

DEL PELIGROSISMO AL CULPABILISMO

Julio González Zapata

Doctor en Derecho de la U. de A.
Profesor de Derecho Penal en la
Facultad de Derecho de la U. de A.
Medellín, Colombia, Facultad de
Derecho de la U. de A.

Fernando Meza Morales

Doctor en Derecho de la U. de A.
Profesor de Derecho Penal en la Facultad de Derecho de la
Universidad de Antioquia.
Medellín, Colombia, Facultad de Derecho de la U. de A.

Se ha pregonado insistentemente, a la par con la reciente vigencia del nuevo código penal, en el cambio filosófico que él representa. En la relación explicativa suscrita por el señor presidente de la comisión asesora se menciona una *orientación filosófica* distinta a la que traducía el código penal anterior.

Esa afirmación, cualquiera sea su fuente, es gratuita porque no está respaldada con la demostración de que el reciente estatuto penal desarrolla una concepción ideológica diferente a la del anterior. Las filosofías iuspenales pueden alinderarse en dos grandes esquemas: *el autoritario y el no autoritario*. En cada campo, obviamente, son posibles y se dan matices: existen autoritarismos rampantes y otros que se esconden públicamente tras fachadas paternalistas. Por derecho penal no autoritario puede entenderse, en términos muy amplios, un sistema que se inspire más o menos en la filosofía política liberal, es decir, que anteponga a las razones de Estado los intereses del individuo, o por lo menos, que otorgue a éste unas garantías mínimas: legalidad del delito, de la sanción y del proceso, publicidad y contradicción de la prueba, imparcialidad del juez, etc. Este esquema normativo mínimo aparece en la actual legislación penal de igual manera a como se encontraba en la anterior, pero que se aplique o no, que se respete o no la integridad de las personas lo dice mejor la práctica que los textos legales. Las detenciones arbitrarias, las ejecuciones sumarias y secretas, las torturas y en general lo que ha dado en llamar violación de los derechos humanos, dependen mucho más de la concepción que se profese del Estado y sobre todo de la forma como debe manejarse la represión, que de lo que aparezca escrito en la Constitución y en la Ley.

La afirmación sobre el cambio de filosofía se ha hecho consistir en otra cosa: el paso del peligrosismo al culpabilismo. "*El cambio fundamental* que se introduce en el Proyecto es el tránsito definitivo del viejo y obsoleto peligrosismo positivista abandonado ya en todo el mundo, hacia un derecho penal de culpabilidad"¹ (subraya fuera de texto). Afirmación tan categórica no obsta para que más adelante se exprese: "El positivismo penal nunca tuvo vigencia en la legislación, como no la tiene hoy".² Juicios tan disímiles en un mismo texto le impiden a uno saber si la comisión consideró el anterior código penal como expresión de la doctrina peligrosista o no, aunque nos inclinamos por la afirmativa con respaldo en la

(1) Relación Explicativa de la Comisión Asesora, EL NUEVO CODIGO PENAL, Ed. Suárez Melo, Bogotá, 1980, pág. 17.

(2) *Ibidem*, pág. 27.

misma relación y en las actas de la comisión donde se alude con frecuencia a esa inspiración. Por lo demás, desde hace muchos años jurisprudencia y doctrina vienen trabajando sobre la hipótesis in-demonstrada de que el código penal de 1936 constituye expresión más o menos aproximada de los lineamientos de la escuela positivista penal italiana. De una manera muy sucinta examinemos ese supuesto y comprobemos su valor teórico. El peligrosismo fundamenta la represión penal en la personalidad y esa es su principal medida. El delito como hecho humano es ocasión o condición para la intervención del Estado, pero esa intervención tendrá su derrotero en la personalidad del autor y no en su hecho. Epígonos radicales de la escuela, desarrollando con coherencia el principio, proclamaron la represión estatal inclusive contra personalidades peligrosas que no hubieran delinquido. Algo de esto recogía el famoso decreto 0014 de 1955 normativo de los llamados "estados de especial peligrosidad". Un examen del anterior código nos permite establecer lo siguiente en materia de sanciones: cada delito tiene una pena fija y determinada que oscila entre un máximo y un mínimo; la cantidad de cada pena corresponde generalmente a la gravedad de cada delito; la aplicación de la pena concreta al condenado se determina dentro de "los límites señalados por la ley" según expresa el artículo 36. Para tasar la pena dentro de esos límites fijados *a priori* por la ley, las ideas caras a los peligrosistas apenas cumplen una función matizadora.

La medida de la sanción que se individualiza *según la personalidad* tiene que ser indeterminada; en cambio la medida de la pena *según el hecho* es una retribución determinada. Este sistema y no el primero campea en todo el código penal de 1936; la pena se establece *a priori* de manera proporcional y determinada, en tanto que los criterios peligrosistas apenas funcionan de manera completamente subordinada en la función de graduar de manera individual la pena. Ni siquiera las medidas de seguridad previstas para los "anormales" son completamente indeterminadas, pues conforme al artículo 64 la duración del manicomio criminal y de la colonia agrícola no pueden ser inferiores a dos y un año, respectivamente, con lo cual se reafirma la orientación general retributiva de ese estatuto punitivo. Afirmar que salimos de "la negra noche del peligrosismo" no puede ser sino una frase publicitaria, como lo es la correlativa de que el nuevo código penal ha instaurado un derecho penal de culpabilidad. Es cierto que algunos criterios subjetivos contenidos en los artículos 64 y 66 del actual código penal sirven para graduar la pena, pero la medida de ésta continúa sien-

do la gravedad que del hecho hace *a priori* la ley y no la culpabilidad. Si se comparan los artículos 61 a 67 del código penal con los artículos 36 a 40 del código anterior, no se alcanza a entender que cambio radical, o siquiera importante, se ha producido. Además, uno empieza a sospechar que el culpabilismo, al acentuar cada vez más la subjetivización del delito como *ratio* de la pena, termina en el mismo punto del peligrosismo, o en la anarquía. El juez se tiene que convertir en hurgador arbitrario e ilegítimo del alma humana, o reconocer su incapacidad para penetrar en esa hondura y renunciar a la función de juzgar. De esa manera culpabilismo y peligrosismo, por vías diferentes, llegan a radicalizar el elemento subjetivo del delito atrofiando su estructura objetiva. La moral es eminentemente subjetiva, el derecho es fundamentalmente objetivo, se ha repetido insistentemente, y cuando el Estado invade la intimidad de las conciencias sabemos que ha llegado la hora de la tiranía.

Si en Colombia existen instituciones y prácticas peligrosistas, ellas fueron introducidas mediante los decretos de emergencia y los estatutos sobre vagos y maleantes, y no a través del código penal. Si se llama peligrosista al código de 1936 porque introdujo el sistema de las medidas de seguridad, igual rótulo cabría al actual que mantiene y amplía la órbita de las referidas medidas. La oposición culpabilidad-peligrosidad no define los extremos de una controversia que simplemente tiene ribetes jurídicos sino, y principalmente, una manera de denominar dos posturas políticas frente al derecho penal. Oponer un pretendido peligrosismo del código penal de 1936 a un pretendido culpabilismo del actual, igual a como pueden oponerse liberalismo y no-liberalismo, es hacer el juego a un maniqueísmo demasiado burdo. El autoritarismo asume las formas de prohibición, negación, masacre y muerte; pero el paternalismo, con sus cruzadas para sanar a los enfermos mentales y normalizar a los individuos desviados, es también sueño de una sociedad totalitaria donde la razón pasaría una noche demasiado tediosa, tal vez no vigilada por las bayonetas sino por los bisturíes y las drogas.

Se pretende demostrar el radical cambio alegado, en el principio de proscripción de la responsabilidad objetiva del artículo 5º del C. P. Pero admitir o rechazar la responsabilidad objetiva en el sistema del anterior código dependió más de la actitud de los intérpretes y aplicadores que de los textos. Para unos existió y para otros no, y el hecho de que exista una disposición que expresamente la prohíba no significa que vaya a desaparecer en la práctica (nunca se ha carecido de habilidad para encubrir con otros

nombres lo que efectivamente se hace). Inclusive desde ahora algunos comentarios al actual código han señalado una puerta para la impunidad en las reglas que se refieren a la imputabilidad. Si pensamos que un frenocomio como algunos de los nuestros, donde se suman las desgracias del condenado a las del enfermo, es igual al estado de libertad, eso revela mucho más el concepto que de libertad se tiene que lo que pudo haber regulado al respecto el código penal; pero si quien sostiene tal cosa es un juez o magistrado, ya vale la pena ponerse en guardia contra cualquier optimismo.

Una cosa parece clara. Si por un lado se predica la abolición de la responsabilidad objetiva para dar paso a una responsabilidad basada solamente en lo que la persona ha hecho culpable y efectivamente, mientras de otro lado se clasifican los trastornos mentales transitorios en los que dejan secuelas y en los que no las dejan, y a quienes realizan el hecho en la primera hipótesis se aplican medidas de seguridad y se prescinde de ellas para los que actúan dentro de la segunda hipótesis, cabe preguntar: ¿al primero no se le está *castigando por lo que es* (abstracción hecha de su relación con el acto), aunque su situación es igual al segundo respecto de quien se prescinde de la medida?

Finalmente, cuando el nuevo código penal "culpabilista" establece como criterio para graduar la pena en su artículo 61 las circunstancias de atenuación y agravación (casi idénticas a las que el anterior llamaba circunstancias de menor y de mayor peligrosidad) y la personalidad del agente, está utilizando instrumentos conceptuales y normativos que identifican a la escuela positiva penal. Uno termina entonces por reconocer que no entiende qué es peligrosismo y qué es culpabilismo.