

EL DELITO DE INCENDIO



Doctor JOSE IGNACIO TALERO

La Revista de las Fuerzas Armadas publica a continuación un interesante estudio jurídico producido a través del honorable Tribunal Superior Militar por el Magistrado ponente doctor José Ignacio Talero Losada, sobre el delito de incendio.

La culpabilidad en la configuración del Delito de Incendio. La culpa consciente y el dolo eventual. Demostración probatoria de la imputabilidad. Psicopatía y Epilepsia. Las nulidades en el Código Penal Militar. Los Consejos de Guerra Verbales frente a las garantías procesales.

En el incendio, el daño constituye una eventualidad; y eso quiere decir que el que resulte contra personas o cosas, constituye esa eventualidad vuel-

ta realidad, esto es, el evento o posibilidad envuelta en la noción de peligro, consustancial a la conducta incendiaria, convertida en acto. Esto excluye la culpa porque si el evento de daño es contenido del delito de peligro, su ocurrencia está prevista y aceptada de antemano su realización. En suma, el resultado no es producto de una conducta realizada con la esperanza y la

imprudente confianza de que el daño eventual que conlleva aquella no se realizará; mucho menos efecto de una imprevisión, puesto que la conducta por sí sola hace previsible mayores resultados que el incendio mismo, sino consecuencia advertible, indeterminadamente prevista y aceptada por el actor: al ejecutar el hecho inicialmente querido, el incendio. Solamente el perito, el médico especializado puede asignar a la psicopatía y a la epilepsia un valor exacto que excluya el concepto de grave anomalía o lo afirme. En la premura con que en el trámite de los Consejos de Guerra Verbales hay que apreciar las situaciones para su calificación en el concepto del auditor y en los cuestionarios, se explica que hechos como los que se investigaron y juzgaron, se configuren bajo modalidades que un examen de conjunto y particular al mismo tiempo, hecho sin los afanes de esas circunstancias demuestra inexacto.

Tribunal Superior Militar. Auto de mayo ocho de mil novecientos sesenta y nueve, por el cual se decreta una nulidad. Magistrado ponente: doctor José Ignacio Talero Losada.

En auto de 2 de noviembre de 1967 la presidencia del respectivo Consejo de Guerra Verbal declaró contrario a la evidencia procesal los veredictos absolutorios emitidos por el jurado a favor del particular N. N., por los delitos de "Homicidio" y "Lesiones Personales"; acogió y dejó en suspenso los veredictos absolutorios por "Abuso de confianza y otras defraudaciones" expedidos a favor de los particulares N. N., y

R. R.; acogió y dejó en suspenso los veredictos condenatorios emitidos contra los dos procesados, por el delito "del incendio, de la inundación y de otros delitos que envuelven un peligro común" y lo mismo hizo respecto a los condenatorios de R. R., por "Homicidio" y "Lesiones Personales".

Esta determinación fue apelada por N. N., y su defensor Teniente Coronel Francisco Afanador Cabrera.

Impuesta la tramitación de segunda instancia se oyó el concepto del señor Fiscal 2º de la Corporación, quien expresó su conformidad con el auto reclamado y solicitó su confirmación.

Resultandos y considerandos:

En las primeras horas de la madrugada del 8 de abril de 1967 se presentaron al establecimiento de diversión llamado "Grill...", en la calle 60 Nº 9-21 de esta ciudad, los jóvenes N. N., y R. R. El dueño del establecimiento J., negó el servicio a los visitantes por razón de las dificultades que solían causarle; esto determinó a uno de ellos a golpear con una piedra la puerta del establecimiento, rompiéndola. J., salió a hacer el reclamo correspondiente y mientras los jóvenes, ya en el interior del Grill discutían con el administrador, J. obtuvo el auxilio del personal de una radio patrulla cuyos integrantes requisaron a N. N., y R. R., sin hallarles arma alguna y por cuya intervención se arregló el problema surgiendo pagando N. N., cien pesos a J. por el daño producido. Se fueron los muchachos en el vehículo que venían utilizando, de propiedad del padre de N.

N. —no sin antes amenazar con volver— hacia la bomba de gasolina de la calle 42 con carrera 7ª en donde conocían a N. N., y en donde adquiriendo alrededor de cinco galones de gasolina que transportaron en una caneca que con mucha insistencia lograron que el bombero les prestara. N. N., dio una propina a ese muchacho y luego se trasladaron al Grill; regaron la gasolina al pie de la puerta de entrada y la prendieron. Rápidamente tomaron el vehículo y desaparecieron hacia el sur, doblando por la carrera 13, mientras se formaba la confusión y el caos dentro del establecimiento que funcionando en un local muy antiguo, decorado con cortinas y madera, fue fácil pasto de las llamas. J. y el administrador lograron salir a través del fuego y pedir auxilio de los bomberos que apagaron el incendio y sacaron a las personas medio asfixiadas o quemadas, que habían quedado atrapadas allí. El resultado ulteriormente comprobado, aparte de los daños producidos por el fuego y por la necesidad de extinguirlo, se concretó en la muerte de las señoras T. y V. y en las lesiones de A., B., C., D., E., y F. Pero es de advertir que según la diligencia, de fl. 4, puede haber sido mayor el número real de personas heridas.

R.R., fue capturado al día siguiente en Tunja y traído a Bogotá; en interrogatorio practicado por funcionarios del DAS reconoció los hechos atribuyendo su ejecución a N. N. Más tarde se retractó para aceptar su conocimiento del episodio hasta el momento de la rotura de la puerta del

Grill y el arreglo con J.; haciendo una relación que de ahí en adelante excluye la participación a N. N.; y naturalmente la suya propia. Pero no deja de reconocer que N. N. anunció a J. que volvería.

No puede dejar de relacionarse esta actitud con la demora en la presentación de N. N., a las autoridades y la expresión que se le escapa a R. R. sobre el arreglo familiar que importaba atender por los N. N., a la defensa de R. R.

Luego hace su presentación el joven N. N., con una historia completa sobre su amistad de más de diez años con R. R., respecto al cual se describe como una víctima de su temperamento violento y sus viciosas tendencias; como un explotado perenne que, sin embargo de la coacción que sugiere con tanta riqueza de datos, no actúe en el momento en que tal clase de relaciones y dominio debía producir sus frutos. Así pues, todo el trabajo de elaboración de la tesis de la coacción, con una bien escogida mezcla de hechos ciertos y supuestos para darle verosimilitud, fue inoficioso. Porque para ¿qué se alega una coacción cuando no se ha obrado?

En el afán de dar consistencia a la tesis se presentaron exageraciones contraproducentes. Como la de pretender una coacción física actual por la amenaza con arma que en poder de R. R., no fue vista en el momento en que hubiera sido más adecuado su empleo, dada su personalidad, como fue el de la discusión con J., y que los agentes de la policía no encontraron en una

requisa que hacía difícil ocultarla porque R. R., solamente tenía suéter y pantalón. Y en cambio aparece para el solo efecto de hacer que N. N., diera una propina al bombero... Como la de atribuir antecedentes de piromanía a R. R., a base de hechos que no la constituyen o que fueron francamente desvirtuados.

Pero también se descuidaron detalles. Como hacer la presentación voluntaria de N. N., ya en compañía de abogado; y lo más importante el reconocimiento de la representación del resultado, así haya sido adjudicado por N. N., a R. R., cuando al fl. 131 expresa: "...La gasolina que voy a comprar para meterle candela y dejar chicharrones a todos esos hijueputas del Bar". No queda así como una acusación tendenciosa la que se ha hecho por los testigos, incluyendo a los agentes de la Policía, de que al abandonar el Grill después de pagar el daño, ambos profirieron amenazas (volveremos, volveremos a incendiar esto, nos veremos, etc.).

Y cuando se señala a N. N., pagando el daño sin ninguna coacción y antes bien con oposición de R. R., y se le indica como el bajito, el que más alegaba y se le muestra insistiendo en el préstamo de la caneca y dando propina al bombero, se le coloca por la prueba, en una reconstrucción histórica fiel, en la posición de coautor que luego los cuestionarios tradujeron.

Por razón de lo que habrá de resolverse aquí, no es pertinente extraer una conclusión de todo lo anterior, relacionada con la responsabilidad de N.

N. Pero sí debe anotarse que el proceso permite ensayar una explicación de las conductas sin recurrir a las implícitas referencias a la manoseada tesis del incubo y el súcubo.

N. N. ha dispuesto de medios económicos que le han dado una prepotencia a cuyo amparo ha podido llevar una vida distraída y fácil, no contenida ni truncada con la aparente adquisición de las responsabilidades de su matrimonio. Así lo indica lo poco que se indagó al respecto. Idas al Club del Comercio, al de La Colina, al Grill Los Solteros.

El dinero le permitió adquirir un respaldo de fuerza para sus andanzas y lo halló fácilmente en R. R., cuyas condiciones síquicas y económicas resultaron exactamente adecuadas. Impulsivo, audaz y de no despreciable corpulencia; y carente de medios económicos para procurarse por sí mismo las fiestas, los clubes y el uso continuo de vehículo particular.

Por eso, en primer término, no se puede hablar de coacción y en segundo lugar el enfoque de los delitos contra la vida y la integridad personal no es el que se hizo en los cuestionarios.

Sobre lo primero el señor Fiscal 2º hace apropiados comentarios "en su concepto de fl. 196 del 2º cdo., y respecto a lo segundo la Sala hace estas consideraciones:

En la premura con que en el trámite de los Consejos de Guerra Verbales hay que apreciar las situaciones para su calificación en el concepto del Auditor y en los cuestionarios, se explica que hechos como los que se investiga-

ror y juzgaron, se configuren bajo modalidades que un examen de conjunto y particular al mismo tiempo, hecho sin los afanes de esas circunstancias demuestra inexacto y es lo que ocurrió con respecto a los delitos de homicidio y lesiones personales.

La similitud de las modalidades de la culpa consciente y el dolo eventual que ha llevado a algunos comentadores y tratadistas a negar sus diferencias, produjo la imputación de esos delitos como culposos cuando son indiscutiblemente dolosos.

En efecto, arrancando del delito de incendio que fue causa y medio de los otros, hay que tener en cuenta que es de peligro. Su objetividad radica en la "necesidad de preservar a la sociedad civil del peligro de fuego, independientemente del daño que pueda seguirse a las propiedades. Esta característica distingue este delito del de daño en cosa ajena, que es un delito típico de lesión o daño, mientras aquel es un delito exclusivamente de peligro. En este, el daño constituye una eventualidad, extraña a la noción del delito" (Maggiore, "Derecho Penal", Volumen III, pág. 471).

En el incendio, dice Maggiore, el daño constituye una eventualidad; y eso quiere decir que el que resulte contra personas o cosas, constituye esa eventualidad vuelta realidad, esto es, el evento o posibilidad envuelta en la noción de peligro, consustancial a la conducta incendiaria, convertida en acto.

Esto excluye la culpa porque si el evento de daño es contenido del delito

de peligro, su ocurrencia está prevista; y aceptada de antemano su realización.

En suma, el resultado no es producto de una conducta realizada con la esperanza y la imprudente confianza de que el daño eventual que conlleva aquella no se realizará; mucho menos efecto de una imprevisión, puesto que la conducta por sí sola hace previsibles mayores resultados que el incendio mismo, sino consecuencia advertible, indeterminadamente prevista y aceptada por el actor al ejecutar el hecho inicialmente querido: el incendio.

Viene al caso, en el orden demostrativo de la inminencia para todos conocida de daños ulteriores por el incendio, este párrafo del profesor Luis Caro Escallón sobre aspectos probatorios.

"...En la etapa más reciente se menciona la teoría de las máximas de la experiencia, que introdujo al Derecho Procesal el tratadista alemán Stein, quien las consideró como "definiciones o sentencias hipotéticas de contenido general, independientes del caso concreto que se juzga en el proceso y de los hechos propios del mismo, suministradas por la experiencia, pero que tienen valor por sí solas, frente a los casos singulares cuya observación originó su deducción, además de los cuales deben tener valor para nuevos ejemplos"... Para intentar la clarificación de este concepto, de suyo intrincado, es preciso mencionar ejemplos, y entre los que pueden aducirse como originados en las reglas o máximas de la experiencia, considero de especial relieve el juicio que los hombres emi-

ten a cada paso sobre la posibilidad o imposibilidad de un hecho... Ciertamente, no se ve necesidad alguna de probarle al juzgador que el fuego quema, o que los cuerpos están sometidos a la ley de la gravedad, o que los mismos se dilatan por acción del calor, o las reglas de las matemáticas elementales. En un plano menos sencillo, tampoco se percibe esa necesidad para probarle que arrojar una tea encendida a un tanque de gasolina ocasiona un incendio y explosión automáticas, o que el automóvil que recorre la vía a 80 kilómetros por hora no puede detenerse en el espacio de dos metros”.

Y alrededor del dolo valen las explicaciones de Hans Welsel, en su “Derecho Penal”, Parte General, pág. 74, cuando dice: “2. Clases de dolo. El dolo como voluntad de hecho significa, por tanto, voluntad de concreción. “Querer” no quiere decir, en derecho penal, querer “tener” o “alcanzar” (en el sentido de lo aspirado), sino querer “concretar”... Quien incendia su casa para obtener la suma del seguro, solamente quiere “tener” el dinero. La destrucción de la casa, como medio necesario, quizá la lamenta mucho; lo mismo que la destrucción del mobiliario o, eventualmente, la muerte de una habitante paralítica, de la cual sabe que ha de perder la vida en el incendio. Y, sin embargo, ha querido concretar la destrucción de la casa, la destrucción del mobiliario y la muerte de la mujer... En el complejo total que debe realizar el autor para alcanzar su meta, las más de las veces es aspirada solamente una parte, precisamente la

meta. Lo demás debe realizarlo como circunstancia acompañante necesaria; también esto está sujeto a la voluntad de concreción, es decir, no solamente la meta aspirada, sino también los medios necesarios y las consecuencias secundarias...”. “El llamado dolo condicionado (dolus eventualis). El nombre conduce a errores: no se trata de una voluntad de hecho eventual (condicionada) sino de una voluntad no condicionada para el hecho, que se extiende a cosas que posiblemente (eventualmente) se producirán. El querer condicionado, es decir, indeciso en absoluto, no es todavía ningún dolo R. G. 63-341: 71-53... Si el autor sabe, en el ejemplo antes mencionado del incendio, que la mujer perderá la vida con seguridad, entonces actúa con dolo directo (con voluntad de concreción de consecuencias secundarias que se producen con seguridad). Si solo lo cree posible, pero quiere realizar el incendio también en ese caso, obra con dolus eventualis (la voluntad de concreción de consecuencias posibles), es decir, quiere el hecho incondicionalmente, aun cuando tengan que presentarse ciertas consecuencias secundarias punibles... Con ello se distingue el dolus eventualis de la culpa consciente. En el dolus eventualis, el autor quiere el hecho incondicionalmente, también para el caso de que se presenten como posibles consecuencias penales secundarias. En la culpa consciente actúa en la esperanza de que evitará la consecuencia criminal representada como posible, o sea, como si la circunstancia representada como posible no existie-

ra. RG., 21-420. Aquí falta la voluntad incondicional de concreción del hecho, que abarca también las posibles consecuencias típicas secundarias. RG., 73-168... Para la cuestión de la prueba, extraordinariamente difícil en estos casos, presenta buenos servicios la llamada segunda fórmula de FRANK: se debe suponer la voluntad incondicional del hecho, si para la formación de voluntad del autor fue indiferente que se representara la consecuencia anti-jurídica como segura o solamente como posible; con otras palabras, el autor se dijo: "sea así o de otro modo, llegue a ser así o de otro modo, lo mismo actuó" (Frank, 59 v). Ejemplo: un peón ha causado un incendio, entonces actuó (conscientemente) culposamente. En cambio, si estaba conforme con la consecuencia posible (p. j., porque se había peleado con el patrón), entonces habría acarreado el incendio con *dolus eventualis*. Hay que tener presente siempre, que puede existir *dolus eventualis* solamente cuando el autor fue realmente consciente de las consecuencias posibles. Si no ha pensado en absoluto en ellas, habiéndolas podido conocer, actúa solamente (inconscientemente) culposamente, pero nunca con *dolus eventualis* (véase RG. 73-168; BGH., NJW., 53-153)".

N. N., y R. R., asiduos asistentes al "Grill...", conocían su ubicación, su peligrosidad (local viejo, con una sola y estrecha entrada, decorado con cortinas, etc.) y aún desechando la manifestación del deseo de dejar como chicharrones a los que allí se encontraran, por la indole de la acción que iban a

realizar tenían que prever sus resultados (de lesiones y hasta muertes) y no obstante esa circunstancia no se contuvieron. Tal era su rencor contra J. Y realizaron por sobre toda consideración lo que querían, el incendio, sin que confiaran en que las consecuencias no se presentaran, sino a pesar de la eventualidad de que se presentaran.

Es entonces indudable que el enfoque de culpa no corresponde a la realidad. Los hechos, ya analizados a fondo, ponen de manifiesto un dolo eventual como elemento síquico del delito.

El Código de Justicia Penal Militar ofrece un medio para restablecer el equilibrio del interés social e individual cuando este se ha roto por una equivocada concepción de la significación penal de los hechos. El numeral 6º del artículo 441 establece como causa de nulidad del proceso penal militar. "No haberse elaborado el cuestionario o cuestionarios en la forma establecida en este Código". Y esa forma incluye, de acuerdo con el artículo 559 la determinación del hecho materia de la causa, especificando los elementos que lo constituyen. Y uno de los elementos esenciales es el síquico. Existencia de propósito o falta de él que es remplazado por la imprevisión de lo previsible o por la confianza imprudente en evitar las consecuencias del propio hecho.

Con relación a las nulidades, el artículo 442 del C. de J. P. M., no establece una facultad sino una obligación de la jurisdicción: "En cualquier estado del proceso en el que el juez advierta que existe alguna de las causales

previstas en el artículo anterior, decretará la nulidad..." "Es entonces imperativa esta norma y sobran las discusiones sobre la conveniencia o inconveniencia de la nulidad.

No obstante, esa conveniencia puede destacarse volviendo a las particularidades de la personalidad de Santos Navarro, porque la opinión que expresó la Sala en otro lugar, no está alejada de las conclusiones que sugieren los datos que se tienen al respecto.

Al decir esto no se está afirmando que R. R., padezca alguna forma de alienación, ni mucho menos que hubiera actuado bajo su influjo. Acaso más bien las características de su personalidad hayan constituido factor criminógeno notable para que sin salirse del campo de la normalidad, con el concurso o complemento de la personalidad de N. N., se produjera a la postre el hecho de ambos.

Nada dice contra esto que la familia N. N., sea distinguida en todo sentido e irreprochable la trayectoria de don N. N., padre, según se certifica de fl. 226 en adelante, porque es N. N., el sujeto de la acción penal y no otro.

Ni el fácil acceso en la Empresa de su suegro y el buen concepto de éste, pueden desvirtuar las conclusiones sobre la conducta de N. N. Cuando más, si no se hace el análisis de tantos subyacentes determinantes sociológicos del delito como hay en la actualidad produciendo el pandillismo y tantas formas de delincuencia juvenil, todo ello puede sorprender ingratamente a quienes han conocido de cerca a la familia N. N.

Con todo esto quiere decir la Sala, que existentes ya algunos datos que sugerían la necesidad de definir el punto relativo a la personalidad de R. R., ha debido procurarse la prueba sobre la cual se reiteró pedimento al comienzo del Consejo y que contando con datos como el de la Clínica, al fl. 296 del primer cuaderno y con la de fl. 5 del 2º, quizá habría podido ser practicable dentro del acto.

La definición habría despejado una duda que subsiste, no importa con cuanta fuerza. ¿Es R. R., un sicópata epiléptico que sin embargo, ha actuado en estado de normalidad, esto es, no hallándose bajo el dominio de las características anulatorias del juicio, aunque aquella sicopatía y epilepsia puedan ser factores criminógenos coadyuvantes como lo es también el ambiente familiar desfavorable en que ha vivido, según lo indica el documento de fl. 5 del cdo. 2º, o, por el contrario, esa sicopatía se agudizó y lo llevó a actuar?

No interesa que como se ha dicho, la corporación crea lo primero, o sea que R. R., actuó en condiciones de normalidad frente al Derecho Penal.

No importa, porque no son los jueces, sino los peritos médicos los llamados por la ley a definir un punto que es importante en el futuro de la consecuencia penal: penas o medidas de seguridad como lo dice la Corte. El artículo 374 del C. de P. P. contiene una obligación facultativa para el funcionario de instrucción, condicionada al hecho de que si en la persona del procesado se descubrieren u observa-

ren indicios de que padece de una grave anomalía síquica o de intoxicación crónica, producida por el alcohol o por cualquier otra sustancia venenosa, puede ordenar la práctica de la prueba tendiente a determinar ese hecho. Establecida en principio la grave anomalía síquica, es indudable que surge la obligación respecto del funcionario para ordenar la práctica de la prueba, pero la circunstancia de que el procesado, al rendir la indagatoria, manifieste que no recuerda los hechos por los cuales se le interroga, no constituye indicio alguno para que, perentoriamente, se averigüe un dato que en la mayoría de los casos, está ausente de la realidad procesal" (Sentencia, 4 julio de 1950. LXVII, 583).

El profesor Caro Escallón, citado ya aquí en otra parte, ofrece la razón por la cual en nuestro sistema procesal son los peritos y no los jueces, quienes deben emitir conclusiones a estos respectos. Dice: "Es sabido que un sector muy amplio de la doctrina contemporánea aboga por quitar a la pericia su carácter de medio de prueba y en ella ve apenas un sustituto eventual del conocimiento del juzgador, quien así determinaría autónomamente en cada ejemplo concreto si necesita o no del dictamen. Si se da la coincidencia de que el juez ha realizado anteriormente estudios especializados sobre el punto científico o técnico que se presenta; o si él estima que extraprocesalmente puede obtener las fuentes donde conozca con seguridad los principios científicos o técnicos respectivos, no ordenará la pericia... Nuestra legislación

patrocina ambas teorías. La civil y la penal se acogieron a la primera; en cambio, la laboral instituyó la segunda.

Tanto para el Código procesal civil (artículo 705) como para el procesal penal (artículo 256) la única condición esencial para que surja la necesidad de decretar la pericia es que se presente un hecho cuya investigación o comprobación requiera conocimientos especiales de determinadas ciencias o artes. En cuanto esa condición se cumpla, el juez no puede negarse a ordenarla. El Código Procesal Laboral, al contrario, estableció que "la prueba pericial solo tendrá lugar cuando el juez estime que debe designar un perito que lo asesore en los asuntos que requieran conocimientos especiales" (artículo 51)... Los motivos en que suele apoyarse esta tendencia tienden a destacar cómo la máxima de experiencia científica o artística, por especializada que se la suponga, forma parte de los principios intelectuales en que se base el razonamiento del juzgador, de tal modo que la única persona legítimamente llamada a determinar la forma de adquirir, ratificar o perfeccionar el conocimiento de la máxima, es el propio juez. Argumento al que ahora deberíamos agregar, siguiendo la descomposición lógica ya planteada, que la máxima de experiencia pertenece a la premisa mayor y no a la menor del silogismo, lo cual indica que no debe constituir tema de la prueba... 10. Son más atendibles, sin embargo, las razones que pueden esgrimirse en la defensa del concepto limitativo... La doctrina y las legislaciones descartan

como tema de la prueba la existencia, la vigencia y el significado de la norma jurídica aplicable, porque suponen que el juzgador las conoce (o debe conocerlas) suficientemente; pero al propio tiempo contemplan como excepción a este principio el evento de que pretenda aplicarse una ley extranjera, porque no podrían exigirle una versación completa sobre los derechos positivos vigentes en todos los países. La exigencia resultaría absurda y suponer esa versación en un hombre resultaría inverosímil. La ley extranjera se convierte así en tema de prueba, no obstante que va a integrar la premisa mayor del juicio, la norma aplicable. Pues bien: los términos de discusión indican que una solución semejante es la que cabe adoptar para las denominadas "máximas de la experiencia". La ley puede y debe suponer que el juez conoce las reglas de experiencia comunes a todos los jueces; pero en cuanto se trate de algo que exija especialización, como también sería inverosímil suponerlo sabedor de todas las ramas de la ciencia o del arte, la regla debe ser objeto de prueba y obtenerse el concurso del perito... Esto, por lo que hace a la descomposición lógica... Por lo que respecta a la incidencia procesal, una idea amplia y generalizada de las reglas de experiencia conlleva claros peligros de arbitrariedad y de sorpresa en puntos del debate que pueden ser de notoria importancia, e inclusive, los que determinan la decisión de la litis... Si al juez se solicita el decreto de un dictamen por peritos grafólogos para analizar una presunta

falta de falsedad documental que, además, es el punto céntrico de la discusión judicial y se da la casualidad de que ese juez realizó anteriormente estudios de grafología, o cuenta entre sus relaciones con expertos que puede consultar, o estima que en su biblioteca particular tiene tratados sobre la materia que le son suficientes, podrá abstenerse de ordenar la pericia. En la sentencia aparecerán los estudios y conclusiones del juez. Tendremos así un dictamen al que faltó toda crítica previa, incontrolado e incontrolable por las partes del proceso, que al tiempo del fallo vendrán a descubrir, un tanto estupefactas, cómo carecieron de toda intervención en la cuestión fundamental para la solución de la controversia. Aunque el concepto se difracciona, para su presentación en la doctrina, con las más atrayentes sutilezas sobre la dignidad y la autonomía intelectuales del juzgador, no podrá ocultar la irritante paradoja de su fondo, que descubre la violación de los más conocidos, respetados y elementales derechos de las partes". "Sugerencias en torno a la prueba jurídica", (Separata de la Revista "Universistas", Nº 13, noviembre de 1966).

Definir entonces el grado de la psicopatía, es decir, si alcanza a ser una enfermedad mental grave o no y la influencia que haya podido tener sobre el delito, correspondía y corresponde aún a los médicos, quienes despejarán el camino a este respecto y permitirán estudiar la situación de R. R., a la luz de una pretensión de medidas de se-

guridad o descartar categóricamente su probabilidad.

Es que como dice el profesor Uribe Cualla, "Cuando se habla de los que padecen grave anomalía síquica, se comprenden muchas deficiencias mentales, que están muy lejos de ser verdaderas locuras o hacencias, pero que sin embargo, reducen al individuo, y que por tanto hacen que su capacidad penal sea nula o por lo menos atenuada". Y desde el punto de vista jurídico anotó el doctor Carlos Lozano al explicar el origen del artículo 29 del Código Penal, que "en el estado actual de la psiquiatría no era posible usar términos más precisos, pues se habría corrido el riesgo de dejar por fuera de la disposición algunos de los grupos de enfermedades mentales". Y agregó: "hay sicosis y neurosis que no producen enajenación mental, en sentido técnico, pues conservan el goce del raciocinio, del juicio y de la lucidez intelectual. Pero socavan o anulan los sentimientos y las fuerzas volitivas, determinando actos imposibles de controlar o refrenar". (Cita de Luis Carlos Pérez en su "Derecho Penal". Parte General, Volumen IV, pág. 300).

Es evidente, estando conforme con la explicación anterior, que solamente el perito, el médico especializado podría asignar a la psicopatía y a la epilepsia un valor exacto que excluya el concepto de grave anomalía o lo afirme.

Sobre la psicopatía y como ratificación de todo esto, dice I. F. Sluchevski: "Las psicopatías no son enfermedades

en el verdadero sentido de la palabra. En ellas hay rasgos patológicos estables, con un temperamento y carácter propios. Lo que diferencia al psicópata no es un trastorno cualquiera de su intelecto, el cual, a veces, puede ser inclusive muy elevado, sino las alteraciones patológicas de sus sentimientos y su conducta. Esto produce una desarmonía de toda la actividad del psicópata, quien por conocer sus defectos, los sufre difícilmente. Se halla en conflicto constante con cuantos le rodean y a todos los predispone en contra suya...". "Los psicópatas en estado habitual son de ordinario responsables de los delitos cometidos. En algunas formas de psicopatía, como es la hipotímico-explosiva, son muy fáciles las situaciones de excepción (afecto patológico, embriaguez patológica). El dictamen determina entonces la existencia del estado de excepción, y, en caso afirmativo, se les considera irresponsables. En las formas muy acusadas de la psicopatía paranoica, psicasténica, parabólica e hipocondríaca, puede llegarse inclusive a equiparar estos psicópatas a los enfermos psíquicos. En casos muy excepcionales se les considerará irresponsables y necesitados de tratamiento obligatorio". (Psiquiatría, autor citado, págs. 343 y 352).

Hablando de la Epilepsia, Enrico Altavilla señala, en lo que interesa al punto que se comenta, esto: "Hasta ahora hemos examinado la actitud del epiléptico cuyos procesos mentales se turban al surgir un estado convulsivo; pero el mayor interés criminológico es el suministrado por la influencia que

puede tener esta enfermedad para plasmar constituciones criminales, y por esto hay que hacer recaer la indagación sobre la imputabilidad en los periodos de intervalo... Debe distinguirse entre la forma originaria degenerativa, por la cual el delincuente recibe una desventurada herencia, y la forma posnatal, que se va formando al repetirse los accesos. En efecto, la epilepsia, por la devastación que puede producir en los más delicados procesos mentales, imprime notas de inferioridad en el dinamismo síquico, que se revelan contra la uniformidad de criterio. En efecto, si es cierto que a veces se observan en el proceso mental lentitud, minuciosidad y viscosidad de pensamiento (señora **Minkowska**), otras veces este fluye rápido y rabioso... Pero las notas que más le interesan al criminólogo son "aquellas perturbaciones estables o episódicas de la personalidad psicológica (ligadas a fenómenos humorales) que se revelan a través de desarmonía de conducta y de actos antisociales que suelen acumular en la criminalidad"; es decir, el complejo indecafectivo se conturba profundamente, así como su capacidad para controlar estímulos endógenos y exógenos. De modo que las notas que constituyen la personalidad criminal del delincuente son las que siguen: ...a) Irritabilidad e irascibilidad... b) Emotividad... c) Impulsividad... d) Inmoralidad..." (Altavilla. "La Dinámica del Delito", página 371).

Se han querido destacar con estas citas los puntos que ha presentado la Sala, a saber: que si bien los rasgos

de sicopatía y epilepsia no indican en R. R., una intensidad tal que permita colocarlo entre los delincuentes de que trata el artículo 29 del C. P., porque más bien esos rasgos operan como circunstancias que han facilitado el delito sin la anulación de la conciencia y la responsabilidad, el tema es de tal naturaleza complejo que su definición corresponde por imperio científico a peritos médicos especializados, quienes, por otra parte, por mandato del sistema procesal penal colombiano, como se vio en párrafo del profesor Luis Caro Escallón, cuya cita se hizo, son los únicos autorizados para hacer una definición atendible dentro del juicio.

Así concurre esta importantísima cuestión de conveniencia, a reforzar la necesidad de la declaratoria de nulidad por error en la confección de los cuestionarios por homicidio y lesiones personales.

En mérito de lo expuesto y oído el concepto fiscal el Tribunal Superior Militar administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Declarar nulo lo actuado por el Consejo de Guerra Verbal que fue convocado por el señor Comandante de la Brigada de Institutos Militares para juzgar a los particulares N. N., y R. R., por los delitos de Abuso de Confianza y otras defraudaciones (daño de cosa ajena), Incendio y Homicidio y Lesiones Personales, por las razones expuestas en el Cuerpo de esta providencia.