

LA CULPABILIDAD POR LA VULNERABILIDAD COMO MEDIDA DE LA PENA: UNA REVISIÓN AL CONCEPTO DE CULPABILIDAD¹

Duván de Jesús Castañeda García **

“El proceso de criminalización se dirige de manera altamente selectiva hacia los estratos sociales más débiles y marginados”.

Alessandro Baratta

“El derecho no es el mero resultado de caprichosas veleidades del legislador, sino esencialmente el producto y reflejo de una realidad social”.

Alfonso Reyes Echandía

Resumen: El problema de la culpabilidad quizá sea el más discutido y es del que menos acuerdo existe en la teoría del delito. Es obvio que ello obedece a que la culpabilidad corona la teoría del delito, y toda falla en los cimientos o en la planificación de la estructura teórica del delito, se hace más evidente a medida que se asciende en los estratos de la misma, pudiendo distorsionarlos totalmente por defecto de sustentación en las etapas anteriores. El problema surge cuando la culpabilidad deja de ser concebida como reprochabilidad y se sustenta en la peligrosidad, camuflándose así la peligrosidad en un derecho penal de acto, donde la respuesta punitiva del Estado no se dirige hacia lo que el autor hace, sino hacia lo que el autor es, desconociéndose el principio de antijuridicidad material. Es en este punto donde surge una especie de disolución conceptual del derecho penal contemporáneo bastante grave, que tiene raíces bastante profundas y consecuencias bastante graves.

Palabras clave: Derecho penal, culpabilidad, reprochabilidad, peligrosidad, derecho penal de acto, derecho penal de autor.

The guiltiness by vulnerability as a measure of punishment: The Concept of Guiltiness Revised

Abstract: The problem of guiltiness is perhaps the most discussed but it is indeed the one with less accord in the Theory of Crime. It is obvious that such a lack of accord is due to Guiltiness as the crown of the Theory of Crime, and the higher the level in the theoretical structure of Crime the more evident every failure in its groundings or in its planning becomes, and the defects in the previous stages totally distort them. The problem

¹ Artículo de reflexión

** Estudiante de Derecho, Institución Universitaria de Envigado, dr.duvancabogado@gmail.com, diagonal 29 Transversal 32 A SUR 19/interior 9701, Alto de Misael Envigado – Antioquia

patent when guiltiness is no longer conceived as reproachfulness and is sustained in dangerousness, and so it is covered in a Penal Law of Action where the punitive answer of the State is not directed towards the subject's deeds but towards the subject's being or self, having as a consequence the disregarding of the principle of material antijuridicity. It is in this point where occurs a kind of conceptual dissolution of Contemporary Penal Law, which is very serious, with rooted very deep in a conceptual inconsistency and preoccupant consequences. Those are reasons enough to reconsider the concept of Guiltiness and its relation with dangerousness.

Keywords: Penal Law, guiltiness, reproachfulness, dangerousness, Penal Law in act, Penal Law of author

Introducción

El delito entendido en el sentido más general de la expresión es aquella “forma de comportamiento desviado que se considera grave dentro de un sistema social y que es calificado de tal por órganos legislativos con competencia para ello” (Bacigalupo, E., 1996, p. 2). Ese comportamiento desviado para que tenga significación jurídico-penal debe ser punible, lo cual significa que debe ser castigado con pena criminal, y por eso éste debe ser típico, antijurídico y culpable.

Siendo la culpabilidad el último estrato teórico de la construcción dogmática del delito, es allí donde surgen todas las contradicciones de la sistemática que se haya elaborado hasta ese momento. Como resultado de esa sistemática se tiene el injusto penal, que no es otra cosa que la conducta típica y antijurídica, o lo que es igual la conducta típicamente antijurídica.

Por ello, el injusto penal presupone dos aristas, de un lado se tiene la lesión al derecho, y, de otro, esa lesión al derecho traducida en una pena. En consecuencia la pregunta será ¿se puede dejar la pena adecuada solamente al grado de infracción al derecho?, ¿se puede dejar la pena adecuada al grado de injusto? La respuesta a estos dos interrogantes es claramente no se puede.

Para la imposición de una pena, principal consecuencia jurídico-penal del delito, no es suficiente con la comisión de un hecho típico y antijurídico, como se deduce de algunos

presupuestos del derecho penal vigente en cualquier país civilizado, la comisión de un hecho delictivo, en el sentido de hecho típico y antijurídico, no acarrea *per se* la imposición de una pena al autor de ese hecho.

Se necesita entonces, una conexión o puente entre el injusto penal y la pena. De manera que si se adecua la pena solamente al grado del injusto penal desconociendo el puente o conexión entre éste y aquella, la respuesta punitiva del Estado solo sería posible en una sociedad imposible, solo sería posible en una sociedad de iguales donde todas las personas tuvieran el mismo espacio de autodeterminación, sería posible en una sociedad simétrica donde todas las personas fueran iguales, pero además permanecieran iguales cuando se sabe que el ser humano es cambiante.

Esa conexión o puente del que se habla, se corresponde con la cuantificación de la pena, esto es, cómo se cuantifica la pena cuando se tiene un injusto penal en un determinado grado de gravedad, lo cual da como resultado la respuesta punitiva o *ius puniendi* del Estado. Pero, ¿Cuál es la medida de la pena?, ¿cómo se cuantifica la pena? Hoy se responde que la medida de la pena, es la medida de la culpabilidad. En eso la doctrina más calificada está de acuerdo, lástima que no suceda lo mismo en tratándose de qué es la culpabilidad.

Es en este punto donde surge una especie de disolución conceptual del derecho penal contemporáneo bastante grave, que tiene raíces bastante profundas y consecuencias bastante graves. Es por ello, que se hace necesaria una reflexión hacia la recuperación del concepto de culpabilidad en su más prístina versión, no como peligrosidad sino como reprochabilidad.

Reprochabilidad entendida no como el libre albedrío romántico sino como el catálogo de posibles conductas que se le presentan al sujeto activo del delito al momento de la comisión de una conducta típica y antijurídica. Manteniéndose así incólume el principio del derecho penal de acto, reflejado al momento de la determinación judicial de la pena o dosimetría

penal, que tendrá gran significación en los fines de la pena, donde el Estado a través de la respuesta punitiva lleve a las cárceles a los sujetos que han lesionado o puesto efectivamente en peligro un bien jurídico objeto de tutela por parte de la ley penal, no como sucede hoy en el sistema jurídico-penal, donde el Estado está enviando a las cárceles a sujetos vulnerables de las clases menos favorecidas, más débiles y marginales.

En ese orden de ideas, el Estado está criminalizando a los sujetos más vulnerables, desconociendo la reprochabilidad al momento de la determinación de la pena, dando como resultado el quebrantamiento del principio del derecho penal de acto, y abriendo paso a un derecho penal de autor. Desdibujando así, el concepto de culpabilidad entendido como reprochabilidad y manteniéndose la peligrosidad positivista como discurso vigente en el principio del derecho penal de acto.

La destrucción del concepto de culpabilidad

En el curso del siglo pasado, el peligrosismo que surge con la escuela positiva italiana, destruye el concepto de culpabilidad entendida como reprochabilidad. El peligrosismo entendía que no sólo bastaba con la punición de los delitos consumados o tentados, sino que convenía anticiparse a la realidad del mal, adoptando medidas de seguridad contra los sujetos de los cuales existía fundamente por condiciones personales, de relación o de ambiente, la posibilidad de comisión de actos contrarios a los intereses sociales e individuales.

El positivismo italiano reemplazó el reproche de culpabilidad por la peligrosidad, donde el delito, la infracción o el injusto penal pasaron a ser un signo revelador de peligrosidad, perdiendo importancia la lesión al derecho –lo que en el derecho penal contemporáneo se denomina principio de antijuridicidad material– y cobrando capital significación el reduccionismo biológico.

El máximo representante del discurso reduccionista biológico fue Cesare Lombroso quien sostenía que existía un delincuente nato, entendiendo por tal, aquella especie de delincuente que por características físicas o antropológicas definidas desde su nacimiento estaba determinado naturalmente a tener inclinación hacia el delito, lo cual significa que por algún accidente biológico, súbitamente se producía una retención del desarrollo embrio-fetal, dando como resultado el nacimiento de una criatura, de una persona mal desarrollada que estaba determinada para ser delincuente.

El peligrosismo positivista en precedencia, en particular el positivismo Ferriano de las primeras décadas del siglo pasado, fue el más burdo, más grosero y más monista. Sin embargo, ese positivismo peligrosista en la dogmática penal alemana cobra un matiz distinto, y quien se encarga de darle ese matiz es Franz Von Liszt. La famosa construcción de Liszt en su célebre obra Tratado de Derecho Penal Alemán, consta de un injusto objetivo y culpabilidad subjetiva –o lo que se llama teoría psicológica de la culpabilidad–. “Para Liszt la culpabilidad significa responsabilidad por el injusto, abarcando la causación del resultado por el autor y la ilegalidad del acto” (Fernández, J., 1998, p, 239). La culpabilidad de Von Liszt era lo que hoy se denomina el aspecto subjetivo del tipo, es decir, el dolo, la culpa o la preterintención y no permitía graduación. Liszt graduaba la culpabilidad con base a la peligrosidad positiva de la época. Por tanto la culpabilidad no era culpabilidad propiamente dicha, era una descripción del aspecto subjetivo, lo cual significa, una descripción de la voluntad de la persona, dado que la culpabilidad “en sentido estricto es la relación subjetiva entre el acto y el autor, relación que sólo puede ser psicológica, pero que, al existir, determina la ordenación de la naturaleza antisocial del carácter del autor” (Fernández J., 1998, p 239). Esta era pues, la famosa culpabilidad descriptiva o culpabilidad naturalista de la construcción de Von Liszt y de la escuela clásica.

Ese concepto de culpabilidad se mantuvo vigente hasta 1907 donde renace nuevamente la teoría de la culpabilidad, entendiéndola como reprochabilidad. Ulteriormente, fue la escuela finalista de Hans Welzen quien le da el carácter de reprochabilidad a la culpabilidad, donde

uno de los elementos configuradores del juicio de reproche es la exigibilidad de otra conducta, así pues, “el esquema finalista sostiene que la culpabilidad es un puro juicio de reproche. Pero, ¿cómo se elaboraría ese juicio de reproche? Dicho juicio de reproche tendría como supuestos los siguientes elementos: la imputabilidad, la conciencia actual o potencial de la antijuridicidad y la exigibilidad de otra conducta” (Agudelo, N., 2013, p, 134).

El reproche y la reprochabilidad

Adviértase, entre tanto, que reproche no es sinónimo de reprochabilidad. Lo que se le reprocha al autor es que haya realizado un injusto cuando podría exigírsele que no lo realizara. De allí que cuando no hay injusto no hay reproche jurídico-penal. Desde luego, se suscita un reproche ético o moral, etc., empero, éstos no son propios de la órbita del derecho penal. “En la posibilidad exigible que el autor tuvo de actuar conforme a derecho es en lo que se finca el reproche, porque es lo que evidencia la disposición interna que el autor tuvo para el hecho. No es cierta así, la crítica de que la culpabilidad como reprochabilidad es algo que está en la cabeza del juez pero no en la conducta, puesto que la reprochabilidad es la valoración jurídica de la disposición contraria a la norma y al derecho que hubo en el acto y que se revela al juez mediante la posibilidad que tuvo el autor de proceder de otra manera” (Zaffaroni, E., 1999, p 27).

La reprochabilidad, entonces, no es el reproche mismo, pues el reproche lo hace el orden jurídico, a tiempo de que la reprochabilidad es la comprobación de las condiciones que permiten el reproche en función de que revelan la disposición interna contraria al derecho con que el autor realizó el acto.

El camuflaje de la culpabilidad: reprochabilidad por peligrosidad

La culpabilidad por su esencia de reprochabilidad no puede significar otra cosa, máxime cuando el mismo término así lo indica. La idea de culpabilidad está indicando una idea de reproche, una idea de deuda, una idea de falta, una idea de falla con el Estado y el orden

social. De modo que hablar de una culpabilidad descriptiva o de una culpabilidad como mera voluntad, es una no culpabilidad. Por lo tanto, si el derecho penal se aferra a la idea positivista de concebir la culpabilidad como peligrosidad, dejando de lado el concepto de juicio de reproche, estaría eliminando el puente o conexión entre el injusto y la pena. Lo cual reflejaría que la reacción punitiva del Estado está determinada por la peligrosidad del agente imputable, desdibujando así toda la sistemática propia de la estructura del delito.

Ahora bien, cuando el positivismo entra en crisis, comienza la desesperación de cómo se inventa una culpabilidad que sea el equivalente funcional de la vieja peligrosidad que entró en declive. Ese equivalente se corresponde con la culpabilidad como culpabilidad de acto o reproche de acto, siempre y cuando se esté hablando de un derecho penal de acto. No obstante, la peligrosidad se ha camuflado en la culpabilidad de acto, convirtiéndose en un problema para el ejercicio del poder punitivo, puesto que si se reprocha un injusto penal a un sujeto imputable conforme al ámbito de autodeterminación que tiene para contenerse de consumir o desistir de un delito, hay sujetos que tienen un ámbito de autodeterminación en unas circunstancias más amplio y otros que tienen ese mismo ámbito de autodeterminación más limitado.

Así por ejemplo, cuando un sujeto tímido, apocado, muy difícil de relacionarse con otras personas, además naturalmente le cuesta mucho mentir, de buena clase social y con estudios superiores, comete el delito de secuestro extorsivo. Pero, si el mismo delito es cometido por un sujeto que es mitómano, al cual le resulta difícil contenerse, con un nivel de educación bastante básico, y además ya ha sido investigado por diferentes delitos. Entonces ¿cuál de los dos sujetos es más reprochable? *Prima facie*, se respondería que el comportamiento del primer sujeto sería más reprochable, puesto que el éste sujeto tenía un ámbito de autodeterminación más amplio para no cometer el delito de secuestro extorsivo. Pero, ¿qué pasa con el segundo sujeto? Se respondería que al segundo sujeto se le ha de reprochar más, en tanto puede volver a cometer el mismo delito toda vez que es proclive a

la delincuencia. Esa es la peligrosidad pura, misma peligrosidad que reemplazó la finalidad y el concepto de la culpabilidad entendida como reprochabilidad.

Para tratar de camuflar el concepto de culpabilidad entendida como reproche, se empezó a inventar la culpabilidad que cumpliera la función de imponerle más pena a un sujeto que a otro. Es ahí donde se erige una discusión que en la actualidad se quiere soslayar y se remienda con la política criminal, pero es la discusión que hay en el fondo de todo planteamiento culpabilista: la peligrosidad.

En la práctica judicial, se está camuflando la peligrosidad en el derecho penal de acto o reproche de acto, donde la respuesta punitiva del Estado es enviar a las cárceles a los sujetos por su personalidad y no por la reprochabilidad que merece la conducta típica y antijurídica que éste cometió. Dando paso así, no a un derecho penal de acto sino a un derecho penal de autor, donde la peligrosidad es la protagonista.

Derecho penal de acto y derecho penal de autor

En Colombia, en general el Derecho penal, y el principio de culpabilidad en particular, están enmarcados en un derecho penal de acto. Sin embargo, es de capital importancia hacer la distinción entre uno y otro concepto.

La Corte Constitución mediante sentencia C-077 de 2006 ha sostenido que “en la doctrina penal se distingue entre el Derecho Penal de autor y el Derecho Penal de acto. i) En el primero, el sujeto responde por su ser, por sus condiciones sicofísicas o su personalidad, que se consideran peligrosos para la sociedad, por su supuesta inclinación natural al delito, con un criterio determinista, de modo que el sujeto resulta condenado por la naturaleza a sufrir las condenas penales, por obra del destino y, por tanto, de modo fatal o inevitable. En este orden de ideas no es relevante que aquel cometa infracciones, sino que tenga la potencialidad de cometerlas. ii) En el segundo, el sujeto responde por sus actos conscientes y libres, es decir por la comisión de conductas conocidas y queridas por el mismo, previstas

expresa y previamente en la ley como contrarias a bienes fundamentales de la sociedad y de sus miembros y que hacen a aquel merecedor de una sanción”.

La misma Corporación, en sentencia C-365 de 2012 ha manifestado que la culpabilidad en el ordenamiento jurídico-penal colombiano, está regida por el derecho penal de acto, “el principio de culpabilidad derivado del artículo 29 de la Carta Política y que en nuestro ordenamiento jurídico tiene las siguientes consecuencias: (i) el Derecho penal, por el cual sólo se permite castigar al hombre por lo que hace, por su conducta social, y no por lo que es, no por lo que sea, piensa o siente. (ii) El principio según el cual no hay acción sin voluntad, que exige la configuración del elemento subjetivo del delito. De acuerdo al mismo, ningún hecho o comportamiento humano es valorado como acción, sino es el fruto de una decisión; por tanto, no puede ser castigado si no es intencional, esto es, realizado con conciencia y voluntad por una persona capaz de comprender y de querer; (iii) El grado de culpabilidad es uno de los criterios básicos de imposición de la pena es, de tal manera que a su autor se impone una sanción, mayor o menor; atendiendo a la entidad del juicio de exigibilidad, es decir; la pena debe ser proporcional al grado de culpabilidad”.

Sin embargo, aunque los pronunciamientos de la Corte Constitucional parezcan convincentes y ajustados a los postulados de la Carta Política y del ordenamiento jurídico-penal, la realidad demuestra que se ha reemplazado la culpabilidad como reprochabilidad, por la culpabilidad como peligrosidad, erigiéndose así nuevamente un derecho penal basado en el peligrosismo que imperaba otrora, donde el Estado “adopta” el derecho penal de acto, pero en realidad está adoptando un derecho penal de autor en cuanto a los imputables se refiere. La jurisdicción penal colombiana está camuflando la peligrosidad en el derecho penal de acto, algo que es inadmisibles en un Estado Social de Derecho y violatorio de normas constitucionales como la consagrada en el artículo 29 Superior, y más aún, es una práctica que deslegitima el *ius puniendi* del Estado.

En ese orden de ideas, la respuesta punitiva del Estado está sustituyendo el derecho penal de acto y la culpabilidad como reprochabilidad, es decir, el principio de culpabilidad por el hecho realizado, por un derecho penal de autor, el cual reclama el castigo del modo de ser del agente imputable. Lo anterior significa, que con el derecho penal de autor, el *ius puniendi* está desconociendo el principio de antijuridicidad material, y como consecuencia, está criminalizando sujetos imputables no por la lesión o efectiva puesta en peligro de un determinado bien jurídico, sino por su peligrosidad. A tiempo de que en el derecho penal de acto, el *ius puniendi* prescinde de la personalidad del agente imputable, para darle suma importancia al daño real o potencial del bien jurídico.

Salta a la vista, que la respuesta punitiva del Estado en la actualidad está dirigida hacia la personalidad del agente, esto es, hacia la peligrosidad, donde el aparato jurisdiccional está adoptando el derecho penal de autor, por tanto, el *ius puniendi* está deslegitimado como quiera que se está prescindiendo del derecho penal de acto, lo cual significa que se está desconociendo el principio de antijuridicidad material.

El Derecho Penal de acto está consagrado en la Constitución colombiana, en cuanto se erige dentro de un Estado Social de Derecho, que tiene como uno de sus pilares el respeto de la dignidad humana (artículo 1º), asigna el carácter de valor fundamental a la libertad de las personas (preámbulo) en sus diversas modalidades o manifestaciones, destaca que todas las personas nacen libres (artículo 13) y que toda persona es libre (artículo. 28) y preceptúa específicamente en relación con la responsabilidad penal que nadie puede ser reducido a prisión o arresto ni detenido sino por motivo previamente definido en la ley (artículo 28) y que nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al “acto que se le imputa”, como también que toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente “culpable”(artículo 29).

Con lo anterior, se mantiene latente la vieja fórmula del peligrosismo positivista, pues, ésta se camufla en el derecho penal de acto, cuando se sabe que éste tiene por finalidad que la

reacción punitiva se dirija hacia lo que el autor hace, no así, hacia lo que el autor es, es decir, hoy se juzga al autor imputable de un delito con base en su personalidad, en su clase social y en su peligrosidad, soslayándose así, el juicio de reproche en cuanto a la culpabilidad se refiere, propio de un derecho penal de acto.

La culpabilidad como juicio de reproche

Está admitida en líneas generales por toda la doctrina contemporánea la dicotomía existente en la culpabilidad, esto es, entre el extracto de responsabilidad y luego de culpabilidad. Si bien es cierto, la culpabilidad tiene una estructura ética de carácter formal, más no de contenido. Obsérvese, entre tanto, no se puede construir un concepto de culpabilidad respecto de la persona, formalmente fuera de la ética tradicional, habida cuenta que en el juicio de reproche ha de respetarse la forma del reproche ético, más no el contenido, como quiera que la culpabilidad por su esencia resulta violatoria del contenido ético.

De ese modo surge un problema bastante complejo e importante en tratándose de la reprochabilidad: ¿el juicio de reproche que exige la culpabilidad es un juicio de carácter ético? El juicio de reproche del que trata la culpabilidad no es un juicio ético por las siguientes razones:

1. El juicio ético exige el conocimiento de las conductas que el agente hizo antes y después de cometer un delito, para luego hacer un juicio personal
2. Los injustos que se reprochan son seleccionados
3. El juicio de reproche lo realiza el Estado mediante la respuesta punitiva

En tratándose de la primera afirmación, el juicio de reproche que exige la culpabilidad no está lejos de ser un juicio ético, como quiera que el juicio ético exige tener en consideración conductas tanto *a priori* como *a posteriori* de la personalidad del agente imputable. Luego, la reprochabilidad del injusto no supone la personalidad del agente. Desde luego, la personalidad del agente imputable sí se tiene que tomar en consideración para saber cuál fue el catálogo posible de conductas que se le presentaron al imputable al momento de

cometer el hecho. También deberá tenerse en cuenta la personalidad del agente para poder determinar la pena. Por ejemplo, las circunstancias de menor punibilidad y las circunstancias de mayor punibilidad. El artículo 55 del Código Penal en su numeral primero dispone “la carencia de antecedentes penales”. Esta circunstancia de menor punibilidad, supone la personalidad del agente *a priori* de la comisión de un delito. Misma circunstancia que será un atenuante al momento de la determinación de la pena.

En relación con el segundo argumento, los injustos que se reprochan son seleccionados, por lo tanto el juicio de reproche que exige la culpabilidad no puede –y no debe– ser un juicio ético.

Obsérvese, esa selectividad de los injustos no sólo está en la ley penal –el campo del *deber ser*–, sino que también se encuentra criminalizada primariamente por la ley penal. Es por ello que “todas las preguntas sobre las condiciones y las causas de la criminalidad se transforman en interrogantes sobre las condiciones y las causas de la criminalización, ya sea desde la perspectiva de la elaboración de las reglas (penalización y despenalización, es decir, criminalización primaria), o bien de la aplicación de la reglas (criminalización secundaria: proceso de aplicación de las reglas generales). La manera en que los miembros de la sociedad defienden un cierto comportamiento como tipo criminal forma parte, por eso, del cuadro de la definición sociológica del comportamiento desviado, y su estudio debe, precisamente por esta razón, proceder al examen de la reacción social ante el comportamiento” (Baratta, A., 2011, p 94-95).

En ese orden de ideas, si se lee la Parte Especial del Código Penal colombiano se llega a la conclusión de que en algún momento todos hemos cometido alguno de los delitos que allí se describen, así por ejemplo, nos hemos quedado con la percha del ropero del hotel, nos quedamos con el libro prestado, no ayudamos a otro sujeto cuando éste pide socorro, etc. Por fortuna, la criminalización es seleccionada, de lo contrario si todas las personas de un determinado Estado estuviesen criminalizadas por todo el *deber ser* criminalizante, no

quedaría ninguna persona para cerrar la puerta del lado de afuera de la celda y la sociedad se paraliza.

La criminalización primaria, entonces, es un programa irrealizable, pero realizable en una medida limitada. Es un esa medida limitada donde la selectividad cobra suma importancia dado que los entes investigadores tienen una capacidad de investigar determinado número de delitos, los juzgados penales y tribunales tienen capacidad de procesar determinado número de delitos y la cárcel tiene espacio para determinado número de procesos. En síntesis, la criminalización primaria es gigantesca, mientras que la criminalización secundaria es limitada. Hay, pues, una necesaria selectividad estructural inevitable.

Tratándose del tercer argumento, el juicio de reproche no es un juicio ético como quiera que quien realiza dicho juicio es el Estado. Y es que el Estado está ejerciendo poder punitivo, no así ejerciendo juicios de carácter ético. Con todo, el poder punitivo se ejerce de un modo inequitativo, de un modo desigual.

La selectividad: problema para adoptar la culpabilidad como reproche

La selectividad no es al azar o por capricho, se distribuye conforme a la vulnerabilidad de cada persona. Y es que hay sujetos imputables que tienen un alto nivel de vulnerabilidad y otros con un bajo nivel de vulnerabilidad. Normalmente la vulnerabilidad es mayor o menor dependiendo que tan lejos o que tan cerca se está del poder económico.

La selectividad, entonces, es un reparto desigual del poder punitivo, lo cual de alguna manera está requiriendo algo en la culpabilidad para hacer el juicio de reproche lo más proporcional a la lesión o al daño causado al bien jurídico tutelado por la ley penal por parte del agente imputable.

Así las cosas, cómo se va a condenar por el delito de hurto a un sujeto que no encuentra trabajo. Pero, ¿qué hará el Estado si el sujeto no encuentra trabajo y se hurta un pan y se lo

come? *Prima facie*, la respuesta sería decirle al Estado que le pague el pan al panadero en tanto el Estado tendría que haberle proporcionado empleo al sujeto para que éste como resultado de su labor pudiera obtener el pan. Adviértase, la respuesta a esta pregunta no es tan fácil de responder.

El principio de lo que se les resto a unos, es decir, lo que no se les dio socialmente, ese desfase, esa desproporcionalidad se le debe reprochar a la sociedad, no así al infractor. Empero, este principio tiene sus inconvenientes. El inconveniente más significativo es aquel ostensible sesgo a una criminología etiológica, que en otras palabras sería la criminología etiológica de la pobreza, entendiendo por tal, aquella criminología referida al delito de los pobres, lamentablemente. Dejando así de lado otros delitos que evidentemente también existen, pues, la infracción penal atraviesa todas las capas sociales, solo que en unas es más notoria y que en otras.

Como se ha indicado, tanto la penalización como la criminalización se producen en razón de la vulnerabilidad del sujeto. Si bien es cierto, el derecho penal es de acto, la criminalización es de autor, esta última conforme a estereotipos. Cada época, cada país, cada situación, cada circunstancia tiene su estereotipo. Hoy Colombia –y en general toda América latina-, tiene una suerte de estereotipo residual que normalmente se denomina chivo expiatorio. Entonces, ¿quién es el chivo expiatorio en las sociedades? En América latina el chivo expiatorio hoy es el adolescente de barrio precario, bien sea la favela brasileña, el pueblo nuevo peruano o la comuna en Colombia. Es en los adolescentes de estas comunidades donde el estereotipo se alimenta. Normalmente el estereotipo tiene un componente conspirativo, pero no es ideal afirmar tal componente porque no se puede decir que existe una conspiración mundial de adolescentes de barrio precario.

Ahora bien, existe un problema bastante grave en tratándose del fenómeno de la criminalización, esto es, el criminalizado cometió un delito, pero no está preso por ese delito o si se prefiere no está criminalizado por ese delito, sino por su vulnerabilidad, pues,

hay sujetos que realizan delitos iguales o peores pero no están presos ni criminalizados. Entonces, si el Estado ejerce poder punitivo y llevando a las cárceles a los sujetos más ignorantes y vulnerables que tiene la sociedad, se concluye que esos sujetos están presos por su ignorancia y vulnerabilidad, no así por la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, lo cual significa que el Estado no está teniendo en cuenta el principio de antijuridicidad material y mucho menos la reprochabilidad del agente imputable. Quedando demostrado una vez más, que el derecho penal es de acto, pero la criminalización es de autor, dando lugar así a la culpabilidad como peligrosidad y no como un mero juicio de reproche.

Desde la criminología llamada “liberal” ha quedado que el discurso penal es falso, porque se basa en una causalidad social falsa. Hoy se sabe perfectamente que los presos no están presos por el delito que han cometido, sino por su vulnerabilidad, es decir, que el sistema penal opera como una epidemia, que afecta a quienes tienen sus defensas bajas. Se sabe también que forma parte de la vulnerabilidad la clase de delitos que comete el sujeto imputable, es decir, el sujeto comete sólo esos delitos porque no sabe cometer otros que cometen otros sujetos imputables que no son vulnerables –piénsese en el llamado delito de cuello blanco, por ejemplo, donde el agente que está en situación de vulnerabilidad no tiene la capacidad para cometer dichos delitos–, que no motivan ninguna criminalización secundaria y menos penalización, pese a que su contenido injusto es igual mayor o mucho mayor que el que da lugar a la penalización de los presos que se encuentran en una ostensible situación de vulnerabilidad. Finalmente, se sabe que hay una construcción social acerca del sistema penal que, entre otras cosas, lleva a creer que las cárceles están llenas de homicidas, violadores y estafadores, cuando en realidad los homicidas, violadores y estafadores son una minoría ínfima de los habitantes de las prisiones, pues la gran mayoría de los habitantes de las prisiones son pequeños delincuentes que cometen delitos contra el patrimonio económico, infractores de delitos de menor cuantía e infractores de la ley de estupefacientes.

Hoy entonces, el derecho penal se construye con base en la selectividad de la situación de vulnerabilidad del agente imputable. Selectividad que tiene fundamento en un derecho penal de autor, soslayándose la reprochabilidad que es propia de la culpabilidad y del derecho penal de acto.

Conclusiones

Todo este panorama debe servir de reflexión, sobre qué es lo que realmente se puede reprochar, tratando de bajar esa falla ética de la selectividad que lamentablemente se produce. La vulnerabilidad al poder punitivo se reparte en una sociedad, y se reparte como se propaga una enfermedad infecciosa: principalmente perjudica a los sujetos más débiles o más vulnerables. Es importante decir, que existe un estado de vulnerabilidad el cual depende del *status* social del sujeto. Hay un *status* social mucho más proclive a responder a la selección por estereotipos, que otros *status* sociales. Evidentemente, cuando el sujeto pasa a un estado de vulnerabilidad tiene que haber hecho algo para que el Estado lo criminalice. Es así como un sujeto pudo haber hecho un gran esfuerzo que lo ubica en una situación concreta de alta vulnerabilidad, existen otros sujetos que son estereotipos caminando a los cuales a simple vista se puede deducir lógica y razonablemente que son proclives al delito, pero sin embargo, hacen un enorme esfuerzo por no alcanzar la situación de vulnerabilidad. Por otro lado, hay sujetos que están en un estado de vulnerabilidad muy bajo, donde es muy difícil que llegue el poder punitivo, haciendo estos sujetos en esfuerzo bárbaro para alcanzar la situación concreta de vulnerabilidad.

¿Significa todo lo anterior que hay un correctivo a la culpabilidad de acto, así como se plantea por la doctrina? Pues no, no es un correctivo, es una síntesis dialéctica. Adviértase, se debe tener especial cuidado en tanto existe la síntesis dialéctica en todas las categorías de la teoría del delito. El tipo penal tiene una cara de manifestación de voluntad punitiva del Estado y tiene otra cara, que se usa para contener el poder punitivo del Estado (principio de legalidad). Así las cosas, todos los estratos teóricos de la sistemática que se elabora en la teoría del delito son bifrontes.

Tratándose de la culpabilidad, se tiene por un lado la culpabilidad de acto que dice cuál fue el ámbito de autodeterminación que el sujeto tuvo al momento de realizar el hecho delictivo, y por otro lado, se encuentra la culpabilidad propiamente dicha, ello significa, el reproche por el esfuerzo para alcanzar o no la situación de vulnerabilidad. La síntesis entre los dos, da el juicio de reprochabilidad personalizado que el Estado a través de la respuesta punitiva puede utilizar como nexo o puente entre el injusto y la pena, para lograr así una condena proporcional al daño o lesión del bien jurídico protegido por la ley penal.

Lo anterior para demostrar que el Derecho penal es bastante complejo, sobre todo en una coyuntura como la que se difunde por el mundo como lo es el punitivismo en distintas versiones, las cuales a su vez se van filtrando. Queda claro entonces, que en el Derecho en general, y el Derecho Penal en particular, así como en todos los estratos teóricos del delito, en todo proceso penal y en toda construcción dogmática que se tenga que hacer, es necesario tener en cuenta el *deber ser*. Desde luego que se tiene que tener en cuenta la norma, pero si solo se tiene en cuenta la norma, ello llevaría a reducir el Derecho Penal a la mera normatividad, es decir, en un ejercicio de compatibilización coherente y lógicamente completo del plano normativo, lo cual significa que se estaría elevando la lógica al carácter de la deontología, y desde luego se tendrá un sistema totalmente lógico, mismo sistema que a su vez será un delirio sistematizado en razón de estar alejado de la realidad.

Obsérvese, el *deber ser* no es el *ser*, quizá el *deber ser* este destinado a nunca llegar a ser el *ser*, porque si algo *debe ser*, es porque no es. *Verbi gratia*, a nadie se le ocurriría crear una ley que disponga que el corazón esté a la izquierda, ¿por qué?, porque el corazón está ubicado al lado izquierdo del cuerpo humano.

Si existe un *deber ser* en una norma es porque algo tiene que ir en dirección a la norma. Pero entonces, siempre se tiene que tener en la construcción dogmática dos datos: el dato valorativo, vale decir, hacía dónde se dirige la norma, y el dato del grado de realización de

la norma en el plano de la realidad. La función de la construcción dogmática del sistema que se tiene que ofrecer como base a los jueces para que éstos resuelvan lo más racional posible el comportamiento desviado, es impulsar el dato del *ser* en el sentido del *deber ser*, lo cual significa, acortar la distancia entre el *ser* y el *deber ser*. Adviértase entre tanto, si se llegare a prescindir de alguno de los dos datos anteriores, se estaría en presencia de un reduccionismo. O bien se soslayare el dato normativo o valorativo, se estaría en presencia de un reduccionismo sociológico economicista. O bien si se prescinde del dato realidad y se queda solo con el dato normativo, se estaría en presencia de un reduccionismo normativista. Cualquiera de los dos reduccionismos en precedencia, hace que toda construcción dogmática del delito sea inútil para la convivencia humana.

Hoy se presenta una necesaria revisión del concepto de culpabilidad en su más prístina versión de reprochabilidad de acto puro, pues, la culpabilidad ha dejado de ser reprochabilidad y el derecho penal de acto no es el fundamento de la respuesta punitiva. Se ha convertido la culpabilidad en peligrosidad y como consecuencia la reacción punitiva se estriba en el derecho penal de autor, donde el aparato jurisdiccional está juzgando al autor imputable de un delito no con base en la antijuridicidad material, sino con base en la peligrosidad, donde el Estado está enviando a las cárceles a sujetos de las clases menos favorecidas, más débiles y marginales en razón de su vulnerabilidad.

Hoy el derecho penal no se construye con base en el derecho penal de acto, sino con base en el derecho penal de autor, donde la peligrosidad es la protagonista, desconociéndose así la reprochabilidad al momento de la determinación de la pena, dando como resultado el quebrantamiento de los principios de antijuridicidad material y derecho penal de acto, situación que aniquila la conexión o puente entre el injusto y la pena: la culpabilidad.

Referencias

Agudelo, N. (2013). *Curso de Derecho Penal. Esquemas del delito*. Bogotá: Edit. Nuevo Foro.

Revista Nuevo Derecho, 13 (21), 2017

Institución Universitaria de Envigado

Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas

Versión aceptada y revisada por pares. La definitiva tendrá cambios en corrección, formato y estilo

Baratta, A. (2011). *Criminología crítica y Crítica del derecho penal. Introducción a la sociología jurídico-penal*. México DF: Edit. Siglo XXI.

Bacigalupo, E. (1996). *Manual de Derecho Penal*. Bogotá: Editorial Temis.

Colombia. Corte Constitucional (2012). Sentencia C-365 de 2012. Magistrado Ponente. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Colombia. Corte Constitucional (2006). Sentencia C-077 de 2006. Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería.

Fernández, J. (1998). *Derecho Penal Fundamental*. Bogotá: Editorial Temis.

Zaffaroni, E. (1999). *Tratado de Derecho Penal. Parte General. IV*. Argentina: Edit. Ediar.