

Culpabilidad por la vulnerabilidad

por EUGENIO RAÚL ZAFFARONI
2007
www.iuspenalismo.com.ar
Id SAIJ: DACF070010

Discurso de Raúl Zaffaroni en la aceptación del Doctorado Honoris Causa otorgado por la Universidad de Macerata (Italia), 2002, publicado en www.iuspenalismo.com.ar 1. Las reglas tradicionales indican que debo comenzar por el agradecimiento a este extraordinario honor que se me dispensa, pero prefiero alterar el orden usual en estos casos. No quisiera que la emoción interfiriese en el discurso y, por ende, con las debidas excusas y con vuestra licencia, prefiero reservar las palabras de agradecimiento para el final y comenzar directamente con el tema de esta intervención.

2. Podría haber escogido un tema menos ambicioso, pero he preferido referirme a la culpabilidad porque considero que es el capítulo más delicado y significativo del derecho penal, el más específicamente penal de toda la teoría del delito y el que, en razón de eso, nos proporciona la clave de la crisis por la que atraviesa nuestro saber desde hace algunos lustros y que parece acentuarse.

3. Conforme a una exposición convencional de las cuestiones vinculadas a la culpabilidad en la doctrina penal, ésta se desarrolló en el curso del siglo XX partiendo de la noción psicológica del positivismo normativizado para pasar sucesivamente a la normativa del neokantismo, a la normativa con contenido depurado del finalismo welzeliano y, finalmente, a la normativa absoluta del funcionalismo alemán. En alguna medida pueden señalarse criterios en gran parte semejantes en el pensamiento penal italiano y en otras doctrinas europeas (1).

4. No obstante, este recorrido en términos convencionales creo que oculta el verdadero problema que se plantea con la culpabilidad y que, para su adecuada comprensión, requiere ampliar el marco referencial hasta abarcar la vieja peligrosidad positivista. Por desgracia, creemos que en la exposición tradicional se oculta una enorme disparidad de conceptos bajo una denominación común y, para ello, es necesario bautizar un hueco a llenar o una pregunta a responder por cualquier teoría del derecho penal, que el lenguaje nos ha ocultado, homogeneizando lo heterogéneo e incompatible.

5. Toda teoría del derecho penal y, por supuesto, como parte de ella, toda teoría del delito, es tributaria de una teoría de la pena (2), sea que ésta conserve su nombre o lo cambie por otro que matice su penosidad (sanción, medida de internación, etc.) (3). Justamente la referencia a una teoría de la pena es lo que dota de unidad conceptual y sistemática a una teoría del derecho penal.

6. Cualquier teoría del derecho penal, por su parte, debe establecer de alguna manera la vinculación del delito con su consecuencia (la pena). Con este puente delito-pena la teoría indica la cuantía de la consecuencia (pena) y es la base de lo que se llama sentencing, strafzumessung y más latinamente individualización judicial de la pena. Este elemento vinculante que, como dije, es una necesidad que proveer, un hueco a llenar o un interrogante a responder, que unos colmaron con la peligrosidad y otros con heterogéneos e incompatibles conceptos de culpabilidad, permítaseme bautizarlo como conexión punitiva.

7. Ninguna teoría del derecho penal puede prescindir de una conexión punitiva, o sea, ninguna puede pretender que el contenido antijurídico de un ilícito indique la cantidad de la pena. Semejante pretensión importaría un talión que presupondría la inhumanidad, o sea, la igualdad e inmutabilidad de todos los seres humanos. Por ello,

todas se valen de una conexión punitiva en alguna de las versiones que señalamos.

8. Al construir la teoría del ilícito penal se emplean conceptos que el derecho penal recompone, pero que en buena parte provienen de otros campos jurídicos, en especial del derecho privado, al punto que la primaria distinción entre antijuridicidad y culpabilidad fue tomada de la dogmática iusprivatista de JHERING (4). La antijuridicidad como concepto general provee ciertas coordenadas comunes que no se alteran pese a las enconadas discusiones en el campo de la teoría del ilícito.

9. Pero cuando el derecho penal debe construir la conexión punitiva, está más íntimamente vinculado al concepto de pena del que parte. La conexión punitiva es una construcción exclusivamente penal, donde carece del auxilio de cualquier otra rama jurídica. En la teoría del ilícito lo acompaña Virgilio, pero cuando éste desaparece, queda huérfano para construir la conexión punitiva, Beatrice no llega, y a veces parece que invierte el camino de la Commedia y entra en el infierno.

10. La conexión punitiva puede construirse en la propia teoría del delito o bien, puede reducirse la teoría del delito al puro ilícito y construirla en la teoría de la pena (5). A comienzos del siglo pasado se optaba por esta segunda variante: la peligrosidad positivista era la conexión punitiva construida en la teoría de la pena. Von LISZT redujo el delito a mero ilícito y su conexión punitiva era la peligrosidad en la teoría de la pena (6). Al llamar culpabilidad al aspecto subjetivo del ilícito produjo una confusión semántica.

11. La llamada teoría psicológica de la culpabilidad no era en realidad ningún concepto de culpabilidad. Ésta, tanto en italiano como en alemán, evoca una deuda, algo que debe pagarse (7), o sea, algo valorativo, y LISZT pretendía manejarse con un concepto descriptivo (hay o no hay causación psíquica). Una cuña de extraña madera (señalada por su discípulo LILIENTHAL (8), cuya posición fue seguida en Italia por ANTOLISEI (9) era su concepto de imputabilidad, basado en la normal motivación (10), lo que le fue tempranamente criticado (11).

12. La verdadera culpabilidad se reintroduce en el derecho penal con FRANK (12) y las teorías normativas (13), que implican un cambio radical en la construcción de la conexión punitiva, que comienza a construirse desde la teoría del delito. Se sale del positivismo y se retoma la vía clásica, construyendo la culpabilidad sobre el modelo formal de la ética tradicional (ARISTÓTELES, TOMÁS, KANT, HEGEL).

13. Pero la conexión punitiva sobre la base del poder hacer otra cosa, del Können, entendida como el reproche fundado en la exigibilidad de otra conducta (FREUDENTHAL) (14) y limitado estrictamente a la conducta típica y antijurídica (culpabilidad de acto pura), lleva a soluciones opuestas a las de la vieja peligrosidad positivista. Entre otras cosas los reincidentes y los habituales son menos culpables (reprochables) que los primarios.

14. Por ello, a poco andar se procuró construir una conexión punitiva desde la teoría del delito, valiéndose de los esquemas formales de la ética tradicional (15), pero que fuese el equivalente funcional de la vieja peligrosidad (16). Para ello, esta conexión punitiva debía reprochar algo más que el ilícito, pasando a desvalorar normativamente toda la existencia del sujeto, su conducción de vida (Lebensführungsschuld) o directamente la personalidad del agente (MEZGER, SAUER) (17), no siendo significativas las variables menores de estas tesis (18).

15. De este modo se instala la culpabilidad de autor o de carácter (19), fundada en la autoridad de la ética tradicional, pero traicionándola en su esencia, pues para la ética no rige la prohibición de analogía, la que tampoco regía en el derecho alemán de los años treinta. La culpabilidad de autor viola el principio de legalidad, al reprochar actos atípicos anteriores y extraños al ilícito. Pretende que un funcionario estatal juzgue y reproche la existencia misma de un ciudadano y no sólo su ilícito. Con ello logra construir una conexión punitiva desde el delito en forma de peligrosidad espiritualizada: reemplaza al estado peligroso por el estado de pecado penal

(20).

16. La culpabilidad de autor fue más útil al poder punitivo que incluso la vieja peligrosidad positivista, pues ésta pretendía al menos ser un dato verificable, en tanto que la culpabilidad de autor, por ser eminentemente normativa, se valía de presunciones de mayor culpabilidad, se fundaba sólo en las valoraciones del juzgador o del grupo dominante, sin pretender ninguna verificación. El estado peligroso pretendía ser un dato verificable; el estado de pecado penal era mero producto de valoración subjetiva.

17. No faltó la tentativa de edificar una conexión punitiva doble, o sea, de ubicar una culpabilidad de acto en el delito y una culpabilidad de autor en la pena, como culpabilidad de cuantificación penal (Strafzumessungsschuld) (BOCKELMANN) (21). En rigor, la verdadera conexión punitiva se ubicaba en la pena, pues la culpabilidad de acto no pasaba de ser un presupuesto.

18. Con la etización del derecho penal (WELZEL) (22) se hace fincar el reproche en la omisión de interferir la pulsión primaria, pero esto hubiese conducido a una solución parecida a la de la culpabilidad de acto pura: menos reprochable volvía a ser quien mayor esfuerzo requería para controlar la pulsión (nuevamente reincidentes y habituales serían menos culpables, aunque el planteo no se llevó a ese extremo).

19. Con la versión moderada del funcionalismo la culpabilidad de acto cobra el carácter de límite máximo como ficción necesaria dentro de cuyo espacio opera la prevención especial positiva (ROXIN) (23). La culpabilidad de acto del delito se proyecta hacia la pena como límite y dentro de la teoría de la pena opera la prevención especial conforme al espacio de juego que la culpabilidad habilita (24).

20. En la versión que combina el funcionalismo con el normativismo de Marburg y una alta dosis de hegelianismo (25) se da el nombre de culpabilidad a un juicio que se establece en el delito, pero que para nada toma en cuenta al agente concreto, salvo que se trate de un enfermo mental, al que se excluye en razón de que no lesiona la confianza en el sistema. La conexión punitiva se establece mediante la necesidad de renormalización (devolución de la confianza pública en el sistema) (26), generada por el ilícito, según los principios de la prevención general positiva (27).

21. La disparidad de criterios sobre la base de los cuales se construyó la conexión punitiva, su diferente ubicación y los incompatibles conceptos ensayados acerca de ella, alertan sobre la disolución del discurso penal. Aunque no todos ellos conserven vigencia en la doctrina contemporánea, el muestrario de ensayos pone de manifiesto la frenética búsqueda de un concepto que no logra configurarse.

22. Desde la prevención especial positivista con su pretensión de reducción de todas las penas a medidas, hasta la prevención general positiva funcionalista (que en el fondo se acerca peligrosamente a la razón de estado), pasando por el neokantismo sudoccidental y el ontologismo etizante, con sus concepciones de prevención general negativa más o menos expresas, así como fueron incompatibles (excluyentes) sus conceptos de pena, también lo fueron los ensayos constructivos de la conexión punitiva.

23. De alguna manera, estas concepciones incompatibles de la pena y de la conexión punitiva ponen de manifiesto el poco éxito de la doctrina jurídico penal, que entra en crisis cuando debe elaborar un concepto propio, andando sin las muletas de los otros campos jurídicos, siguiendo caminos excluyentes y poco convincentes. A ello se agrega que, desde hace tres décadas, la sociología la jaquea mostrando que en su campo, el deber ser se separa del ser hasta límites intolerables (28).

24. La más fuerte objeción de la sociología radica en la innegable selectividad con que el deber ser penal se realiza en el campo de la realidad del poder punitivo y del sistema penal (29). Ello obliga a la doctrina penal a

asumir un grado de sinceridad jamás admitido antes, que consiste en aceptar el fenómeno y admitir que forma parte de la normalidad del poder punitivo, cuyo único objeto pasaría a ser la renormalización (calmar a la opinión pública y devolverle la confianza en el estado) (30).

25. Esta constatación provoca un vaciamiento ético de la doctrina jurídico penal. Incluso los planteos tradicionales que elaboraban la conexión punitiva por la vía de la culpabilidad de acto, quedan huérfanos de eticidad material, limitándose a recoger sólo la forma de la ética tradicional: el reproche pierde legitimidad ética cuando se le formula sólo a unos pocos seleccionados entre los más vulnerables.

26. Por esta vía el derecho penal debilita su jerarquía científica, con el riesgo de caer en una tecnología de decisión de casos basada en una teoría del conocimiento que cierra la puerta a cualquier dato de la realidad por terrible que sea, o bien, en una construcción deducida de un funcionalismo aceptado como dogma pero carente de toda ética, basado en algo muy cercano a la razón de estado. Existe el riesgo de que, a la vuelta de dos siglos, volvamos a la schifosa scienza denostada por CARRARA (31).

27. El destino de un saber cuyos datos de realidad son desvirtuados empíricamente por la sociología más tradicional, como lo ponía de manifiesto BARATTA hace un cuarto de siglo (32), no es nada promisor. La disyuntiva entre negar esos datos o aceptar que sirve a un poder que sólo es útil al prestigio del poder, es inadmisibles. El desconcierto que esto provoca en los conceptos penales en cuanto se supera la teoría del ilícito es tal que no han faltado autores que proponen que la teoría del delito se agota en el ilícito (33).

28. Ésta es la razón por la que he creído necesario intentar la reconstrucción de la teoría del derecho penal desde otra perspectiva. Dada la enorme disparidad de criterios, no hemos podido afirmar hasta ahora cuál es el sentido de la pena, pero sabemos que siempre que el derecho penal aportó algo a la humanidad lo hizo mediante su limitación. Se hace menester partir de esta constatación para replantear el derecho penal sobre esa base cierta. La legitimidad del derecho penal como ciencia o saber se basa en su capacidad limitante del poder punitivo (34).

29. Partiendo de lo que está verificado, o sea, de la necesidad de la función limitante del derecho penal para preservar el estado constitucional de derecho, creemos que lo más racional es reelaborarlo partiendo de una teoría agnóstica de la pena. El sentido metafórico de la expresión agnóstica sirve para poner de manifiesto la idolatría en que han caído las teorías legitimantes del poder punitivo, que sostienen su omnipotencia y lo convierten en un ídolo adorado por muchos fanáticos.

30. El derecho penal basado en un concepto agnóstico de la pena, puede construir su teoría del ilícito por carriles parcialmente diferentes a los seguidos por las teorías legitimantes del poder punitivo, pero sustancialmente sin apartarse de los elementos tradicionales. La prueba de fuego de semejante teoría -como de todas- se halla a la hora de construir la conexión punitiva. Para ello creemos que debe sostenerse el concepto de culpabilidad, sin abandonar las formas de la ética tradicional, pues todo abandono de estas formas corre el riesgo de acabar destruyendo el concepto mismo de persona (35).

31. No cabe rechazar esta forma argumentando que la autodeterminación no es verificable (36). Además de que el determinismo tampoco lo es, lo cierto es que interactuamos socialmente como autodeterminados y que cada persona en diferentes circunstancias concretas (constelación situacional) tiene sólo cierto catálogo de posibles conductas (37). También es verificable que la antropología jurídica, constitucional y iushumanista, se apoya en la autodeterminación humana (la persona y la soberanía popular serían inexplicables de otro modo).

32. No cabe duda que en la culpabilidad por el acto también deberá tomarse en cuenta la personalidad del agente, pero con un sentido totalmente diferente, pues se trata de reprocharle lo que hizo en función de su

catálogo de posibles conductas condicionado por su personalidad (en la culpabilidad de autor se le reprocha la personalidad y lo que hizo es sólo un síntoma). En la culpabilidad de acto se le reprocha el ilícito en función de su personalidad y de las circunstancias; en la de autor se le reprocha lo que es en función del injusto.

33. Pero una culpabilidad de acto, incluso conduciendo a conclusiones dispares y opuestas a la culpabilidad de autor, no legitima el ejercicio del poder punitivo y tampoco tiene contenido ético, porque a éste lo derrumba la altísima selectividad del poder punitivo. No obstante, se hace necesario apelar a ella como un límite de irracionalidad a acotar: resulta intolerable que se pretenda habilitar poder punitivo más allá del límite que señala la culpabilidad por el acto.

34. Siendo la culpabilidad de acto sólo un límite, no puede señalar la cuantía del poder punitivo en cada caso sin tomar en cuenta el dato de selectividad. No es ético ni racional por parte de la doctrina proponer a las agencias jurídicas que ignoren por completo la falla ética más notoria de la culpabilidad, sobre la que se llama la atención desde hace más de dos siglos, con los correctivos que convergieron en la llamada co-culpabilidad (38) y que proceden de MARAT (39) y del buen juez MAGNAUD (40), pero que no son suficientes para incorporar el dato.

35. La co-culpabilidad (Mit-Schuld) es insuficiente porque: a) en principio evoca el prejuicio de que la pobreza es la causa de todos los delitos (41); b) en segundo lugar, si se corrigiese ese prejuicio, concluiría habilitando más poder punitivo para las clases hegemónicas y menos para las subalternas, lo que puede conducir a un derecho penal clasista a dos velocidades; c) en tercer término, sea rico o pobre el seleccionado, siempre lo será con bastante arbitrariedad, con lo cual no logra hacerse cargo de la selectividad estructural del poder punitivo.

36. En un derecho penal fundado a partir de un concepto agnóstico de la pena, debe exigirse a las agencias jurídicas que agoten su poder jurídico de contención neutralizando hasta donde les sea posible la selectividad estructural del poder punitivo, lo que no se obtiene con la mera culpabilidad de acto, que no lo toma en cuenta. Ésta no es más que un límite máximo tolerado por un estado de derecho, que nunca puede cometer la osadía de pretender sancionar a sus habitantes por lo que son, so pena de asumir formas teocráticas.

37. Pero la dialéctica entre estado de derecho y estado de policía (42) no se agota con la exclusión de la culpabilidad de autor: las pulsiones del estado de policía, una vez vedado el camino a una conexión punitiva fundada en la personalidad, se atrincherarán en la culpabilidad de acto. El estado de policía procede como en una guerra; perdida una posición retrocede y se atrinchera en la anterior, en tanto que el estado de derecho exigirá que, de alguna manera, se tome en cuenta la selectividad estructural del poder punitivo.

38. Se abre de esta manera un nuevo momento tensional o dialéctico entre la culpabilidad de acto y la exigencia de tomar en consideración la selectividad criminalizante. La culpabilidad penal en el estado de derecho no puede ser la simple culpabilidad por el acto, sino que debe surgir de la síntesis de ésta (como límite máximo del reproche) y otro concepto de culpabilidad que incorpore el dato real de la selectividad. Sólo así resulta ético y racional el reparto del poder jurídico de contención del poder punitivo, teniendo en cuenta que éste es un poder limitado y debe distribuirse con equidad.

39. Desde hace décadas se conoce la marcada tendencia de la selección criminalizante a ejercerse conforme a estereotipos (43) y a recaer sobre la criminalidad grosera y burda, practicada por personas de las clases subalternas, sin entrenamiento para hechos más sofisticados o más difícilmente captables por el sistema penal (44). Esto demuestra que el grueso de los criminalizados no lo son tanto en razón del ilícito cometido, sino por la forma grosera con que lo cometieron, que los coloca al alcance del sistema penal.

40. Queda claro, pues, que los tipos penales describen conductas, pero sabiendo que los tipos de acto abren en la práctica un espacio de arbitrariedad para seleccionar personas. El discurso penal es de acto, pero el ejercicio

del poder punitivo es de autor (45). La inflación de leyes penales es en la realidad operativa del sistema penal una forma de aumentar la práctica de un poder selectivo de autor.

41. Conforme a lo anterior, el sistema penal presenta diferentes grados de peligrosidad para los habitantes, según sean su status social y sus características personales. Es claramente verificable la sobrerepresentación de algunas minorías en la prisionización, la presencia de mayor número de inmigrantes, en ocasiones la persecución a minorías sexuales, en todo caso la mayor incidencia en hombres jóvenes, desempleados, habitantes de barrios marginales, etc. La peligrosidad del sistema penal se reparte según la vulnerabilidad de las personas, como si se tratase de una epidemia.

42. Pero en los países periféricos, como son los latinoamericanos, debido a la creciente polarización de riqueza (46), la mayoría de la población se halla en estado de vulnerabilidad frente al poder punitivo. Sin embargo y pese a todo, la criminalización recae sobre unos pocos, o sea que, si bien el campo a seleccionar se amplía, la selección, aunque aumenta en cantidad, siempre es ínfima en relación a éste.

43. Esto obedece a que no es el mero estatus o estado de vulnerabilidad el que determina la criminalización. No se selecciona a una persona por su puro estado de vulnerabilidad, sino porque se encuentra en una situación concreta de vulnerabilidad. Y, por cierto que, partiendo de cierto estado de vulnerabilidad, debe mediar un esfuerzo personal del candidato a la criminalización para alcanzar la situación concreta en que se materializa la peligrosidad del poder punitivo. Algo debe hacer la persona para alcanzar esa situación concreta, y a eso le llamamos esfuerzo personal por alcanzar la situación concreta de vulnerabilidad.

44. A nadie se le puede reprochar su estado de vulnerabilidad, sino sólo el esfuerzo personal que haya realizado para alcanzar la situación de vulnerabilidad en que el poder punitivo se concreta. Y este esfuerzo puede ser de muy diferente magnitud.

a) Son excepcionales los casos de quienes parten de un estado de vulnerabilidad muy bajo y hacen un esfuerzo extraordinario hasta alcanzar la situación concreta de vulnerabilidad. No siempre, pero muchas veces, estos esfuerzos extraordinarios obedecen a retiros de cobertura precedidos por luchas de poder.

45. b) También son poco comunes los casos de personas que partiendo de un estado de vulnerabilidad alto, y aunque les hubiese costado muy poco alcanzar la situación concreta, sin embargo realizan un esfuerzo descomunal, que los lleva a ella. Por lo general se trata de supuestos que están cerca de la patología y que llevan a cabo hechos aberrantes.

46. c) Pero el grueso de los criminalizados no realiza grandes esfuerzos por alcanzar la situación concreta de vulnerabilidad, pues parten de un estado bastante elevado y les basta muy poco para que se concrete en ellos la peligrosidad del poder punitivo, dado que lo más sencillo es seleccionar a quienes andan por la vía pública ostentando sus caracteres estereotípicos. Es un esfuerzo a veces insignificante el que hacen para que el poder punitivo concrete su peligrosidad en ellos.

47. Es bueno advertir que hay momentos en que la selección criminalizante se altera por otras razones, que pueden determinar una insistencia en la selección política, como sucede en los regímenes autoritarios, o hacerla recaer sobre minorías étnicas, sexuales, etc., como sucede en las incontables emergencias que inventa el poder punitivo para eliminar obstáculos a su ejercicio. No obstante, las reglas no cambian mucho, pues sólo se trata de una modificación del estereotipo criminal o un complemento del mismo.

48. La administración del poder jurídico de contención del poder punitivo conforme al grado de esfuerzo personal por alcanzar la situación concreta de vulnerabilidad, siempre dentro del marco máximo de la

culpabilidad de acto, resulta racional y también posible. Como el poder jurídico de contención es limitado, es razonable que se reparta con preferencia para los que menos han hecho para ser alcanzados por el poder punitivo, que son los que partieron de un alto estado de vulnerabilidad que determinó que con un pequeño esfuerzo se concretase el peligro de criminalización.

49. Por el contrario, es también razonable que tampoco agoten un poder limitado en quienes se han empeñado en un esfuerzo considerable por llegar a la situación concreta de vulnerabilidad. Se trata de una lógica de preferencia análoga a la que podría emplearse en la salvación de náufragos: dejando a salvo razones de humanidad, es razonable que se deje para el final a los que hundieron el navío.

50. Teniendo en cuenta que el esfuerzo jurídico colisiona constantemente con las fuerzas del estado de policía, resulta racional que el derecho penal reproche el esfuerzo personal por alcanzar la situación concreta de vulnerabilidad, porque esa es la medida del aporte de la persona contra el propio cometido reductor del poder punitivo del derecho penal. El esfuerzo por la vulnerabilidad es la contribución personal del sujeto a las pretensiones legitimantes del poder punitivo y, por ende, contrario al esfuerzo reductor y pacificante del derecho penal.

51. Por otra parte es verificable que las agencias jurídicas disponen de mayor espacio de contención cuando este esfuerzo ha sido menor y viceversa. Esta relación inversa entre esfuerzo personal por alcanzar la situación de vulnerabilidad y espacio de poder reductor no puede negarse aduciendo ejemplos de presión política o de corrupción, pues éstos sólo demuestran que el sujeto no ha perdido su bajo nivel de vulnerabilidad originario. Nos referimos a supuestos donde las agencias jurídicas operan sin esas interferencias.

52. La culpabilidad por la vulnerabilidad no es un correctivo de la culpabilidad por el acto, sino su contracara dialéctica, de la que surgirá la culpabilidad penal como síntesis. Dado que la culpabilidad por la vulnerabilidad opera como antítesis reductora, nunca podrá la culpabilidad penal resultante de la síntesis superar el grado indicado por el reproche de la culpabilidad por el acto.

53. Puede objetarse que la culpabilidad por la vulnerabilidad es culpabilidad de autor, aunque no hay razones para creerlo, pues se trata de componentes del hecho mismo. Pero incluso admitiendo ad argumentandum que lo sea, carecería de importancia, dado que en la peor de las hipótesis sólo podría resultar en la síntesis un grado equivalente al de la culpabilidad por el acto. No afectaría ninguna garantía constitucional ni jushumanista una culpabilidad de autor que sólo sirviera para reducir o dejar igual la magnitud de poder punitivo habilitada según lo indicado por la culpabilidad por el acto.

54. Cabe preguntarse si hay algún supuesto en que, verificada la culpabilidad por el acto, la culpabilidad por la vulnerabilidad resulte tan ínfima que la cancele y determine que no haya culpabilidad penal. Podemos pensar que eso suceda en casos muy excepcionales, especialmente en los que media provocación oficial (agente provocador) (47) y el ilícito no deja de ser tal, por no tratarse de un delito experimental o de imposible consumación.

55. En síntesis, puede afirmarse que la culpabilidad por la vulnerabilidad no es una alternativa a la culpabilidad como reproche formal ético, sino un paso superador de ésta que, como todo proceso dialéctico, la presupone y la conserva en su síntesis.

56. Afirmada la culpabilidad formalmente ética como culpabilidad pura por el hecho, conforme al ámbito de autodeterminación con que el sujeto pudo deliberar y señalado conforme a ella un cierto grado de reproche, la culpabilidad por el esfuerzo del sujeto por alcanzar la situación concreta de vulnerabilidad se le opone, para contrarrestar su falta de atención sobre el fenómeno de la selectividad y, en la medida en que corresponda, se

sintetiza en una culpabilidad normativa penal que puede reducir el reproche por el acto, pero nunca ampliarlo.

57. La culpabilidad penal resultante de esta síntesis traduciría el esfuerzo (ético y legítimo) del saber jurídico penal por reducir (hasta donde su poder alcance) el resultado de la culpabilidad formal pero no materialmente ética. El derecho penal, como programación del poder jurídico reductor del poder punitivo, no legitima a éste, sino que lo contiene y filtra de modo racional. La elaboración de la respuesta a la cuestión de la conexión punitiva por la vía de la culpabilidad penal dialéctica sería una herramienta significativa para el cumplimiento de este cometido.

58. Si la conexión punitiva impone la elaboración de un vínculo personalizado entre el ilícito y su autor que, en su caso, opere como principal indicador del máximo de la magnitud del poder punitivo que puede habilitarse para ser ejercido sobre éste, entiendo que la respuesta más completa la proporciona un concepto que respeta la culpabilidad por el acto y que al mismo tiempo se hace cargo del dato más deslegitimante del ejercicio del poder punitivo, como es la selectividad por vulnerabilidad social y personal.

59. La conexión punitiva, en una perspectiva penal asentada en el concepto agnóstico de pena, resulta de la síntesis de un juicio de reproche basado en el ámbito de autodeterminación de la persona en el momento del hecho (formulado conforme a elementos formales proporcionados por la ética tradicional) (48) con el juicio de reproche por el esfuerzo del agente para alcanzar la situación de vulnerabilidad en que el sistema penal ha concretado su peligrosidad. El vacío de eticidad que la vulnerabilidad provoca en la culpabilidad por el acto se llena en el juego dialéctico con la culpabilidad por la vulnerabilidad, que se sintetizan en la culpabilidad penal, indicadora de la cuantía de poder punitivo susceptible de habilitarse.

60. Creo que un saber difícilmente merece el nombre de ciencia si carece de contenido ético, especialmente cuando se trata de un saber estrechísimamente vinculado al poder, como en el caso del jurídico penal. Las desviaciones del discurso penal separado de la ética llenan de horrores la historia de la humanidad en los últimos ochocientos años. No obstante, cuando evocamos a nuestros próceres, no recordamos a TORQUEMADA sino a BECCARIA o FILANGIERI, a FEUERBACH o a LARDIZÁBAL; nunca a quienes legitimaron con discursos aberrantes el ejercicio genocida del poder punitivo, sino a quienes quisieron limitarlo o reducirlo.

61. La etización del derecho penal, reclamada insistentemente por WELZEL y por BETTIOL (49), era el grito de alerta contra la razón de estado (50) o contra un pretendido naturalismo que arrasaba con la persona. Sus caminos de etización no son transitables después de la deslegitimación sociológica del poder punitivo, pero el reclamo ético sigue siendo absolutamente válido. En este sentido no proponemos un concepto de culpabilidad que constituya una solución de continuidad con esta tradición, sino un replanteo de la misma orientada hacia el poder. No sería más que el corolario del reclamo originario, en una hora de fortísimas pulsiones inquisitoriales.

62. De este modo me permito llegar al final de esta intervención. Es el momento de expresar mi más sincero agradecimiento a la Universidad de Macerata por este honor. Comprendo perfectamente la honra y la responsabilidad de recibir un Doctorado honoris causa, que conforme a la tradición universitaria implica un compromiso de incorporación por parte de quien lo recibe. Debo expresar que, en términos personales y sin ninguna falsa modestia, no creo merecerlo. Sin embargo, pienso que en este mundo nada surge de la nada. Somos el resultado de todos los que nos han enseñado y formado. Y en este sentido la memoria me trae en torbellino figuras lejanas en tiempo y espacio, la mayoría de las cuales ya no están.

63. Como en un filme, desfilan por mi recuerdo desde las lejanas clases de criminología de Alfonso QUIROZ CUARÓN y de derecho penal de Celestino PORTE PETIT en México, hasta los incontables diálogos con exponentes de la diáspora republicana española, en especial con Manuel DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA y con

Francisco BLASCO FERNÁNDEZ DE MOREDA, las conferencias y conversaciones con el inolvidable Giuseppe BETTIOL, la potente influencia de las obras y el pensamiento de Hans WELZEL, la guía para sumergirme en la bibliografía alemana que me proporcionarían Hans-Heinrich JESCHECK y Heinz MATTES en Freiburg, las largas conversaciones con Louk HULSMAN, las atrevidas y creativas tesis de Nilo BATISTA, las advertencias de Antonio BERISTAIN, la apertura al pensamiento crítico con nuestras criminólogas Rosa DEL OLMO y Lola ANÍYAR DE CASTRO, y, sin duda, la formidable erudición, claridad de pensamiento y generosidad quien no podría omitir sin incurrir en pecado de lesa ingratitud: Alessandro BARATTA.

64. Pero no sólo de ellos he aprendido. Mucho me han enseñado los colegas de la magistratura de tantos años, con sus aciertos, sus errores, su humanidad y, a veces, también algunos con su crueldad, y mucho más las conversaciones con los presos y con sus familiares, con las víctimas y con los policías. Y, por último, séame permitido evocar también en este momento a la Prof. Elba Dora CATTANEO, mi vieja tía que, hija de la emigración de esta tierra, dedicó su vida a enseñar la lengua gentil en mi país y a la que debo mi cariño por la literatura y la cultura italiana. Miles de compatriotas deberán a ella, como a tantos héroes y heroínas anónimas, hablar y leer el italiano en la Argentina. Es por todos ellos y en nombre de ellos que lo acepto y lo agradezco, porque ellos lo merecen.

Muchísimas gracias.

Notas al pie:

- 1) Por ejemplo, el naturalismo positivista normativizado puede verse en GRISPIGNI, Filippo, Derecho penal italiano, trad. castellana de Isidoro DE BENEDETTI, Buenos Aires, 1949; FLORIAN, Eugenio, Parte Generale del Diritto Penale, Milano, 1934; en el derecho holandés, G. A. VAN HAMEL, Inleiding tot de studie van het Nederlansche Strafrecht, Haarlem, 1927; el normativismo en BETTIOL, Giuseppe, Diritto Penale, Padova, 1982; el finalismo en autores como LATAGLIATA, SANTAMARÍA, etcétera.
- 2) Podrían clasificarse todas las teorías remitiéndose a la clasificación que parece originaria de Anton BAUER, Die Wahrungstheorie nebst einer Darstellung und Beurtheilung aller Strafrechtstheorien, Göttingen, 1830.
- 3) Sobre el ocultamiento de la pena en el positivismo advertía Karl BINDING, Normen, II, p. 464.
- 4) Cf. JHERING, Rudolf von, L'esprit du Droit Romain dans les diverses phases de son développement, París, 1877; PASINI, Dino, Ensayo sobre Jhering, Buenos Aires, 1962; WOLF, Erik, Grosse Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte, Tübingen, 1951, p. 616.
- 5) FERRI, Enrico, Principii di Diritto Criminale, Torino, 1928.
- 6) Como es sabido, sintetizó su ideología en 1882 en el célebre Programa de Marburgo, publicado originariamente en "ZStW", 1883, ps. 1 y ss., Der Zweckgedanke im Strafrecht, reproducido luego en Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Berlín, 1905, p. 126; trad. italiana de Alessandro CALVI, La teoria dello scopo nel diritto penale, Milano, 1962.
- 7) Cf. BETTIOL, Giuseppe, El problema penal, trad. cast., Buenos Aires, 1996; del mismo, Sobre las ideas de culpabilidad en un derecho penal moderno, en Problemas actuales de las ciencias penales y de la filosofía del Derecho, Buenos Aires, 1970, p. 639.
- 8) LILIENTHAL, Karl, Zurechnungsfähigkeit, en Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländisches Strafrechts, Berlín, 1908, p. 1.

- 9) ANTOLISEI, Francesco, Manuale di Diritto Penale. Parte Generale (actualizada por Luigi CONTI), Milano, 1969, p. 481, al igual que LILIENTHAL llevaba el problema de la imputabilidad a la punibilidad.
- 10) LISZT, Franz von, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Berlín, 1891, p. 165.
- 11) CATHREIN, Viktor, Principios fundamentales del Derecho Penal. Estudio filosófico-jurídico, trad. de José M. S. DE TEJADA, Barcelona, 1911, p. 102.
- 12) FRANK, Reinhart von, Über den Aufbau des Schuldbegriffs, Giessen, 1907, Sonderabdruck aus der Festschrift der Juristischen Fakultät der Universität zur Dritten Jahrhundertfeier der Alma Mater Ludoviciana, trad. cast. de Sebastián SOLER, Estructura del concepto de culpabilidad, Santiago de Chile, 1966.
- 13) No puede negarse que la llamada teoría normativa fue una reinstalación, porque claros acentos valorativos había en los hegelianos (p. ej. KÖSTLIN, Christian Reinhold, Neue Revisión der Grundbegriffe des Criminalrechts, Tübingen, 1845, p. 131), en CARMIGNANI (cf. SCARANO, Luigi, La non esigibilità nel diritto penale, Napoli, 1948, p. 11), en BINDING (sobre ello, OTTO, Harro, Grundkurz Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre, Berlín, 1996, p. 186), en Adolf MERKEL (Derecho Penal, trad. de P. DORADO MONTERO, Madrid, s/d).
- 14) FREUDENTHAL, Berthold, Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht, Tübingen, 1922.
- 15) Fundamentalmente se apoya en ARISTÓTELES, apoyándose en LOENIG, Richard, Die Zurechnungslehre des Aristoteles, Berlín, 1903.
- 16) Desde el final de la Segunda Guerra no parece haber otro camino para fundar la responsabilidad que concebir a la sociedad como conjunto de personas responsables (cf. GRIFFEL, Antón, Prävention und Schuldstrafe. Zum Probleme der Willensfreiheit, en "ZStW", 1986, p. 31), lo que explica las muy dispares doctrinas enunciadas para matizar su parcial evitación.
- 17) MEZGER, Edmund, Strafrecht, Ein Lehrbuch, 1949. Tuvo gran influencia en toda América Latina a través de las traducciones de J. A. RODRÍGUEZ MUÑOZ, Tratado de derecho penal, Madrid, 1946, y de Conrado FINZI, Derecho penal. Libro de estudio. Parte general, Buenos Aires, 1958; SAUER, Guillermo, Derecho penal. Parte general, trad. de J. DEL ROSAL y J. CEREZO MIR, Barcelona, 1956.
- 18) Así, BOCKELMANN se refería a la decisión de la vida (BOCKELMANN, Paul, Studien zur Täterstrafrecht, Berlín, 1940).
- 19) Sobre ésta también ENGISCH, Karl, Zur Idee der Täterschuld, en "ZStW", 1942, p. 170.
- 20) Así, expresamente, ALLEGRA, Giuliano, Dell'abitudine criminale, Milano, 1928.
- 21) BOCKELMANN, Studien zur Täterstrafrecht, citado.
- 22) WELZEL, Hans, Das Deutsche Strafrecht, Berlín, 1969; también, Das neue Bild des Strafrechtssystem, Berlín, 1957.
- 23) ROXIN, Claus, Strafrecht, Allg. Teil, Band I, Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre, München, 1997.
- 24) Se ha observado en las tesis de ROXIN que borraba los límites entre la culpabilidad y la punibilidad (así, STRATENWERTH, Günther, Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips, 1977; trad. castellana, El futuro del principio de culpabilidad, Madrid, 1980; también en "MSchr.Krim.", 1972, p. 196).

- 25) JAKOBS, Günther, Strafrecht, Allg. Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, Lehrbuch, Berlín, 1983.
- 26) Ídem, p. 631.
- 27) Contra esta normativización extrema, entre muchos, KÜPPER, G., Grenzen der normativieren Strafrechtsdogmatik, Berlín, 1990, p. 197.
- 28) Fue definitorio a este respecto el artículo de Alessandro BARATTA, Criminología e dogmatica penale. Passato e futuro del modello integrato di scienza penalistica, en "La questione criminale", año V, n° 2, mayo-agosto 1979.
- 29) Entre los primeros trabajos debe destacarse Fritz SACK, Selektion und Kriminalität, en "Kritische Justiz", 1971, p. 384.
- 30) Quizás esta afirmación no sea totalmente exacta, pues parece haber sido adelantada por BODINO en el siglo XVI. Estamos investigando su discurso.
- 31) Opuscoli di Diritto Criminale del Prof. Comm. Francesco Carrara, Prato, 1885.
- 32) BARATTA, A., Criminología e dogmatica penale, cit.; reitera los argumentos en su libro Criminologia critica e critica del diritto penale, Bologna, 1982.
- 33) Así, BUSTOS RAMÍREZ, Juan, Manual de derecho penal. Parte general, Barcelona, 1996.
- 34) Esta posición la hemos enunciado en En busca de las penas perdidas, Buenos Aires, 1990; la desarrollamos en ZAFFARONI-ALAGIA-SLOKAR, Derecho penal. Parte general, Buenos Aires, 2000; 2ª ed., 2002.
- 35) En este sentido puede verse la larga prédica de Giuseppe BETTIOL contra el positivismo, especialmente en sus Scritti Giuridici, Padova, 1966-1987.
- 36) En este argumento se fundaron autores de todos los tiempos: ENGISCH, Karl, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, Berlín, 1930; GROPP, Walter, Strafrecht, Allg. Teil, Berlín, 1997, p. 231.
- 37) Cf. BLEJER, José, Psicología de la conducta, Buenos Aires, 1963.
- 38) Aunque es un concepto muy anterior, se pretendió que era creado por el derecho penal de los países socialistas, especialmente de la República Democrática Alemana. Sobre ello puede verse, BAUMANN, Jürgen, Strafrecht, Allg. Teil, Bielefeld, 1975, p. 369; NOLL, Peter, Schuld und Prevention unter der Gesichtspunkt der Rationalisierung des Strafrechts, en "Fest.f.Hellmuth Mayer", Berlín, 1966; ORSCHEKOWSKI, Walter, La culpabilidad en el derecho penal socialista (trad. de J. BUSTOS RAMIREZ y S. POLITIFF), en "Revista de Ciencias Penales", Santiago de Chile, 1972, p. 3.
- 39) MARAT, J. P., Plan de législation criminelle, con notas e introducción de Daniel HAMICHE, París, 1974; trad. castellana, Principios de legislación penal, Madrid, 1891 y una reedición crítica con introducción y notas de Manuel DE RIVACOBBA Y RIVACOBBA, Buenos Aires, 2000.
- 40) LEYRET, Henry, Les jugements du Président Magnaud réunis et commentés, París, 1904; trad. castellana de D. DíEZ ENRÍQUEZ, Las sentencias del Magistrado Magnaud reunidas y comentadas por Henry Leyret, Madrid, 1909.
- 41) El prejuicio, en alguna forma, fue asumido también por la propia criminología marxista de comienzos del

siglo XX; así BONGER, W., *Criminality and Economic Condition*, New York, 1916 (reed. 1967).

42) Esta idea se expresó hace décadas con suficiente claridad por el administrativista A. MERKL, *Teoría General del Derecho Administrativo*, México, 1980.

43) Es clásico el aporte interaccionista a este respecto: CHAPMAN, Dennis, *Lo stereotipo del criminal*, Torino, 1971.

44) La ilusión de que la delincuencia sólo proviene de las clases subalternas había sido demistificada mucho antes, con el aporte de SUTHERLAND, Edwin H., *White-Collar Crime*, New York, 1949; también SUTHERLAND, Edwin H. y CRESSEY, Donald R., *Criminology*, New York, 1978.

45) La teorización del tipo de autor del nazismo, llevada a cabo, entre otros, por KLEE (a quien MEZGER cita en *Die Straftat als Ganzes*, en "ZStW", 57, 1938, p. 678), no sería más que un recurso para sustraer al poder punitivo a quienes perteneciendo al grupo dominante, por error policial resultaban criminalizados.

46) Sobre ello el conocido libro de STIGLITZ, J., *El malestar en la globalización*, 2002; aunque resulte un tanto exagerado, la similitud del poder planetarizado con el apartheid es sugestiva: así FALK, *Predatory Globalization. A critique*, Polity Press, 1999.

47) Sobre este concepto DE MAGLIE, Cristina, *L'agente provocatore. Un'indagine dommatica e político criminale*, Milano, 1991.

48) Este esfuerzo debe reconocérsele contemporáneamente a KÖHLER, Michael, *Strafrecht, Allg. Teil*, Berlín, 1997, p. 348.

49) Sobre ello, THOREL, Gianpaolo, *Contributo ad una etica della colpevolezza*, en *Studi sulla colpevolezza a cura di L. MAZZA*, Torino, 1990, p. 149.

50) Sobre la razón de estado: SETTALA, Ludovico, *La razón de estado*, México, 1988; MEINECKE, Friedrich, *La idea de la razón de estado en la edad moderna*, Madrid, 1983; FOUCAULT, Michel, *El origen de la tecnología del poder y la razón de estado*, en "Revista Siempre", México, 1982.