

NUEVO ESQUEMA DEL DELITO EN EL PROYECTO DE CODIGO PENAL

SEGUNDA PARTE

DR. JUAN FERNANDEZ CARRASQUILLA

Magistrado del Tribunal Superior de Medellín y Profesor de
Derecho Penal de la Universidad de Medellín.

La amplia y completa exposición teórica del Dr. NODIER AGUDELO, me redime a mí de la obligación de hacer algunos preámbulos de carácter general, sin los cuales mi particular interpretación del proyecto de 1976, podría no resultar suficientemente comprensible. Desgraciadamente el programa de trabajo trazado y el tiempo disponible, no nos permiten responder a nivel puramente abstracto y teórico las objeciones que implica la exposición del Dr. NODIER AGUDELO contra nuestra personal concepción del delito y me limitaré a anticipar, contra el finalismo ortodoxo en el cual él es un experto porque acaba de regresar de Alemania, precisamente de estudiarlo en sus fuentes, las siguientes objeciones, antes de entrar en materia: yo diría que el finalismo no es la culminación de un proceso, sino que es un punto de avance en un proceso; pero el finalismo no terminó con el Derecho Penal, no ha dicho la última palabra, hasta allí no llega la ciencia. Yo no diría que la

Versión estenográfica de la Conferencia dictada en el Colegio Antioqueño de Abogados (COLEGAS), el 26 de Mayo de 1977, junto con el Dr. Nódier Agudelo Betancur. La versión estuvo a cargo de Guillermo Villa Alzate.

evolución dogmática, como dicen los finalistas se acabó con ellos, como decía CARRARA en su tiempo que ya no había nada más que decir sobre la teoría del Delito, porque ya todo estaba dicho, ni como decía FERRI también en su tiempo, que ya no había nada más que rastrear porque él había dicho la última palabra, incluso por encima de la última palabra de CARRARA. Yo creo que por encima de la última palabra de CARRARA y la última de FERRI, y la última de WELZEL, todavía la doctrina va a seguir evolucionando, y que el finalismo tiene puntos flojos. **Primero**, la concepción finalista de la acción, que se estructura sobre el dogma ontológico de la finalidad descubierto por HARTMANN, pero, desde luego, con antecedentes importantísimos en la filosofía, desde ARISTÓTELES, olvida la estructura causal de la acción. HARTMANN es supremamente claro en que la categoría de la finalidad que define la acción humana y la distingue de la conducta o del comportamiento animal, no excluye, sino que por el contrario, presupone y la domina, la encausa hacia determinados objetivos. El finalismo, un poco entusiasmado con la idea de la finalidad, con el descubrimiento de la finalidad en la acción jurídico-penal y con las implicaciones teóricas revolucionarias para la teoría del delito, olvidó mucho este aspecto.

Segundo, si como bien lo exponía el Dr. NODIER AGUDELO, el error de tipo excluye la parte subjetiva del tipo, es decir, la tipicidad, y si por otra parte el tipo es, como tiene que ser, un tipo de acción una descripción de acción, entonces el error de tipo que coincide poco más o menos, pero no exactamente con lo que nosotros llamamos error de hecho, debería excluir no la parte subjetiva del tipo sino la acción misma, porque tendría que haber coincidencia entre la voluntad de acción y la voluntad propia del tipo, ya que el tipo no hace sino describir la acción en sus elementos objetivos y subjetivos.

Pero si comprobado el error de tipo como en el caso del cazador, que el Dr. AGUDELO puso, subsiste una acción de intentar matar un conejo es porque la voluntad, el contenido de la voluntad de acción jurídico-penal no coincide con el contenido de la voluntad de tipo.

Tercero, el finalismo es el punto de avance en un proceso que consiste en la subjetivación del tipo de injusto, es decir, en traspasar al tipo de injusto los elementos subjetivos del delito y en dejar la culpabilidad como un elemento o componente normativo, axiológico o valorativo. Pero el finalismo no ha culminado ese proceso porque la culpabilidad en el finalismo está integrada por la imputabilidad y por el potencial conocimiento del injusto, más la exigibilidad, tácitamente incrustada por ellos, y es evidente que la imputabilidad definida como una capacidad psíquica es un elemento psicológico; si es un elemento psicológico, no tiene absolutamente nada que hacer en una concepción puramente axiológica de la culpabilidad. Es un fundamento para el juicio de reproche, pero no es un juicio de reproche. La imputabilidad no es un juicio de reproche; es una capacidad psicológica del individuo. Eso lo reconocen los finalistas. Pero el potencial conocimiento del injusto no deja tampoco de ser un elemento psicológico porque le agregamos la palabra "potencial"; el conocimiento es un elemento psicológico, sea como conocimiento de lo real o como conocimiento de lo posible. Lo que ellos llaman el potencial conocimiento del

injusto no es una posibilidad, ese es un subterfugio metafísico que los finalistas emplean. El potencial conocimiento del injusto es el conocimiento de la posible antijuridicidad del hecho, el conocimiento de la posible injusticia del hecho. Es, por lo tanto, un conocimiento y no un juicio de valor. Eso desde el punto de vista teórico.

Veamos que se puede hacer en este Anteproyecto. La primera impresión que a mí me ha dado, que comparto desde luego el Dr. AGUDELO y los conferencistas que en este mismo recinto nos han precedido, es que se trata de un estatuto bastante moderno. Un estatuto bastante moderno por su terminología y un estatuto bastante moderno por su conceptuación. Ya no estamos en las fuerzas y las cantidades de CARRARA, ni en los elementos estructurales de FERRI, sino que estamos de lleno, por definición de ley, si esto llegara a ser ley, en el plano de la definición dogmática o técnico-jurídica del delito como acción típica, antijurídica y culpable. Gústenos o no esa manera de conceptualizar el fenómeno delictuoso, esa es la realidad del Anteproyecto. Tenemos que determinar si el Anteproyecto ha sido coherente dentro de su propia concepción del contenido de cada uno de sus elementos. Yo creo que sí y también ese sistema de conceptualización es mejor que el vigente actualmente.

Yo creo que desde el punto de vista de la política criminal este Anteproyecto representa un medio de lucha muchísimo más eficaz contra la delincuencia, porque muchísimos casos que han sido conflictivos en la jurisprudencia, que han trabajado sobre el código de 1936, quedan aquí resueltos con una claridad meridiana, y se van a obviar absolutamente muchas causas de imputabilidad institucionalizadas a través de la interpretación jurisprudencial. Pero por sobre todo, yo creo que la importancia definitiva del Anteproyecto es el haber erradicado el concepto de peligrosidad, como cimiento de la responsabilidad criminal. Yo creo que hoy no queda ningún penalista de prestigio que sostenga el peligroso concepto de la peligrosidad como fundamento de la responsabilidad. Incluso, esta es la hora en que estamos dudando ya de que ese puede ser el verdadero fundamento en el código de 1936, pero sin embargo, su terminología difícilmente permite otro tipo de interpretación.

El Anteproyecto no está tallado según los parámetros de la escuela clásica ni según los parámetros de la escuela positiva; más aún, ni siquiera está tallado sobre los parámetros de la escuela clásica alemana, del esquema clásico del delito, que muy bien definía el Dr. AGUDELO. Está tallado en una concepción de la actividad punitiva, que se inspira en la conciliación de escuelas que se produjo muy avanzada ya la dogmática alemana, pero comenzando el tecnicismo jurídico italiano. Está tallado en el sistema binario de la responsabilidad. Mientras la escuela clásica concebía que el derecho penal debía tener como recurso solamente las penas, y la escuela positiva postulaba como único recurso las medidas de seguridad o medidas correctivas, el Anteproyecto, a tono con los modernos códigos y proyectos, establece el sistema binario. Que un código sea binario quiere decir que se prevén dos tipos de reacciones punitivas: de un lado las penas y del otro lado las medidas de seguridad. Ambas tienen como común fundamento, y oigan bien la diferencia con el positivismo que nos ha venido rigiendo, tienen como común fundamento no el modo de

ser del individuo, no la supuesta peligrosidad social o criminal del mismo, sino la comisión de una infracción, la comisión de un hecho punible, la comisión de un tipo de injusto. El Art. 1º del Anteproyecto dice que "nadie podrá ser condenado o sometido a medida de seguridad por un hecho que no esté expresamente previsto como infracción". La acción, el hecho humano, es el fundamento de la responsabilidad penal, y no el modo de ser del individuo, la peligrosidad social, sino la comisión de un hecho que, dice el Art. 2º, que es una secuencia lógica del 1º, para ser punible, debe ser típico, antijurídico y culpable. Reparen en esto por favor: ha dicho el Art. 1º: la responsabilidad por penas y medidas de seguridad, se fundamenta en la comisión de un hecho infraccional; y ha dicho el Art. 2º: para que el hecho sea punible, es decir, para que sea una infracción, debe reunir tres calidades: típico, antijurídico y culpable. El Art. 2º dice textualmente: "Para que un hecho sea punible, debe ser típico, antijurídico y culpable". ¿Qué es la punibilidad? Mucho de lo que se haga en la interpretación sistemática de este proyecto, depende de la interpretación de este término. Por punibilidad se entiende, la reacción del estado contra la comisión de un tipo de injusto, de una acción típica, antijurídica y culpable. La punibilidad abarca penas para los sujetos imputables y medidas de seguridad para los sujetos inimputables.

Y reparen también en que a pesar de que el dolo y la culpa están ubicados en este proyecto en el capítulo de la culpabilidad, capítulo VII, cuyo artículo 39 dice: "Para que la acción u omisión sea punible, tiene que realizarse con dolo, culpa o preterintención", no habla de delito, sino de conducta; la conducta es dolosa, la conducta es preterintencional. Por ahí se va desbaratando un poco la pretensión, que para mí también sería atractiva, de construir un esquema finalista ortodoxo. Digo que atractiva, porque a nadie escapa que desde hace varios años yo vengo enseñando ese esquema en mi cátedra de la Universidad de Medellín.

Con el término "punibilidad" que emplean los Arts. 2º y 3º de este proyecto, se presenta una dificultad idiomática que consiste en que punibilidad parece estar etimológicamente familiarizada con la palabra pena. Parece ser que los verbos penar y punir tienen el mismo significado etimológico en el idioma castellano; incluso, el verbo punir no parece muy castizo. Pero como el Anteproyecto ha optado por el sistema dual, el sistema de la responsabilidad de doble vía, penas y medidas de seguridad, es absolutamente evidente que punibilidad en él, significa los dos recursos, y no solamente las penas. Desgraciadamente en el capítulo así denominado "punibilidad", este Anteproyecto trató únicamente de las penas y separó las medidas de seguridad de un título aparte; desgraciadamente digo, porque es una incoordinación de nomenclatura que no se había cometido en el anteproyecto de 1974, ya que en general tiene la misma concepción, la misma sistemática, la misma terminología y la misma orientación, incluye dentro de la punibilidad un título primero de las penas y un título segundo de las medidas de seguridad, lo que es, desde luego, muchísimo más técnico, muchísimo más compatible con la estructura misma del articulado.

Desde el punto de vista formal, pues, para este Anteproyecto, cuyas diferencias con el de 1974 resan con las instituciones particulares pero no con la sustancia de la orientación sistemática e ideológica, el delito es un hecho humano conminado con pena. A pesar de que en la parte especial, la tipificación se construye con la conminación de penas, en la parte general se prevén, dispositivos de sustitución de las penas por las medidas de seguridad en los casos en que éstas sean excepcionalmente aplicables. Esto porque lo corriente es ser normal, ser imputable es normal. Ustedes comprenden que es desde luego muy distinto el tratamiento que se otorga a los hechos punibles, infracciones o tipos de injusto que merecen penas, y a los tipos de injustos que merecen medidas de seguridad. Si el tipo de injusto, esta es la sistemática del Anteproyecto, lo comete una persona imputable, acarrea pena, y si lo comete una persona inimputable, acarrea medida de seguridad. Pero no olvidemos que penas y medidas de seguridad tienen como común fundamento el tipo de injusto o hecho punible, y que este está expresamente definido en el Anteproyecto como acción típica, antijurídica y culpable. De manera que la responsabilidad penal de imputables e inimputables se basa en la comisión de un hecho simultáneamente típico, antijurídico y culpable, y nosotros no podemos escamotear un argumento positivo con doctrina general; nos vamos a tener que enfrentar al problema de construir un concepto de "culpabilidad" de espaldas a la dogmática alemana. Pero, ¿qué es lo que tiene entonces de importante y de trascendental la teoría de la imputabilidad o la posesión de esa cualidad psíquica que se llama imputabilidad, para que determine un tratamiento punitivo cualitativamente diverso? (Porque quien dice castigo, quien dice medida de seguridad, dice corrección). Pero si el hecho que han cometido es el mismo, ambos han matado voluntariamente a un hombre, ¿por qué la diferenciación de tratamiento? Si nosotros reparáramos en la muy técnica noción inimputable que nos otorga el Art. 33, que dice: "No es imputable quien al tiempo de ejecutar el hecho no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con ese conocimiento, por padecer de enfermedad mental permanente o transitoria", vemos a primera vista, groso modo, que la inimputabilidad puede nacer de una de las causas, que son causas psicosomáticas, y no causas valorativas. El sujeto es inimputable, en primer lugar, cuando no posee la capacidad de comprender la injusticia, la ilicitud o la prohibición de su comportamiento, y en segundo lugar, cuando comprendiéndola, es incapaz de dirigir sus acciones, de motivarlas conforme a esa comprensión. Lógicamente que la ley espera que si yo comprendo que voy a cometer un hecho injusto, me abstenga de realizarlo en virtud de que lo comprendo, y en virtud de que la voluntad humana precisamente es un instrumento que mueve la conducta en miras al valor. La imputabilidad que tradicionalmente viene definida, y tradicionalmente quiere decir, también en el sistema finalista, capacidad de culpabilidad, en este Anteproyecto no puede entenderse así.

Es incluso muy importante que el Anteproyecto haya situado la normación de la inimputabilidad antes de la normación de la culpabilidad, es decir, dentro de la estructura indiferenciada del delito, dentro del conjunto de nor-

go:
C.P. 80
tit. IV
De la Punición
tit. II
de la S.
Pero Esta
de Velz,
Dica 7 no lo adopto
el sistema binario
7 el título punitivo
no es responsable

op/

mas de la parte general que se refiere por igual a los hechos punibles de los imputables y a los hechos punibles de los inimputables. Eso es importante y se puede demostrar contextualmente, pero también, textualmente por el Art. 2º que define el hecho punible como fundamento de la responsabilidad, en ambos casos, penas y medidas de seguridad, como hecho típico, antijurídico y culpable.

El imputable es entonces una persona que tiene la facultad psíquica de comprender los valores, puede distinguir con claridad, con suficiencia, entre lo bueno y lo malo, lo lícito y lo ilícito, lo prohibido y lo permitido. El inimputable, en cambio, o no posee esa capacidad de comprensión, o la posee en grado ontológicamente insuficiente y en grado irrelevante jurídicamente. Pero, además, se requiere no solamente que el sujeto posea la capacidad de comprender la injusticia de su acción y que la ejerce para la realización de un tipo de injusto, sino que también tenga la capacidad psíquica de gobernar sus acciones, de autodirigir su comportamiento, que posea libertad de la voluntad, lo que CARRARA llamaba voluntad de obrar y libertad de elegir. Es evidente, de toda evidencia, que el Anteproyecto está dentro de una línea evolutiva clásica o neoclásica, como también, desde luego, lo está el finalismo. El finalismo no está, ni mucho menos, orientado por filosofías no clásicas, sino en lo que nosotros llamamos filosofías clásicas, inspiradas sobre el postulado de la libertad de la voluntad, mientras que las escuelas no clásicas se inspiran en el postulado de la no libertad de la voluntad, y elaboran la responsabilidad sobre el peligroso concepto de peligrosidad que, como ustedes bien lo saben, sirve para todo y para nada.

Si el sujeto imputable puede captar los valores en que su conducta se inscribe, se puede comprender suficientemente la ilicitud de su comportamiento y si además puede ajustar éste a la comprensión de los valores, entonces, si habiendo comprendido en un caso determinado, o habiendo podido hacerlo, la injusticia de su acción, realiza una acción prohibida por la ley, la ley, en la sistemática del Anteproyecto, concretamente le reprocha su conducta, pronuncia sobre el autor que ha formado así, que ha motivado de esa manera viciosa su voluntad, que ha procedido contra derecho habiendo podido obrar conforme a él, un juicio de reproche que no consiste en la formulación de palabras de rechazo o indignación; es un juicio de reproche mensurable que cuantifica nada más ni nada menos que la medida de la pena. Ese juicio de reproche que cuantifica en el Anteproyecto la medida de la pena, está influido por la denominación, en mi concepto infortunada, tomada del código italiano, de circunstancias de agravación y atenuación punitiva. Aquí desde luego el Anteproyecto, si mantiene esta nomenclatura, nos va a trocar los conceptos doctrinal y jurisprudencialmente elaborados de circunstancias agravantes y atenuantes. Nosotros entendíamos, a tono con la dogmática universal, excepto la italiana por razones de derecho positivo, que una circunstancia agravante es una circunstancia que permite al juez en casos especialmente previstos, elevar la pena por encima del máximo, y que una circunstancia atenuante es una circunstancia que le permite al juez también en casos especiales previstos, aplicar una pena inferior al mínimo del respectivo tipo legal.

Pero ahora sucede que además de esas circunstancias específicas de agravación y atenuación, el Anteproyecto trae una serie de circunstancias que llama de agravación y atenuación punitivas, y que no sirven para rebasar el máximo ni el mínimo, sino para que se mueva el juez dosimétricamente dentro del máximo y el mínimo. Si nosotros observamos con algún detenimiento esas circunstancias de graduación de la penalidad, podemos apreciar fácilmente que casi todas se inspiran en el criterio de la mayor o menor exigibilidad de la conducta. Si era fácil en el caso concreto el cumplimiento del deber jurídico, se tratará de una circunstancias de agravación punitiva que obliga al juez a permanecer cerca del máximo de la penalidad; y si era difícil el cumplimiento del deber jurídico, en el caso concreto, entonces el juez se atenderá al mínimo.

Hay otras circunstancias dentro de esa enumeración que está en el capítulo de la punibilidad, que no dicen relación a la mayor o menor exigibilidad del deber jurídico, es decir, el deber de abstenerse de realizar el tipo de injusto, del deber de comportarse, jurídicamente, lícitamente, sino que dicen relación a criterios criminológicos de valoración de la personalidad del autor, o a criterios ético-sociales de valoración de la conducta misma. Desde luego, en los criterios de valoración criminológica de la personalidad del reo, hay una fuerte influencia del positivismo italiano o de la que fue también la escuela sociológica alemana.

El juicio de reproche se estructura en el Anteproyecto como fundamento y al mismo tiempo como medida de la pena. La pena se mide según que la conducta sea más o menos reprochable al sujeto, según que el deber jurídico le haya sido más o menos exigible, según que su personalidad criminológica sea más o menos disvaliosa, más o menos negativa desde el punto de vista social. En los inimputables sucede algo muy diverso, algo completamente diverso: ellos también han cometido el hecho típicamente, antijurídico y culpablemente, pero en virtud de que no tenían la suficiente capacidad de comprensión de la injusticia, de que no disfrutaban del autogobierno de su conducta, esta conducta injusta, esta realización de un tipo de injusto no les es reprochable. Pero es obvio que el derecho penal sería ineficaz, se quedaría corto si no sometiera a control las conductas punibles de estos sujetos; entonces con relación a ellos ha estructurado las medidas de seguridad que tienden, ya no a castigar la comisión reprochable de un hecho, sino a corregir la peligrosidad que por la comisión del hecho ha demostrado el sujeto, peligrosidad que aquí se circunscribe al campo de las medidas de seguridad, como medida de las medidas de seguridad. Las medidas de seguridad en su naturaleza y en su duración van a depender de la causa psico-somática de la peligrosidad, de la inimputabilidad, en el momento en que desaparezca esa causa psico-somática de la inimputabilidad y de la peligrosidad, que es lo que el Anteproyecto denomina enfermedad mental transitoria o permanente, en ese momento debe cesar la medida de seguridad, aunque se mantiene el sistema de fijar una duración mínima.

Es ciertamente muy difícil lograr una explicación en breves términos, suficientemente suasoria, de por qué la acción de los sujetos inimputables debe ser también culpable para que pueda ser sometida a una medida de seguridad.

Hay argumentos generales y hay argumentos particulares. El argumento general es el de que todos los hombres en, cuanto que son hombres quieren estructuralmente, psicológicamente, ontológicamente, de la misma manera.

El hombre, como ser humano, no tiene sino una sola manera de ejercer su voluntad que es anticipar el resultado, forjarse el fin y conforme al valor que el conocimiento le asigne a ese fin, determinar o no su voluntad para alcanzarlo. No hay otra manera de querer. La voluntad no se mueve sino en función de valores; la voluntad no se mueve por otra causa y ni siquiera los revólveres la pueden mover, porque ustedes saben que el coaccionado puede perfectamente abstenerse de realizar aquello que se le exige y soportar las consecuencias. El lo hará solamente en el caso de que considere que es preferible (valor) cometer el hecho que sufrir los daños de la coacción.

Toda la voluntad humana, eso ya está dicho desde ARISTOTELES, es finalista, es teleológica; la voluntad siempre es voluntad de un fin, así como la conciencia es conciencia de un objeto; no hay conciencia vacía, no hay voluntad de nada, la voluntad es siempre voluntad de algo, el conocimiento es siempre conocimiento de algo. De manera que, desde el punto de vista ontológico, los imputables y los inimputables quieren, ejercen su voluntad de la misma manera, ambos realizan acciones, es decir, conductas finales, manifiestan su voluntad final. La diferencia está en la comprensión de la valoración o en la capacidad de autogobierno, como decía. ¿Cómo, dirán ustedes, el normal, el hombre sano y el demente, quieren de la misma manera? Querer de la misma manera significa que ambos quieren con miras a un fin y que ambos quieren en virtud de un móvil y en virtud de un valor. Y es sostener que no hay ninguna fuerza, absolutamente ninguna, que sea capaz de mover la voluntad, que no sea la motivación, y por motivación se entiende el acicate de los valores y de los fines, del sentido de la acción. Nosotros tal vez estamos acostumbrados a pensar en los inimputables como sujetos recluidos en un manicomio ejecutando conductas absurdas, o no ejecutando ninguna. Esa es una pésima representación de los sujetos inimputables y yo les aseguro que muy pocas veces en su vida profesional ustedes se habrán encontrado o se encontrarán con un inimputable de esa naturaleza. Lo general en los inimputables, en los anormales psíquicos, en los enfermos mentales, es que conserven dentro de la mayoría de las órbitas de su vida un comportamiento aparentemente normal, solamente cuando se trata de hechos especiales calificados, de hechos especialmente relacionados con los complejos psico-afectivos de su personalidad enferma, aparece la incapacidad de comprender suficientemente el sentido de la acción, o de gobernar la acción misma para impedir o encauzar el impulso sensorial o psico-sensorial de la misma. De manera que cuando se define la inimputabilidad a nivel ontológico, hay que partir de la base de que no se trata propiamente de una inexistencia de la capacidad de comprensión del valor, sino de una insuficiencia estadística de la misma, comparativamente con los hombres normales. Y para efectos del derecho, la insuficiencia equivale a la irrelevancia. No es lo mismo que una cosa sea jurídicamente irrelevante a que sea jurídicamente inexistente, por lo menos en este contexto.

Veamos si esos argumentos generales se dejan aplicar a la concepción del Anteproyecto tal y como quedó redactado en 1976. Decíamos que no se puede responder sino por una infracción y que esa infracción consiste sustancialmente en un hecho con tres características o calificaciones: la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad. Y el Anteproyecto mismo dice, en el Art. 19, que las infracciones solamente se pueden realizar por acción u omisión. Reparen ustedes en que no pueden realizar una acción siendo inimputable, perfectamente. Esa capacidad de realizar la acción como mínimo contenido psíquico de la misma, se puede denominar, siguiendo a ZAFFARONI, voluntabilidad. La voluntabilidad es la posesión de una voluntad capaz de manifestarse, la capacidad de manifestar una voluntad. Esa es la voluntabilidad, o lo que podríamos llamar más llanamente capacidad de acción. Es capaz de acción el que tiene una voluntad y puede manifestarla; los otros no son capaces de acción. Los involuntables, es decir, aquellos sujetos que por cualquier causa se encuentran en estado de plena inconciencia, o que no posean voluntad o cuya voluntad no sea capaz de manifestarse, como el caso de las idiocias extremas, esos sujetos no son capaces de acción y por lo tanto jamás podrán entrar en el ámbito del derecho penal, en la sistemática de este Anteproyecto, ni para las penas ni para las medidas de seguridad.

Lo que el Anteproyecto entiende por acción es el hecho humano y ese hecho humano puede ser una pura conducta o una pura omisión, o puede ser una conducta más un resultado o una omisión más un resultado.

El Art. 20, que es una norma también tomada del código italiano, que va a suscitar por su forma de redacción tantísimos problemas como allá ha suscitado el Art. 40, del cual es una reproducción, dice, interpretado ya, que cuando el delito o hecho punible depende de su existencia de un resultado, este debe ser consecuencia de la acción o de la omisión.

Tiene pues que haber nexo de causalidad entre el resultado y la acción, pero hay diferencia conceptual entre acción y resultado. A mí me parece que esta forma de conceptualizar la conducta punible respeta perfectamente la estructura ontológica de la acción. Hay acción cuando una voluntad se manifiesta hacia un objetivo, provenga de quien provenga, de un imputable o de un inimputable.

Y no hay acción en el caso contrario. Y lo mismo, prodúzcase o no se produzca un resultado externo que sea su consecuencia, o, en el supuesto de que todas las acciones deban producir un resultado, por lo menos el derecho no los toma en cuenta todos, sino algunos. Es importante descartar de antemano los supuestos que mencionamos de involuntariedad. Los sujetos que no poseen voluntad están absolutamente por fuera, por definición, de la posibilidad de realizar una infracción y ser sometidos a los recursos punitivos, porque no hacen nada en realidad, sino que a lo sumo son capaces de un comportamiento a nivel biológico o instintivo, pero de ninguna manera de un comportamiento final que es lo que se llama conducta.

El Art. 2º nos ha exigido, además, que el hecho que fundamenta la responsabilidad criminal, es decir, el hecho punible o merecedor de penas o medida de seguridad, sea típico. El concepto de tipicidad yo creo que no

tiene dificultades. Consiste simplemente en la adecuación con la conducta de la descripción legal. Pero debe también ser antijurídico y aquí se presenta algún problema de coordinación. El comportamiento típico es antijurídico cuando se contraponen a la totalidad del ordenamiento jurídico, es decir, cuando ninguna en particular lo permite. Habrá comportamiento típico permitidos desde luego, como los hechos realizados en una causal de justificación. Pero la teoría tradicional, la teoría clásica, ha exigido además que para que el comportamiento sea antijurídico, se manifieste como lesivo o dañoso para un bien jurídico.

En términos generales, este Anteproyecto respeta esos conceptos, salvo en la inclusión que hace en el Art. 21 del delito imposible, y en esto se separó del Anteproyecto de 1974 que había desterrado, en mi opinión, con razones valederas, esta figura. El delito imposible se llama así porque la conducta realizada no podía causar ningún daño a un bien jurídico, porque de ella no se podía desprender ninguna vulneración de los intereses jurídicamente protegidos, pues el sujeto quiso vulnerar un bien jurídico protegido pero no pudo porque las circunstancias no se lo permitían, porque su conducta no era suficiente para producir la mutación del mundo que quería producir. A mí me ha parecido siempre muy curioso que en la defensa de la institución del delito imposible, se den la mano, como por encanto, el positivismo ferriano y el finalismo de WELZEL. El positivismo ferriano conceptúa que el delito imposible debe reprimirse porque constituye una manifestación peligrosa de la voluntad, o mejor, la manifestación de una voluntad social peligrosa. Pura manifestación de voluntad. Ahí no hay ni daño ni peligro para el bien jurídico. Y el finalismo, que no por pura coincidencia partió en sus orígenes de escuelas muy vinculadas al nacionalsocialismo alemán, y por eso hay que tener reservas políticas frente a él, también defiende la tesis del delito imposible, no ya como manifestación de una voluntad peligrosa, sino como la realización de lo que él denomina un puro desvalor de acción, un comportamiento desvalioso, aunque no cause ningún daño, que aparece como rebeldía al orden jurídico-social.

El finalismo diferencia entre el desvalor de acto, que es el carácter prohibido de la conducta, y el desvalor de resultado que es la lesividad o dañosidad de esa conducta. Y a propósito de que en este punto ambas corrientes en sí tan opuestas se den la mano, y que las dos al mismo tiempo se las estrechen con el nacionalsocialismo, me exige una aclaración con respecto a lo que en días anteriores se dijo aquí de que este Anteproyecto sostenía una teoría del delito que se dejaba definir como antijuridicidad tipificada. La tesis de la antijuridicidad tipificada es la concepción del delito, no como violación de un derecho o de un bien jurídico, sino como violación del deber de obediencia al Estado. Es la concepción propia a la escuela de KIEL, de la escuela nacionalsocialista alemana y después de ella solamente ha sido defendida por MEZGER y por SAUER, quienes militaron precisamente en esa filosofía. Yo no creo de ninguna manera que esa sea la manera correcta de conceptualizar este Anteproyecto.

Hay un problema sumamente importante y es la forma como el dolo se define dentro del capítulo de la culpabilidad. Resulta claro aquí que la culpabilidad toma las formas de dolo, de culpa y de preterintención, porque en el capítulo respectivo esos son los fenómenos que se han regulado.

Y además, el dolo se define como la conciencia y voluntad del hecho legalmente descrito, es decir, del hecho típico. En eso, desde luego, el Dr. AGUDELO tenía razón, no hay una correspondencia con la definición finalista. Sin embargo, esto tiene dificultades, porque si el hecho legalmente descrito, si el hecho típico es el hecho prohibido, no es posible tener conciencia y voluntad de un hecho típico sin tener conciencia de la ilicitud del hecho. Nadie puede tener conciencia y voluntad de matar sin tener conciencia y voluntad de que realiza un hecho ilícito, salvo que medie una causa de justificación, que ya es una causa legal de permisión del hecho y entonces ya el hecho estaría acompañado de su licitud. Pero no es posible desprender, si el tipo es, como dice WELZEL, la materia de la prohibición, el dolo de la conciencia de la antijuridicidad. Precisamente ahí está la diferencia crucial con el tratamiento entre imputables e inimputables. Mientras que en los imputables se da una culpabilidad que podríamos llamar plena porque el dolo, la culpa o la preterintención van acompañados de la conciencia, clara y nítida de la ilicitud o prohibición del hecho, en los sujetos inimputables, por el contrario, esa conciencia del valor es irrelevante, es insuficiente o bien no existe, pero puede perfectamente existir. Piensen en un inimputable que no tiene la incapacidad de comprensión del valor, sino la incapacidad de gobernar su comportamiento. Es evidente que él puede comprender la injusticia de su acción y que sin embargo, a pesar de comprenderla, no va a poder dirigirla, precisamente por los defectos de los controles inhibitorios de la voluntad.

Cualquier teoría del delito que parta del articulado de este Anteproyecto, y que pretenda ser seria, tiene que arrancar de la interpretación del Art. 44, que define las causas de exclusión de la culpabilidad. Y este problema es de suma trascendencia. En términos generales, las causas de exclusión de la culpabilidad en este Anteproyecto coinciden con nuestro Art. 23 del C. P., si bien hay mejoras de técnica legislativa en la redacción.

Si nosotros sostenemos que los inimputables son incapaces de culpabilidad, que su responsabilidad no es ni dolosa ni culposa, entonces desde luego nosotros no podemos absolver a un inimputable con ninguna de las causales del Art. 44 que son de exclusión de la culpabilidad. Nosotros no podemos excluir la culpabilidad sino donde la culpabilidad existe; donde no existe ya está excluida. ¿Qué hacer entonces con un menor de edad, qué hacer entonces con un paranoico que realiza el hecho punible por caso fortuito o fuerza mayor, perfectamente posible? ¿Qué hacer entonces con uno de ellos que realiza el hecho por insuperable coacción ajena, perfectamente viable? ¿Cómo vamos nosotros a someter a una medida de seguridad al inimputable que mata a una persona en caso fortuito, o en defensa putativa (por error no proveniente de la insania), insuperable coacción ajena?

Evidentemente, a cualquier juez de esta República y de cualquiera otra le temblaría la mano para hacer semejante cosa. Pero, ¿cómo podemos técni-

camente absolver? ¿Cómo podemos nosotros decir que las causas de exclusión de la culpabilidad son aplicables por igual a los imputables y a los inimputables, si lo que se ha dicho por la unanimidad de la doctrina es que ellas no prosperan sino con los sujetos normales, con los sujetos capaces?

Si sostenemos la tesis de que el Art. 44 (causa de inculpabilidad) no es aplicable a los inimputables, entonces la responsabilidad de los inimputables es completamente objetiva. Mató, luego medida de seguridad. No importa cómo mató, salvo las causas de justificación. A mí me parece, personalmente, una manifiesta injusticia que se trate de la misma manera al inimputable que coge el revólver y en un delirio sistematizado de persecución mata a su padre creyéndolo perseguidor, y a otro inimputable que presa del mismo delirio coge su automóvil y, simplemente para desahogar su ansiedad, transita a altísima velocidad, atropellando de esta manera a un peatón. Yo no creo que los dos deban ser sometidos al mismo tratamiento o a las mismas medidas.

Pero, por otra parte, los Arts. 112 y 113 del Anteproyecto determinan que cuando se trate de infracciones reprimidas con pena inferior a un año, podrán aplicarse medidas de seguridad especialmente benignas. ¿Cómo hacemos nosotros para saber cuál infracción cometió el inimputable si prescindimos del elemento subjetivo, del dolo y de la culpa? ¿Cómo hacemos para determinar que la infracción que cometió está conminada con pena de un año de prisión o más, si no podemos saber cuál es la conducta que realizó, si no sabemos si es una tentativa de homicidio, o simplemente se trata de unas lesiones personales dolosas o culposas cuya pena precisamente es muy diversa y en cuya escala podría entrar el privilegio de que tratan estos artículos para los casos concretos de un inimputable?

Entonces la responsabilidad de los inimputables en este Anteproyecto, y eso es además lo lógico y lo justo, no es objetiva. Depende de su dolo o de su culpa. Se determina por el dolo y por la culpa, es decir, por la culpabilidad. Pero a diferencia de los imputables, esta culpabilidad se presenta deficiente, deficitaria, disminuía porque le falta la total o la suficiente comprensión del desvalor de la conducta, es decir, de su ilicitud o de su prohibición, o porque teniéndola, le falta la gobernabilidad.

Creo que este es precisamente uno de los logros más avanzados del Anteproyecto del 76, que es común con el del 74, porque ya les había advertido que en mi concepto no hay diferencias sustanciales desde el punto de vista de la estructura general del delito entre ambos, y que es una ventaja técnica y de política criminal absolutamente notoria sobre la redacción en este sentido defectuosa y peligrosa del código de 1936, cuya redacción de los Arts. 11 y 29, 10 y 23, ustedes saben que es bastante problemática.

Según estos esbozos, yo diría que en este Anteproyecto y en esto me voy a apartar un poco, o me tengo que apartar, ya ustedes habrán visto, del esquema que esbozó el Dr. AGUDELO como el correspondiente a mi artículo de la revista "Estudios de Derecho", yo diría que delito en este Anteproyecto, estudiado más exhaustivamente, es una acción u omisión típicamente antijurídica y culpable (hasta aquí el tipo de injusto, común para imputables e inimputables) debida un autor reprochable o peligrosa.

Si el tipo de injusto, si la conducta típicamente antijurídica y culpable se comete por un imputable, entonces se presume la responsabilidad del comportamiento en virtud de que posea la capacidad de comprender y la libertad de obrar. Esa presunción de reprochabilidad, cuya mensura, repito, son las circunstancias de agravación o atenuación punitiva, solo podría destruirse con una causa de exclusión de la punibilidad, y el Anteproyecto contempla en la parte especial varias de ellas. 1º) Art. 152, por ejemplo, los reclutas que en una rebelión se limitan a servir como soldados sin cometer ningún otro hecho ilícito, están exentos de responsabilidad. ¿Por qué? Porque no les era exigible una conducta diversa, porque su conducta no les es reprochable, ya que se supone que en un alzamiento armado como es la rebelión no es fácil para un individuo oponerse al reclutamiento, pero sí puede ser fácil el evadir la participación en actos de ferocidad, barbarie o terrorismo, que son los que por aparte de la rebelión se imputan. 2º) Art. 153, infracciones cometidas en combate por rebeldes y sediciosos, por motivos similares, pues lógicamente, ni más ni menos, hay que decir que guerra es guerra, y esa es la razón de ser de la exención de responsabilidad o de pena en este artículo, en este proyecto de artículo, que por lo demás, como ustedes lo recuerdan, existe también en el código vigente. 3º) Art. 208; falso testimonio por personas que no estén legalmente obligadas a declarar. Si a uno no le pueden obligar judi-

1. Comprendo perfectamente que esa definición, muy parecida a la que había acuñado en mi artículo sobre "El nuevo esquema del delito, más allá del finalismo" (en el que había sostenido que el delito podía definirse, siendo cometido por un imputable, como "acción típicamente antijurídica y culpable y personalmente reprochable a su autor"), suscita dificultades. Estas son, empero, más aparentes que reales. Proviene de su confrontación con la nomenclatura tradicional, en la que culpabilidad ha venido a significar reprochabilidad. Yo no propongo que la reprochabilidad se elimine de la noción del delito, sino que se retorne la "culpabilidad" a la acepción clásica de dolo, culpa o preterintención, fenómeno psíquico que abarca la comprensión del valor de injusticia de la acción. Lo que yo llamo aquí "culpabilidad" no es sino lo que el finalismo denomina tipo subjetivo, pero agregándole la conciencia de la antijuridicidad ("teoría del dolo"). Dice el Dr. NODIER AGUDELO que no se puede ser finalista ni ir más allá del finalismo incluyendo el dolo en la culpabilidad y no en el tipo. Eso puede ser cierto, pero no toca con mi teoría. Lo que pasa es que él llama culpabilidad al elemento reprochabilidad y yo le doy ese nombre al tipo subjetivo. Empero, para evitar un malentendido tan grave, al que sin duda se presta mi terminología, podría simplificar así mi definición analítica: delito es una acción (u omisión) típica y antijurídica, realizada por una voluntad reprochable o peligrosa. Una noción así se presta para el Anteproyecto o Proyecto de Código Penal Colombiano, pero también puede adecuarse (aunque con mayor dificultad) al Código vigente en Colombia, a la vez que sirve como estructura fundamental para cualquier derecho penal de inspiración binaria o dualista. También dijo el Dr. AGUDELO en su conferencia que los resultados de mi teoría podrían igualmente obtenerse colocando la imputabilidad como presupuesto y no como elemento de la culpabilidad. Eso es verdad en parte, pero corresponde a lo que yo hago: situar la imputabilidad como capacidad psíquica de reprochabilidad, en el tipo subjetivo (como presupuesto de la forma que llamo "culpabilidad plena"), que es en conjunto un presupuesto del juicio de reproche, que es lo que él denomina culpabilidad. Lo que no puede es situarse en el reproche, a menos que se quiera seguir con ese mixtum compositum que es el reproche en el finalismo, todavía no lejos de la "teoría normativa" de la culpabilidad de Frank. Si ello presenta muchas dificultades técnicas (siempre sucede ello al romper con la tradición), puede ubicarse la imputabilidad como presupuesto de la pena, al estilo del profesor ESTRADA VELEZ.

Se examina el orden - 19 - pues como dice Plazquez
siniere el tiempo, ft de la imputabilidad solo
se examina al oficiar la pena. *to Fenwick*

cialmente, por canon constitucional y legal, a declarar contra sus próximos parientes ni contra sí mismo, es obvio que no le pueden exigir que respete el juramento. Como el falso testimonio consiste sustancialmente en la violación de esa promesa, entonces no sería en ese caso reprochable la conducta. 4º) Lo mismo, el encubrimiento de parientes, 5º) Lo mismo, la excepción de verdad en los delitos de calumnia; no es reprochable, a menos que esté prohibido imputar hechos verdaderos, que a veces lo está, que a una persona se le impute un hecho verdadero que él pretende que es falso por guardar su honor. 6º) Y así, otros casos dentro de los cuales el más importante podría ser el aborto terapéutico. Es un verdadero estado de necesidad especialmente codificado.

Estas causas de exención de la punibilidad que basan en la no exigibilidad del deber jurídico, o en conveniencias político-criminales, son, aplicables también a los delincuentes inimputables. No podría ser de otra manera.

Ahora, si el sujeto que ha realizado el tipo de injusto es un inimputable, la realización de ese tipo de injusto, es decir, de ese hecho típico, antijurídico y culpable, hace presumir la peligrosidad del agente, salvo que se demuestre lo contrario, como puede hacerse en el proceso penal a través de los diagnósticos médico-legales o psiquiátrico-forense. Si el individuo no es peligroso para la sociedad, o en un momento deja de serlo porque ha desaparecido la enfermedad mental, se suspende la medida de seguridad y el sujeto retorna al seno social.

Desgraciadamente el tiempo no nos permite explayarnos en lo que podríamos llamar nuestros deseos de coordinación conceptual y terminología de este Anteproyecto.

Repasando, yo mencionaría, entre las cosas más importantes que deben corregirse: la incoordinación de las medidas de seguridad como título separado del título de la punibilidad. La sistematización de los conceptos de circunstancias agravantes y atenuantes de la responsabilidad, en contraposición a las circunstancias dosimétricas de la pena. Esto es definitivo, si el Anteproyecto se inspira, en la pretensión de erradicar la responsabilidad objetiva, es decir, la responsabilidad por la simple causación material del resultado, entonces, uno no entiende como reprodujeron la fórmula del actual Art. 14 sobre el delito aberrante, que debe suprimirse.

Es evidente que en muchos casos el delito aberrante no tiene problemas de culpabilidad, en la generalidad de los casos. Yo iba a matar a José y maté a Pedro. Vale tanto la vida de Pedro como la de José, se dice, por lo tanto no hay problema de responsabilidad objetiva. Pero puede suceder que sí. Qué pasa si allá al fondo en vez de una pared hay una cortina, detrás de la cual yo no sé qué existe porque es primera vez que vengo acá. Mi enemigo está allá y me provoca. Le disparo con intención de matarlo. No acierto el disparo sino que éste perfora la cortina y va a dar a un peatón que cruza esa calle, porque allá lo que hay tapado con la cortina es un cristal. Cómo decir que yo no he cometido una tentativa de homicidio sino un homicidio consumado y que ahí no me están juzgando objetivamente? Yo creo que sería preferible dejar esta figura del delito aberrante, librada al juego de las

reglas generales de la culpabilidad y del concurso, y entonces en el ejemplo prepuesto se trataría de una tentativa de homicidio en eventual concurso con el delito culposo de homicidio, o con nada si el otro hecho era imprevisible. Pero no me van a acomodar el otro hecho porque si, por su sola comisión objetiva. De manera que yo creo que vale la pena que se revise ese artículo

Y hay otro artículo, que es el 38, sobre la embriaguez, que puede dar lugar también a formas de reprochabilidad objetiva. La idea del Art. 38 es que la embriaguez fortuita que produzca enfermedad mental, excluye la imputabilidad, pero no da lugar, por falta de peligrosidad, a la aplicación de medidas de seguridad. Y dice: la embriaguez que no dependa de esta causa, es decir, la embriaguez voluntaria, que es la normal, (fortuitamente les aseguro que casi nadie se emborracha), no excluye la imputabilidad ni se tendrá como circunstancia de atenuación de la pena! Hay peligro de responsabilidad objetiva evidentemente, porque: ¿qué sucede si se trata de una embriaguez patológica motivada por la ingestión voluntaria de unas pocas copas? ¿Es decir, de una embriaguez de origen voluntario, no fortuito, que causa una enfermedad mental? Como estamos aquí ante una norma especial y no podemos por esto invocar una norma general de la inimputabilidad contenida en el Art. 33, entonces vamos a tener que aplicar pena, objetivamente, en la embriaguez patológica. Yo creo que esa es otra de las cosas que vale la pena revisar.

También habría que concordar los artículos, que tratan de delito agravados por el resultado, que yo no pude encontrar de primera hojeada sino dos, el de la violación y el del abandono. Hay que aclarar que el resultado de lesiones o de muerte, para que agrave la responsabilidad de esos dos delitos, tiene que ser preterintencional, es decir, por lo menos culposo para atenerse a la definición de preterintención del Art. 42, porque de otra manera podría suceder que ese resultado se impute objetivamente, es decir, sin ninguna culpabilidad.

Ahora en el Art. 44 (circunstancias de inculpabilidad), a mí me parece que se ha escapado una sumamente importante, de una trascendencia extraordinaria, cual es lo que nosotros llamamos error de derecho, y que la doctrina moderna denomina abstracto de prohibición. ¿Qué va a suceder, si esto queda así, con los errores de hermenéutica cometidos por los jueces y los funcionarios públicos al aplicar la ley? Si el error de derecho no excusa la responsabilidad, no excluye la culpabilidad porque no está previsto en las causales de inculpabilidad parece que tienen que estar expresamente previstas, entonces a este funcionario público lo van a llevar al banquillo de los acusados cuando le revoquen su providencia, aunque el equivocado sea el superior. El equivocado puede ser el superior, pero la revocatoria prueba un error de derecho en la interpretación de la ley por parte del inferior (sobre todo si lo juzga otro inferior o el mismo superior) y si es un error de derecho no excluye la responsabilidad en este Anteproyecto. Ese funcionario habrá cometido objetivamente un prevaricato porque ha administrado justicia ilegalmente.

Entonces, paréceme una grave falta que no se haya incluido el error abstracto de prohibición o el error de derecho en este articulado. Claro está

que el asunto es tan manifiestamente injusto que, con seguridad, la doctrina y la jurisprudencia se encontrarán de alguna manera la fórmula para solucionarlo, quizás como un error en el cumplimiento del deber. Pero es mejor que la solución de una vez, para no tener que inventar interpretaciones rebuscadas.

SUGERENCIAS PARA LA REFORMA DE LA PARTE GENERAL DEL CODIGO PENAL

Juan Fernández Carrasquilla - Nódier Agudelo B. *

TITULO PRELIMINAR

1) Retornar al nombre de "medidas de seguridad", en lugar del de "medidas de asistencia y protección". Sin alguna razón técnica o doctrinal, resulta inconveniente cambiar los nombres.

2) Restablecer el principio de antijuridicidad del Art. 5º del Proyecto de 1974, ya que él exigía el atentado al bien jurídico como núcleo del injusto, descartando las tendencias "animistas" e institucionalizando la inocuidad como causa general de exclusión de la antijuridicidad. En consecuencia con esto, no puede declararse punible la tentativa inidónea ("delito imposible") que en el fondo es un delito putativo. Las razones de política criminal aducidas en contrario son dudosas y en todo caso serían más las sanciones inconvenientes que las realmente merecidas.

3) Restablecer el principio de culpabilidad del Art. 6º del Proyecto de 1974, porque erradica la responsabilidad objetiva. De consiguiente, no ha de consagrarse el "delito aberrante", algunas de cuyas formas conducen a la responsabilidad sin culpabilidad. Esos casos quedan bien y justamente regulados por las reglas generales de la culpabilidad y del concurso.

4) Art. 2º: hablar de hecho, en lugar de "conducta", por ser expresión más amplia y para homogenizar la terminología con el artículo 1º. Sin em-

* Hemos hecho las siguientes sugerencias al Dr. Federico Estrada Vélez, a quien correspondió la ponencia ante el Congreso del Proyecto de Código Penal.