

HACIA UNA DOGMÁTICA PENAL SIN CULPABILIDAD

JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA

Magistrado del Tribunal Superior de Medellín.

Profesor de Derecho Penal

En la historia de la dogmática jurídicopenal como teoría general del delito, de BINDING y BELING hasta JESCHECK, puede identificarse una ostensiva tendencia hacia la subjetivación del injusto y la normativización de la culpabilidad que casi ha terminado en la culpabilidad moral de un injusto subjetivo. Estos términos deben ser explicados.

1. En los orígenes clásicos de la dogmática del delito, el injusto típico se mostraba como un fenómeno completamente objetivo: se refería solo a la parte externa o física de la conducta, con la mera exigencia de que esta fuese impulsada por la voluntad, pero sin que importase el contenido de la voluntad. El tipo era también objetivo en un doble sentido: neutro al valor (tipo acromático que puede tanto conducir a lo justo como a lo injusto) y desprovisto de contenidos psicológicos. La antijuridicidad carecía igualmente de ingredientes psicológicos y se establecía por tanto de una manera totalmente objetiva, de modo que las causas de justificación no se fundaban ni confundaban en actitudes internas o anímicas del sujeto actuante. En su fundamento y en su exclusión, los factores psicoafectivos nada tenían que ver con el establecimiento del injusto típico. No se admitía, desde luego, la existencia de nada parecido a un tipo subjetivo, ni siquiera la presencia de excepcionales elementos subjetivos en el tipo o en el injusto, pero se hablaba a veces, sin embargo, de la obvia exigencia de que también la culpabilidad, contentiva de todo lo subjetivo o psicológico, tenía que ser típicamente adecuada¹.

La culpabilidad no era un juicio de valor, sino la fase interna, síquica o "finalista" de la conducta típicamente antijurídica. Culpable se era del objetivo tipo de injusto, a condición de que se lo realizara con dolo o al menos con culpa (siempre que esta última estuviese expresamente prevista). El dolo y la culpa, a su vez, como formas o especies de culpabilidad en que esta se agotaba, eran vistos en su integridad jurídica como conciencia y voluntad referidas al tiem-

¹ ERNST VON BELING, *Esquema de derecho penal*, X, Buenos Aires, Edit. Depalma, 1944, pág. 43. Trad. de Sebastián Soler: "Existe, pues, de este modo, en toda figura delictiva un «esquema» rector dominante común para la faz objetiva y para la subjetiva". En la "doctrina del delito tipo", de la misma obra, dice el autor: "No es posible decir que el delito sea una acción 1°) conforme al tipo (adecuada al tipo, típica), 2°) antijurídica, 3°) culpable. Lo que debe decirse es que el delito es una acción típicamente (tipificadamente) antijurídica y correspondientemente culpable" (pág. 29).

po, a los hechos y al derecho, esto es, en todo caso abarcaban, cada uno a su manera, la conciencia de la ilicitud o antijuridicidad del hecho. A nadie se le ocurrió, en esta arcadia inicial de paz y claridad, que la conciencia de la antijuridicidad no fuese un factor cognoscitivo y por ende psicológico, de modo que se estaba aún muy lejos de pervertirla en una valoración o en una posibilidad de valoración.

2. Pero la clara tranquilidad de los comienzos no habría de durar mucho. Pronto, en efecto, fueron descubiertos y admitidos en el tipo algunos elementos normativos y con estos se derrumbó el carácter acromático o avalorado del tipo. Ahora bien, una completa valorización del tipo representaba su indistinción con la antijuridicidad, o al menos la admisión de las causas de justificación como elementos negativos del mismo (reconocimiento que ahora se hace cada vez más frecuente). Se escogió entonces la posición intermedia de que el tipo no se concibiera como la *ratio essendi* sino simplemente como la *ratio cognoscendi* de la antijuridicidad, construyéndose de esta manera la llamada "función indiciaria" que da a la acción típica una desvaloración provisional que solo habrá de ratificarse con la ausencia de causas de justificación. Por este procedimiento, las justificantes se explican como "excepciones" a la regla general de que lo típico es también antijurídico, de suerte que excluyen la antijuridicidad sin eliminar la tipicidad.

Pero ¿qué clase de tipicidad es la que se obtiene cuando la conducta típica está justificada, si no es una tipicidad, una vez más, acromática? El esquema regla=excepción, cuyo alcance no es más que metodológico², se usa de esta manera como expediente para embozar el carácter valorante del tipo penal y mantener una antijuridicidad meramente formal (conducta típica no justificada). Se mantiene, pues, la distinción entre antijuridicidad y elementos normativos del tipo y, con la misma función ideológica pero más radical, a veces esos factores valorativos se convierten en "elementos especiales de la antijuridicidad" que el tipo describe de modo más o menos innecesario o redundante. En algunas ocasiones, las confusiones propias de estos malabares neoclásicos y finalistas terminan en una logomaquia inconcluyente, resultado de la tensión entre la necesidad de reconocer valor al tipo y el prejuicio sistemático de mantenerlo sigilosamente separado de la antijuridicidad³.

3. Parejamente, el tipo perdió paulatinamente su carácter a-psicológico, primero con la forzada admisión de elementos subjetivos del tipo o del injusto (los llamados antes "dolos específicos" y el dolo en las tentativas, principalmente). Este proceso de psicologización ha sido mucho más hondo y claro, pues

² EDMUND MEZGER, *Tratado de derecho penal*, t. 1, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1955, págs. 378 y 410. Trad. de José Arturo Rodríguez Muñoz; *Derecho penal, parte general (Libro de Estudio)*, Buenos Aires, Ed. Bibliográfica Argentina, 1958, trad. de la 6ª ed. alemana por Conrado A. Finzi, pág. 161.

³ Ilustrativas sobre el particular las pretensiones finalistas por distinguir entre tipicidad, prohibición, antinormatividad y antijuridicidad, permisón y justificación, tipicidad legal, penal y conglobante, etc. Cfr. por todos, E. R. ZAFFARONI, *Manual de derecho penal, parte general*, Buenos Aires, Ediar, 1979, págs. 317-22.

de la admisión de una presencia excepcional de tales elementos subjetivos se pasó al desplazamiento del dolo y la culpa (al menos del dolo y la culpa *naturales*), de la culpabilidad hacia el tipo, desplazamiento característico de DOHNA, WEBER y WELZEL. Correlativa a la sicologización del injusto típico fue la desicologización de la culpabilidad, es decir, la normativización de esta última. De esta suerte, los excepcionales elementos subjetivos del injusto típico desencadenaron la creación del *tipo subjetivo*, cuyos componentes psicológicos generales y constantes son el dolo y la culpa (naturales) y al que pertenecen asimismo otros componentes anímicos (elementos subjetivos especiales). Es claro que de esta guisa la culpabilidad cambió de sentido, pues se desprendió de su consistencia psicológica. Sin embargo, sistemáticamente quería conservársela y entonces, para poderla distinguir del tipo subjetivo, se la convirtió en un "juicio de reproche", esto es, en un ente normativo integrado (o a veces precedido) por la imputabilidad, la exigibilidad de otra conducta (poder actuar de otra manera) y el "potencial conocimiento del injusto".

Sin duda, tanto en FRANK como en los finalistas la culpabilidad normativa es un *mixtum compositum*, pues el primero mantenía allí al dolo y la culpa y los últimos conservan en tal lugar la imputabilidad (capacidad síquica para comprender la valoración jurídica del hecho típico) y, expeditivamente, también la conciencia de la antijuridicidad, aunque en el último caso con la pretensión de trasformarla de conocimiento en posibilidad (valoración) con solo mutar su nombre por el de "potencial conocimiento del injusto". Pero el conocimiento de la ilicitud había siempre pertenecido al dolo, de tal suerte que lo que con tal nombre se desplazó de la culpabilidad hacia el tipo no fue todo el dolo, sino una parte de él, a saber: la conciencia y voluntad de los nudos hechos, pero no la conciencia de su valor jurídico. Esta es la instalación de la llamada "teoría de la culpabilidad", según la cual la conciencia del injusto no pertenece al dolo (dolo de tipo) ni hace por tanto parte del tipo subjetivo, sino que corresponde al reproche de culpabilidad.

Esta teoría, aunque haya sido reconocida por el derecho positivo alemán en la reforma de 1975, está de espaldas a la realidad y a la historia. A la realidad, porque la voluntad de los hechos no puede separarse de la conciencia de su valor, ya que sin valor la voluntad no se propone fin alguno, es decir, no hay voluntad final. Una separación del fin y de la motivación por el valor del fin es un embeleco, un juego de artificio para la defensa ideológica de determinado sistema penal, pero no una descripción científica de la realidad. En el mejor de los casos, es cuando menos una ruptura de la unidad ontológica de la acción. Si, según los finalistas, los clásicos y neoclásicos rompían la unidad óntico-ontológica de la acción al estudiar en la acción la voluntariedad y en la culpabilidad el contenido de la voluntad (dolo, culpa), parece claro que los finalistas hacen algo idéntico, aunque en escala menor, al atribuir a la acción típica la conciencia de lo fáctico y al reproche de culpabilidad la conciencia de lo jurídico o antijurídico del acto.

Pero si la culpabilidad es el reproche, no puede al tiempo ser en todo o en parte el objeto del reproche. Si el reproche se quiere mantener, no queda más alter-

nativa que reconocer que la culpabilidad (de la realización del objetivo injusto típico) no es el reproche sino lo que se reprocha. Por esta vía se reconoce la distinción entre culpabilidad y reproche, dando cabida a un elemento más en la ya bastante compleja analítica del delito. Otro camino, sin embargo, es posible: la eliminación del reproche, concluyendo por desplazar al tipo subjetivo todo lo psicológico del delito, esto es, pasando también a él la conciencia del injusto y acomodando de alguna manera en el injusto la teoría de la imputabilidad. Tipo subjetivo queda así identificado con "culpabilidad" (palabreja que quizás no convenga, por su recargado sabor moral, conservar en la teoría *jurídica* del delito), como en el caso anterior hubo que terminar por refundir tipo y antijuridicidad, porque lo típico es el injusto o no es sino una forma vacía.

Así como las causas de justificación, en un sistema de tal modo construido, juegan como *elementos negativos del injusto típico objetivo*, las causas de inculpabilidad en buena parte tendrán que acomodarse como *elementos negativos del tipo subjetivo de lo injusto*. Es la forma de lograr un lógico equilibrio entre tipo prohibitivo y tipo permisivo, a cuyos detalles nos remitimos a la "teoría del injusto típico" en nuestro *Derecho penal fundamental*⁴, en la que, sin embargo, el término de reproche se mantiene, en un sentido estrictamente jurídico, referido a la realización del injusto típico, en modo alguno a las actitudes internas o motivaciones íntimas de la voluntad del autor.

4. Es bien sabido que, bajo la influencia de la filosofía de los valores, el delito comenzó a entenderse, sobre todo a partir de DOHNA, como un juicio de doble valoración. En DOHNA esta doble valoración se efectuaba así: sobre el tipo objetivo, la antijuridicidad o la justificación, y sobre el tipo subjetivo la culpabilidad (reproche de culpabilidad) o la inculpabilidad⁵. Más adelante, y en forma completamente clara en los finalistas, la concepción del delito como doble juicio de valor continúa, pero se trasformó así: primero un juicio de valor sobre el acto, comprensivo a la vez del tipo objetivo y del subjetivo (con dolo y culpa meramente naturales), al que apunta la antijuridicidad o la justificación del mismo; y segundo, un juicio de valor sobre el autor, que determina para este la presencia o la ausencia del reproche de culpabilidad (impregnado todavía por elementos psicológicos tales como la capacidad de culpabilidad o imputabilidad y el "potencial" conocimiento del injusto). Este juicio de valor (sobre el acto y sobre el autor, escalonadamente), es todavía pecaminoso en la "teoría de la culpabilidad".

Ciertamente, en esta teoría el aspecto subjetivo del acto (típico) está todavía recortado, pues la conciencia de la antijuridicidad se deja en la reprochabilidad, por lo que puede afirmarse que el acto como objeto de la primera valoración no es un acto en su integridad ontológica. Si, en cambio, se adopta, en el tipo subjetivo, la "teoría del dolo" —armónica con la realidad y con la tradi-

⁴ Bogotá, Editorial Temis, 1982.

⁵ ALEXANDER GRAF ZU DOHNA, *La estructura de la teoría del delito*, Buenos Aires, Edit. Abeledo-Perrot, 1958, trad. de la 4ª ed. alemana por Carlos Fontán Balestra y Eduardo Friker, especialmente pág. 32.

ción jurídica—, el acto queda para ser valorado en su integridad objetiva y subjetiva como conforme o contrario a derecho. Si a esta estructura se agrega todavía, como conclusión, un propio juicio de reproche *jurídico*, no moral, no parece tener mucha importancia, aunque las excusas absolutorias y tal vez algunas causas de impunidad podrían explicarse así muy bien para los imputables, pero difícilmente para los inimputables. Lo más simple parece indicar que unos y otros realizan la misma actividad delictiva, aunque con diversos matices en el tipo subjetivo por su diversa capacidad siconormativa (culpabilidad plena y "semiculpabilidad", culpabilidad psicológica y normativa). Con todo, el empleo de una terminología tradicional para presentar conceptos nuevos, o una nueva ubicación de los conceptos en la estructura, acarrea graves inconvenientes y se presta a interpretaciones erróneas. Resulta entonces preferible la supresión del término "culpabilidad" y al tiempo y sobre todo el olvido de todo lo que en la teoría *jurídica* del delito signifique o implique reproche moral. Ello, por lo demás, facilita la tendencia moderna a conjurar el pesado fantasma de la retribución penal, permitiendo una mejor comprensión polítocriminal de la pena.

5. La división de los elementos del delito en objetivos y subjetivos cumplía la muy clara y precisa función de separar injusto y culpabilidad⁶. Esta separación ya hoy no resulta necesaria, al menos en la medida en que se deslinden nitidamente el tipo objetivo y el subjetivo. Al surtirse el desplazamiento de lo psicológico hacia el tipo, ese esquema divisorio perdió su sentido. Pero al querer mantener la separación de injusto y culpabilidad pese a ese desplazamiento, lo más razonable, aunque todavía no enteramente bien lograda, fue la pauta propuesta por DOHNA: objeto de valoración y valoración del objeto. Como la propuesta estructural de DOHNA, pese a su relevancia dinámica para la dogmática, no resultó satisfactoria, WEBER introdujo una variante que rápidamente se difundió: el injusto se categoriza por el *deber* y la culpabilidad por el *poder*⁷. Si esta postura fue de inmediato asumida y desarrollada por el finalismo, se debe a su fundamental acuerdo con la "teoría de la culpabilidad" y el movimiento subjetivista que desde la "escuela de Kiel" (nacionalsocialista) viene conmoviendo o socavando las bases de la dogmática liberal.

Poco a poco fue entonces perdiendo importancia, como contenido del injusto típico, la lesividad de la conducta para bienes jurídicos determinados y se fue agigantando, como idea reguladora, su concepción como violación de un deber jurídico general de obediencia y respeto. Para preservar la objetividad de un injusto ya casi totalmente sicologizado, se acudió al distinguo entre función valorativa y función motivadora de la norma, fincando en la primera la antijuridicidad objetiva y en la segunda el reproche subjetivo de culpabilidad. La teoría del bien jurídico no era solo el primordial contacto del derecho penal y la dogmática con la realidad social, sino el principal tope político al poder

⁶ REINHART MAURACH, *Tratado de derecho penal*, t. I, Barcelona, Edic. Ariel, 1962, pág. 171. Trad. y notas por Juan Córdoba Roda.

⁷ HELLMUTH VON WEBER, "Para la estructuración del sistema del derecho penal", trad. de Eugenio Raúl Zaffaroni, en *Nuevo Foro Penal*, núm. 13, Bogotá, Edit. Temis, 1982, págs. 567 y ss., especialmente página 575.

punitivo del Estado y de los jueces. El entendimiento del injusto como violación del deber jurídico produce una notable ampliación de la punibilidad, o al menos la posibilidad, ampliación que es muy clara en la extensión de la tentativa a los actos preparatorios, la equiparación penal entre tentativa y consumación y entre autoría y complicidad, etc. Es obviamente contradictorio determinar la antijuridicidad por las normas objetivas de valoración y atenerse al concepto de injusto como desobediencia (violación de un deber jurídico), pues el deber habría de estar ligado a la función motivadora y no a la valorativa. De esa contradicción se resienten todos los esquemas finalistas. Con todo, las normas subjetivas de motivación o determinación se enfocaron más finamente hacia otra función: dirigir el reproche de culpabilidad no a la ejecución del injusto típico, sino al proceso motivacional de la voluntad de su ejecutor.

Este es un proceso de moralización de la culpabilidad jurídicopenal que seguramente no ha concluido, pero que sin duda adquiere grados muy altos de saturación subjetivista en los dogmáticos alemanes contemporáneos, por ejemplo JESCHECK y WESSELS. Si ya en WELZEL el reproche de culpabilidad estaba íntimamente emparentado con la culpabilidad del carácter, en la más reciente dogmática la fusión es un incesto indisoluble. En JESCHECK, la culpabilidad como reproche se dirige a la actitud interna del sujeto y en WESSELS a su sentimiento jurídico⁸. Si esto no es culpabilidad ética —así se hable de una "ética social" en contraposición a una "ética individual" para obscurecer el tinte moral subjetivo del enfoque—, entonces es posible que la culpabilidad moral no exista. Aceptando su evidente factura moral, cabe preguntarse: ¿qué tiene que ver con ella una teoría del delito que, a más de *jurídica*, se precia de ser *liberal*?

El fin del derecho no es imponer el bien moral, hacer virtuosos a los hombres o perfeccionarlos éticamente, sino impedir males sociales; la misión del derecho penal no es asegurar una correcta, bondadosa o perfeccionista actitud interna (prevención éticosocial, protección de valores de conciencia), sino tutelar el orden social por medio de la protección de bienes jurídicos contra ataques determinados y graves. "Podría decirse que detrás del rechazo de la prohibición jurídica de actos inmorales inocuos, está la idea de que el sistema jurídico no debe verse comprometido en la valoración de la personalidad moral de

⁸ JOHANNES WESSELS, *Derecho penal, parte general*, Buenos Aires, Edit. Depalma, 1980, trad. de la 6ª ed. alemana por Conrado A. Finzi, pág. 110: "En consecuencia, «culpabilidad», significa reprochabilidad del hecho con respecto al sentimiento jurídicamente revelado en él (...) Así como el contenido del injusto depende del desvalor de la conducta y del resultado, el contenido de la culpabilidad se graba por el desvalor del sentimiento referido a la realización concreta del tipo". Al fin y al cabo ya había dicho WELZEL que el "objeto primario de la culpabilidad es la voluntad y solo a través de ella también toda la acción" (*Derecho penal alemán, parte general*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1970, trad. de la 11ª ed. alemana por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, pág. 198), siendo verdadero precisamente lo contrario cuando se piensa en el derecho y no en la moral. H. JESCHECK, por su parte, expresa que "objeto del juicio de culpabilidad es el hecho a la vista de la actitud interna jurídicamente defectuosa (actitud interna frente al derecho censurable) de la cual ha surgido la resolución de cometer el hecho"; y, aunque lo que se reprocha, según él, es el hecho, la actitud interna constituye "la razón por la que el hecho se reprocha con mayor o menor intensidad al autor" (*Tratado de derecho penal, parte general*, t. I, Barcelona, Edit. Bosch, 1981, pág. 580, trad. de S. Mir Puig y F. Muñoz Conde).

la gente de acuerdo con ideales de bondad humana", como ya CARRARA lo enseñaba en el § 38 de su *Programa*, advierte tinosamente CARLOS SANTIAGO NIÑO en su importantísimo ensayo sobre "los límites de la responsabilidad penal y la teoría liberal del delito"⁹.

Si, pues, la teoría jurídicopenal de la culpabilidad ha devenido, bajo el subjetivismo, un reproche ético (o éticosocial) de los motivos de la conciencia disidente, no solo se ha perdido el esfuerzo liberal de los siglos por separar la moral del derecho, sino que hemos vuelto a caer, en modernas y sofisticadas versiones supertécnicas, en la inminente justificación de cualquier modalidad de la caza de herejes y de brujas. Ello es políticamente peligroso en todo el mundo, pero en todo caso en América Latina es más que eso: es reaccionario.

6. Si es entonces necesario, para exorcizar el reaccionario peligro subjetivista, abandonar la teoría jurídicopenal de la culpabilidad como reproche, debe hacerse de inmediato por imperiosa exigencia de los principios liberales de la sociedad democrática. No hay ideologías inocentes y por esto la dogmática jurídicopenal no puede adoptarse sin confrontación de sus riesgos e implicaciones políticas. Como todo en el derecho, la decisión sobre el futuro del reproche éticojurídico de culpabilidad es una decisión política. Pero, claro está, si esta decisión política quiere poseer sentido jurídico, ha de buscar apoyo en el derecho positivo, y este apoyo es el que la dogmática o técnica jurídica debe rastrear.

Mirada históricamente, en el derecho penal la culpabilidad ha servido la función de impedir o al menos restringir al máximo la responsabilidad objetiva. Esta función tiene que ser conservada, pues tampoco la responsabilidad objetiva es compatible con la idea del Estado socioliberal de Derecho. El tipo subjetivo, tal como lo hemos propuesto, cumple esa función, y carece de importancia si se le sigue o no dando el nombre de culpabilidad, con tal que esta palabra-trampa no se matice con las ideas del reproche moral. Si el delito se define como *injusto culpable tipificado y conminado con pena criminal*, en nada se arriesgan las indispensables garantías penales, mientras "culpable" no signifique más que el conjunto de las relaciones, actitudes o vinculaciones psicológicas del autor con su hecho antijurídico, requeridas legalmente para la imputación de este al primero como su obra voluntaria. Pero si *tipo* se entiende en su total sentido objetivo-subjetivo, la definición puede todavía simplificarse más, evitando los peligrosos equívocos que la palabra "culpabilidad" convoca: *injusto típico conminado con pena criminal*.

7. ¿Son tales ideas adaptables el Código Penal colombiano de 1980? Creo que sí. Brevemente dicho: en este Código, el hecho punible (delito o contravención) es, en primer lugar, acción o conducta humana (arts. 1º, 19 y muchos otros); esa acción tiene que estar tipificada, esto es, inequívocamente descrita por una ley penal (art. 3º), pero la tipicidad necesariamente ha de abarcar al aspecto subjetivo correspondiente al hecho (art. 5º), pues la conducta tiene que ser dolosa, culposa o preterintencional (arts. 35 a 39). Si esa conducta es realizada

⁹ CARLOS SANTIAGO NIÑO, *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*, Buenos Aires, Edit. Astrea, 1980, págs. 285-86.

por un imputable, se aplican penas y si es ejecutada por un inimputable se aplican medidas de seguridad (arts. 31, 33, 41 y 93). Es por completo accidental si a la relación psicológica del inimputable con su injusto típico se la califica de dolo, culpa o preterintención "natural" o de "culpabilidad psicológica" (aunque reconozco que esta terminología, por lo aquí expuesto, puede ser inconveniente), con tal que las medidas de seguridad no se apliquen con criterios puramente objetivos, esto es, con tal que a los inimputables también se les reconozcan las causales de justificación e inculpabilidad (arts. 29 y 40).

En las normas incriminadoras de la parte especial, por razones de técnica legislativa subsiguientes a la separación entre parte general y parte especial, por regla general solo se describe la conducta punible en sus aspectos objetivos o externos, con raras menciones a elementos subjetivos o a la antijuridicidad. Esos "tipos especiales" deben ser complementados, para que la descripción legal de la conducta sea completa y por tanto inequívoca, con las normas reguladoras de la parte general que contienen las exigencias genéricas de antijuridicidad formal y material (arts. 4º y 29) y de "formas de culpabilidad" o culpabilidad formal (jurídica) en sus especies de dolo, culpa o preterintención (arts. 35 a 40). De paso, esto nos indica que, acertadamente, el Código no adopta ningún criterio moral de "culpabilidad material" (reprochabilidad éticosocial de los motivos); su referencia de la culpabilidad formal a la conducta patentiza que la remite a la realización del tipo objetivo de lo injusto¹⁰.

Nada impide que a las formas típicas de la culpabilidad (dolo, culpa, preterintención), se las denomine "tipo subjetivo" y se las ubique de consiguiente en el segundo peldaño del tipo de prohibición. El esquema es por tanto variable y discutible en sus detalles, pero monolítico en su orientación liberal indiscutible. No ha de ser vana realización el consagrar casi por vez primera en un Código Penal la exigencia de la antijuridicidad material, que al parecer solo estaba contenida en el Código Penal Modelo para los Estados Unidos, y en el C. P. de la R.D.A.

Tampoco es inessential que tanto el error de tipo como el error de prohibición se reglen como excluyentes de la culpabilidad formal (art. 40, num. 3º y 4º), lo que sin lugar a dudas significa que se adoptó la "teoría del dolo". Si, por lo demás, una futura ley de reforma conceptúa la inimputabilidad como excluyente de la culpabilidad formal y por tanto como causal de absolución en el proceso penal, quedará más fácil pensar en las medidas de seguridad como medidas administrativas adoptadas por el juez penal y privarlas de su carácter de una de las dos sanciones (en el sentido técnico de la palabra) a que pueda dar lugar el *hecho punible*, que no es necesariamente el hecho de un *autor*

¹⁰ La eticización del injusto había ya comenzado al pasar de la determinación de toda culpabilidad como "voluntad contraria al deber" (DOHNA, ob. cit., pág. 72) a la determinación del injusto por el "deber", no obstante que poco antes de sentar esta idea regulativa WEBER afirma que "le reprochamos al autor que se haya comportado antijurídicamente" (ob. cit., pág. 575). Pero esta frase no es funcional si al tipo subjetivo pertenecen solo los "elementos sicológicos del dolo" y queda por tanto simultáneamente fundada la "teoría de la culpabilidad" que habrá de conducir al reproche de los puros motivos internos del actuar.

punible. Importa sí que, aun siendo administrativas y dispensadas por el juez penal en un "proceso de seguridad" posterior a la absolución penal, las medidas asegurativas no se impongan con criterios de "responsabilidad objetiva" o por el mero resultado, pues no hay ningún peligro que prevenir ni ninguna tutela que proveer si el inimputable realiza un hecho justo, o si el hecho no justificado no es producto de su personalidad enferma sino de fuerzas exteriores irresistibles (caso fortuito y *vis absoluta*). Lamentablemente, entre los criterios dosimétricos de la pena se mantuvieron, de un lado y genéricamente, la "personalidad" (art. 61) y de otro y específicamente algunas circunstancias de agravación punitiva de claro perfil moral (art. 66, nums. 1 y 13).

8. Se dirá que con ello queda borrada la diferencia, unánimemente reputada fundamental, entre injusto y culpabilidad¹¹. Pero no es verdad. Con todas sus funciones, la diferencia se preserva dentro del tipo, debidamente estratificado en tipo objetivo (la conducta externa voluntaria, el resultado y el nexos causal cuando sean relevantes, los sujetos activo y pasivo, la razón de la prohibición y la ausencia de causas de justificación) y en tipo subjetivo (dolo, culpa o preterintención integrales y ánimos o tendencias especiales del autor, siendo en los inimputables irrelevante la conciencia de la ilicitud). El tipo subjetivo es el tipo de culpabilidad, esto es, el conjunto de las actitudes síquicas o mentales que la ley exige del sujeto para imputarle la realización del tipo objetivo y someterlo, si es imputable, a una pena, y si es inimputable, a una medida asegurativa.

La culpabilidad, sin embargo, no solo venía obrando como fundamento de la pena (*conditio sine qua non* de la pena), sino también como medida de la misma. Al prescindirse del reproche de culpabilidad, del que se dice que es cuantificable, ¿se pierde entonces esa ventaja? La respuesta es negativa. Tan mal viene cumpliendo la reprochabilidad su función como medida de la pena, que ya se tiene bien establecido que la pena se mide en atención a la gravedad del injusto y de la culpabilidad; y algo más: que, curiosamente, todo lo que incide en la gravedad del injusto influye en el mismo sentido y al propio tiempo en la gravedad mayor o menor de la culpabilidad. Es así como se ha llegado al reconocimiento de la *doble función* del dolo y de la culpa, pues de un lado codeterminan el apareamiento y la magnitud del injusto típico y de otro inciden en la determinación del grado de culpabilidad o reproche¹². Mas no hay tal

¹¹ Para que no se piense que se trata de una innovación gratuita, que perturba innecesariamente los fundamentos de la tradición dogmática, conviene en gran medida repensar muchas veces, antes de desechar la propuesta, las siguientes y luminosas palabras de ROXIN: "Los intentos que nos son familiares de separar y oponer las categorías sistemáticas «injusto» y «culpabilidad» han resultado, en efecto, inconsistentes todos ellos. Como ha puesto de manifiesto el examen que hemos efectuado, las parejas de conceptos tales como lo objetivo y lo subjetivo, el deber y el poder, lo general y lo individual, el desvalor de la acción y el desvalor de la actitud interna, solo abarcan fragmentos parciales de la problemática y no pueden comprender la totalidad de los fenómenos que se deben incluir en estas categorías..." (obra reseñada en la nota 24, página 968).

¹² Esta "doble función", novísima forma de hacer pertenecer el dolo al injusto y también a la culpabilidad, es presentada así por WESSELS (ob. cit., pág. 48): "a) En el tipo de lo injusto, el dolo, como forma de conducta, es portador del sentido jurídicosocial de la acción... b) En el ámbito de la culpabilidad, el dolo, como forma de la culpabilidad, es portador del desvalor de sentimiento, que expresa la falta de sentimiento jurídico unida típicamente a la realización dolosa del tipo (actitud incorrecta y dolosa frente al ordenamiento jurídico)". Luego precisa que en el injusto solo

doble función o doble posición, sino que el injusto típico reclama su parte subjetiva, se muestra incompleto sin ella y clama por su integración objetiva-subjetiva. La separación de injusto y reprochabilidad ha fracasado desde que todos los factores relevantes inciden de la misma manera en ambos, de suerte que uno de los dos sobra y el sobrante precisamente no puede ser el injusto¹³.

Una ventaja más puede verse en la propuesta aquí contenida: el esquema del delito sin reproche (culpabilidad como juicio de reproche) supone ciertamente la libertad y se remite por entero al hombre como persona digna y responsable. Pero solo utiliza la libertad en la medida en que, presumiblemente de momento, es verificable en el proceso penal, esto es, para determinar si el sujeto es imputable o inimputable. En las causas de inculpabilidad, igualmente, la ley puede declarar irrelevantes ciertos grados mínimos o exiguos de libertad existencial por medio de valoraciones politicocriminales que se reconstruyen como presunciones probatorias a partir de su estructura fáctica (error esencial y coacción).

9. Dos factores primordiales han desencadenado la crisis subjetivista del injusto y la reprochabilidad. Primero, como antes se insinuó, la pretensión de separarlos por las categorías weberianas de "deber" (objetivo) y "poder" (subjetivo), planteo que en realidad trasvierte los términos del problema, pues ya DOHNA había advertido que "la idea de la exigibilidad y la de la contrariedad al deber son idénticas, en el sentido de que la infracción a las normas de dere-

funciona el "dolo de tipo" (dolo natural o meramente síquico) y lo hace por cierto como indicio del "tipo de culpabilidad" o "culpabilidad por dolo" (ib., 117). Parece que por fin la "teoría de la culpabilidad" ha comprendido que el dolo de tipo es insuficiente, esto es, no es dolo. De allí que repugne francamente al sentimiento jurídico su consecuencia de condenar por dolo al que obra en error venible de prohibición y por tanto no sabe verdaderamente lo que hace porque desconoce su sentido. Pero es todavía más incomprensible que el dolo de tipo, de suyo avalorado, aporte a la acción su "sentido jurídicosocial". La postura de JESCHECK es significativamente igual: "En el injusto el dolo es portador del sentido de contraposición de la acción respecto de la norma jurídica, en la culpabilidad, portador del desvalor de actitud interna que el hecho expresa" (ob. cit., I, 326). Por este procedimiento explica también JESCHECK la maravillosa circunstancia de que "toda diferenciación que tenga lugar en el ámbito del injusto influirá también en la gravedad del reproche de culpabilidad" (ib., 591). El primer pensamiento patentiza que en el injusto se emplea soterradamente el concepto completo de dolo y no su reducción sicologista; el segundo pone de presente que uno de los dos factores sobra para la medición de la pena, como lo prueba el hecho de que para dicho autor las causas de exculpación posean igualmente una doble posición, pues disminuyen tanto el injusto como la culpabilidad (ib., 654).

¹³ Este viraje hacia el animismo en la reprochabilidad se debe inicialmente a GALLAS: "Culpabilidad es pues reprochabilidad del acto en atención al ánimo jurídicamente desaprobado que se realiza en él" (WILHELM GALLAS, *La teoría del delito en su momento actual*, Barcelona, Edit. Bosch, 1959, trad. de Juan Córdoba Roda, pág. 62), de suerte que el injusto se caracteriza por el "desvalor de acción" y la culpabilidad por el "desvalor de ánimo" (ib., 63). Ya este autor sostiene igualmente la doble posición sistemática del dolo, que consiste para él "en ser, en el ámbito del injusto, portador del sentido subjetivo de la acción, esto es, de la finalidad; y en el ámbito de la culpabilidad, por el contrario, ser expresión del ánimo contrario o indiferente al derecho, típicamente vinculado con la realización consciente del tipo" (ib., 63, nota 89). El reproche de culpabilidad tomó así su rumbo hacia una *alta políctica del espíritu* en el seno mismo del "derecho penal de acto" (que precisamente no quería ser derecho penal de autor ni derecho penal del ánimo).

cho no puede tener validez como contraria al deber cuando ha dejado de ser exigible un actuar de acuerdo a la norma"¹⁴. En segundo lugar, la idea welzeliana de "desvalor de acto" y "desvalor de resultado" como cointegrantes del injusto, lanzó el reproche de culpabilidad a las intimidades del sentimiento ético y la actitud moral frente al ordenamiento jurídico.

En efecto, el desvalor de acto se traduce en la desobediencia o violación del deber, es decir, en un desvalor de la voluntad (manifestada), y a ello el desvalor de resultado como lesión al bien jurídico solo viene a sumarse de modo contingente. Pero si en el injusto se contiene ya el desvalor de la voluntad actuada, ¿que habría de contenerse en el reproche de culpabilidad sino ya los más íntimos motivos de la actitud interna o el sentimiento moral? Por lo menos para la culpa inconsciente, WELZEL mismo fundó la culpabilidad en un desvalor de personalidad¹⁵. Y ARMIN KAUFMANN, mucho más consecuente, lo hizo así para todos los delitos¹⁶. Si, por lo demás, como el propio KAUFMANN lo advierte, "la medida del desvalor de un acto se determina en primera línea por los motivos decisivos para la formación de la voluntad"¹⁷, se ve que la valoración de los motivos se cuela ya en el injusto subjetivista y de esta manera la culpabilidad finalista queda despojada de su armazón para distinguirse de aquel. Pero ello muestra al mismo tiempo, como lo ha señalado FERNANDO MEZA MORALES, que por ese camino convergen culpabilismo y peligrosismo¹⁸. Una relevancia tan fuerte de los "motivos determinantes" no se daba quizás desde FERRI¹⁹, quien por cierto no los vinculaba al diagnóstico de culpabilidad sino

¹⁴ DOHNA, ob. cit., pág. 64.

¹⁵ WELZEL, ob. cit., pág. 212.

¹⁶ ARMIN KAUFMANN, *Teoría de las normas (Fundamentos de la dogmática penal moderna)*, Buenos Aires, Edit. Depalma, 1977, pág. 244, trad. de Enrique Bacigalupo y Ernesto Garzón Valdés.

¹⁷ *Ibidem*, pág. 279.

¹⁸ FERNANDO MEZA MORALES, "¿Derecho penal de culpabilidad?", en *Temas de Derecho Penal Colombiano*, núm. 14, Medellín, 1981: "La responsabilidad penal debe apoyarse en la objetividad de la conducta y servir como moderamen dentro de un sistema de responsabilidad subjetiva, pues de no ser así el elemento psicológico se hipertrofia como ha ocurrido con la peligrosidad predelectual o como se vislumbra en la culpabilidad ética, y por este camino se desemboca en la tiranía, o quizá en el anarquismo... (pues) cuando las conciencias quedan expuestas al ejercicio de la autoridad estatal, la tiranía llega ineluctable". Ideas similares se reiteran, con la misma exactitud profética, en *Del peligrosismo al culpabilismo*, escrito por el mismo autor en colaboración con JULIO GONZÁLEZ ZAPATA: "uno empieza a sospechar que el culpabilismo, al acentuar cada vez más la subjetivación del delito como *ratio*, termina en el mismo punto del peligrosismo, o en la anarquía", pues el juez tendría que hurgar en forma arbitraria e ilegítima el alma humana, o renunciar al juzgamiento; si lo primero, con la admonición de que "cuando el Estado invade la intimidad de las conciencias sabemos que ha llegado la hora de la tiranía" (en *Estudios de Derecho*, núms. 97-98, Medellín, 1980, pág. 197). La advertencia contra el subjetivismo del culpabilismo eticojurídico es por cierto esclarecedora y pertinente, pero no hace justicia si se la aplica al nuevo C. P. colombiano (1980), porque en este la culpabilidad se asume como categoría jurídicoformal (dolo, culpa, preterintención referidas al actuar siconormativo de los imputables), que entronca con el pensamiento de los clásicos, sin ningún parentesco con la reciente eticización del derecho penal. El peligro existe, sin embargo, porque a ese punto podría llevar la doctrina por medio de la aceptación más o menos crítica de la ciencia penal alemana. Como barreras contra ese peligro el Código establece la antijuridicidad material (art. 4°), pero también precisa que la exigencia de culpabilidad tiene la exacta e inexorable función de proscribir la responsabilidad objetiva (art. 5°).

¹⁹ ENRICO FERRI, *Principios de derecho criminal*, Madrid, Edit. Reus, págs. 286-91.

al pronóstico de peligrosidad. Una legislación liberal, empero, no otorga a los motivos determinantes tanta importancia, dándoles relevancia solo en casos contados. Es que si la regla de derecho se observa, al orden jurídico, a diferencia del orden moral, no tiene por qué interesarle el motivo del respeto; y si se incumple, rara vez podría otorgarse al motivo fuerza exonerante. No son en ningún caso los motivos los que violan el derecho²⁰.

10. Pero tal vez los peores interrogantes que nuestro planteamiento suscita no se refieran a la arquitectónica de los elementos del delito o presupuestos legales de la punibilidad, sino a la eficacia que teóricamente se le ha asignado al "principio de culpabilidad" con respecto a los límites de la pena en el Estado de derecho. Ante todo habría que aclarar que culpabilidad como reproche no es un concepto que guarde ninguna relación esencial con el principio de culpabilidad. Este solo impone que la responsabilidad penal se limite por ciertos factores psicológicos del sujeto, esto es, por su conocimiento y voluntad de los hechos y de su sentido sociojurídico. Significa también, en el contexto del Estado democrático, que la persona no puede ser tratada como objeto por meras razones de prevención general y/o especial. Nada de ello es negado por una culpabilidad estrictamente jurídicopenal convertida en la faz subjetiva del injusto típico (tipo subjetivo o culpabilidad típica).

En primer lugar, el marco general de la justicia de la pena se determina por el principio de proporcionalidad entre la gravedad del injusto y la medida de la pena, principio que debe ser sin duda preservado por el legislador en la medida en que quiera constituir o preservar una sociedad justa, pero también por el juez para que el sujeto de la pena no se reduzca a un objeto de tratamiento preventivo (general o especial) de ominosos perfiles. La proporcionalidad entre injusto y pena está íntimamente vinculada a la teoría de los bienes jurídicos y por tanto a la escala de valores del legislador, pero nada tiene que ver con la peligrosidad del autor. Cosa distinta es que la duración de las medidas de seguridad, en cambio, deba ajustarse más a esa peligrosidad, pero, con todo, sin poder prescindir de la idea de justicia ínsita en la razonable proporción entre el injusto y sus consecuencias jurídicopenales contra el autor, ya que no se justifica un internamiento perpetuo por una leve injusticia, aunque el peligro de reincidencia sea superlativo y la reincidencia misma inevitable.

Para alejar, sin embargo, el peligro político de que, despachada la culpabilidad, la pena pase a medirse con criterios meramente utilitaristas de prevención desvinculados de la justicia retributiva, STRATENWERTH prefiere conservar el concepto de principio de culpabilidad y sobre todo de culpabilidad, pero

²⁰ Extraña por ello la contradicción del sistema alemán contemporáneo cuando, por ejemplo, funda la legítima defensa en el principio de que "el derecho no ha de ceder ante el injusto", significativo de que el agredido no está obligado a soportar la injusticia, para luego sostener que el reconocimiento de la legítima defensa depende también del correspondiente elemento subjetivo de justificación (conocimiento de la agresión y ánimo de defensa del bien jurídico atacado), con lo que se para en que el agredido si está al final de cuentas obligado a soportar el injusto cuando más necesitado se encuentra de oponérsele, esto es, cuando no lo conoce, cuando no sabe que un injusto amenaza sus bienes.

rompiendo con la tradición, es decir, despojándolos de su vinculación con la censura moral de la personalidad, la peligrosidad, el carácter, la disposición, la conducción de vida, la actitud, el sentimiento y el comportamiento del autor antes y después del hecho²¹. Se tratará entonces, simplemente, según sus palabras, de "la existencia o falta de ciertas condiciones previas para una libre decisión", pero sin que con esto logren darse baremos distintos para la valoración de la gravedad del injusto y de la culpabilidad, esto es, logren separarse estos para lo que importa que se separen, o sea para la teoría de la medición judicial de la pena.

En cuanto el propio injusto típico abarca también la parte subjetiva, o, mejor, siconormativa de su estructura facticoyurídica, el criterio de proporcionalidad o justicia retributiva está en él implicado o fundamentado y ningún peligro de responsabilidad objetiva existe. Se gana, en cambio, en claridad jurídica del delito y de la pena y se evita el "escándalo" de la indebida mezcla de factores jurídicos y morales en el seno de ambos. Lo que esto demanda de una futura reforma del derecho penal en Colombia, se refiere exclusivamente a las cláusulas morales y de personalidad en la medición de la pena, aunque la personalidad-peligrosidad deba seguir jugando algún papel en los subrogados penales, pues estos resultan en verdad inmanejables sin criterios preventivos (más que todo de prevención especial o individual).

"Si realmente queremos separar Derecho y Moral también en el ámbito de la individualización de la pena —escribe con lucidez STRATENWERTH—, solo queda un camino: renunciar a toda valoración de la personalidad desde el punto de vista de la culpabilidad en favor de una correcta situación del problema de si es y cómo es posible evitar la reincidencia del autor, sin continuar obscureciendo la cuestión de la indignación moral"²². Lo que de veras está en juego en ello no es solo desvincular la culpabilidad de la personalidad, sino erradicar la culpabilidad como reproche personal o individual del autor. El reproche no tiene por qué ser algo más que un asunto sociológico, a saber, la reacción de la sociedad frente al pecado al asociar naturalmente la pena con la previa comisión de un hecho "indebido" o inmoral. Lo que el planteamiento de STRATENWERTH deja concluyentemente en claro es que los criterios de determinación del injusto y la culpabilidad y de la apreciación de la gravedad de cada uno de ellos, no son ni pueden ser distintos, lo que al menos debe arrojar dudas sobre la conservación de la pareja.

²¹ GÜNTHER STRATENWERTH, *El futuro del principio jurídicopenal de culpabilidad*, Madrid, Edit. Reus, 1980, pág. 74, trad. de Enrique Bacigalupo, con estudio previo del mismo sobre "Culpabilidad y prevención en la fundamentación del derecho penal español y latinoamericano". Reza la cita que "deberán quedar fuera de consideración desde el punto de vista de la culpabilidad, la vida del autor anterior al hecho y las penas sufridas, la peligrosidad y la energía delictiva, el carácter y la actitud del autor, su comportamiento con posterioridad al hecho, especialmente el revelado durante el proceso penal, es decir, en definitiva, su arrepentimiento y la reparación del daño causado, etc.". En un estricto sentido de "culpabilidad por el hecho", agrega el prementado jurista, se tratará tan solo de "la existencia o falta de ciertas condiciones previas para una libre decisión", o sea que lo decisivo será únicamente "la situación en la que el hecho ha sido cometido: sola- mente ella determinará la gravedad de la culpabilidad por el hecho" (ib., 75).

²² *Ibidem*, pág. 83.

11. Muchas veces se ha reiterado que la culpabilidad es necesaria en el derecho penal para impedir que la persona pueda ser reducida a simple objeto de un tratamiento preventivo sin control ético. De esta manera, el derecho punitivo parecería expuesto a una aporética antinomia: si la culpabilidad se mantiene, se moraliza demasiado y con esto propicia la intromisión del Estado en las esferas íntimas y privadas de la personalidad; si se la suprime, en cambio, el derecho penal tornaría amoroso y puramente utilitario, pudiendo cualquier pena justificarse con cualquier fin político. Ello podría ser más bien consecuencia de un pensamiento formalista. La más profunda y respetable vinculación del derecho penal, o, mejor aún, de la política criminal, con la ética, se encuentra en la teoría del injusto y de la pena y no en la de la culpa. Si el injusto se mira como un fenómeno puramente técnicoformal, es seguro que un concepto ético de culpabilidad será indispensable para contener el positivismo ideológico en el que todo contenido legal se autolegitima. Si, en cambio, se ve en el injusto un contenido sociopolítico y éticosocial que el derecho formaliza, contenido según el cual el injusto no se agota en la abstracta contrariedad a derecho sino que ha menester también de cierta lesividad para bienes jurídicos determinados, entonces la pena consecuente no puede sino estar fundada en la justicia y por tanto en la moral. Pero esta relación del derecho penal con la moral es muy distinta a la que se finca en las motivaciones individuales del acto personal, pues no se trata ya de una ética de los motivos, sino de una política de las proporciones de la reacción estatal contra el mal social que el delito entraña.

La antijuridicidad material redime, pues, del desastre al limitar las sanciones penales a lo que es socialmente necesario dentro del equilibrio de la justicia conmutativa. La justicia de la pena legal se basará entonces en esa proporción general, en tanto que la de la pena judicial mirará a la lesividad de la conducta concreta para el bien jurídico tutelado y no a la culpabilidad de conciencia, verificación en la que sin duda los jueces podrán ser más objetivos. No digo que con ello queden resueltos todos los problemas, sino que al menos se abre el camino para solucionarlos. Si la teoría de la antijuridicidad material no se hubiese olvidado tanto y tan a menudo por la dogmática penal, seguramente el reproche de la conciencia culpable no habría alcanzado tan alto rango e importantes funciones en la teoría y en la práctica del derecho penal. Curiosamente, la *antijuridicidad material* es una cortapisa al poder estatal, porque recorta el ámbito de la *antijuridicidad formal* con que todo positivismo tiende a conformarse, mientras que, por el contrario, la *culpabilidad material* profundiza inadmisiblemente el ámbito o por lo menos el fundamento de la punibilidad y la *culpabilidad formal* tiende a mantenerla en su límite adecuado.

Con todo, una culpabilidad formal no tiene ya de culpabilidad sino la forma y de ella puede decirse sin rodeos que ya no es más culpabilidad, menos que nada como reproche. De carácter formal y consiguientemente irreal es la teoría que cifra la culpabilidad en una confrontación de término medio y no en un juicio personalizado (E. SCHMIDT, KRÜMPELMAN, BAIGÚN, J. LACROIX, MUÑOZ CONDE). BETTIOL tenía razón al afirmar que es imposible una culpabilidad como concepto técnico jurídico penal desarraigado de sus fundamentos éti-

cos²³; pero esto no debe llevar a mantener en el derecho penal el concepto moral de culpabilidad, sino precisamente a erradicarlo por imperiosa exigencia de la idea de persona en el Estado de derecho.

La moderna y moralizante conceptualización de la reprochabilidad como elemento del delito y como fundamento y/o medida de la pena está en abierto antagonismo con los ideales del Estado de derecho a los que el derecho penal liberal se tiene que plegar²⁴. NINO ha señalado brillantemente que "la concepción liberal del derecho penal implica que las conductas que deben proscribirse no se relacionan con cualidades morales de los individuos que suponen ideales de perfección humana, y, por tanto, que las intenciones y los motivos que indican perversidad moral no deberían ser relevantes para la definición de las situaciones que deben prevenirse"²⁵. Ello arrastra, entre otras cosas, la consecuencia de que las causas de justificación no dependen de particulares momentos subjetivos o anímicos, porque tanto la justificación como la antijuridicidad son objetivas, al menos mientras se trate de un derecho de actos y no de un derecho (mejor sería decir una moral) de los motivos. Pero ello muestra al mismo tiempo que la justicia de la pena está más vinculada a la idea de una razonable proporcionalidad con la dañosidad social del hecho que con algún criterio metafísico de culpabilidad²⁶.

Con su pesada sobrecarga moral, la culpabilidad se convirtió en un simple eufemismo tecnicista para presentar al delincuente, ya no como "malvado", como en los viejos tiempos, sino como "culpable", que quizás comporta un juicio de repulsión moral mucho más vehemente contra la conciencia del desviado. Sin duda era el "juicio de culpabilidad" el que el Evangelio no quería que los hombres pronunciasen contra los hombres, porque frente al mal todos somos de alguna manera culpables. Es la nueva criminología la que ha podido brindar a la pena final o pena-tratamiento un fundamento insoslayable en el

²³ GIUSEPPE BETTIOL, *Derecho penal, parte general*, Bogotá, Edit. Temis, 1965, pág. 82, trad. de la 4ª ed. italiana por José León Pagano. Esta radical moralización de la culpabilidad y de la pena jurídicocriminales lleva a BETTIOL a pensar en el inimputable como "un fragmento de naturaleza tarada" y en la pena como desprovista de finalidades esenciales que solo por la idea del estado social de derecho se ejecuta en forma resocializadora (BETTIOL, *Instituciones de derecho penal y procesal*, Barcelona, Edit. Bosch, 1977, págs. 166, 75, 148 y 76).

²⁴ Pero la crisis del concepto jurídicopenal de culpabilidad es aún más honda, pues se reconoce generalmente que se apoya en presupuestos indemostrables, al menos de modo concreto, y carece también de mensurabilidad objetiva. Un criterio así no puede ser el fundamento de la pena ni tampoco su medida, pero ni siquiera el límite de la pena máxima. De ahí que resulte contradictoria la tesis de ROXIN —que se queda a mitad de camino— según la cual la idea de culpabilidad como fundamento de la retribución debe abandonarse por su indemostrabilidad en los casos concretos, pero debe mantenerse como criterio limitativo de la pena preventiva, pese al reconocimiento de que no admite una exacta cuantificación, menos que nada caso por caso (CLAUS ROXIN, *Culpabilidad y prevención en derecho penal*, Madrid, Edit. Reus, 1981, traducción, introducción y notas de Francisco Muñoz Conde, págs. 41, 48 y 50). Obvio resulta que una culpabilidad de presupuestos indemostrables y relativamente incuantificable no puede funcionar como fundamento y/o medida de la pena, pero tampoco como límite, pues este último supone la cuantificación en su más alto grado.

²⁵ C. S. NINO, ob. cit., pág. 33.

²⁶ Así lo profesaba ya BECCARIA (*De los delitos y de las penas*, XIV, Madrid, Edic. Aguilar, 1969, págs. 140-141, trad. de Francisco Tomás y Valiente).

hecho de que la sociedad, al ser criminógena, es corresponsable del crimen y tiene por tanto deberes de asistencia y no derechos de castigo frente al criminal. La misma criminología crítica ha patentizado que la conducta desviada es patrimonio de toda la colectividad y no de determinados sectores sociales "etiquetados", de tal manera que en verdad nadie puede contra ella lanzar la primera piedra. Esto no conduce, palmariamente, al anarquismo de un radical programa abolicionista, sino a un tratamiento distinto del delito y de la pena como males sociales inevitables que pueden combatirse y reducirse, pero no eliminarse. Con razón enseñó SOLER que una de las ideas más perniciosas en la historia del derecho penal ha sido la del perfeccionismo que cree que el delito puede ser borrado de la faz de la tierra, pues en su nombre se han perpetrado los más execrables abusos²⁷. No menos abominables son los crímenes que se han cometido en nombre de una pena omnicompreensiva y unidimensional que prefiere destruir al individuo antes de dejarlo seguir siendo imperfecto. Pero también el abolicionismo es peligroso, pues deja a los individuos desamparados en el desenvolvimiento social de su existencia.

Habría que extraer, entonces, una conclusión contraria a la de STRATENWERTH²⁸: la liquidación del derecho penal "clásico" no es ahora simple cuestión de tiempo, pues de lo que se trata es de la reviviscencia y reconstrucción de sus principios. En materia de culpabilidad, los clásicos nunca sobrepasaron la forma, pero en cambio se inclinaron siempre a buscar la sustancia del injusto. Solo su concepción de la pena como retribución estaba todavía impregnada de moralismo, pero en este tópico los nuevos tiempos ofrecen mejores perspectivas con la idea de una pena final no desvinculada de la justicia.

12. Como última cuestión debe ser afrontada la de si la propuesta de suprimir el concepto de reproche culpabilista desemboca también en la supresión del concepto de pena y convierte por tanto al derecho penal en un puro derecho de medidas. Las respuestas tienen que ser negativas.

Es verdad que la tradición del dualismo penas-medidas de seguridad se apoya regularmente en la dicotomía de culpabilidad y peligrosidad, retribución y prevención. Habría que decir, en primer lugar, que estos dualismos se han resquebrajado bastante en la teoría y en las legislaciones. No solo es ya difícil ver diferencias en la ejecución de penas y medidas, por cuanto ambas se traducen de alguna manera en tratamiento resocializador, sino que esa identidad fundamental de la práctica ejecutiva (o del sentido de esa práctica) viene impuesta por la similitud o identidad de los fines asignados a unas y otras (C. P., art. 12). De otra parte, ya se sabe que el marco de la pena no puede ser fijado con criterios puramente culpabilistas, sino que en su determinación legal y judicial entran necesariamente factores de prevención general y especial, y por

²⁷ SEBASTIÁN SOLER, *Fe en el derecho y otros ensayos*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1956, págs. 71 y 72. Como el mismo autor lo advierte, ya CARRARA había formulado la admonición de que "la loca idea de que el derecho punitivo debe extirpar los delitos de la tierra, conduce en la ciencia penal a una idolatría del terror" (ib., 72).

²⁸ STRATENWERTH, ob. cit., 89.

cierto en primer plano (C. P., arts. 61 y ss.). Todos los esfuerzos por vincular la culpabilidad a la protección de la libertad individual contra los excesos del poder punitivo, concluyen lamentablemente en el abandono de los inimputables a un poder estatal incontrolado, han dicho HAFFKE y MUÑOZ CONDE²⁹. La postura liberal exige, sin embargo, que ambos tipos de reacción sean controlados y en ello juegan hoy, más que la categoría de la culpabilidad, principios de política criminal tales como el de la mínima intervención, la proporcionalidad y la finalidad. Pero por sobre todo, ha dicho MUÑOZ CONDE, es el marco legal de la pena conminada el que no puede jamás ser superado por virtud del principio de legalidad³⁰, pues de otro modo la inimputabilidad sería una desdicha peor que la culpabilidad.

Desde el momento en que se muestran en el injusto típico diferencias subjetivas de realización según que el autor sea imputable o inimputable, la simple doble vía (penas para los imputables y medidas de seguridad para los inimputables) queda teóricamente fundada. Para repetirlo una vez más, esa diferencia en la realización del injusto típico no apunta a la objetividad del daño típico, sino a la relación siconormativa del mismo con su autor. Así como, por razones de garantía, la pena debe concluir en un tiempo determinado aunque no haya logrado sus fines en el caso concreto, el tratamiento de seguridad tiene que ser sometido al mismo criterio, por la misma razón. Una cosa debería ser en todo caso clara: la inimputabilidad no tiene por qué gravar al autor, esto es, no tiene por qué imponerle un tratamiento jurídico peor del que le habría ocasionado la comisión del mismo hecho al imputable. Si la prevención general no puede prevalecer sobre la idea limitadora de la justicia (proporciones razonables, compatibles con la democracia) porque se cae en el terror penal, tampoco la prevención especial puede hacerlo, pues es entonces cuando la dignidad del desviado como persona o sujeto de derecho desaparece y este es sacrificado, como un objeto cualquiera, en aras de la generalidad.

Conviene en fin reiterar que reproche de culpabilidad no se identifica con principio de culpabilidad. En este último se contienen exigencias operacionales del derecho penal liberal tales como la responsabilidad subjetiva, la proporcionalidad de las reacciones penales y su finalidad humanitaria a la vista de la dignidad de la persona, etc., postulados demoliberales que en este ensayo se promueven y que mucho ganan en solidez con sus tesis, sobre todo si se columbra lo que llegará a ser en el futuro el derecho penal subjetivista de la culpabilidad moral, a menos que desde ahora se tomen decisiones contra él; para esto, el C. P. de 1980 ofrece posiciones singularmente ventajosas, pues sin ser obra perfecta, nadie puede dudar de la orientación decididamente liberal de su parte general, su concepción objetiva del injusto y su reducción de la culpabilidad a sus formas siconormativas.

²⁹ ROXIN, ob. cit., pág. 25.

³⁰ Ib., pág. 30.

LA DELINCUENCIA EN MEDELLÍN*

Dr. JAVIER VIEIRA MÚNERA

Miembro del Colegio de Abogados Penalistas de Antioquia.

Profesor de Criminología.

El delito, criminológicamente entendido, es considerado como un fenómeno social de carácter complejo, que obedece en su producción a plurales causas y por ello es también un fenómeno policausal.

Para mejor comprender su etiología, es menester relevar que siendo el delito la exteriorización del actuar humano, no está ligado axiomáticamente a un proceso causal obligante como es el físico o matemático. La causación, criminológicamente, es más una probabilidad que una fuerza impelente. No empuja lo anterior, también como en el proceso causal físico, se da la llamada potencialización de causas, cuando confluyen varias de la misma estirpe, o bien la morigeración o inhibición del efecto cuando se presenta el antagonismo causal.

De lo anterior se colige que la criminología solo ha de entenderse como ciencia bajo el aspecto causal-explicativo, más de carácter opinativo que de juicio axiomático. De allí la dificultad suma en hacer un esbozo criminológico que sea consensualmente aceptado.

No será materia de esta exposición la descripción radiográfica de la criminalidad que nos agobia. Ella, por ser ya una vivencia, me exonera de este, que se tornaría en innecesario acápite.

Versará mi exposición sobre el análisis y la pretensión clasificatoria de los diversos grupos delincuenciales en que puede dividirse la criminalidad de nuestra ciudad, que también son comunes a los principales centros urbanos de nuestro país y fundamentalmente a Bogotá y Cali. Es que nuestra criminalidad no puede ni debe desligarse del contexto nacional, ni siquiera del plano latinoamericano o del de las sociedades en desarrollo. Tampoco puede desvertebrarse de los ingredientes consustanciales a la sociedad contemporánea, que JEAN PINATEL no dudó en adjetivar de "criminógena". Ellos son prioritariamente 'el progreso' científico y técnico que ha deshumanizado, maquinizado y 'standarizado' al hombre, Esta nueva sociedad tecnocrática presenta la felicidad como sinónimo de inactividad intelectual y muscular, con la suplencia de recolección de objetos y de satisfacción de 'necesidades' fictas, que son también características de la misma sociedad denominada también de 'consumo'.

* Conferencia dictada por el Dr. JAVIER VIEIRA MÚNERA en el Foro sobre "justicia y criminalidad" organizado por la Universidad de Medellín, los días 2 y 3 de julio de 1982.