

# EL NUEVO CODIGO PENAL Y SUS PRINCIPIOS RECTORES

*Dr. Juan Fernández Carrasquilla \**

*Magistrado del Tribunal Superior de Medellín y Profesor de la  
Universidad de Medellín.*

*El tema de los Principios Rectores, que por algo se llaman así, no solamente es un problema de exégesis de las normas aisladas que los contemplan, sino especialmente de coordinación con las demás normas del código.*

La interpretación de los mismos versa no tanto con el sentido gramatical de las palabras, *sino con el alcance político y sistemático de esos principios*, y con el problema hermenéutico de hasta qué punto los redactores del Código Penal respetaron o pudieron respetar esos principios integralmente.

Porque no me impresionó tanto encontrar algunas disparidades en el Código mismo, que eso es natural en una obra humana de tanta envergadura, en cuya elaboración tomaron parte múltiples juristas de la más variada orientación, como escuchar la afirmación escueta que hizo ayer el Profesor Estrada Vélez de que no habían podido erradicar totalmente la responsabilidad objetiva; afirmación que me parece en alto grado discutible, porque si este título inicial del Código se denomina de las "Normas Rectoras", ellas no son rectoras si no rigen sobre las restantes disposiciones.

La regencia o rectoría de estos principios significa que son normas de preferencial o prevalente aplicación sobre las restantes normas del Código, sean de la parte general o de la parte especial. Y es natural que así suceda, pues *ellas son cristalización o desarrollo de cánones constitucionales* y responden a los modernos textos internacionales sobre los derechos humanos de carácter civil y político.

Por tanto, si en alguna parte se escapó a los redactores la fórmula precisa que pudiera obviar los problemas de responsabilidad objetiva, muy pocos, que quedan en el Código de 1980, creo que el Principio de Culpabilidad

\* El presente es el texto de la conferencia pronunciada por el autor, en la Cámara de Comercio de la ciudad de Cali, el 29 de Marzo de 1980, por invitación del Colegio de Abogados Penalistas del Valle del Cauca.

consagrado en términos vehementísimos en el artículo 5º, permite llegar a una interpretación distinta a la que habría que hacer en el Código de 1936 con casos parecidos.

Me refiero obviamente a los delitos calificados por el resultado, de los cuales encontré al menos dos en una rápida ojeada a la parte especial: El abandono de personas seguido de lesión o de muerte en el artículo 348 y las lesiones con aborto o parto prematuro nocivo en el artículo 338.

Habría que preguntarnos si estas dos normas y alguna más que pueda haber por ahí, tienen el alcance de derogar el Principio de la Culpabilidad en el preciso sentido de erradicación de la responsabilidad objetiva que le da el artículo 5º. Yo personalmente creo que no y que la solución está en la noción de preterintencionalidad que el mismo Código suministra.

Me preocupa también, en lo referente al Principio de Antijuridicidad Material, que es una de las mayores y más fructíferas y políticamente saludables innovaciones del Código, encontrar una serie de delitos, que sería prolijo enumerar porque son bastantes, en donde el perjuicio o el daño se considera como *agravante* de la pena. Porque si se consagra el principio rector de que no hay delito sin daño, es difícil entender entonces cómo el daño opera como agravante, pues en esos casos en que el daño opera como agravante, el tipo básico parecería estar estructurado sin daño, no sé si con mero peligro o con una mera conducta independientemente de su lesividad. Son inquietudes, pero creo que los Principios, si se interpretan en el sentido de regencia, en el sentido de normas preferenciales sobre las demás, no tengan problemas mayores, es decir, que esas normas aisladas deban ser entendidas en el sentido de mayor armonía con estos principios, pues entre otras cosas muchos de ellos tienen raigambre constitucional y otros un indefectible cariz político difícilmente eludible en un Estado democrático.

No puede tampoco hacerse una separación tajante entre estos varios principios, ni pasar por alto que ellos son muchos más de los que están enunciados, como es apenas natural. Y no puede hacerse entre ellos una separación tajante, porque todos están concatenados progresivamente de manera que parcialmente los unos se involucran en los otros. No es posible separar absolutamente, por ejemplo, el dogma del Acto del Principio de Culpabilidad, pues se refieren a fenómenos correlativos, ni la exigencia de Antijuridicidad Material del Carácter teológico de los tipos penales; ni todos ellos de la concepción *objetiva* del delito, de máxima importancia en el comienzo de la punibilidad (tentativa), o de la naturaleza retributiva de la pena, o del postulado de la auto-determinación axiológico-volitiva de los imputables...

— I —

Dando a todos esos principios un marco constitucional, es absolutamente evidente que todos se refieren de alguna manera al llamado Principio de legalidad de los delitos y de las penas que consagra con bastante

precisión el artículo primero del Código. Destacando este artículo por la expresión "Nadie puede ser condenado sino por un hecho expresamente previsto como punible", se remite al Principio *Nullum crimen nulla poena sine lege praevia estricta et scripta*, como lo enuncia en su tripartición Maurach.

Creo que la realización jurídico-política de este principio está consagrada en la técnica de la Tipicidad. La técnica del *Principio de la Tipicidad* es, por así decirlo, la espina dorsal de la sistematización y de la orientación de este Código nuevo. Ese principio está consagrado en el artículo 3º de una manera un poco equívoca, pues dice que "La ley penal definirá el hecho punible de manera inequívoca". Me parece sumamente dudoso que este artículo llegue a tener la verdadera eficacia que los redactores querían imprimirle, porque está redactado en la forma de un mandato para el legislador y no de un mandato para los jueces. Por tanto, como mandato para el legislador debería estar contenido en la Carta Fundamental y de ninguna manera en un Código Penal.

Dice el Dr. Reyes, con razón, que con base en este artículo los jueces podrían negarse a aplicar las normas que no respeten el Principio de determinación de los delitos y de las penas. Yo no creo que sea sólo con base en este artículo, sino sobre todo en los artículos 26 y 28 de la Constitución, si algún día la Jurisprudencia llegare a dar a estas normas ese alcance. Pero tal vez estamos aún lejos de alcanzar ese nivel, porque nuestro Derecho Penal, rodeado de amplias garantías, está amenazado permanentemente por muchos *tipos indeterminados* que están unos dentro del Código y otros por fuera de él; para no mencionar sino uno, el famoso decreto sobre estupefacientes, cuando habla de "cualquier otra droga o sustancia que produzca dependencia física o síquica", tipo evidentemente abierto y peligroso que autoriza en principio al juez a aplicar la misma pena de tres años de presidio al que porta unos pocos gramos de marihuana y al que vende un kilo de cocaína.

Eso, como decía alguno de los expositores de la comisión redactora de ese decreto, es tan injusto como si se impusiera la misma pena al que vende pan que al que vende veneno. Es decir, que se trata de conductas cuya nocividad tiene tan poco qué ver que es absurdo que estén sometidas al mismo tratamiento punitivo.

El mayor peligro para las garantías democráticas no viene ya, dice Welzel, de la analogía, que casi todos los códigos del mundo proscriben; este código lo hace en términos tajantes e incluso un poco más amplios de lo que debería ser, porque tal como está redactado el artículo 7º parece que queda prohibida también la Analogía *in bonam partem*.

El peligro, repito, no proviene ya tanto de la Analogía porque todo el mundo está de acuerdo en rechazarla en el campo penal, sino de los *tipos indeterminados*, de los cuales abusan con mucha frecuencia no sólo los Estados totalitarios sino también los Estados llamados democráticos.

En materia de tipos, y en orden a esclarecer la función garantizadora de la seguridad y de la libertad ciudadanas, la doctrina distingue los *tipos abiertos* de los *tipos cerrados*. Los *tipos cerrados* son aquellos que describen la conducta en su complejidad existencial e histórico-social, (espacio temporal diríamos), describen hechos en forma inequívoca por su nombre verbal; de ahí que se diga que en cada tipo hay siempre un *verbo rector* y que el verbo es el núcleo del tipo. Y nos describe la acción, además del verbo, por sus características de autor, por sus componentes subjetivos y por sus circunstancias de lugar, tiempo y modo, etc., en forma, como dice el artículo 2º, "inequívoca", es decir, que no deje lugar a dudas sobre cuál es la conducta punible, que no quede en manos del juez la diferenciación entre una conducta que es punible y otra que no lo es porque eso es contrario a esta garantía. Precisamente, como recordaba el doctor Saavedra, estas garantías nacieron como una reacción histórico-política a la arbitrariedad judicial.

El *tipo abierto*, por el contrario, es aquel que identifica la conducta, no como hecho, sino a través de pautas o de criterios de valor que el juez debe revivir en el momento de la subsunción.

Para más claras conclusiones, podríamos decir que los tipos abiertos se remiten en buena parte a lo que la doctrina conoce como *leyes penales en blanco*.

Entiendo que buenamente pasa en la doctrina nuestra como constitucional esta forma de legislación y puede que sí lo sea y en algunos casos lo es, pero en algunos otros no lo es. Puedo subclasificar las leyes penales en blanco, de acuerdo en parte con Enrique Cury, en leyes penales de reenvío y leyes penales indeterminadas.

Las de *reenvío específico* son aquellas que no contienen una determinación precisa y completa del precepto o de la sanción, o sea de la descripción del hecho y de la descripción de la pena, pero que remiten a normas *específicas* penales o *extra-penales*, generalmente extra-penales, en donde ese precepto encuentra una clara complementación.

De manera que en las normas penales en blanco de reenvío específico no hay lugar a ningún equívoco, porque el juez complementa el tipo con normas que deben también preexistir a la imputación criminal y que están indicadas con entera concreción.

Pero hay otro tipo de reenvío, el *reenvío genérico*, que es completamente contrario a los principios constitucionales y democráticos. Sucede ello, por ejemplo, si se interpreta el decreto 1188/74, estatuto nacional de estupeficientes, en el sentido de que contiene en su artículo 38 una remisión genérica a cualquier violación de las normas de control administrativo sobre drogas dic-

tadas por el Ministerio de Salud Pública, pues entonces se está autorizando al juez para que incremine o sancione penalmente casi cualquier conducta, la que él quiera, con lo que se deroga la reserva legal.

Los tipos de reenvío genérico, que no remiten a normas precisas que complementen el precepto sino a estatutos extensos y complejos, son francamente inconstitucionales, lo mismo que los que no remiten a norma alguna ni a estatuto alguno sino a principios meramente estimativos, como sería: conducta contraria a las buenas costumbres, al orden público, a la moral cristiana, a los principios de la revolución socialista o del Estado democrático, o a cualquiera de esas cosas tan vagas propias de las ideologías políticas. Estos últimos son los *tipos indeterminados*, también contrarios a los artículos 26 y 28 de la C.N.

El tipo cerrado, decíamos, por el contrario, identifica lo punible por su nombre y circunstancias como *hecho*. La palabra "*hecho punible*" está reiterada continuamente en las disposiciones del Código de 1980, y responde a una de las mayores garantías que puede consagrar el Estado democrático, como veremos a continuación, y a un desarrollo de los artículos 26 y 28 de la Constitución. El 26 habla específicamente del "*acto que se imputa*" y el 28 exige que el legislador *determine el hecho y la pena*.

Esto implica que el legislador está limitado por la obligación constitucional de determinar el hecho, determinar la pena y de solo imputar actos. Está constitucionalmente prohibido entre nosotros el Derecho Penal de peligrosidad, está prohibida constitucionalmente entre nosotros la sanción por el carácter, y en este sentido podrían ser inconstitucionales unas pocas de las circunstancias de agravación punitiva contenidas en el Código, —así como la domisetría basada en la "personalidad"—.

En efecto, algunas de esas circunstancias son contrarias tanto a la Constitución como a los Principios rectores contenidos en este Código, no sancionan al sujeto por su conducta, no le incrementan la pena en virtud de la conducta sino en virtud del carácter, en virtud del modo de vida o en virtud de los hábitos, y eso rompe completamente la estructura sistemática del estatuto.

Por fortuna, esto solo se hizo en dos o tres casos que no creo que lleguen en la práctica a tener mucha importancia, pero, piensen ustedes qué es eso de la causal primera de agravación punitiva, "la mayor perversidad moral del delincuente". ¿Qué juez que se respete se atreverá a hacer semejante calificación? ¿Qué tiene que ver con la sanción de un acto y con el Principio de Culpabilidad la causal sexta que agrava la pena en virtud de la "conducta posterior", o que la atenúa también en virtud de la "conducta posterior"? (Cfr. artículos 64 y 66).

Eso no tiene nada que ver con el Principio de Culpabilidad. Son asuntos en que permaneció la influencia nociva del Código de 1936, porque

estas circunstancias parece que no se revisaron a fondo sino que se trasplantaron de los artículos 37 y 38, en donde se enuncian como circunstancias de mayor y de menor peligrosidad. Pero el cambio de nombre no muta las cosas mismas.

— II —

El *Principio del Acto*, para que se coordine con el Principio de Culpa-bilidad y represente una garantía objetiva de control de la arbitrariedad de los jueces y de la arbitrariedad del poder punitivo por parte también del legislador, es necesario entenderlo regido por cuatro categorías, dos de ellas muy conocidas y enunciadas por Soler, la categoría de la Exterioridad y la categoría de la Subjetividad. Las otras son la idoneidad y la ejecutividad.

Ya Carrara advertía que el interés de regulación del Derecho no puede estar cifrado sino en los actos externos, porque solo de ellos puede dimanar el daño para el derecho ajeno.

*El Derecho no tiene como misión moralizar, imponer la virtud a los hombres, sino evitar el mal social.* Y en la medida en que el fin del Derecho no es moralizar, ni imponer por la coacción la virtud sino evitar el mal social, su regulación tiene que remitirse a los actos exteriores del hombre y por tanto queda excluida la punibilidad del pensamiento y también de los discutibles delitos de opinión, así como de los actos benéficos y de los inocentes o inocuos.

La categoría de la Subjetividad apunta a los elementos psicológicos de la conducta y a la pertenencia de esta conducta al sujeto que se llama autor, es decir, lo que se denomina autoría, que en sentido normativo o jurídico-penal no coincide con la autoría en el sentido criminológico o no necesariamente.

Y quizás más importante que esas categorías con las cuales estamos bastante familiarizados, sea la de la *Idoneidad del Acto*. No es suficiente que el acto se exteriorice para que sea punible, sino que es necesario que la exteriorización sea idónea para lesionar el bien jurídico tutelado por el tipo respectivo.

No basta manifestar un propósito homicida para que se esté dentro de lo punible del homicidio, sea por consumación o por tentativa. Es necesario que este propósito homicida se exteriorice en actos capaces de lesionar el bien jurídico de la vida que protege la norma que consagra este delito.

Este Principio de Idoneidad estuvo completamente olvidado en el Código de 1936, en virtud de que se consagraba la punibilidad de la llamada tentativa inidónea o delito imposible. Después de muchas discusiones, el Código de 1980 tuvo la fortuna de suprimir tan amarga figura que daba lugar a que, aún cuando el sujeto no hubiera cometido un verdadero delito, los jueces le aplicaran *pena* si les parecía que su acción traducía peligrosidad social; pena que no retribuía justamente ningún daño, porque tanto éste como el peligro estaban por definición descartados.

Cuando uno plantea a los estudiantes el tema, ellos no entienden qué significan las palabras “delito imposible”, porque éstas envuelven un contradictorio lógico. *Un delito imposible es imposible que sea un delito.* Es absolutamente imposible que “matar a un muerto” represente un atentado contra la vida; ello solo es propio de un código que no respeta las estructuras lógico-objetivas de la punibilidad, o de un código que no sanciona el acto sino la peligrosidad, que no se afilia a las teorías objetivas sino a las teorías subjetivas del delito.

Muy importante en esta materia de los Principios Rectores es distinguir entre ambas teorías, porque este distinguo no es un problema técnico-jurídico sino un problema axiológico; es en verdad un problema de posición ideológica del ordenamiento jurídico, del doctrinante y del juez.

La *teoría Objetiva* entiende que el delito es sustancialmente un atentado contra bienes jurídicos del individuo o de la colectividad, y, la *Teoría Subjetiva* entiende que es sobre todo un acto de desobediencia al Estado, un acto de rebeldía contra el Derecho, o la manifestación de una voluntad socialmente peligrosa (como decía el positivismo) o política o socialmente intolerable (como dicen los finalistas).

Es muy curioso que el extremo positivismo y el ortodoxo finalismo se den la mano políticamente junto con el nacional-socialismo en la defensa de la concepción subjetiva del delito, o sea de la Antijuridicidad formal, como su esencia y entendida más como violación del deber de obediencia que como atentado contra los derechos ajenos.

Este Principio de la Idoneidad no solamente se infiere en el Código de la no consagración del delito imposible, sino que está expresamente referenciado en el artículo 22 que al principio yo leía con mucha inquietud y con un poco de temor, pero les manifiesto que los redactores tuvieron sumo cuidado en estos asuntos y eludieron la posibilidad de que la tentativa pudiera ser reconducida al Derecho Penal de autor.

Según dice el art. 22: “el que iniciare la *ejecución* del hecho punible...”. Con la exigencia del *Principio de Ejecución* se establece la garantía de no sancionar los actos equívocos, ni los actos que todavía no atentan contra el bien jurídico, llamados preparatorios.

Para que un tipo sea constitucional en el sentido de un tipo cerrado, de un tipo determinado y propio del Estado liberal, debe reunir determinadas características y *solo si reúne estas características cumple determinadas funciones sistemáticas y jurídico-políticas.* Diríamos rápidamente, en forma meramente enunciativa, que el tipo cerrado dentro de esta orientación tiene que ser *exhaustivo*, es decir, describir la conducta detalladamente, por su facticidad, su naturaleza verbal y sus circunstancias, y aún por su autor. Tiene que ser *exclusivo*, en el sentido de que el juez no pueda fundamentar la pena o la

sanción penal en cosa distinta a la comisión de un tipo injusto, *nulla poena sine crimine*. Tiene que ser *incomunicable*, en el sentido de que está prohibida la analogía y en el sentido de que el juez no pueda mezclar disposiciones de diversos tipos para llegar a la punibilidad, aunque le parezca que la conducta que reuna características de diversos tipos sea muy nociva socialmente o muy peligrosa políticamente.

Porque estos juicios de valor sobre el fundamento y la extensión de la punibilidad se los reserva el legislador. Por eso al Principio de legalidad se le llama cláusula de reserva.

En este momento, por ejemplo, se debate en Medellín un caso sumamente interesante, que se puede mencionar porque está en la fase de causa ya, sobre un sujeto, un empleado del Banco de la República (Banco Emisor), que se apoderó de unos billetes legítimos que estaban ya sacados de la circulación por el banco mediante la perforación; el sujeto se apoderó de los billetes y de las partículas y los puso de nuevo en circulación uniendo aquellos y éstas con cinta pegante. Estaba en discusión en el estrado si la acción era típica o no, si el sujeto fabricó o no moneda falsa; es posible que haya fabricado moneda, pero esa moneda es legítima, no falsificada y *el tipo exige que se fabrique moneda falsificada, moneda falsa*.

Es un problema de interpretación de hasta dónde van estos Principios en los casos concretos. Yo particularmente creo que esa interpretación de la mayoría de la Sala que decidió el caso, que no fue la mía, es una interpretación inconstitucional e ilegal por su aplicación analógica, como lo sostuvo el salvamento de voto.

— III —

Pero tal vez la más importante, si acaso se puede hablar en estos términos, de las características del tipo determinado sea el *carácter teleológico*, es decir, su orientación a la conservación o tutela de un determinado bien jurídico. Esta es la premisa para salirse del Derecho Penal de autor y el Derecho Penal de Peligrosidad hacia un Derecho Penal de corte objetivo y liberal. Bettiol llama a esta orientación de los tipos *Principio de la Objetividad Jurídica del delito*, en el sentido de que se afilia a la Teoría Objetiva que concibe el delito primordialmente como atentado contra el bien jurídico y no como desobediencia al Estado. No es que el delito no sea las dos cosas. Claro que en todo delito se aprecia la desobediencia al Estado, pero si se enfatiza esta desobediencia y se descuida el aspecto del atentado contra el bien jurídico se termina por erigir en delitos políticos las menores manifestaciones de desprecio al ordenamiento jurídico o al Estado y se lleva demasiado lejos la punibilidad de la tentativa, de las inocuidades y de los actos preparativos y de complejidad. Este es precisamente el peligro que implican, en el finalismo

ortodoxo, la hipótesis del *desvalor del acto* (en desmedro del valor de resultado) y del "injusto personal" (en perjuicio del injusto objetivo o impersonal).

Un tipo con esas características y sólo él cumple las funciones que la doctrina le señala. Tenemos ya descartados los tipos indeterminados, o sea las *leyes penales en blanco absoluto* que remiten a pautas de valor, y también las *leyes en blanco con reenvío genérico*. Ellas no tienen la menor posibilidad de aplicación en este Código. No sé, no creo que haya ninguna de ellas en el Código, pero si la hubiese no sería aplicable, no solamente por contradecir un Principio Rector, sino la propia Constitución. Esas funciones del tipo cerrado, teleológico, exhaustivo, exclusivo e incomunicable son cuatro principalmente:

a) *Función fundamentadora*, en el sentido ya expresado de que el juez solamente puede fundamentar la sanción penal, pena o medida de seguridad, en la comisión de un tipo de injusto o de un injusto típico, como ustedes quieran expresarlo, y de que sólo la ley (ojalá sólo la ley formal) puede crear tipos, penas y agravantes.

b) Y dos funciones que poco se mencionan en esta materia que son la *función Valorativa* y la *función Motivadora*. No se pueden separar, son dos caras de un mismo fenómeno, son la faz y el antifaz de la misma moneda. La Función Valorativa es objetiva en el sentido de que el legislador determina como punible un hecho por considerarlo lesivo, cualquiera que sea la persona que lo ejecuta. Es contrario a los fines del ordenamiento jurídico y a la tutela de los bienes jurídicos el homicidio sin causa de justificación, sea que lo ejecute una persona normal o anormal, mayor o menor de edad. La valoración del ordenamiento jurídico se traduce en que ese hecho es indeseable y lesivo y esta valoración es objetiva (prohibición general). Objetiva no en el sentido de que prescindamos de los elementos psicológicos de la conducta, porque sin ellos la conducta estaría equívocamente descrita. En efecto, nosotros no podríamos saber de qué tipo de homicidio se trata si prescindiéramos de los aspectos subjetivos o psíquicos (dolo, culpa, preterintención). Lo objetivo significa en este contexto *general o impersonal*.

La descripción contenida en el tipo del homicidio "el que ocasione la muerte a otro" o "mate a otro" es inequívoca sólo si se entiende complementada por las normas de la parte general que exigen la culpabilidad psicológica, o sea el nexo del dolo, la culpa o la preterintención. Pero si nosotros prescindimos de los elementos psicológicos y nos atenemos a la materialidad externa de la conducta, no solamente no sabemos si es típica de homicidio doloso, preterintencional o culposo, sino que ni siquiera sabemos si es típica de homicidio porque la muerte pudo haber sido ocasionada en caso fortuito, o incluso sin acción voluntaria.

c) Y la *función Motivadora* o determinativa, una de las que más arduas polémicas ha suscitado en el moderno Derecho Penal por cuanto representa el punto de partida de la Teoría de la Culpabilidad Normativa; no de la Culpa-

bilidad Sicológica, sino de la culpabilidad como reproche basado en la exigibilidad de una conducta diversa, que se refiere a que el ordenamiento jurídico no solamente valora las conductas como deseadas o indeseadas, jurídicas o antijurídicas, dañosas o no dañosas, sino que aspira a que los gobernados individualmente acepten las pautas de valor contenidas en esas normas y se determinen conforme a ellas, espontáneamente (por convicción) o al menos por temor a la sanción (intimidación disuasora).

Welzel llama a este punto la *función preventiva ético-social* del Derecho Penal y cifra en ella una de las funciones esenciales del ordenamiento jurídico penal. Peligroso punto de vista porque lleva a la etización o moralización del Derecho, a la Teoría Subjetiva y al olvido o al descuido por lo menos de los aspectos relativos al bien jurídico y del efecto intimidatorio o disuasor de la pena.

d) Sólo un tipo cerrado caracterizado de esa manera puede funcionar, y esto representa para la práctica lo más trascendente, un *indicio de la Antijuridicidad*.

En los tipos elaborados de otra manera o que no reúnan estas características, la Antijuridicidad debe ser probada en forma directa, de forma expresa. Mientras que en los tipos cerrados no es necesario hacer de ella cuestión, sino que se presume a partir de la realización del tipo.

Si efectivamente la conducta está tipificada de una manera inequívoca, determinada y circunstancial, si el legislador la ha conminado así con pena, eso significa que en principio la conducta está prohibida, salvo que se ampare en una excepcional causa de justificación. Si está prohibida es antijurídica por regla general.

Como lo normal es que las conductas típicas no se realicen justificadas sino injustificadamente, entonces se puede perfectamente presumir la antijuridicidad en estos casos, pero no bajo el sentido de invertir la carga de la prueba o de exigirle al procesado una prueba imposible o diabólica de la causal de justificación. No significa esto tampoco que en la legítima defensa, por ejemplo, las dudas deban ser absueltas en contra de la legítima defensa y en contra del procesado. Las dudas en la legítima defensa tienen que ser resueltas en favor de la legítima defensa, porque es la única manera de resolver en favor del Derecho y en contra del delito. Esto coincide además, con el *favor rei*.

En efecto, el fin sustancial de la legítima defensa, al lado de la protección de bienes jurídicos individuales, es la protección del orden jurídico y según un sector de la moderna doctrina no se inspira en el principio de ponderación de bienes (de ahí que no se exige en ella la misma proporcionalidad que en el estado de necesidad), sino en el *principio de prevalencia del Derecho frente al injusto*.

Si la legítima defensa es un mecanismo de autoconservación del orden jurídico, de autotutela, entonces, cuando un juez resuelve en un proceso las dudas en contra de la legítima defensa, está resolviendo contra el ordenamiento jurídico, está resolviendo las dudas no contra el reo, que esto filosóficamente y políticamente puede ser aquí secundario, sino contra el ordenamiento jurídico mismo y por tanto contra la justicia que él encarna o pretende encarnar.

Estos principios, pues, no están ni mucho menos desprendidos de la práctica del Derecho Penal.

#### — IV —

El aspecto más importante de los tipos es la *función de garantía*. Es la conclusión de toda esa teoría, de toda esa elaboración de requisitos para llegar a las famosas garantías del Derecho Penal, y no les voy a hablar de las garantías formales porque estamos bien familiarizados con ellas y sería prácticamente una redundancia.

Pero sí les voy a recordar que la Doctrina y la Jurisprudencia han recabado mucho el aspecto de estas garantías formales, pero han olvidado un poco las *garantías materiales*. Sin embargo, la insuficiencia de las garantías formales es manifiesta. Piensen ustedes en el Principio Constitucional de que "nadie puede ser detenido o molestado en su persona o familia sino por motivos expresamente definidos en la ley". Eso no significa nada si la ley puede definir como "motivo" cualquier cosa.

El aspecto material apunta al contenido, es decir, a los motivos que la ley puede elevar a hecho precedente de determinadas sanciones. Pero si el legislador es omnipotente para definir como delito cualquier conducta, así sea una conducta inocua, inofensiva o insignificante, o así sea incluso, dentro de determinadas posiciones, una conducta beneficiosa, entonces no se está garantizando absolutamente nada. Es necesario interpretar las garantías en el sentido de fijar un mínimo de contenido que el legislador debe respetar en todo caso, al menos si quiere ser democrático y liberal.

Desde luego, estas garantías materiales tienen que estar fijadas sobre todo en la Constitución Nacional, porque son límites para el legislador. Pero pueden y deben estar consagradas también en el Código. Uno de los mayores avances de este estatuto es precisamente el haber consagrado por primera vez en nuestro ordenamiento el *Principio de la Antijuridicidad Material* que elimina la responsabilidad por los llamados *delitos inocuos* (artículo 4º).

Ya no va a existir el comodín para los jueces, ante el delito inocuo, de acudir a la figura de la *tentativa imposible*, sino que van a tener necesariamente que absolver porque se trata de una conducta que no produce ni daño ni peligro para el bien jurídico. Lo mismo pasa con las *conductas socialmente adecuadas* de que hablaba Welzel, que no son típicas siquiera porque no entran en la órbita de la prohibición, v.gr. las lesiones deportivas o las lesiones qui-

rúrgicas, aunque algunos, como el Profesor Estrada en el código anterior, las sistematizaba como causas de justificación no codificadas.

Entre las garantías materiales, no digo todas, se pueden enunciar la exigencia de idoneidad de la conducta que ya hemos mencionado, íntimamente relacionada con el Principio de la Antijuridicidad Material que el Código consagra; íntimamente conectada también con el carácter teleológico de los tipos y con la Teoría Objetiva del delito. Por eso les dije que estos principios no se pueden separar tajantemente. Y el *Principio de Libertad Volitiva* o de Motivación Axiológica que, en cuanto determinante de la exigencia de culpabilidad normativa, es uno de los más difíciles de realización. ¿Por qué? Se decía que la Teoría de la Peligrosidad como fundamento o medida de la pena, o solo como fundamento o solo como medida, era políticamente peligrosa porque daba a los jueces muy amplias facultades discrecionales para determinar cuándo aplicaban la pena o cuando no, arrancándole al legislador esta reserva de competencia.

El Principio de Culpabilidad tampoco está exento de crítica. Porque se puede hacer Derecho Penal sin el postulado de la libertad o con este postulado. Pero para el Derecho Penal liberal, la libertad de la voluntad es un postulado, es decir algo que no puede demostrar porque está fuera de su alcance.

Sin embargo, recientes orientaciones político-criminales sostienen que el Principio de Culpabilidad va a entrar en crisis y va a tener que ser sustituido por conceptos que todavía no están bien especificados en los iniciadores de la crítica. Porque el Principio de Culpabilidad exige del juez decir mentiras, institucionaliza la mentira. Es esta una Doctrina minoritaria muy posterior al Finalismo, que es practicada por unos pocos pero importantes penalistas, como Roxin en Alemania y Gimbernat en España.

¿Cuál es la mentira que le obliga el Principio de Culpabilidad a decir al Juez? Nada menos que la *ficción* de que el sujeto obró con libertad en el caso concreto, cuestión que es absolutamente indemostrable no solo en el proceso sino en cualquier posición científica. La ciencia es absolutamente incapaz en el nivel actual de demostrar si el sujeto actuó o no con libertad en un caso concreto.

¿Pero nos puede asustar esta crítica? ¿Podemos en virtud de esta crítica decir que el Código no debió aceptar el Principio de Culpabilidad? De ninguna manera, porque el Derecho Penal no es un problema meramente técnico o naturalista, sino sobre todo un problema político. El Código tenía que optar por el postulado que mejor respetara la libertad dentro de la orientación del sistema y optó por la posición correcta, es decir, por el Principio de Libertad Volitiva o Libertad del querer para los sujetos imputables, que son desde luego la gran mayoría de los delincuentes.

En materia de delincuentes inimputables se reputa que no tienen libertad volitiva o no la tienen en el grado suficiente, pero eso no quiere decir que actúen sin culpabilidad (psicológica). Porque si actuaran sin culpabilidad, y esta es una de las mayores discrepancias de mi posición con el doctor Reyes y con el doctor Federico Estrada Vélez, *si los inimputables actuaran sin culpabilidad, su responsabilidad sería objetiva*, sería por el mero resultado, no se exigiría un nexo psicológico de dolo, culpa o preterintención que son los únicos nexos psíquicos que el Derecho Penal conoce y reconoce. Y entonces se violaría el principio rector del art. 5º, se cometería una magna injusticia y no se habría avanzado en esto un solo paso sobre el viejo Código.

La diferencia entre la culpabilidad del imputable que pudiéramos llamar *plena*, con la del inimputable que llamaríamos deficitaria o *incompleta*, es la *conciencia de la ilicitud* de las acciones.

Ese *Principio de Libertad Volitiva*, al que también se lo llama en el Código Principio de Culpabilidad, tiene un alcance que puede tomarse en *dos acepciones* por lo menos: la acepción de *exclusión de la responsabilidad objetiva*, por cuanto se requiere una vinculación síquica entre el hecho y el autor, una pertenencia del hecho al autor bajo la forma de dolo, culpa o preterintención, fenómenos sustancialmente psicológicos que de ninguna manera escapan a los delincuentes inimputables, salvo los casos extremos de *involuntabilidad* que no dan lugar a inculpabilidad sino a falta de acción. En este primer aspecto todo el mundo está de acuerdo, por lo menos en el sentido de exclusión de la responsabilidad objetiva, no en la interpretación de su alcance a los inimputables. El doctor Reyes cree que los inimputables, siendo incapaces de culpabilidad, pueden ser declarados inculpables y absueltos en consecuencia. El doctor Estrada parece pensar, en cambio, que en los supuestos de que se trata no se está en presencia de una causa de inimputabilidad, que para él es un *momento* y no un *estado*.

Pero hay una segunda acepción del Principio de Culpabilidad que ya no la presenta bajo una forma psicológica sino bajo una forma axiológica o valorativa: es la *Exigibilidad*. No se entiende ya la culpabilidad como un nexo síquico, que se dice no existe en la culpa inconsciente, sino como el reproche que el ordenamiento jurídico dirige contra la persona que realizó el tipo de injusto en circunstancias en que podía observar una conducta diversa, es decir en circunstancias de lo que llamaba Frank la libertad o normalidad interna y de libertad o normalidad externa. La libertad interna remite a la primera manifestación y la libertad externa a las causales de inculpabilidad o de no exigibilidad de otra conducta.

Finalmente, como garantía material, al lado de las exigencias de idoneidad, lesividad y libertad volitiva, habría que mencionar por lo menos el *Principio de Retribución*, que muy afortunadamente menciona entre los fines de la pena el artículo 12 del Código, con algunos ligeros problemas de inter-

pretación en los artículos 64 y 66 cuando tratan de las llamadas circunstancias de agravación y atenuación punitiva (que entre otras cosas ni agravan ni atenúan nada, sino que simplemente son parámetros para que el juez gradúe la pena entre el mínimo y el máximo previsto en el tipo respectivo). Y solo dentro de una pena retributiva, vale decir de una pena justa, o sea de una pena proporcionada a la culpabilidad y a la gravedad del delito, a su nocividad, solo dentro de ese ámbito se realizan, como bien lo ha expuesto el articulado del proyecto, la prevención, tanto la *prevención general* con carácter de intimidación y disuación, como la *prevención especial* con el carácter de corrección en la medida de lo posible. La cesación de la pena no está condicionada a que el sujeto deje de ser peligroso ni a que se convierta en bueno, ya que el Derecho Penal no podría ir tan lejos; esa era la pretensión utópica del Positivismo y el sueño también durante algún tiempo de Jiménez de Asúa de que la Criminología reemplazara al Derecho Penal.

El Derecho Penal, en virtud de las limitaciones políticas que exige la preservación de la libertad, no puede ir tan lejos en sus exigencias sin identificarse peligrosamente con la moral y sin confundir otra vez el delito con el pecado.

Recurrir a la prevención sin el fundamento de la retribución sería regresar a los fundamentos que posibilitaron la caza de brujas en la Edad Media, sería desconocer los esfuerzos grandiosos de los penalistas clásicos que, aún cuando no los admitamos en todo su alcance, es innegable que las directrices filosóficas de este Código son de corte clásico y no de corte peligrósista.

En la coordinación de todos esos principios, postulados, axiomas, exigencias, el Código, fuera de la supresión del delito imposible tuvo otro acierto imponderable que fue la supresión del delito aberrante, una supresión que fue sumamente difícil, porque era muy difícil hacer entender que el delito aberrante llevaba a la responsabilidad objetiva.

Se suprimieron también ciertas modalidades de agravación de la pena por el carácter al erradicar la reincidencia, se suprimió también el proyecto de aumentar tenebrosamente la sanción por la habitualidad y la profesionalidad y todo ello para que no quedara absolutamente ninguna duda, ni la más mínima, de la orientación liberal y objetivista del proyecto. Liberal desde luego, no en el sentido de partido sino en el sentido de la filosofía política que está en la base del Derecho Penal.

Se excluye también, en conclusión, la punibilidad de los actos preparatorios, salvo algunos casos cuya constitucionalidad y compatibilidad con los Principios Rectores queda por discutir. Se exige, pues, no sólo que el acto sea individual, externo, voluntario e idóneo, sino también que sea *ejecutivo*.

Así por el estilo se suprimieron una serie de figuras que cabalgaban cotidianamente en la dialéctica de los jueces dentro del Código de 1936 y que

representan un positivo avance y van a poner a la Dogmática a pensar ahora sí consecuente y coherentemente en los Principios que *rigen* la estructura del delito.

El Código de 1936 era un código en alto grado ecléctico, que permitía a uno tomar un Principio de un lado hasta cierto punto y ahí comenzar con el Principio contrario hasta otro punto. El Código de 1936 era una carrilera que iba para una estación y se devolvía para la intermedia. Este no es un Código así, este es un Código de una orientación mucho más precisa y definida, clara y metódica.

Dentro de su fecundidad en la promoción de los estudios jurídico-penales va a tener sin duda el Código un importante beneficio político para cambiar, para transmutar la mentalidad de nuestros jueces. Desgraciadamente esa mentalidad de los jueces no es fácil de cambiar. El problema humano es uno de los más difíciles aspectos de la reforma penal, porque de todas maneras el Código Penal y el Código de Procedimiento Penal cuya vigencia va a terminar, dejan en los jueces el resabio de lo que podríamos llamar quizás con un poco de hipérbole el "carcelarismo". Ustedes entienden muy bien a qué se refiere ese fenómeno, es un vicio contagiado por la sistemática peligrósista y los principios dubitativos del Código de 1936.

Habría que hablar de otros principios, como el de la doble Vía, para entrar así en disputa con las magistrales intervenciones del doctor Estrada y del doctor Nódier Agudelo; el de Ponderación de Bienes y el de Prevalencia del Derecho; el Principio Preventivo en las medidas de seguridad, en las que la lucha contra el peligrósismo sin duda se llevó demasiado lejos, se exageró un poco; al quitarles su fundamento en la *peligrósidad*, lo que no impidió crear medidas asegurativas perpetuas que pueden representar un regreso al *delincuente nato* de Lambroso; el Principio de Personalidad y el propio Principio de Culpabilidad que apenas esbozamos. Pero el tiempo no lo permite. Mil gracias a ustedes por su benévola deferencia y su generosa atención.