

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO: *Teoría general del delito*. Bogotá, Ed. Temis, 1984, 229, págs.

De sumo interés es la obra que del profesor español FRANCISCO MUÑOZ CONDE acaba de imprimir la Editorial Temis, la cual consta de dieciocho capítulos, en los cuales se refunde la teoría del delito, referida no solo al derecho español sino, y ello es lo más novedoso, al derecho penal latinoamericano, como que al final de cada uno de ellos encontramos remisiones a nuestra codificaciones y a la doctrina. Indudablemente, este último factor, unido a la claridad de la exposición, a la muy bien lograda sistematización y a la brevedad de la misma (notas bien difíciles de reunir en una obra), permitirán su utilización con muy buen provecho en las diversas facultades de derecho que quieran impulsar una cátedra de Penal General actualizada y a tono con los más recientes desarrollos, más allá de ese estancamiento que parece estuviéramos condenados a sufrir, dado el lento avance de gran parte de nuestra doctrina y jurisprudencia.

A continuación reseñaremos los aspectos más sobresalientes, deteniéndonos en cada uno de los capítulos.

El *capítulo 1*, dedicado al concepto de delito; a los elementos y a la estructura del concepto de delito; a la clasificación de los delitos; deja translucir de inmediato la influencia de JESCHECK¹, lo cual se comprueba cuando nos dice que la teoría general del delito "se ocupa de las características comunes que debe tener cualquier hecho para ser considerado delito" (pág. 1). Así mismo, el *método* por seguir supone partir del

derecho penal positivo, pues "delito es toda conducta que el legislador sanciona con una pena"; pero también hace alusión a la *estructura*: "el concepto de delito, sus características comunes, responden a una doble perspectiva que, simplificando un poco, se presenta como un juicio de desvalor que recae sobre un hecho o acto humano y como un juicio de desvalor que se hace sobre el autor de ese hecho" (pág. 3), concepto estratificado que tiene no solo consecuencias teóricas importantes sino también prácticas, como lo pone de manifiesto el autor retomando lo que había expuesto ya en otra de sus obras².

Esta exposición permite, entonces, definir el delito como una "acción u omisión típica, antijurídica, culpable y punible", concepto en el cual debe destacarse la intrusión de la nota de la punibilidad, que entre nosotros acoge también REYES³.

El *capítulo II*, está dedicado al "comportamiento humano base de la teoría del delito", a las formas de comportamiento humano penalmente relevantes, al estudio de la acción en sentido estricto, al sujeto de la acción, y a los casos de ausencia de la acción.

Aparece, entonces, "la conducta humana", como el punto de partida de toda reacción jurídico-penal, y el objeto al cual se agregan los predicados de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, que son los que convierten una conducta humana en delito. La conducta humana, tiene dos manifestaciones: la acción y la omisión, que el autor se atreve a calificar como "realidades ontológicas", con lo cual zanja, de entrada, la discusión sobre el carácter jurídico o prejurídico de las mismas, tan debatido en una época en Alemania y que ciertamente "llenó

¹ HANS-HEINRICH JESCHECK, *Tratado de derecho penal*, trad. de Mir Puig y Muñoz Conde. Barcelona, Edic. Bosch, 1981, págs. 263 y ss.

² FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *Introducción al derecho penal*, Barcelona, Ed. Bosch, 1975, pág. 29.

³ ALFONSO REYES ECHANDÍA, *Derecho penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1984, págs. 129 y ss.

bibliotecas enteras", aunque está por estudiarse entre nosotros.

Luego de haber caracterizado así la conducta humana, y hecha la precisión metodológica de que hablamos, hace un estudio por separado de tales "realidades ontológicas" (págs. 10 y ss.). Esto nos permite vislumbrar ya una toma de partido por el concepto final de acción, que como sabemos proviene de ARISTÓTELES⁴ y que WELZEL ha incorporado a su sistemática: "el concepto de acción que se acaba de exponer, dice el autor, es el de la teoría final de la acción...cuyos lineamientos fundamentales seguiremos aquí" (pág. 12 y ss.); esto no le impide presentar, brevemente, la polémica en torno al concepto de acción, destacando los aportes del finalismo.

Al discurrir sobre "el sujeto de la acción" puntualiza que solo puede ser la persona humana, descartando incluso a las personas jurídicas; luego, al abordar los casos de ausencia de la acción retoma la exposición de MAURACH⁵.

La acción y el resultado, la relación de causalidad y la teoría de la imputación objetiva, son los temas que se discuten en el *capítulo III*, asuntos que son tratados al lado de la acción y no en el tipo objetivo, tal y como lo hacen MAURACH⁶ y WELZEL⁷.

Estudia, inicialmente, las tradicionales teorías en materia de causalidad (Teoría de la equivalencia y Teoría de la causación adecuada), para terminar sosteniendo la teoría que él denomina "De la causa jurídicamente relevante o de la imputación objetiva", arguyendo que "...desde el punto de vista jurídico esta causalidad natural debe ser limitada con ayuda de criterios jurídicos, de tal forma que el problema causal se convierte en un problema jurídico a incluir dentro de

la categoría del injusto o antijuricidad típica (pág. 23). Recoge así la tesis que en la dogmática alemana sostuvo MEZGER⁸ bajo el nombre de "Teoría de la adecuación completada con la relevancia jurídica" y que hoy sigue sosteniendo BLEI⁹, quien advierte que la tesis de su maestro es hoy denominada de la "Imputación objetiva" (*objektive Zurechnung*).

El *capítulo IV*, lo destina al problema de la omisión, a su estructura ontológica, a la acción "esperada", a las clases de omisión penalmente relevantes: omisión propia e impropia. Compadeciéndose con su punto de partida metodológico —al que luego unirá en las otras categorías del esquema, la discutida *teoría de la motivación de origen sicoanalítico*—, sostiene que acción y omisión hay que entenderlas como "subclases" del comportamiento humano, pues "...no son por tanto, dos formas ontológicamente distintas (A y B) del comportamiento humano, sino dos subclases independientes (A y no A) del comportamiento humano, susceptibles de ser regidas por la voluntad final" (pág. 30). Es que, arguye MUÑOZ CONDE, la omisión no es un simple no hacer nada, sino no hacer una acción que el sujeto está en situación de poder hacer (cfr. pág. 29), es un delito que estructuralmente consiste en la infracción de un deber.

A la omisión propia e impropia (comisión por omisión) añade, como una tercera forma, los delitos de "omisión y resultado", destacando la "causalidad hipotética" y el "deber de evitar el resultado" como notas imprescindibles en la segunda forma de omisión (la impropia).

La tipicidad, el tipo penal, la relación tipicidad-tipo, tipo-antijuricidad, el tipo y la adecuación social, así como la estructura

y la composición de los tipos, son las temáticas que trata en el capítulo siguiente.

Al ocuparse de las funciones del tipo (y no de la tipicidad como se cree ordinariamente), vemos los primeros rastros de su "Teoría de la motivación", pues asigna a este tres funciones: seleccionadora, motivadora y garantizadora.

Tipo y tipicidad se distinguen nítidamente, ya que el primero es la descripción de la conducta prohibida que lleva a cabo el legislador en el supuesto de hecho de la norma penal, y la segunda es la cualidad que se atribuye a un comportamiento cuando es subsumible en el supuesto de hecho. Así mismo, hace el deslinde entre *tipicidad* y *antijuricidad*, cuestión nada fácil, sobre todo en la actual dogmática empeñada en volver a un esquema bipartito (injusto-culpabilidad), y oscurecida por una teoría bastante discutida, como es la "Teoría de los elementos negativos del tipo", a veces sostenida.

Como elementos constantes en la estructura de todo tipo penal, destaca tres: el *sujeto activo*, la *acción* y el *bien jurídico*.

Ya en el *capítulo VI*, aborda el tipo de injusto del delito doloso, los elementos del tipo, el error de tipo y los "elementos subjetivos del injusto". Como es apenas lógico, hablar del "injusto del delito doloso", supone ubicar el dolo en el tipo penal, consecuencia inevitable cuando se asume el concepto final de acción, y, por ende, concebir un tipo mixto (objetivo-subjetivo), que ofrece "particularidades dogmáticas propias" en los hechos dolosos y en los imprudentes, amén de la distinta trascendencia social y jurídica de cada uno de ellos. Esto lo lleva a tratar por separado el tipo de los delitos imprudentes, echándose de menos una exposición similar para el tipo omisivo (doloso o culposo), sobre el cual hace breves consideraciones en el capítulo cuarto.

La exposición de estos temas, en nada dista de la que puede encontrarse en cualquier manual de derecho penal alemán, motivo por el cual no nos detendremos más; debemos precisar sí, que se nos hace muy discutible y hasta insostenible, la afirmación del autor en el sentido de que nuestro art. 40-4 consagra el error de hecho (cfr.

pág. 65). En cuanto al tipo de injusto del delito imprudente, se queja MUÑOZ CONDE, del lamentable abandono a que estuvo sometido la teoría de la imprudencia, tal vez porque el proceso de industrialización no se había acelerado tanto como en los últimos años, lo que ha generado un aumento inusitado de este tipo de delincuencia, al paso que "la doctrina no estaba preparada para resolver técnicamente los problemas jurídicos que planteaba" (pág. 67).

Como elementos que integran el tipo de injusto imprudente, señala los siguientes: 1) la *lesión del deber objetivo de cuidado*, que es un concepto objetivo-normativo; 2) el *resultado*, que es el "componente de azar", pues solo cuando existe pueden ser castigados los delitos imprudentes, por más que la acción imprudente "sea la misma, se produzca o no se produzca el resultado" (pág. 73); 3) la *relación de causalidad* entre la acción imprudente y el resultado lesivo; 4) la *previsibilidad objetiva*, y 5) la *lesión de la diligencia debida*.

La antijuricidad, la relación antijuricidad-injusto, las clases de antijuricidad, los conceptos de lesión y de peligro, el desvalor de acción y el desvalor de resultado, son cometidos que se desarrollan en el *capítulo VIII*.

Es bueno destacar aquí la claridad con que distingue *antijuricidad* e *injusto*. La primera "es un predicado de la acción, el atributo con el que se califica una acción para denotar que es contraria al ordenamiento jurídico" (pág. 84); el segundo "es un sustantivo que se emplea para denominar la acción misma calificada ya como antijurídica; lo injusto es, por lo tanto, la conducta antijurídica misma" (pág. 84).

En cuanto al *desvalor de acción* y al *desvalor de resultado*, les da un tratamiento opuesto al de WELZEL, quien da primacía al primero sobre el segundo; MUÑOZ CONDE, haciéndose eco de lo que se sostiene actualmente, considera "superflua" la polémica sobre la prioridad de uno o de otro: ambos "...son igualmente importantes en la configuración de la antijuricidad, ya que están perfectamente entrelazados y son inimaginables separados...", dice (cfr. pág.

⁴ HANS WELZEL, *Introducción a la filosofía del derecho*, trad. de Felipe González Vicén. Madrid, Edit. Aguilar, 1977, pág. 31.

⁵ REINHART MAURACH, *Tratado de derecho penal*, trad. de Juan Córdoba Roda. Barcelona, Edic. Ariel, 1962, pág. 214.

⁶ MAURACH, ob. cit., págs. 219 y ss. Así también en MAURACH/ZIPP: *Strafrecht allgemeiner Teil*, Parte primera. Heidelberg, C. F. Müller, 1983, págs. 205 y ss.

⁷ HANS WELZEL, *Derecho penal alemán*, trad. de Juan Bustos. Santiago, Edit. Jurídica de Chile, 1976, págs. 66 y ss.

⁸ EDMUND MEZGER, *Tratado de derecho penal*, trad. de J. Arturo Rodríguez Muñoz. Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1955, págs. 241.

⁹ HERMANN BLEI, *Strafrecht I*. München, C. H. Beck, 1977, pág. 80.

87), coincidiendo con los planteamientos de BUSTOS y ZAFFARONI¹⁰.

Encontramos en el capítulo IX, la "exclusión de la antijuridicidad", abordada a través del estudio de las causas de justificación, su naturaleza y efectos, la sistemática de las mismas, los elementos subjetivos y objetivos, el error sobre las causas de justificación, la justificación incompleta y la atenuación de la pena.

Hace hincapié en que a la hora de estudiar las causas de justificación se deben tener en cuenta, no solo los principios generales comunes a las diversas causas, sino los que en concreto inspiran cada una de ellas, "renunciando a cualquier apriorismo sistemático" (cfr. pág. 94). Precisa, igualmente, cómo deben distinguirse los elementos objetivos de los subjetivos, pues no basta con que objetivamente se dé la justificante, sino que es preciso que el autor conozca esa situación, incluso cuando así se exija, que tenga las tendencias subjetivas especiales que requiere la ley para justificar la acción. A pesar de ello, debe observarse, el problema atinente a la falta del elemento subjetivo y la presencia del objetivo, no es tan fácil de resolver como aparentemente se cree, pues las dos soluciones propuestas (delito consumado o tentativa) ofrecen serias resistencias, es inventarse una consumación o una tentativa donde ontológicamente no existen; sin embargo, una solución coherente podría buscarse por el lado de la atenuación: "...la falta de alguno de estos elementos o el exceso en el ejercicio de la causa de justificación puede incidir, sin embargo, atenuando el juicio de la antijuridicidad sobre el hecho..." (pág. 97). Esta solución podría ser acogida para resolver los problemas que se presentan en nuestro Código¹¹.

Las causas de justificación en particular, son tratadas en el capítulo siguiente, a cuyo

efecto empieza con la *legítima defensa*, a la que el recientemente reformado Código Penal de España da un tratamiento unitario, lo cual no impide hacer la distinción entre la defensa individual y la supraindividual "del orden jurídico y del derecho penal en general" (pág. 102). Adentrándose en los requisitos de la justificante, destaca cómo la *agresión ilegítima* es el núcleo de la misma, sin que deba consistir siempre en un "acometimiento", pues puede ser también "una acción de puesta en peligro de algún bien jurídico, incluyendo también en ella la omisión"¹²; empero, se nos hace que también ha de haber la *legítima defensa* en eventos de agresión cuíposa, pues mal puede el agente atacado medir la situación puramente interna (de dolo o culpa) en que se encuentra el agresor al momento de proceder a agredir, así MUÑOZ CONDE insiste en que tal evento cabría calificarlo de estado de necesidad¹³.

Ahora bien, esa agresión ilegítima debe involucrar no solo una antijuridicidad formal, sino una puesta en peligro efectiva del bien jurídico; además debe ser real, debe haber una *necesidad racional del medio empleado*, y debe haber *falta de provocación suficiente*. En torno a este último requisito la doctrina y la jurisprudencia españolas señalan a veces que no reconocen la *legítima defensa* al provocador, podría implicar formas de responsabilidad objetiva; por eso creemos que en nuestro Código Penal nada se opone a que así se proceda, pues no se exige tan ambiguo requisito¹⁴.

En lo relativo al *estado de necesidad*, las cosas no son tan claras; el autor parece, inicialmente, afiliarse a la teoría monista, que hace del bien una causal de justificación, bien una causal de inculpabilidad en todos los casos; pero posteriormente, después de haber estudiado el estado de necesidad en la

antijuridicidad como una justificante, trata la disculpante (pág. 164). El estado de necesidad putativo, que constituye una forma de error de prohibición indirecto, lo ubica como causal de exculpación si es invencible; si es vencible procede la atenuación; lo mismo, creemos, debería hacerse en nuestro país en este último caso. En cuanto al estado de necesidad configurado objetivamente pero no por el aspecto subjetivo, cree el autor que debe tratarse como una atenuante, solución con la que nos identificamos y que también se podría sostener por vía de interpretación sistemática en nuestro Código.

Al final del capítulo, MUÑOZ CONDE, reclama de *lege ferenda* que se incluya como exigencia del estado de necesidad, la de que este no se haya provocado por imprudencia, pues el Código español solo consagra el evento en el cual se ha provocado "dolosamente". No estamos de acuerdo con esta posición, ni siquiera al tenor del art. 29-5 del C. P. colombiano, pues quien obra por imprudencia generando el estado de necesidad, debe ser beneficiado con la justificante, de la misma manera que lo es en la *legítima defensa* el provocador, y quien ha realizado la agresión culposamente¹⁵.

El capítulo XI, está referido a las otras causas de justificación: la obediencia debida, el cumplimiento de un deber y el ejercicio legítimo de un oficio o cargo; el caso fortuito; el riesgo permitido y el consentimiento.

En cuanto a la "obediencia debida" (que equivale al num. 2 del art. 29 del C. P. colombiano), no duda en ubicarla como justificante, aunque advierte las dificultades que genera la constatación del "carácter antijurídico" de la orden, por parte de quien la recibe.

Con respecto al "cumplimiento de un deber, el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo"; no evidencia el autor los peligros que en torno a tal justificante se han puesto de presente entre nosotros; ARCILA ARENAS, acota magistralmente que "nues-

tras inquietudes y temores no las suscita el frío y posiblemente técnico texto del artículo 29 del nuevo Código Penal, en sí mismo pacífico e inofensivo para dichos derechos y libertades, sino el relacionado con la realidad sociopolítica en que va a ser aplicado"¹⁶, afirmación explicable si se tiene en cuenta que rigió entre nosotros el fatídico decreto 070 de 1978, el cual permitió que se legitimaran muchos homicidios cometidos por la fuerza pública y por organismos de corte policial, no precisamente en ejercicio de la justificante, estatuto que inexplicablemente nuestra Corte Suprema de Justicia declaró constitucional, no sin que mediaran algunos valerosos salvamentos de voto¹⁷. Por eso, cuando el autor habla de "una arbitrariedad que se potencia" en esta causal de justificación, se queda demasiado corto, inclusive atendiendo a la realidad de su país.

Cuando abordamos la culpabilidad, llegamos al verdadero "Talón de Aquiles" del Derecho Penal, como que este concepto se ha construido sobre bases indemostrables. MUÑOZ CONDE cree obviar las dificultades acudiendo a un concepto material asentado en la *función motivadora de la norma penal*; claro que este socorrido concepto tampoco resuelve las dificultades y logra poner fin a una discusión filosófica que data de milenios.

Lo anterior nos hace pensar que tal vez sea lo más adecuado admitir, de una vez por todas, que nuestra disciplina se debate en una profunda crisis (la cual alcanza también a las disciplinas que se ocupan de la conducta humana) y que amenaza con mudar sus tradicionales cimientos. Sin lugar a dudas las dos alternativas históricas en frente al problema del libre albedrío siguen vigentes, y el penalista tendrá que afrontarlas, bien sea que trabaje con un derecho penal librearbitrista, o bien con un derecho penal determinista. ¡No hay escapatoria!

¹⁰ JUAN BUSTOS RAMÍREZ, *Bases críticas de un nuevo derecho penal*. Bogotá, Edit. Temis, 1982, pág. 30; EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *Manual de derecho penal*, Buenos Aires, Edit. Ediar, 1982, pág. 31.

¹¹ En el Código colombiano encontramos el art. 30, el cual, presidido por esta filosofía, atenúa la pena en casos de exceso, atenuante que perfectamente podría extenderse a los mencionados eventos.

¹² Apreciación perfectamente válida para el Código colombiano (art. 29-4).

¹³ En el mismo sentido que nosotros JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA (*Derecho penal fundamental*, Bogotá, Edit. Temis, 1982, pág. 482), quien retoma a DIEGO MANUEL LUZÓN PENA, en *Aspectos esenciales de la legítima defensa*. Barcelona, Edic. Ariel, 1978, págs. 178 y 179.

¹⁴ Nuestro Código justifica el hecho "por la necesidad de defender un derecho ajeno o propio contra injusta agresión actual o inminente, siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión" (art. 29-4).

¹⁵ Entre nosotros, LUIS CARLOS PÉREZ (*Derecho penal*, t. I, Bogotá, Edit. Temis, 1981) entiende que la "imprudencia" a que hace alusión el 29-5 solo hace referencia a una de las formas de comisión culposa (cfr. pág. 230).

¹⁶ DARIO ARCILA ARENAS, "Las nuevas causales de justificación del hecho y los derechos civiles y las garantías sociales", en *Nuevo Foro Penal*, núm. 17. Bogotá, Edit. Temis, 1983, pág. 21. En el mismo sentido FERNÁNDEZ, ob. cit., pág. 512.

¹⁷ Pueden consultarse en *Jurisprudencia y Doctrina*, t. VII, núm. 78. Bogotá, Edit. Legis, 1978, pág. 380 y ss.

Ciertamente, la norma penal cumple una función motivadora, pero repárese bien, esa es una verdad a medias, pues también cumple otras funciones, y no siempre la función motivadora de la norma alcanza a todos los ciudadanos. Además, la propuesta de MUÑOZ CONDE, la misma que le permite construir su teoría del delito, nos sitúa ante la ineludible aceptación de la teoría sicoanalítica en el campo del Derecho Penal, lo que de por sí es ya bastante problemático.

Ahora bien, es cierto que el concepto de culpabilidad (determinista o indeterminista) requiere una limitante material, pero ello tampoco puede resolverse de manera uniforme sino atendiendo al momento histórico y cultural que se viva; tal vez la afirmación de que "no hay una culpabilidad en sí, sino una culpabilidad con referencia a los demás" (pág. 131), nos permita reflexionar en torno a este intrincado problema desde una perspectiva diferente, pero solo hasta ahí, pues la problemática sigue y seguirá latente.

Los elementos de la culpabilidad: imputabilidad, conocimiento de la antijuridicidad y exigibilidad de un comportamiento distinto, son explicados a la luz de la motivabilidad. La imputabilidad o "capacidad de culpabilidad" es estudiada en el capítulo XIII, comprendiendo las causas que la excluyen: minoría de edad, sordomudez y trastorno mental transitorio; así como la denominada *actio liberae in causa*.

Una de las premisas que sienta el autor es la de que los inimputables no pueden actuar culpablemente y que no son responsables jurídico-penalmente. Esta última aseveración —la de que no son responsables jurídico-penalmente— es peligrosa, pues entraña la afirmación de que están excluidos

del derecho penal, en manos de autoridades administrativas sin que los miembros de la rama jurisdiccional del poder público tengan que ver con ellos, tesis que se viene impulsando por un sector de la doctrina en Colombia, con los peligros políticos que entraña, pues, como pone de presente ANTOLISEI, es dar el primer paso para que los inimputables queden en manos de los funcionarios policiales. ¡Ay de los disidentes!¹⁸.

La manera como la motivación fundamenta la imputabilidad es explicada por el autor así: "Es, pues, la capacidad de motivación a nivel individual, la capacidad para motivarse por mandatos normativos, la que constituye la esencia de ese elemento de la culpabilidad que llamamos imputabilidad" (cfr. pág. 140). A partir de esto, señala que la imputabilidad no es solo un problema de facultades intelectivas y volitivas, sino algo más complejo que supone la inclusión de factores síquicos y socioculturales¹⁹; reivindica el carácter meramente jurídico del concepto de imputabilidad, alejando al jurista de ese "mundo confuso y extraño" que es la nosología siquiátrica, pues "al juez, al legislador, al jurista no les interesa ni la nosología siquiátrica ni tan siquiera el diagnóstico en sí mismo, sino los efectos que sobre la conducta humana tiene una determinada calificación clínica" (pág. 143).

Destaca cómo la jurisprudencia y la doctrina españolas han logrado hacer del sistema puramente biológico que trae el estatuto penal, una fórmula interpretada a la luz de los parámetros mixtos, en donde juegan su rol el efecto psicológico, las causas y las consecuencias jurídicas, que son ampliamente expuestas en el texto. En cuanto al efecto psicológico, precisa que este no puede reducirse a las perturbaciones de la esfera intelectual y

volitiva, dejando de lado otras manifestaciones del siquismo: las alteraciones psicopatológicas de la percepción, de la memoria, de la afectividad, del pensamiento, de la conciencia, etc. (cfr. pág. 145); todo ello porque "una conducta será culpable, o no, dependiendo del grupo social, y, sobre todo, del modelo cultural donde se realiza" (pág. 148).

Las causas, esto es, el trastorno mental permanente (enajenación) y el trastorno mental transitorio, son dos estados que siendo psicológicamente idénticos, se distinguen "por el carácter permanente del primero y fugaz del segundo" (cfr. pág. 150).

Al ocuparse de las consecuencias jurídicas, luego de hacer una crítica a las medidas de seguridad tradicionales que conllevan siempre el internamiento, destaca que en España, después de la reforma de 1983, se permite que "el tribunal sentenciador, cuando lo estime procedente a la vista de los informes de los facultativos, sustituya el internamiento por otras medidas no privativas de libertad (tratamiento ambulatorio, privación del permiso de conducir, etc.)" (pág. 154).

En lo que respecta a la *actio liberae in causa*, encontramos que la exposición es la tradicional, que es bueno ir pensando en modificar, sobre todo si se tienen en cuenta las agudas observaciones que a tal institución viene haciendo ZAFFARONI²⁰.

El capítulo XIV está dedicado a los demás elementos de la culpabilidad: el conocimiento de la antijuridicidad y el error de prohibición, la no exigibilidad de otra conducta y el estado de necesidad disculpante, el miedo insuperable y el encubrimiento entre parientes. También la motivación explica el conocimiento de la antijuridicidad, ya que "solo en la medida en que se dé la internalización de los mandatos normativos y el proceso de socialización no se encuentre alterado (analfabetismo, subcultura, etc.), podrá plantearse el tema del conocimiento de la antijuridicidad" (pág. 160). El desconocimiento de la antijuridicidad del hacer genera el error de prohibición, que es clasificado en directo e indirecto a la luz de la Teoría de la culpabilidad, que el autor considera "conduce a

resultados político-criminales más correctos" (pág. 163).

Como casos de no exigibilidad de la conducta, estudia el estado de necesidad disculpante, el miedo insuperable y el encubrimiento entre parientes. Justifica la inclusión del estado de necesidad disculpante, pues también hay casos como el de la "Tabla de Carneades, en los cuales los bienes en conflicto son de igual jerarquía, resultando así partidario de la teoría dualista que atrás parecía rechazar" (cfr. págs. 106 y 165). Seguidamente se ocupa de la penalidad, de las condiciones objetivas de penalidad y perseguibilidad, las excusas absolutorias, las causas de extinción de la responsabilidad criminal, haciendo mención de la amnistía, el indulto, la prescripción y el perdón del ofendido. En el capítulo XVI estudia las fases de realización del delito; la consumación formal y material; la tentativa y la frustración; el fundamento del castigo de la tentativa; la delimitación entre actos preparatorios y actos ejecutivos; la distinción tentativa-frustración, tentativa inidónea-delito imposible; el desistimiento voluntario de consumir el delito, y los casos especiales de tentativa y frustración.

Para fundamentar la punición de las formas imperfectas de ejecución del hecho punible, acoge una teoría mixta, esto es objetivo-subjetiva, entendida como "la puesta en peligro de bienes jurídicos protegidos en los tipos de la parte especial (criterio objetivo) y la voluntad de conseguir su lesión típica (voluntad criminal manifestada) (criterio subjetivo)" (pág. 183).

Para delimitar actos preparatorios de actos ejecutivos, admite la necesidad de acudir, en principio, a una teoría formal, que sin embargo se ve rebasada por la práctica, motivo por el cual ha de complementarse, acudiendo a un criterio que "respete el sentido literal posible de los términos empleados por la ley en la descripción de la acción típica" (pág. 186); claro que el problema es determinar cuál es la teoría que "respete el sentido literal posible", lo cual no puede hacer el autor, aunque advierte los peligros que para la seguridad jurídica se pueden generar en este campo.

¹⁸ FRANCESCO ANTOLISEI, *Manual de derecho penal*, trad. de Ángel Torio. Buenos Aires, UTEHA, 1960, pág. 564. En el mismo sentido su *Manuale di Diritto Penale* (edición de Luigi Conti. Milano, Giuffrè, 1982), en el cual sostiene —criticando a PETROCELLI quien se muestra partidario de dejar las medidas de seguridad en manos de las autoridades de policía, que "aún prescindiendo de destacar que esta proposición supone un retroceso histórico, debe observarse que eliminar la garantía jurisdiccional en sanciones de tan amplio alcance como las medidas de seguridad (¡la privación de la libertad personal puede prolongarse por toda la vida de un hombre!) constituiría una gravísima amenaza para los derechos del individuo" (pág. 696). Destaca como un avance muy notable en esta materia, una decisión de la Corte de Casación de julio 15 de 1960, según la cual "la pena y la medida de seguridad como sanciones criminales, tienen clara naturaleza jurisdiccional". En Colombia se pronuncia en el mismo sentido NODIER AGUDELO BETANCUR, *Inimputabilidad y responsabilidad penal*. Bogotá, Edit. Temis, 1984.

¹⁹ En el mismo sentido nos hemos pronunciado en nuestro artículo "La imputabilidad jurídico-penal: un fenómeno en crisis", en *Nuevo Foro Penal*, núm. 22. Bogotá, Edit. Temis, 1983, págs. 717 y 730.

²⁰ EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *Tratado de derecho penal*, t. IV. Buenos Aires, Edit. Ediar, 1982, pág. 59.

La distinción tentativa-frustración, la hace a partir de un criterio objetivo-formal. De otro lado, no muy claro es el desarrollo que hace de la tentativa inidónea y del delito imposible, en realidad equivalentes, pero distintos del delito putativo; aunque advierte, con sobrada razón, que "una vez más estamos aquí en un ámbito inseguro que casi siempre puede rellenarse con criterios arbitrarios, plenamente ideologizados" (pág. 190).

El *capítulo penúltimo*, ha sido consagrado a la autoría y a la participación en sus diversas formas. MUÑOZ CONDE dice afiliarse a un criterio material-objetivo (o del dominio final del hecho) para deslindar autoría y participación, aunque a renglón seguido lo tacha de contradictorio y advierte que "en algunas formas de delito (imprudentes, comisión por omisión, especiales) el dominio del hecho tiene que ser completado o sustituido por otros criterios específicos, como infracción del deber extrapenal, posición de garante" (pág. 200).

Al clasificar la autoría en *directa, mediata* y *coautoría*, incluye como caso de autoría mediata el del autor que utiliza como instrumento a otra persona que no actúa jurídicopenalmente por no realizar conducta, caso que es muy discutible, pues en tales eventos se trata de un caso de verdadera autoría directa; así mismo, los casos del autor que se vale de otro que actúa inculpablemente, hay que tenerlos como formas de participación en sentido estricto, pues esta *supone el injusto doloso de otro*, a no ser que se sostenga la teoría de la accesoriadad extrema, pese a lo cual el autor ubica como un caso excepcional de inducción y no de autoría mediata, el de quien se vale de un inimputable para cometer un delito (pág. 202), con lo cual no da un tratamiento unitario al problema.

Muy discutibles son los ejemplos de autoría mediata que señala en la pág. 202, al considerar que "...quien azuza a un perro o induce a un enfermo mental a atacar a otra persona, responde de daños o de homicidio en autoría mediata, si la persona atacada mata al perro o al enfermo mental", con lo cual nos situamos ante formas de responsabilidad objetiva.

De las formas de autoría que ya citamos distingue la *autoría accesoria*, evento en el

que varias personas, independientemente unas de otras, producen el resultado típico, caso frecuente en los delitos imprudentes, y la *participación necesaria impropia*, estos es, aquellos hechos que exigen la participación de varias personas, tales como la rebelión, la sedición, etc. Pero es en la participación en sentido estricto, donde paradójicamente MUÑOZ CONDE se confiesa partidario de la tesis de la accesoriadad limitada (págs. 204 y ss.), lo que es contradictorio si se tiene en cuenta las formas de autoría mediata a que alude, las cuales cobijan inclusive al que se vale de una persona que actúa inculpablemente; es más, había dicho que es autor mediato "el que no realiza directa y personalmente el delito, sino sirviéndose de otra persona, generalmente no responsable, que es quien lo realiza" (pág. 201), y ya sabemos que "no responsable" es también el inculpable.

El *último capítulo* está dedicado a los siguientes temas: unidad y pluralidad de delitos, concurso de delitos, unidad de acción y de delito, unidad de acción y pluralidad de delitos (concurso ideal), pluralidad de acciones y delitos (concurso real), pluralidad de acciones y unidad de delito (delito continuado y delito masa).

Como criterio rector en esta materia, acoge el de la unidad de acción, y no podría ser de otra manera si se tiene en cuenta que ya había optado por el concepto final de acción: "hay que excluir la identificación entre acción y movimiento corporal y la identificación entre acción y resultado. Una sola acción, con sentido jurídico, puede contener varios movimientos corporales (por ejemplo, violación intimidatoria, robo con fractura) o dar ocasión a que se produzcan varios resultados (hacer explosionar —sic— una bomba causando la muerte a varias personas)" (pág. 220).

Ahora bien, ¿cuáles son los criterios para fijar el concepto de unidad de acción? Como tales señala, no solo *el factor final*, sino *un factor normativo* (la estructura del tipo delictivo en particular). Esto le permite concebir el *concurso ideal*, como aquel evento en el cual una sola acción infringe varias disposiciones legales o varias veces la misma disposición, es decir, cuando con una sola

acción se cometen varios tipos delictivos *homogéneos* (la bomba del terrorista que mata varias personas), o *heterogéneos* (la bomba mata y produce daños materiales); el *concurso real*, en cambio, se presenta cuando concurren varias acciones o hechos cada uno constitutivo de un delito autónomo (pág. 221 y ss.).

En cuanto al *delito continuado* y al *delito masa*, acoge una conceptualización que no se compadece con el concepto de unidad de acción del cual dice partir, y que más bien parece explicarse a partir del factor normativo; en efecto, este se presenta cuando encontramos "dos o más acciones homogéneas, realizadas en distinto tiempo, pero análogas ocasiones que infringen la misma norma jurídica" (pág. 225); es decir, sostiene todo lo contrario a la teoría final de la acción en esta materia, la cual nos dice, por boca de WELZEL, que uno de los requisitos de la figura es "un dolo común unitario y de la misma naturaleza, que de antemano ha de abarcar el hecho total concreto (el 'resultado total') a realizarse en varios actos parciales"²¹.

Unido a lo anterior, insiste en que la naturaleza jurídica del delito continuado es la de ser una ficción, teoría que se defiende en la doctrina y jurisprudencia españolas, pero que es insostenible, máxime si se ha sentido como punto de partida el concepto final de acción; el delito continuado es "una realidad jurídica fundada evidentemente en

una innegable e ineludible realidad existencial"²². Con la concepción de MUÑOZ CONDE en esta materia, llegamos prácticamente a confundir el delito continuado con el concurso material, como sucede con gran parte de la doctrina colombiana, la cual, partiendo de la oscura teoría de la ficción, incurre en tal asimilación²³.

En cuanto al *delito masa*, al igual que en el continuado, encontramos también "un delito, aunque cometido en diversos momentos y a través de la realización de distintas acciones perfectamente separables unas de otras" (pág. 225); sin embargo, lo que lo diferencia del delito continuado, según el autor, es el no presentar unidad de sujeto pasivo.

Por hoy, queremos poner fin a esta recensión, convencidos de que la obra de la cual nos hemos ocupado, tendrá gran acogida en los círculos especializados; ojalá nuestra judicatura, la enseñanza universitaria y la doctrina, la tengan en cuenta como un valioso instrumento, sobre todo atendiendo a su carácter didáctico. Si bien hemos disentido de algunos de sus enfoques, esto no significa que pierda sus méritos, antes por el contrario los resalta; es que concebimos el trabajo de recensión como una oportunidad de confrontar ideas, que es lo que en definitiva cuenta cuando se estudia una disciplina como el Derecho Penal.

FERNANDO VELÁSQUEZ V.

Junio de 1984.

²¹ WELZEL, *Derecho penal alemán*, cit., pág. 311.

²² FERNÁNDEZ, *Derecho penal fundamental*, cit., pág. 565.

²³ REYES, ob. cit., pág. 191; FEDERICO ESTRADA VÉLEZ, *Derecho penal*. Bogotá, Librería del Profesional, 1981, pág. 195.