

Criterio de culpabilidad

Juan Guillermo Cárdenas Gómez*

La perfección sistemática y la limpieza conceptual no son valores jurídicos en sí mismos, sino valores al servicio de respuestas adecuadas a su tiempo.

Winfried Hassemer.

Criterio de la Culpabilidad

El profesor Juan Fernández Carrasquilla, presenta un análisis muy decantado con excelente rigurosidad científica sobre las nuevas teorías que buscan la relegitimación de la dogmática jurídica como teoría general del delito. Se advierte que

...en la medida en que todo lo psicológico de la culpabilidad se desplaza hacia el injusto, la categoría 'culpabilidad' se convierte en un ente normativo que toma nombre de reprochabilidad o juicio de reproche ... Ese desplazamiento de la culpabilidad psicológica hacia el injusto típico y el parejo mantenimiento de la distinción formal y nominal entre el injusto y culpabilidad, dio por resultado que se preservara la culpabilidad como una categoría vacía que cada autor podía llenar y de hecho llenaba con los más amaños contenidos valorativos... el injusto, que era la constatación de una lesión o cualidad lesiva e la acción, se ha convertido también en sede de imputación (objetiva) y, la doctrina de la culpabilidad, que era la sede de la imputación jurídica del hecho antijurídico a su autor como su 'causa libre'...

Se trata de establecer con profundidad lo pertinente a la *culpabilidad*, acorde con la visión de su autor Fernández Carrasquilla. Realiza así el maestro, una crítica demoledora sobre el desarrollo científico de los profesores Claus Roxin y Günther Jakobs, sobre el

primero y en el entendido de que históricamente, desde 1970 el pensamiento del profesor Roxin, busca fundamentar un sistema *racional-final* (teleológico) o *funcional*, del Derecho Penal, rechazando el punto de partida del finalismo. Por esta razón afirma que:

Las nuevas corrientes normativistas o funcionalistas no se orientan a la constatación o verificación de lo que realmente ha sucedido y de lo que concreta o empíricamente ha podido y, por tanto debido no suceder, sino a la imputación de responsabilidades con fines preventivos ...

Identifica la subjetivización y moralización del injusto y la culpabilidad entendida como normativismo, para criticar la introducción del concepto de reprochabilidad que terminó por modificar el concepto de culpabilidad en la concepción tradicional de la teoría del delito. Se plantea, además, una confusión entre la separación del injusto y la culpabilidad presente en la ubicación del dolo y la culpa (situados comúnmente en la culpabilidad (des-psicologización) en el tipo de injusto. Allí se constata el surgimiento de una nueva esencia normativa conocida como *reprochabilidad* o *juicio de reproche*. Juicio de reproche comprendido como im-

* Magistrado y Presidente Sala de Justicia y Paz, Tribunal Superior de Medellín. Docente Área Penal I.U.E.

¹ Verificación de lesión o constatación de una cualidad de lesión en la acción. juancardenasg@hotmail.com

Recibido: julio 28 de 2011. Aprobado: agosto 20 de 2011

perativo ético-social más que juicio jurídico o peor *reproche social* con matiz ideológico de *reproche político*".

El resultado de esta consiguiente evolución, torno crítica la utilización del concepto de culpabilidad como categoría dogmática agotándola de elementos y vertiendo de contenidos valorativos según el parecer de cada tratadista. El injusto amplía su objeto¹ hasta ser sede de imputación (objetiva) jurídica; pues, la culpabilidad es apéndice de la imputación subjetiva; por tanto, la influencia en Colombia de dicha concepción teleologista valorativas e incluso al funcionalismo radical por la introducción de conceptos como:

1. Imputación objetiva
2. Riesgo permitido y
3. Redefinición del principio de confianza.

Correspondiente con la una corriente eficientista del funcionalismo penal alemán, que se relaciona con un derecho penal *expansionista* en los términos que tan lúcida-mente lo ha demostrado el profesor Silva Sánchez (1999), y ese carácter simbólico de un derecho penal instrumentalizado y para *el enemigo*.

El modelo punitivo, que de suyo es violento, se ejerce por medio del sistema penal. Así entonces, éste viene a ser un modelo —programa— punitivo configurado por el Estado —ejercicio real del poder punitivo—. Sistema —modelo— que comprende la creación —criminalización primaria—, aplicación —criminalización secundaria— y ejecución de la ley penal —criminalización terciaria" (Botero, 2006, pp. 1-34).

Se puede agregar en complemento de lo anterior que dicho sistema, de cara a la realidad que vive América Latina, es ilegítimo en tanto reproduce que:

...la violencia, es ilegítima porque actúa selectivamente, que funciona dejando en la impunidad la mayoría de los comportamientos que le son encargados o aquellos que pese a su gravedad no forman parte del sistema; en fin, que administra —petrifica en el tiempo— los ilegales, pero no los combate (Martínez, 1999, p. 2).

Algo de historia según Lusverti (en línea) desde el positivismo clásico: El salto cualitativo que proponen Listz y Beling, respecto al estudio del *delito* está dado porque logran situar la dogmática jurídico-penal, en el sentido en que logran definir las características jurídicas. En este sentido las definiciones de tipo biológico, psicológico y social del delito, y cualquier otro concepto que implique posturas neutras, dejan paso al estudio sistemático del delito, cuya teoría, delimitan y definen a la *parte general* del derecho penal.

Naturalmente, que el positivismo imprime su sello, en particular en torno al papel de las ciencias o disciplinas auxiliares del derecho, sobre la pregunta de ¿cuál es o debe ser el objeto de estudio exclusivo de la teoría del delito y la función que debe cumplir?

Es así como, la filosofía o el llamado *derecho natural*, al no formar parte del derecho vigente son preconceptos; como corolario, la teoría del delito —al desatender otros conocimientos y valoraciones— es estrictamente formal. Esta formalidad, se impuso en cada uno de los estratos o elementos del delito así: la acción es concebida en sentido natural —causal—; el tipo es descriptivo, de adecuación normativa y a su vez, limitativo de la potestad estatal, en tanto, su vinculación con el principio de legalidad y la antijuricidad sólo implica contrariedad con el derecho.

El elemento subjetivo del delito está puesto en la *culpabilidad*, pues la misma es de naturaleza psicológica, y es concebida como el nexo subjetivo entre el autor y su hecho;

de allí que, su verificación no está ligada a cuestiones de tipo valorativo, sino verificables, constatables; y que su presupuesto sea la imputabilidad, es decir, capacidad de ser penalmente culpable, cuyo examen es precedente. Así, el dolo y la culpa, como especies de la *culpabilidad*, agotan su contenido; afirmándose por ende que en esta teoría, el dolo es el elemento intencional de consentimiento, del querer el resultado delictivo.

El teleologismo, neokantismo o normativismo penal

podríamos decir, que la acción, entendiéndola como conducta humana, es valorada en tanto pertenece al mundo de la cultura, por el apego al materialismo anterior, desplazado en pos de las ciencias del espíritu, perteneciente al mundo de los valores —conducta valorada—. Consecuentemente, el tipo ya no puede tener una estricta función descriptiva y, a su vez, se estrecha con la antijuridicidad, en el sentido de que se abandona la independencia de ambos elementos, puesto que la tipicidad *porta-conlleva* la antijuridicidad.

Es válido entonces afirmar que, al lado de los elementos objetivos del tipo —que son eminentemente sensoriales—, se colocan los elementos subjetivos, hacen referencia a un determinado saber, a una particular intención o a un comprobado estado anímico del autor del injusto penal. También entran aquí, los elementos normativos, como que se refieren a una establecida valoración, especificándose a través de un sistema de valores, que dan particular cuenta del abandono de la formalidad en el estudio de los componentes del delito.

Se aduce que la antijuridicidad de una conducta se vincula con el daño social que la misma provoca; mientras la *culpabilidad* se llena de contenido. De allí, el dolo y la culpa no son sólo especies de la culpabilidad, sino

que, junto a las llamadas circunstancias concomitantes y a la imputabilidad, son elementos de la *culpabilidad*. Atendiendo al finalismo, una de las características primordiales del esquema dogmático finalista radica en la relación particular que se establece entre el objeto y el método del conocimiento y en cómo esta relación influye en el derecho penal.

El normativismo moderado de Roxin

Se dice que la válida crítica a las teorías de Roxin radican no tanto en el impacto que sus ideas generaron en la estructura misma de la teoría del delito, sino que, tales estratos son redefinidos en función de la incorporación de criterios de política criminal que propugna en torno a ellos; postuló la necesidad de una reformulación destinada a vincularlos al cumplimiento de fines político-criminales; derivándose el nombre de *racionalismo teleológico* o *racionalidad orientada a fines*.

Cuando los fines de la pena proclamados por las teorías relativas (de la pena), fueron referidos a la teoría del hecho punible, o si prefiere, cuando la dogmática del derecho penal fue entendida como un derivado de la política criminal, lo que sucedió a comienzos de los años setenta cuando Roxin recondujo algunas reglas de la teoría de la culpabilidad a puntos de vista preventivos.

En palabras de Abanto Vásquez (1997):

...la dogmática penal debe cumplir con una doble finalidad: seguridad y fiabilidad en la aplicación del Derecho Penal y reducción de la intervención penal hasta los límites estrictamente necesarios por fines de prevención... Por su parte, la tarea del derecho penal sería la protección de bienes jurídicos... pero los bienes jurídicos no serían `simples portadores ideales de significado', sino circunstancias reales, partes de una realidad empírica...

El sistema penal se estructura en función de ciertos fines, es decir, teleológicamente; ello es así, porque tales fines se consideran valiosos; de allí, la unidad sistemática entre el derecho penal y la política criminal en función de fines preventivos.

Zaffaroni criticando a Roxin afirma que éste “no parte de la afirmación de que el concepto de conducta del derecho penal está desvinculado del concepto óntico-ontológico, sino que embate contra este concepto, creyendo demostrar que no es verdadero desde el punto de vista óntico-ontológico mismo...” (Zaffaroni, 1998). Entre otras críticas, Roxin (1997):

...pone de resalto que la conducta humana tiene un contenido de sentido, llamando así a los elementos que indican el sentido social de la finalidad y que pueden ser requeridos por el dolo típico en mayor o menor medida. Así, por ejemplo, la amenidad de la cosa en el hurto. Según él, estos elementos no hacen a la finalidad y quedan fuera de la explicación finalista de la conducta, por lo que la finalidad no respondería a una concepción ontológica de la misma...

Según Zaffaroni, Roxin admite la finalidad en la conducta, pero afirma que la finalidad creada por la norma, no es una categoría del ser sino que, así como en otro tiempo se habló de una *causalidad jurídica* —concepto del que no está nada lejos Roxin—, habla él ahora de una *finalidad jurídica*, afirmando que:

...fuera del mundo de los valores sociales y de las relaciones jurídicas no se puede decir de ninguna forma de conducta si es o no es final, porque no se puede determinar apriorísticamente respecto del derecho qué elementos de sentido han de incluirse en ese concepto.

Si la política criminal se sistematiza junto al dogmático jurídico-penal, la tipicidad, su contenido, su función y todo lo relativo al hecho típico se alinea en función de estimar la necesidad de aplicar una pena. En palabras del propio Roxin:

Como todos los conceptos básicos del derecho penal, el concepto de tipo introducido por Beling, también tornasola en diversos significados. Sin embargo, las distinciones esenciales para el Derecho penal se pueden reducir a los tres cometidos que debe cumplir el tipo: el mismo tiene una i) función sistemática, ii) dogmática y iii) político-criminal.

Debiendo entonces ser claros en cuanto que, la antijuridicidad funciona como un sistema de pesos y contrapesos, en el sentido de formular criterios de regulación de intereses y contrainteresses, a fin de ponderarlos, con el objeto de establecer cuáles son aquellos a los que se les debe dar preponderancia; pero, por otro lado, separa los conceptos de antijuridicidad que es tomada como una *característica de la conducta como contraria al orden jurídico* y el injusto, como la *concreta conducta típica y antijurídica*.

Así, respecto de la *culpabilidad*, si bien, como anticipé, Roxin mantiene este estrato que denomina *responsabilidad penal*, y su función es establecer sobre la base de lo que él llama *culpabilidad* (que sería la imputabilidad), los supuestos que van a llevar a que en relación con el caso concreto —es decir, con específica relación a la persona y a las circunstancias—, se determine la necesidad de aplicación de pena; ello es así, puesto que el sino de la *responsabilidad penal* implica que en ciertas situaciones, se configuraría una *falta de necesidad de aplicación de la pena*. Esta configuración, obviamente, responde al criterio de política criminal que señale e involucra dar una respuesta en torno del castigo al autor del injusto. La función de prevención especial está dada porque no a todos los sujetos *culpables* se les aplica una pena: tal criterio no sería preventivo, sino esencialmente retributivo. Para Günther Jakobs inicia de la necesidad de entender

el Derecho como parte de un sistema social, por lo tanto, el Derecho y el Derecho Penal sólo podrían ser explicados acertadamente tomando en cuenta conceptos y conocimientos provenientes de este sistema social y de la función de normatividad jurídica (perspectiva externa), pues los conceptos exclusivamente penales (perspectiva interna) no bastarían para ello.

Sin embargo, el concepto de sociedad para Jakobs, no abarca el conjunto de la totali-

dad de todos los miembros que componen el tejido social, sino que el concepto de sociedad para el autor se definiría dentro o a través del Estado, en tanto único administrador y aplicador de la pena (*Ius Puniendi*), y como unidad con ordenamiento normativo, determinando quien es miembro de esta sociedad en función de una serie de criterios (en especial, ciudadanía y territorialidad).

La base teórica de esta postura está dada por los autores funcionalistas, especialmente con la sociología de Niklas Luhmann, que concibe a la sociedad como:

...una construcción simbólica, omnicomprensiva que habilita todas las comunicaciones posibles, en otros términos, la sociedad no se compone de hombres o seres humanos, sino de comunicaciones entre hombres, la sociedad está vacía de humanos, está compuesta de comunicaciones. La sociología de Luhmann se ocupa de las realidades por encima de las realidades físicas, por la diferencia se descubre la paradoja que la sociedad es una forma... La sociedad deviene así en una *gestalt* —una forma— por el juego de separación, unidad, diferencias y cierre. Esta forma como sociedad, es su principio y cálculo formal. Este cálculo formal, se comunica y traduce en la comunicación. Esta comunicación a su vez se constituye en formas —símbolos— codificaciones (lenguaje) siendo la forma íntima de la sociedad, en este contexto, el tejido de la sociedad, que se constituye sólo por formas de comunicación.

Esta base explica porque la sociedad sólo existiría cuando se llegara a garantizar un “contexto de comunicación mediante normas (y no mediante ‘Estados’ o ‘bienes’, los cuales serían solamente el reflejo de la norma”). Luego para que la sociedad subsistiera, el “contexto de comunicación debería ser mantenido igual frente a modelos divergentes; esta “protección del contexto de comunicación”, o sea de las normas que lo configuran, se produciría, entre otras formas mediante el Derecho Penal. La “protección de las normas no se dirigiría a todo tipo de ellas, sino solamente a aquellas que necesitan de una estabilización especial... que son las ‘constitutivas de la sociedad’”. Las normas constitutivas de la sociedad son

las que no están dadas a priori, sino que se elaboran, que tienen carácter contingente o no permanente. Por eso es que necesitan de una protección especial que se traduce en ‘estabilizar el sistema’ si son infligidas: porque son pasibles de ser disponibles por los individuos (las personas podrían no acatarlas) y, a efectos de “evitar la disponibilidad, deben ser estabilizadas, su vigencia debe garantizarse a través de una sanción”.

Por otra parte, se tiene lo relacionado con quienes son los sujetos de ese mundo ordenado normativamente: sólo las ‘personas’ son sus destinatarios. Las personas se diferencian de los simples ‘individuos’ en que en ese mundo ordenando normativamente, tienen roles sociales, en términos de derechos y deberes; dicha distinción es sumamente importante, puesto que, en tanto la sociedad es un “contexto de comunicación”, los únicos que están capacitados para ‘comunicar’ son los que tienen roles socialmente comprensibles, puestos que exclusivamente ellos pueden comunicar en forma objetivada para los demás; esta posibilidad de comunicar válidamente -en términos de ser entendida por todos- es posible en tanto la existencia previa de un patrón de comunicación anterior, de un sistema vinculante en términos de “estructura objetivada” constituida de orden. Y es el Derecho el único creador del mismo, el único que puede constituir las “estructuras objetivadas”, puesto que se refiere a ‘personas’ a través de las competencias, en términos de ‘roles’ determinados, en términos de “capacidades jurídicas”.

Esto es sumamente importante, puesto que cuando el derecho les asigna roles a las ‘personas’, lo hace con una determinada pretensión: que serán asumidos o cumplidos; es decir, esto configura la “expectativa normativa”. Por ello, como tal expectativa es válida, si las personas defraudan la misma, en términos de no-asunción de los roles predispuestos para ellos o si trataran de asu-

mir otros, el derecho “estabiliza el sistema” para reafirmar la vigencia de la norma, es decir, “mantener la expectativa imputando el curso perturbador al responsable”. Así, en el Derecho Penal, la ‘imputación objetiva’ permitiría definir específicamente cuando se ha producido una “defraudación de expectativas, o sea, cuando la persona ha quebrantado su rol”.-

Con el funcionalismo de Jakobs, encontramos una restricción del ámbito propio del aspecto subjetivo de la tipicidad; ello en tanto que la causalidad natural (hecho psíquico, defecto cognoscitivo) era indiciaria pero “no suficiente para la atribución del resultado al autor”, esto supuso expandir el tipo objetivo en defecto del subjetivo; puesto que, si los hechos que merecen pena en tanto prevención general positiva, son aquellos que provocan riesgos jurídicamente desaprobados, la teoría de la imputación deduce principios de exclusión de la imputación.

Para el profesor Fernández Carrasquilla, *funcionalismo y peligrosismo* son fruto de una concepción de la *culpabilidad* contraria a su concepción clásica tradicional si se quiere en donde la persona no puede ser reducida a mero instrumento, objeto del derecho penal intervencionista y sin límites éticos, por este camino el propone eliminar el moderno concepto de reprochabilidad, (entendido

como juicio de culpabilidad) negador de una concepción del derecho penal que reivindica unos derechos inalienables que son más antiguos que la declaración o reconocimiento legislativo de los mismos.

Referencias

- Abanto, Manuel A (1997). *Derecho penal económico: parte general. Consideraciones jurídicas y económicas*. Lima: Idemsa.
- Botero, José F. (2006). *Lineamientos generales del derecho penal configurado desde la persona real*. En: *Diritto Diritti*, V. 1, No. 1, pp. 1-34. Disponible en: <http://www.diritto.it/indice.php?cat=7>
- Lusverti, Diego A (En línea). Breve aproximación al elemento cognitivo del dolo. Disponible en: <http://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/elemento.htm>
- Martínez, Mauricio. *Política Criminal, Justicia Penal y Constitución Política de 1991. La violación de los principios rectores y de los derechos fundamentales*. Bogotá: Temis, 1999, p. 2.
- Silva, Jesús M. (1999). *La expansión del derecho penal*. Madrid: Civitas.
- Roxin, Claus, (1997). *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I (traducción de la 2ª edición alemana de Luzón Peña, Díaz y García Conlledo y de Vicente Remesal). Madrid: Civitas.
- Zaffaroni, Eugenio R. (1998). *Tratado de derecho penal. Parte General*. Edit. Ediar.