

La Personalidad y el Derecho Penal de autor Fernando Tocora*

*Profesor de varias universidades en Cali-Colombia y Magistrado de la Sala Penal del H.Tribunal Superior de Buga. E-mail: ftocora@telesat.com.co

RESUMEN

El concepto de personalidad dentro del derecho penal está en el centro de la discusión de los enfoques sobre el derecho penal de autor y el derecho penal del acto. La personalidad es básicamente un concepto psicológico, que ha sido instrumentalizado dentro del derecho penal de autor, un derecho que presta sus servicios a un autoritarismo que desconoce los principios de dignidad humana, intimidad, libertad de conciencia y libre desarrollo de la personalidad. Desde el positivismo con su formulación de una personalidad peligrosa hasta el funcionalismo de Jakobs que despoja al ser humano reincidente en el delito, de su condición de persona, se manipula la intervención antedelictum o el internamiento preventivo del derecho penal alemán actual, al servicio de los intereses o la razón de Estado.

Palabras clave: Personalidad, derecho penal de autor, derecho penal del acto, intervención antedelictum.

Personality and the Criminal Author Law

ABSTRACT

The concept of personality, within the criminal law field, is part of the central debate between the approach of the **criminal author law** and the **criminal act law**. Basically, personality is a psychological concept, that has been manipulated by the criminal author law approach, which serves the purposes of an authoritarian state that does not recognize the principles of human dignity, privacy, rights, freedom of conscious, and the development of personality. .The positivist approach with its concept of **dangerous personality** an on up until Jakob´s functionalism approach, deletes the human condition of a person who repeats his crimes, an anti-delictive intervention is manipulated to intervene or to activate preventive internment in present German criminal law, to benefit the state´s interests and logical reasoning.

Key words: Personality, criminal author law, criminal act law, anti-delictive

intervention.

Recibido: 19-01-2005 . Aceptado: 27-05-2005

LA PERSONALIDAD Y EL DERECHO PENAL DE AUTOR

Los códigos penales, la doctrina y las decisiones judiciales han hecho referencia a la **personalidad**, de manera continua y sistemática, pero el código penal colombiano del año 2000 ha eliminado el concepto mde las figuras en que imponía su valoración. Se lo instrumentalizaba en el proceso de individualización de la pena y en los subrogados penales, con los efectos drásticos de constituirlo en un factor de castigo. El código de 1980 lo hacía a propósito de la condena de ejecución condicional (suspensión condicional de la ejecución penal del actual código), de la libertad condicional y de la dosificación de la pena; en similar sentido el código de 1936 y otros códigos penales, nacionales y extranjeros. De otra parte, a pesar de la remoción del concepto de los actuales estatutos, con alguna frecuencia, se lo sigue desarrollando jurisprudencialmente como "personalidad peligrosa" o "personalidad proclive al delito".

En el código penal alemán, se contempla la personalidad del autor como factor de imposición de pena, en el art. 47-1 (excepcionalidad de las penas cortas de privación de libertad), art. 56 (suspensión de la pena), art. 57 (suspensión del resto de la pena en los casos de pena privativa de la libertad por tiempo determinado), art. 59 (presupuestos de la amonestación con reserva de pena). En la pena de prohibición o suspensión del ejercicio de una profesión, se ordena valorar el "conjunto del autor y del hecho" (arts. 70 y 70a).

La crítica a la inclusión del concepto como factor de punibilidad, tuvo un antecedente en la crítica al peligrosismo positivista, que se expresó en el cuestionamiento de la circunstancia de agravación específica del homicidio "con premeditación acompañada de motivos innobles o bajos" (art. 363-2 del código penal de 1936), a propósito de la cual se decía que castigaba el temperamento o la personalidad, pues se es premeditativo o irreflexivo, impulsivo o calculador, por constitución o condición personal, y no por libre elección en el modo de comportamiento. Tal causal se suprimió desde el código de 1980, pero la "personalidad" como criterio de punibilidad, sobrevivió, a pesar del advenimiento de un código culpabilista.

Desarrollando esa tesis podemos desembocar en el carácter completamente excluyente entre los artículos 15, 16 y 18 de la Constitución Nacional, que consagran los derechos a la intimidad personal, al libre desarrollo de la personalidad, y a la libertad de conciencia, con las normas y las jurisprudencias penales que apuntan a la

represión de la personalidad, castigando a las personas por lo que son y no por lo que hacen, y permitiendo la trascendencia de prejuicios y estereotipos personales del operador de justicia, sobre condiciones personales de índole racial, de extracción socio-económica, de marginalidad, de estilo de vida, de orden ideológico y político, de carácter cultural, etc.

Aquí se infiltra en gran forma el derecho penal de autor, creando tipos penales de autor, como el de "ratas", "desechables", "viciosos", "homosexuales", "mujeres de mala vida", que se suman a los de "vagos y maleantes" de las legislaciones peligrosistas del primer medio siglo pasado, o a los premodernos de los "herejes", "bruja", "posesos", etc. En los sistemas penales de los países centrales se suele juzgar a los procesados tercermundistas bajo el influjo del estigma racial (negros, indios, latinos, árabes, etc.) y en nuestras propias cárceles predomina el mestizaje, sin que ello indique que los mixtos racialmente sean más propensos al delito, sino que son más victimizados socialmente y más judicializados penalmente. Las etiquetas de delincuencia se han aplicado también de manera sistemática, aquí y allá; en unos regímenes para perseguir la protesta social, a sindicalistas, líderes estudiantiles y campesinos, periodistas incisivos, entre otros, a quienes se les estigma muchas veces como "subversivos" o "terroristas". Del otro lado, para perseguir la disidencia del sistema, estigmatizando a creyentes o feligreses, intelectuales críticos, ciudadanos que quieren emigrar, etc. a quienes se les cuelga la etiqueta de "enfermos mentales", "paranoicos", "místicos delirantes" o "contrarrevolucionarios".

Pues bien, esta concepción que confunde al autor con su acto, fue sostenida por nuestra Corte Suprema en su fallo de febrero 17 de 1981, en el que se consignó que "La actividad humana, en particular la delictiva, se ha dicho es expresión de la personalidad. Una distinción entre delito y personalidad es ilegítima. En el momento del delito existe una ecuación perfecta entre el uno y la otra" (Mg. ponente: Luis Enrique Romero Soto). Siendo este concepto, materia central de la sicología, partamos de sus hallazgos para valorar esta tesis.

La personalidad constituye una complejidad, una estructura síquica compleja, que le da identidad al ser humano; estructura compleja que se ha formado interactivamente, entre la constitución síquica originaria del individuo, incluida su carga genética, por un lado, y el entramado de influencias y estímulos externos, por el otro. El comportamiento tiene desde luego que ver, con esa estructura síquica compleja, pero no hay un factor de conversión único y unívoco que permita equiparar el delito con el comportamiento de las personas; indudablemente hay que convenir que el delito puede reflejar en una parte la personalidad, aunque ello depende en cada caso, de la magnitud y las circunstancias de la transgresión; y se pueden hacer pronósticos y

cálculos de delincuencia, pero sujetos a meras probabilidades. Además las predicciones, no pueden dar cuenta de las imprevisibles variantes con las que tropezará en el futuro la persona. Una personalidad se desarrolla, en su interacción con el contexto social y la realidad que la circunda. La complejidad de la personalidad se revela en gran parte, en la dificultad e imposibilidad de predicción del comportamiento; hay numerosas variables, internas y externas, que influyen en el comportamiento humano, y aunque las conociéramos todas, no podríamos concluir en un determinismo causal, dada la constatación que surge de la experiencia, de que individuos en similares condiciones, actúan de las maneras mas diversas, y de que un mismo individuo en circunstancias similares puede variar su comportamiento.

De allí que no podamos aceptar la definición del sicólogo Allport sobre la personalidad: "la organización dinámica de los rasgos de una persona que determinan como se comportará" (Papalia y Wendkos, 1988:525). En cuanto fija un determinismo causal a partir de la personalidad. Solamente podemos hablar de predicciones como probabilidades; la pretensión de pronosticar certeramente el comportamiento de una persona, ha sido refutada reiteradamente por la experiencia. Incluso hay que tener en cuenta fenómenos de conversión de muchas personas que pasan de incendiarios a bomberos, como el bíblico de Paulo de Tarso, quien después de perseguir a los cristianos, se convirtió súbitamente a esa religión llegando hasta la santidad. El comportamiento delictivo no está determinado solamente por la variante-personalidad, sino también por los estímulos exteriores y la interacción (apremios y necesidades personales, comportamiento de la víctima, presión social, pulsiones y desarrollos inconcientes, etc.).

La personalidad se estructura a partir del Yo, entendiendo por este, la experiencia de sentirse dueño de su carácter, "autor de su personaje, artesano de su mundo y sujeto de su conocimiento". Hartmann lo define como "el órgano específico de organización y adaptación". Dentro del siquismo de la persona, el Yo se forma en un proceso de construcción de la identidad, en el que interviene el Ello (instintos y tendencias) y el Super Yo (estrato normativo externo). La identidad es la experiencia de sentirse uno mismo, de sentirse en el mundo, de sentirse diferente a los demás, a los otros Yo, lo que constituye sustrato del derecho superior de la dignidad humana, y a los derechos constitucionales al reconocimiento de la personalidad jurídica y al libre desarrollo de la personalidad.

Si la ecuación entre delito y personalidad fuera perfecta, aunque lo fuera solamente, en el momento de la infracción, el diagnóstico de delincuencia debería conducir irremediabilmente a un pronóstico de reincidencia, que es refutado por el apreciable índice de delinquentes ocasionales, teniendo en cuenta de otro lado, que el alto índice

de delincuentes reincidentes, obedece a la supervivencia de las condiciones criminógenas de sociedades en las que las aberrantes desigualdades socio-económicas empujan a sectores subalternos de la sociedad a la trasgresión penal (en apoyo de esta afirmación están las estadísticas que revelan, aun en Colombia, un primer lugar para el numero de atentados contra el patrimonio económico).

Contra esa ecuación personalidad=delito, están los mismos textos de psicología, que establecen como causas del comportamiento humano: la herencia, las causas orgánicas, las ambientales-situacionales y las de la personalidad (Dicaprio, 1990:1 y sgtes). De acuerdo a ello, la conducta humana obedece a esa serie de factores, entre los cuales la personalidad es solo uno de ellos; la ecuación en consecuencia debería ser más bien:

$$\text{delito} = \text{genética} + \text{f. orgánico} + \text{f. ambientales} + \text{personalidad}$$

Sin embargo, la cuestión no es tan esquemática, ni debe colocarnos en riesgo de caer en una teoría factorial, pero si hay que reconocer que su origen se ancla en la dinámica complejidad de esas coordenadas -teniendo en cuenta que el delito es una variante comportamental-, y en una quinta estructural ignorada en la psicología funcionalista predominante.

Aunque para los psicólogos de la personalidad, los principales determinantes de la conducta lo constituyen las variables ambientales/situacionales y de personalidad, ciertas condiciones orgánicas y la herencia constitucional, guardan cierta incidencia en el comportamiento humano, sea normal o desviado. De todos modos, queda claro que aun con aquella restricción de influencias en la conducta, la personalidad no se puede equiparar al delito.

Y no obstante que aceptáramos que la personalidad fuera el único factor influyente en la conducta criminal, tampoco podríamos establecer la ecuación, porque el otro factor de la ecuación -el delito- es apenas uno de los comportamientos que se pueden desprender de ella, dejando por fuera una amplia gama de conductas no delictivas, que también revelan facetas de esa personalidad, por lo cual lo que podemos concluir mas bien, es que el delito revela facetas de una personalidad, si bien una faceta muy expresiva y trascendente. En efecto, el que delinque puede al mismo tiempo ser un buen padre de familia, un piadoso creyente, un diligente funcionario, etc.

Todo lo anterior, asumiendo que el enfoque psicológico que plantea esta incidencia multifactorial constituyera una aproximación adecuada a la realidad de las influencias que impulsan y dinamizan el delito; pero hay una omisión fundamental en esa

perspectiva, que es la de desconocer la incidencia de las estructuras sociales, económicas y políticas en el comportamiento social. En las causas ambientales-situacionales, no alcanza a comprenderse los sistemas estructurales, cuyos entramados de control social, formal e informal, inciden en las conductas de los asociados. Que las personas desarrollen personalidades conformistas, no solamente corresponde a variantes internas (genéticas o de personalidad), o a las meramente ambientales-situacionales, sino a la propia coerción de las estructuras económicas, sociales y políticas, al mismo peso de la presión social, y a cierta inercia que la realidad propone en su proceso de socialización. Igual puede predicarse de las personalidades no conformistas, que siendo generalmente minoritarias, pueden actuar por reacción, sin que ello descarte el carácter de afirmación como individuos, que tienen valoraciones divergentes de las oficiales.

Muchos comportamientos se desarrollan condicionados por esas estructuras: alguien resigna su derecho a la libre expresión por el miedo a perder su puesto de trabajo (control social de tipo económico); de esta manera, callará o mentirá sobre prácticas de competencia desleal de la empresa, sobre la corrupción de su partido político que lo propuso para el cargo, sobre el acoso sexual de su jefe, o sobre la incompetencia de los funcionarios de mando, etc. Una mujer puede decidir casarse con el próximo que aparezca, porque ya es cuarentona, no quiere ser llamada burlonamente "solterona" y a que la sociedad no tiene previsto para ella un 'status' en soledad (control social informal). Un vecino decide no cuestionar el manejo de los dineros de la acción comunal porque teme que le tilden de desconfiado, calumniador o 'aguafiestas' (control social societal); un sindicalista renuncia a su aspiración de mejores contraprestaciones laborales, porque teme que se le estigmatice como 'comunista' (control social de orden económico); Un líder político adverso al sistema imperante opta por moderar su crítica al gobierno, porque teme por su vida y la de su familia, dado que hay en marcha, una estrategia sistemática clandestina de eliminación de desafectos a quienes están en el poder (control social político). Igualmente el inconformista, puede involucrarse en un movimiento de rebelión política, porque considera el régimen existente injusto (reacción política subversiva), o puede intentar el cambio del sistema de manera democrática (reacción política legal) o puede abrirse hacia una variante cultural -mística, o subcultural como la de los hippies- (reacción cultural); Otros optan por abandonar el país o la comunidad en que viven (reacción cultural de abandono, cambio o exilio forzado); el delincuente común puede eventualmente actuar con inconformidad ante el bloqueo de alternativas para alimentarse él y su prole (reacción de supervivencia), o dejar estallar su agresividad y sus instintos tanáticos (reacción patológica) o delinquir para enriquecerse (reacción cultural de corrupción). Todas estas conductas desviadas se dan en relación con las estructuras y con los estándares culturales.

Estas no son meras reacciones a situaciones coyunturales, o interacciones puntuales con interlocutores determinados; son conductas presionadas de manera continua y extrema; control social que produce comportamientos masivos y sistemáticos; ordena la sociedad dentro de un orden y una organización política y económica, y de una visión de ella misma y del mundo. En el enfoque de la mayoría de las escuelas psicológicas (desde el funcionalismo positivista norteamericano hasta el extremismo reductor del conductismo), no se pone en cuestión las definiciones que la sociedad y el Estado (a través principalmente del derecho) dan de los comportamientos y los manejos que en consecuencia ofrece esa psicología. Muchas de esas definiciones corresponden a visiones o ideologías con tendencia a la exclusión del desviado, en las que las minorías y en ciertos momentos, hasta determinadas mayorías (mujeres, niños, etnias), no encajan y deben ser reprimidas. Los individuos deben convencerse de que muchos de sus deseos, fantasmas, temores, son producto mas de su espíritu agitado que de sus sentimientos lúdicos o de sus auténticas aspiraciones de equidad o justicia; de que su desajuste es producto de su inadaptación y hasta perversión, y no, en buena parte, de sociedades cuyas estructuras producen desajustes emocionales por su carácter implacable, opresivo y excluyente.

La perspectiva que asumimos no niega que la personalidad, influida por esos factores, admite márgenes de elección del comportamiento que asume. Se admite la concurrencia de cierta libertad, si bien restringida, tanto mas cuanto mas bajo sea el nivel socio-económico y cultural. Libertad limitada seriamente, que lleva a elaborar a ciertos juristas sensibles, el concepto de corresponsabilidad de la sociedad con relación a muchos tipos de criminalidad (concepto de coculpabilidad en Zaffaroni). Libertad precaria que no reconocen los juristas proclives a la conservación de sistemas de justicia clasistas, burocráticos, eficientistas, borrando de la faz del derecho la figura del "estado de necesidad" e interpretando muy restrictivamente las atenuantes relacionados con la necesidad, la ignorancia y la marginalidad de vastos sectores de la sociedad cuyo acceso a los bienes materiales y culturales es prácticamente nulo.

La personalidad -recopilemos- es finalmente la formación síquica individual, en la que influyen las coordenadas genéticas, orgánicas, ambientales/situacionales y socioestructurales, actuando compleja y dinámicamente; es la estructura síquica con que finalmente se enfrenta el individuo al mundo, con la que reacciona frente a estímulos determinados de una u otra forma. Podría decirse que es una estructura humana de reacción comportamental, que se forma a partir de la carga genética y su interacción con los continuos estímulos del mundo exterior.

En un pronunciamiento posterior, del 24 de abril de 1992, la Sala Penal de la Corte,

reformula el criterio, citando, se supone, un texto tomado de la sicología que no se hace explícito, que por personalidad debe entenderse "la estructura interna del individuo o del grupo, más o menos estable, que se traduce en comportamientos o actos relativamente semejantes y correspondientes. Mídese entonces, por la secuencia de acciones u omisiones perceptibles y no por una acción aislada" (Mg. ponente: Gustavo Gómez Velásquez).

Más adelante agrega que "la personalidad del procesado, en su fijación, tendrá que relacionarse con lo que es él, en sí, en su conducta individual o familiar o social, en sus características forma de vida (oficios, artes o profesiones lícitas) y en sus condicionamientos comportamentales, que permiten confiar, fundadamente, en que resulta más provechoso para él y la colectividad sustraerle de la reclusión que efectivizar, en un medio carcelario, la pena privativa de la libertad impuesta".

Lo que resalta del replanteamiento es que la personalidad no puede entenderse por una acción aislada, y cómo hay múltiples conductas (individuales, familiares, sociales, de forma de vida) que deben tenerse en cuenta para aproximarse a la personalidad. Y en cuanto a la decantación de la tesis, la Corte expuso: "...sin negar que en el Decreto 100 de 1980 (Código Penal) se conservan algunos rasgos de aquel positivismo jurídico que influyó en nuestra legislación penal moderna, y que por consiguiente algunos de los preceptos penales se encuentran todavía imbuidos de un claro sabor peligrosista, lo cierto es que el actual estatuto represivo se fundamentó en los principios culpabilistas de la responsabilidad penal, lo que quiere decir que hoy ya no es posible asignar una pena a un ciudadano más que por el hecho punible cometido, no por la forma de su personalidad...Es presupuesto de la pena, entonces, la realización de un hecho o acto que previamente esté descrito como punible y, contrario sensu, no se puede imponer sanción penal alguna con sustento en la personalidad del procesado, por "anómala" o "criminal" que ésta pueda ser".

Esa interpretación jurisprudencial que se dio con relación al código anterior, es todavía más vinculante con el código penal actual (Ley 599 de 2000). En todos los institutos de libertad (suspensión condicional de la ejecución de la pena, libertad condicional), la individualización de la pena, y la nueva modalidad punitiva de la prisión domiciliaria, se tuvo buen cuidado de omitir cualquier alusión a la personalidad; todos los criterios para valorar la aplicación de esas figuras, se refieren a conductas y sus componentes subjetivos, o efectos materiales de ellas (desempeño personal, laboral, familiar o social; mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales de punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención y la culpa; la buena conducta en el establecimiento carcelario), y en cualquier caso, que se ofreciera a dudas, el interprete debe dirigir la represión a los

actos y no al autor.

La conclusión es que reprimir la personalidad es claramente violatorio de la Constitución Nacional, empezando por su principio vertebral de la dignidad humana y prosiguiendo con los derechos fundamentales de la intimidad personal, libertad de conciencia, libre desarrollo de la personalidad. El derecho penal de autor viola frontalmente la dignidad humana; frente a él, el derecho penal del acto, es ordenado por la misma Constitución Nacional, que desde el art. 28, al plantear la autorización estatal de intervención en la vida del ciudadano "por motivo previamente definido en la ley", en concordancia con lo que dispone el art. 29 de la misma Carta de que "nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa...", despliega unas líneas directrices que en el ordenamiento penal se desarrollan con los artículos 6 (reiteración del principio de legalidad), art. 9 (conducta punible), art. 10 (tipicidad), art. 11 (antijuridicidad) y 12 (culpabilidad). Todas estas normas se refieren a conductas, sinónimo de actos o comportamientos; para nada se habla de personalidad, de temperamentos o de condiciones personales.

En igual sentido, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, asimilado a nuestro ordenamiento nacional por la ley 74 de 1968, consagra el derecho penal del acto en su art. 15: "Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional...". Este instrumento resulta de aplicación preferente, de acuerdo al art. 93 de nuestra Carta Política.

La dignidad del ser humano no es por tanto contingente, tal como lo plantea Jakobs, cuando sostiene que "...un autor que delinque una y otra vez de forma grave y no da muestra alguna de cambio en su comportamiento se convierte en objeto de internamiento preventivo..., y este significa, a diferencia de la pena, no que se le toma en serio como persona, sino que en lo que afecta a la administración de su libertad, a falta de una garantía cognitiva suficiente, ya no puede ser tratado como persona..." (Jakobs, 2003:85).

Inaceptable que se releve de su condición de persona a ningún individuo de la especie humana, así sea un delincuente recurrente. En los términos de la Constitución colombiana, el art. 14 en concordancia con el 1º de la dignidad humana, se oponen a tal designio, lo mismo que se le puede oponer el pensamiento Kantiano, para el que el ser humano es un fin en si mismo, y no puede ser, el "objeto" que Jakobs llama en el texto transcrito, ni siquiera para una Europa globalizada y postindustrial.

LISTA DE REFERENCIAS

- 1.- ARANGO JARAMILLO, C. **Psicología Dinámica**, Ed. Lerner, Bogotá, 1964.
- 2.- DICAPRIO, N. **Teorías de la Personalidad**, Ed. McGraw Hill, México, 1990.
- 3.- Giuseppe, M. **Derecho Penal**, Ed. Temis, Bogotá, 1954.
- 4.- JAKOBS, G. **Personalidad y exclusión en Derecho Penal**, en "Funcionalismo en Derecho Penal", libro homenaje al profesor Gunther Jakobs, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.
- 5.- PAPALIA, D. y WENDKOS, R. **Psicología**, Editorial McGraw Hill, México, 1988.
- 6.- TOCORA, F. **Política Criminal en América Latina**, Ed. Librería del Profesional, Bogotá, 1990.
- 7.- ZAFFARONI R., E. **Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina**, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1984.