Debido a las excepcionales condiciones políticas, históricas y económicas de Colombia, la inimputabilidad ha sido tema de poca trascendencia. Fue así, que gracias al sistema dualista utilizado en la legislación de 1980, la Criminología Positiva terminó filtrándose frente a los inimputables, aplicando para ellos un derecho penal de autor, abandonando la concepción culpabilista de las condiciones materiales. Las medidas de seguridad fueron el fiel reflejo de la permanencia segregadora y diferenciadora de la Escuela Italiana en Colombia, juzgando a los inimputables no sólo por el hecho de ser delincentes sino por poseer algún tipo de enfermedad mental.

* Proyecto de Grado

** Facultad de Ciencias Humanas. Escuela de Derecho y Ciencia Política. Directora María Isabel Afanador.

ABSTRACT

TITLE: ¿POSITIVE EFFECT OF SPEECH CRIMINOLOGY?: A STUDY OF THE SAFETY AND UNIMPUTABLE FOR MENTAL DISORDER IN THE CRIMINAL CODE OF 1980*

AUTHOR: PARADA GAMBOA, Leidy Marcela**

KEY WORD: Positive Criminology, Dangerous Criminals, Unimputable, Psychiatry, Security Measures

DESCRIPTION

From the study of criminology has been particularly interested in the Criminal Code of 1980, given that the criminal law was then presented as the definitive break with the tenets of positivist law. While Positive Criminology was developed in Italy by the end of the nineteenth's, its consolidation and reception not only in the rest of Europe but in Latin America was evident. The unimputable began to be treated like those on whom it was necessary to rehabilitate and heal according to the degree of danger they pose to themselves and to society.

Due to the unique political, historical and economic Colombia, the unimputable has been the subject of little consequence. So, thanks to the dual system used in the 1980 legislation, the term Criminology Positive filtering off the unimputable, applying them to an author of criminal law, abandoning the concept of fault conditions. The security measures were a true reflection of stay segregated and distinct from the Italian school in Colombia, trying to unimputable not only because they are criminals but because it has some kind of mental illness.

* Project of grade

** Faculty of Human Science. Law and Political Science School. Directora: María Isabel Afanador.

INTRODUCCIÓN

a. ¿Quiénes son los peligrosos y los inimputables?

El nivel de etiquetamiento social terminó por establecer caracteres de anormalidad e incapacidad a determinados miembros de la sociedad, etiquetamiento que por medio del derecho penal se hizo en un mismo campo: el retributivo y resocializador. Esas limitaciones e imposiciones del pensamiento occidental, permitió que bajo parámetros cada vez más inconclusos y vacuos, se tratara a todas aquellas personas que por su diferencia psíquica o social no se acoplaron a los parámetros de unicidad¹. Los enfermos mentales, los peligrosos, los locos, los delincuentes llevarían desde el S XVIII el estigma de lo inferior.

Fue un concepto forzoso y coactivo de curación y rehabilitación, enmarcado de manera dramática en las medidas de seguridad, a través de la transformación de la personalidad y actitudes del individuo, trayendo la aplicación de una Criminología conductista propia del S. XIX². Para eso el poder del Estado debía volverse eficaz teniendo a su favor el grado de legitimidad otorgado por el contrato social. Cómo el poder era intangible debía adentrarse en cada una de las culpas individuales y sociales que ayudaran a encontrar un grado de encauzamiento y normalidad para todos aquellos delincuentes diferentes a la sociedad³. Fue un elemento que permitió cualificar y cuantificar las desviaciones de la sociedad asegurando una penalidad perpetua de anormalidad. Se partió de un castigo generalizado a toda la población vulnerable: mendigos, prostitutas, pobres, obreros, se estandarizaron por medio de las escuelas normales de la sociedad, en donde todo aquel que estaba fuera de los parámetros de la capacidad racional fue enjuiciado.

¹ SANDOVAL, Huertas Emiro. Penología Parte General y Parte Especial. Bogotá: Gustavo Ibáñez, 1998. P 32

² MERTON, Robert. Teoría y estructura social. México: Fondo de Cultura Económica. 1992 P 56

³ FOUCAULT. Michel. Vigilar y Castigar. México: Siglo XIX, 1998. P. 178

De la construcción del discurso formal del Estado, el derecho penal tomó como punto de partida las prácticas médico legales, la gran relevancia social y la incapacidad del poder judicial para juzgar determinadas conductas de trascendencia social. El derecho penal abrió paso para que la medicina a través de la psiquiatría, implementara teorías de trato tales como la confesión y el testimonio⁴ en donde se direccionaba el comportamiento anormal de los criminales considerados aberrantes. Esta fabricación del discurso normalizador creó la necesidad de que el sujeto reconociera los parámetros de castigo y punición creados por el Estado. Era un castigo generalizador que testificaba a partir de la ley, el tratamiento de quienes atentaran en contra del orden social. Naciendo la idea de defensa social argumentada por medio de la transferencia de la justicia criminal–psiquiátrica en los códigos civiles europeos del S. XIX.

En este orden, se inició la fabricación del rol legitimador de la Criminología Positivista tradicional, no contemplando en su discurso un análisis evaluativo de los mecanismos sociales controlados, ni tampoco la valoración crítica del sistema penal que se estaba gestando, debido -como una de las razones- a que su misión histórica consistió en justificar y racionalizar el sistema que le dio vida⁵. Este modelo clásico de explicación del delito, convirtió a la Criminología en una ciencia auxiliar del sistema penal y de la política criminal, dirigidas a un organicismo social preestablecido.

Fue el comienzo de una determinación biológica de la conducta criminal como esencia explicativa de la Criminología Positivista. Estos estudios se centraron en el criminal, no en el crimen, también en la configuración del delito a partir de la acción defensiva-reactiva de la sociedad. Era una óptica orientada al determinismo y la peligrosidad social del individuo, cuya génesis delictiva radicaba en la persona

⁴ FOUCAULT, Michel. La verdad y las formas jurídicas. Barcelona: Páidos Básica, 1999. P 54

⁵ FERRI, Enrico. Sociología Criminal. Madrid: Centro Góngora, 1974.

peligrosa, asumiendo que las causales eran preexistentes a la reacción social represiva que daba el poder punitivo del Estado.

De la mano de la Psiquiatría, la Criminología Positiva permitió que el individuo fuera mecanizado. Esta mecanización hizo “protoprogramáticos” a la mayoría de las personas permitiéndoles quitarse de encima cuestiones relativas a la esencia de su ser⁶, fue una concepción que generó la descripción de las diversas partes del alma, tanto consciente como inconsciente. Lejos de constituir algo que compartíamos con los demás miembros de nuestra especie -el inconsciente freudiano-, fue precisamente lo que nos separó de ellos: nuestra idiosincrasia accidental, nuestros componentes irracionales, esos mismos componentes que nos establecen indiferentes conjuntos de deseos y creencias casi incompatibles⁷. Al resumirse patrones de comportamiento, se empezaron a constituir caracteres para criticar a los demás y para crear el de cada uno. La ciencia moderna hizo difícil concebir al hombre como una especie natural, es decir que debía considerársele como un super hombre que respondiera a todas las ciencias y disciplinas del S. XVIII.

Para eso no sólo bastaba con las penas, sino con la creación de otros institutos que tuvieran encerrados y alejados de la sociedad a los delincuentes más peligrosos. La Escuela Positivista creó los sustitutos penales, o medidas de seguridad que se propusieron en reemplazo de las penas. La concepción *monista* fue la posición del *positivismo italiano*, en la cual el valor de la *defensa social* justificaba una única forma de intervención estatal –indistintamente llamada pena o medida de seguridad- frente al individuo que atacara un bien protegido penalmente, a quien se le cercenaba un derecho en proporción a la peligrosidad que representara para la comunidad. En cambio, el *sistema binario o dualista*, implicaba una concepción diferenciada de pena y medida de seguridad en función

⁶ ZAFFARONI, Eugenio. Manual de ... Op., Cit., P. 249

⁷ RORTY, Richard. Ensayos sobre Heidegger y otros pensadores contemporáneos. Escritos Filosóficos 2. Barcelona: Páidos, 1993. P 201

de constituir a la pena, la respuesta al sujeto culpable por su delito, imponiéndole una aflicción en la medida del bien jurídico atacado con su hecho y su culpabilidad. Por su parte, la medida de seguridad –que presupone ausencia de *culpabilidad*- se fundamentaba en la peligrosidad del autor y la necesidad de defensa social⁸.

De esta manera, los denominados enfermos mentales partieron de una estrecha relación frente al derecho penal y la psiquiatría, debido a que los supuestos de inimputabilidad tuvieron como antecedente un trastorno psíquico o psicológico. La maximalización del derecho penal durante el S. XIX, permitió que la medida de seguridad fuera aplicada por un tiempo indeterminado, utilizando una función ideológica en dos sentidos, la primera un concepto resocializador de peligrosidad a partir de miradas científicas de la justicia racional, y por el otro unos mecanismos emocionales de control social acordes con el orden político y legal imperante. Los inimputables serían los peligrosos, los que eran encerrados hasta tanto no alcanzaran mediante el tratamiento psiquiátrico su normalidad psíquica.

b. Los objetivos

El problema de la inimputabilidad en Colombia no ha tenido mayor trascendencia. Dadas las peculiares condiciones histórico-políticas del país, el estudio de otros problemas de tipo sociológico, político y económico, se han convertido en fundamentales, abandonando situaciones como el carácter de inimputabilidad y el tratamiento ejercido por la legislación penal frente a los enfermos mentales o inmaduros psicológicos. Lo poco que se ha terminado analizando, han sido discusiones en torno a la responsabilidad penal del inimputable y el concepto de medida de seguridad. Es así, que no sólo en la academia sino por parte de los legisladores, se ha desconocido o ignorado voluntariamente, la apropiación de conceptos positivistas en los códigos penales colombianos, que basados en

⁸ RAMOS, ARTEAGA, Elena. Las Penas y las medidas de seguridad en el Sistema de doble vía. En: Revista de Derecho Penal N° 7. Bogotá: Leyer, Junio – julio de 1998. P. 37

fundamentos psiquiátricos han convertido a las personas enfermas mentalmente o a los inmaduros psicológicos en sujetos diferentes de la sociedad a los que fue necesario encerrar.

Por esta razón, se pretende examinar el Código Penal de 1980, teniendo en cuenta que fue planteado, como la legislación que rompió definitivamente con el carácter peligrosista del Código Penal de 1936. No se revisa el Código Penal de 2000, debido a la importancia que se debe dar a la revisión histórico jurídica de las legislaciones penales anteriores, como eje fundamental para comprender el cambio de paradigma en los legisladores de determinadas épocas; el actual código puede representar análisis posteriores de investigación frente a los inimputables, desde la perspectiva del derecho penal del enemigo. Ahora, la HIPÓTESIS del trabajo radica, en la afirmación que ***en el Código Penal de 1980 se aplicaron conceptos en las medidas de seguridad, como los de curación y rehabilitación, que fundamentaron la continuidad en la legislación penal colombiana del discurso criminológico positivo.***

El título: “¿VIGENCIA DEL DISCURSO CRIMINOLÓGICO POSITIVO?: UN ESTUDIO DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD Y LOS INIMPUTABLES POR TRASTORNO MENTAL EN EL CÓDIGO PENAL DE 1980. Conlleva necesariamente a que desde la Criminología Positiva se examinen las características que fundamentaron esta corriente. El primer objetivo, consiste en el análisis de los más representativos autores, es decir de las teorías de Lombroso, Ferri y Garófalo, que llevaron a la identificación de la Escuela Positiva Italiana. En el primer capítulo se ha de analizar los diferentes conceptos de medidas de seguridad, peligrosidad, internamientos psiquiátrico, etc, que dieron paso a la consolidación del discurso segregador de la Criminología Positiva, no sólo se miraran sus antecedentes histórico-políticos, sino que se tratará de determinar de dónde surgieron estos conceptos. La Escuela Clásica debe comportar una descripción especial para reconocer la variabilidad o permanencia del derecho

penal en relación a los inimputables. Además, revisar la Criminología Positiva en Latinoamérica establece la importación o recepción de algunos conceptos que dieron paso a un discurso legitimador por parte de las élites criollas. Colombia no sería la excepción, por eso con el estudio de obras como las de Alfonso Reyes Echandía y Luís Carlos Pérez se comparará la apropiación de los conceptos antropológicos positivos.

La relación derecho penal-psiquiatría desarrollará el segundo objetivo de este trabajo. Teniendo en cuenta esta simbiosis, nociones como las de medidas de seguridad, ideología terapéutica, discurso biológico-jurídico componen el segundo capítulo. Autores como Eugenio Cuello Calón y Leal Medina permitirán encontrar las raíces históricas de las medidas de seguridad. La transformación de la Criminología Positiva en ideología terapéutica, admitirá revisar los parámetros de tratamiento que se empezaron a crear para los sujetos inimputables. Así la relación medidas de seguridad e inimputabilidad será desarrollada en el segundo capítulo.

Por último, la relación del discurso positivista psiquiátrico vino a ser recibida en Colombia por medio del Código Penal de 1936. De esta manera el examen del Código posterior, el de 1980 en relación a la inimputabilidad comporta un tercer objetivo. Este último capítulo recorrerá los antecedentes legislativos frente a la inimputabilidad, la forma en que fue procesado por los legisladores de entonces, el enfermo mental. Dentro del Código del 80, se estudiará la manera en que fue entendida la inimputabilidad, la relación con el Código de 1936 y la aplicación de los discursos positivos. No se puede dejar a un lado el escaso desarrollo jurisprudencial al respecto, por eso las pocas sentencias frente al tema serán analizadas.

c. ¿Cómo se entiende la criminología?

La Criminología nació con la Escuela de la Antropología Criminal, oficialmente para el año de 1885. Hacer una revisión del discurso criminológico a un Código Penal como es el objetivo de este trabajo, establece necesariamente decir qué se entiende por Criminología y si ésta es subsidiaria o complementaria del derecho penal. La criminología nace desde el Estado, por eso su discurso en la mayoría de las ocasiones es de legitimación.

Estos argumentos del poder podrían clasificarse en cuatro grandes corrientes. En primer lugar, la Criminología fue la ciencia que se ocupó de las conductas criminales consideradas como producto patológico que partían desde un biologismo genético hasta la psiquiatrización del fenómeno delincencial. Una segunda posición centraba su atención entre lo social y lo cultural como una unidad, distinguiendo determinadas conductas que se encontraban fuera de esto parámetros culturales. La Criminología también fue la ciencia que se ocupaba de la conducta desviada. Dentro de una tercera caracterización, la influencia Kantiana hizo plantear la división entre ciencias de la naturaleza y ciencias del espíritu. La criminología sería la ciencia natural del delito, que se encargaba de los datos fácticos de las conductas que la ley define como delitos⁹.

La Criminología Positiva se dio como razón legitimadora del carácter de inferioridad necesario¹⁰, para que se aislaran legalmente todas las personas que atentaran contra el orden social. Fue establecida como la sociología del derecho con un método de carácter científico que mediante estadísticas, analizara la

⁹ ZAFFARONI, Raúl Eugenio. Criminología. Aproximación desde un margen. Bogotá: Temis, 1988. p 7.

¹⁰ “El positivismo con su clasificación de las ciencias que da lugar al nacimiento de la forma contemporánea de la criminología (como hija de la biología, la psicología y la sociología), también es una pretensión del grupo dominante que entonces es la burguesía europea y a nivel mundial, el imperio británico por dominar un deber ser del ser, pero ya no era un deber ser en función de una naturaleza preceptiva (ya lo natural no era natural porque se ajustaba al deber ser) sino de una naturaleza descriptiva (lo natural era natural porque se ajustaba el ser”. Ibíd. p 12

reincidencia de los delincuentes. Era vista como complemento necesario para que el derecho penal sirviera con el objetivo principal de control social.

Ahora, “la criminología y el derecho penal son dos ciencias autónomas, pero ni opuestas ni separadas, más bien asociadas. No se resuelve ningún problema penal sin tener en cuenta los resultados de la criminología, convertida en base indispensable de la teoría y la práctica del derecho penal moderno, así como del derecho penitenciario y procesal”¹¹ Aún frente a la criminología el derecho penal sigue desempeñando una importante función de control social, lo que realmente interesa entonces es que los “criminólogos cancelen sus arrestos iconoclastas ante la dogmática penal y que los penalistas adopten un enfoque crítico del derecho”¹²

¹¹ REYES, ECHANDÍA. Alfonso. Criminología. Cuarta reimpresión de la octava edición. Bogotá: Temis, 2003. p 15

¹² *Ibíd.*

1. LA ESCUELA CRIMINOLÓGICA POSITIVA: CONSOLIDACIÓN, AUTORES Y CARACTERÍSTICAS

Hablar de la Escuela Criminológica Positiva presupone un análisis en este trabajo, que sí bien no resulta ser exhaustivo, sí trata de vincular algunas concepciones que a finales del S. XIX y principios del S. XX en Europa, permitieron la consolidación de la llamada Escuela de la Antropología Criminal. Lo lamentable de todo esto, es por un lado, la lectura que de estos autores se ha realizado de segunda mano, es decir, no directamente sobre sus escritos, por otro, la imposibilidad idiomática que permite alejar las distancias sintácticas y lingüísticas de sus concepciones.

Así, se pretende abordar esta escuela por medio de sus más representativos autores Italianos, en relación con la trascendencia e importancia que han adquirido con el tiempo. Por eso, resulta imposible establecer una perspectiva desde “nuestro margen” debido a que se comparte la urgente necesidad de pensar la Criminología a partir de lo latinoamericano, pero no, con una mirada poco convencional que termine trastocando todo el andamiaje teórico e histórico en que se ha fundado dicha escuela.¹³

Partiendo de esta posición, se tocará en un primer momento, el contexto histórico-político de la Escuela Clásica que permitió el nacimiento de la corriente positiva,

¹³ Esta, es un discusión que presenta el criminólogo Argentino Eugenio Zaffaroni, en relación a pensarnos la Criminología desde lo latino críticamente, desde nuestro margen, para eso, dicho autor plantea el nacimiento de la Criminología anterior al último período del S XIX, más exactamente con el surgimiento de la Escuela Clásica. En palabras del autor podemos dejar referenciada la discusión sin ánimo de entrar en esta, debido a las limitantes y a los objetivos de este trabajo.” Simplificando aún más la disyuntiva, digamos que si llevamos a cabo una aproximación a la criminología en un sentido crítico, debemos entender que la criminología se remonta al momento en que la burguesía en ascenso Si nuestra aproximación a la criminología es conformista, debemos remontar la criminología al momento en que la burguesía ya se había afirmado en el poder y solo pretendía un saber que le legitimara ese poder y le aconsejase la forma de mejorarlo. Según sea la elección, la criminología habrá nacido con BECCARIA en 1765 (o con HOWARD en 1777) o bien con LOMBROSO en 1876” Ver: ZAFFARONI, Raúl Eugenio. Criminología: Aproximación desde un margen. Bogotá: Temis, 1988. p. 101.

como reacción a los planteamientos “cuasi-humanistas y sin sentido” de los clásicos. No sobra mirar analíticamente, los fundamentos de la Escuela Clásica: el concepto de delito; el libre albedrío en que se instituyó; la mirada que de esta escuela se hizo en relación al delincuente; los aciertos y desaciertos que se plantearon a lo largo y ancho de su vigencia discursiva en Europa, etc. Esto, como un primer elemento necesario que permite vislumbrar diáfano el nacimiento de la Criminología Positiva.

En un segundo plano, se pasará a analizar las corrientes ideológicas que llevaron al inevitable surgimiento del positivismo criminológico, como algunos apartes de la historia política y económica europea, en especial la italiana que produjo necesariamente el “boom” positivista. Los autores y particularmente sus posiciones en relación al criminal, al anormal, al denominado inimputable permitirán entender la razón o razones de la concepción peligrosista que se desprende de la mano de esta escuela.

Este peligrosismo inaugurado, la moda del discurso criminológico, la intelectualidad europea, la necesidad de ampliar los conceptos y permitir ser implantados en otras latitudes, ocasionaron que la intelectualidad criolla tomara parcial o totalmente algunos conceptos en boga por el positivismo criminal. Para eso, es primordial reconocer algunos autores latinoamericanos de gran envergadura, que desarrollaron el pensamiento criminológico en los países de la periferia y su posterior aplicación en las legislaciones penales¹⁴. No podríamos dejar de detenernos en el ámbito nacional, sin repasar las posiciones encontradas

¹⁴Directamente no estamos hablando de una criminología latinoamericana, y mucho menos de un nacimiento criminológico positivo en estas latitudes, se plantea un somero análisis de publicaciones, de similitud de conceptos y de transpolación de contenidos – si los hubiere- en determinados autores de corte internacional. Ver: LARRAURI, Elena. La herencia de la criminología crítica. Siglo XXI. Madrid: Tercera edición, 2000. RIVERA, Beiras. Iñaki. La política criminal de las escuelas del pensamiento criminológico. Intentos integradores y lucha de escuelas. En: Política Criminal y sistema Penal. Viejas y Nuevas Racionalidades punitivas. Anthropos, Barcelona, 2005. DEL OLMO, Rosa. América Latina y su criminología. Siglo XXI: México, 1981. ZAFFARONI, Raúl Eugenio. Criminología. Aproximación desde... Op., Cit.

entre varios autores de trascendencia internacional, -tal es el caso de Emiro Sandoval Huertas, Jorge Eliécer Gaitán, Luís Carlos Pérez y Alfonso Reyes Echandía- que permitieron un acercamiento a planteamientos a favor y en contra del discurso criminológico positivo. Se tratará de hacer un pequeñísimo esbozo de esta escuela y cómo fue aplicada y concebida por autores colombianos.

1.1 LA ESCUELA CLÁSICA

La denominación de Escuela Clásica, nunca existió como tal. Esta, fue impuesta por Enrico Ferri, llevando el concepto de lo clásico a un nivel despectivo en donde su significado era aparejado como pasado de moda o superado por el conocimiento, algo que no estaba a la altura del contexto en la Italia del S. XIX¹⁵. Ferri señalaba el trato tan benigno hecho por los clásicos a los delincuentes de manera despectiva y casi burlesca: “estos desgraciados, cargados hasta entonces de hierros y cadenas a consecuencia de las ideas filosóficas que hacían de la locura, como del delito una falta individual, fueron tratados por los “clásicos” con dulzura y gozaron de libertad relativa (...) Este enorme sentimentalismo que ronda nuestro siglo, llevó a proteger a los delincuentes con una sensiblería infundada, lejos de la justicia y la verdad”¹⁶

Esta Escuela no era tal en el sentido en que el vocablo puede ser empleado, es decir, como un conjunto de principios y doctrinas que agrupan a unos autores con un mismo pensamiento. Zaffaroni sostiene que la Escuela Clásica “no puede ser una "escuela" por el conjunto de opiniones de los pensadores del tema político criminal durante más de un siglo, vertidas desde las ideologías más dispares (kantismo, hegelianismo, idealismo romántico, utilitarismo, vueltas parciales al

¹⁵ BOGUN, Gustavo. El hombre y el delito según las escuelas clásica, positiva y escuela sociológica. Instituto Nacional contra la discriminación, la xenofobia y el racismo. Ministerio de Justicia, seguridad y derechos humanos de la República de Argentina. Disponible en: http://www.inadi.gov.ar/uploads/archivoEnTexto_26.doc

¹⁶ FERRI. Enrico. Sociología Criminal. Traducción de Soto Hernández. Madrid: Centro Editorial Góngora, 1950. p 8

aristotelismo, pensamiento iluminista, etc.)”¹⁷. Pese a todas estas discrepancias, es necesario adoptar la existencia de la corriente clásica, no en el sentido de superación histórica y conceptual planteada por Ferri, sino por sus aciertos indiscutibles en el ámbito penal.

1.1.1 A modo de contexto histórico. Hacia fines del siglo XVIII, antes de la Revolución Francesa, comenzó a desarrollarse en Europa un proceso que se dio a conocer con el nombre de Ilustración. En concordancia, no se puede dejar a un lado todo lo que este movimiento trajo consigo, por una parte se consideró el conocimiento como producto de la razón humana y no como obra de la divinidad. La razón y su potencia eran las fuentes productoras de la verdad. Por otro, el movimiento del Iluminismo y su filosofía sirvieron de origen a la Escuela Clásica cuyo postulado fundamental era que los derechos del hombre debían ser protegidos en contra de la corrupción y los excesos de las instituciones existentes¹⁸. Ese periodo de la Ilustración luchó en materia penal, contra las penas arbitrarias y bárbaras, pidiendo la existencia del debido proceso, su aplicación y la definición del delito conforme al Estado¹⁹.

El S. XIX se caracterizó en la primera mitad, por la intensidad de las luchas ideológicas. Primero, la Revolución Burguesa necesitó defenderse de todos aquellos a quienes les interesaba reactivar el pasado. Segundo, se hizo urgente reparar el orden social imperante, “defendiéndose del proletariado en ascenso”²⁰. El capitalismo creció, se distinguió por la libre empresa, la libre competencia y el libre intercambio en donde el Estado incidía tímidamente. La ideología imperante fue la liberal, esta permitió establecer un estado natural de los hombres y un equilibrio social solventado sólo en necesidades racionales para los seres

¹⁷ ZAFFARONI, Raúl Eugenio. Criminología. Aproximación... Op. Cit. p.128

¹⁸ BOGUN, Gustavo. El hombre y el delito según las escuelas... Op. Cit.

¹⁹ TAYLOR, Ian. WALTON, Paul. YOUNG, Jock. La nueva criminología: Contribución a una teoría social de la conducta desviada. Buenos Aires: Amorrortu editores, 1990. p. 55

²⁰ DEL OLMO, Rosa. América Latina y su Criminología. México: Siglo XXI, 1981. p. 23

humanos, era un reconocimiento mutuo entre el respeto por las libertades individuales. “El individuo que rechazara el orden social, era un individuo que se rehusaba a ser libre y por lo tanto era perverso”²¹.

En el plano económico dominaba para ese entonces la teoría “clásica”, instituida por Adam Smith, según la cual los intereses privados operando en condiciones de libertad, o sea, sin interferencias estatales en el mercado, terminaban coincidiendo con el interés nacional. La tesis central de este autor permitía que “bajo circunstancias sociales, que describían como competencia perfecta, los intereses privados se hallaran perfectamente armonizados con los intereses sociales”²². Los empresarios tomaban sus decisiones según máximas de la ganancia, en donde lo importante era la acumulación de capital a toda costa. De esta forma, se incrementó la mano de obra barata, que en ocasiones pasó a ser sustituida por la máquina generando un grave problema de desempleo en las ciudades europeas industrializadas.

Para Ferri, Adam Smith fue a la economía política, lo que Cesare Beccaria fue al derecho criminal. “Reaccionando ambos contra el empirismo de la Edad Media, levantaron la enseñanza contra el individualismo, el uno predicando la libre competencia y el otro defendiendo los derechos de la humanidad contra la tiranía del Estado en el campo de la justicia criminal”²³

1.1.2 El contrato social, el delito, el delincuente y la pena. Fundada dentro de los parámetros del Iluminismo, la sociedad suponía que el ciudadano había aceptado una vez y para siempre la teoría del contrato social además de las leyes, para que el Estado mismo pudiera castigarlo por su conducta fuera de los parámetros sociales. Aquel que hubiese roto el compromiso con la sociedad se

²¹ HIKELAMMERT. Franz. Ideología del desarrollo y dialéctica de la historia. Ediciones Nueva Universidad: Universidad Católica de Chile, 1970. p.18 Citado por Ibíd. p. 28

²² Ibíd. p. 21

²³ FERRI. Enrico. Sociología... Op. Cit., p 20

volvía contra ella y era merecedor del castigo que el Estado-sociedad designaba para ello²⁴. “El castigo penal es por lo tanto, una función generalizadora y coextensiva del cuerpo social y cada uno de sus elementos imponen la infracción al individuo,”²⁵ en donde la sociedad luchaba con todo el esfuerzo y poder para castigarlo, siendo la conservación del Estado compatible con el acto casi perverso -pero no anormal- realizado por el individuo. El contrato social legitimaba y aceptaba el poder punitivo del Estado en aras de preservar el orden individual y la convivencia natural.

El principal interés de la Escuela Clásica recayó en el estudio del delito -entendido este dentro del libre albedrío-. El delito y el delincuente eran parte esencial en la teoría clásica, dando prioridad al hecho sobre el autor, es decir, era más importante el delito en sí que la persona que lo cometía. El delito no fue considerado un fenómeno social ni individual, sino un ente jurídico²⁶, ese ente jurídico era la formulación de un principio penal siempre humano, en donde la ley debía tratar a aquel que estaba en el estado natural.

El delincuente era “designado como el enemigo de todos, al que todos tienen interés en perseguir y al caer fuera del pacto, se descalifica como ciudadano”²⁷, aquel que sabía elegir, que tenía libertad para escoger entre lo bueno y lo malo, había escogido hacer el mal. En la Escuela Clásica el delincuente no era considerado como un ser diferente a los demás. Él estaba dentro del pacto.

²⁴ En la concepción clásica se encuentra el trasfondo contractualista que legitima el accionar del estado. Es una concepción básicamente Rousseauiana en donde la sociedad debe construirse en una comunidad política en donde cada uno de sus miembros actúe como iguales

²⁵ FOUCAULT. Michel. Vigilar y Castigar. Siglo XIX: México, 1998. p. 88

²⁶ ABADÍN. Catalina. La imagen del delincuente en la escuela clásica y en la escuela positiva. Escuela superior de derecho. Universidad Nacional Del Centro Provincia De Buenos Aires. Disponible en Internet:

<http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/viewFile/58/63>

²⁷ FOUCAULT. Michel. Vigilar y Castigar... Op. Cit. P. 106

Fue un sujeto que como pudo elegir, también estaba en capacidad de cometer conductas “malas”, entonces el delito surgía de su libre voluntad y no de causas patológicas o sociológicas. “De esto se deriva que, tanto el derecho penal como la pena, son para la escuela clásica un instrumento legal para Defender a la sociedad del crimen y no un medio para modificar al sujeto delincuente”²⁸

Dentro de la teoría penal clásica, el delito pasó a ser entendido en dos aspectos, el primero desde un punto de vista objetivo, la teoría del injusto. El segundo en torno a lo subjetivo, conocido como culpabilidad. Esta última, se puede distinguir en una caracterización de lo subjetivo, en donde la responsabilidad era por el hecho y un aspecto subjetivo relacionado al individuo en su acción, el hombre que delinquía asumía el hecho realizado²⁹. Fue una responsabilidad como criterio material que terminó constituyendo la teoría de la culpabilidad en relación al libre albedrío, una responsabilidad moral.

1.1.3 Algunas de sus figuras. Imbuido por este movimiento Iluminista Cesare Beccaria produjo la más importante obra: “De los delitos y las penas” (1764). Esta obra marcó las pautas para el accionar del Estado en ese período. Uno de sus más grandes logros fue establecer la proporcionalidad de las penas y los delitos conforme al principio de razonabilidad y legitimidad del Estado. El fin de la pena era disuadir al individuo de cometer hechos delictivos. Para este autor “.el fin de las penas no es atormentar y afligir a un ente sensible, ni deshacer un delito ya cometido (...). El fin, pues, no es otro que impedir al reo causar nuevos daños a sus ciudadanos y retraer a los demás de la comisión de otros iguales”³⁰. Beccaria no hizo referencia a la imagen del hombre delincuente, pero podemos detenernos

²⁸ BARATTA, Alessandro: “Criminología crítica y crítica del derecho penal”, México: Siglo XXI, 1986, P. 23. El poder legítimo se afirmara, políticamente sobre la ideología contractual y jurídica del principio de legalidad naciente en el Derecho penal liberal. El poder de castigar se transforma paulatinamente en el derecho a castigar.

²⁹ SOTOMAYOR, Juan, Oberto. Inimputabilidad y sistema penal. Bogotá: Temis. 1996. p 37

³⁰ TAYLOR, Ian – WALTON, Paul – YOUNG, Jock: “La nueva criminología. Contribución a una teoría social de la conducta desviada”, Amorrortu, Buenos Aires, 1977, p 27.

en algunas ideas interesantes relativas al criminal. También la especial atención en los apartados que señala que cuanto mayor o más dura sea la pena a aplicar, menores van a ser los estímulos de los hombres a cometer tal o cual delito³¹.

También en esta escuela fue importante Francesco Carrara con sus lecciones de Derecho criminal, este autor, consideró al delito como resultado de dos fuerzas: una física y otra moral en donde se debían tenerse en cuenta los aspectos objetivos y subjetivos del delincuente. En este cruce de fuerzas físicas y morales, la acción del hombre delincuente de la Escuela Clásica depende de su voluntad y el grado de libertad a ejercer.

1.1.4 La inimputabilidad en la Escuela Clásica. La Escuela Clásica presupuso una autoderminación del individuo, debido al estado de libre albedrío en que se encontraba el sujeto por el contrato social. Este sujeto, era capaz de culpabilidad en relación a la norma. “No se trata sin embargo (...) de resolver el problema previo y básico de si el hombre es libre o no, lo cual tiene un carácter absoluto y abstracto; sino de afirmar la capacidad de culpabilidad desde un punto de vista concreto, puesto que la imputabilidad constituye básicamente un juicio existencial”³².

La libertad del hombre fue un concepto abierto que resultó casi imposible su comprobación. Era donde se señalaba la capacidad vital de todos los seres humanos de comprender conforme al valor de lo bueno, sus actos en la sociedad y dentro del Estado. De esta forma, la imputabilidad estaría compuesta por dos momentos el primero de ellos por un elemento cognoscitivo intelectual referido a la capacidad de comprensión del sujeto, del injusto. Y el segundo por un componente volitivo relacionado con la voluntad de determinación³³.

³¹ BOGUN, Gustavo. El hombre y el delito según las escuelas... Op. Cit.

³² SOTOMAYOR. Juan, Oberto. Inimputabilidad... Op. Cit. p. 42

³³ *Ibíd.* p 43

Los inimputables eran todos aquellos que no poseían la capacidad de autodeterminarse. En esta Escuela, estaban quienes eran libres, es decir los imputables y aquellos que no lo eran, los inimputables. “El concepto de inimputabilidad lleva aparejado el concepto de minusvalía y por tanto de desigualdad existencial, dando lugar a la consideración de dos órdenes: los hombres libres y los que no lo son”³⁴

1.2 LA ESCUELA POSITIVA

Con el desarrollo de la filosofía experimental a mediados del S. XIX, frente al estudio biológico y psicológico del hombre, se formó un medio adecuado intelectualmente en el cual los fenómenos de la criminalidad se establecieron como un aspecto particular. Debía producirse un movimiento científico, en palabras de Ferri “en donde se analizará la patología social en las manifestaciones de la criminalidad, haciendo desaparecer el contraste entre la teoría de los delitos y las penas y la realidad de los hechos cotidianos”³⁵

Si bien Beccaria y su libro cumbre, trataron de crear un fin práctico para la disminución de las penas del Estado, y en gran medida la supresión de las mismas reaccionado legítimamente contra el empirismo propio de la Edad Media. “Con Carrara y los más representativos autores modernos se ha cerrado el ciclo que había abierto Beccaria, obras que en vano buscaron disquisiciones jurídicas abstractas”³⁶. Los postulados Positivistas en una crítica a la Escuela Clásica,

³⁴ *Ibíd.* p.48

³⁵ FERRI. Enrico. *Sociología Criminal...* Op. Cit., p 2. “El positivismo con su clasificación de las ciencias que da lugar al nacimiento de la forma contemporánea de la criminología (como hija de la biología, la psicología y la sociología), también es una pretensión del grupo dominante que entonces es la burguesía europea y a nivel mundial, el imperio británico por dominar un deber ser del ser, pero ya no era un deber ser en función de una naturaleza preceptiva (ya lo natural no era natural porque se ajustaba al deber ser) sino de una naturaleza descriptiva (lo natural era natural porque se ajustaba el ser)” Resulta entonces muy ingenuo plantear la unidad criminológica y el carácter científico de la misma en donde se deja el planteamiento filosófico”. Ver: ZAFFARONI, Raúl Eugenio. *Criminología. Aproximación...* Op. Cit., p 12

³⁶ *Ibíd.* p .5

comenzaron a legitimizar todos sus conceptos en aras de mantener el orden social, debido a que con el aumento de la criminalidad de la época, con las masas de desempleados rondando por las ciudades Europeas y con la poca efectividad que demostraron la aplicación de algunas penas a determinados delincuentes, estos autores se sintieron justificados para ejercer un análisis biológico a la sociedad de entonces.

1.2.1 Su aparición. Uno de los aspectos más importantes para generar las condiciones de una ciencia, y sobre todo la criminal, es el rotundo fracaso de la mayoría de las instituciones para detener el problema criminal. El nacimiento de la antropología criminal, en especial de la escuela positiva italiana, se justificó como “una reacción dentro de las ciencias penales contra el individualismo, fruto de la filosofía del siglo XVIII³⁷”. Su origen moderno puede remontarse a Bacon por su formulación organicista, que para el S XIX correspondió a Comte, este, tomando conceptos del darwinismo y estableciéndolos arbitrariamente al ámbito social, crea la Sociología³⁸.

La crisis que sacudió al capitalismo, la actividad de los sindicatos, los temores de la guerra, el incremento de la pobreza, y otros problemas sociales que se agravaron en toda Europa, exigieron una ciencia que fuese efectiva para mantener el orden y el control dentro de la sociedad. Fue así que las ideas evolucionistas de Darwin y Spencer, la filosofía de Saint Simón y el método positivista de Comte cumplieron permanentemente con la necesidad de explicar el accionar del Estado para restablecer el orden.

Esa realidad que se estaba viviendo ocasionó para el derecho penal liberal una incapacidad para interpretar la realidad conflictiva. Fue necesario, dar paso de

³⁷ JIMÉNEZ DE ASÚA. Luis. Tratado de derecho penal. Buenos Aires: Losada S.A. 1957. p 57. Citado por DEL OLMO. Rosa. Criminología... Op. Cit. p 26

³⁸ ZAFFARONI. Eugenio, Raúl. Manual de Derecho Penal. México: Cárdenas editores, 1988. p. 248

manera urgente a otras ideas y métodos de aplicación, que permitieran una mayor intervención del Estado, en relación no solo con el problema criminal, sino también frente al campo político, económico y cultural. Era el nacimiento de un Estado intervencionista fundamentado en la defensa social³⁹. De esta manera la ineficacia de las penas, el número creciente de la reincidencias, el contraste peligroso y en ocasiones hasta absurdo de la psiquiatría y las teorías místicas sobre la responsabilidad moral del hombre, la exageración o detención en el desarrollo de las formas de procedimiento, la introducción de ritos anticuados, ocasionó que “la consciencia colectiva reclamara un remedio científico y legislativo”⁴⁰

“Se transformó por ejemplo, la forma de tratar la locura: la medicina mental como se llamaba entonces, se comenzó a estudiar sin discusión y las decisiones de los médicos eran acogidas con la deferencia que se le otorga a las afirmaciones científicas demasiado jóvenes sin ser sometidas a la prueba de contradicción”⁴¹. El hospital se convirtió en un lugar de formación y confrontación de los conocimientos. Dejaron de establecerse por medio de la jurisprudencia una serie de circunstancias que calificaban el acto del hombre y modificaban sus reglas. El individuo era un sujeto que se le podía medir, juzgar, comparar, era un individuo al que se le normalizaba, excluía y clasificaba⁴².

Había entonces que racionalizar las desigualdades generadas por la crisis del capitalismo y replantear el concepto de libertad otorgado por el liberalismo. El racismo jugó un papel central: “los pobres eran pobres porque eran biológicamente inferiores”⁴³. Se pretendía subordinar al hombre cómo célula del

³⁹ SOTOMAYOR. Juan, Roberto. Inimputabilidad... Op. Cit. p. 45

⁴⁰ FERRI. Enrico. Sociología Criminal... Op. Cit., p .10

⁴¹ DEL OLMO. Rosa. Criminología... Op. Cit. p.24

⁴² “La penalidad perfecta que atraviesa todos los puntos y controla todos los instantes de las instituciones disciplinarias compara, diferencia, jerarquiza, homogeniza, en una palabra normaliza” P 188. VER: FOUCAULT. Michel. Vigilar y Castigar... Op. Cit. p. 196

⁴³ DEL OLMO. Rosa. Criminología... Op. Cit. p .30

organismo social y justificar el poder como producto de la evolución orgánica⁴⁴. Estas formulaciones ayudarían a reforzar una ideología que giraba en torno a la superioridad como resultado del evolucionismo y que justificaba las desigualdades “normales” en una sociedad que desde finales del S XVIII se proclamaba igualitaria. “Como en la selección o eliminación de los débiles e inadaptables se realiza la suprema ley de la vida, los eliminadores o supresores violentos no hacen más que acelerar la obra violenta y perezosa de la naturaleza: abandonan la marcha de la tortuga por el galope del caballo”⁴⁵

La teoría de la evolución se generalizó no solo en los aspectos del Darwinismo social sino en la eugenesia en diversos planos⁴⁶. La teoría evolucionista de un modo mucho más global en el campo del progreso de la sociedad, se armó de un campo operativo ligado a “dispositivos de saber –poder” que “ponen en funcionamiento conceptos como degeneración, retardo, malformación, estigma anatomopatológico, animalidad. Precisamente como construcción ideológica científica, en una relación intrínseca entre medicina y derecho”⁴⁷

Ya no era el espíritu de la humanidad que avanzaba tardíamente, sino la raza humana que pasaba de un estadio teocrático: el del libre albedrío, a un estadio metafísico de superioridad biológica⁴⁸. Fue en el campo de lo superior en donde la sociedad respondió a la criminalidad, por una parte, con un modelo expiatorio y

⁴⁴ ZAFFARONI. Raúl Eugenio. Manual de Derecho Penal... Op. Cit. p. 249

⁴⁵ ZAFFARONI, Raúl Eugenio. Criminología. Aproximación... Op. Cit. p.66

⁴⁶“Los delirios BIOLOGISTAS predarwinianos de GOBINEAU y de MOREL, y los posdarwinianos y spencerianos de VACHER DE LAPOUGE y de CHAMBERLAIN, cristalizaron en una "ciencia" inventada por los ingleses y que se conoce como "eugenesia", que se dedicó a estudiar la "herencia" biológica e los "hombres superiores", de los genios", para programar una sociedad en la cual se creasen las condiciones para la producción de "genios" Ibid. p. 155

⁴⁷ CARDONA. Rodas, Hildemar. “La antropología criminal en Colombia. El rostro del criminal revela su conducta anormal. En: MÁRQUEZ. Jorge. CASAS, Álvaro. Y otros. Higienizar, medicar y gobernar. Historia de la medicina y sociedad en Colombia. Medellín: La carreta editores. Grupo de investigaciones historia de la salud. Universidad Nacional, sede Medellín. 2004. p 204 “Medicina y derecho se articulan en un dispositivo de saber poder y de aprobación diferencial del Darwinismo social Spenceriano y el eugenismo de Galton, lo cual permitirá una ideología racista” Ibid. P 206

⁴⁸ ZAFFARONI. Raúl Eugenio. Manual de Derecho Penal... Op. Cit. p. 250

por otra con un modelo terapéutico para defenderse del individuo peligroso, del inferior, del criminal⁴⁹. El ser humano había sido degenerado biológicamente y establecido en una escala social de acuerdo a su naturaleza. La manifestación del crimen era producto de todos aquellos inferiores, todos aquellos marginados tendientes a la mano de obra barata, la mendicidad o la locura⁵⁰.

El discurso racista no fue otra cosa que la invención hacia finales del S XIX, del concepto de la guerra de las razas; la aparición de un discurso sociobiológico que tenía en sus fines el conservadurismo social y en menor medida la dominación colonial⁵¹. El Estado se transformó convirtiéndose en el protector de la superioridad de la raza pura. “El racismo nació cuando el tema de la pureza de la raza sustituyó al de la lucha de clases”⁵², este racismo fue un arma de tipo biológico y científico que legitimo el Estado.

Fue en Italia en donde surgió la Criminología Positiva no solo por su tradición legal desde los romanos, sino también por la situación política de ese entonces. Se hablaba de “*Il Risorgimento*”, como movimiento político de unificación e independencia de Italia. Esa unificación trajo una notable división de atraso para ese país, debido a que existía una Italia del norte con un gran desarrollo económico para Europa y una Italia del sur con una economía agraria muy pobre⁵³. Fue necesario buscar una ciencia que permitiera y justificara ese atraso. Los pensadores Italianos vendrían a cumplir este papel: Lombroso, Ferri y Garófalo explicaron la situación de disparidad a través de sus teorías biologistas y peligrosistas.

⁴⁹ FOUCAULT. Michel. Los anormales. México: Fondo de Cultura Económica. 1999. p. 41

⁵⁰ ZAFFARONI. Eugenio, Raúl. Manual de Derecho Penal... Op. Cit. p. 250

⁵¹ FOUCAULT. Michel. Genealogía del Racismo. La Guerra de las razas al racismo de Estado. Madrid: Edit. La piqueta. 1992. p 73

⁵² *Ibíd.* p 90

⁵³ DEL OLMO. Rosa. Criminología... Op. Cit., P 34. “Para comprender la importancia que adquirió la escuela positiva italiana en esos momento, es fundamental relacionar el problema de las dos Italias, (...) Se puede afirmar que era el salvador ideológico apropiado” para justificar tan grandes divisiones. Ver: DEL OLMO. Rosa. Criminología... Op. Cit. p. 35

1.2.2 Los autores de la Escuela Positiva y la Antropología Criminal. La criminalidad entró a ser explicada con planteamientos de carácter científico, en donde se realizaba una separación entre el individuo adaptado y el delincuente. La persona que estaba adecuada a las normas sociales juzgaba a la persona distinta, creando no solo como se vio durante la Escuela Clásica: dicotomías entre lo bueno y lo malo, sino dicotomías entre lo normal y lo anormal. Se creó una condición en donde aquella persona normal, adaptada, ejercía una posición de autoridad frente a la persona del delincuente.⁵⁴

El concepto de racialismo puede encontrarse con Lombroso, Ferri y Garófalo que fundamentaron una concepción sociobiológica del crimen, en lo que en sus inicios se entendió como antropología criminal. Fue una construcción que llevó a fundar un monstruo humano estigmatizado anatómica y psicológicamente, relacionado al hombre delincuente⁵⁵. Aquí, la sustitución de una prisión o un hospital por el principio homogenizador de la sociedad, es decir por el de la normalidad del ser humano, llevó a que la misma sociedad de la mano de estos autores, creara en reacción al criminal-anormal un modelo expiatorio y otro terapéutico, para defenderse del individuo peligroso⁵⁶.

La antropología criminal se dotó de una serie de estigmas y signos anatómicos, con el fin de fundamentar una teoría de los rasgos atávicos que evocaban un pasado simiesco que partía del cráneo. El problema de la degeneración fue volver al ser humano a la animalidad. Una tendencia que en primer lugar era tenida en cuenta por la antropología criminal y en un segundo orden por la Psiquiatría naciente, que trató de situar el cuerpo humano en un asidero orgánico y anatómico

⁵⁴ MIRALLES. Teresa. Segunda Parte. Planteamientos criminológicos. Patología criminal: aspectos biológicos. En: El pensamiento criminológico I. Un análisis crítico. Bogotá: Temis: 1985. p. 51

⁵⁵ CARDONA. Rodas, Hildemar. La antropología criminal en Colombia... p. 205

⁵⁶ FOUCAULT. Michel. Los anormales... Op. Cit. p. 41

de los trastornos psíquicos, “mediante la lectura de signos patológicos y determinación de diagnósticos del peritaje médico.”⁵⁷

En todo este andamiaje y para el caso del poder judicial legitimado por medio del discurso biólogo, encontramos a médicos legistas, como Lombroso⁵⁸. Médico de la Universidad de Pavía de 1858⁵⁹, su pasión por la psiquiatría y la antropología nació de sus estudios en dicha universidad y se incrementaron cuando regresó para el año de 1860 luego de haber participado en la guerra contra Austria. Después de sus reconocidos estudios sobre la pelagra, en 1876 publicó lo que sería su obra cumbre: El hombre delincuente. Lombroso tuvo el propósito de interpretar de un modo nuevo la historia, destacando el influjo existente entre los hombres inferiores y superiores⁶⁰.

La creciente fama de Lombroso le trajo consigo autores que compartirían sus ideas. Enrico Ferri sociólogo de profesión, conoce a Lombroso para el año de 1878, hombre que fue tratado por Lombroso “como su amigo, su hermano, su hijo, a ratos como un padre”⁶¹ Ferri, conoció a Lombroso como pocos, esto le ocasionó desarrollar sus planteamientos y representar a la Scuola positiva como su máxima figura. Egresado de la Universidad de Bolonia como abogado, en el año 1878 publica su tesis titulada “La imputabilidad y la negación del libre albedrío” trabajo

⁵⁷ CARDONA. Rodas, Hildemar. La antropología criminal en Colombia... P 206. Ver discusión P 201-209. Para Foucault, la perversión permite el desarrollo del discurso médico, en tanto que la peligrosidad se funda en la teoría medico-judicial. Es en este núcleo de perversión en donde fundamentalmente se constituye un discurso entre dos instituciones de poder: la médica y la judicial. Este discurso se desarrolla en aras de un componente de moralidad, un discurso del padre al hijo, de la moralización misma del niño. Es una descalificación, “un discurso del miedo que descalifica al delincuente cuando habla en el tribunal (...). Ese lenguaje balbuceante, que es la pericia, funciona como trasmisor de la institución judicial a la institución médica, de los efectos de poder, a través de la descalificación de quien hace la unión” FOUCAULT. Michel. Los anormales... Op. Cit., p 42

⁵⁸ El verdadero nombre de CESARE LOMBROSO ERA EZEQUIEL MARCOS según JIMÉNEZ DE ASÚA. Ver: JIMÉNEZ DE ASÚA. Luis. Lombroso. Buenos Aires: Editorial La Universidad, 1944. p 16

⁵⁹ Para el año 1859 publica el Cretinismo en Lombardía.

⁶⁰ JIMÉNEZ DE ASÚA. Luis. Lombroso. Buenos Aires: Editorial La Universidad, 1944. p. 10-94

⁶¹ *Ibíd.* p 95

donde se concentraron las ideas más importantes de la doctrina positivista. Su obra más reconocida para algunos autores -entre sus innumerables publicaciones- es “Sociología Criminal”⁶², en esta obra se pueden encontrar la aplicación del método positivista, las investigaciones realizadas en relación a los delincuentes, entre otros.

También se acercó a Lombroso, el jurista Raffaele Garófalo. Estudió jurisprudencia en la Universidad de Napoli y se desempeñó como magistrado y presidente del Tribunal de Casación. En 1885 publicó “Criminología,” allí se encontrarían los conceptos de temibilidad y peligrosidad. Para el año de 1880 se fundó la revista de Lombroso denominada “Archivo de Psiquiatría, Antropología criminal y ciencias penales para servir al estudio del delincuente” estos autores tuvieron en esa revista sus primeras publicaciones. 1885 sería el año cumbre que presentarían todos los planteamientos que había trabajando, en el Primer Congreso de Antropología Criminal celebrado en la ciudad de Roma⁶³.

⁶² Ver: AGUDELO. Betancur, Nódier. Grandes Corrientes del derecho penal. Escuela Positiva (Introducción a la lectura de César Lombroso, Rafael Garófalo y Enrique Ferri.) Santafé de Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1991.

⁶³ Para ver información al respecto consultar: ANZIT. Guerreo, Ramiro. El positivismo biológico en ‘la sociedad y el delito’ (1947) de José Belbey. En: Derecho Penal Online revista electrónica de doctrina y jurisprudencia en línea. Año: 2006 Mes: noviembre.

Disponible en Internet: <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=15,345,0,0,1,0>

BOGUN, Gustavo. El hombre y el delito según las escuelas clásica, positiva y escuela sociológica. Instituto Nacional contra la discriminación, la xenofobia y el racismo. Ministerio de Justicia, seguridad y derechos humanos de la República de Argentina. Disponible en: http://www.inadi.gov.ar/uploads/archivoEnTexto_26.doc

ABADÍN. Catalina. La imagen del delincuente en la escuela clásica y en la escuela positiva. Escuela superior de derecho. Universidad Nacional Del Centro Provincia De Buenos Aires. Disponible en Internet:

<http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/viewFile/58/63>

LARRAURI, Elena. La herencia de la criminología crítica. Siglo XXI de España., Madrid: Tercera edición, enero de 2000. BOMPADRE. Francisco María. El "petiso orejudo" y la criminología positivista. En: Derecho Penal Online revista electrónica de doctrina y jurisprudencia en línea. Año: 2006. Mes: Febrero. Disponible en:

<http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=15,261,0,0,1,0> ZAFFARONI, Raúl Eugenio. Criminología. Aproximación desde un margen. Bogotá: Temis, 1988. DEL OLMO, Rosa. América Latina y su criminología. Siglo XXI: México, 1981. CARDONA. Rodas, Hildemar. “La antropología criminal en Colombia. El rostro del criminal revela su conducta anormal. En: MÁRQUEZ. Jorge. CASAS, Álvaro. Y otros. Higienizar, medicar y gobernar. Historia de la medicina y sociedad en

Este congreso inicialmente recibió el nombre de Congreso de “Antropología criminal, Biología y Sociología” allí se discutieron los planteamientos del “Hombre Delincuente” de Lombroso en relación al criminal nato. “Dos años después, al reeditarse el hombre delincuente aparecerían dos trabajos, uno de Garófalo sobre criminalidad y el otro de Ferri sobre defensa social que servirían de base para la nueva escuela. Garófalo destacaba la temibilidad como criterio fundamental para que la sociedad se defiende del delito; Ferri a su vez, negaba el libre albedrío a favor del determinismo”⁶⁴

1.2.3 Cesare Lombroso. El agresivo pobre de Europa —indisciplinado y huelguista— era "malo" y, por ende, "feo". No importaba, en el fondo, la " r a z a " sino que era antiestético, y esa fue la imagen que se proyectó públicamente sobre la burguesía central en los folletines de la época y que internalizaron sus policías y jueces al tiempo que reprimían las huelgas y eran agredidos por atentados anarquistas. “La "fealdad" del pobre era la que regía el estereotipo con el cual salían las "perreras" a dar caza a los enemigos de la burguesía y a enjaularlos en sus cárceles o en sus manicomios⁶⁵.” Estas palabras de Zaffaroni ilustran muy bien el campo en el que el Judío Lombroso se movería para crear la teoría del criminal nato.

1.2.3.1 La teoría Lombrosiana. LOMBROSO nos legó el cuadro más completo que jamás se haya trazado de un estereotipo criminal, describiendo con curioso preciosismo todas las condiciones y características que en su tiempo hacían vulnerable a una persona al sistema penal⁶⁶. 1870 es el año en que realizó la autopsia de Vilella, hombre de 70 años, que luego de escapar de la justicia Italiana y tras morir, fue llevado a Lombroso para su estudio. Al abrir el cráneo encontró en

Colombia. Medellín: La carreta editores. Grupo de investigaciones historia de la salud. Universidad Nacional, sede Medellín. 2004

⁶⁴ DEL OLMO, Rosa. América Latina y su criminología... Op. Cit. p. 65

⁶⁵ ZAFFARONI, Raúl Eugenio. Criminología. Aproximación desde... Op. Cit. p. 160

⁶⁶ *Ibíd.*, p. 165

el occipital “y justamente en el sitio en que se levanta ordinariamente la pequeña cresta, una cabida a la que llamó “foseta occipital media”, parecida a las que se presentan en los pájaros,”⁶⁷ destinada a recibir una tercera parte del lóbulo medio, pero que no se encuentra en los animales superiores, salvo en el período fetal de los tres o cuatro meses. Lo encontrado fue una rara anomalía que nunca volvió a ver Lombroso, pero fue la luz que terminó prendiendo toda su teoría.

Al recopilar información, estableció que una de las principales maneras de identificar hombres delincuentes era mediante la foseta occipital media, es decir que por medio del cráneo se establecían ciertas similitudes con seres inferiores que determinarían si un hombre era o no criminal. Haciendo una relación de los delincuentes con los animales inferiores y con el hombre primitivo. “La anomalía que pudiera decirse es la más característica y ciertamente más atávica en los criminales: el hoyuelo medio occipital”.⁶⁸ Al aplicar la fotografía al estudio del criminal, encontró en 6 asesinos y otros tantos (no especificando su número) de terribles asaltadores de camino, un parecido de características exageradamente mórbidas que distinguen al hombre salvaje: senos frontales muy pronunciados, mandíbulas de gran volumen, órbitas demasiado grandes y separadas unas de otras, asimetría del rostro y un exagerado apéndice de mandíbulas⁶⁹.

En el manicomio de Pésaro en 1871, fue en donde a través de elementos de observación y análisis de los criminales que allí reposaban, estudió no menos de 400 casos que le permitieron construir su teoría del hombre delincuente y poner fin a la dicotomía de cómo tratar a los locos y a los delincuentes, resolviéndola así: si

⁶⁷ JIMÉNEZ DE ASÚA. Luis. Lombroso... Op Cit. p. 64

⁶⁸ LOMBROSO. César Los criminales. Barcelona: Centro editorial Presa. S.F. p 11

⁶⁹ *Ibíd.* 13. JIMÉNEZ DE ASÚA en palabras de Lombroso explica: “Así las enormes mandíbulas, y los grandes arcos cigomáticos y las arcadas superciliares tan salientes, los pliegues palmares únicos, la mayor amplitud de la órbita, las orejas en asa que se encuentran en los criminales como en los salvajes y en los simios, y la insensibilidad dolorífica, la gran agudeza visual, el tatuaje, la pereza, el amor a la orgía, la necesidad del mal por el mal, la necesidad de matar acompañada de ferocidades sobre la víctima: de heder los cráneos y de beber la sangre”. JIMÉNEZ DE ASÚA. Luis. Lombroso... Op Cit. p. 65

ambos son idénticos debían ser igualmente tratados. De estos estudios nacería lo que se ha conocido en la historia como el tipo de criminal nato. Este tipo de criminal nato comprendía el loco moral⁷⁰ y el criminal epiléptico, en donde compartían una misma característica temperamental: la ausencia congénita del sentido moral e imprevisión.

Fue así como el atavismo, se manifestó por una serie de estigmas presentes en todo criminal nato y se exteriorizó en todos los factores craneales, anatómicos y mentales. Lombroso en otro estudio realizado a 25.000 criminales, cita la existencia de 15 factores degenerativos, dejando la degeneración humana con la presencia de tan solo 5 factores de los 15 anunciados. En el 65% de estos individuos, halló la reunión de estos últimos factores, llevando según este autor, a explicar la relación existente entre los trazos del carácter y las disposiciones criminales antisociales de los hombres delincuentes.⁷¹

El delincuente nato podía caracterizarse en tres aspectos: el físico, el fisiológico y el psicológico. El primer aspecto: el físico, el criminal nato se caracterizaba por tener enormes mandíbulas, pómulos prominentes, orejas salientes. La hiposensibilidad dolorífica y la agudeza visual correspondían al aspecto fisiológico. Por último, dentro del campo psicológico se notaría en el delincuente una gran falta de sensibilidad moral, es decir de sentimientos por la vida, de tener consigo un gran impulso de matar, de ser imprevisible en los crímenes que realiza⁷².

⁷⁰ Ese concepto de LOCURA MORAL es trabajado con BASE EN LA EPILEPSIA, que posteriormente le serviría para escribir un libro en relación al nacimiento de los hombres genios en el mundo. Para el año de 1878 el SOLDADO MISDEA da muerte a 8 personas lo que llevaría a Lombroso a estudiar este comportamiento. En palabras de JIMÉNEZ DE ASÚA podemos prefigurarnos el pensamiento Lombrosiano. "Esta trágica criatura no solo integraba el tipo más feroz del homicida, sino que presentaba los más claros fenómenos de clásica epilepsia hereditaria en su familia". *Ibíd.* Es con el estudio de este hombre que Lombroso se convence de la etiología epiléptica del delito y la identificación del loco moral. Para el año 1888 publica un trabajo titulado: Misdea.

⁷¹ MIRALLES. Teresa. Segunda Parte. Planteamientos criminológicos... Op. Cit. p. 56-58

⁷² AGUDELO. Betancur, Nódier. Grandes Corrientes del derecho penal. Escuela Positiva... Op. Cit. p. 66

La locura moral no debe confundirse con la división que planteaba acerca del delincuente loco. Esa división fue trazada a partir de algunas sugerencias que hiciera Ferri en su momento y que aquí no se tratarán por encontrarse mejor explicadas en la teoría Ferreriana⁷³. En el delincuente nato, Lombroso desarrolló una serie de divisiones en torno al criminal: el delincuente habitual; el delincuente de ocasión; el delincuente pasional y el loco. El criminal menos peligroso se encontraría en el delincuente por ocasión influido por las condiciones externas que lo llevaban cometer el delito, mientras que en los demás delincuentes predominaba el factor endógeno o hereditario.⁷⁴

En la medida que aumentaran las condiciones favorables para las personas, estas se alejarían del delito, esto fue presentado como una de las mayores contradicciones en el pensamiento Lombrosiano debido a la explicación material y económica de evitar los delitos. Lombroso estableció que la criminalidad se ocasionaba para los delincuentes natos por la lesión del cerebro subcortical, en donde se presentaban las funciones vegetativas, humorales y nerviosas llevando a que el delincuente desencadenara inclinaciones criminales. Por otro lado, la herencia mórbida como consecuencia de la debilidad genética de los padres, se transmitía y ocasionaba a sus descendientes una enfermedad o anomalía que llevaba necesariamente al delito⁷⁵.

Un *individuo era peligroso* en ocasión a su animalidad y estaba propenso a delinquir por factores genéticos, sociales o mentales. El objetivo de este autor fue *platear la eliminación* de la conducta antisocial, anormal, enfocada desde la peligrosidad. De esta manera, entró en el estudio médico-biológico-antropológico,

⁷³ Aunque para AGUDELO: “La clasificación sostenida por Ferri no es la misma sostenida por Lombroso. En efecto: la clasificación del primero es sobre todo una clasificación psicológica: según esta las causas que puedan conducir al delito son o bien endógenas impulso psíquico-fisiológico; bien exógenas: condiciones ambientales. Ferri no remite ni al atavismo, ni a la epilepsia Lombrosiana, o si los hace no les da la trascendencia que les da el primero” *Ibíd.* p .31

⁷⁴ *Ibíd.* p. 68

⁷⁵ MIRALLES. Teresa. Segunda Parte. Planteamientos criminológicos... *Op. Cit.* p. 56-57

con la elaboración de un concepto básico: el de PROFILAXIS CRIMINAL, que se caracterizaba por dos aspectos el de responsabilidad penal y el estado de peligrosidad inherente al criminal. Se reemplazaron las nociones de castigo y arrepentimiento propio de la teoría de Bentham por las de rehabilitación médica⁷⁶. Esta eliminación de la conducta peligrosa se trabajó en relación al estudio de “enajenados mentales” en donde se disponía para estos, un tratamiento que para el resto de delincuentes debería aplicárseles también, basados todos en la peligrosidad que representaban para la sociedad.

En esencia la teoría Lombrosiana se apoyó en el alto porcentaje de la delincuencia, obedeciendo estos índices de criminalidad a una detención del “desarrollo embrionario que dejaba al delincuente con caracteres propios de una condición menor a la humana en la escala zoológica”.⁷⁷ Con el intento de Lombroso de monopolizar la criminología para la biología y de que la medicina recibiera amplia atención en Europa, los problemas planteados por él, atrajeron a una gran cantidad de médicos y psiquiatras, quienes desplazaron a los jueces, abogados y autoridades penitenciarias. Gracias a estas teorías, los médicos se “tomaron el poder”. Empezaron a acuñar una bibliografía que permitió explicar a la criminología como rama de la medicina, destacándose trabajos como los de Morel, Pinel, Esquirol, Gall, etc⁷⁸. Así, Lombroso consolidó una aproximación histórica entre psiquiatría y derecho penal, a pesar de que él se definía como antropólogo criminal, dando paso al soporte histórico de su teoría.⁷⁹

1.2.4 Enrico Ferri. Fueron los datos aportados por la ciencia, los que iniciaron el nuevo saber criminal, recibiendo el nombre de antropología criminal. La

⁷⁶ *Ibíd.* P. 63

⁷⁷ ZAFFARONI, Eugenio, Raúl. *Manual de Derecho Penal...* Op. Cit. p 250

⁷⁸ TAYLOR, Ian. WALTON, Paul. YOUNG, Jock. *La nueva criminología. Contribución a una teoría...* Op. Cit. p. 56-58

⁷⁹ BRAVO, Omar Alejandro. *La ficticia figura psiquiátrico-penal del “loco peligroso”.* En: *Revista Electrónica de Psicología Social «Poiésis»* ISSN 1692-0945. Nº 16 - Diciembre de 2008. Disponible en: <http://www.funlam.edu.co/poiesis>

criminología positiva nació por el impulso de la antropología y solo después de una fase preparatoria por parte de Lombroso, habiendo este, reunido las observaciones realizadas y esparcidas en relación a los criminales,⁸⁰ se concretó la Escuela Positiva. Ferri en sus escritos nunca desconoció los aportes de Lombroso y en la mayoría de ocasiones dirigió las críticas que le hiciera a este con humildad. “Fue el encargado de extraer de la tesis LOMBROSIANA, las consecuencias que este no había sacado de ella en orden al control social punitivo en cuanto ideología jurídica, intentando una curiosa armonización de SPENCER, DARWIN y MARX que, finalmente, le llevó a culminar su carrera científica como senador fascista, después de largos años de militancia socialista”⁸¹.

1.2.4.1 La teoría Ferreriana. Durante toda la vida intelectual de Ferri se le reconoció como la persona que sistematizó completa y coherentemente, la Escuela Positiva. Lo que más se destaca de este autor, fue el hecho de trasladar la ciencia del derecho penal de una consideración del delito como fenómeno particular en sí mismo, a la del delito como expresión de un aspecto necesario del mundo y en el cual todo converge en su negatividad. “No más derecho, no más antropología, no más psicología, sólo sociología criminal; o sea, no más el delito en relación con determinados fenómenos más o menos complejos de la vida social, sino el delito en relación con toda la vida y toda la realidad, en la cual se buscan, precisamente, las raíces profundas e infinitamente múltiples de la acción humana en general y de la acción delictiva en particular”⁸².

En su libro de sociología criminal escrito en 1892, Ferri utilizó algunas ciencias y disciplinas de apoyo: la antropología y la estadística. En este libro señalaba, no alejándose mucho de la teoría Lombrosiana, que el criminal era un salvaje

⁸⁰ FERRI. Enrico. Sociología Criminal... Op. Cit. p. 48

⁸¹ ZAFFARONI, Raúl Eugenio. Criminología. Aproximación desde... Op. Cit. p. 166

⁸² BERGALLI. Roberto. Perspectiva sociológica: sus orígenes. En: El pensamiento criminológico I. Un análisis crítico. Bogotá: Temis: 1985. p .94

apartado de la civilidad⁸³ que no solo reproducía caracteres animales sino que también los conservaba por siempre. El criminal se encontraba en un estado de infantilismo permanente, así, era un delincuente nato, un individuo con instintos antisociales. El medio entonces daba la forma del delito, que tenía su base en el factor biológico⁸⁴.

El delito era el efecto de los factores psíquicos y sociales, y sí la condición biológica no bastaba por sí sola para cometer el delito,- debido a las condiciones favorables en que se encontraba-, la misma sociedad se ocupaba de estas anomalías biológicas en el campo pedagógico e higiénico, pero nunca en relación a lo legal. Este, fue un fenómeno social, pero también una manifestación biológica de uno o varios individuos, en donde era equivocado establecer que solo la causa del delito se localizaba en las causas sociológicas o biológicas, ya que uno y otro orden se hallaban en una unión “casi insoluble”.⁸⁵

Los factores del delito se podían establecer en tres órdenes: antropológico, físico y social:

“Los antropológicos son inherentes a la persona del delincuente y hacen referencia, en primer lugar, a la constitución orgánica (anomalías orgánicas, del cráneo y del cerebro, de las vísceras, de la sensibilidad y de la actividad refleja y todos los caracteres somáticos en general); en segundo lugar, a la constitución psíquica (anormalidad de la inteligencia y de los sentimientos) y, en tercer lugar, a las características personales (condiciones biológicas: raza, edad, sexo; condiciones biológico-sociales: estado civil, profesión, domicilio, clase social, instrucción y educación).⁸⁶ Los factores físicos o cosmotelúricos pertenecen al ambiente físico y son: el clima, la naturaleza del suelo, la alternancia diurna y

⁸³ FERRI. Enrico. Sociología Criminal... Op. Cit. p. 53

⁸⁴ *Ibíd.*

⁸⁵ *Ibíd.* p. 92-100

⁸⁶ “Los factores sociales preponderan los atentados contra la propiedad, los biológicos contra las personas y los otros concurren en la determinación de cada delito”. *Ibíd.* p 89

*nocturna, las estaciones, la temperatura anual, las condiciones meteorológicas, la producción agrícola. Finalmente, los factores sociales del delito resultarían del ambiente social y son, principalmente: la densidad de la población, las costumbres, la religión, la opinión pública, la familia, la educación, la producción industrial, el alcoholismo, la estructura económica y política, el orden en la administración pública, la justicia, la policía y, por último, las leyes civiles y penales*⁸⁷.

Dentro de ese carácter antropológico existían unos determinantes psicológicos: la insensibilidad y la imprevisión moral. La primera era mucho más congénita que adquirida, revelándose en las prácticas de delitos sangrientos. La segunda hacía referencia a la ausencia de remordimientos después de haber cometido el delito. “A esta insensibilidad moral que constituye la primera causa del delito, como manifestación exterior de las tendencias individuales; se le une la imprevisión que se determina por una fuerza insuficiente de la asociación de ideas”⁸⁸

De los resultados arrojados por las estadísticas y los análisis practicados⁸⁹, Ferri inició una clasificación un tanto parecida a la de Lombroso, pero dándole como ya se ha señalado, una especial preponderancia a los factores sociales. Para el año 1880 publicó en la revista *Archivo de Psiquiatría, Antropología criminal y ciencias penales para servir al estudio del delincuente*, una clasificación del delincuente en cinco categorías: *criminales locos; criminales natos; criminales habituales o por hábito adquirido; criminales por ocasión y criminales por pasión*. Esta clasificación, decía él, no se encerraba solo en el dominio técnico de la antropología criminal

⁸⁷ BERGALLI. Roberto. Perspectiva sociológica: sus orígenes. En: El pensamiento... Ob. Cit. p. 95

⁸⁸ FERRI. Enrico. Sociología Criminal... Op. Cit. p. 61

⁸⁹ “ Por esto la estadística de la reincidencia general y la de las diferentes especies de los delitos confirma de nuevo de una manera indirecta, la observación según la cual sólo sobre el número total de aquellos que cometen delitos, presenta una parte estas anomalías individuales que la antropología criminal ha comprobado” *Ibíd.* p. 158

sino que debía servir de base positiva a las inducciones de la sociológica criminal.⁹⁰

EL DELINCUENTE LOCO⁹¹ no podía tener una descripción general, debido a que sus caracteres orgánicos y sobre todo psico-patológicos cambiaban. Esto era originado, según Ferri, a que cada elemento del delincuente loco variaba con la enfermedad que padecía. De esta forma, tal como lo afirmaba Lombroso, no podían ser reunidos en una figura, como sucedía con las demás categorías de delincuentes. Existía un tipo de criminal loco, *el loco moral* conocido como aquel que padecía la *imbecilidad moral*, esta fue entendida como la ausencia o atrofia del sentido moral o para ser más exactos, una ausencia del sentido social. Era una enfermedad que a menudo se presentaba congénita y que coexistía con “una integridad aparente del razonamiento lógico y presentaba la condición psicológica del criminal nato”⁹². Estos eran los verdaderos locos.

Otro tipo de delincuente loco eran aquellas personas que “no estando ni completamente enfermos ni totalmente sanos, pertenecían a una zona intermedia”⁹³. Eran los que cometían los crímenes más sangrientos, con una frialdad patológica, sin embargo “los criminalistas clásicos encontraban en ellos un máximum de “libertad moral” y de responsabilidad, cuando nos hablan de homicidios cometidos “sin causa” o simplemente por “perversidad brutal”, o por una suerte de “erotismo sangriento” o por “odio a la humanidad”.”⁹⁴

⁹⁰ Ibíd. p .165

⁹¹ “En estos sujetos el delito es el resultado de la combinación de la enfermedad mental y la atrofia del sentido moral, caracterizada por la falta de repugnancia frente a la idea y a la acción delictuosa” AGUDELO. Betancur, Nódier. Grandes Corrientes del derecho penal. Escuela Positiva... Op. Cit. p. 29

⁹² FERRI. Enrico. Sociología Criminal... Op. Cit. p. 167

⁹³ Ibíd. p .168. Para Lombroso eran los denominados Mattoides.

⁹⁴ Ibíd.

EL CRIMINAL NATO⁹⁵ por su parte, fue aquel delincuente en el cual se observó de manera evidente los caracteres enunciados por la antropología criminal. Era un hombre salvaje, brutal y perezoso, “que no distinguía el homicidio, el robo, el delito en general de cualquier industria honrada”⁹⁶, era aquel que pensaba de la pena y delito lo opuesto a lo manifestado por los legisladores. Fueron hombres nacidos para el delito cuya conducta antisocial era un efecto inevitable de influencias hereditarias que terminaron siendo acumuladas a través de las generaciones.

LOS DELINCUENTES HABITUALES O POR HÁBITO ADQUIRIDO⁹⁷, presentaron de manera confusa las características de los delincuentes natos. Empezando a sobresalir determinados elementos, una vez cometido el primer delito. Con alguna frecuencia se dieron en una edad muy temprana y casi exclusivamente contra la propiedad, debido a las tendencias a la relajación moral y al medio “corrompido, verdadero centro de infección criminal”⁹⁸ adquiriendo el hábito crónico del delito y haciendo de este su verdadera profesión.⁹⁹ Las características eran entonces, la precocidad y la reincidencia dentro del campo sociológico.

⁹⁵ “Con inteligencia común y más bien inferior a la común. Tiene, en cambio una voluntad anormal: es impulsivo y obra de manera precipitada por motivos desproporcionados en relación a la gravedad de delito; acusa falta o debilidad del sentido moral. En ellos la tendencia es criminal es el efecto casi exclusivo de sus condiciones de anormalidad físico-psíquica y el medio social o ambiental es apenas una ocasión. Son los más peligrosos y tienen la notas de la precocidad y la incorregibilidad” AGUDELO. Betancur, Nódier. Grandes Corrientes del derecho penal. Escuela Positiva... Op. Cit. p. 28

⁹⁶ FERRI. Enrico. Sociología Criminal... Op. Cit. p. 170

⁹⁷ “Estos delincuentes están propensos a la reincidencia y tiene muy poca readaptabilidad a la vida social. Con taras somáticas y psíquicas, derivadas del medio de miseria material y moral en que ha nacido y vive, comienzan cometiendo pequeñas faltas; luego, a causa de la mala influencia de las cárceles, recae obstinadamente en el delito. A veces hace del delito un modo de vida una empresa o verdadera industria criminal”. AGUDELO. Betancur, Nódier. Grandes Corrientes del derecho penal. Escuela Positiva... Op. Cit. p. 29

⁹⁸ FERRI. Enrico. Sociología Criminal... Op. Cit., p. 172

⁹⁹ “La prisión celular les ha embrutecido, el alcoholismo les ha trastornado y la sociedad abandonado. Un abandono a la miseria, a la ociosidad y a las tentaciones, no les ha ayudado a luchar para volver a las condiciones de una vida honesta, quizás hasta les ha hecho caer de nuevo forzosamente en el delito, por ciertas instituciones que debiendo ser preventivas, no son por el contrario nuevas causas del delito, como el domicilio obligatorio, la amonestación, la sumisión a la vigilancia de la autoridad” ibíd.

LOS DELINCUENTES POR ARREBATO PASIONAL o por pasión¹⁰⁰ terminaron por ser una variedad mucho más definida de los delincuentes por ocasión. Algunos elementos que los distinguieron, fueron el cometer atentados contra las personas. Eran homicidas, hombres y mujeres con un temperamento nervioso y una sensibilidad exagerada, a la inversa de los criminales natos y habituales. “Tienen en ocasiones un temperamento que participa del loco o del epiléptico y cuyo arretrato criminal puede ser una manifestación disimulada”¹⁰¹. Fueron personas que se dejaron llevar por la emoción antes, durante y después de cometido el delito y realizado, no a hurtadillas, sino abiertamente con los medios que pudieron encontrar.

Por último estaban los CRIMINALES DE OCASIÓN¹⁰², ellos no tenían una naturaleza biológica o psicológica que los inclinaba activamente al delito, cayendo en él, por una serie de tentaciones que ofrecía el medio personal o físico en que se encontraban. Variando el medio, los delitos no aparecerían. La propiedad y las personas eran las que se veían más afectadas por estos delincuentes. Estos delitos fueron cometidos en forma individual y en nada se parecieron a los cometidos por los delincuentes natos o habituales.

La diferencia fundamental con el criminal nato consistía en que para este último, el medio exterior era secundario comparado con la tendencia criminal interna, “que

¹⁰⁰ “Es el sujeto que obra movido por una pasión social. Estos delincuentes presentan antecedentes intachables, edad juvenil, motivo proporcionado, ejecución del delito en estado de conmoción, de manera abierta y sin cómplices, muchas veces se presentan luego ante la autoridad de manera espontánea, a veces por sus grandes remordimientos los lleva al suicidio subsiguiente; por lo regular el sujeto no reincide; si son condenados presenta una conducta excelentes en la prisión” AGUDELO. Betancur, Nódier. Grandes Corrientes del derecho penal. Escuela Positiva... Op. Cit. p 30

¹⁰¹ FERRI. Enrico. Sociología Criminal... Op. Cit., p 172

¹⁰² “Aquí juega un papel importante las circunstancias ambientales: provocación injusta, necesidad familiar o personal, facilidad en la ejecución, conmoción pública etc. Aunque presenta también al igual que otros delincuentes cierta disposición al delito, está no se concretaría si no fuese por esas circunstancias del entorno. Es irreflexivo e imprevisible y tiene una voluntad débil. Sus delitos no son generalmente demasiado graves” AGUDELO. Betancur, Nódier. Grandes Corrientes del derecho penal. Escuela Positiva... Op. Cit. p 29

tiene de por sí, una fuerza centrífuga, por virtud de la cual el individuo es arrastrado a cometer el delito”¹⁰³. El criminal de ocasión en cambio, tenía una debilidad por los estímulos exteriores que constituyeron el móvil para cometer el delito de manera determinante.

A parte de esta clasificación de los delincuentes, otro aporte de vital importancia, radicaba en lo que Ferri llamó los SUSTITUTOS PENALES. Para el año 1887 decía Ferri, que estos no establecían una responsabilidad del individuo culpable de la comisión de un delito, sino que se basaban en las propias características de su autor. “Son instituciones que se aplican al autor de un acto no por el carácter antisocial de este mismo acto y el grado de culpabilidad individual, sino porque la comisión de este acto antisocial traduce tendencias patológicas existentes en el individuo”.¹⁰⁴

Fueron conocidos como LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD. En este apartado no se tratarán, debido a que se abordaran como caracterización de la escuela positiva. Cabe aclarar para finalizar, que este autor nunca distinguió entre imputables e inimputables, debido a que reemplazaba el concepto de culpabilidad de la Escuela Clásica por el de peligrosidad, entendiéndola como la relevante posibilidad de volverse autor de un delito¹⁰⁵.

“La consecuencia más importante que extrajo FERRI para su discurso jurídico fue la de que la función del sistema penal debía ser la *defensa social* llevada a cabo mediante "medidas" nombre con el cual rebautizaba a las penas y les ocultaba su carácter doloroso y sus límites que no debían reconocer otro criterio limitativo que la "peligrosidad del autor". Como esta "peligrosidad" era natural y podía reconocerse antes de que el sujeto cometiese cualquier delito, era posible imponer estas penas sin necesidad de esperar la comisión de un delito, lo que generó todo

¹⁰³ FERRI. Enrico. Sociología Criminal... Op. Cit. p. 183

¹⁰⁴ MIRALLES. Teresa. Segunda Parte. Planteamientos criminológicos... Op. Cit. p. 64

¹⁰⁵ ZAFFARONI. Eugenio, Raúl. Manual de Derecho Penal... Op. Cit. p. 252

un movimiento de leyes de "peligrosidad sin delito" aplicadas arbitrariamente a cuanto marginado fuese considerado como fastidioso o incómodo"¹⁰⁶

1.2.5 Rafaele Garófalo. Rafael Garófalo terminó ejerciendo la justicia que Ferri y Lombroso rechazaron. Este personaje abogó por un sistema verdaderamente duro en donde el delito natural se deducía de los análisis que había hecho de los sentimientos de los delincuentes¹⁰⁷. Se encargó de poner mayor énfasis en el aspecto psicológico. "Buscó una definición de delincuente que alcanzará a todas aquellas acciones que debían ser consideradas como un ataque a las condiciones de vida de una sociedad y a las que pudiera responderse con la pena".¹⁰⁸

Los criterios de la antropología criminal fueron sometidos por Garófalo a una revisión general y ya en 1885, fecha de la primera edición de su libro Criminología, aquéllos aparecen reducidos a simples criterios subsidiarios¹⁰⁹. "GARÓFALO directamente construyó una ideología idealista muy burdamente disfrazada de "ciencia", que es la mejor síntesis de racionalizaciones para todas las violaciones de derechos humanos que se haya escrito a lo largo de la historia y quizá parcialmente superada solo por algunos autores nacionalsocialistas"¹¹⁰.

1.2.5.1 La teoría Garofaliana. La concepción de Garófalo era llegar al análisis de sentimientos de los hombres delincuentes. Estos sentimientos que debían estudiarse, eran los de piedad y probidad, como sentimientos lesionados de carácter altruista en la sociedad. Para Zaffaroni, el delito natural de Garófalo era la vuelta al idealismo Platónico, en donde este último se percibía como una evidencia

¹⁰⁶ ZAFFARONI, Raúl Eugenio. Criminología. Aproximación desde... Op. Cit. p.166

¹⁰⁷ RIVERA, Beiras, Iñaki. La política criminal de las escuelas del pensamiento criminológico. Intentos integradores y lucha de escuelas. En: Política Criminal y sistema Penal. Viejas y Nuevas Racionalidades punitivas. Barcelona: Anthropos, 2005. p. 48

¹⁰⁸ ABADÍN, Catalina. La imagen del delincuente en la escuela clásica y en la escuela positiva. Escuela superior de derecho. Universidad Nacional Del Centro Provincia De Buenos Aires. p 10. Disponible en Internet: <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/viewFile/58/63>

¹⁰⁹ BERGALLI, Roberto. Perspectiva sociológica: sus orígenes. En: El pensamiento... Op. Cit. p.103

¹¹⁰ ZAFFARONI, Raúl Eugenio. Criminología. Aproximación desde... Op. Cit. p.168

innegable del relativismo valorativo, “que no existe conducta que no haya sido considerada como criminal”.¹¹¹ Así, el delito natural era un hecho psicológico inconfundible con cualquier otro. “El delito social o natural es una lesión de aquella parte del sentir moral que consiste en los sentimientos altruistas fundamentales (piedad y probidad) según la medida que se encuentra en las razas humanas superiores, medida que es necesaria para la adaptación del individuo a la sociedad”¹¹²

Esos sentimientos lesionados no solo perjudicaron a las personas más importantes de la sociedad, jueces, abogados, médicos, sino que también causaron daño a la gente media que componía la sociedad. Ese sector medio de la sociedad era el que permitía la adaptación del individuo después de pagar su condena. Si se producía una tajante violación a estos sentimientos, se encontraría *el delito natural*¹¹³. El autor propuso una escala de valores que representaba los valores de la civilización superior, pero aquel que atentara en contra de esta escala, debía morir, en caso de que no le fueran aplicadas otras medidas¹¹⁴.

El delincuente poseía una anomalía psíquica o moral que era distinta de la enfermedad mental. Era una variación psíquica que terminaba por transmitirse por vía hereditaria, apareciendo de forma frecuente entre los miembros de razas inferiores, a diferencia de las modernas civilizaciones como la europea. Estas culturas que no compartían las pautas valorativas de una sociedad dada, eran consideradas “tribus degenerativas” que se apartaban de la “recta razón” de los pueblos superiores de la humanidad.¹¹⁵

¹¹¹ ZAFFARONI. Raúl, Eugenio. Manual de Derecho Penal... Op. Cit. p. 254

¹¹² GARÓFALO. Rafael. La criminología. Estudio sobre el delito y sobre la teoría de la represión, trad. Pedro Dorado Montero, Madrid: S.F, S.P. Tomado de: BERGALLI. Roberto. Perspectiva sociológica: sus orígenes. En: El pensamiento... Op. Cit. P. 102

¹¹³ BERGALLI. Roberto. Perspectiva sociológica: sus orígenes. En: El pensamiento... Op. Cit. p. 103

¹¹⁴ ZAFFARONI. Raúl, Eugenio. Manual de Derecho Penal... Op. Cit. p. 254

¹¹⁵ ABADÍN. Catalina. La imagen del delincuente en la escuela clásica Op. Cit. p 11

América y África fueron consideradas por Garófalo como unas tribus degeneradas sin historia. "Su desprecio al colonizado le permite afirmar que hay pueblos que desempeñan en el concierto de las naciones civilizadas el mismo papel que los criminales " natos" en las sociedades centrales, como también que en estas el delincuente debe ser considerado como un enemigo interno de la sociedad, del mismo modo que el enemigo externo es el soldado extranjero en la guerra"¹¹⁶

Sí Ferri inauguró el concepto de peligrosidad, con Garófalo apareció el concepto de temibilidad del delincuente. Esta doctrina de la temibilidad constante y activa del delincuente permitió predecir el mal que de él podía esperarse. Mezclando la concepción de defensa social Ferreriana, decía que se teme a alguien porque ese alguien es peligroso y por tanto, la temibilidad es consecuencia de la peligrosidad.¹¹⁷ La temibilidad "es la perversidad constante y activa del delincuente y la cantidad del mal previsto que hay que temer por parte del mismo delincuente"¹¹⁸

1.3 LAS CARACTERÍSTICAS DE LA ESCUELA POSITIVA

El Positivismo¹¹⁹ utilizado en la Criminología fue diferente al que apareció en la teoría social y psicológica general; el Positivismo Criminológico se constituyó más obvia y claramente con su aplicación y práctica inmediata. "El atributo primordial del positivismo, y del cual pueden deducirse todas sus características principales,

¹¹⁶ ZAFFARONI, Raúl Eugenio. Criminología. Aproximación desde... Op. Cit. p. 166

¹¹⁷ *Ibíd.*

¹¹⁸ AGUDELO. Betancur, Nódier. Grandes Corrientes del derecho penal. Escuela Positiva... Op. Cit. p. 14

¹¹⁹ "El positivismo fue un materialismo burdo, que en su grosera manipulación del saber provocó un cataclismo ideológico de tales proporciones, que aún hoy no podemos medir por completo, porque de alguna manera permanecemos todavía aprisionados por muchos de sus mitos. Su valor de verdad no requería "demostración", puesto que esta la proporcionaba el propio poder: el dominio planetario, la creciente acumulación capitalista, el aumento de la producción y de la ocupación en el centro, el avance tecnológico, el potencial bélico, eran las fuentes de certeza de la "verdad científica", que generaba el optimismo burgués en un progreso lineal e infinito del género humano a nivel planetario, conducido por los sectores hegemónicos centrales y sus proconsulares periféricos". ZAFFARONI, Raúl Eugenio. Criminología. Aproximación desde... Op. Cit. p .133

es su insistencia en la unidad del método científico”¹²⁰. Los mecanismos utilizados en el mundo de lo físico, tenían validez y aplicación para el estudio de la sociedad y el hombre. Insistiendo en esta idea, los positivistas propusieron el uso del método para cuantificar el comportamiento, aclamando la objetividad del científico y afirmando que la acción humana poseía una naturaleza definida y regida por leyes¹²¹.

Para la Escuela Clásica resultaba fundamental salvaguardar las garantías de todos los individuos del contrato social. Mientras que para la Escuela Positiva este concepto de garantías fue transformado por la defensa *activa de la sociedad*. El positivismo partió, de una cuantificación, de un objeto y un determinismo que llevó a concentrar la atención en el delincuente, no en el delito y ha establecer una especie de “fe” en la habilidad superior que representó el científico social. La misión de la ciencia penal no fue ya, la de frenar todas las aberraciones de la autoridad en la represión y en el juicio para que esta no generara en tiranía, sino que se debía organizar de modo jurídico la defensa represiva de la delincuencia¹²².

En el campo penal se empezaron a extender unos discursos de corte etiológico, en donde el estereotipo del criminal anormal, contaba además con un sesgo racista, sin poner nunca en duda la legitimidad de esa selectividad social que se desarrollaba. Fue un sistema penal, que terminó protegiendo los intereses sociales de carácter general, en donde la sociedad misma le otorgó la legitimidad de defenderse de esa minoría criminal peligrosa y pobre que atentaba contra el sistema. “Este positivismo a ultranza entra a chocar con la ideología del derecho clásico y con las instituciones a que este dio lugar. La aceptación del positivismo

¹²⁰ TAYLOR. Ian. WALTON, Paul. YOUNG, Jock. La nueva criminología. Op. Cit. p. 29

¹²¹ *Ibid.* p. 28-29

¹²² SOTOMAYOR. Juan, Oberto. Inimputabilidad y sistema penal...Op. Cit. p. 45-46

socavaría seriamente el sistema judicial y permitiría que la aplicación de la ley quedara confiada al experto científico y alejada del ámbito de la política”¹²³

1.3.1 El método. Como contraposición al método racionalista, abstracto y deductivo, esta escuela partió de que en las ciencias penales era necesario aplicar el método trabajado en las ciencias naturales y las leyes de la causalidad. Se propuso la observación empírica en relación al delincuente, entendiéndolo como una entidad antropológica y social al cual era necesario determinarle las causas de su comportamiento delictivo. La atención se trasladó del delito como un ente jurídico abstracto, al estudio del delincuente como realidad natural y biológica.¹²⁴“Las ciencias físico-naturales habían tratado de descubrir unas generalidades similares a leyes, con la medición y la cuantificación de los fenómenos”.¹²⁵ La Criminología Positivista trató de establecer unos cúmulos de datos y unidades que permitieron calcular delitos y conductas desviadas como paso preliminar a la generalización.

El problema a superar, era distinguir el delito y la conducta desviada del comportamiento normal sobre una base cuantificable; la respuesta a este interrogante era emplear la disciplina auxiliar de la estadística, transformándola en una estadística de la criminalidad que debía ofrecer determinados detalles sobre la cantidad y los tipos de delitos cometidos. Este método de observación, experimentación y formulación de leyes, fue el denominado “método Galileano” en donde importaba llegar a la verdad por medio de la vía inductiva. Algunos autores, contribuyeron a la formación de la Escuela Positivista utilizando trabajos como los de: Comte, Spencer y Darwin, que de alguna manera, fueron los pioneros en utilizar métodos exactos en el estudio de problemas sociales.¹²⁶

¹²³ TAYLOR. Ian. WALTON, Paul. YOUNG, Jock. La nueva criminología. Contribución...Op. Cit. p.

41

¹²⁴ Ibíd. p. 46

¹²⁵ Ibíd. p. 29

¹²⁶ AGUDELO. Betancur, Nódier. Grandes Corrientes del derecho penal. Escuela Positiva... Op. Cit. p. 42

La aplicación del método exacto al campo social, podía ser el siguiente según lo establece Miralles¹²⁷: La primera etapa fue la de observación, allí era donde se contrastaban unas variables con los métodos o técnicas que proponía la estadística. Estas variables eran el dato biológico y el comportamiento social. En relación a este último podía existir una división en dos elementos: el comportamiento del delincuente y el comportamiento del no delincuente. Los resultados obtenidos se expresaban en números o cifras que determinan una cantidad, la cual está compuesta por los valores del dato biológico y el comportamiento criminal que se habían sistematizado. Fue así, como los criminólogos positivistas se apoyaron en este método para teorizar sus estudios empíricos y establecerlos de manera categórica¹²⁸.

Era una biología criminal que terminó interpretando el comportamiento criminal por medio del sistema motivacional del individuo, dentro de la etiología y del dato biológico. En el positivismo biológico la generalización, es decir, llegar a la explicación científica en base a una ley general, fue el principal objetivo del experimento.¹²⁹ Estos resultados terminaron arrojando unos datos de criminales anormales, ya sea por sus características biológicas o psicológicas, o porque estadísticamente eran "desviados", que debían ser tratados con los elementos de la antropología criminal para "mejorarlos" o "normalizarlos"¹³⁰. Con el método experimental una vez alcanzados y comprobadas las innovaciones,¹³¹ adquieren

¹²⁷ MIRALLES. Teresa. Segunda Parte. Planteamientos criminológicos... Op. Cit. p. 59

¹²⁸ Al respecto Ferri señalaba: "En la filosofía metafísica se ha observado muy a menudo una oposición absoluta entre los sistemas incompatibles surgidos por entero de la fantasía lógica de los pensadores; en tanto que en la filosofía positiva solo existen diferencias parciales de interpretación personal, y la base común persevera, única y únicos los hechos observados" FERRI. Enrico. Sociología Criminal... Op. Cit. p. 11

¹²⁹ MIRALLES. Teresa. Segunda Parte. Planteamientos criminológicos... Op. Cit. p. 60

¹³⁰ ZAFFARONI, Raúl Eugenio. Criminología. Aproximación desde... Op. Cit. p. 100

¹³¹ "La estadística prueba que la aparición, aumento o disminución de los delitos, depende de razones distintas que las penas inscriptas en los códigos y aplicados por los magistrados (...) Demuestra la antropología, por medio de hechos que el delincuente no es un hombre normal; que por sus anomalías orgánicas, psíquicas y hereditarias, constituye una variedad de la especie humana". FERRI. Enrico. Sociología Criminal... Op. Cit. p. 46

vida para siempre y permanecen inquebrantables en cuanto los hechos de donde han sido deducidos.¹³²

“Todo fenómeno social, toda institución, es la consecuencia necesaria de las condiciones naturales de existencia de la humanidad”¹³³. Se trató de presentar con las mismas características de las cosas y los objetos del mundo natural. “Teniendo esto presente, priva a la acción social de todo significado, de toda elección moral y de creatividad”.¹³⁴ El comportamiento humano, debía ser similar al mundo no humano, estar dominado por reglas semejantes a las leyes naturales, cosificado, es decir, tener las cualidades de las cosas.

El cambio de metodología u objeto en el campo de la ciencia penal, trajo la variación de determinados conceptos. El primero de ellos fue el DELITO, el carácter jurídico abstracto, pasó a ser entendido como un producto de la personalidad peligrosa del delincuente. Dentro de la RESPONSABILIDAD PENAL, desapareció el concepto de culpabilidad y llegó a ser reemplazado por el de responsabilidad social. Esta responsabilidad iba aparejada con el de la peligrosidad de autor por ser anormal y peligroso. En lo relacionado con la SANCIÓN PENAL se desvaneció el principio “nulla poena sine delicto”, debido a que en concordancia con la defensa social, esta podía ser anterior al delito, luego entonces, no era necesario esperar para que el Estado interviniera. Esa sanción penal debía aplicarse en razón de la causa, ajustada a las exigencias científicas que determinaban la personalidad del sujeto y los factores sociales¹³⁵.

1.3.2 La responsabilidad penal. El libre albedrío propio de la Escuela Clásica fue negado por los positivistas, en especial por Ferri. El entender el mundo conforme a

¹³² Ibíd. p. 11

¹³³ Ibíd. p. 46

¹³⁴ TAYLOR. Ian. WALTON, Paul. YOUNG, Jock. La nueva criminología. Contribución... Op. Cit. p. 41

¹³⁵ SOTOMAYOR. Juan, Oberto. Inimputabilidad y sistema penal... Op. Cit. p. 47

los planteamientos de libertad, se vio de manera ilusoria, debido a que para los positivistas, el delito se presentaba en el plano de lo real y por tanto este no debía sustraerse de las causas que inducían a una persona a delinquir¹³⁶. El hombre podía influir en otro hombre, de la misma manera que lo hacía la naturaleza, permitiendo que aquel que influía sobre el hombre anormal, cambiase las actitudes que atentaran contra el orden social. “Había que reprimir al individuo que rechazase el orden, pero ahora ese rechazo no se consideraba voluntario, sino producto de su inferioridad. Se sustituía el libre albedrío por el determinismo”¹³⁷. Los clásicos entendieron que el individuo tenía un conocimiento considerable de sus actos, mientras que los positivistas establecieron que la vida social debía explicarse, no por las ideas de quienes participan en ella, sino por causas más profundas que la conciencia no percibía.¹³⁸ No existía libertad sino necesidad.

El hombre que delinquía tenía un comportamiento naturalmente violento y antisocial, que no era el resultado de un acto consciente y libre de voluntad malvada. Estos actos eran por el contrario, producto de una tendencia malvada innata, ligada a una determinada estructura psíquica y física, radicalmente diferente de la normal y que se manifestaba en sus mismos caracteres fisonómicos.¹³⁹ En consecuencia, el delincuente era un ser anormal y se encontraba determinado al delito, instituyendo la responsabilidad en el ámbito del libre actuar del sujeto. El hombre no fue responsable por ser libre, sino fue responsable en la medida en que vivió y porque vivió en la sociedad¹⁴⁰. Este nuevo concepto de responsabilidad social, justificó la intervención del Estado sobre el delincuente, sin necesidad de acudir al concepto de culpabilidad. Al desaparecer la culpabilidad, desapareció el principio de proporcionalidad,

¹³⁶ FERRI. Enrico. Sociología Criminal... Op. Cit. p. 4-7

¹³⁷ DEL OLMO. Rosa. Criminología... Op. Cit., p. 31

¹³⁸ TAYLOR. Ian. WALTON, Paul. YOUNG, Jock. La nueva criminología. Contribución... Op. Cit. p. 40

¹³⁹ BOGUN, Gustavo. El hombre y el delito según las escuelas... Op. Cit.

¹⁴⁰ SOTOMAYOR. Juan, Oberto. Inimputabilidad y sistema penal... Op. Cit. p. 49

naciendo el criterio de peligrosidad; dejó de ser una responsabilidad moral, para convertirse en una responsabilidad social.

Cuando el hombre vive en sociedad, recibe las ventajas de protección y ayuda para el desenvolvimiento de la propia personalidad física, intelectual y moral. “Por ello debe sufrir las restricciones y sanciones correspondientes que aseguran el mínimo de disciplina social, sin el que no es posible ningún consorcio civil”¹⁴¹ La defensa social no podía estar condicionada en relación a la libertad de la persona, de esta forma la libertad no existía. La sociedad tenía que defenderse de todo aquello que la atacará o le causará algún tipo de daño: bastaba tan solo que la persona dañará o pudiera dañar, para que la sociedad estuviera legitimada para actuar. Era una protección social, aún a costa del mismo individuo que la integra¹⁴². La sociedad estaba determinada a defenderse del delincuente peligroso por el solo hecho de vivir este en la sociedad.

1.3.3 La peligrosidad: fundamento de la imputabilidad. El concepto de estado peligroso se aplicaba a aquellos individuos que no pertenecían a la categoría de personas normales, es decir a todos aquellos anormales: enfermos de mente, pobres, vagabundos, feos con características similares al del criminal nato, a todos aquellos que constituían una clase peligrosa que cuestionaba el ambiente en que vivían¹⁴³. Los individuos anormales y degenerados eran peligrosos, y por lo tanto debían ser corregidos o neutralizados para el bien de la sociedad y de sí mismos. El límite a la intervención del Estado se desarrolló en aras de la peligrosidad, la peligrosidad fue el fundamento y la medida de la función punitiva.

El delito se consideró como una entidad en sí, debido a que apareció por los síntomas biológicos, psicológicos y sociales del delincuente. Lo aplicable a esta

¹⁴¹ FERRI. Enrico. Principios de Derecho penal criminal. Madrid: Ed. Reus, 1933. P 225. Tomado de: AGUDELO. Betancur, Nódier. Grandes Corrientes del derecho penal. Escuela Positiva... Op. Cit. p .12

¹⁴² *Ibíd.* p. 13-14

¹⁴³ BOGUN, Gustavo. El hombre y el delito según las escuelas... Op. Cit.

persona anormal, debía relacionarse conforme a la perversidad. Era una sanción adaptada a la cantidad y calidad del delincuente para dañarse a él y a la sociedad¹⁴⁴. Las instituciones intervenían dependiendo del caso, y en la medida de la peligrosidad del sujeto. Las medidas eran tomadas atendiendo a cada tipo de delincuente.

La Escuela Positiva llevó a suprimir la acción del sujeto delincuente, hablando de una peligrosidad pos delictual y una peligrosidad pre delictual. La peligrosidad pos delictual fue referida el hecho de volver a delinquir, después de haber pagado su condena. La peligrosidad pre delictual fue la situación propensa de un individuo por sus condiciones físicas, mentales y sociales de delinquir. Fueron estados o modos de ser del individuo que lo pusieron en una línea segura de causar daño.¹⁴⁵ Dentro de la noción de peligrosidad, la más elaborada fue la de Ferri. Este, distinguió la defensa social preventiva y la defensa social represiva. La primera, correspondía a las autoridades de policía, controlar las conductas antisociales y peligrosas, aunque no necesariamente terminaban en hechos delictivos. La segunda, una defensa social represiva estaba a cargo de la justicia penal y actuaba cuando se había cometido un delito. Al derecho penal le perteneció la peligrosidad criminal, por el solo hecho de haber cometido un delito o haber intentado cometerlo. Mientras que la peligrosidad social estaba contenida por la defensa preventiva.

“En orden a la defensa preventiva se distinguen los ciudadanos peligrosos y no peligrosos; en cambio, para la defensa represiva todos los delincuentes son peligrosos. Respecto de la defensa preventiva existe una peligrosidad social genérica; para la defensa represiva una peligrosidad criminal específica, la

¹⁴⁴ AGUDELO. Betancur, Nódier. Grandes Corrientes del derecho penal. Escuela Positiva... Op. Cit. p. 14-15

¹⁴⁵ *Ibíd.* p 15

peligrosidad social lleva consigo el peligro del delito”¹⁴⁶Fue la inauguración de UN DERECHO PENAL DE AUTOR, que conceptuó la valoración de la responsabilidad objetiva de la comisión material del hecho, conforme a la peligrosidad del autor, dejando a un lado, el criterio de responsabilidad subjetiva, en donde los sujetos se valoraban de acuerdo a la voluntad y capacidad de entender lo que hacían.

“Con la Escuela Positiva se llega a contener el sistema penal con ese solo aspecto, sin necesidad del elemento objetivo: sin necesidad de acción dañosa y hasta sin necesidad de acción”¹⁴⁷ Aquí, se era responsable no por lo que se hacía, sino por lo que se era, por el modo de ser. Esta responsabilidad sumida a la defensa social, impidió hacer distinciones conforme a los autores de los delitos, es decir, no se habla de imputables y no imputables, sino se discutió en relación de los individuos más o menos peligrosos, todos responsables frente a la sociedad. Todos eran imputables, debido al daño que habían ocasionado. En cambio, en la Escuela Clásica, sí se hacía una división entre imputables e inimputables, en relación a la comprensión al momento de cometer el ilícito y la voluntad de sus actos.

1.3.4 La imputabilidad e Inimputabilidad. Desaparece el concepto de responsabilidad moral, como también el concepto de autodeterminación. Los capaces de autodeterminación fueron los imputables y los incapaces de autodeterminarse, eran los llamados inimputables. Al sustituirse la responsabilidad moral por la social, la distinción entre imputables e inimputables se dispersó. Fue solo la anormalidad del delincuente como ser peligroso y no el hecho cometido, la base de la aplicación de la ley penal. Entonces, el llamado inimputable presentaba

¹⁴⁶ FERRI. Enrico. Principios de Derecho penal criminal... Op. Cit., p. 276. Tomado de: SOTOMAYOR. Juan, Oberto. Inimputabilidad y sistema penal... Op. Cit. p .122

¹⁴⁷ AGUDELO. Betancur, Nódier. Grandes Corrientes del derecho penal. Escuela Positiva... Op. Cit. p .16

los rasgos de más elevada peligrosidad hasta el punto de ser comparado con el delincuente nato o loco moral¹⁴⁸.

El planteamiento clásico la inimputabilidad llevaba aparejado el concepto de minusvalía o inferioridad, en la noción positiva este tratamiento convirtió al individuo en un prototipo criminal. La división entre inimputables de los que no lo eran, trajo consigo, la caracterización de dos órdenes, por un lado en el concepto clásico, estaban los hombres libres de los que no; por otro dentro de la Criminología Positiva, se encontraban los sujetos normales adaptados al orden social y los anormales, que chocaban con dicho orden.¹⁴⁹ Este juicio, los ubicó dentro de una categoría de descalificación e inferioridad a merced de todos aquellos normales quienes detentaban una posición de autoridad.

Fue un mecanismo selectivo que permitió a los sujetos racionalmente superiores, llevar consigo una fuerte carga ideológica que estableció una enérgica sanción en relación a la defensa social. El sujeto adaptado, al considerar al delincuente como ente distinto, provocó en sí mismo una reacción: experimentaba un sentimiento de desinterés absoluto para comprender una conducta tan distinta -que se desarrollaba en otra esfera de la realidad humana- y para acercarse al hombre que la realizaba, ello porque había un impulso de rechazo, de aprensión hacia lo desconocido y lo diferente¹⁵⁰.

1.3.5 Los sustitutos penales: Las medidas de seguridad. La Escuela Positiva pretendió ampliar el poder del derecho penal. Teniendo en sus bases, conceptos como la defensa social y la peligrosidad, estableció unos mecanismos diferentes a las penas para cumplir con la misma función represiva de manera eficiente. Se propuso suprimir y prevenir directa o indirectamente todas aquellas actitudes o impulsos criminales, no por la penas, sino por unas medidas que terminarían por

¹⁴⁸ SOTOMAYOR. Juan, Oberto. Inimputabilidad y sistema penal... Op. Cit. p. 50

¹⁴⁹ *Ibíd.*

¹⁵⁰ MIRALLES. Teresa. Segunda Parte. Planteamientos criminológicos... Op. Cit. p. 51

satisfacer toda la demanda de la sociedad. Estas serían los equivalentes a las penas, y se conocerían como “*sostitutivi penali*”.

El autor que las dio a conocer dentro de esta escuela fue Ferri para el año 1887. En su libro de “Sociología Criminal”, les dedicó un apartado haciendo una seria defensa del poder eficaz de prevención. Planteó que mientras todo el andamiaje social no fuera transformado radicalmente, lo que más le serviría a la sociedad serían estas medidas. Es decir, que “no se llegará a evitar los delitos por las penas, sino por estas otras medidas, que en los límites de su eficacia, las *sustituyen*”.¹⁵¹

La sociedad por la cual se preservaba el delito, debía sufrir un cambio en su orientación, dejándose a un lado la reacción tardía y violenta contra los efectos para alejar y diagnosticar las causas naturales que los producían. Era necesario, la defensa de la sociedad contra la criminalidad natural y legal, colocando a estos *equivalentes, no como reformas parciales transitorias*, sino como los mecanismos para resolver todos los problemas.¹⁵² Estos se dieron a conocer mediante la sociología criminal y la recepción que se hizo en los jueces y aplicadores de la ley. Atendiendo a la *ley de saturación criminal* propuesta por los criminólogos positivistas, ese *mínimum de criminalidad natural y atávica* debido a los factores antropológicos que existían en la sociedad, serían transformadas conforme los criterios de los sustitutos penales. Toda esa transformación debía ser una metamorfosis social, en donde no era legítimo oponerse a estas medidas. “Estos equivalentes de la pena no deben, sin embargo, ser el punto de llegada de una reforma social completamente superficial, sino el punto de partida para llegar a un orden social muy distinto al de hoy”¹⁵³

¹⁵¹ FERRI. Enrico. Sociología Criminal... Op. Cit. p 293

¹⁵² *Ibíd.* p .344

¹⁵³ *Ibíd.* p 295

Ferri planteó no una clasificación propiamente dicha, pero sí los campos necesarios de acción de estas medidas. Cabe aclarar aquí, que estos sustitutos penales se dieron en dos órdenes; el primero en relación a la defensa preventiva de la sociedad, denominadas las medidas de policía y las medidas de seguridad propiamente dichas, planteadas por la defensa represiva post delito.¹⁵⁴ Ahora en relación a la defensa preventiva se encontraban diferentes órdenes. En primer lugar en el ORDEN ECONÓMICO, proponía el *libre cambio* para evitar el monopolio, el cambio de *sistema de impuestos* para evitar las bandas criminales que se lucraban con el contrabando. Del problema de los impuestos se desprendió un problema mayor: el del *consumo de alcohol* que activo los delitos, el suicidio y la locura. “El alcoholismo produce una clase de desgraciados desmoralizada y embrutecida, que se caracteriza por la precoz depravación de los instintos y por el abandono de los actos más vergonzosos y terribles”¹⁵⁵.

Para este autor, era otro fenómeno de patología individual y social, que tenía sus factores antropológicos, físicos y sociales. Debía ser atacado no solo cambiando las tasas de consumo de alcohol en cada país, sino que conforme a sus causas y factores biopsicológicos que representaban una alta peligrosidad para la sociedad, eran necesarias una serie de medidas de acuerdo a su personalidad. Al igual que el alcoholismo, *la vagancia*¹⁵⁶ se presentó como un fenómeno de debilidad biológica que producía una repugnancia a todo trabajo metódico. Si bien, en la historia primitiva de la humanidad esta era permitida, con la relación de propiedad privada y el hombre, constituyó un hecho antisocial según los positivistas. Los delincuentes “no tenían remedio”, para eso fue necesaria la construcción de *colonias de trabajo agrícolas*, para resolver socialmente este problema.

¹⁵⁴ SOTOMAYOR. Juan, Oberto. Inimputabilidad y sistema penal... Op. Cit. p. 122

¹⁵⁵ FERRI. Enrico. Sociología Criminal... Op. Cit. p. 302

¹⁵⁶ “A la vez que el alcoholismo y la infancia abandonada, la vagancia más o menos acompañada de mendicidad, es una abundante pena de delitos, que constituye una zona intermedia entre la holgazanería y el criminal” Ibíd. p 314

En segundo lugar en EL ORDEN POLÍTICO estableció una reforma electoral, política y parlamentaria que evitara todos los delitos y escándalos de impunidad. También hizo relación al ORDEN CIVIL Y ADMINISTRATIVO al proponer la gratuidad de la justicia, el abogado de los pobres. En el ORDEN FAMILIAR la admisión del divorcio impediría el número de adulterios y bigamias. La prohibición del matrimonio entre ciertas personas, impediría la herencia propensa al delito. Cambiando determinados factores en la sociedad se evitaría que se cometieran delitos aberrantes mediante la aplicación de ciertas medidas sociales.

Respecto a los enfermos de mente, los criminales natos, y otros delincuentes que a pesar de estas reformas, no tenían nada que hacer en la sociedad, fue indispensable tomar unas MEDIDAS DE SEGURIDAD NECESARIAS en el campo penal para reprimir su peligrosidad y salvar a la sociedad¹⁵⁷. Tales medidas o tratamientos de corrección debían adaptarse no al delito, sino a la personalidad del delincuente: “ la pena como última ratio de defensa social o represiva, no debe proporcionarse sólo y en medida fija a la gravedad objetiva del delito, sino que debe adaptarse también, y en primer término, a la personalidad peligrosa del delincuente con la segregación por *tiempo indeterminado*, esto es hasta que el reo aparezca readaptado a la vida libre y honesta, de la misma manera que el enfermo entra en el hospital, no por un tiempo fijo, sino hasta que se readapte a la vida ordinaria”¹⁵⁸

La *indeterminación* de la medida de seguridad para los positivistas, dependía del hecho de la peligrosidad del delincuente y de su incapacidad de resocializarse en el medio. Esta noción de peligrosidad desde su origen resultó ser inseparable de las medidas de seguridad, pues surgió de establecer UN FUNDAMENTO JURÍDICO, para la aplicación de las medidas de seguridad en la personalidad del delincuente. “La vinculación de las medidas de seguridad con la peligrosidad

¹⁵⁷Cfr. Ibíd. p. 294-344

¹⁵⁸ Ferri. Enrico. Principios de Derecho Criminal... Op. Cit., 51 Tomado de: AGUDELO. Betancur, Nódier. Grandes Corrientes del derecho penal. Escuela Positiva... Op. Cit. p. 20

resulta prácticamente indisoluble”¹⁵⁹ La medida de seguridad fue –es- el vehículo por medio del cual la noción de peligrosidad adquirió tanta trascendencia.

Esta medida adaptada a la peligrosidad del sujeto delincuente debía ser atendida con dos elementos: el diagnóstico y el pronóstico de la peligrosidad. El primero, se hacía con base en los antecedentes del sujeto, sus relaciones familiares, laborales, sus sentimientos, etc. Entre tanto, el pronóstico de la peligrosidad era el cálculo de la peligrosidad dañosa teniendo en cuenta los mismos elementos, pero sumándole el contexto social en el que se encontraba el delincuente¹⁶⁰. Frente a este diagnóstico tuvo un papel fundamental el CARÁCTER TERAPÉUTICO de las medidas, que se supuso, ayudó al delincuente a resocializarse.

El carácter terapéutico tendría una finalidad curativa de carácter indeterminado. “El aislamiento terapéutico es transformado por el positivismo, en medida de seguridad, convirtiéndose en la respuesta penal idónea para neutralizar la peligrosidad del enajenado.”¹⁶¹ Eran sujetos peligrosos, a los que se les debía encerrar y separar por haber cometido un delito, explicando las perspectivas de peligrosidad, las previsiones del hombre delincuente, estableciendo los tratamientos jurídicos a llevar a cabo en particular frente a la locura y los menores¹⁶².

¹⁵⁹ SOTOMAYOR. Juan, Oberto. Inimputabilidad y sistema penal... Op. Cit. p. 117

¹⁶⁰ AGUDELO. Betancur, Nódier. Grandes Corrientes del derecho penal. Escuela Positiva... Op. Cit. p. 23

¹⁶¹ SOTOMAYOR. Juan, Oberto. Inimputabilidad y sistema penal... Op. Cit. p. 106

¹⁶² La "red" del sistema penal cae generalmente sobre quienes presentan ya signos que a menudo son de deterioro biopsicológico, y para ello se opera con *estereotipos*, un mecanismo que ha sido puesto de relieve por el interaccionismo en la forma que oportunamente veremos y que muestra cómo la carencia biopsicológica es causa de la criminalización, de manera que invierte el planteo "clínico": la conducta "criminal" o más gravemente criminal suele ser el resultado de una criminalización condicionante previa, como reacción social ante la característica biopsicológica deficitaria. Cuesta saber en qué medida estos "estigmas" que integran el estereotipo son un *príus* o un *posterius*, una "c a u s a" o un "efecto" con relación al enredo de la persona con el sistema penal, aunque parece claro que, al menos, constituyen una fuente de limitación de oportunidades bien notoria". ZAFFARONI, Raúl Eugenio. Criminología. Aproximación desde... Op. Cit. p. 25-26

Las principales características de las medidas de seguridad estaban en su indeterminación y su sustitución. La indeterminación correspondió al diagnóstico y pronóstico de la peligrosidad. La sustitución era la adaptación a las mejoras del tratamiento y su evolución.¹⁶³ En la aplicación de las medidas de seguridad debía estar a cargo la función jurisdiccional, que sería la encargada de vigilar y prevenir a estos delincuentes peligrosos. De esta manera, se inició el “sistema de profilaxis criminal” que tuvo en su haber dos elementos fundamentales: la responsabilidad penal y la peligrosidad. Ese estado de peligrosidad del hombre delincuente fue el decisivo para encontrar si el individuo se curaba o no. El individuo era examinado en la cárcel, teniendo un tratamiento concebido como medida de defensa social. “Esta clasificación de los peligrosos sociales dependerá del sentido común, de quienes clasifican y del tipo de tratamiento a seguir. Es decir, de acuerdo con los valores propios de la ideología de una determinada sociedad histórica”¹⁶⁴

Las modernas legislaciones empezaron a contener medidas de seguridad que presuponían la existencia de personalidades defectuosas de índole biológica patológica. “Por ello la medida de seguridad se aplica al individuo atendiendo a su anormalidad e implica en su tratamiento la consideración del carácter irreversible de la anomalía, lo que se traduce en el carácter totalmente indeterminado de la medida”¹⁶⁵.

1.4 EL DISCURSO CRIMINOLÓGICO POSITIVO EN LATINOAMÉRICA

Para el año 1889 en París se celebró el segundo congreso de Antropología criminal, creándose la unión internacional de derecho penal. Esta unión respondió a unas determinadas necesidades políticas y sociales. El promotor de esta unión fue Franz Von Litz, quien integró la denominada *terza Scuola* y planteó el estudio

¹⁶³ AGUDELO. Betancur, Nódier. Grandes Corrientes del derecho penal. Escuela Positiva... Op. Cit. p. 24

¹⁶⁴ DEL OLMO. Rosa. Criminología... Op. Cit. p. 49

¹⁶⁵ MIRALLES. Teresa. Segunda Parte. Planteamientos criminológicos... Op. Cit., p 64

del derecho penal con otras disciplinas. La finalidad de la unión internacional establecía la necesaria coordinación de las tendencias reformadoras que estaban surgiendo fuera de Alemania. Dentro de sus estatutos proponía combinar las penas y las medidas de seguridad.¹⁶⁶ Pero en los primeros congresos celebrados para el ámbito latinoamericano no existió ningún autor de estas latitudes invitado. Fue solo hasta el IV congreso de Antropología criminal celebrado en Ginebra para el año de 1896, que Latinoamérica cuenta con un representante: Roberto Piñero.

En cada congreso internacional celebrado, se discutió la elaboración de normas de carácter universal que permitirían garantizar el orden social. “Esta difusión del control social comenzó con la expansión del capitalismo¹⁶⁷ y luego se trasladó a los países de la periferia de América Latina”¹⁶⁸. El proceso latinoamericano presentó en cada país particularidades que le eran propias y que impidieron una visión de conjunto. “Sin embargo, en general puede decirse que las minorías criollas latinoamericanas instrumentaron estas ideologías en la medida en que les fueron útiles o necesarias para obtener sus posiciones hegemónicas y desplazar a los restos de la estructura de poder colonial o transigir con ellos”¹⁶⁹.

La ideología europea fue rápidamente asimilada en Latinoamérica, pero encontró problemas de aplicación. “Existían entonces enormes diferencias en cuanto a los conflictos y clases sociales que generaban distintas manifestaciones del fenómeno criminal. La criminología italiana fue trasplantada sin más a Latinoamérica”.¹⁷⁰ Para la criminóloga Venezolana Rosa del Olmo: “las palabras de Ferri, Lombroso

¹⁶⁶ DEL OLMO. Rosa. Criminología... Op. Cit., p 71

¹⁶⁷ “El colonialismo de las grandes potencias en los siglos XVIII y XIX permitió el contacto con otros pueblos que se presentaban como ‘salvajes’ para la cultura europea. Estas comunidades salvajes eran, desde la concepción darwiniana, eslabones en el proceso evolutivo de las sociedades”. ANZIT. Guerreo, Ramiro. El positivismo biológico en ‘la sociedad y el delito’ (1947) de José Belbey. En: Derecho Penal Online revista electrónica de doctrina y jurisprudencia en línea. Año: 2006. Mes: Noviembre. Disponible en Internet: <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=15,345,0,0,1,0>

¹⁶⁸ DEL OLMO. Rosa. Criminología... Op. Cit., p 122

¹⁶⁹ ZAFFARONI, Raúl Eugenio. Criminología. Aproximación desde... Op. Cit. 125

¹⁷⁰ BERGALLI. Roberto. El pensamiento crítico y la criminología. Segunda Parte. En: El pensamiento criminológico I. Un análisis crítico. Bogotá: Temis, 1985. P 199

o Garófalo eran sagradas para los latinos y había que asimilarlas sin reparar en que la historia Italiana y por lo tanto su delincuencia, eran muy distintas a las nuestras”¹⁷¹

A finales del siglo XIX la Criminología era considerada por los positivistas como un arma de lucha biológica contra el delito, por parte de la sociedad ‘normal’ contra los seres patológicos desviados en los países de la periferia¹⁷². La criminología llegó a Latinoamérica por medio de sus clases criollas ilustradas, aquellas que viajaron a Europa para reconocer los nuevos discursos legitimadores de la sociedad. Eran sólo las filosofías liberales y positivistas las que les permitirían a estos “establecer el orden” y el “progreso” en cada uno de sus países. Así, “las luchas entre "conservadores" y "liberales" (Colombia, Ecuador, etc.), "federales" y "unitarios" (Argentina, Uruguay), "imperialistas" y "republicanos" (México), entre otros casos, estaban planteadas muy frecuentemente en términos de "civilización" y "barbarie" —con la terminología etnocentrista y peyorativa de MORGAN—, encierran en el fondo la lucha de las élites criollas por lograr su hegemonía”¹⁷³

El positivismo no tendría la misma recepción en cada país latino, sí se tienen en cuenta sus particularidades económicas, políticas e históricas que lo hacían diferente, pero se puede hablar de marcos comunes de recepción por parte de las élites criollas. Por ejemplo, para el caso de México la introducción y el nacimiento del positivismo se dio por razones eminentemente políticas. En Colombia se creó un positivismo católico con Eugenio Cuello Calón mediante una escuela católica positivista. En todo caso, el positivismo resultó ser un remedio para romper con un pasado que abrumaba a las espaldas.¹⁷⁴

¹⁷¹ DEL OLMO. Rosa. Criminología... Op. Cit. p 125

¹⁷² ANZIT. Guerreño, Ramiro. El positivismo biológico en ‘la sociedad y el delito’... Op. Cit.

¹⁷³ ZAFFARONI, Raúl Eugenio. Criminología. Aproximación desde... Op. Cit. 123

¹⁷⁴ DEL OLMO. Rosa. Criminología... Op. Cit. p. 127

Las oligarquías autóctonas retomaron el aparato del Estado convirtiéndolo en el mejor instrumento de sus intereses sectoriales, en donde la criminología se fue transformando poco a poco en la herramienta idónea frente a la rebeldía política y social.¹⁷⁵ “Los delincuentes serían vistos como seres pertenecientes a un linaje humano diferente e inferior que constituirían la parte patológica de la sociedad.”¹⁷⁶ En Argentina¹⁷⁷, y sobre todo en Buenos Aires, por su condición de país lanzado a una plena incorporación al sistema capitalista de producción y como prototipo de naciente sociedad conservadora-liberal, la nueva doctrina criminológica tuvo mayor acogida¹⁷⁸. Gracias a Norberto Piñero, Argentina fue el primer país en Latinoamérica que recibió la Antropología Criminal. Ya para el año 1887 se creó la Sociedad Científica, que estudiaría la personalidad del delincuente¹⁷⁹.

El renacer de estas sociedades científicas especialmente en América del Sur, favoreció la publicación de una serie de libros que difundieron las doctrinas criminológicas en cada uno de sus países. En ciudades como Buenos Aires, La Plata, en Lima, en Brasilia, se concentraron no solo las publicaciones, sino también la difusión de estas doctrinas en las aulas universitarias¹⁸⁰. Los

¹⁷⁵ BERGALLI. Roberto. El pensamiento crítico y la criminología. Op. Cit. p. 200

¹⁷⁶ BOGUN, Gustavo. El hombre y el delito según las escuelas... Op. Cit.

¹⁷⁷ “Gracias a la actividad agro exportadora de la Argentina, se formó una élite económica e intelectual que a su vez debió contener el flujo de inmigrantes y de nuevos problemas sociales ante el crecimiento urbano y la desigualdad social. Esta situación, hizo que la élite debiera apoyar una teoría criminológica que mantuviera el control social sobre las capas más pobres y justificara esa desigualdad y jerarquización social. Para ello, la teoría más adecuada sería la escuela de la Criminología Positiva”. ANZIT. Guerreño, Ramiro. El positivismo biológico en ‘la sociedad y el delito... Op. Cit.

¹⁷⁸ BERGALLI. Roberto. El pensamiento crítico y la criminología. Op. Cit. p. 199

¹⁷⁹ DEL OLMO. Rosa. Criminología... Op. Cit. p. 135

¹⁸⁰ ROSA DEL OLMO recuerda que en 1889 se publicó, en Lima, *El método positivo en derecho penal*, de JAVIER PRADO UGARTECHE; en 1896, en el Brasil, *Criminología e direito penal*, de CLOVIS BEVILAQUA, y en 1897, *Epilepsia e delito*, de AFRANIO PEIXOTO; en 1889, en Córdoba, Argentina, *Ciencia criminal y derecho penal argentino*, de CORNELIO MOYANO GACITÚA; en 1901, en Bolivia, *Compendio de criminología*, de BAUTISTA SAAVEDRA, y *Génesis del crimen en México*, de JULIO GUERRERO64, a los que habría que agregar el *Derecho penal—“Conferencias”—* de OSVALDO PINERO, publicado en Buenos Aires en 1902, y la enorme bibliografía que, en 1912 recopiló EUSEBIO GÓMEZ con el nombre de *Criminología argentina*, como también el *Ensaio de direito penal*, de João VIEIRA DE ARAÚJO, publicado en Recife en 1884, *A nova escola penal*, de VIVEIROS DE CASTRO, publicado en Río de Janeiro en 1894, y, antes, algunos trabajos de TOBIAS BARRETO, aunque este autor fue, más bien, un ecléctico que

planteamientos de Spencer y Comte servirían en la ratificación del carácter científico de inferioridad, permitiendo que se entendiera a los indígenas y mestizos por debajo de la escala social, como delincuentes.

Los primeros delincuentes en Latinoamérica serían los indígenas y negros. Los indígenas según estas sociedades llegaban al delito por el carácter de inferioridad e ignorancia en que se encontraban. En relación a los negros no solo los convertía en delincuentes su condición física diferente a la del criollo, sino a la vez, su religión particular, que entraba en choque con los planteamientos de la religión católica que las elites detentaban¹⁸¹. Para las clases ilustradas, la única forma de evitar la delincuencia y lograr el progreso de la sociedad sería por medio del fomento de la inmigración europea de raza blanca. Sin embargo, esta política inmigratoria no dio los resultados esperados en razón de que se comprobó que la raza blanca también podía ser delincuente y perturbadora¹⁸².

La justicia se impartió teniendo como directriz los presupuestos europeos. Se puede explicar esta transpolación debido a que la misma historia latinoamericana impidió asimilar un modelo de creación propia, posibilitando un modelo extranjero como el anglosajón. Al respecto Zaffaroni señala que:

“Los gobiernos latinoamericanos, por regla general, se apresuraron a copiar códigos en forma bastante desordenada: modelos constitucionales —códigos políticos— con sistema presidencialista; códigos penales europeos: el francés y el español— y códigos procesales penales análogos, con algunas instituciones anglosajonas de casi imposible adaptación, como el jurado, que únicamente

derivaba parte de sus tesis directamente de HAECKEL, en la misma forma que JOSÉ HIGINO lo hacía de SPENCER. Además, ROSA DEL OLMO menciona a MIGUEL S. MACEDO en México, en 1889; a FRANCISCO HERBOSO en Chile; en 1892; a OCTAVIO BEECHE en Costa Rica, en 1890; un Curso de antropología criminal organizado en Buenos Aires, a cargo del ya citado FRANCISCO DE VEYGA, y otro análogo en La Habana, en 1899, al cuidado de Luis MONTANÉ, *Ibíd.* p. 136

¹⁸¹ *Ibíd.* P 138

¹⁸² BOGUN, Gustavo. El hombre y el delito según las escuelas... Op. Cit.,

*parece haber hallado mediana acogida en el Brasil, y, en casi todos los países, leyes que permitían la imposición de penas sin delito, reservadas a las clases marginadas, mediante el sistema de "levas" o servicio militar obligatorio para los "vagos y mal entretenidos", que es otro fenómeno que no ha sido estudiado por los juristas, generalmente por no ser considerado formalmente como "penal", pero que, al igual que las penas privativas de libertad puestas por los terratenientes y capataces, eran el más formidable instrumento de control social punitivo de la época"*¹⁸³.

Era una ideología útil que planteaba la "eficaz" aplicación de la política latinoamericana. De ahí, la concepción del delincuente psicópata, del indígena ignorante, del mestizo inferior, del enfermo que se encontraba en estado peligroso. "Si el delincuente es peligroso, hay que mantenerlo recluido por tiempo indefinido, entonces la lentitud de los juicios deja de ser preocupante"¹⁸⁴ La instrumentalización de este discurso racista, peligroso, que utilizaron las oligarquías latinoamericanas, justificaron por un lado la hegemonía racista y la estigmatización de cualquier protagonismo popular por otro. "La peyoración con disfraz científico de todos los movimientos populares latinoamericanos fue la cuna en la que se arrulló a nuestra "criminología latinoamericana"¹⁸⁵

Este carácter dependiente de otras ideologías puede entenderse no sólo por la historia de subordinación económica de Latinoamérica desde sus inicios con España, sino por la aplicación de modelos foráneos que desconocían el contexto propio y diferente en que se encontraban los demás países. "Esta emancipación política debía estar acompañada de una emancipación mental que pregonaba la filosofía positivista, la cual era vista por estas minorías ilustradas como el salvavidas de América Latina"¹⁸⁶

¹⁸³ ZAFFARONI, Raúl Eugenio. Criminología. Aproximación desde... Op. Cit., 126

¹⁸⁴ DEL OLMO. Rosa. Criminología... Op. Cit., p. 179

¹⁸⁵ ZAFFARONI, Raúl Eugenio. Criminología. Aproximación desde... Op. Cit. p. 154

¹⁸⁶ DEL OLMO. Rosa. Criminología... Op. Cit., p. 129

En algunos autores latinoamericanos estas posiciones criminológicas tuvieron gran influencia para la creación de sus escritos. Algunos de los más sobresalientes en el campo internacional y en la difusión de sus libros pueden encontrarse así: “(CAJÍASK en Bolivia, REYES ECHANDÍA en Colombia, OLIVERA DÍAZ en Perú, etc.), en tanto que otros siguieron rumbos propios, pero sin apartarse mucho de esa tendencia (RENGEL en Ecuador; DRAPKIN en Chile; PÉREZ PINZÓN en Colombia; MENDOZA en Venezuela)”¹⁸⁷.

El representante que retomó con más ahínco las banderas del positivismo criminológico en Latinoamérica fue José Ingenieros. Un argentino que participó en la creación de varias sociedades científicas no solo en su país sino alrededor de Sudamérica. Asumió las tesis del darwinismo social en donde el hombre gracias al capitalismo adoptaba una lucha por la vida que terminaba provocando delitos violentos en la sociedad. Para Ingenieros, “el hombre es un animal que debe ser estudiado como tal en sus acciones sociales y por lo tanto, se hará por medio de los postulados de las ciencias naturales que explicarán la naturaleza biológica de estos actos. Es así como plantea una sociología biológica”¹⁸⁸.

El positivismo en América Latina permitió ubicar a cada individuo en su lugar. Los indígenas, negros, mestizos, enfermos mentales, delincuentes, se encontraban en la escala inferior de cada país. Las élites criollas detentaron el poder y se asumieron como resocializadores que salvarían a la sociedad. Era necesario “extirpar” todos y cada uno de los espacios en los que se creaban delincuentes. De esta forma, se comenzaron a delimitar los lugares en los que se suponía estaban los individuos más peligrosos: los conventillos, las casas de vecindad, la calle, fueron el lugar perfecto donde se unieron delincuentes experimentados con

¹⁸⁷ ZAFFARONI, Raúl Eugenio. Criminología. Aproximación desde... Op. Cit. p. 241

¹⁸⁸ ANZIT. Guerreño, Ramiro. El positivismo biológico en 'la sociedad y el delito... Op. Cit.

principiantes de la actividad delictiva, para incorporarse al mundo de la delincuencia.¹⁸⁹

La historia de ese trasplante y los hitos que marcaron el rápido progreso de la Criminología Positiva en América Latina, establece no un pequeño esbozo como este, sino un análisis mucho más profundo que amerita una amplia bibliografía al respecto. El estudio de la influencia antropológica que impuso a los delincuentes y los no delincuentes dentro de un discurso racista, implica pensar nuestra historia y nuestras limitaciones como latinoamericanos. Lo anterior, es solo un breve contexto que permite ilustrar de manera somera este trabajo de investigación¹⁹⁰.

1.5 LA RECEPCIÓN DE LA CRIMINOLOGÍA EN COLOMBIA Y SUS IMPLICACIONES

La Criminología Positiva en Colombia representa un análisis peculiar de acuerdo a sus características políticas, que dieron paso a una consolidación un tanto diferente al resto de América Latina. En Colombia para algunos, la recepción de esta Criminología no se dio como tal, para otros en cambio, estos postulados siguieron su ruta no solo por medio del Código Penal de 1936, sino hasta el Código Penal de 1980. La bibliografía frente a este tema es casi nula, por eso trataré de abordar de manera sintética el contexto histórico colombiano que permitirá vislumbrar sus principales exponentes en este término.

¹⁸⁹ ABADÍN. Catalina. La imagen del delincuente en la escuela clásica Op. Cit. p. 14

¹⁹⁰ Para mayor profundidad en el tema ver: ANIYAR DE CASTRO. Lola. Criminología de la reacción social. Instituto de Criminología, Facultad de Derecho, Universidad del Zulia. Maracaibo: 1980 ANIYAR DE CASTRO Conocimiento y orden social: Criminología como legitimación y Criminología de la liberación. Instituto de Criminología, Universidad del Zulia. Maracaibo: 1981. BERGALLI. Roberto. Teoría del control social. Criminología: ¿dominación o liberación? En Testimonio latinoamericano. Año 11, núm. 9-10, julio-octubre, Pp. 34-35. 1981. BERGALLI. Roberto La cuestión criminal en América latina (Origen y empleo de la Criminología), En: Crítica a la Criminología, Bogotá: Temis, 1982. BERGALLI. Roberto Hacia una criminología de la liberación para América latina. En: Crítica a la Criminología, Bogotá: Temis, 1982.

1.5.1 Un breve análisis. El control social en Colombia en los inicios del S XX.

El cambio de ideología estableció una serie de transformaciones en torno al capitalismo. Desde la Revolución Industrial hasta la Revolución Burguesa se inició la pena privativa de la libertad como bandera eximia de la ideología liberal. La prisión servía como aparato de transformación del individuo y como fin privativo de la libertad. Esta “privación de la libertad sería la pena por excelencia de una sociedad cuya máxima fundamental era el principio de libertad y al mismo tiempo el castigo igualitario”¹⁹¹ En una sociedad donde todos sus miembros eran libres debía privársele de la libertad al individuo para que este recapacitara y quisiera volver a ser libre.

Durante la existencia de la Escuela Clásica se crearon unos sistemas penitenciarios norteamericanos: el Sistema Penitenciario de Pensilvania y el Sistema Penitenciario de Auburn. Lo que proponían era la institucionalización de unas casas basadas en el aislamiento del delincuente y el establecimiento de una rutina disciplinada¹⁹². En Colombia la influencia de estos modelos norteamericanos llega para el año 1873, aunque jurídicamente todavía se hablaba del influjo del derecho español. Estos centros penitenciarios se crearon en ciudades como Tunja, Bogotá y Cartagena, atendiendo a las disposiciones de aislamiento celular que proponían estos modelos.

Para esa época, la población colombiana se concentraba solo en un 7% en las ciudades, el telégrafo a lo sumo trataba de unir las ciudades, los viajes a la capital del país podían durar 20 o 30 días dependiendo de donde se salía. El gobierno era un gobierno federalista que apenas hacía presencia en el territorio nacional¹⁹³. Es así, que estos centros de reclusión no tuvieron su auge en el país sino hasta años más tarde. Colombia era un país agrario dependiente de la economía que se

¹⁹¹ FOUCAULT. Michel. Vigilar y Castigar... Op. Cit. p. 234

¹⁹² DEL OLMO. Rosa. Criminología... Op. Cit. p. 46

¹⁹³ MELO. Jorge Orlando. Del federalismo a la Constitución de 1886. En: Nueva Historia de Colombia. Tomo I Historia Política 1886-1946. Bogotá: Editorial Planeta, 1989. p. 31

producía en las grandes haciendas a finales del S. XIX y principios del S. XX. Por eso, ese “ejercicio de poder y control social se ejercieron mediante control directo físico sobre las personas y después un control espacial o territorial”¹⁹⁴

El país a principios del siglo pasado se encontraba inmerso en la Guerra de los Mil días, la separación de Panamá era un hecho y el proceso de la Regeneración trajo consigo la Constitución Nacional de 1886 en cabeza de Núñez y Caro. El poder político era detentado en cabeza de los conservadores hasta entrados los años 30`s. La iglesia Católica era la que ejercía el control social mediante el libre albedrío que le permitía al hombre no caer en los pecados que ofendieran a Dios. El acontecer nacional entró en un agitado momento: la Masacre de las Bananeras, la organización de los sindicatos, la industrialización del país, etc. En los años treinta el poder político lo asumió el partido liberal, impulsando reformas en diferentes órdenes, lo cual le permitió a la Criminología incursionar en el contexto nacional.

Esta situación tan convulsionada, ocasionó que el Estado adoptara eficientes correctivos en relación al control social. No solo la Iglesia era un mecanismo necesario de control, sino que se hizo urgente la aplicación de una verdadera reforma penitenciaria que apaciguara todos los ánimos que agitaban el orden público. El aislamiento celular sería la primera norma a imponer, “sumido en la soledad el recluso reflexiona. Solo en presencia de su crimen aprende a odiarlo y si su alma todavía está entregada al mal, será el aislamiento donde el remordimiento vendrá a asaltarlo”¹⁹⁵

Para el año de 1931 se inició toda una política criminal en cabeza del Estado. Para ese año, se establece el primer Código Penitenciario, el Instituto de Antropología y Pedagogía Penitenciaria apareció en 1935 y se organizó la Dirección General de Prisiones. A la par con esto, se cambiaron los mecanismos jurídicos del S XIX en

¹⁹⁴ MUÑOZ GÓMEZ, Jesús A. Apuntes para un enfoque histórico sobre los sistemas punitivos y la criminalidad en Colombia. Bogotá; trabajo mimeografiado, 1985. p.13

¹⁹⁵ FOUCAULT. Michel. Vigilar y Castigar... Op. Cit. p. 239

materia penal. Se creó el Código Penal de 1936 y un Nuevo Código de Procedimiento Penal (1938).¹⁹⁶ Estos nuevos mecanismos jurídicos denotaron claramente, la influencia de la defensa social que pregonada por el Positivismo Criminológico.

En América Latina se adoptaron códigos de corte europeo. Asimismo, se gestaron unos gabinetes de identificación desde finales del S XIX. Estos gabinetes resolverían el problema delictivo que se fraguaba, debido a las grandes migraciones desde Europa. En estas instituciones se conjugaba el derecho con la medicina, para permitir la identificación de ciudadanos extranjeros y también la de ciudadanos nacionales¹⁹⁷. Para el caso colombiano, se establece en el año de 1935 durante el gobierno de Alfonso López Pumarejo.

Con el ascenso al poder del Partido Liberal, se inició una reforma agraria que traería la industrialización del país a costa de la marginalización y la migración de los campesinos a las ciudades. De esta manera, la orientación penal como legitimador del control social, se hizo necesaria. Se empezaron a evidenciar los postulados positivistas mediante la concepción del delincuente como producto de patologías individuales, estos debían ser remitidos a las cárceles para su prevención y resocialización¹⁹⁸.

Llegada la mitad de los años 40`s toman el poder los conservadores. Dando preeminencia a la industrialización, permitieron de nuevo la participación de la iglesia católica, atacando cualquier movimiento social o campesino que se gestara en contra del Estado. Se inicia lo que se conoce como el período de La Violencia

¹⁹⁶ MARROQUÍN. José Germán. FLÓREZ, Jaime. Apuntes para la historia de la criminología en Colombia. Instituto De Criminológica. Ciencias Penales Y Penitenciarias, VIII Reunión Profesores De Criminológica De Colombia. Bogotá, noviembre de 1985. Disponible en internet: : <http://criminologiausco.blogspot.com/2005/08/historia-de-la-criminologia-en.html>

¹⁹⁷ DEL OLMO. Rosa. Criminología... Op. Cit. p. 144

¹⁹⁸ MARROQUÍN. José Germán. FLÓREZ, Jaime. Apuntes para la historia de la criminología... Op. Cit.

en Colombia que tendría su punto máximo de explosión el 9 de abril de 1948, con el asesinato de Jorge Eliecer Gaitán. “La sociedad colombiana sufrió durante dos décadas, entre 1946 y 1966, un estado constante de confrontación que se manifestó con especial intensidad en áreas rurales de la región andina y provocó importantes modificaciones en los comportamientos de la población y las estructuras políticas y sociales del país”¹⁹⁹.

En este clima de violencia, de lucha interpartidista, se desplazó al campesino y se le tildó de delincuente. Esta asociación del delincuente patológico tiende a variar aquí, por la de delincuente-político-peligroso. Esto podría considerarse como un estancamiento de la criminología positiva²⁰⁰ en nuestro país, no obstante, ese ropaje del peligrosismo se ve extendido no solo al anormal mental, pobre, sino al partidario político que estaba en contradicción con los planteamientos del otro.

Fue pues una época que se prolongó en el interior mismo de las clases dominantes, pero que afectó en mayor medida a los sectores populares. En este clima ningún mecanismo de control social pareció ser eficiente: la escuela, la familia, la iglesia, no resultaron ser adecuados para detener toda la violencia que se generó en el país. “El Derecho Penal fue reemplazado por mecanismos más directos y más eficaces, generalmente violentos mediante los cuales se pretendía restablecer el orden significativamente alterado. Se acudía corrientemente a las ejecuciones sin fórmula de juicio, sin respaldo legal alguno, lo que hacía que no fuera necesario ningún tipo de legitimación para ejercer el poder sobre aquellas

¹⁹⁹ LÓPEZ, Néstor. Los moradores de Gorgona: protagonistas de un paradigma Penitenciario en Colombia, 1959-1975. En: Anuario Colombiano de Historia Social y de la Cultura No. 33, 2006. p. 118

²⁰⁰ “Mientras en Europa el mantenimiento y reproducción de las relaciones sociales de dominación se hizo con el derecho penal y la criminología positivista, en América latina fue realizada casi exclusivamente por el primero. Dentro del campo hipotético comparando con el centro del capitalismo, en la periferia las relaciones de dominación son más visibles y el grado de formación política es menor en las clases subordinadas y la conjunción de esos dos hechos genera una menor necesidad de legitimación, lo cual explicaría que en América latina se hubiese prescindido del discurso legitimador de la criminología positivista”. SANDOVAL, Huertas. Emiro. Sistema Penal y criminología crítica. Bogotá: Temis, 1985. p 106

personas que lo resistían”,²⁰¹ permitiendo un hacinamiento al interior de las cárceles y un deterioro de las condiciones de vida de los reclusos.

El ambiente de controversia generado alrededor de temas como la eficacia de la justicia, el estado de las cárceles, y otras alternativas punitivas, se expresó a través de diversos medios (prensa, informes oficiales, debates parlamentarios), y en él participaron influyentes sectores de la sociedad colombiana, entre ellos juristas, jerarcas de la Iglesia, políticos y militares; particularmente, la prensa escrita abordó de manera bastante gráfica el debate. Por una parte, algunas voces esgrimían argumentos según los cuales era evidente una gran *crisis de la justicia*, que se expresaba en impunidad como consecuencia de intereses políticos, de ausencia de pruebas contra los acusados o de la renuencia de las víctimas a denunciar por temor a represalias; además, la falta de capacitación de los jueces y el vencimiento de los términos llevaba muchas veces a la liberación prematura de los verdaderos criminales. Sumado a este sombrío panorama del aparato judicial, emergía otro problema de igual importancia, como lo era el *caos penitenciario*, denominación que surgió a partir de los múltiples factores disfuncionales del sistema de prisiones, y que según las autoridades lo hacían inmanejable.²⁰²

Más de dos millones de personas se trasladaron del campo a la ciudad, se concentró la propiedad en manos de latifundistas y se generó un grave problema de desempleo en el país²⁰³, creándose el Frente Nacional como el acuerdo de los partidos Liberal y Conservador para el año de 1957. En 1959 se consolidó en Colombia un particular proyecto penitenciario. Se aprobó en manos del gobierno encargado por el Frente Nacional, la creación de una cárcel en donde serían llevados los delincuentes más peligrosos. La isla de Gorgona, situada en aguas

²⁰¹ MARROQUÍN, José Germán. FLÓREZ, Jaime. Apuntes para la historia de la criminología... Op. Cit.

²⁰² LÓPEZ, Néstor. Los moradores de Gorgona: protagonistas de un paradigma Penitenciario... Op. Cit. p 188

²⁰³ SANDOVAL, HUERTAS, Emiro. Sistema Penal y criminología crítica... Op. Cit. p. 20-22

del Océano Pacífico colombiano recluyó a los más peligrosos asesinos protagonistas de la violencia.²⁰⁴

La masiva penetración de capitales extranjeros en el país y la correspondiente agravación de la dependencia externa de la economía colombiana, significaron, la aceleración definitiva del proceso de concentración monopolista de capital, conduciendo a la reforma constitucional de 1968 que sumió al país en una expedición constante de decretos legislativos de estados de excepción.²⁰⁵ Durante todo este tiempo se gestaron las primeras células guerrilleras; a nivel mundial se conoció el denominado Mayo del 68, no se podía negar de igual forma, la Revolución Cubana y el derrocamiento de los regímenes militares. Así, era necesario recurrir a la ciencia penal o criminológica, para que terminara apaciguando todos estos ánimos exacerbados.

América Latina “se había vuelto un polvorín. (...) A principios de los años 70`s la administración Kennedy planteó el programa Alianza para el Progreso”²⁰⁶, al enemigo del orden público era necesario buscarlo internamente, iniciando un proceso de pacificación a nivel nacional por medio de esos planteamientos. Este programa debía “eliminar” cualquier causa que atentará en contra del orden nacional, buscando la eliminación de pequeños focos guerrilleros que intranquilizaban el orden y la paz del país. Estos, se conocieron como “bandoleros”, respondiendo o bien al paradigma positivista, como personas anormales, o bien al paradigma funcionalista, como “hijos de la violencia”.

Se expidieron el Código Carcelario de 1964, el Código de Procedimiento Penal de 1971 y se iniciaron los trabajos preparatorios en 1972 que llevarían a la promulgación mediante decreto legislativo del Código Penal de 1980. En este

²⁰⁴ LÓPEZ, Néstor. Los moradores de Gorgona: protagonistas de un paradigma Penitenciario... Op. Cit. P 183

²⁰⁵ SANDOVAL, Huertas. Emiro. Sistema Penal y criminología crítica... Op. Cit. p. 23

²⁰⁶ DEL OLMO. Rosa. Criminología... Op. Cit. p 192

ambiente de crisis, se inicia un resurgimiento criminológico que permitirá la publicación de libros como los de Luis Carlos Pérez y Reyes Echandia. “A partir de este momento, varios juristas introducen en nuestro medio la dogmática jurídica de origen Alemán, en contraposición al positivismo imperante en ese campo, y comienzan a interesarse por la fenomenología del delito. (Meluk, L.E., Romero Soto, Julio Romero Soto, Acosta Álvarez, Ramírez Zapata, U. Casas, Gutiérrez Tovar, Rivera Llano, etc.). Se da una fusión y una difusión del paradigma positivista con el funcionalista.”²⁰⁷

1.5.2 Los autores Colombianos y sus obras. Teniendo en cuenta este breve análisis, algunos autores colombianos adoptaron en sus publicaciones lo que se llegó a entender por Antropología Criminal. Dentro de los más sobresalientes se encuentran: Jorge Eliecer Gaitán, Luis Carlos Pérez y Alfonso Reyes Echandia. Estos autores llegaron a ver en los planteamientos positivistas las ideas progresistas que fueron pregonadas por el socialismo. Otros autores por su parte, intentaron realizar algunas investigaciones empíricas, fundamentalmente en tesis de grado de universidades bogotanas. Tras el manto de la ideología liberal estos últimos, encausaron los presupuestos positivistas en las aulas universitarias y en los análisis penales.

Jorge Eliecer Gaitán, no sólo fue el caudillo asesinado. También fue el abogado que estudió en la Universidad Real de Roma y que vivió de cerca los planteamientos positivistas de la mano de su maestro Enrico Ferri. Gaitán en su tesis de grado de la Universidad Nacional, produjo uno de sus escritos más conocidos por sus simpatizantes: “Las ideas socialistas en Colombia”²⁰⁸. Inmerso ya en el pensamiento positivo, la tesis de grado de su maestría en la universidad italiana, le mereció reconocimiento de Magna Cum Laude: “El criterio positivo de la

²⁰⁷ MARROQUÍN, José Germán. FLÓREZ, Jaime. Apuntes para la historia de la criminología... Op. Cit.

²⁰⁸ GAITÁN, Jorge. Eliecer. Las ideas socialistas en Colombia. Bogotá: Ed. Minerva, 1924.

premeditación”²⁰⁹, en esta obra, desarrolló uno de los más importantes planteamientos de la Escuela Italiana.

En otras de sus publicaciones, realizó un libro con el nombre homónimo del libro de Enrico Ferri: Defensas Penales²¹⁰ dedicando la misma estructura de defensa que este último, con los campesinos italianos. En otra de sus producciones académicas se puede encontrar el homenaje que después de llegar a Colombia elaboró, a su maestro en la universidad²¹¹. Si bien Gaitán, no tuvo el carácter académico debido, por su protagonismo como figura política del país, no se puede pasar por alto la atracción del personaje público más reconocido en la historia política de Colombia, con las ideas positivistas de la Escuela Italiana.

De otra parte Luis Carlos Pérez, un reconocido sindicalista payanes, asume una posición crítica-benévola de la legitimación discursiva del racismo. En su libro “Criminología”, no desarrolla el mismo esquema etiológico de casi todos los autores latinoamericanos, sino que trata de variar el tratamiento en relación al indígena y al negro como personas de la sociedad. Aunque posteriormente cambia su discurso positivo a la posición garantista, no se puede dejar de estudiar una obra de vital importancia en la recepción de la Criminología Positiva. “Faltaba un paso en esa obra para percatarse de que el resto de la teorización etiológica que recoge no es más que una faceta del entero discurso racista”²¹²

Alfonso Reyes Echandía, fue uno de los promotores del acercamiento de la criminología a las aulas universitarias. Abogado externadista que adelantó sus estudios de maestría en la Universidad Real de Roma, claustro reconocido por el papel que adelantó en el estudio y aplicación del pensamiento criminológico

²⁰⁹ GAITÁN, Jorge. Eliecer. Criterio positivo de la premeditación. Bogotá: Editorial Publicitaria, 1972.

²¹⁰ GAITÁN, Jorge. Eliecer. Defensas Penales. Bogotá: Ed. Antena, 1945.

²¹¹ Homenaje a Enrico Ferri: el científico. Bogotá: Suplemento Literario del Espectador, 1930.

²¹² ZAFFARONI, Raúl Eugenio. Criminología. Aproximación desde... Op. Cit. p 242

positivo. Al llegar a Colombia inicia su carrera docente en la Universidad Externado creando la Revista de Derecho Penal, medio de difusión de acaloradas discusiones académicas. La producción intelectual de Reyes es extensa²¹³, no se puede desconocer además, su influencia en el Código Penal de 1980 y su papel como presidente de la Corte Suprema de Justicia. Definía la Criminología como una ciencia causal explicativa, con un contenido dado por la antropología, la sociología y la política criminal²¹⁴.

1.5.2.1 Luis Carlos Pérez y la Criminología Positiva. Este autor inauguró la producción de libros criminológicos en el país en medio de un ambiente convulsionado. Para el año de 1950 publicó la primera edición de su libro “Criminología. La nueva concepción naturalista del delito”²¹⁵. En esta primera edición de 12 capítulos, realizó un análisis de la criminología, la evolución del delito y los postulados positivistas Lombrosianos. Además dedicó un capítulo completo a la delincuencia en Colombia mediante el análisis estadístico de los archivos judiciales de Bogotá. La criminalidad femenina en el país, fue analizado como un tema “natural de criminalidad”. En concordancia con el cubano Fernando Rojas plantea el problema del racismo y la criminalidad en Colombia, estableciendo que las diferencias psíquicas no provienen de la raza, en relación al negro y al indígena. Finalmente, dentro de la concepción de geografía del delito, practica un estudio de la responsabilidad colectiva del delito natural y el ambiente

²¹³ Ver: REYES. ECHANDIA, Alfonso. Derecho penal colombiano: parte general. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1964. REYES. ECHANDIA, Alfonso. Criminología. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1968. REYES. ECHANDIA, Alfonso. Delitos contra la asistencia familiar. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1969. REYES. ECHANDIA, Alfonso. Diccionario de derecho penal. Bogotá: Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, 1970. REYES. ECHANDIA, Alfonso. La tipicidad penal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1966. REYES. ECHANDIA, Alfonso. La punibilidad. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1978. REYES. ECHANDIA, Alfonso. La imputabilidad. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1976. REYES. ECHANDIA, Alfonso. La antijuridicidad. Bogotá: Univ. Externado de Colombia, 1977, entre otros.

²¹⁴ MARROQUÍN. José Germán. FLÓREZ, Jaime. Apuntes para la historia de la criminología... Op. Cit.

²¹⁵ PÉREZ. Luis, Carlos. Criminología. La nueva concepción naturalista del delito. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, sección de extensión cultural, 1950.

en que este se produce. Este libro fue el más claro acercamiento de los autores colombianos en la aplicación y desarrollo de la sociología criminal.

Pérez más cercano a la posición Garofaliana que Ferreriana, establecía que el delito era la expresión de la vida social antes que un ente abstracto y sin sentido. Con el delito, se lesionaba y dañaba las condiciones individuales y sociales. Esas condiciones tienden a variar con el tiempo y el espacio, por eso el derecho penal y la criminología debían estar dentro de un criterio de relatividad constante para su correcta aplicación. “Es un delito natural que designa aquellos hechos que universalmente son reconocidos como perturbadores de las condiciones básicas de existencia²¹⁶”. El delito natural necesitaba ser entendido no como la expresión divina, sino como la conjunción de todos los principios morales y de costumbre en una sociedad determinada.

La antropológica no se podía aplicar mecánicamente en concordancia a las nociones delictivas. Estas nociones delictivas se entendían no en la libertad del hombre, debido a que este nunca es libre; sino en relación a las consecuencias de su temperamento, de sus ideas, de las experiencias diarias. Todo conspiraba para que el hombre cometiera hechos criminosos: la educación, la religión, el gobierno. “El hombre no puede ser libre un instante de su vida, porque está continuamente guiado por las ventajas reales que no encuentra en los objetos que encienden sus pasiones”²¹⁷

El delito se presentaba en mayor medida en donde los problemas psicológicos y sociológicos aquejaban más al individuo: la edad temprana. No eran los años los que provocaban el fervor criminal o lo que lo disminuía, sino las situaciones especiales en que con el tiempo se iba encontrando la persona. “Es la edad y el mundo, o, dicho en otras palabras, la personalidad juvenil la que se encuentra

²¹⁶ *Ibíd.* p. 42

²¹⁷ *Ibíd.* p. 113

propensa a ejecutar actos indebidos mediante los cuales se incurre en sanciones legales”²¹⁸. Para este autor, era en el período de la juventud en donde se delinquía con mayor frecuencia, en esta etapa se despertaba a la vida y se adquiría la agilidad física y mental suficiente para determinar los hechos sociales. Mientras que en la edad madura se perdían las oportunidades para delinquir debido a la edad senil en que se encontraba la persona.

En Colombia las edades en que aparecía de manera repetitiva la delincuencia estaban entre los 18 y 25 años. “Si tomamos como elemento de comparación las cifras alemanas, debemos reconocer que entre nosotros el crimen se adelanta, o que nuestra juventud permanece desmoralizada o que las incitaciones se repiten con más pertinaz eficacia”²¹⁹. Para el caso colombiano, la delincuencia se producía de acuerdo a las incitaciones del medio en que los adolescentes se hallaban, a la lentitud del desarrollo social y la precocidad juvenil.

El individuo delinquía solo porque vive en sociedad. Si fuera posible su existencia aislada del contacto de los otros, no podría establecerse una entidad delictiva en contra de la sociedad, debido a que solo sería un atentado contra su persona. “El crimen se incubará en los sectores de escasa protección o carentes de estímulo, especialmente el que estalla en manifestaciones atávicas, mientras que en algunos grupos de la población están menos gravados con el peso de la necesidad y, por lo mismo, lejos de incitaciones hacia formas punibles”²²⁰

Como se ve, en este autor existe una mixtura de ideologías, por un lado encuentra al delito como natural, pero entendido dentro de un contexto histórico determinado. Pasa en apartados de su libro como en el capítulo X del racismo, en una crítica contra los postulados de inferioridad que se habían puesto a los indios y a los negros, a la admisión necesaria de defensa preventiva de la sociedad.

²¹⁸ *Ibíd.* p. 210

²¹⁹ *Ibíd.* p. 211

²²⁰ *Ibíd.* p. 375

Claramente, en este libro no se alcanza a realizar una mención directa a los enfermos mentales, vagabundos, o pobres, pero se concluye que debido a su posición de defensa preventiva y a la peligrosidad Lombrosiana, que el tratamiento para estas personas delincuentes debía hacerse de la misma manera que planteaba la Escuela Positivista.

1.5.3 Reyes Echandía y la concepción de la Criminología. Reyes en su libro de Criminología²²¹, fue muy cuidadoso de establecer una posición propia, planteaba la multiplicidad de enfoques y conceptos en los que el lector podía encontrarse. En relación a la concepción positiva de la criminología, mencionaba que la realidad es algo objetivo e independiente del sujeto cognoscente al que debe ser estudiado neutralmente. Esa realidad objetiva era el estudio del delito como reacción y descripción penal. El positivismo criminológico decía Reyes “investiga al hombre delincuente para saber por qué delinque; de tales indagaciones concluye que siendo la ley un reflejo de la realidad social, el criminal al violarla contraviene esa realidad jurídicamente establecida y ordinariamente acatada, por eso se le considera anormal al que ha de estudiarse”²²². Esos comportamientos individuales, físicos y sociales, eran los que permitían que el delincuente fuera considerado anormal. El positivismo dice él, abandonó el examen sin sentido de la ley penal para remitirse exclusivamente al hombre delincuente. Sin embargo, esta corriente se limitó al estudio del delito sin atender a las manifestaciones antisociales no tipificadas penalmente y a ampliar el concepto de peligrosidad.

De otra parte, respecto la concepción clínica, parte esta de la anormalidad tratándolo como un enfermo, como la persona que ha delinquido, pero no en relación a los factores sociales sino como aquel que será investigado en la cárcel o en el manicomio. “Puede considerarse como un neopositivismo médico

²²¹ Desafortunadamente no se pudo encontrar la primera edición del libro de Reyes. Ver: REYES, ECHANDÍA. Alfonso. Criminología. Cuarta reimpresión de la octava edición. Bogotá: Temis, 2003.

²²² *Ibíd.* p. 2

psiquiátrico”²²³. De la misma manera, establece la concepción organizacional como estudio de la política criminal y el enfoque crítico, como la corriente que terminó agrupando todo el conjunto de tendencias tradicionales que explican el fenómeno de la criminalidad de forma individual y no social. Otra tendencia es la criminología del paso al acto, es en esta corriente que se conjugan la criminología tradicional y la crítica. También analiza la corriente interaccionista y la radical como tendencias propuestas después de los 70`s²²⁴.

La criminología se debía entender desde su objeto, es decir desde el estudio de la criminalidad de las personas a ella vinculada y la reacción que estas puedan suscitar. Se podía hablar en relación al método de la criminología de una criminología teórica y una investigativa. La primera utilizaba los métodos propios de la investigación bibliográfica. La segunda empleaba los métodos de investigación de campo: la observación, la experimentación, la deducción y la encuesta. El contenido de la criminología puede variar de acuerdo a la posición en que se encuentra, por un lado los criterios tradicionales de la criminología establecían a los delincuentes como personas anormales que estaban propensos a delinquir por el carácter psicológico, psiquiátrico, biológico y social en que se encontraban la persona. En cambio desde una posición crítica, en la sociedad no existen anormales, desviados, sino que estas características de delincuencia eran procesos normales de socialización, es decir, este fenómeno delincuencial se daba gracias a los conflictos sociales, económicos y políticos en una sociedad determinada²²⁵.

Para Reyes, el enfoque biopsicológico tenía ciertas críticas y deficiencias. La predisposición delincuencial desarrollada por Lombroso no se daba de manera exacta, debido a que este, terminó variando las características del delincuente nato. La caracterización del delincuente nato, no se ha podido comprobar

²²³ *Ibíd.* p. 3

²²⁴ *Ibíd.* p. 3-7

²²⁵ *Ibíd.* p. 25-28

empíricamente mencionaba el profesor Alfonso, aunque es innegable que existen hombres predispuestos al delito, no se puede demostrar de manera unitaria esta clasificación. El crimen, no era un producto biológico del hombre, ni la derivación de la personalidad material, por tanto, no existe un tipo criminal antropológico uniforme. Por último el método empleado por los positivistas, fue erróneo en el análisis y explicación de los fenómenos sociales y delictivos. Pero no se puede negar, “que los positivistas tienen el mérito de haber humanizado el derecho penal en la medida en que se preocuparon por el estudio de la personalidad del delincuente y lo tuvieron en cuenta para los efectos de la sanción”²²⁶

En Colombia no se puede discutir que desde el punto de vista jurídico y criminológico el estudio del delito en Colombia, ha sido influenciado por la corriente positivista. La obra que inició desarrollando estos presupuestos fue la de Arcesio Aragón en el año de 1934 con su libro de Criminología y derecho penal²²⁷. Posteriormente Gaitán luego de su paso por Italia produjo una serie de conferencias sobre derecho penal y criminología en Bogotá de gran difusión. El primer director de la cárcel modelo, inició una clasificación y tratamiento de los delincuentes en concordancia con el positivismo. Así, Francisco Bruno fue considerado como precursor de la criminología en Colombia. Luis Carlos Pérez por su parte, estudió los fenómenos de la criminalidad como la prostitución, el alcoholismo, la herencia, el sexo, la delincuencia juvenil, basada en los lineamientos de la criminología positiva. “En los últimos años la criminología tradicional ha ido cediendo terreno ante el empuje crítico de las viejas estructuras y aunque no ha surgido una obra integra en esta dirección, comienzan a publicarse ensayos sobre aspectos concretos de la criminalidad en Colombia”²²⁸

²²⁶ Ibíd. p. 13

²²⁷ ARAGÓN. Arcesio. Elementos de criminología y ciencia penal. Popayán: imprenta departamental, 1934

²²⁸ Ibíd. p. 10

Si bien a Reyes se le puede entender dentro de una concepción crítica de la criminología, existen elementos que pueden determinar, quizás no una posición consciente, pero sí algunos viejos rezagos positivistas en relación al delincuente. Este autor es indispensable para este trabajo, por haber sido una figura académica que terminó permeando el derecho penal colombiano y la estructura del Código Penal de 1980. Más adelante se analizará, los planteamientos de la inimputabilidad y el tratamiento de los delincuentes en relación al delito.

2. DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD A LA INIMPUTABILIDAD POR TRASTORNO MENTAL

Se puede pasar entender ahora, cómo se determinaba la medida de seguridad, no solo en relación con la Escuela Criminológica Positiva, sino también en sus adelantos y desarrollos históricos en el campo penal. En las legislaciones actuales, se aplica un modelo dualista de compensación de penas y medidas de seguridad que no permite distinguir realmente, cómo son razonadas estas últimas en relación a la persona que delinque.

De esta manera, se abordarán los sistemas en que se desenvuelven las medidas de seguridad, teniendo a Eugenio Cuello Calón, un penalista y criminólogo español que a principios del siglo pasado, sirvió de influencia e inspiración para adecuar estas figuras en las legislaciones latinoamericanas e incluso en la colombiana. Cuello Calón en su libro, realizó un análisis histórico de estas medidas, tratando de establecerlas como fin garantista de protección al delincuente y la misma sociedad. Se le puede ubicar en la Escuela Clásica del derecho penal, debido a los manejos que hizo de la precaución y respeto hacia las personas sujetas a estas medidas. Se consultó este autor, con base en los escritos de Carlos Lozano y Lozano²²⁹ promotor del Código Penal de 1936, debido a que Lozano, hizo constante referencia al autor español.

Entender actualmente a la medida de seguridad, como la consecuencia jurídico penal, aplicable a un inimputable que ha cometido un ilícito penal, por accionar de un sujeto peligroso al que se le debe encaminar a su (re)educación o curación,

²²⁹ Abogado rosarista de corte liberal, que vivió en Roma y adelantó sus estudios en el Real Universidad de Roma. El acceso a sus libros se encuentra limitado de acuerdo a los años en que estos fueron publicados, pero se alcanza a ver dentro de sus intervenciones y discusiones del Código Penal de 1936 las referencias a Cuello Calón.

según la necesidad²³⁰, invita no solo al estudio de la culpabilidad en su concepción real, sino que necesariamente establece una exposición detallada sobre los fundamentos de esta concepción. Por eso dentro del primer apartado de este capítulo se tratará de rastrear las bases jurídicas, filosóficas y criminológicas en que se terminó basando el concepto de medida de seguridad.

Aunado a esto, la relación que se estableció entre el derecho y la psiquiatría al aplicar la medida de seguridad al delincuente que no comprendía el hecho, constituye uno de los temas más importantes del presente capítulo. Debe remitirnos, a buscar de qué forma y bajo qué pretextos se dio, para ello tomamos los planteamientos Foucaultianos, a fin de determinar por medio de sus libros y algunas conferencias, en qué condiciones existió o no la reciprocidad entre derecho penal y psiquiatra. A Foucault no se le puede clasificar dentro de una escuela de pensamiento, pero su obra permite analizar el contexto histórico durante los S XVIII y XIX en que se desarrolló la psiquiatría. El estudio de los mecanismos de poder en cada una de sus genealogías demuestra el discurso de control del Estado legitimado por medio del derecho penal.

Ese poder de invención llegó directamente a todas aquellas personas que al no entender lo que hacían dentro de la lógica de la normalidad, se vieron sancionadas por el Estado. Los inimputables, fueron avocados a las medidas de seguridad de acuerdo al estado de inconsciencia en que se encontraban al cometer el hecho. Esa sanción dependía del tipo de inimputabilidad, de cómo se llegó a clasificar y cuáles eran las sanciones a aplicar. De esta manera se compone la parte final de este capítulo, que dará paso a un estudio más profundo de la inimputabilidad en Colombia.

²³⁰ CÁRDENAS. Ruiz, Marco. Aplicación de la medida de seguridad de internación conforme a la jurisprudencia vinculante de Perú. En: Derecho Penal Online revista electrónica de doctrina y jurisprudencia en línea. Año: 2008. Mes: Diciembre. Disponible en Internet: <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=13,399,0,0,1,0>

2.1 LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

Los presupuestos antropológicos y sociológicos producto de la influencia positivista italiana originaron una corriente que terminó configurando una tendencia biopsicológica del individuo y su personalidad, generándose una fuerte disposición legislativa de carácter defensista para proteger la comunidad y la organización estatal.²³¹ En consecuencia, la mayor parte de la jurisprudencia latinoamericana como ya se mencionó, terminó adoptando el discurso de la "defensa social" y el "pronóstico". Esta criminología etiológica, biopsicológica o individual "(en que lo social se incluye "factorialmente" o como quiera llamarse, con los más curiosos manejos acerca de la "causalidad") no presenta su mayor inconveniente en ser "legitimadora", sino en que impide percibir las relaciones macrosociales y el análisis del sistema penal, que queda excluido de su "campo científico"²³², dando como resultado unos mecanismos legitimadores de la defensa: Las medidas de seguridad.

2.1.1 Sus antecedentes. Si bien para el S XVIII no pudo hablarse expresamente de medidas de seguridad, algunos tratamientos para esa época pueden ser asimilados a su concepción actual. En Ámsterdam, se crearon casas de corrección para las prostitutas y vagabundos, gente de "vida desmoralizada y licenciosa" de las cuales era necesario proteger a la sociedad. Ya, para finales del S XVIII el derecho Prusiano inició unas medidas en contra de mendigos, vagabundos, holgazanes y delincuentes, estas medidas debían detener las inclinaciones peligrosas en contra de la Comunidad.²³³

²³¹ LEAL MEDINA, Julio. La historia de las medidas de seguridad. Navarra: Thomson/Aranzardi, 2006.

²³² ZAFFARONI, Raúl Eugenio. Criminología. Aproximación desde... Op. Cit. p. 242

²³³ CUELLO CALON. Eugenio. La moderna penología. Represión del delito y tratamiento de los delincuentes. Penas y medidas. Su ejecución. Barcelona: Casa editorial Bosch, 1958. p. 83

La primera persona que acuñó el término medida de seguridad, fue Klein, él realizaba una distinción entre penas y medidas, empleando las medidas en relación a la peligrosidad. Las penas contenían un mal, las medidas no eran aflictivas para el sujeto delincuente. Unas y otras debían ser aplicadas por la autoridad judicial. Es así, que las medidas de seguridad aparecieron de forma sistemática en los códigos penales de la época. Para el año 1893 en Suiza, de la mano del profesor Stoos²³⁴ se introdujo el primer anteproyecto que incorporaba las medidas y las penas en una misma legislación. De igual manera, en el año de 1902 en Noruega se redactó el primer Código Penal en relación a este sistema impulsado por Getz. Se inició pues, el nacimiento en toda Europa de esta aplicación: 1908 en Reino Unido, 1909 en Alemania y Austria, 1930 en Italia y Dinamarca, etc.²³⁵

En estos códigos se sustituyó el concepto de penas por el de medidas de seguridad de carácter social. Medidas que van desde el internamiento psiquiátrico hasta el tipo de medidas de carácter correctivo²³⁶. “La aparición de las medidas de seguridad nace y prospera con la creciente desconfianza en la pena”²³⁷. Durante finales del S XIX los criminólogos positivistas, al manifestar la desconfianza de las penas para reprimir a los delincuentes, afirmaron que no solo era necesaria la defensa social con la pena, sino que era indispensable la creación de otro tipo de mecanismos preventivos que pertenecieran a la misma línea del sistema penal.

Con la evolución positivista, las medidas de seguridad surgieron con el rol de sanciones. La finalidad principal era –es- la de suplir la insuficiencia del Derecho penal clásico, esto, visto como el más grande avance hacia la teoría de la

²³⁴ Este autor proponía las medidas de seguridad para los delincuentes jóvenes, para las personas de vida disoluta, para los anormales mentales, para los criminales habituales, para los delincuentes alcoholizados. Establecía además una clasificación, que como más adelante se verá, fue retomada por la mayoría de las legislaciones modernas.

²³⁵ *Ibíd.* p. 85

²³⁶ LEAL MEDINA, Julio. La historia de las medidas de seguridad... Op. Cit. p. 272

²³⁷ CUELLO CALON. Eugenio. La moderna penología. Represión del delito... Op. Cit. p. 85

peligrosidad del delincuente y la adopción de nuevos medios destinados a luchar contra el estado de peligro²³⁸. Se trataba de destacar la incapacidad de la sociedad para defenderse frente a los sujetos peligrosos, realizando una función especial para un número determinado de delincuentes. “Surgen con el carácter de aditamento, de carácter accesorio de otro medio de lucha contra el delito de rango primordial, que es la pena”²³⁹.

El carácter complementario se destacaba gracias a la doctrina científica promovida por los congresos penales, desarrollados con mayor ahínco desde 1885, pero fue el Congreso Internacional de Bruselas en 1926²⁴⁰, el que en sus conclusiones sugirió la implementación en todos los países de las medidas de seguridad, presentándose con el objetivo fundamental de analizar al delincuente dentro de sus características anormales. Esta caracterización como ya se vio en el capítulo anterior, se puede estudiar desde diferentes campos: biológico, psicológico, social, antropológico, etc, esos factores son los que debían determinar la peligrosidad del sujeto delincuente en la sociedad.²⁴¹

El Estado era el que debía proteger a la sociedad a razón del contrato social, pero sí esa protección no podía cumplirse tan solo con la pena, que se limita a ser ejercida a todas aquellas personas que entienden lo que hacen dentro de la culpabilidad del injusto. Era la medida de seguridad la que debía ser aplicada con el propósito exclusivo de prevención social y reacción frente a la peligrosidad del agente, se trataba de prevenir la ocurrencia de uno o más hechos delictivos con

²³⁸ MILANESE. Pablo. La medida de seguridad y la "vuelta" a la inocuización en la sociedad de la inseguridad. En: Derecho Penal Online revista electrónica de doctrina y jurisprudencia en línea. Año: 2007. Mes: Noviembre. Disponible en: <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=13,191,0,0,1,0>

²³⁹ CUELLO CALON. Eugenio. La moderna penología. Represión del delito... Op. Cit. p. 87

²⁴⁰ “En el acuerdo votado en este congreso se manifestaba que la pena como sanción única del delito no basta para las exigencias prácticas de la defensa social contra los delincuentes más peligrosos por su anomalía mental o por sus tendencias o hábitos de delincuencia, así como respecto de los menores más o menos educables” *Ibíd.*

²⁴¹ MILANESE. Pablo. La medida de seguridad y la "vuelta" a la inocuización en la sociedad... Op. Cit.

base en la existencia de un estado peligroso. Ello porque, “el origen de las medidas de seguridad, estaba íntimamente relacionado con el problema de los enfermos mentales, o sea, con los supuestos de inimputabilidad debido a la presencia de alguna enfermedad mental, sujetos que la pena no podría alcanzar”²⁴².

Vistos de forma parcial, los conceptos de la Criminología Positiva permitieron legitimar movimientos de carácter nacional sindicalista, que terminaron dando paso a una arbitrariedad absoluta. Como dichos movimientos generaron un escozor a nivel mundial por las prácticas empleadas para la profilaxis criminal, el derecho penal se volcó de nuevo a los principios del derecho penal clásico teniendo ahora el ropaje de las medidas de seguridad de defensa social. Se continuó con “el rechazo o desprecio al ver una lógica de los comportamientos anómalos o extraños, y de absolver la sociedad de males que ella misma generaba, permitió habilitar legalmente acciones radicales en el análisis de la delincuencia o en los grupos sociales estimados como peligrosos”²⁴³. Los grupos más vulnerables de la sociedad se vieron de nuevo amenazados no con el cambio del discurso penal, sino realmente, con el continuo empleo de prácticas de exclusión que no distan nada las unas de las otras. El vulnerable, el peligroso era el propietario de las medidas de seguridad.

2.1.2 El triunfo del Dualismo. La doctrina definía tres tipos de sistemas: a) Sistema Monista, que proponía la aplicación de un sólo medio de sanción jurídica al culpable del delito, ya sea de la pena o las medidas de seguridad, pero no ambas; b) Sistema Dualista, también conocido como “doble vía”, que admitía la aplicación de las penas y medidas de seguridad; y, c) Sistema Vicarial, esta tercera posición llamada también “sustitutiva”, permitía la aplicación combinada de la pena y las medidas de seguridad, ya que inicialmente se podía sancionar con

²⁴² *Ibíd.*

²⁴³ LEAL MEDINA, Julio. La historia de las medidas de seguridad... Op. Cit. p. 272

una pena y en su ejecución se sustituía por una medida de seguridad o viceversa²⁴⁴.

De la preocupación por la defensa social y la prevención especial, surgieron diferentes corrientes que frente a la pena retributiva clásica, proponían una finalidad preventiva, buscando corregir a los criminales y a todos aquellos a los que debería intimidar para inocular o corregir. Los partidarios de las penas y las medidas dieron lugar a una lucha de escuelas que permitió instaurar el sistema dualista²⁴⁵. El sistema dualista se impuso sobre el monista. Fue aquí, en donde confluyeron los postulados sociales y antropológicos que entendieron al delincuente en el campo de la prevención especial y el derecho penal asegurador. En relación a lo que proponía la escuela clásica de racionalizar y codificar la ley a partir de su monismo o la exclusividad aparente de la Escuela positiva; en los códigos penales -que empezaron a surgir en principios del S XX en especial después de los años 30`s-, se dio una respuesta que combinaba estas dos posiciones. Gracias al profesor Stoos se configuró la organización dualista que formuló una serie de respuestas exigidas para cada caso en particular.

Los códigos penales establecieron la función represiva, los elementos de la culpabilidad y la retribución del delito. Mientras que las leyes especiales en materia penal, es decir las medidas de seguridad observaron la peligrosidad y el programa de tratamiento terapéutico. En estos códigos se resaltó el acto criminal delictivo; en la aplicación de las medidas de seguridad se miró lo peligroso y subjetivo de las personas delincuentes²⁴⁶. La medida de seguridad debía ser aplicada sólo cuando estuviera presente la llamada peligrosidad criminal o pos delictual, de lo contrario, se comprometerían los principios y las garantías básicas

²⁴⁴ CÁRDENAS. Ruiz, Marco. Aplicación de la medida de seguridad de internación conforme a la jurisprudencia vinculante de Perú. En: Derecho Penal Online revista electrónica de doctrina y jurisprudencia en línea. Año: 2008. Mes: Diciembre. Disponible en Internet: <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=13,399,0,0,1,0>

²⁴⁵ SOTOMAYOR. Juan, Oberto. Inimputabilidad y sistema penal... Op. Cit. p. 97

²⁴⁶ LEAL MEDINA, Julio. La historia de las medidas de seguridad... Op. Cit. p. 279

del Estado de Derecho, principalmente, de los principios de legalidad y de seguridad jurídica inherentes a este modelo de Estado. Una vez presentada la peligrosidad criminal como fundamento para la aplicación de la medida de seguridad, fue necesario adelantar todo un análisis teniendo como referente el pronóstico y diagnóstico de la peligrosidad²⁴⁷. Este estudio se realizó de acuerdo a los presupuestos positivistas. Fue aquí donde convivieron lo clásico y lo positivo en relación a la peligrosidad.

A mitad del S XX la sociedad en general no se encontraba preparada para reconocer los principios ideológicos y jurídicos que sustentaban la estructura de los derechos fundamentales. La aplicación de la medida y luego de la pena, establecía la vulneración al principio de legalidad produciendo una aparente contradicción entre penas y medidas; que planteaban la resocialización y reeducación de los delincuentes y violaban el principio de la dignidad humana²⁴⁸. Este sistema dualista, correspondía también, a un sistema dualista de los fundamentos de la reacción penal: por un lado, la pena se fundamentaba en la culpabilidad del autor, mientras que por el otro, las medidas de seguridad lo hacían por medio de la peligrosidad²⁴⁹.

Entre tanto, el sistema vicarial apareció como campo sustitutivo de una y otra: de la pena y la medida de seguridad. Este sistema propuso unos cambios semánticos que fueron introducidos en el mundo penitenciario, ya sea con una terminología intencionadamente clínica, -que ha mostrado la estrecha relación existente entre la ideología resocializadora en las prisiones-, o con una ideología psiquiátrica en los hospitales. Una y otra se apoyaron y complementaron como se aprecia en la evolución de las penas y medidas de seguridad. El sistema vicarial no fue sino el reconocimiento dogmático y práctico de la difusión de los límites entre culpabilidad

²⁴⁷ MILANESE. Pablo. La medida de seguridad y la "vuelta" a la inocuidad en la sociedad... Op. Cit.

²⁴⁸ LEAL MEDINA, Julio. La historia de las medidas de seguridad... Op. Cit. p. 273

²⁴⁹ SOTOMAYOR. Juan, Oberto. Inimputabilidad y sistema penal... Op. Cit. p. 97

y peligrosidad. En las cárceles, como en otras instancias de control social, esa convergencia se fundamentó en la ideología de la rehabilitación²⁵⁰.

2.1.3 Concepto y clases de medidas de seguridad. En sus inicios las medidas de seguridad eran vistas como acciones de carácter administrativo no sancionado, pero en su desarrollo a principios del siglo pasado, estas se relacionaban con la clasificación propuesta por la Escuela Positiva. Para Cuello Calon, las medidas de seguridad se podían entender como “medidas preventivas, privativas o limitativas de bienes jurídicos impuestos por los órganos estatales competentes, a determinados delincuentes”²⁵¹ Las mismas categorías de delincuentes fueron comprendidas por las medidas de seguridad, aplicadas a las legislaciones europeas de principios del siglo XX.

Dentro de las clases de medidas de seguridad se encontraban varios tipos. En primer lugar estaban *las medidas de educación, corrección y curación*, estas proponían la readaptación a la vida social de: menores y jóvenes delincuentes, delincuentes enfermos y anómalos, personas alcoholizadas, vagas y refractarias. Otro grupo de medidas eran las de *aseguramiento a delincuentes inadaptables*, el fin era la separación inmediata de la vida social a todos aquellos delincuentes locos y peligrosos. Por último se encontraban las *medidas pre delictuales*, que proponían la prevención de nuevos delitos; entre los mecanismos a aplicar se hallaban el destierro y la expulsión de delincuentes extranjeros²⁵².

Ahora vale aclarar la identificación o diferencias entre medidas y penas, para desarrollar el concepto de las medidas de seguridad. Ferri, sustentaba que la pena contenía una función represiva, mientras que la medida era meramente

²⁵⁰ MAPELLI CAFFARENA. Borja. Criminología crítica y ejecución penal. En: BUSTOS RAMÍREZ. Juan. Comp. Prevención y teoría de la pena. Santiago de Chile: Edit. Conosur Ltda., 1995. P 181

²⁵¹ CUELLO CALON. Eugenio. La moderna penología. Represión del delito... Op. Cit. p 88

²⁵² *Ibíd.*

preventiva, la primera correspondía a la responsabilidad moral, la segunda a la peligrosidad²⁵³. De otra parte, la pena imponía sufrimiento al culpable, entretanto, la medida era un control asegurativo del sujeto delincuyente, que iba acompañado de la privación de la libertad o la restricción de algunos derechos, pero cuyo fin no era producir sufrimiento al individuo que delinquía. Por último, la pena se determinaba conforme a la importancia del bien jurídico lesionado, la culpabilidad del autor y la duración que el legislador establecía. Al contrario, las medidas de seguridad podían ser indefinidas debido a que se basaban en la resocialización²⁵⁴, enmienda o inocuización del delincuyente, que se tornaba en la mayoría de los casos en un tiempo indefinido de privación de la libertad²⁵⁵. Estas diferencias, no eran más que la confirmación de un marcado dualismo que terminó por recogerse en casi todas las legislaciones penales.

Así, debemos no precisar, pero sí identificarnos con algún concepto de medidas de seguridad, teniendo presente la mixtura de escuelas y las diversas posiciones que se tejieron a su alrededor. De esta manera, “son las medidas complementarias o sustitutivas de las penas, que, con fines preventivos, puede imponer el juez a personas inimputables que hayan exteriorizado su peligrosidad criminal o de los que puede temerse que vuelvan a delinquir”²⁵⁶. Fue la imposición que representó una firme restricción de derechos de igual contenido que una condena, por tal similitud y equivalencia no se podían imponer y decretar sino por medio de la existencia de un hecho delictivo que atentara contra la sociedad.

²⁵³ FERRI. Enrico. Sociología... Op. Cit. p 20

²⁵⁴ Una de las principales características de las medidas de seguridad es su carácter indefinido por la finalidad de readaptación social que se propone, readaptación que debería durar hasta que se logrará. Esa idea de las medidas de seguridad de carácter indeterminado surge en el Congreso Penitenciario realizado en el año de 1910 en Washington, en donde se adopta la indeterminación en el tratamiento de los individuos moral y mentalmente peligrosos. CUELLO CALON. Eugenio. La moderna penología. Represión del delito... Op. Cit., p. 90

²⁵⁵ SOTOMAYOR. Juan, Oberto. Inimputabilidad y sistema penal... Op. Cit., p. 97

²⁵⁶ CÁRDENAS. Ruiz, Marco. Aplicación de la medida de seguridad de internación conforme a la jurisprudencia...Op., Cit.,

2.1.4 El fin terapéutico. A principios del S XX a las medidas de seguridad se les instauró el carácter terapéutico y resocializador propio de la sociedad. Esa inclinación terapéutica marcó la distinción con las medidas penales. “El avance de la investigación y las formulaciones médicas, científicas y psiquiátricas (...) permitieron la transformación del internamiento de los locos y trastocados, en lugares idóneos para un tratamiento especial”²⁵⁷ de carácter asistencial. En los códigos penales de dicha época, fue indiscutible la influencia de la psiquiatría en relación a la concepción biológica, que terminó explicando al delincuente, la locura y la imbecilidad.

La Psiquiatría empezó a tomar importancia gracias a los postulados biológico criminales propios de la corriente positivista. Estas concepciones psiquiátricas invadieron la estructura lógico formal del crimen y el delito. “Con las aplicaciones terapéuticas se justificaron no solo el objeto de su ciencia sino que se conjugaron con los fines altruistas y filantrópicos de la ciencia penal positiva”²⁵⁸. Se empezaron a destacar los aspectos psiquiátricos y peligrosos de la enfermedad mental, mucho más que lo jurídico. Para Leal Medina esta relación solo estuvo presente hasta mediados de los años 30`s del S XX, cuando en las legislaciones penales se adoptaron los elementos de culpabilidad e inimputabilidad, es decir, gracias a esa formulación mixta de la irresponsabilidad del inimputable, se produjo una superación del discurso biológico frente al discurso penal.

Aunque no se puede afirmar como lo mencionaba Leal, que el discurso psiquiátrico ha sido superado por la legislación penal moderna, sí podemos establecer un campo en el que no desaparece esta prevalencia de lo psiquiátrico sobre lo penal: la enfermedad mental. Fue aquí donde empezó a darse la relación entre medicina y derecho. “Las repercusiones psiquiátricas son excepcionalmente importantes en la jurisdicción criminal preventiva, sobre todo cuando se trata de

²⁵⁷ LEAL MEDINA, Julio. La historia de las medidas de seguridad... Op. Cit., p. 275

²⁵⁸ *Ibíd.* p. 276

imponer consecuencias jurídicas, como las medidas de seguridad, que permanecen tanto en los presupuestos como en los objetivos del campo penal y la culpabilidad”²⁵⁹.

De esta manera en el estudio y explicación de la personalidad criminal, la psicología y la psiquiatría, hermanas de la medicina se basaron en el estatismo biológico para seguir legitimando un discurso segregador y racista²⁶⁰. Esto solo puede mostrar el inicio del fin terapéutico de la medida de seguridad, por eso es indispensable analizar esta posición psiquiátrica teniendo en cuenta los planteamientos deconstruccionistas, como los que hicieron Foucault, en relación a la simbiosis derecho penal – psiquiatría.

2.2 ¿PSIQUIATRÍA VS. DERECHO PENAL?

Para el S XIX la Psiquiatría se convirtió en algo fundamental, no sólo porque aplicase una nueva racionalidad médica a los desórdenes de la mente, sino también porque fue concebida como un control de higiene pública. Fue aquí, donde la sociedad dejó de ser un ente abstracto de análisis jurídico, para convertirse en una realidad biológica de estudios objetivos mediante la medicina²⁶¹. Durante el S XVIII, el derecho penal se planteaba el análisis de casos de locura, demencia o peligrosismo, tan solo en los que el código civil o el derecho canónico lo hacían, es decir sencillamente cuando aparecían las formas de demencia o imbecilidad.

Para Foucault la psiquiatrización del derecho, es decir de la delincuencia, se ha hecho hacia arriba rompiendo la tendencia que se había tenido en Europa referente a la legislación y la jurisprudencia. En esas jurisprudencias, se recurría con facilidad a la locura en casos de delitos menores, y con la posterior

²⁵⁹ *Ibíd.* p. 314

²⁶⁰ MIRALLES. Teresa. Segunda Parte. Planteamientos criminológicos... Op. Cit. p. 69

²⁶¹ FOUCAULT. Michel. La vida de los hombres infames. Madrid: La piqueta, 1990. p. 240

psiquiatrización del derecho penal, se empezaron a atender los grandes delitos, los que causaban mayor asombro en la comunidad mediante la Psiquiatría. “El individuo en el que la locura y la criminalidad se planteaban no era el hombre pequeño, el minúsculo, era el gran monstruo que permitió indagar una patología a nivel social”²⁶². En el momento en que se fundó la nueva Psiquiatría y se aplicaron más o menos en toda Europa y parte de América los principios de la reforma penal en relación al asesinato contra natura, la fealdad, o la peligrosidad, fueron presentadas la locura criminal o el crimen patológico, como una alienación que se daba de repente o bajo ciertas condiciones de predisposición biológica o psicológica.

Fue así que detectando los crímenes que tenían como razón, como autor y como responsable jurídico algo que en el sujeto estaba fuera de su responsabilidad, características que se ocultaban en él y que no se podían controlar, se le acusó fácilmente a la persona, de delincuente. “Lo que la psiquiatría del S XIX inventó fue esa identidad absolutamente ficticia de un crimen locura, de un crimen que es todo él locura, de una locura que no es otra cosa que crimen”²⁶³. Como consecuencia, el tema del hombre peligroso se encontraba no sólo inscrito en el campo psiquiátrico sino también en el campo jurídico penal.

Esta psiquiatría lo que buscaba era encontrar una serie de estigmas patológicos que marcarían a los individuos peligrosos, degenerados, locos. Y fue, la cuestión del hombre peligroso, la que produjo el nacimiento, por una parte, de la antropología del hombre criminal y por otro, la teoría de la defensa social, cambiando la vieja noción de responsabilidad penal. Esta ya no estaba ligada a la forma de consciencia, de libre albedrío, sino a la inteligibilidad del acto en relación con la conducta, el carácter y los antecedentes del individuo.

²⁶² *Ibíd.* P 237

²⁶³ *Ibíd.*, p. 239

Un papel determinante dentro de todo este proceso de psiquiatrización, fue el de los médicos. Ellos fueron los especialistas que entraron a valorar la razón del sujeto, la misma racionalidad del acto, el conjunto de relaciones con los intereses, los cálculos y el carácter habitual del individuo. La intervención de la psiquiatría pues, se hizo en relación a la inmadurez psicológica, a la personalidad poco estructurada del delincuente, a la mala apreciación que este hiciese de la realidad. Todas esas características fueron consignadas en las pericias psiquiátricas de la época, permitiendo al discurso psiquiátrico “repetir tautológicamente la inscripción del individuo peligroso en una conducta de rasgo individual, (...) de esta manera, se pasará del acto a la conducta” del delincuente peligroso.²⁶⁴

Ellos mostraron que el responsable difícilmente sería objeto de punición, debido a que la justicia aceptó salirse de él considerándolo un loco y confinándolo al encierro psiquiátrico²⁶⁵. En el encierro se le examinaba, se analizaba la persona, se le averiguaba de su vida. El sujeto entonces bajo ese marco de irregularidades y deficiencias resultó ser el responsable de todo y de nada. “Ya no era un sujeto jurídico sino un objeto de readaptación, reinserción y corrección”²⁶⁶

Esa introducción de lo biográfico, fue de suma importancia en la historia de la penalidad, puesto que hizo existir la penalidad antes que el crimen mismo, partiendo de una causalidad psicológica que confundió los efectos y duplicó la noción jurídica de la responsabilidad²⁶⁷. Esa intervención médica en la institución penal, no fue la consecuencia o el simple desarrollo de una teoría tradicional de la irresponsabilidad de dementes y furiosos. Fue una intervención que se terminó ajustando al funcionamiento de la medicina y a la punición legal como mecanismo de transformación individual.²⁶⁸

²⁶⁴ FOUCAULT. Michel. Los anormales... Op. Cit. p. 29

²⁶⁵ FOUCAULT. Michel. La vida de los hombres infames... Op Cit. p. 274

²⁶⁶ FOUCAULT. Michel. Los anormales... Op. Cit. p. 34

²⁶⁷ FOUCAULT. Michel. La verdad y las formas jurídicas. Estrategias de poder. Barcelona: Paídos, 1994. p. 256

²⁶⁸ FOUCAULT. Michel. La vida de los hombres infames... Op Cit. p. 256

El cambio del individuo se debía realizar por medio de la sanción normalizadora, es decir, mediante un principio de coerción social que organizara la sociedad. Lo normal, se estableció con la ayuda de una enseñanza educativa estandarizada mediante la aplicación de unas escuelas normales, que gracias al esfuerzo de los médicos y los hospitales, los centros educativos fueron los duplicadores encargados de unas normas generales de salubridad. Esta normalización lo que buscó fue la homogenización, clasificación y jerarquización de todas las personas que integraban el cuerpo social, permitiendo de manera muy fácil la imposición de determinadas sanciones por medio del poder legislativo. “Se comprende que el poder de la norma en el interior del sistema de igualdad formal funcione, ya que dentro de una homogeneidad que es la regla, se introducen unos imperativos útiles resultado de unas medidas, que tienen como resultado el desvanecimiento de las diferencias individuales”²⁶⁹

Fue esta relación, la del derecho penal y la psiquiatría, la que estableció una teoría de la degeneración. Se dio una justificación real de carácter social y moral que permitió la aplicación de una cantidad de técnicas de identificación, clasificación e intervención sobre los individuos a corregir, los anormales²⁷⁰. Esta simbiosis fue un producto necesario de instrumentalización de la defensa de la sociedad en contra de los delincuentes peligrosos. Se creó una zoología de las subespecies, una sociedad paralela de malhechores, que correspondía a unos criminales de una tipología natural y desviada²⁷¹. El crimen fue el lugar donde terminaron concurriendo la demostración médica por medio de la locura, como término preciso de la peligrosidad y la institución judicial, como determinante de la punición

²⁶⁹ FOUCAULT. Michel. Vigilar y Castigar... Op. Cit. p. 189

²⁷⁰ Cabe aclarar que esta conceptualización de la anormalidad es muy extensa dentro del trabajo de Foucault. Este autor trabajó el carácter del anormal teniendo en cuenta las divisiones durante el siglo XVIII en relación al monstruo (monstruo humano, el individuo a corregir y el onanista o masturbador, con la adopción de todo un nuevo sistema legislativo a principios del S XIX, entró a cambiar por esa nueva economía de poder. Ya no será el monstruo, será el anormal, el que se tendrá que corregir por el Estado.

²⁷¹ FOUCAULT. Michel. La verdad y las formas jurídicas... Op. Cit. p. 257

de un delito²⁷². La psiquiatría fue entonces la que castigó no solo el delito mismo o la explicación del crimen, sino la realidad del hecho imbuido del aparato judicial.

Los manicomios a finales del S XIX tomaron más fuerza, debido a que fue en estos lugares donde los psiquiatras y médicos internaron a todos los delincuentes peligrosos de la sociedad. Allí, se le otorgó a la psiquiatría una cantidad de fenómenos que eran producidos por la ciencia médica para mantener el carácter científico y explicativo que le diseñó el derecho penal. “La función del manicomio se estableció por un lado como productor de verdad y por otro como medio de comprobación y conocimiento de los fenómenos”²⁷³. Fue pues el médico, el encargado de construir la realidad de una enfermedad mental para los delincuentes locos, cuya principal característica era la de reproducir una cantidad de fenómenos inaccesibles al conocimiento.

“El bajo oficio de castigar, se convierte en el hermoso oficio de curar”²⁷⁴. El análisis del estado de demencia de los individuos, fue en donde la sanción penal entró a establecer la readaptación y curación del enfermo. Para Foucault era una práctica que debía sustituir la responsabilidad por la de normalización. Al sujeto criminal que delinquía y entendía lo que hacía, se le conectaba mediante la ley lo que hizo y la sanción que iba a recibir. Mientras que aquella persona que no era capaz de entender lo que hacía, el poder punitivo no le podía juzgar. “Al jugar con la ley que define la aplicabilidad del derecho de castigar y las modalidades del ejercicio punitivo del poder, el sistema penal está atrapado en el bloqueo de ello: ya no puede juzgar, en consecuencia, está obligado a detenerse y preguntar a la psiquiatría”²⁷⁵. De esta forma el derecho penal recurrió a la psiquiatría para hacer un análisis más profundo, un análisis médico psiquiátrico en relación al crimen mismo y a la persona.

²⁷² FOUCAULT. Michel. La vida de los hombres infames... Op Cit. p. 248

²⁷³ Ibid. p. 73

²⁷⁴ FOUCAULT. Michel. Los anormales... Op. Cit. p. 37

²⁷⁵ Ibid. p. 114

2.2.1 ¿Ideología Terapéutica? Con todo ese discurso relacional del derecho penal, la criminología y la psiquiatría durante el S XIX y principios del S XX, se empezó a crear, toda una aversión social por los crímenes que se cometieron amparados en una ideología de corte racista y biológico. La criminología debía asumir una posición frente a esto, ya que si las causas del delito habían dejado de ser raciales, se debía volcar a las causas mentales del individuo. Un delincuente era entendido por las fallas en su personalidad y especialmente porque era un psicópata, es decir que delincuente y psicópata se volvieron sinónimos en las legislaciones penales²⁷⁶.

La declarada simbiosis de los delincuentes psicópatas, se ve materializada a partir de los años 30's, en donde con la promulgación de las medidas de seguridad dentro de un sistema dualista, se empezó a entender la inimputabilidad. Esa nueva concepción creó características inherentes a la psiquiatría y a algunos conceptos emanados por la criminología. En primer lugar recurrió a la noción de peligrosidad para acudir a la intervención represiva del Estado, como segundo elemento se declaró la irresponsabilidad del inimputable, como última consecuencia de las medidas de seguridad de carácter terapéutico. Si bien, no se puede hablar de una total permeabilidad de los postulados positivistas, sí, de algunos conceptos que terminaron siendo introducidos de la mano del carácter dualista entre penas y medidas de seguridad. Fue así, que en relación a los inimputables se empezaron a trabajar con los postulados de las medidas de seguridad y la peligrosidad.

Esto permitió la realización de toda una anamnesis de la vida del individuo en su futuro²⁷⁷. Comenzó analizarse detenidamente la personalidad individual con el

²⁷⁶ DEL OLMO. Rosa. Criminología... Op. Cit., p. 144

²⁷⁷ "El poder penal le solicita a los expertos que mediante la realización de un estudio completo y profundo de la personalidad del sujeto, dictaminen si existe: 1. Alguna alteración, perturbación, desviación en la esfera de la libido con el fin de corroborar de tal forma, 2. Si su aspecto

empleo de métodos psicológicos, tests, entrevistas personales, etc. Considerando dentro del estudio practicado, datos como el género de la vida de la persona, su constitución psíquica, el ambiente en que vivía, etc. Sin embargo, al establecer el nivel de peligrosidad conforme esos parámetros resultó ser lenta y dispendiosa, adoptándose a la par, algunas clasificaciones basadas en datos objetivos y con previa determinación legal, como el número de delitos cometidos, naturaleza y gravedad de los mismos²⁷⁸.

“La teoría de la defensa social había sido redefinida dentro del ámbito de la inimputabilidad a partir de una ideología terapéutica”²⁷⁹. Esa responsabilidad del inimputable se encontraría con el carácter sancionatorio y la ideología terapéutica, que terminarían ocultando la realidad de este tipo de tratamiento. Fue una eficacia que produjo sujetos imputables e inimputables, en donde se extrajeron personas catalogadas como inimputables, no del mismo derecho penal sino de un derecho de culpabilidad. Esas consecuencias del carácter de inimputabilidad y de la aplicación de una ideología terapéutica, constituyeron la creación de un sistema penal paralelo, en donde era posible el control del individuo sin ningún tipo de limitación jurídica. Fue en el sistema paralelo el lugar al que se pusieron los inimputables como fruto de una segregación de carácter jurídico que desconoció todo tipo de garantías individuales²⁸⁰.

psicológico deviene compatible a la de una persona abusadora, 3. Si presenta perfil compatible con los hechos que se ventilan en la presente causa, 4. Si presenta trastornos en la esfera psicosexual. 5. Determinar las características de su personalidad y en especial si existen elementos que lo hagan proclive a conductas como la denunciada u otras formas de violencia. Asimismo, y colocándose mayor énfasis en su esfera psicosexual... si se observa una identidad con características disociadas o vivencias de una sexualidad agresiva, si su identidad sexual se presenta como perturbada y en su caso, los motivos” MERCURIO. Ezequiel. De la pericia psicológica al derecho penal de autor. Los discursos del poder. En: Derecho Penal Online revista electrónica de doctrina y jurisprudencia en línea. Año: 2007. Mes: Mayo. Disponible en Internet: <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=14,400,0,0,1,0>

²⁷⁸ MILANESE. Pablo. La medida de seguridad y la "vuelta" a la inocuización en la sociedad... Op. Cit.

²⁷⁹ SOTOMAYOR. Juan, Oberto. Inimputabilidad y sistema penal... Op. Cit. p. 110

²⁸⁰ *Ibíd.* p. 111-112

2.2.2 ¿Superación del discurso biológico? Algunos penalistas trataron de cambiar el giro biológico de sus legislaciones al percatarse de la inhumanización que este discurso había causado. Fue así como el derecho intentó llegar a todos los espacios del ser humano cambiando la concepción biológica por un control de legalidad y respeto de los individuos. “Fue una tendencia que apuntaba a unas nuevas perspectivas jurídicas, en donde la última palabra debía estar en manos de los jueces y los tribunales y no en criterios medico científicos”²⁸¹

Era en esta posición en donde lo jurídico comenzó a rebelarse en contra de lo psiquiátrico. Mediante el principio de racionalidad o íntima convicción, los jueces tenían el poder de determinar las consecuencias para una persona declarada inimputable. La psiquiatría con esta posición, ya no era la encargada de decidir el camino de los enfermos mentales, sino era el derecho penal el encargado de establecer su suerte. Fueron pues, las leyes penales las que establecieron en el campo de la inimputabilidad, el modelo forense del internamiento para estas personas.

Lo jurídico vino a alcanzar su mayor expresión en relación a la norma debido a que el sujeto en el momento del hecho, no entendía ni comprendía la ilicitud de su acción. “Lo decisivo ya no va a ser exclusivamente el factor biológico del trastorno, su descripción para declarar la irresponsabilidad del perturbado, es decir, que ya no basta con anunciar la demencia y descubrir sus síntomas, sino que el sujeto al momento de la comisión del acto delictivo no puede entender ni comprender que la acción realizada es ilícita y lleva aparejada un castigo”²⁸². De esta forma el derecho penal trató de tomar ventaja a la psiquiatría dando una protección al individuo enfermo como sujeto de derechos. Pero, este discurso aunque terminó siendo acogido por la mayoría de las legislaciones penales a mitad del S XX,

²⁸¹ LEAL MEDINA, Julio. La historia de las medidas de seguridad... Op. Cit. p. 322

²⁸² *Ibíd.* p. 324

presentó en su aplicación unos elementos que a nuestro juicio, dieron unos tratos excluyentes a los inimputables

2.3 LA IMPUTABILIDAD E INIMPUTABILIDAD

Ya se ha dicho hasta aquí, de la configuración del discurso criminológico frente a las medidas de seguridad, ahora, lo que se tratará de exponer es, frente a quienes jurídicamente recaen estas sanciones de carácter terapéutico y resocializador. El concepto de imputabilidad se puede mover entre dos posiciones: la de la Escuela Clásica y la Escuela Positiva. Aunque en el primer capítulo se abordó esta concepción, lo que se pretende en este apartado es analizar su concepto y alcance jurídico.

La imputabilidad se encuentra sumergida en una serie de datos poco fáciles de explicar, “en ciertas ocasiones poco firmes, por cuanto dependen no solo de conceptos sobre la conducta patológicamente condicionada, sino que las preguntas que el mismo penalista formula a la psiquiatría están en los límites de esta”²⁸³ dando como resultado que el interprete de la ley no pueda entender lo que analiza realmente. Antes de entender que es la inimputabilidad, debe tenerse clara la posición manejada por las escuelas sobre la imputabilidad.

En este contexto, para algunos autores partir de una delimitación del concepto de imputabilidad sugiere reconocer que la capacidad psíquica para imponer a alguien un delito, es la capacidad que este tiene de comprender la naturaleza del hecho realizado, es decir, del injusto cometido como carácter antijurídico. La imputabilidad debe trabajarse en dos niveles, el primero debe ser la capacidad de comprender la antijuridicidad, el segundo el carácter de adecuar la conducta a la comprensión del hecho. Teniendo en cuenta lo anterior, pueden manejarse dos teorías en relación a la imputabilidad, la primera es la teoría psicológica en donde

²⁸³ ZAFFARONI. Raúl Eugenio. Manual de Derecho Penal... Op. Cit. p. 119

la “imputabilidad es un presupuesto de la culpabilidad, debido a que sin ella no puede tener relevancia penal la relación psíquica entre la conducta y el resultado”²⁸⁴. De otra parte se habla de la teoría compleja de la culpabilidad es aquí en donde se “considera la imputabilidad como capacidad y elemento de la culpabilidad, sin culpabilidad no hay imputabilidad”²⁸⁵

La incapacidad, de comprender la antijuridicidad de la conducta, tiene como base necesaria la perturbación de la conciencia²⁸⁶ del individuo. En la mayoría de estos casos no existe voluntad, pues la inconsciencia de la persona lleva a realizar una conducta que no entiende. Ya, en los casos en que la conciencia funciona pero de forma intermitente, se da lugar a otro tipo de incapacidades del individuo frente al delito. Grosso modo se podría definir de esta manera las nociones de imputabilidad e inimputabilidad. Importa ahora determinar de forma un poco más detallada lo que se entendió por estos conceptos en cada una de las escuelas que se han analizado a lo largo de esta investigación. Pasaremos no a entrar en discusiones relacionadas con la responsabilidad de los inimputables, sino a revisar virtudes y falencias en cada escuela para ir rastreando cuáles conceptos o fundamentos fueron aplicados en el Código Penal de 1980.

2.3.1 El planteamiento Clásico. La responsabilidad e imputabilidad. Desde autores como Beccaria, Carrara, y Welzel, esta escuela estableció innumerables discusiones sobre la imputabilidad. Podemos acercarnos a un planteamiento más o menos general, los clásicos dividían las personas dentro del derecho penal en dos órdenes: los individuos racionales y los que no lo eran, esta división fue realizada en razón al principio del libre albedrío en que se entendía toda la sociedad.

²⁸⁴ *Ibíd.* p. 367

²⁸⁵ *Ibíd.*

²⁸⁶ “La conciencia no pasa de ser un concepto práctico en el sentido psiquiátrico de la expresión, indefinible en forma general pero eficaz en la labor diagnóstica” *Ibíd.* p. 569

Un individuo era culpable por haber cometido un hecho ilícito, en donde pudo haber obrado de otra manera, obrado conforme a derecho. “La imputabilidad aparece como la capacidad de culpabilidad”²⁸⁷. Al hombre libre se le castigaba por las infracciones de las normas que libremente cometía; en tanto el hombre que no lo era, era sujeto de otro tipo de esquemas para terminar dirigiendo su conducta irracional. Aquí se hablaba de una responsabilidad moral encausando al delito como un concepto jurídico, basado en una responsabilidad que confronta y contesta el delito realizado en la libertad humana²⁸⁸.

Para el juez el juicio de responsabilidad partía de la imputación legal, física y moral que se le hacía a la persona que ha cometido el delito. Carrara mencionaba tres clases, en primer lugar se refería a la imputación física predicada de la relación de causalidad entre el comportamiento y el resultado. En segundo lugar establecía una imputación legal, para este, el hecho realizado era considerado delito por la ley; por último encontramos, una imputación moral, en donde el hombre obra con una voluntad inteligente y libre²⁸⁹. La responsabilidad para los clásicos se fundaba en el aspecto subjetivo de la responsabilidad del hecho cometido, es decir, atendiendo a una teoría de la culpabilidad como criterio material.

El daño o lesión de un bien jurídico era indispensable para que pudiera existir responsabilidad penal, pero no solo con el daño era posible, también el elemento subjetivo conformaba la culpabilidad del individuo. “La Escuela Clásica es subjetivista en el fondo de la responsabilidad, pues hace del elemento subjetivo un elemento necesario; es objetivista en relación a las exigencias de la antijuridicidad, debido a que no se satisface con la sola intención de delinquir sino también con el ánimo de desobedecer al derecho”²⁹⁰

²⁸⁷ *Ibíd.*

²⁸⁸ SOTOMAYOR. Juan, Oberto. *Inimputabilidad y sistema penal...* Op. Cit. p. 37

²⁸⁹ Citado por: AGUDELO BETANCUR. Nódier. *La estructura del delito en el Nuevo Código Penal. Introducción al sistema clásico y al sistema positivista.* Medellín: Edit. Nuevo Foro, S.F. p. 22

²⁹⁰ AGUDELO BETANCUR. Nódier. *Inimputabilidad y responsabilidad penal.* Bogotá: Temis, 1984. p. 20

Para Carrara existía un proceso de imputación gradual que iba desde comprobar la acción en la ley, hasta la configuración del sujeto como causa física, esto por un lado, por otro, debía existir una indagación moral que revisara el campo de la comprobación psíquica y el campo de la libertad del sujeto que ha delinquido.²⁹¹ Este hombre era determinado en sus acciones y había elegido obrar con su inteligencia en contra del derecho, por eso esa libertad de elección debió ser restringida mediante la pena, por atentar en contra de la sociedad²⁹².

El hombre era capaz de autodeterminarse, de motivarse conforme a la norma constituyendo la imputabilidad como un juicio fundamental de la existencia del ser humano. Se señalaba la capacidad vital o de existencia que tenía el hombre de actuar y comprender en el momento de realizar determinados actos delictivos, en contra del orden establecido. Se excluía “a todos los hombres que aún no son o bien que no son capaces de la misma autodeterminación, estos son los que por su juventud, sordomudez o por su anormalidad mental no son capaces de culpabilidad”²⁹³.

La distinción entonces entre imputables e inimputables se hacía en relación a la libertad del individuo, a la capacidad de racionalidad que tuviera para comprender lo que se hacía. La culpabilidad jugaba un papel importante, no solo en el campo

²⁹¹ *Ibíd.* p. 14

²⁹² “La llamada escuela clásica del derecho penal consideró la pena como un absoluto, como un mal que debe eliminar otro mal, representado por el delito - es el caso de Kant, Hegel, Carrara-, O como una cuestión de racionalidad dentro de la organización social, esto es desde los fines de la sociedad - es el caso de Schopenhauer, de Feuerbach. Para esta escuela todos los hombres son iguales, libres y racionales. Por ello la pena para unos, los retribucionistas, tiene un fin en sí, en el propio hombre, su fundamento está en el abuso de esas facultades por el hombre (fin y fundamento se confunden) y su medida estará en las dimensiones del abuso. Para los otros, en cambio, para los partidarios de la prevención general, el hombre se convierte en un medio, en tanto en cuanto a través de la pena se logra obtener la racionalidad de la organización social sobre la base de que la pena despierte (coacción psicológica) en el individuo su racionalidad utilitaria, esto es, su facultad para ponderar los beneficios del delito en relación con las desventajas de la pena”.

BERGALLI. Roberto. *Perspectiva sociológica: sus orígenes*. En: *El pensamiento...* Ob. Cit. p. 30

²⁹³ SOTOMAYOR. Juan, Oberto. *Inimputabilidad y sistema penal...* Op. Cit. p. 42

cognoscitivo sino también en la determinación de su propia voluntad. Imputables e inimputables eran juzgados por el derecho penal de acuerdo a la capacidad de comprender lo que hacían, el daño causado y su culpabilidad.

2.3.2 La Escuela Positivista: los sujetos peligrosos. No existía distinción entre imputables e inimputables si todos atentaban de forma igual a la sociedad. El criterio de definición dejó de ser la culpabilidad para ser transformado por el de peligrosidad, entre mayor peligrosidad, mayor era el riesgo que corría el orden social. Se habló de hombres peligrosos y no peligrosos, de normales y anormales²⁹⁴, de la sustitución de las penas por las de medidas de seguridad de carácter pre delictual y post delictual, de la aplicación de un sistema monista en donde las únicas sancionadoras de los individuos serían las medidas de seguridad.

Desde la concepción Ferreriana no había delincuente que no fuera anormal. Ya fuera un anormal por condiciones congénitas adquiridas permanentes o transitorias, o por una anormalidad morfológica o biosíquica por enfermedad, pero siempre anormal con una o varias de estas características. “Si el hombre normal es el hombre adaptado a la vida social, quien en dicha sociedad reaccione frente a los estímulos externos con una acción delictiva no puede ser más que un anormal”²⁹⁵.

Era el planteamiento de una defensa social, en donde el derecho penal se organizó de forma jurídica en contra de los delincuentes peligrosos. “Se rompe la barrera del pensamiento clásico que se había construido mal que bien con la garantía del individuo, abriéndose paso a una intervención científica del Estado

²⁹⁴ “El concepto de anormalidad es relativo y depende no tanto de consideraciones estadísticas como de lo que en cada momento histórico cultural se considera como normal: no se trata de un concepto naturalístico, sino normativo o cultural. Cada código penal viene, por otra parte a reflejar una determinada concepción acerca de dicha normalidad” *Ibíd.* 70

²⁹⁵ FERRI. Enrico. Sociología... Op. Cit. p. 193

sobre la minoría criminal, con el fin de someterla a los intereses sociales”²⁹⁶. El desarrollo de la defensa activa de la sociedad no tendría en cuenta las garantías del derecho penal, sino la aplicación a toda costa de unas medidas que permitirán por un lado resocializar el individuo y por otro la salvaguardar de la sociedad.

El delito era una consecuencia natural de unas disposiciones peligrosas de los criminales que nacían o adquirirían determinadas características. Ya no se miraba la culpabilidad del autor frente al hecho criminoso sino la razón o razones de la sociedad de reaccionar legítimamente a quien le hacía daño. Por tanto, la responsabilidad penal debería buscarse en el actuar del sujeto como persona anormal. El delito era el signo o síntoma de una inferioridad moral, biológica o psicológica, un estado del autor. “El sustancialismo penal analiza el delito como una desviación inmoral en la que la delincuente es visto como un sujeto antisocial y malvado en cual se manifiesta dicho síntoma”²⁹⁷

La libertad del hombre fue negada como elemento de autodeterminación, se debía buscar ya no en el campo abstracto, sino en las características personales y sociales en que se vivía para encontrar los hombres peligrosos y objeto de punición. “Si el delincuente habida cuenta de su anormalidad, es un ser peligroso para la sociedad, será la peligrosidad del sujeto y no únicamente el hecho cometido en base a la aplicación de la ley penal; de ahí entonces, la inutilidad del concepto de imputabilidad pues tan peligroso puede ser el delito como el delincuente”²⁹⁸ De cualquier manera era la necesidad interventora del Estado como derecho y deber de sancionar a los peligrosos²⁹⁹. Imputables e inimputables

²⁹⁶ SOTOMAYOR. Juan, Oberto. Inimputabilidad y sistema penal... Op. Cit. p. 46

²⁹⁷ MERCURIO. Ezequiel. De la pericia psicológica al derecho penal de autor. Op. Cit.

²⁹⁸ SOTOMAYOR. Juan, Oberto. Inimputabilidad y sistema penal... Op. Cit. p. 50

²⁹⁹ “Sea cualquiera el modo por el cual el hombre llega a ser delincuente, con voluntad o inteligencia aparentemente normales, porque poco anormales, o con voluntad o inteligencia anormal o enferma, o aún no en estado de completo desarrollo, siempre incumbe al Estado la necesidad de la defensa represiva, subordinada solo en lo que respecta a la forma y medida de sus sanciones a la personalidad de cada delincuente, más o menos re-adaptable a la vida social”
Ibíd.

eran juzgados por el mismo derecho penal de autor basado en la anormalidad de las personas, un derecho defensista que buscaba mantener en orden a la sociedad.

2.3.3 La imbricación. Las dos escuelas en relación a la inimputabilidad. La Criminología Positivista estaba sumida en el desconcierto: el delito se explicaba en razón de causas biológicas, luego psicológicas, finalmente causas sociales. Pero esta ya no era capaz de explicar por qué precisamente en la década de los sesenta, cuando existió un periodo de buenaventura económica y se intensificó la intervención social, el resultado fue un incremento de los índices de delito. Se desarrolló una teoría desde la concepción del etiquetamiento (Labelling Approach) que produjo lo que se denominó un cambio de paradigma. “El estudio del delito debía concentrarse no en la acción sino en la reacción social. El problema no era el sujeto (que actuaba) sino los agentes sociales (que controlaban)”³⁰⁰.

Era necesario cambiar los patrones naturales del delito, los postulados deterministas, en donde el delincuente era un ser fundamentalmente distinto del resto de los ciudadanos convencionales, ya estuviesen estas diferencias basadas en herencias genéticas, en distintas personalidades o en distintos contextos sociales, la Criminología Positiva debía acabarse. Para eso no solo el cambio del paradigma del labelling approach fue determinante, sino también la mirada de nuevo a la Escuela Clásica. La Criminología Positiva tenía que pasar a la historia gracias a los nuevos pensamientos y la mirada de las garantías individuales.

En lo referente a la responsabilidad se pretendió la aplicación de varios puntos de vista. Se trató de organizar varias concepciones dispares del derecho, conceptos como los de peligrosidad y culpabilidad quisieron ser aplicados. Era la confirmación de un sistema dualista con posiciones antagónicas que pretendieron

³⁰⁰ LARRAURI, Elena. La herencia de la criminología crítica. Madrid: Siglo XXI, Tercera edición, 2000. p. 1

establecer una salvaguarda a las garantías individuales. Aquí, “el principio de responsabilidad por el hecho se extiende a todo el derecho penal, concebido en sentido amplio, incluyendo el derecho penal del menor y el régimen de medidas de seguridad para los adultos. Estos últimos son, de hecho, los sectores en los cuales el viejo concepto positivista de la peligrosidad de autor sigue ejerciendo sus efectos en el sistema penal”³⁰¹.

La inimputabilidad empezó a entenderse bajo dos concepciones la clásica y la positiva. Si bien el concepto de peligrosidad dado por *el Positivismo nunca logró desplazar* completamente la libertad del individuo, sí permitió una simbiosis pacífica para cada uno. “Prueba de ello es que si bien se sigue distinguiendo, según el planteamiento clásico, entre imputables e inimputables, y se mantiene la relación culpabilidad- pena para los primeros, la regulación de los llamados inimputables constituye fiel reflejo de los postulados del más puro positivismo criminológico a partir de la relación peligrosidad-medida de seguridad”³⁰².

La consecuencia perversa que se presentó fue que con respecto a las garantías jurídicas que debían alcanzar a todas las personas dentro del sistema penal según los principios del Estado de derecho, eran precisamente los menores y los adultos no imputables los sujetos con menos garantías, por ser considerados como personas menos responsables o no responsables. “El régimen de internación a que son sometidos presenta los mismos -si no mayores efectos represivos y estigmatizantes que las medidas privativas de la libertad a las cuales son sometidos los adultos "imputables"”³⁰³.

Antes que una superación de cada una de las escuelas, lo que se planteó fue una agravación en relación al tratamiento de los sujetos inimputables. La etiqueta de

³⁰¹ BARATTA, Alessandro. Principios del derecho penal mínimo. En: Criminología y sistema penal. Argentina: Euro editores, 2004. p. 24

³⁰² SOTOMAYOR. Juan, Oberto. Inimputabilidad y sistema penal... Op. Cit. p. 52

³⁰³ BARATTA, Alessandro. Principios del derecho penal mínimo... Op. Cit. p. 25

minusvalía o inferioridad era propia de la Escuela Clásica que vino acompañada con la de peligrosidad. “De esta forma el sujeto catalogado como inimputable no solo queda por fuera del “orden de los hombres libres”, sino también por fuera del planteamiento de los hombres normales, acarreando un tratamiento diferencial dentro del sistema penal”³⁰⁴. El trato diferenciador y mezclado de las dos escuelas fue el siguiente: los imputables eran todas aquellas personas que poseían la capacidad de autodeterminación, sujetos a la culpabilidad y a las penas. En tanto, los inimputables no entendían lo que hacían debido a su incapacidad de comprender ya sea por la edad o por una enfermedad, siéndoles aplicadas las medidas de seguridad fundamentadas en su peligrosidad.

Fue así que pese a los cambios que quiso atender el derecho penal durante la segunda mitad del S XX, la necesidad de la pena no llegó a superar el concepto de inferioridad en relación al inimputable, pues ya no solo fue el hombre libre sino también el hombre anormal los que determinaron el trato hacia estas personas. Tanto la Escuela Clásica y la Positiva se basaron en la defensa social del delincuente loco, enfermo o degenerado que compuso una armonía con el derecho penal.

Para Sotomayor esa defensa social propugnada por las dos escuelas tuvo sus bases en distintas características. En primer lugar el sistema de valores dice él, el legislador lo encontraba pre constituido y era aceptado por la mayoría de los asociados. Fue así, que el sistema penal varió mediante el cambio de estos valores y reglas sociales. Solo se consideraron valederos todas aquellas normas sociales que fueron aceptadas por el derecho penal, valores que fueron asumidos como generales y convertidos como conceptos absolutos³⁰⁵.

³⁰⁴ SOTOMAYOR. Juan, Oberto. Inimputabilidad y sistema penal... Op. Cit. p. 52

³⁰⁵ *Ibíd.* p. 88

Cuando una persona cuestionaba estos valores era juzgado por el derecho penal. El enfermo mental, loco o inimputable, contrariaban estos valores debido a su anormalidad, que ya no eran analizados por el derecho penal, de acuerdo a sus limitantes, sino que fueron extendidos a una ideología terapéutica que contuvo todo un fenómeno de anormalidad para mantener los valores. La inimputabilidad vino a actuar como un mecanismo selectivo mantenido entre el derecho penal clásico, la Criminología Positiva y la Psiquiatría. El loco fue juzgado no solo como delincuente sino como un inimputable que no entendía lo que hacía.

El trastorno que padecían los anormales debía ser entendido en aras de la identificación patológica que derivaba de una falta de autodeterminación y de capacidad para decidir con libertad. De la mano de la psiquiatría se analizaron las clases de enfermedad mental, el derecho penal hizo lo suyo mediante la clasificación de las medidas de seguridad conforme a la enfermedad que este padecía. Se comienzan a deducir que ciertas enfermedades mentales, se encontraban más propensas unas que otras a cometer delitos. De esa deducción de la psiquiatría se realizó un cuadro nosológico que permitió al derecho penal la identificación e imposición del orden y la seguridad jurídica.

Dentro de esta nosología se establecieron cuatro grandes grupos. En primer lugar estaban las enfermedades OLIGOFRENIAS, eran aquellas que se presentaban como estado de estancamiento del desarrollo mental, conocidas como idiotez, imbecilidad y debilidad mental. La PSICOSIS fue planteada de forma endógena y exógena en relación a las personas esquizofrénicas. La NEUROSIS era entendida como una enfermedad originada en elementos psíquicos nerviosos, y por último se encuentra la PSICOPATÍA, como la enfermedad de carácter exógeno que tenía manifestaciones permanentes de locura³⁰⁶. Gracias a la división propuesta por la psiquiatría, el derecho penal adoptó las medidas de seguridad de carácter permanente o transitorio, el internamiento psiquiátrico, la hospitalización, o el

³⁰⁶ LEAL MEDINA, Julio. La historia de las medidas de seguridad... Op. Cit. p. 316

encierro carcelario dependiendo del cuadro nosológico que analizaba el perito y compartía con el juez.

El peligro del enajenado se presentó en función de alejamiento que debía dar la sociedad, lo cual implicó una reacción de carácter estigmatizador y defensista que juzgó doblemente al loco: el peligroso y el enfermo mental. El derecho y la psiquiatría lo confinaron en el manicomio, al encierro psiquiátrico para su reeducación y rehabilitación. El enajenado es considerado peligroso porque así lo definió la ideología dominante con el fin de poner a salvo la norma y el orden que el enajenado cuestiona; por lo tanto, dicha peligrosidad es inherente a la imagen creada del loco, y es así como da igual que ella se presuma por la ley o se declare judicialmente, sí al fin de cuentas los resultados no diferirán en absoluto, por ambas vías le será impuesta una medida de seguridad”³⁰⁷

Esta reciprocidad de las escuelas no fue más que la aplicación de una metodología ideológica que dio como resultado un sistema penal paralelo respecto al trato en relación a los inimputables. Si bien, para los imputables se había logrado crear unos principios y garantías en el sistema penal, para los inimputables en cambio, la mayoría de principios constitucionales no tenían la mayor validez debido a que se fundamentó en la defensa a ultranza de la sociedad.

Actualmente se propone una discusión en el ámbito de las ciencias psicológicas y psiquiátricas indicando los fundamentos sobre los cuales se construyen los conceptos dogmáticos de autor imputable y no imputable y las correspondientes técnicas judiciales de verificación. Estos fundamentos defensas sufren una profunda crisis, que no puede seguir siendo soslayada por la teoría jurídica del delito. “Se impone, pues, la tarea de redefinir un concepto de responsabilidad penal útil a toda el área del derecho penal, concebido en sentido amplio, y que

³⁰⁷ SOTOMAYOR. Juan, Oberto. Inimputabilidad y sistema penal... Op. Cit., p. 142

permita asegurar a todos los sujetos límites perentorios de duración para cada medida de intervención coactiva prevista como consecuencia jurídica de la realización de una figura delictiva por medio de un hecho”³⁰⁸.

³⁰⁸ BARATTA, Alessandro. Principios del derecho penal mínimo... Op. Cit., p. 25

3. UN ESTUDIO DE LA INIMPUTABILIDAD EN EL CÓDIGO PENAL DE 1980 Y LAS POSICIONES DE LAS ALTAS CORTES EN COLOMBIA

En este capítulo finalizamos teniendo en cuenta los conceptos que hasta aquí se han abordado frente a la inimputabilidad, el trastorno mental y la simbiosis derecho penal-psiquiatría, enmarcados dentro de la Escuela Clásica y la Escuela Criminológica Positiva. Todo el discurso peligrosista que se desarrolló a finales del S XIX como resultado político e histórico de la Italia de esa época, terminó permeando las legislaciones contemporáneas, eso, como evidencia necesaria para determinar, que si bien el Código Penal colombiano de 1936 fue una muestra de la Antropología Criminológica Positiva, los creadores del código posterior, el Código de 1980, trataron de superar el discurso racista y segregador que originó la escuela italiana.

Para esos legisladores, abandonar la concepción degeneradora de los sujetos del derecho penal, fue una de las razones fundamentales para establecer el cambio legislativo a comienzos de los 80`s. Autores como Reyes Echandía, Estrada Vélez y Fernández Carrasquilla jugaron un papel indiscutible en la nueva ley penal alrededor de acaloradas discusiones. Este código no solo fue el producto de pretensiones académicas de la época, también fue una muestra de la situación que el derecho penal estaba viviendo desde los años 70`s con la aparición de novedosas teorías que pretendían resolver el problema criminal.

Reconocer la importancia que tuvo el código que analizamos, nos establece en una necesaria revisión a las legislaciones penales anteriores, en especial el Código de 1936. Sus características, sus posiciones en relación al delincuente, la escuela base de su concepción etc, permiten vislumbrar el tratamiento realizado a las personas sujetas al derecho penal de ese entonces. Los cuestionamientos que se empezaron a dar antes de 1980 fueron fundamentales para la creación y posterior aplicación del nuevo CP. El proyecto de 1974, dio paso a la nueva

consolidación de la ideología clásica en la legislación penal. En eso se puede enmarcar lo que constituye el primer apartado de este capítulo de investigación, en aras de los antecedentes legislativos que marcaron la pauta para el tratamiento penal de los delincuentes.

Una figura fundamental para el derecho penal fue Reyes Echandía. Este jurista permitió pensar -de nuevo- el derecho más humano, teniendo como referencia una idea garantista. En su extensa producción ya anunciada en el primer capítulo, se puede deducir su nivel académico y la influencia de sus publicaciones para abogados y legisladores. Este autor planteaba de manera minuciosa el proceso y caracterización que se les hizo a los inimputables, se apoyaba no exclusivamente en la concepción clásica para producir sus escritos, sino en un importante psiquiatra: Gaviria Trespacios, para describir lo que se entendía por enfermedad mental y el trato que desde la psiquiatría se les hacía a estas personas de la mano del derecho penal. La identificación de las clases de inimputabilidad, el tratamiento y la aplicación de las medidas de seguridad conforman el segundo apartado de este último capítulo.

Encontrar rezagos positivistas en las legislaciones penales no es novedoso en Colombia. Quien más se ha preocupado por estas cuestiones, no sólo de rastrear las concepciones, sino del tratamiento dado a los inimputables, ha sido el profesor Nódier Agudelo Betancur. Oportunamente, después de la expedición del Código del 80, publicó un libro³⁰⁹ advirtiendo el carácter peligrosista del tratamiento normativo para los inimputables. Se comparte su análisis y su denuncia, pero no, el estudio meramente jurídico penal que ha realizado en sus escritos. Por su parte el profesor Oberto Sotomayor, realizó un análisis más profundo frente a los inimputables. Podría decirse que Agudelo y Sotomayor han sido los únicos, que a través de sus libros han denunciado la permanencia de los conceptos positivistas en la legislación penal. Con el soporte de estos dos autores se pasará a revisar el

³⁰⁹ AGUDELO BETANCUR. Nódier. Inimputabilidad y responsabilidad penal... Op. Cit. p. 24

discurso positivista que permaneció en el Código de 1980. Es difícil establecer un estudio de estos postulados, más aun cuando por medio de la observación y exposición de los autores italianos, se ha encontrado en la legislación, la continuidad de planteamientos positivos que han sido ignorados por la mayoría de los juristas.

En todo este andamiaje penal el carácter constitucional de 1886 asintió el sistema excluyente de los delincuentes. Esa carta, producto de La Regeneración, y del Partido Conservador, delimitó los derechos individuales de la población colombiana. Se propugnó por una unidad nacional que agrupaba el poder de forma centralista; la concepción democrática ejercida exclusivamente en las élites desconoció mecanismos de participación más cercanos a la población, se ignoraron algunos derechos individuales y con el correr de los años se hizo también caso omiso a la incorporación de los DESC. Fue una constitución que con la Iglesia Católica y beneplácito de los partidos tradicionales: el Liberal y el Conservador, crearon el clima perfecto para que el país viviera en años de estados de excepción.

En este clima el único referente que salvaguardaba la Constitución era la Corte Suprema de Justicia. La institución jurídica tenía el carácter constitucional de determinar la forma que se le daba a la carta magna. De otra parte también, era la encargada de la jurisdicción ordinaria, allí, como ahora, se velaba por el cumplimiento de las normas de carácter ordinario. Fue pues, la asignada de dar los conceptos en relación a la aplicación de las normas legales tal como el Código Penal de 1980, la interpretación de los artículos y el mejoramiento de la mala conceptualización hecha por los legisladores a determinados conceptos. Aquí se discutió, aunque no con la misma trascendencia, la noción del delincuente, las disposiciones aplicables a los inimputables y el rescate de la ideología clásica para el derecho penal.

Entrados ya los años 90`s, y en un ambiente permeado por el narcotráfico, la ilegalidad, los nuevos movimientos insurgentes y la crisis del sistema financiero, se da un movimiento estudiantil que aunque con sus falencias, creó el campo propicio para la aprobación de una Asamblea Nacional Constituyente ratificando, para el 4 de Julio de 1991 una nueva Carta Constitucional. En ella se incorporó el querer de diferentes sectores de la sociedad: indígenas, comunidades negras, campesinos, guerrilleros desmovilizados, sectores independientes y por supuesto los partidos tradicionales. Con influencia de legislaciones como la francesa y la alemana se adoptaron figuras como la acción de tutela, la de cumplimiento y la acción popular. Gracias a la inscripción del bloque de constitucionalidad se asumió una posición favorable por el respeto de los derechos fundamentales, sociales y culturales. Se creó un tribunal constitucional sin precedentes: La Corte Constitucional, como la única que protegía a la nueva constitución.

Este nuevo tribunal fue el abanderado para construir desde su sala, toda una doctrina que sirviera como precedente constitucional; las tutelas y otros mecanismos de participación ayudaron a los ciudadanos a acercarse al Estado y su organización judicial. Es de esta manera como se llega a establecer mediante unas conocidas tutelas, el estudio de la Corte en relación a los inimputables. No solo fue atendida la tesis central de la tutela en sentido de la indeterminación de las medidas de seguridad, sino que se buscó también adecuar la legislación penal en el respeto de los derechos fundamentales. Se abordaron las posiciones de las dos altas cortes en Colombia: La Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional, como parte final del capítulo, determinado las orientaciones que una y otra terminaron adoptando crítica o acríticamente, frente a los inimputables y el trato dado por parte de la legislación penal en nuestro país.

3.1 LOS ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

El Código Penal de 1837 influido por el General Francisco de Paula Santander, fue el primer código unificado que tuvo nuestro país. Durante la República de la Nueva Granada a los inimputables, no se le establecieron como punibles los delitos causados por personas en estado de embriaguez, locura o privación involuntaria de la razón³¹⁰. El Estado de La Confederación Granadina teniendo de presente el carácter federalista, buscó que la asamblea nacional reformará el viejo Código para los nuevos Estados Soberanos. Uno de los códigos más importantes fue el Código Penal de 1858 en el Estado Soberano de Santander.

En dicho código la modificación más importante respecto del CP. De 1837 fue la clasificación que se hiciera en relación a los delitos comunes y públicos. Aquí no se hablaba de personas inimputables, sino de personas inexcusables. Eran todos aquellos sujetos en estado de demencia, personas que delinquían en contra de su voluntad y sin poder resistirse al acto delictivo, los menores de diez años y los encubridores en línea directa de descendientes o ascendientes. A las personas inexcusables no les era aplicada ningún tipo de pena³¹¹, dada su condición particular.

Dentro de lo que hoy conocemos como La República de Colombia, gracias a la Constitución de 1886, se dan dos proyectos importantes: el proyecto de Porras en 1890 y el proyecto de Concha en 1922. En el primero se habló de inimputabilidad y se consideraron como causales la imbecilidad, la locura, el estado mental que privaba la consciencia, la minoría de edad y la sordomudez. Este proyecto no fue acogido debido a la posición no favorable del Consejo de Estado. En el segundo proyecto, de corte más clásico que los anteriores gracias a José Vicente Concha,

³¹⁰ REYES. ECHANDÍA, Alfonso. La imputabilidad. Quinta edición. Bogotá: Temis, 1997. p. 76

³¹¹ REY VERA. Gloria. Administración de justicia y sistema penitenciario en el Estado Soberano de Santander. (1857-1878). Bucaramanga: Universidad Industrial de Santander, 2006. Tesis de Grado.

se mencionaba la inimputabilidad disminuida y la aplicación de las medidas de seguridad para los menores de 12 años. Además se establecía el delito bajo el principio clásico del libre albedrío³¹²

3.1.1 El Código Penal de 1936. Varios juristas de la época como Carlos Lozano y Lozano, Rafael Escallón y Carlos Rey, discutieron el concepto de imputabilidad e inimputabilidad. Para el primero de estos autores, debía aplicarse la imputabilidad mediante la distinción legal o de peligrosidad que se hiciera al delincuente. Para Escallón, era necesario no solo plantear esta división, sino mirar los conceptos de Ferri. Al final, estos autores terminaron aceptando los planteamientos de la Escuela Positiva. En este código al igual que en el proyecto Ferreriano de 1921, no se hizo ninguna distinción entre imputables e inimputables³¹³.

3.1.1.1 El concepto de inimputabilidad. Como en ese código no se hablaba expresamente del fenómeno negativo de la imputabilidad, debemos remitirnos al Art. 29 y el Art. 12. En esos artículos se establecían las infracciones cometidas por personas que no eran tenidas como imputables³¹⁴. El art. 29 decía que cuando se cometiera el hecho delictivo la persona debía encontrarse en estado de enajenación mental o de intoxicación crónica producida por el alcohol o por cualquier sustancia, además cubría también a todas aquellas personas que padecieran una grave anomalía psíquica.³¹⁵

Estas personas eran las destinatarias de las medidas de seguridad, pero “no bastaba un simple concepto médico no juramentado, para sacar al reo del sistema de las penas y colocarlo en el de medidas de seguridad; para eso era necesario,

³¹² REYES. ECHANDÍA, Alfonso. La imputabilidad... Op. Cit. p. 79-81

³¹³ *Ibíd.* p. 86-89

³¹⁴ BOLÍVAR ARDILA. Victoria. El trastorno mental transitorio como causal de inimputabilidad en el Código Penal de 1980. Bucaramanga: Universidad Autónoma de Bucaramanga, 1980. Tesis de Grado. p. 27

³¹⁵ Art 29 del Código Penal de 1936. Comp. ORTEGA TORRES. Jorge. Código Penal de 1936. Novena edición actualizada. Bogotá: Temis, 1958.

que en el juicio obrara una prueba legal y científicamente suficiente de que al tiempo de cometer el hecho se encontraba el agente en estado de enajenación mental o de intoxicación crónica producida por el alcohol o cualquier otra sustancia”³¹⁶. Los elementos de la acción ilícita y la grave perturbación en que se encontraba el “enajenado”, permitieron que el médico aplicara ciertos criterios psiquiátricos para saber si era posible la medida de seguridad.

Las enfermedades sufridas por los delincuentes debían estar probadas con determinados antecedentes médicos dentro del proceso que se les adelantaba. Para aplicar las medidas de seguridad según lo disponía el Art. 374 del C.P.P fue indispensable demostrar la clase de enfermedad que el sujeto delincuente sufría. Las medidas eran impuestas por medio de unos jurados, que a ciencia cierta, no eran ni expertos médicos, ni psiquiatras³¹⁷. Aún en el temprano desarrollo en que la Psiquiatría se encontraba para principios del S XX en nuestro país, esta le dio algunas pautas a la ley penal para clasificar a todas aquellas personas peligrosas, con el Art 29.

En los casos en que no se entendía lo que se hacía, tal como el estado de intoxicación producida por el alcohol, se hablaba de un estado crónico o permanente y de un estado agudo o transitorio. El primero hacía referencia a un estado patológico que presentaba la persona por la ingesta permanente de alcohol. El otro, se daba como una simple perturbación intelectual transitoria de la persona. Esta última representaba menor peligrosidad para la sociedad, por ello la importancia que debía ser mínima.³¹⁸ También dentro de los casos del Art 29, se

³¹⁶ C.S.J. Cas, 24 Septiembre de 1941, LI, P 697. Tomado de Comp. ORTEGA TORRES. Jorge. Código Penal... Op. Cit. p. 62

³¹⁷ Al hablar de grave anomalía psíquica el C.P hacía referencia a una serie de irregularidades que implicaba necesariamente un desequilibrio en las actividades psíquicas de la persona que delinquía. Se mencionaba de igual forma, las graves anomalías psíquicas, pero para ese entonces, no se habían adoptado el tratamiento nosológico propuesto por la psiquiatría por lo que genero un montón de dudas respecto a la aplicación de las medidas de seguridad en estados intermedios entre la locura y la demencia.

³¹⁸ C.S.J. Cas, 24 Septiembre de 1941, LI, P 697...Op. Cit. p. 62-63

mencionaba la enajenación mental propiamente dicha, es decir, entendida por el derecho penal, de la forma planteada por la psiquiatría. Y la grave anomalía psíquica, como el campo en donde concurrían los casos que limitaban con la locura o la normalidad absoluta. Esta última caracterización fue la que representó mayores problemas para el aplicador de la ley, debido a que expresamente no se establecieron los casos que permitían entender “la grave anomalía psíquica”.

La inimputabilidad implicaba la realización material de la conducta típica y antijurídica concurrente con la anomalía síquica, la intoxicación crónica o la enajenación mental, razón por la cual se terminó considerando a los inimputables como peligrosos socialmente, personas a las que les eran aplicadas medidas asegurativas que constituían una especie de sanción³¹⁹. La peligrosidad fue el fundamento para la aplicación y clase de medida de seguridad, pero como tal no se consiguió una identidad sustancial entre penas y medidas de seguridad de acuerdo con el modelo dualista³²⁰.

El Art. 36 hacía referencia a la peligrosidad del agente y de los límites señalados por la ley para aplicar la sanción al delincuente. Se hacía conforme a la gravedad y las modalidades del acto delictuoso, los motivos determinantes del hecho y las circunstancias de mayor o menor peligrosidad que establecían la personalidad del agente. La peligrosidad del delincuente no era la circunstancia agravante del delito sino la calidad subjetiva antisocial del sujeto. Para la Escuela Positiva el fundamento de la sanción era la sola intención, el elemento subjetivo que estableció la responsabilidad; con esa sola configuración del elemento subjetivo se puso de manifiesto que la sola intención era suficiente para que el daño ejercido por la sociedad en manos del Estado, fuera necesario³²¹.

³¹⁹ BOLÍVAR ARDILA. Victoria. El trastorno mental transitorio como... Op. Cit. p. 27

³²⁰ AGUDELO BETANCUR. Nódier. Inimputabilidad y responsabilidad penal... Op. Cit. p. 29 -32

³²¹ *Ibíd.* p. 21

Para la Corte Suprema lo que desarrolló el Art 36 era un moderno principio: el de peligrosidad. Fue un principio de fundamento y medida de sanción. El legislador constituyó para el juez una serie de referentes probatorios entre ellos, las manifestaciones dañinas en relación a la gravedad y las modalidades del hecho criminoso, como factores fundamentales; luego, señaló otros motivos tales como las circunstancias de agravación que rodearon la personalidad del reo para cometer el ilícito. Fue así que “las fuentes seguras –conforme a Ferri- en que el juez obtiene la prueba de los motivos del delito, su ejecución y comportamiento del delincuente, están antes, después y en el momento del delito”³²² .

Para algunos en este Código pese a la influencia positiva, la división aunque no explícita, entre imputables e inimputables manifestaba la secuencia propuesta por la Escuela Clásica. El profesor Agudelo afirmaba: “este código tan pronto es positivo, como clásico; tan pronto toma el principio de responsabilidad legal, no toma el de peligrosidad en igual medida respecto de los sujetos inimputables. Tan pronto dice que la pena se fija entre unos límites mínimos y máximos respecto de los inimputables, consagra mínimos fijos para las medidas de seguridad aplicables a los inimputables pero deja el máximo en forma indeterminada”³²³

Fue un código que en definitiva, permitió acoger un procedimiento diferenciador respecto de los inimputables. Estas personas fueron tratadas como las peligrosas y anormales de la sociedad colombiana. No se necesitó como en otros países, el establecimiento de una responsabilidad penal que excusara a los inimputables, era sólo con esta nueva división que terminó por ser aplicada la medida de seguridad fundamentada en el Código Penal.

3.1.2 El anteproyecto de 1974. Este proyecto fue fundamental para que en el Código de 1980 se adoptara el concepto de culpabilidad. Establecía en uno de sus

³²² CSJ, Cas., 5 marzo de 1948, LXIV, 183. Tomado de Comp. ORTEGA TORRES. Jorge. Código Penal... Op. Cit. p. 79

³²³ AGUDELO BETANCUR. Nódier. Inimputabilidad y responsabilidad penal... Op. Cit. p. 33

artículos tentativos en relación a los inimputables que: “No es imputable quien en el momento de ejecutar la acción legalmente descrita, no tuviera la capacidad de comprender la ilicitud o determinarse de acuerdo con esta incompreensión, por insuficiencia psíquica, enfermedad mental o trastorno mental transitorio”³²⁴. De la mano del Dr. Gaitán Mahecha, el anteproyecto aludido representó la concreción de diversos debates y ponencias presentadas por los más importantes académicos de entonces.

Se habló de la aplicación de las medidas de seguridad para los inimputables tales como la internación en hospital psiquiátrico y la rehabilitación en los anexos carcelarios. Se empezó a plantear el concepto que debía manejarse de la enfermedad mental de manera permanente y transitoria. Para esta última división se decía que “cuando el agente haya procurado voluntariamente el trastorno mental transitorio o consentido en él, será sujeto a pena por la infracción cometida”³²⁵. En cambio para las personas con trastorno mental permanente les serían aplicables las medidas de seguridad con el respectivo tratamiento psiquiátrico que establecía su resocialización y reinserción a la vida en comunidad. Dentro de los artífices de este proyecto se encontraba el Dr. Romero Soto, un reconocido académico en las aulas bogotanas, que pasaría a ser magistrado de la Corte Suprema de Justicia en los años 80`s. Sostuvo como un acierto que no se señalara la imputabilidad de manera taxativa, ni tampoco quiénes debían ser señalados como inimputables, ya que por el desorden de los planteamientos de cada uno de los redactores, podría ocasionarse una confusión al juez en el momento de su aplicación. Así mismo, manifestaba la falta de claridad en lo relacionado a los menores de edad, advirtiendo la difícil interpretación del trastorno mental transitorio frente a algunos estados que según su entender, no

³²⁴ Anteproyecto del Código Penal de 1974. Bogotá: Ministerio de Justicia, 1974. Acta N 41. S.P

³²⁵ *Ibíd.* El trastorno mental transitorio por embriaguez no eximía la punibilidad de la acción realizada.

eran verdaderas causales de inimputabilidad, como los casos de ira e intenso dolor o el estado de miedo³²⁶.

Frente a la enfermedad mental, Reyes Echandía consideró que lo importante de la inimputabilidad era que esta se produjera en el agente al momento de ejecutar la acción, generando la incapacidad del comprender la ilicitud o de actuar de acuerdo con esa comprensión. Además se refirió a la enfermedad mental como la expresión de las anormalidades mentales permanentes y transitorias. La enfermedad mental no solo tenía origen en las alteraciones profundas de la emotividad, afectividad, emotividad o sugestión, sino también en los estados producidos por el alcohol y sustancias que ocasionaban dependencia física o psíquica. Propuso el término de inmadurez psicológica para reemplazar el término insuficiencia psíquica manejado por el C.P de 1936, consideró que este concepto no solo cobijaba a las menores de edad, sino a los indígenas o sordomudos³²⁷. Este proyecto fue adoptado en su totalidad en el C .P de 1980. Las observaciones dieron paso a un concepto de inimputabilidad definido, a la aplicación de las medidas a los inimputables y al empleo de la figura de la inmadurez psicológica, que incluía por primera vez a los indígenas en relación a su diferente cosmovisión y a los sordomudos que no se dieran a entender.

3.2 LA INIMPUTABILIDAD EN EL CÓDIGO DE 1980

El CP. del 80 trató de superar el concepto peligrosista por el de culpabilidad penal³²⁸, en palabras de Estrada Vélez se puede entender el propósito de esta

³²⁶ BOLÍVAR ARDILA. Victoria. El trastorno mental transitorio como... Op. Cit., p. 39

³²⁷ *Ibíd.* p. 41

³²⁸ Si bien fue producto del querer de los legisladores existieron marcadas influencias para que el código Penal de 1980 virara hacia un derecho de la culpabilidad. Legislaciones como la alemana y la suiza habían establecido en los 70's un derecho penal de corte clásico. En el Art de Código Penal Alemán en su Art 51 vislumbra que: "no hay acción punible cuando al tiempo del acto en condiciones de discernir el carácter ilícito de su acción o de obrar conforme a su propio discernimiento como consecuencia de una inconsciencia pasajera, de una perturbación morbosa de la actividad del espíritu o de una debilidad mental". En tanto refiriéndonos al Código Suizo en su

nueva legislación penal: “el cambio doctrinal que se introduce en el proyecto es el tránsito definitivo del viejo y obsoleto peligrosismo positivista hacia un derecho penal de culpabilidad (...) no se sanciona al individuo porque sea peligroso, sino en tanto sea culpable (...) al imputable se le aplican las penas mientras que al inimputable solo es posible la aplicación de medidas de protección y asistencia, pues no es capaz de entender su culpabilidad”³²⁹.

Fue la introducción nuevamente de la Escuela Clásica. El derecho penal de culpabilidad rescató los planteamientos de libre albedrío, comprensión y razón que se suponían deben tener todos los seres libres. Si bien dentro del código anterior se hizo una cercana división de personas imputables e inimputables, en este Código lo que se buscó fue legalizar el concepto de culpabilidad para ejercer legítimamente el poder punitivo del Estado. Se puso límites y garantías al trato de los delincuentes, encausando el análisis del delito en la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad³³⁰.

Por tanto, una persona era imputable sí reunía estas tres características, mientras las personas inimputables obraban típica y antijurídicamente, pero no culpablemente debido a los factores psicológicos o psiquiátricos que le impedían entender lo que habían hecho. El Art 31 establecía que: “aquel que el momento de ejecutar el hecho legalmente descrito, no tuviere la capacidad de comprender su

Décimo Artículo encontramos que: “no es culpable aquel que por enfermedad mental, idiotez o grave alteración de la conciencia, no era, en el momento del hecho capaz de apreciar el carácter de ilícito del acto o, pudiendo apreciar, de obrar según tal apreciación”. No solo estos modelos europeos tuvieron que ver en esta concepción, debido a todo el movimiento crítico generado por toda Latinoamérica, se propuso la adopción de un Código Penal Latinoamericano. Aunque tuvo mucho eco, no se terminó adoptado pero este señalaba que: “no es culpable quien, en el momento de la acción u omisión, y por causa de enfermedad mental, de desarrollo psíquico incompleto o retardado, de grave perturbación de la conciencia, no tuviere la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión. CALDERÓN CADAVID. Leonel. Los inimputables en los nuevos estatutos penales. Primera edición. Medellín: Biblioteca jurídica Dike, 1987. p. 175

³²⁹ ESTRADA VÉLEZ, Federico. “Proyecto del Código Penal. Ponencia para primer debate” En: Nuevo Foro Penal, número 2. Medellín: Universidad de Medellín, 1979. p. 51

³³⁰ Se trata a la imputabilidad desde la teoría del delito a través de la culpabilidad, esto es se establece como una conducta típica que ha obrado con dolo, culpa o preterintención

ilicitud; o de determinarse de acuerdo a esa comprensión por inmadurez psicológica o por trastorno mental, será un inimputable”

3.2.1 Las formas de inimputabilidad. Teniendo en cuenta el Art. 31 Reyes Echandía³³¹ planteaba la división de este concepto en varios elementos. El primero era el *momento de ejecutar el hecho*: mencionaba que debía coexistir el hecho delictuoso con lo que la ley señalaba como delito. De otra parte, nos encontramos con la *capacidad de comprender la ilicitud, entendida* como el nivel de conocimiento y razón de la antijuridicidad de la conducta. Para finalizar como tercer elemento, hacía referencia a la *determinación*, como la autorregulación de la propia conducta. Se hablara en el Código Penal del 80 entonces, de una inimputabilidad por inmadurez psicológica y una inimputabilidad conforme a la enfermedad mental que padeciera, ya fuera de carácter transitorio o permanente.

3.2.1.1 La inmadurez psicológica. Para Mora Izquierdo, la inmadurez psicológica se entendía como aquella falta de maduración de carácter severo que permeaba toda la personalidad del delincuente y que impedía en el momento de cometer la acción, obrar con pleno conocimiento de causa y capacidad³³². Era aquí donde se encontraban los menores de edad de 16 años, que para ese entonces resultaban ser inimputables para la legislación colombiana³³³. “Los niños y adolescentes están en proceso de estructuración, por lo mismo no han adquirido “la madurez necesaria para una autodeterminación plena; (...) por eso no es correcto asimilar su comportamiento con el del adulto”³³⁴.

Ordinariamente la inmadurez psicológica estuvo ligada a la minoría de edad en cuanto “solamente el decurso del tiempo va fortaleciendo y consolidando los

³³¹ REYES. ECHANDÍA, Alfonso. La imputabilidad... Op. Cit., p. 115

³³² MORA IZQUIERDO. Ricardo. Psiquiatría forense y nuevo Código Penal. En: Revista Colombiana de Psiquiatría, marzo de 1982. Vol. XI, núm. 1. p. 33

³³³ Con el código del menor de 1989 se cambia por la edad de 18 años

³³⁴ REYES. ECHANDÍA, Alfonso. Derecho Penal. Octava reimpresión de la undécima edición. Bogotá: Temis, 2002. p. 197

perfiles intelectivos y volitivos de la personalidad”³³⁵. La persona que no adquiriera ese grado de plenitud mental y psicológica para que pudiera distinguir lo antijurídico, sería tratada como inimputable. Dentro de los criterios para asumir la inmadurez psicológica como factor de inimputabilidad se encontraban: el cronológico, el psicológico y el criterio mixto. El primero fue el aceptado por el Código del 80, instituyendo la edad como la que determinaba la capacidad del entender el hecho delictuoso. El criterio sociológico era la “capacidad de comprensión o discernimiento” que tiene el menor al momento de ejecutar el hecho ilícito. Para finalizar estaba el criterio mixto como el encargado de crear un límite de edad superior, pero ese carácter dependía o no la capacidad de discernimiento para aplicar la inimputabilidad³³⁶.

3.2.1.2 El trastorno mental. Para Reyes el legislador utilizó una expresión amplia respecto al trastorno mental. La alteración que se presentaba de tipo somático impedía que al momento de actuar el sujeto se diera cuenta de la antijuridicidad de la acción y fuera capaz de determinarse conforme a su comprensión³³⁷. En las discusiones del proyecto de 1974 este autor propuso que el trastorno mental se entendiera “como aquella alteración de la conciencia de carácter psicológico, biológico o psiquiátrico que, afectando las esferas intelectivas y volitivas de la personalidad impiden a quien la padece comprender la ilicitud de su conducta (...)”³³⁸. Necesariamente hablar de enfermedad mental, nos remite a un concepto netamente psiquiátrico que deriva de la psicología y la medicina. Fue a la psiquiatría la que le correspondió examinar el presunto delincuente para determinar si sufría o no de alguna anormalidad psicosomática, y sí esta había terminado influyendo en el acto delictuoso.

³³⁵ MORA IZQUIERDO. Ricardo. Psiquiatría forense y nuevo Código... Op cit. p. 133

³³⁶ REYES. ECHANDÍA, Alfonso. La imputabilidad... Op. Cit. p. 117

³³⁷ *Ibíd.* p. 131

³³⁸ Anteproyecto del Código Penal de 1974...Op. Cit.

Este autor bogotano si bien fue el más claro autor en proponer un concepto de trastorno mental, no fue el único que determinó el concepto. Así mismo, influyó para su creación Gaviria Trespalacios. El trastorno mental era para él, un concepto médico-psiquiátrico que comprendía varias dimensiones, pero que, en últimas, el significado clínico determinaba su definición. Entre tanto, el concepto jurídico de trastorno mental difería del concepto médico, pues los aspectos clínicos no interesaban, sino el significado legal del trastorno en el evento de la comisión de un hecho ilícito, bien que se cumplieran los presupuestos exigidos por la norma, bien que no se llenaran, o no se llenaran plenamente, sus requisitos. En la primera de las situaciones, el trastorno mental era condición de inimputabilidad; en la segunda, de imputabilidad. Sin embargo, también “en la definición jurídica de trastorno mental se introducen con frecuencia expresiones de procedencia psicobiológica, empleadas con la buena intención de dar alcance y precisión a la noción de trastorno”³³⁹.

El trastorno mental fue para el Código de 1980 de tal dimensión, que el sujeto estaba en incapacidad de elaborar una representación psíquica de su ilicitud o de elegir alternativas de actuación en relación de su inteligibilidad. Podía tratarse de alguna de las entidades descritas en la moderna nosología psiquiátrica que

³³⁹ TRESPALACIOS, Jaime Gaviria. La inimputabilidad: concepto y alcance en el Código Penal Colombiano. En: Revista Colombiana de Psiquiatría, Suplemento No. 1, Vol. XXXIV, 2005. P 30 “Toda condición psicopatológica que afecte la salud psíquica de un sujeto, (...) lo psicopatológico implica pérdida de la salud psíquica. La expresión *trastorno mental*, al igual que muchos términos en la medicina y la ciencia, según se expresa en el *Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales*: carece de una definición operacional consistente que englobe todas las posibilidades. Todas las enfermedades médicas se definen a partir de diferentes niveles de abstracción —como patología estructural (p. ej., colitis ulcerosa), forma de presentación de los síntomas (p. ej., migraña), desviaciones de la norma fisiológica (p. ej., hipertensión) y etiología (p. ej., neumonía neumocócica) —. Los trastornos mentales han sido definidos también mediante una variedad de conceptos (p. ej., malestar, descontrol, limitación, incapacidad, inflexibilidad, irracionalidad, patrón sindrómico, etiología y desviación estadística). Cada uno es un indicador útil para un tipo de trastorno mental, pero ninguno equivale al concepto y cada caso requiere una definición distinta [...] cada trastorno mental es conceptualizado como un síndrome o un patrón comporta mental o psicológico de significación clínica, que aparece asociado a un malestar (p. ej., dolor), a una discapacidad (p. Ej., deterioro en una o más áreas de funcionamiento) o a un riesgo significativamente aumentado de morir o de sufrir dolor, discapacidad o pérdida de libertad. Cualquiera que sea su causa, debe considerarse como la manifestación individual de una disfunción comporta mental, psicológica o biológica” *Cursivas dentro del texto. Ibid.*

respondiera no sólo a los criterios diagnósticos desde el punto de vista clínico, sino también a los criterios jurídico-penales de ausencia de comprensión de la ilicitud o de determinación de la conducta. Pero se trataba de igual forma, dentro del concepto jurídico de trastorno mental, de una excepcional y profunda conmoción emocional o afectiva que obnubilará en forma pasajera la conciencia o de una severa alteración de las facultades psíquicas causada por la ingestión, inhalación o inyección de drogas o sustancias de cualquier naturaleza³⁴⁰.

La enfermedad mental podía ser clínicamente considerada como especie o modalidad de sicosis, de psicopatología o de psiconeurosis o presentar sintomatología diversa, en todo caso por tratarse de afecciones psicósomáticas cuya identificación requiere muy especializados conocimientos, el juez debía acudir a los servicios de peritos psiquiatras para examinar al sujeto delincuente³⁴¹. Una de las divisiones de las enfermedades mentales más aceptadas en Colombia fue la de Reyes Echandía, aunque este no fue psiquiatra, su análisis en relación al trastorno mental fue el más acertado. Realizó la división en 10 clases diferentes, la primera en relación a la psicosis, las sicopatías como segundo lugar, la neurosis, la sugestión hipnótica, el sonambulismo, la embriaguez del sueño, el estado crepuscular, el estado delirante, la alteración emocional y por último la intoxicación.

LA SICOSIS era el trastorno generalizado y persistente de la función psíquica, sin que el enfermo se percatara de su anormalidad. Se hallaban enfermedades como: LAS ENFERMEDADES OLIGOFRÉNICAS que comprendían a los idiotas, imbeciles y débiles de mente. Eran, enfermedades como la sicosis epiléptica, la esquizofrenia, la paranoia, la sicosis maniaco depresiva, la demencia arterioesclerótica y la demencia senil. Las enfermedades sicopáticas o LAS SICOPATÍAS hacían parte del segundo grupo, eran los disturbios de carácter

³⁴⁰ *Ibíd.* p. 35

³⁴¹ REYES. ECHANDÍA, Alfonso. Derecho Penal... Op. Cit. p. 198

transitorio que afectaron las esferas de la voluntad y la emotividad. Desarrollándose diferentes tipos de personalidades psicopáticas entre las que se encontraban: personalidades hipertónicas, depresivas, inseguras, fanáticas, ambiciosas inestables y anormales³⁴².

Un tercer grupo era conformado por LA NEUROSIS, ella era la alteración en el comportamiento en sujetos constitucionalmente predispuestos que no lograban adaptarse a un ámbito social conflictivo. LA SUGESTIÓN HIPNÓTICA fue el estado de sueño somático ligado a un estado de vigilia intelectual y emotivo. EL SONAMBULISMO, era un estado patológico que se revelaba mediante actos ejecutados en el sueño, con sorprendente exactitud y de los cuales no quedaba recuerdo alguno. LA EMBRIAGUEZ DEL SUEÑO, consistió en el estado de perturbación de la consciencia que se incrustaba en el sueño y la vigilia y se presentaba con representaciones ansiosas del sueño. EL ESTADO CREPUSCULAR se presentó como el continuo y sistemático falseamiento de la realidad, debido a que el curso de las ideas era limitado. EL ESTADO DELIRANTE fue una actividad motora que se derivó acentuadamente incoherente, caótica y absurda. LA ALTERACIÓN EMOCIONAL Y LA INTOXICACIÓN, fueron trastornos que se dieron gracias a determinados factores externos que exaltaron la personalidad normal³⁴³.

Las enfermedades mentales se dieron de carácter permanente o transitorio, de ahí la división entre TRASTORNO MENTAL PERMANENTE Y TRASTORNO MENTAL TRANSITORIO. El primero era relacionado con la inimputabilidad. Estos dos conceptos en sí mismos no comportaron ninguna importancia, en tanto que, lo fundamental era que el sujeto que lo realizaba sufriera en el momento de realizar el hecho un comportamiento típico con nocivos efectos. El trastorno mental transitorio tenía dos divisiones: el trastorno mental con secuelas patológicas y el

³⁴² REYES. ECHANDÍA, Alfonso. La imputabilidad... Op. Cit. p. 134

³⁴³ *Ibíd.* p. 135-139

trastorno mental sin secuelas patológicas. Este concepto en general, se estableció como la alteración que presentaba un individuo en un tiempo determinado al momento de realizar el ilícito, pero con un trastorno de aparición apenas temporal. Con el trastorno mental con secuelas patológicas, existía la aplicación de las medidas de seguridad, debido al tratamiento corto que el sujeto necesita. En cambio, el trastorno mental sin secuelas no proporcionaba la medida de seguridad, la persona estaba sujeta a la pena, por cuanto no necesitaba ningún tipo de tratamiento³⁴⁴

El carácter nosológico que hasta aquí adoptó el Código Penal de 1980 en relación a los inimputables por trastorno mental, mencionaba una dependencia expresa entre la psiquiatría de principios del S XX y el derecho penal. Fue la afirmación de la influencia del Código Suizo de 1903, la ratificación de la posición del Profesor Stoos en Alemania y la adopción de la división nosológica de Cuello Calon.

El derecho penal colombiano, sus legisladores y asociados nunca entraron a cuestionar los conceptos psiquiátricos de manera expresa. Nociones como las de epilepsia -que fijaron una clase de delincuente como lo era la del loco en la Escuela Positiva-, de anormalidad en la personalidad del sujeto, de embriaguez etc... terminaron por dar un valor renovado al derecho penal y a la misma psiquiatría, pero con el mismo trasfondo de segregación a las enfermedades mentales, del examen riguroso al accionar de las personas enfermas y peligrosas para la sociedad: los inimputables.

3.2.1.3 ¿Cómo se determinaba la inimputabilidad? Existieron un sinnúmero de criterios dependiendo de la clase de inimputabilidad y la orientación de la legislación. Los criterios más utilizados en los códigos fueron el criterio legal, el biológico y el cronológico. El criterio legal señalaba que para determinar las causales de inimputabilidad debía estar expresamente fijadas en la ley y conservar

³⁴⁴ Ibid. p. 142

un concepto claro y transparente para que todas las personas lo pudieran entender. El criterio biológico necesitaba de dos elementos para ser estudiado, el orgánico y el físico, este se utilizó cuando una persona padecía de una intoxicación crónica, estudiándola como un estado meramente fisiológico. Por último, el criterio cronológico atendía a la edad derivada en el transcurso del tiempo.

No solo se dependía de los criterios sino también de la orientación que se le daba a la inimputabilidad. La orientación psiquiátrica encausaba a la inimputabilidad en una anomalía biosíquica identificada clínicamente, es decir por medio de un peritazgo establecía el padecimiento de determinada enfermedad.³⁴⁵

La concepción psicológica constituyó al inimputable como aquel que no comprendía el hecho, por no poder comportarse de manera normal, hecho que desencadenaba que se revisará la inmadurez mental del sujeto de acuerdo a la edad. El mecanismo sociocultural tuvo en cuenta la personalidad del autor dentro del medio en que se desarrolló social y culturalmente hablando, el inimputable era esa persona que no fue capaz de amoldarse a los cánones de la mayoría por encontrarse en un medio social diferente³⁴⁶

3.3 EL DISCURSO DEL CÓDIGO PENAL DE 1980³⁴⁷.

Los inimputables no fueron la mayor preocupación para los legisladores del 80, así lo señaló Reyes Echandía en su libro sobre la imputabilidad. Para él un inimputable no era capaz de comprender lo que hacía en razón de sus

³⁴⁵“La pericia psicológica, tiene por función realizar una descripción y comprensión profunda y compleja de la personalidad de un sujeto vinculado a un proceso judicial. Este es el punto de inflexión que marca el pasaje del estudio de la inimputabilidad al estudio de la anomalía mental, que claramente no llega a configurar patología, pero que permite explicar el delito”. MERCURIO. Ezequiel. De la pericia psicológica al derecho penal de autor. Op. Cit.

³⁴⁶ REYES. ECHANDÍA, Alfonso. La imputabilidad... Op. Cit. p. 67-68

³⁴⁷ “El Código penal del 80 se fundó la pena primordialmente siguiendo el principio universal “Tot culpa, tot poena, dando con ello el vuelco de la orientación penal sustantiva, que se encontraba en el Código Penal de 1936, en la capacidad de causar daño, la cantidad, la forma de intención y la voluntad” AGUDELO BETANCUR. Nódier. Inimputabilidad y responsabilidad penal... Op. Cit. p. 37

deficiencias, “un idiota no está en capacidad o en condiciones dado su poco bagaje intelectual, que le permita distinguir lo bueno y lo malo”³⁴⁸. Era necesario clasificarlos en un grupo para que la misma sociedad se diera cuenta de las personas que lo componían: menores de edad, ancianos, enfermos de mente, sordomudos, indígenas y todos aquellos que actuaban con una graven alteración de la conciencia, fueron los integrantes del grupo de los inimputables.

El inimputable era el que tenía la supuesta incapacidad para determinar la ilicitud de su conducta, para determinarse de acuerdo a esa comprensión. “Desde cualquier punto de vista resultaba inadmisibile que el sistema penal reservará, algunas de sus más severas medidas precisamente para quienes considera incapaces de comprensión o de determinación por inmadurez psicológica o mental”³⁴⁹.

Esa noción de inimputable ocultó una descalificación política contra todos aquellos que tenían una visión diferente o un tanto desigual del resto de la mayoría. Este discurso de desvalor, fue tamizado por un concepto terapéutico y resocializador de las medidas de seguridad, ocasionando que las discusiones se centraran en el carácter de la medida como tal, y no en las ideologías que terminaron permeando el concepto de inimputabilidad.

Para los legisladores del 80, el Código superó el discurso peligrosista de la Criminología Positiva, pero no se percataron que la continuidad del sistema dualista de penas y medidas de seguridad, las clases de medidas como las de internamiento psiquiátrico, la indeterminación del tiempo de reclusión y los fines de curación y rehabilitación, traían consigo la continuidad de la corriente positivista. La Escuela Italiana no se dio con todo su esplendor como en otras legislaciones, pero sí, se aplicaron determinadas características que identificaron al discurso

³⁴⁸ REYES. ECHANDÍA, Alfonso. La imputabilidad... Op. Cit. p. 43

³⁴⁹ SANDOVAL, HUERTAS, Emiro. Sistema Penal y criminología crítica... Op. Cit. p. 41

peligrosista del S XIX. Era un sistema penal paralelo de garantías para unos y para otros, un derecho de exclusión fundamentado en la rehabilitación y curación del delincuente.

3.3.1 El criterio de Culpabilidad. El derecho penal de culpabilidad permitía que solo podía ser declarado imputable aquella persona que realizaba un acto, típico antijurídico y culpable. El Art 61 señalaba que los criterios para fijar la pena se encontraban en los límites señalados por la ley, así el juez aplicaría la pena según la gravedad y modalidades del hecho punible, el grado de culpabilidad, las circunstancias de atenuación o agravación y la personalidad del agente.

A pesar de partirse del derecho penal de acto³⁵⁰, para los inimputables revivió un derecho penal de autor, que se fijó en relación a la anormalidad y peligrosidad del inimputable. “La eficacia fundamental del concepto de imputabilidad al distinguir entre sujetos imputables e inimputables, radicaba precisamente en que se condujo a la extracción de los sujetos catalogados como inimputables, no del derecho penal sino del derecho penal de culpabilidad”³⁵¹.

Era un concepto de inimputabilidad de carácter residual, en donde ante un hecho materialmente dañoso cometido por un inmaduro psicológico o trastornado mental, el juez debía asegurarse sí existía o no la acción típica, de igual forma, debía verificar la no existencia de causales de justificación y de inculpabilidad. La imputabilidad era planteada entonces exclusivamente, cuando no existían causales de atipicidad, justificantes, ni disculpantes. “Sí puesto de manifiesto el comportamiento típico y antijurídico, no se evidenciaban causales de

³⁵⁰ “Art. 1. - Legalidad. Nadie podrá ser condenado por un hecho que no esté expresamente previsto como punible por la ley penal vigente al tiempo en que se cometió, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella”. Código Penal de 1980

³⁵¹ SOTOMAYOR. Juan, Roberto. Inimputabilidad... Op. Cit. p. 112

inculpabilidad, la inimputabilidad existía”³⁵². Se planteaba una estructura desigual del delito para los inimputables.

Dentro del sistema dualista existía para unos un derecho penal de culpabilidad, y para otros un derecho penal de autor. Trayendo como resultado que junto a la pena limitada por la culpabilidad, se aplicarían otro tipo de sanciones regidas por principios e ideas diferentes, que se terminaron transformando en una limitante de las garantías y libertades individuales, a las personas que no estaban sujetas a la pena.

“Con el sistema dualista se hizo más evidente la sospecha de que en todo este asunto estábamos asistiendo a un fraude de etiquetas, en el que el derecho penal de culpabilidad, con todas sus imperfecciones, pero también con todas sus garantías, tendía a ser completado o sustituido por otros sistemas de control social, oficialmente no penales, y por eso no limitados a los principios penales clásicos, pero tremendamente eficaces en su incidencia sobre la libertad de los individuos”³⁵³

3.3.2 De las medidas de seguridad. En el artículo 93 se establecieron las clases de medidas de seguridad. Se hablaba de medidas de internamiento psiquiátrico en una clínica o un hospital adecuado, del internamiento en una casa de estudio y trabajo y de libertad vigilada. Dependiendo de la peligrosidad de la persona y de la clase de trastorno que sufría les eran aplicadas las medidas de seguridad. Ese internamiento psiquiátrico o aislamiento terapéutico les fue impuesto a las personas que tuvieran trastorno mental permanente. En cambio, el internamiento en una casa de estudio y trabajo era el lugar para las personas que padecían una

³⁵² AGUDELO BETANCUR. Nódier. Los inimputables frente a las causales de justificación e inculpabilidad. Bogotá: Temis, 1984. p. 80

³⁵³ MUÑOZ CONDE. Francisco. Monismo y dualismo en el derecho penal español y colombiano. En: Derecho penal y criminología, núm. 19. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1983. Pp. 21-23. Tomado de: SANDOVAL, HUERTAS, Emiro. Sistema Penal y criminología crítica... Op. Cit. p. 40

enfermedad mental transitoria. Dentro del código había además de la imposición de la medida de seguridad, una libertad vigilada que prohibió a las personas concurrir a determinados sitios públicos y los obligó a permanecer en un lugar o residencia por un tiempo no menor a tres años.

Las medidas de seguridad implicaban una privación efectiva de la libertad para el internamiento en hospital o casa de trabajo, durante el período de su ejecución. Mientras que la libertad vigilada y la reintegración de inimputable a un medio social o culturalmente adecuado, no coartaban de tal forma la libertad. “Ninguna de ellas finalmente tenía una función represiva, aunque las de internamiento poseían una real y verdadera carga de aflicción”³⁵⁴

En el Código Penal de 1980, los planteamientos de la Escuela Positiva encontraron aplicación frente a los conceptos de anormalidad y peligrosidad de los menores de edad y las personas enfermas de mente. *Fue un positivismo que se introdujo quiérase o no, dentro del sistema penal colombiano y que terminó estructurado la responsabilidad penal y culpabilidad del inimputable.*

Con conceptos como los de internamiento psiquiátrico, aislamiento o prohibición, se dio la permanencia del discurso Positivista de la Criminología del S XIX. “El internamiento psiquiátrico o aislamiento terapéutico fue transformado por el positivismo naturalista en medida de seguridad, convirtiéndose en la respuesta penal idónea para neutralizar la peligrosidad del enajenado”³⁵⁵. Para la criminología eran sujetos peligrosos a los que se les debía *separar y encerrar*, explicando las perspectivas de peligrosidad, en cuanto a las previsiones y disposiciones que marcaron la necesidad de un tratamiento jurídico y psiquiátrico. Ese internamiento carcelario, la necesidad de tutela y curación se convirtió, en el equivalente del encierro psiquiátrico a los incapaces de culpabilidad.

³⁵⁴ REYES. ECHANDÍA, Alfonso. Derecho Penal... Op. Cit. p. 264

³⁵⁵ SOTOMAYOR. Juan, Roberto. Inimputabilidad... Op. Cit. p. 100

Las medidas de seguridad comportaron un concepto inherente: el de defensa social. Este se orientó de tal forma, que no solo la Escuela Positiva tuvo incidencia en él, también la Escuela Clásica estableció para los inimputables un carácter de custodia y rehabilitación. Es decir, que mientras las penas se desarrollaron en el campo de la responsabilidad, quedaron por fuera algunas personas como delincuentes comunes, menores y enfermos mentales a los que fue necesario y urgente crear medidas de seguridad como las de internamiento y protección.

El loco, el enajenado no pudo ser dejado en libertad por su propio bien y el de la sociedad. Para sí mismo debía ser curado, resocializado; para la comunidad era necesario prevenirse del delincuente alejándolo y confinándolo en centros psiquiátricos. “Sirvió para resolver (...) en que el enajenado que ha cometido un delito, no puede ser sometido a pena, puesto que no es capaz de culpabilidad, pero tampoco debe ser dejado en libertad dado el peligro que representa”³⁵⁶.

Fue el inicio de una *ideología tutelar* que terminó por ser tomada por los legisladores como principio que garantizaba para él y la sociedad un bien en sí mismo. Fue así que para los inimputables en el Código Penal de 1980 rigió en mayor medida los postulados del positivismo criminológico. No como en el siglo XIX, sino envuelto en un discurso terapéutico que terminó conformando una misma ideología, debido a que “el discurso terapéutico no fue más que la versión ideológica de defensa social, que unas veces se superpuso y otras creó contradicciones en el sistema penal”³⁵⁷.

3.3.3 La curación, la indeterminación y la peligrosidad. La recuperación de la normalidad psíquica en el Art 94 se encontraba aparejada con la curación del delincuente. Se trataba aquí, de que cómo medio de defensa social la misma sanción penal, es decir las medidas de seguridad, no actuarán de forma represiva

³⁵⁶ *Ibíd.* p. 106

³⁵⁷ *Ibíd.* p. 115

sino en mayor medida de modo curativo, teniendo en cuenta el carácter anormal y patológico del delincuente. Era una finalidad que pareció ineludible a todas aquellas personas que fueron estigmatizados como inmaduros y enfermos, personas que debieron ser educadas y curadas.

Se justificó el encierro psiquiátrico de la persona enferma, por los conceptos de locura y peligrosidad. “La locura fue un asunto de especialistas de la mente, de los psiquiatras, sin embargo y precisamente porque el alienado era a la vez un peligroso social y un enfermo, la medicina mental al tratarlo, crearon para él un dispositivo manicomial”³⁵⁸ que terminó volviendo al problema de la locura un problema de gobierno. El trato fue relacionado con la curación y protección del enfermo. Fue una tutela que se dio en función de la readaptación de la persona diferente³⁵⁹.

No solo fue la peligrosidad característica de la Escuela Positiva el fundamento de la medida de seguridad, sino también la curación, como base la duración del internamiento psiquiátrico, y la enfermedad mental que se padeció para adoptar la clase de medida de seguridad. El derecho penal colombiano como sistema de control social se desarrollaba sólo en los límites de la estricta necesidad. Por eso, dentro de la órbita de la libertad de todos sus asociados, el accionar punitivo solo se ejerció frente a la necesidad inminente de protección. “Sin daño o lesión de un bien jurídico por un sujeto culpable o sin daño de un bien jurídico que demuestre la peligrosidad, el Estado no estaba legitimado para actuar”³⁶⁰. La peligrosidad era el límite para que el Estado interviniera y la curación, la ventana abierta para que la psiquiatría normalizara al individuo.

La medida de seguridad fue vista con un carácter benéfico para el individuo, que además dirigía al delincuente a la educación y estabilización por parte de sujetos e

³⁵⁸ *Ibíd.* p. 130

³⁵⁹ AGUDELO BETANCUR. Nódier. Inimputabilidad y responsabilidad penal... *Op. Cit.* p. 39

³⁶⁰ *Ibíd.* p. 40

instituciones especializadas. Pero “la no necesidad de garantías jurídicas, porque en el bien no hay excesos, permitían como finalidad, una duración indeterminada de las medidas de seguridad”³⁶¹. El beneficio para el delincuente fue pues, el tratamiento terapéutico que se ajustaba a la personalidad de acuerdo a la facilidad de adaptarse en la sociedad.

Esa indeterminación de la medida de seguridad generó que descaradamente se negara el carácter de cadena perpetua que ostentaba esta figura. Se hablaba de la tutela como protección para la sociedad en relación al individuo que la dañaba. Era un individuo peligroso al que se le debía corregir por medio de una ideología terapéutica de normalización y readaptación. “La peligrosidad de una persona fue muchas veces una forma de “adivinanza” sobre su destino, que no siempre se cumplió y que dependió de una serie de factores, distintos de su personalidad.

Las medidas de seguridad presentaron un fundamento que comprometió la certeza jurídica, pues la utilización de estos métodos para la elaboración del pronóstico las condujeron al alejamiento de los principios de la legalidad y seguridad jurídica”³⁶². Esta fue una inocuización que en términos de Von Litz mantuvo a algunos delincuentes alejados de la sociedad por tiempo indeterminado o perpetuamente. Fue una peligrosidad entendida de la misma manera que por la Escuela Positiva: de carácter defensista y en aras de preservar el orden social.

3.4 LAS ALTAS CORTE EN COLOMBIA: ACIERTOS Y DESACIERTOS.

La inimputabilidad nunca fue un tema de importante discusión en cada una de estas salas constitucionales. Las sentencias que reposan al respecto son nimias comparativamente con otros temas como salud, excepcionalidad, narcotráfico, temas que se encontraron al orden del día del acontecer nacional. La Corte

³⁶¹ SOTOMAYOR. Juan, Roberto. Inimputabilidad... Op. Cit. p. 162

³⁶² MILANESE. Pablo. La medida de seguridad y la "vuelta" a la inocuización en la sociedad... Op. Cit.

Suprema en vigencia de la Carta Constitucional de 1886, no introdujo mayores modificaciones a lo establecido por la ley penal de 1980, entre tanto en la Nueva Constitución de 1991, se modificó sustancialmente el tratamiento de los inimputables en la legislación colombiana.

3.4.1 La Corte Suprema de Justicia: ¿La orientación peligrosista? Después de expedido el Código del 80, se empiezan a dar una serie de discusiones –tardíamente- en torno a la indeterminación de las medidas de seguridad. Aunque las jurisprudencias no pasaron de la media docena, al analizarlas se puede dar cuenta de la posición tomada por la Corte Suprema frente a los inimputables.

La sentencia del 17 de febrero de 1981³⁶³, resaltó la peligrosidad que aún permanecía en el C.P de 1980 respecto a los sujetos inimputables. Mencionaba que no se había perdido de vista la personalidad del delincuente y que varias de las disposiciones del Nuevo Código hacían referencia a ella. La libertad condicional prevista en el Art 72 mencionaba la capacidad de volver a delinquir por parte del sujeto delincuente y por ende de la peligrosidad. De la misma manera lo hacía el Art 60 con la ira e intenso dolor, que indiscutiblemente tenía una relación directa con la peligrosidad: los motivos del acto, la insensibilidad moral, la conducta de mayor perversidad etc... permitieron que se continuara desarrollando el concepto de peligrosidad en la legislación penal colombiana³⁶⁴. Todavía en vigencia de la Constitución de 1886, no fue permitido tomar una posición un poco más garantista de los derechos de los sujetos delincuentes, debido a que expresamente no se vulneraban ni principios constitucionales, ni derechos fundamentales.

³⁶³ C.S.J, Febrero 17 de 1981. M.P Luis Enrique Romero Soto. En Nuevo Foro Penal, núm. 11. Bogotá: Temis, 1982, p. 345

³⁶⁴ *Ibíd.* p. 346

Entrada la mitad de los años 80's las posiciones se vuelven más sensatas. El auto del 20 de agosto de 1987³⁶⁵ fue desarrollado por la demanda constitucional impuesta al carácter indeterminado de las medidas de seguridad. Aunque la corte quedó inhibida para pronunciarse respecto de la indeterminación, los salvamentos de voto constituyeron un sustento interesante en relación al concepto de las medidas de seguridad. Para algunos magistrados como Duque Pérez, era necesario que la Corte se pronunciara frente a la indeterminación que establecían los Arts. 94,95 y 96, pues las medidas de seguridad no eran penas y por eso el juez y el mismo legislador no podían establecer el término máximo de internación de un inimputable. “Cuando el legislador no viola su máximo se violan principios constitucionales, que exigen la previa definición no solo de la conducta, sino de la sanción”³⁶⁶.

El auto anterior sirvió como referencia para que el 4 de febrero de 1988³⁶⁷, la Corte estudiara nuevamente los conceptos de la indeterminación de las medidas de seguridad. “El inimputable no estará sometido a una sanción penal, con fines expiatorios, preventivos o retributivos, sino únicamente a un tratamiento individualizado, sólo con propósitos de prevención especial que debe buscar su curación, su seguridad y la adaptación al medio social mediante medidas de carácter administrativo”³⁶⁸.

Para la Corte los inimputables no eran penalmente responsables y las medidas de seguridad no podían ser sanciones sino medidas administrativas que permitieran al delincuente readaptarse y educarse para ingresar nuevamente en la sociedad. Si bien la peligrosidad no fue el fundamento para el alto tribunal, se afirmaba que

³⁶⁵ C.S.J, auto del 20 de agosto de 1987. M.P Gómez Otálora. En: Nuevo Foro Penal, núm. 38. Bogotá: Temis, 1988. p. 493

³⁶⁶ *Ibíd.* p. 345

³⁶⁷ C.S.J, Febrero 4 de 1988. M.P Fabio Morón Díaz. En: Nuevo Foro Penal, núm.41. Bogotá: Temis, 1988.

³⁶⁸ *Ibíd.* p. 354

la responsabilidad del inimputable era de carácter objetivo para poder aplicar la medida de seguridad.

3.4.2 La Corte Constitucional: ¿El cambio de paradigma? Con la promulgación de la Carta de 1991, se inició un nuevo viraje al tratamiento de los inimputables. Aunque fue determinante en la adopción de determinadas sentencias, la producción y pronunciamiento de la Corte Constitucional en los años de existencia no sobrepasa la docena. La sentencia del 3 de junio de 1992³⁶⁹ argumentó a favor de mayores garantías para los inimputables.

Teniendo en cuenta el principio de la dignidad humana se exigió igual consideración y respeto, también la capacidad de autodeterminación y posibilidad de goce de los bienes inapreciables de la existencia. Para los enfermos incurables, la autodeterminación y la posibilidad de gozar de la existencia no les podía ser negada y las medidas de seguridad debían ser las más adecuadas y ajustadas a su disminuida condiciones físicas y mentales.

Para el Estado Social y Democrático de Derecho era un deber fundamental *proteger de manera especial a las personas con debilidad manifiesta por su condición económica, física y mental*. “Los convictos inimputables sujetos a una injusta y prolongada privación de su libertad, cesado el motivo de la correspondiente medida de seguridad, deben ser objeto de la protección integral por parte del Estado si se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta. La situación descrita transforma la obligación genérica del Estado frente a las personas débiles o marginadas, en obligación específica y hace nacer el correlativo derecho a exigir las prestaciones correspondientes por parte de las personas en quienes concurren las circunstancias de debilidad manifiesta”³⁷⁰.

³⁶⁹ C.C. T-401 de 1992. M. P Eduardo Cifuentes Muñoz.

³⁷⁰ *Ibíd.*

El precedente de la T-401 de 1992, permitió que con la sentencia del 6 de mayo de 1993³⁷¹, declarara inconstitucional los máximos y mínimos de la determinación de las medidas de seguridad. Se habló que al igual que la pena, la medida de seguridad era, cuando menos, limitativa de la libertad personal, así se estableciera que la medida de seguridad tuviera un fin "curativo", no estaba sometida a la libre voluntad de quien se la impusiera. "Ella es una medida coercitiva de la que no puede evadirse el inimputable por lo menos en relación con la internación en establecimiento psiquiátrico o clínica adecuada de carácter oficial."³⁷².

El Estado debía adelantar una política de rehabilitación dirigida a las personas diferentes desde el punto de vista síquico. Por eso, mientras el inimputable que ha cometido una conducta punible se encuentre siendo objeto de una medida de seguridad, el Estado debía proveer obligatoria e ininterrumpidamente todo el tratamiento científico especializado *para curar, tutelar y rehabilitar a la persona*, como el fin de que ella tenga dignidad. Se estableció un especial vínculo jurídico entre el inimputable y el Estado.

La Corte estimó que se encontraba en presencia de una proposición jurídica completa entre los tiempos del tratamiento de rehabilitación, pues si declaraba inexecutable la expresión "y un máximo indeterminado", debía en consecuencia declarar inexecutable el mínimo de internamiento de dos años, de seis meses y de un año. Ello por cuanto se estableció en la sentencia que *el tiempo de internación del inimputable no depende de la duración prevista en el tipo penal respectivo sino de la duración que tome el tratamiento*.

"La internación tiene un tope máximo de duración -no un mínimo-, dentro del cual, por motivos de rehabilitación gradual, se puede suspender condicionalmente la medida de internación. Ello por cuanto la rehabilitación mental no siempre es

³⁷¹ C.C. C-176 de 1993. M. S. Alejandro Martínez Caballero

³⁷² *Ibíd.*

absoluta sino que a veces es parcial o progresiva. Incluso en ocasiones no se recupera totalmente la salud síquica pero desaparece la propensión al delito. Es justamente merced a la suspensión condicional de esta medida que el inimputable puede gozar de libertad en forma anticipada”³⁷³

³⁷³ *Ibíd.*

CONCLUSIONES

La Escuela Criminológica Positiva respondió a las pretensiones de superación de los fundamentos de la Escuela Clásica, y al sentimiento de los autores italianos: Lombroso, Ferri y Garófalo, de unificar una ciencia, que desde el estudio del delincuente, tuviera un método científico de explicación. La defensa social permitió alejar al delincuente de la sociedad, fundamentado en la necesidad de protección. El hombre era responsable por vivir en sociedad, por eso, si este atentaba contra ella, era inminente la aplicación de ciertas medidas que corrigieran al delincuente para su posterior reinserción, si tenía cura. A los delincuentes que no “tuvieron remedio”, fueron destinatarios de una pena indeterminada o la eliminación de la sociedad. El uso de las medidas de seguridad de carácter pre-delictual y post-delictual terminó cercenando la libertad del hombre, se le juzgaba antes, durante y después de haber cometido el delito. La peligrosidad fue el fundamento para alejar a la persona diferente de la sociedad en una escala de superioridad biológica y social.

En América Latina la Criminología Positiva sirvió para que las élites criollas efectuaran el discurso de desprecio al negro y al indígena. En Colombia la implementación de esta corriente se hizo de la mano del Partido Liberal durante los años 30's. El Código de 1936 fue la materialización de los postulados ferrerianos que contendría el problema social. Con el período de La Violencia, el discurso positivista se amplió, los delincuentes ya no sólo serían los enfermos mentales, los enajenados, los peligrosos, sino también los delincuentes políticos que no compartían las ideas liberales o conservadoras. Personajes como Jorge Eliecer Gaitán y Luís Carlos Pérez, se vieron tentados por la criminología positiva. Esta adhesión se puede explicar, teniendo en cuenta que para el nacimiento de la Criminología y el desarrollo de sus concepciones las ideas para la época del S. XIX, eran nuevas y “avanzadas”, de ahí que pensadores como

Ferri, José Ingenieros y Gori en la Argentina, no encontraran inconvenientes en militar con las ideas socialistas, anarquistas y los postulados criminológicos.

Los presupuestos antropológicos y biológicos de la Escuela Positiva dieron paso para que en los inicios del S. XX en las legislaciones penales se implementaran las medidas de seguridad. Las enfermedades mentales comenzaron a ser catalogadas dentro del carácter nosológico; de la clase de enfermedad dependía la clase de medida de seguridad. El derecho penal dejó a la Psiquiatría la explicación de estos fenómenos que abiertamente dañaban a la sociedad, los médicos, psiquiatras y manicomios eran los encargados de curar. El enfermo mental fue relacionado no sólo como enfermo, sino como delincuente peligroso al que se le debía encerrar por su incapacidad de pensar.

La Criminología Positiva con sus altibajos fue envuelta en un ropaje de *ideología terapéutica*. Eugenio Cuello Calón fue la persona que difundió el carácter nosológico y las clases de medidas de seguridad en los códigos penales latinoamericanos. Se trató de superar el discurso biológico dando mayor énfasis a lo jurídico, el juez era el encargado de poner los límites de duración respecto del internamiento psiquiátrico y tratamiento. Abandonar el discurso Positivo, era retomar las condiciones del derecho penal de culpabilidad dentro del sistema dualista de equiparación de penas y medidas de seguridad. Este disponía para las personas libres, es decir las capaces de razonar: las penas. Los inimputables tenían la acción típica y antijurídica, como no eran culpables se les aplicaban las medidas de seguridad en relación al grado de peligrosidad que mantenían en la sociedad. El sistema dualista permitió que se excluyera del derecho penal a los inimputables. Fue la ratificación del derecho clásico para los imputables, y la continuidad del discurso criminológico positivo de eliminación para los inimputables.

Los códigos penales del S. XIX en el país trataron de acercarse a la posición de la Escuela Clásica mediante la división de sujetos imputables e inimputables. Para el Código de 1936 aunque no se continuó con esta partición, sí se mencionaba la grave anomalía psíquica o el trastorno mental como causales para que a una persona se le determinara la medida de seguridad. La peligrosidad era un principio fundamental de carácter progresista y completa aplicación. El Código Penal de 1980, dispuso en su concepción el derecho penal de culpabilidad. La grave anomalía psíquica fue reemplazada por la inmadurez psicológica. Los inimputables estarían sujetos a las medidas de seguridad que comprendían la internación en un hospital psiquiátrico, el trabajo en granjas agrícolas o casas de descanso y la libertad vigilada que prohibía el tránsito por determinados lugares. El psiquiatra era el que determinaba el grado de la enfermedad que padecía el delincuente o la inmadurez psicológica.

El delito del inimputable era cometido por causas mentales o psicológicas. A él era necesario curarlo, rehabilitarlo y educarlo mediante el internamiento psiquiátrico, que proveía todos los elementos necesarios para normalizar la conducta. El tratamiento y la determinación de la duración del internamiento, estaban condicionados a las respuestas de curación y mínimo peligro que pudiera representar para la sociedad. La inimputabilidad fue un concepto legal, pero también un modelo de construcción cultural y social, que dependió de la época y las condiciones históricas de la sociedad colombiana. Fue una tensión permanente entre el mero eficientismo penal pregonado por la Escuela Positiva y un garantismo ligado a la tradición del derecho penal liberal.

La adopción del modelo dualista en Colombia fue indiscutible. Para los inimputables, aunque no se hablaba expresamente del fundamento de la peligrosidad como condicionante necesario para la ejecución de la medida de seguridad, la falta de culpabilidad y responsabilidad en el hecho, permitieron que no fuera juzgado por el derecho penal de culpabilidad, sino por el derecho penal

de peligrosidad y defensa social. En cambio para los imputables, el respeto por las garantías y la adecuación de sus conductas conforme a la ley penal desarrollaron el carácter culpabilista del derecho penal. La indeterminación de las medidas, las clases de medidas de seguridad, la prohibición a determinados lugares, la obligatoriedad de permanencia en el domicilio, fueron *la continuidad del discurso peligrosista y diferenciador de la Criminología Positiva* en Colombia.

Aunque expresamente no se desarrolló en el Código Penal de 1980, con la permanencia del modelo dualista, se filtró frente a los inimputables una concepción terapéutica de corte peligrosista. Así, la comprensión de sujetos imputables de los que no lo eran dentro del derecho penal colombiano, fue el triunfo de la Escuela Positiva sobre la Escuela Clásica: derecho peligrosista vs. Derecho culpabilista. Las medidas de seguridad permitieron la duración del discurso Criminológico Positivo y la vigencia de un derecho penal de autor en la legislación penal de nuestro país, ocasionando la exclusión de los inimputables a finalidades y garantías psiquiátricas. Mediante el sistema dualista, las medidas de seguridad de fin peligrosista encontraron un asidero adecuado y necesario para estar vigente hasta nuestros días, la Criminología Positiva en relación a los inimputables.

La inimputabilidad no fue un tema que concentrará mayor importancia en las Altas Cortes. Para la Corte Suprema de Justicia durante los años 80's, la indeterminación de las medidas de seguridad, fue un elemento que no violó ningún tipo de derechos fundamentales ni individuales. Aceptaba a la vez, que sí existía en la nueva legislación rezagos positivistas pero que con el correr de los años estos serían superados por los aplicadores de la ley. Al contrario, la Corte Constitucional puso fin a la indeterminación de las medidas de seguridad, teniendo de presente el principio fundamental de la dignidad humana, pero se continuó hablando de personas disminuidas, débiles mentales etc, a las que el Estado Colombiano debía prestarles mayor atención. Los inimputables serían los

incapaces de cuidarse, por eso el Estado con ayuda de su *tutela*, los *protegería hasta alcanzar su curación*.

Si bien el cambio de indeterminación de las medidas de seguridad por parte de la Corte Constitucional, por los mínimos y máximos de permanencia en un centro psiquiátrico de rehabilitación fue innegable. El principio de la dignidad humana como una condición inherente a la persona, sólo se adecuó como característica necesaria para no violar el derecho a la igualdad. La Corte no evaluó en sí mismas las medidas de seguridad y el fundamento de su aparición y permanencia en la legislación penal colombiana. La Criminología Positiva continuó su vigencia ante los ojos del juez constitucional, sin percatarse de la ideología terapéutica de protección y rehabilitación que ella misma pregonaba.

BIBLIOGRAFÍA

FUENTE PRIMARIA

- Anteproyecto del Código Penal de 1974. Bogotá: Ministerio de Justicia, 1974. Acta N 41. S.P.
- Decreto 100 de 1980.
- C.C. T-401 de 1992. M. P Eduardo Cifuentes Muñoz.
- C.C. C-176 de 1993. M. S. Alejandro Martínez Caballero
- Código Penal de 1936. Novena edición actualizada. ORTEGA TORRES. Jorge. Bogotá: Temis, 1958.
- C.S.J, Febrero 17 de 1981. M.P Luis Enrique Romero Soto. En Nuevo Foro Penal, núm. 11. Bogotá: Temis, 1982.
- C.S.J, auto del 20 de agosto de 1987. M.P Gómez Otálora. En: Nuevo Foro Penal, núm. 38. Bogotá: Temis, 1988.
- C.S.J, Febrero 4 de 1988. M.P Fabio Morón Díaz. En: Nuevo Foro Penal, núm.41. Bogotá: Temis, 1988.

FUENTE SECUNDARIA

Libros y artículos

- ABADÍN. Catalina. La imagen del delincuente en la escuela clásica y en la escuela positiva. Escuela superior de derecho. Universidad Nacional Del Centro Provincia De Buenos Aires. Disponible en Internet:
<http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/viewFile/58/63>
- AGUDELO BETANCUR. Nódier. Inimputabilidad y responsabilidad penal. Bogotá: Temis, 1984
- _____., Los inimputables frente a las causales de justificación e inculpabilidad. Bogotá: Temis, 1984

- _____ . La estructura del delito en el Nuevo Código Penal. Introducción al sistema clásico y al sistema positivista. Medellín: Edit. Nuevo Foro, S.F.
- _____ . Grandes Corrientes del derecho penal. Escuela Positiva (Introducción a la lectura de César Lombroso, Rafael Garófalo y Enrique Ferri.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1991.
- AGUILERA PEÑA. Mario. Memoria, expediente criminal e investigación socio-jurídica. Disponible en Internet: <http://www.espaciocritico.com/articulo.asp?llamada=5&sbmnu=31&nu>
- ANZIT. Guerreo, Ramiro. El positivismo biológico en 'la sociedad y el delito' (1947) de José Belbey. En: Derecho Penal Online revista electrónica de doctrina y jurisprudencia en línea. Año: 2006. Mes: Noviembre. Disponible en Internet: <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=15,345,0,0,1,0>
- BARATTA, Alessandro. Principios del derecho penal mínimo. En: Criminología y sistema penal. Argentina: Euro editores, 2004
- _____., "Criminología crítica y crítica del derecho penal", México: Siglo XXI, 1986
- BERGALLI. Roberto. El pensamiento crítico y la criminología. Segunda Parte. En: El pensamiento criminológico I. Un análisis crítico. Bogotá: Temis, 1985
- _____., Perspectiva sociológica: sus orígenes. En: El pensamiento criminológico I. Un análisis crítico. Bogotá: Temis: 1985.
- BOGUN, Gustavo. El hombre y el delito según las escuelas clásica, positiva y escuela sociológica. Instituto Nacional contra la discriminación, la xenofobia y el racismo. Ministerio de Justicia, seguridad y derechos humanos de la República de Argentina. Disponible en: http://www.inadi.gov.ar/uploads/archivoEnTexto_26.doc
- BOLÍVAR ARDILA. Victoria. El trastorno mental transitorio como causal de inimputabilidad en el Código Penal de 1980. Bucaramanga: Universidad Autónoma de Bucaramanga, 1980. Tesis de Grado.

- BRAVO, Omar Alejandro. La ficticia figura psiquiátrico-penal del “loco peligroso”. En: Revista Electrónica de Psicología Social «Poiésis» ISSN 1692-0945. Nº 16 - Diciembre de 2008. Disponible en: <http://www.funlam.edu.co/poiesis>
- CALDERÓN CADAVID. Leonel. Los inimputables en los nuevos estatutos penales. Primera edición. Medellín: Biblioteca jurídica Dike, 1987.
- CÁRDENAS. Ruiz, Marco. Aplicación de la medida de seguridad de internación conforme a la jurisprudencia vinculante de Perú. En: Derecho Penal Online revista electrónica de doctrina y jurisprudencia en línea. Año: 2008. Mes: Diciembre. Disponible en Internet: <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=13,399,0,0,1,0>
- CARDONA. Rodas, Hildemar. “La antropología criminal en Colombia. El rostro del criminal revela su conducta anormal. En: MÁRQUEZ. Jorge. CASAS, Álvaro. Y otros. Higienizar, medicar y gobernar. Historia de la medicina y sociedad en Colombia. Medellín: La carreta editores. Grupo de investigaciones historia de la salud. Universidad Nacional, sede Medellín. 2004
- CUELLO CALON. Eugenio. La moderna penología. Represión del delito y tratamiento de los delincuentes. Penas y medidas. Su ejecución. Barcelona: Casa editorial Bosch, 1958
- DEL OLMO, Rosa. América Latina y su criminología. Siglo XXI: México, 1981.
- ESTRADA VÉLEZ, Federico. “Proyecto del Código Penal. Ponencia para primer debate” En: Nuevo Foro Penal, número 2. Medellín: Universidad de Medellín, 1979.
- FERRI. Enrico. Sociología Criminal. Traducción de Soto Hernández. Centro Editorial Góngora: Madrid. 1950.
- FOUCAULT. Michel. Genealogía del Racismo. La Guerra de las razas al racismo de Estado. Madrid: Edit. La piqueta. 1992
- _____., La verdad y las formas jurídicas. Estrategias de poder. Barcelona: Paídos, 1994

- _____ . La vida de los hombres infames. Madrid: La piqueta, 1990.
- _____ . Los anormales. México: Fondo de Cultura Económica. 1999
- _____ . Vigilar y Castigar. Siglo XIX: México, 1998
- JIMÉNEZ DE ASÚA. Luis. Lombroso. Buenos Aires: Editorial La Universidad, 1944
- LARRAURI. Elena. La herencia de la criminología crítica. Siglo XXI. Madrid: Tercera edición, 2000.
- LEAL MEDINA, Julio. La historia de las medidas de seguridad. Navarra: Thomso/Aranzardi, 2006.
- LOMBROSO. César. Los criminales. Barcelona: Centro editorial Presa. S.F
- LÓPEZ, Néstor. Los moradores de Gorgona: protagonistas de un paradigma Penitenciario en Colombia, 1959-1975. En: Anuario Colombiano de Historia Social y de la Cultura No. 33, 2006.
- MAPELLI CAFFARENA. Borja. Criminología crítica y ejecución penal. En: BUSTOS RAMÍREZ. Juan. Comp. Prevención y teoría de la pena. Santiago de Chile: Edit. Conosur Ltda., 1995
- MARROQUÍN. José Germán. FLÓREZ, Jaime. Apuntes para la historia de la criminología en Colombia. Instituto De Criminológica. Ciencias Penales Y Penitenciarias, VIII Reunión Profesores De Criminológica De Colombia. Bogotá, noviembre de 1985. Disponible en internet: <http://criminologiausco.blogspot.com/2005/08/historia-de-la-criminologia-en.html>
- MELO. Jorge Orlando. Del federalismo a la Constitución de 1886. En: Nueva Historia de Colombia. Tomo I Historia Política 1886-1946. Bogotá: Editorial Planeta, 1989.
- MERCURIO. Ezequiel. De la pericia psicológica al derecho penal de autor. Los discursos del poder. En: Derecho Penal Online revista electrónica de doctrina y

jurisprudencia en línea. Año: 2007. Mes: Mayo. Disponible en Internet: <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=14,400,0,0,1,0>

- MERTON, Robert. Teoría y estructura social. México: Fondo de Cultura Económica. 1992
- MILANESE. Pablo. La medida de seguridad y la "vuelta" a la inocuización en la sociedad de la inseguridad. En: Derecho Penal Online revista electrónica de doctrina y jurisprudencia en línea. Año: 2007. Mes: Noviembre. Disponible en: <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=13,191,0,0,1,0>
- MIRALLES. Teresa. Segunda Parte. Planteamientos criminológicos. Patología criminal: aspectos biológicos. En: El pensamiento criminológico I. Un análisis crítico. Bogotá: Temis: 1985
- MORA IZQUIERDO. Ricardo. Psiquiatría forense y nuevo Código Penal. En: Revista Colombiana de Psiquiatría, marzo de 1982. Vol. XI, núm. 1.
- MUÑOZ GÓMEZ, Jesús A. Apuntes para un enfoque histórico sobre los sistemas punitivos y la criminalidad en Colombia. Bogotá; trabajo mimeografiado, 1985.
- PÉREZ. Luis, Carlos. Criminología. La nueva concepción naturalista del delito. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, sección de extensión cultural, 1950.
- RAMOS, ARTEAGA, Elena. Las Penas y las medidas de seguridad en el Sistema de doble vía. En: Revista de Derecho Penal Nº 7. Bogotá: Leyer, Junio – julio de 1998
- REY VERA. Gloria. Administración de justicia y sistema penitenciario en el Estado Soberano de Santander. (1857-1878). Bucaramanga: Universidad Industrial de Santander, 2006. Tesis de Grado.
- REYES, ECHANDÍA. Alfonso. Criminología. Cuarta reimpresión de la octava edición. Bogotá: Temis, 2003.
- _____., Derecho Penal. Octava reimpresión de la undécima edición. Bogotá: Temis, 2002.

- _____., La imputabilidad. Quinta edición. Bogotá: Temis, 1997.
- RIVERA, Beiras. Iñaki. La política criminal de las escuelas del pensamiento criminológico. Intentos integradores y lucha de escuelas. En: Política Criminal y sistema Penal. Viejas y Nuevas Racionalidades punitivas. Anthropos, Barcelona, 2005.
- RORTY, Richard. Ensayos sobre Heidegger y otros pensadores contemporáneos. Escritos Filosóficos 2. Barcelona: Paidós, 1993
- SANDOVAL, Huertas Emiro. Penología Parte General y Parte Especial. Bogotá: Gustavo Ibáñez, 1998
- _____., Sistema Penal y criminología crítica. Bogotá: Temis, 1985.
- SOTOMAYOR. Juan, Oberto. Inimputabilidad y sistema penal. Bogotá: Temis. 1996.
- TAYLOR. Ian. WALTON, Paul. YOUNG, Jock. La nueva criminología. Contribución a una teoría social de la conducta desviada. Buenos Aires: Amorrortu editores. 1990.
- TRESPALACIOS, Jaime Gaviria. La inimputabilidad: concepto y alcance en el Código Penal Colombiano. En: Revista Colombiana de Psiquiatría, Suplemento No. 1, Vol. XXXIV, 2005.
- ZAFFARONI, Raúl Eugenio. Criminología. Aproximación desde un margen. Bogotá: Temis, 1988
- _____., Manual de Derecho Penal. México: Cárdenas editores, 1988.

TESIS DE GRADO

- ARCINIEGAS ÁLZATE. María. Emociones violentas como causales de inimputabilidad. Bogotá: Universidad Pontificia Javeriana, 2000. Tesis de grado

- BOLÍVAR ARDILA. Victoria. El trastorno mental transitorio como causal de inimputabilidad en el Código Penal de 1980. Bucaramanga: Universidad Autónoma de Bucaramanga, 1980. Tesis de Grado.
- REY VERA. Gloria. Administración de justicia y sistema penitenciario en el Estado Soberano de Santander. (1857-1878). Bucaramanga: Universidad Industrial de Santander, 2006. Tesis de Grado