

# DOCTRINA PENAL

Teoría y Práctica en las Ciencias Penales

REVISTA TRIMESTRAL

Director: RICARDO C. NÚÑEZ

*Secretarios de redacción*

CARLOS A. TOZZINI

JULIO B. J. MAIER

*Consejo consultivo internacional*

Lolita Aniyar de Castro (Maracaibo - Venezuela)	Heleno Cláudio Fragoso (Río de Janeiro - Brasil)
Marino Barbero Santos (Madrid - España)	Hans Joachim Hirsch (Köln - R.F.A.)
Jürgen Baumann (Tübingen - R.F.A.)	Hans Heinrich Jescheck (Freiburg i. Br. - R.F.A.)
Giuseppe Bettiol (Padova - Italia)	John Kaplan (Stanford - U.S.A.)
Luis Bramont Arias (Lima - Perú)	Angelo Raffaele Latagliata (Napoli - Italia)
Marshall B. Clinard (Wisconsin - U.S.A.)	Rosa del Olmo (Caracas - Venezuela)
Juan Córdoba Roda (Barcelona - España)	Klaus Tiedemann (Freiburg i. Br. - R.F.A.)
Franco Ferracutti (Roma - Italia)	Giuliano Vassalli (Roma - Italia)

Dirección y administración: Talcahuano 494, Buenos Aires

# DOCTRINA PENAL

Teoría y Práctica en las Ciencias Penales

Director: RICARDO C. NÚÑEZ

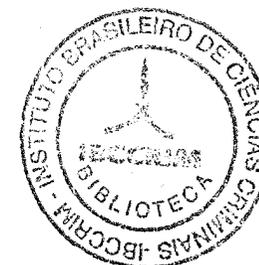
*Secretarios de redacción*

CARLOS A. TOZZINI

JULIO B. J. MAIER

AÑO 5

Nos. 17 a 20



EDICIONES *Depalma* BUENOS AIRES

1982

## ¿ALTERNATIVAS AL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD? \*

por WINFRIED HASSEMER \*\*

### I. *La erosión del principio de culpabilidad.*

El principio de culpabilidad está siendo bombardeado. Tras mucho tiempo sin ser cuestionado como justificación de la pena, como indicador de su medición y como criterio de imputación y exculpación, se le considera hoy como sospechoso de mala metafísica, como signo de un derecho penal autoritario, que desvía la corresponsabilidad de la sociedad en el delito hacia el individuo en quien se manifiesta la maldad general, y como obstáculo en el camino hacia un derecho penal humanitario que no ate al autor de un delito con su culpabilidad, sino que le señale soluciones.

A quien esta crítica al principio de culpabilidad le suene demasiado a ciencia social, que piense en la actual discusión sobre el poder ilustrador de la política interna que puede tener el Sermón de la Montaña, en el cual la culpabilidad no se relaciona con el castigo, sino con la indulgencia, o en la vieja distinción entre culpabilidad moral y culpabilidad jurídica, en la cual la segunda no es más que un modo deficitario de la primera.

#### 1. *Política criminal.*

Aunque muchos críticos del principio de culpabilidad no lo hayan notado, hace ya mucho tiempo que el propio legislador penal ha ido erosionando sus paredes maestras allí, donde éste le impedía llevar a cabo una eficaz política criminal. Quien actualmente es absuelto por falta de culpabilidad, no abandona generalmente la sede del tribunal como un hombre libre, sino que le aguarda una medida de seguridad y corrección que no lleva consigo el estigma de la pena, pero sí sus

\* Traducción del alemán de Francisco Muñoz Conde.

\*\* Profesor de Derecho Penal, Teoría y Sociología del Derecho, en la Universidad Johan Wolfgang Goethe de Frankfurt (Main).

mismas graves consecuencias —e incluso a veces otras mucho más graves—. Las condiciones objetivas de punibilidad o el castigo de la imprudencia inconsciente son hechos que recuerdan al penalista cuán incompatibles son a veces ley penal y principio de culpabilidad.

Pero cuando la pena no parece una respuesta adecuada a la culpabilidad, hay instituciones como la dispensa de pena, la amonestación con reserva de pena, las amplias facultades para sobreseer tempranamente el proceso penal, que en el moderno derecho penal permiten desconectar la pena de la culpabilidad o que incluso impiden pronunciar un veredicto de culpabilidad. Y cuando el interés de un correcto tratamiento del autor de un delito así lo exige, la medida puede ejecutarse antes que la pena con la cual fue impuesta conjuntamente, e incluso llegar a sustituirla por completo. El moderno sistema penitenciario, basado en la idea del tratamiento, tiende, por su parte, a debilitar las diferencias entre establecimiento penitenciario y hospital. En suma: ante el creciente interés político-criminal en la producción de consecuencias favorables mediante el derecho penal, el principio de culpabilidad va perdiendo cada vez más el poder de fundamentar o de medir la pena sobre la base de la culpabilidad.

## 2. Dogmática de la culpabilidad.

La erosión del principio de culpabilidad se puede naturalmente también estudiar en la dogmática de la culpabilidad. Actualmente apenas hay alguien que todavía sea capaz de creer que el principio de culpabilidad sea el fundamento de la pena. Incluso los partidarios de las teorías absolutas de la pena que ven la esencia de la pena en la retribución del delito y de la culpabilidad, se apresuran a asegurar que el cumplimiento del principio retributivo es el método más eficaz, para influir favorablemente en la vigencia social de las normas.

Actualmente es dominante entre los penalistas la tranquilizadora tesis de que se puede prescindir de la discusión en torno de la libertad de voluntad, sin poner en peligro la vigencia del principio de culpabilidad. Esta tesis ha conducido a que el contenido del juicio de culpabilidad se haya evaporado: si antes se medía de buena fe todavía la culpabilidad del delincuente por su “poder individual para actuar de otro modo”, es decir, por las posibilidades fácticas de este hombre en su situación; ahora, tras el fuego cruzado de la crítica determinista, se ha restringido al criterio del “poder general para actuar de otro modo”. Esto lo ha deteriorado gravemente. Pues el *homunculus*, “hombre medio”, que es quien debe suministrar los criterios del yerro culpable, nada puede decir sobre el poder de este hombre, de cuya culpabilidad se trata, para actuar de otro modo. El tipo de “culpa-

bilidad” a que se puede llegar con la sonda del “poder general para actuar de otro modo”, es una débil construcción, desvinculada de las posibilidades del delincuente para permanecer fiel al derecho, aunque también liberada de la carga de tener que demostrar la libertad de voluntad como fundamento de la culpabilidad.

Si hasta la fecha se había reservado al principio de culpabilidad por lo menos la tarea de marcar los límites dentro de los cuales el delincuente podía ser sacrificado a los intereses preventivos de estabilización normativa, de su intimidación y tratamiento, ahora esta “función limitadora” del principio de culpabilidad se pone también en peligro con las modernas teorías de la culpabilidad que pretenden enjuiciar culpabilidad y exculpación por las posibilidades que se abren de intervención motivada por la prevención especial y general. Si el juicio sobre culpabilidad y exculpación del autor de un delito se hace depender de si puede ser objeto de tratamiento o de si con su ejemplo se puede demostrar la inquebrantabilidad del ordenamiento jurídico-penal, apenas queda algo del efecto saludable del principio de culpabilidad. Este efecto consistía en la obstinada negativa a satisfacer los intereses políticocriminales de intimidación y tratamiento, cuando podían producir un castigo desproporcionado del condenado; por lo menos en teoría, este efecto consistía en la garantía de que incluso el experto más inteligente y la necesidad políticocriminal más urgente encuentran sus límites en el grado de culpabilidad y, por tanto, en un conflicto dado tienen que fracasar si ello es necesario. Con los intereses preventivos el concepto de culpabilidad mete en casa al enemigo del cual tendría que distanciarse enérgicamente.

¿Ha llegado entonces el final del principio de culpabilidad? ¿Se debe buscar otras alternativas?

## II. La irrenunciabilidad al principio de culpabilidad.

A esta cuestión no se puede responder superficialmente. La discusión sobre el principio de culpabilidad ha sido llevada tan indiferenciada y globalmente que apenas puede aparecer en ella toda la realidad de esta imagen surgida de siglos. Apenas en ningún otro ámbito de la discusión sobre las bases del derecho penal se lee tan ligeramente y se sobrestiman tan precipitadamente las opiniones hasta el punto que no sirven para nada. La necesidad y la aptitud de las alternativas al principio de culpabilidad sólo pueden ser valoradas suficientemente cuando las dimensiones de este principio estén separadas totalmente y se haya puesto de relieve su significado para nuestra cultura jurídico-penal. Esto es lo que voy a intentar exponer aquí, considerando, en

cada caso, la cuestión sobre la necesidad y la idoneidad de las alternativas.

### 1. Posibilitar la imputación subjetiva.

El principio de culpabilidad, eso dicen los penalistas, posibilita la "imputación subjetiva", es decir, la vinculación de un acontecer injusto con una persona actuante. Por muy simple que pueda parecer, este mecanismo es, sin embargo, fundamental para nuestra cultura jurídicopenal. Parte de la hipótesis de que el delito —aun cuando se acepten absolutamente la coacción y la corresponsabilidad de la sociedad— sólo es perceptible como hecho de un autor. Nadie pide que las infracciones jurídicas se acepten como desgracias sociales y que todo lo más se deriven de ellas exigencias de cambio social. Esto se dará por añadidura, pero no en lugar de la imputación, sino junto a ella, como imputación del hecho malo a aquel en cuya conducta se ha manifestado. Tampoco la crítica radical al derecho penal ha negado nunca que debe darse un ámbito en el cual discutir sistemáticamente qué es lo que hay que hacer con el hecho antijurídico con vista a quien en todo caso lo ha realizado externamente: si realmente es "su" hecho, sí puede "imputársele subjetivamente".

En esta dimensión del principio de culpabilidad se pone de manifiesto un esquema fundamental de nuestra cultura y de nuestra cultura jurídica: la idea de que las personas producen y pueden dirigir resultados en el mundo externo, y la idea también de que ante una lesión de intereses humanos es lícita y discutible la cuestión de quién es el causante humano de esa lesión.

La alternativa a esta primera dimensión del principio de culpabilidad alejaría al hombre de la percepción del delito; supondría tanto como renunciar a las categorías de dirección causal y de causación.

### 2. Excluir la responsabilidad por el resultado.

La alternativa a una segunda dimensión del principio de culpabilidad sería admitir una responsabilidad por el resultado, por el simple azar. Esta segunda dimensión contiene un criterio de la culpabilidad que completa y perfecciona la simple posibilidad de una imputación subjetiva: la "responsabilidad". Aquí se afirma y se presupone más que en el primer estadio de la imputación subjetiva; aquí se desarrolla la categoría de la responsabilidad; aquí se diferencian modos de causación. Aquí se afirma que culpable de una lesión sólo puede ser quien por lo menos hubiera podido gobernar el acontecer lesivo.

Mientras que para encontrar un ordenamiento jurídico que haya alcanzado todavía el primer estadio del principio de culpabilidad (por

ejemplo, una cultura que sólo puede imputar el homicidio a fuerzas sobrehumanas o no humanas), hay que remontarse a épocas muy lejanas, la renuncia al criterio de la "responsabilidad" está bien documentada en nuestra propia historia del derecho penal. El árbol que al desplomarse mataba a alguien, hacía incurrir en responsabilidad jurídicopenal al leñador germánico, aun cuando éste por especiales circunstancias no fuera en absoluto responsable de esta desgracia. (Lógicamente, también quedaba libre de responsabilidad si, en cambio, no alcanzaba a la víctima a la cual pretendía intencionalmente matar: sólo con la categoría de la responsabilidad es lógico castigar la tentativa, la voluntad mala).

Esta dimensión del principio de culpabilidad tampoco es cuestionada seriamente. Una responsabilidad por el azar es contraria a la imagen del hombre y a los criterios de justicia que entre nosotros hacen perceptibles desde hace siglos las diferencias en las relaciones del hombre con su mundo circundante y que no sólo registran estas diferencias, sino que también las valoran. Incluso los partidarios del determinismo tienen en verdad que admitir el criterio de la "responsabilidad", porque su argumentación en ningún caso permite descubrir que pretendan volver a un atavismo como la simple responsabilidad por el resultado. Pero para evitar este atavismo, no tienen más remedio que decir dónde están, para una imagen determinista del mundo, los límites entre caso fortuito e imprudencia; pues éstos son los límites de la responsabilidad por el resultado. Pero sin un criterio como el de "responsabilidad" no pueden trazarse estos límites.

### 3. Diferenciar grados de participación interna.

También en la tercera dimensión del principio de culpabilidad se produce el perfeccionamiento y culminación de las conquistas conseguidas con la dimensión anterior. Aquí se reelabora el criterio de la responsabilidad. Con su ayuda pueden diferenciarse y valorarse grados de responsabilidad. Denomino estas diferencias "grados de participación interna en el suceso externo". Esto significa para los penalistas una escala que va desde la imprudencia inconsciente hasta la comisión intencional de un delito, pasando por la imprudencia consciente, la negligencia y el dolo.

Aunque no sistemáticamente, pero sí históricamente, el tercer estadio del principio de culpabilidad se deriva consecuentemente del segundo. Un ordenamiento jurídicopenal podría renunciar a distinguir y valorar grados de participación interna, limitándose a imputar en el estadio de la responsabilidad el acontecer externo en los casos en que exista "responsabilidad", o a no imputarlo si se trata de caso fortuito.

Pero no creo que actualmente ello sea posible. Si lo hiciera, quedaría toscamente por debajo de las diferenciaciones que ya son habituales en los mecanismos cotidianos de inculpación y exculpación. No obstante, es difícil fundamentar esta afirmación. Voy a limitarme a dar unos ejemplos.

En la superficie, es evidente que los criterios habituales de justicia distinguen y valoran grados de participación interna en el acto lesivo. La lesión producida por falta de diligencia es —tanto fenomenológica como normativamente— otra cosa que la producida por simple abandono o que la producida intencionalmente. Sin tales diferenciaciones y sin las consecuencias que de ellas se extraen tendríamos, eso creo, otra clase de relaciones humanas distintas de las habituales. Sensibilidad, diferenciación, prudencia y respeto frente a los demás, solución racional de los conflictos, etc., son ejemplos de casos en que también participa productivamente la citada distinción.

Yendo más al fondo, aparecen dos razones que hacen posible la diferenciación y valoración de grados de participación interna. Una apunta a la víctima; la otra al autor del delito.

Superficialmente mirado, el daño infligido a la víctima con el delito es siempre el mismo, independientemente de que haya sido producido negligente o intencionalmente. Pero la víctima —y lo mismo sucede a otras personas que viven y experimentan el daño desde la perspectiva de la víctima— no lo siente del mismo modo. Quien actúa dolosamente produce —también desde su perspectiva— un daño mayor que quien actúa imprudentemente, aunque esta mayor gravedad del daño no lo sea, por supuesto, en un sentido médico-empírico, sino en uno socialpersonal. Más allá del daño externo, se hace patente un signo frente a la víctima y frente a todos aquellos que lo contemplan en la perspectiva de la víctima y de la víctima potencial. También este signo daña y a veces más que el mismo objeto utilizado para provocar el daño. Aunque en algunos delitos patrimoniales, como, por ejemplo, en la estafa, sólo raras veces aparece con toda claridad; en los delitos violentos, como las lesiones corporales y sobre todo en la violación, se pone de relieve claramente que quien actúa dolosamente deshonra a su víctima más allá del daño externo, lesionando el núcleo de su personalidad. Quien actúa dolosamente conoce esta perspectiva de la víctima, y la víctima sabe que él lo conoce, y precisamente en esto radica el signo del daño: sobre todo en los delitos que necesariamente se consuman en presencia del autor y de la víctima, el autor doloso realiza un acto de vejación social y personal de la víctima, del cual quien actúa imprudentemente está muy lejos.

La segunda razón, que apunta al autor del delito, tiene en cuenta que nuestro ordenamiento jurídico-penal —cada vez en mayor medida— también conoce delitos “sin víctimas” o en los cuales la víctima es “anónima”, como el perjurio, los delitos contra la seguridad interior del Estado o la contaminación de las aguas. Aquí se puede comprender —como también en los delitos con víctimas— que quien actúa dolosamente amenaza en mayor modo la vigencia de la norma y, al mismo tiempo, el orden jurídico, que quien actúa imprudentemente. Por eso, si quiere volver a la comunidad jurídica, tiene que prometer más que quien sólo actuó imprudentemente, del cual se espera sea en el futuro más cauto y precavido ante el peligro; quien actúa dolosamente tiene, en cambio, que dar cuenta de su “conversión normativa”, de su cambio de actitud frente a las normas. Creo que la exacerbada reacción social y jurídico-penal a los actos violentos terroristas se puede explicar con la mayor participación interna que tiene lugar aquí: el terrorista afirma crédulamente que sólo marginalmente le interesa el atraco y el secuestro, que su auténtica meta es la destrucción del orden estatal y jurídico.

#### 4. *La proporcionalidad de las consecuencias jurídicas.*

La cuarta dimensión del principio de culpabilidad —y la última a la que no le veo ninguna alternativa— penetra ya desde el estadio de la imputación subjetiva en el de la medición de la pena. Igualmente forma parte del principio de culpabilidad y arrastra las consecuencias de la diferenciación entre diversos grados de participación interna. En ella se discuten los criterios sobre la sanción equitativa y justa del delincuente.

Posibilitar la imputación subjetiva, fundamentar la responsabilidad, diferenciar grados de participación interna, no son tareas que el derecho penal cumple por un interés puramente académico. Su misión es la de fundamentar y medir una consecuencia jurídico-penal que pueda ser calificada como justa. Conforme al mandato constitucional de igualdad, esta consecuencia jurídico-penal sólo será justa cuando trate desigualmente lo que es desigual. Quien decida diferenciar diferentes grados de participación interna, tiene que adecuar proporcionalmente las consecuencias jurídico-penales a estas diferenciaciones. El principio de culpabilidad posibilita con esta diferenciación una concretización del principio de proporcionalidad, de la prohibición de excesos y de límites de sacrificio. Aunque, lógicamente, ello sólo sea una concretización vaga e incompleta. La intensidad de la participación interna es un criterio plausible y decisivo para la medición de consecuencias jurídico-penales proporcionadas. En él consigue, en todo caso, validez, el que también sean criterios de justicia las condiciones cognitivas y

emocionales de la actuación del delincuente y la forma en que deben ser valoradas —o, en la medida en que se exterioricen como causas de exculpación, bajo qué circunstancias el ordenamiento jurídicopenal renuncia a una imputación subjetiva del acontecer externo—. Pero hay que tener en cuenta que también hay otros criterios de proporcionalidad de las consecuencias jurídicopenales procedentes del sector del injusto y de la medición de la pena, que se añaden complementariamente. Así, por ejemplo, la intensidad en la lesión del bien jurídico (destrucción versus daño, salud versus patrimonio), la comisión habitual del delito o formando parte de una banda, graduaciones en la conducta antes y después de la comisión del delito.

### III. *El reproche de culpabilidad.*

Todavía queda por discutir una última dimensión del principio de culpabilidad —aunque, eso sí, se trata de una dimensión que es considerada por muchos como el núcleo del principio de culpabilidad—: el reproche de culpabilidad. “Culpabilidad es reprochabilidad”, se dice, o, si se quiere de un modo menos alambicado, la formación de la voluntad que conduce a la decisión de cometer el delito debe ser reprochable. Las vías de fundamentación de esta afirmación y las construcciones teóricas que de ellas se hacen son tan ricas en variantes que es imposible desarrollarlas aquí exhaustivamente. Me limitaré, pues, a reproducir las ideas, anteriormente expuestas (I, 2), que un reproche de culpabilidad presupone necesariamente:

#### 1. *Libertad de voluntad y proceso penal.*

Aunque por razones distintas de las que comúnmente se aducen, se puede considerar como un acierto el que la dogmática de la culpabilidad se haya desvinculado de la polémica sobre la libertad de voluntad. No creo que el derecho penal y la vida cotidiana pudieran subsistir sin la idea de libertad de voluntad, ni que las relaciones humanas en general o las conformadas jurídicamente, puedan existir o entenderse bajo la hipótesis determinista de la dirección causal. Más bien creo que también en el ámbito del derecho, siempre pensamos anticipadamente en la libertad de los demás, y que esa libertad es condición (si bien trascendental) de la posibilidad no sólo de una comunicación humana, sino de cualquier comunicación intrapersonal.

Esta idea no es, sin embargo, apta para servir de base a un reproche de culpabilidad frente al delincuente. Las circunstancias en que puede apoyarse una condena tienen que ser reunidas en un todo dentro del proceso penal, que en la recopilación del material básico de la

condena está obligado al método de la observación. Y precisamente a este tipo de observación se sustrae la libertad de voluntad, antes incluso de que la observación comience. Lo que se puede aprehender con el instrumental del proceso penal no es la libertad del acusado para actuar de otro modo, sino las limitaciones materiales de la libertad, los indicadores de los déficit de libertad. En el proceso penal no se puede averiguar las alternativas que le quedan al acusado tras esas limitaciones. La polémica sobre la libertad de voluntad es, por tanto, totalmente irrelevante para el principio de culpabilidad, porque incluso una posición indeterminista es incapaz de ayudarle a suministrar un fundamento al reproche de culpabilidad.

#### 2. *Derecho penal y vida cotidiana.*

Se dice ahora que el derecho penal, para cumplir su misión de elaborar formalmente los más graves conflictos que surgen diariamente, no deberían distanciarse demasiado de la vida cotidiana. Pero en esa vida cotidiana se utilizan normalmente conceptos como reproche o disculpa. Esto quiere decir que el derecho penal debería también mantener el reproche frente al delincuente, aunque, honradamente, este reproche sólo puede ser un reproche vago, que sólo puede apoyarse en la diferencia entre este delincuente y el “hombre medio”.

Sin embargo, son muchas las razones por las cuales se debe rechazar esta sugerencia, que considero falsa y peligrosa.

A mi juicio, “la” vida cotidiana es mucho más sensible y sincera que lo que los teóricos pretenden hacer creer. Prescindiendo ahora de que realmente “la” vida cotidiana no existe, sino más bien diferentes normas grupales de referencia y estilos de conducta con relevantes diferencias en el reproche y en la disculpa; la cultura cotidiana puede enseñar a la cultura del derecho penal que hay que ser muy cautos con los reproches, que hay que procurar evitarlos, que hay que estar dispuestos a retirarlos o a olvidarlos (en lugar de inscribirlos “con fuerza ejecutoria” en el Registro de Penados); en pocas palabras: que no se puede formular responsablemente un reproche contra una persona que se conoce de modo tan selectivo y rudimentario como la conoce el juez penal. Si el derecho penal tuviera, pues, que vincularse a la cultura cotidiana, debería hacerlo a una forma desarrollada de ella, y no a una de la Edad de Piedra.

Por lo demás, el derecho penal se ha mantenido siempre distanciado críticamente de la cultura cotidiana. Y con razón. Piénsese sólo en fenómenos como las campañas en favor de la pena de muerte, la condena de la idea de resocialización en el sistema penitenciario calificando a las cárceles de “hoteles para asesinos”, la consideración del

fraude fiscal como un "delito de caballeros" o de la criminalidad masiva juvenil de los hurtos en grandes almacenes.

Las reformas en el "ámbito político derecho penal" no pueden ignorar o eludir simplemente una cultura cotidiana —si es que la hay—. Pero tampoco tienen por qué reflejarla al pie de la letra. Lo que sí deben hacer es traducir, en la medida en que sea factible, las formas humanas de la cultura cotidiana en las formas institucionales de elaboración formalizada de los conflictos.

También se dice en la vida cotidiana que en el delito no sólo interviene el delincuente, sino además una pluralidad de circunstancias humanas y sociales que van desde la conducta de la víctima hasta el índice de desempleo laboral existente, pasando por la crisis familiar ("broken home"). El reproche de culpabilidad desvía la atención de estas circunstancias y de su elaboración a la hora de tomar una actitud respecto del delito y del delincuente, asignando los factores criminógenos a la persona individual y poniéndola a luz de un reflector que aumenta la oscuridad que le rodea. La "teoría del chivo expiatorio" tiene razón cuando sostiene que en el reproche de culpabilidad la sociedad afectada por el mal lo proyecta sobre la persona individual que lo ha hecho aparecer, expulsándola después. La idea de reinserción social del delincuente desde hace años viene precisamente chocando con este equilibrado mecanismo. Si se eliminara del principio de culpabilidad el reproche, no se eliminaría este mecanismo psicosociológico, pero, por lo menos, se dejaría de seguir impulsándolo.

### 3. *Reproche de culpabilidad y ley penal.*

Si se pregunta, para terminar, por las perspectivas futuras del principio de culpabilidad, es muy probable que tanto la política criminal como la dogmática culpabilista sigan participando en la erosión de este principio, sin renunciar a él expresamente. Las razones de esta erosión han sido aquí citadas y en gran parte combatidas. Todavía hay que explicar por qué es probable que el reproche de culpabilidad va a seguir manteniéndose. La razón reside en las consecuencias políticocriminales: si se extrajera del principio de culpabilidad la idea del reproche, se dejaría sin base el sistema dual o binario que inspira nuestro derecho penal. Al suprimir el sistema binario, habría que suprimir la pena y sólo quedarían las medidas, ya que la pena se caracteriza porque presupone un reproche de culpabilidad contra el condenado.

Este cambio de la ley penal tendría, sin embargo, mucho mayor repercusión en la teoría que en la praxis. Como ya se ha señalado anteriormente (I, 1), la praxis ha comenzado a hacer estas reformas

hace ya tiempo con el tratamiento en el sistema penitenciario, con el principio vicarial y también con la observancia del principio de proporcionalidad en las medidas. También la eliminación de penas deshonrosas, como la pena de reclusión, supuso ya en otros tiempos un avance importante en la dirección hacia un derecho penal que pretende evitar lo más posible gravar al condenado con un reproche. Cuando se abolió la pena de reclusión, se temió que con ello se abriera una "brecha" a la criminalidad más temible. Las paredes, sin embargo, han aguantado. Lo que sí parece seguro es que el legislador de entonces estaba más dispuesto a realizar reformas penales en este sentido que lo está el actual.

En la teoría del derecho penal se teme que la eliminación del reproche de culpabilidad suponga la supresión de la función limitadora del principio de culpabilidad. Pero este temor se debe a un malentendido. El reproche de culpabilidad no limita nada; al contrario, extiende en gran medida la carga que para el delincuente supone la consecuencia jurídicopenal. Los límites de la pena pública se deducen más bien de los criterios de proporcionalidad que el principio de culpabilidad apunta y que aquí han sido expuestos (II, 4). Lo que hay que hacer es asegurar y perfeccionar estos criterios. Esto supone, sin embargo, un trabajo teórico y empírico de gran amplitud: investigar la gravedad del hecho y la intensidad de la sanción, la sensibilidad y la receptividad a la pena del condenado. El reproche de culpabilidad no puede aportar nada a este trabajo.

Una mirada al Código Penal vigente ofrece respecto del reproche de culpabilidad una información consoladora. Con sabia reserva el legislador penal ha renunciado a exigir lo imposible al juez penal: la demostración de la libertad de acción, sino que más bien ha descrito —negativamente— situaciones y características que pueden fundamentar una exculpación: graves anomalías, error, inexigibilidad de un comportamiento conforme a derecho.

Sería una incorrección lógica deducir de la ausencia de causas de exculpación la libertad de acción. En este caso una doble negación no lleva a la afirmación. En las causas de exculpación el legislador penal ha tipificado una serie de situaciones, en las cuales no quiere admitir la imputación subjetiva de un hecho ilícito. Para ello ha marcado unos límites de inculpación, que corresponden a los criterios de responsabilidad justa por un hecho ilícito en un orden jurídicopenal cuidadoso y prudente. El carácter histórico de estos criterios, enriquecidos en su significado por la legislación penal cambiante y por las discusiones que tienen lugar en la teoría y en la praxis, muestra que ellos no son indicios —negativos— de la libertad de acción y del repro-

che de culpabilidad, sino que suponen límites de criminalización en un derecho penal humano. Si el juez penal se atiene a este programa, está asegurado que nadie va a ser gravado con una consecuencia jurídicopenal por haber cometido un hecho del que no es "responsable".

Una última cosa todavía. El que se suprima el reproche de culpabilidad no quiere decir que haya que preocuparse porque se prive al derecho penal de su legitimación ética. La justificación del derecho penal es siempre una justificación éticosocial que no se encuentra en el ámbito individual —en la "culpabilidad" del individuo—. Esta justificación se encuentra en la fuerza del derecho penal para elaborar los conflictos más graves que plantea la desviación, de tal modo que con ello queden, en la medida de lo posible, protegidos los derechos de todos los participantes —también los de la sociedad afectada—.

#### IV. Resumen.

El principio de culpabilidad está siendo hoy amenazado, tanto en la teoría como en la praxis, por los intereses de una política criminal eficaz. Es válido explicar y defender las misiones irrenunciables que se le han asignado: posibilidad de imputación subjetiva, exclusión de la responsabilidad por azar, diferenciar y valorar la participación interna en el suceso externo y garantizar la proporcionalidad de las consecuencias jurídicopenales. No lo es, en cambio, mantener el reproche de culpabilidad que hoy se formula contra el autor de un delito en nombre del principio de culpabilidad, porque desde el punto de vista teórico es insostenible y desde el punto de vista práctico perjudicial. Un ordenamiento jurídicopenal que procure evitar en lo posible molestias a las personas y fundamentar honestamente sus intervenciones, debe renunciar a ese reproche.

## LOS TABÜES SEXUALES EN EL CÓDIGO PENAL ARGENTINO

por EDMUNDO S. HENDLER

"La tradición es tan neurótica como cualquier paciente: su temor extremado ante la desviación de sus modalidades fortuitas responde a todas las definiciones corrientes de lo psicopático" (Ruth Benedict, *El hombre y la cultura*, Bs. As., 1971, p. 233).

1. — El pensamiento de la antropología social más reciente ha puesto al descubierto la significación trascendental de las normas restrictivas del trato sexual en cuanto a la estructura básica de la sociedad. Dejadas de lado las ingenuas ideas evolucionistas que utilizaban a la etnología como comprobación del progreso de la civilización occidental a partir de un hombre primitivo de mentalidad "prelógica", hay en el pensamiento actual un punto de partida de la investigación en el que coinciden corrientes divergentes: la prohibición del incesto es la norma universal que puede hallarse en todo conjunto humano, y su existencia, junto a la del lenguaje, la presentan como el atributo más característico de toda sociedad.

Lévi-Strauss, el afamado padre del "estructuralismo", en su ya clásico estudio sobre *Las estructuras elementales del parentesco*<sup>1</sup>, llegó a sintetizar la idea de que la prohibición del incesto marca el tránsito de la naturaleza a la cultura, idea, ésta, ya expuesta antes también por Malinowsky<sup>2</sup>.

Hace falta, sin embargo, recalcar una aclaración. El incesto no es hoy entendido, por la antropología social, como la restricción de la relación con ciertos parientes próximos según las leyes biológicas.

<sup>1</sup> Claude Lévi-Strauss, *Las estructuras elementales del parentesco*, Paidós, Bs. As., 1969, ps. 568, 571, 572 y 574. Ideas coincidentes, refiriendo la comparación al lenguaje y la sociedad en *Lenguaje y sociedad*, incluido en el volumen *Antropología estructural*, Eudeba, Bs. As., 1968, ps. 55, 56 y 57.

<sup>2</sup> Bronislav Malinowsky, *Sexo y represión en la sociedad primitiva*, ed. Nueva Visión, Bs. As., ps. 183, 196 y 197.