

LA CULPABILIDAD POR LA VULNERABILIDAD. EL ESFUERZO PERSONAL POR ALCANZAR LA SITUACIÓN CONCRETA DE VULNERABILIDAD COMO VINCULO ENTRE EL SUJETO Y EL DERECHO PENAL PARA LA FORMULACION DEL REPROCHE JURÍDICO: ¿RETRIBUCIONISMO EN LA TEORIA AGNOSTICA DE LA PENA?

Daniel Alejandro De Marco\*

*Hacen una carnicería y la llaman paz.*

Tácito\*

*Cuando un autor escribe un libro, lo hace para que alguien lo lea (lo que puede o no conseguir), pero también... puede suceder...que se altere el paradigma de una ciencia...*

Eugenio Raúl Zaffaroni\*\*

## I. Cambio de paradigma en la ciencia penal

### a) La teoría agnóstica y negativa de la pena.

La *pena* constituye el núcleo básico de nuestra área de conocimiento, motivo por el cual su lisa y llana *abominación teórica* constituye un drástico cambio de paradigma en una ciencia que hasta la actualidad, se encontraba abocada a su justificación.

Sabido es que la función del derecho penal está íntimamente ligada con la de la pena, por lo que un punto de vista concebido sobre tales bases merece un análisis minucioso, particularmente por no provenir de *saberes secantes no jurídicos*, como la criminología o la política criminal, o de movimientos directamente abolicionistas, sino porque lo hace desde adentro mismo del derecho penal con repercusiones dogmáticas.

Aun desde posiciones ideológicas antagónicas y concepciones teóricas diversas, tradicionalmente el derecho penal se mantuvo ocupado exclusivamente en la *interpretación* de las leyes penales, dando por ciertas las diversas *funciones* que se le atribuían (a la pena y al derecho penal), independientemente de su comprobación empírica o, incluso, aun cuando su confrontación con la realidad les demostraba la falsedad de sus afirmaciones.

---

\*Profesor Ayudante de Derecho Penal Parte General de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata.

\* Citado por Hardt, Michael/Negri, Antonio, *Imperio*, Paidós, 2002, pág. 22.-

Todas las notas que siguen corresponden al Tratado de Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, Ediar, Buenos Aires, 2000.-

\*\* § 28, III.

El Tratado de Derecho Penal de los Profesores Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar (en adelante ZAA) concreta las aspiraciones de un modelo integrado de derecho penal, atendiendo a la evolución alcanzada en muy diversas áreas del conocimiento de las ciencias sociales.

Ya no es posible cerrar los ojos a datos obtenidos de las ciencias sociales que expresan con claridad la selectividad criminalizante del poder punitivo, su incapacidad para resolver los conflictos, el efecto deteriorante sobre las víctimas, los criminalizados y los policizados, como tampoco ocultar la existencia de un poder punitivo que se expresa de forma no manifiesta por parte de las agencias de control social, de modo subterráneo y paralelo pero, por sobre todo, como poder de vigilancia.

Teniendo en cuenta a quienes está dirigido, tiene el mérito de exponer sin tapujos que el poder directo de los juristas se limita a la decisión de interrumpir o habilitar la continuación de los casos que seleccionan las agencias ejecutivas, al iniciar el proceso de criminalización secundaria.

La opción por incorporar los datos de la realidad a la construcción de una dogmática penal, marca un hito en la historia del saber penal y coloca a los operadores jurídicos en la disyuntiva de asumir la realidad para ejercer el limitado pero único poder real a su alcance, o mantenerse en la falsa creencia de que el derecho penal inventa el mundo, para permanecer al servicio de un poder al que son ajenos, con el paradójico efecto de que así van erosionando su propio poder.

Los diversos modelos de derecho penal o, mejor dicho, sus diferentes discursos legitimantes, siempre partieron de un presupuesto: el derecho de castigar del estado, la existencia de un *ius puniendi*. El *agnosticismo* niega su existencia y reconoce, en cambio, la de una *potentia puniendi* necesitada de contención.-

Con la renuncia a cualquier teoría positiva de la pena –por falsas o no generalizables- (y con ello a cualquier legitimación del poder punitivo), se elabora un concepto de pena *negativo* (porque no se le asigna ninguna función y se obtiene por exclusión) y *agnóstico* (porque en cuanto a su función se parte de su desconocimiento)<sup>1</sup>.

Al no considerar a la pena como un valor positivo, se localiza el fundamento del derecho penal fuera de ésta; el derecho penal tiene por tarea *legitimar sólo lo único que puede programar: las decisiones de las agencias jurídicas. El único ejercicio de poder que pueden programar no puede exceder el ámbito del reducido poder jurisdiccional que ejercen sobre la criminalización secundaria*<sup>2</sup>.

Por ello, aseguran que una teoría del derecho penal debe ser construida para pautar sólo el poder de las agencias jurídicas del sistema penal, conforme a las reglas de reducción y mínimo de violencia y sobre la base de datos sociales verdaderos, limitándose la función legitimadora al poder de reducción de las agencias jurídicas. A tal fin, proponen la

---

<sup>1</sup> § 5

<sup>2</sup> § 1, I.

construcción de un sistema teleológico orientado a la reducción y contención del poder punitivo y a la asunción decidida del control de constitucionalidad, asumiendo que, en el estado constitucional de derecho, el objetivo del derecho penal debe ser la seguridad jurídica<sup>3</sup>, amenazada por el ejercicio ilimitado del poder punitivo.

Así, el derecho penal se convierte en *la rama del saber jurídico que, mediante la interpretación de las leyes penales, propone a los jueces un sistema orientador de decisiones que contiene y reduce el poder punitivo, para impulsar el progreso del estado constitucional de derecho*<sup>4</sup>.

## **b) La teoría de la responsabilidad**

La teoría de la responsabilidad penal desarrollada por ZAA constituye otro giro copernicano en el ámbito de la ciencia penal y, dentro de ella, el concepto de *culpabilidad por la vulnerabilidad*, cobra trascendental importancia.

La existencia de un delito (acción típica, antijurídica y culpable) permite el requerimiento de intervención a la agencia judicial para autorizar el ejercicio de cierta medida y forma de poder punitivo<sup>5</sup>.

Al requerimiento la agencia tiene la *posibilidad de responder (responsabilidad)* habilitando el ejercicio del poder punitivo en el caso (proceso de formalización de la criminalización secundaria).

El concepto de responsabilidad penal propuesto supone un desplazamiento del sujeto de la exigencia ética, desde el sujeto criminalizable hacia la agencia criminalizante. No es la persona criminalizada la que debe responder, sino que la agencia criminalizante debe hacerlo evitando que se ejerza sobre aquélla un poder punitivo intolerablemente irracional<sup>6</sup>.

En esta función cobra especial relevancia el concepto de *culpabilidad por la vulnerabilidad*, que es el poder de que dispone la agencia responsable para reducir la cuantía del poder punitivo que emerge del indicador de la culpabilidad de acto<sup>7</sup>.

## **II. La culpabilidad como concepto funcional reductor.**

El *sistema teleológico funcional reductor* elaborado por los autores propone a los jueces *contener y reducir el poder punitivo*<sup>8</sup>.

---

<sup>3</sup> §8 Seguridad jurídica es la de los bienes jurídicos de todos los habitantes; son bienes jurídicos de los habitantes los que posibilitan al ser humano su realización como persona.

<sup>4</sup> § 1.

<sup>5</sup> § 26.

<sup>6</sup> Ídem.

<sup>7</sup> Ibídem.

<sup>8</sup> § 1, II.

En este esquema “los conceptos jurídicos siempre son funcionales, porque todos cumplen una función que afecta el ejercicio del poder punitivo”<sup>9</sup>

La *culpabilidad*, por lo tanto, también debe elaborarse conforme al objetivo político reductor o acotante del poder punitivo.

Para ello, se elabora un concepto de *culpabilidad normativa*, que opera tanto dentro de la *teoría del delito*, como en ocasión de construir la respuesta punitiva dentro de la *nueva teoría de la responsabilidad*<sup>10</sup>, que asume como estructural la *selectividad* del sistema punitivo, la cual recae sobre los *vulnerables a la criminalización*.

### III.- La culpabilidad por la vulnerabilidad

#### a) *Selectividad y vulnerabilidad*

*Vulnerables* son los susceptibles de ser alcanzados por el sistema penal<sup>11</sup>.

Fundamentalmente, *vulnerables* resultan ser quienes son *seleccionados* por el sistema penal a raíz de su correspondencia con un *estereotipo criminal*<sup>12</sup>.

El hecho de que las agencias jurídicas (policiales y judiciales) no puedan cumplir con todo el programa de *criminalización primaria*<sup>13</sup>, conduce a la *selectividad criminalizante secundaria*<sup>14</sup> conforme a *estereotipo*.

En ocasiones, el sistema alcanza también a quienes no obstante no ser identificados con el estereotipo criminal, producen *obras ilícitas torpes* fácilmente detectables y, rarísima vez, a quienes han sufrido un *retiro de cobertura*.

Cada persona *seleccionada* tiene un *estado de vulnerabilidad*<sup>15</sup>, que lo aproximan más o menos al riesgo de ser criminalizado secundariamente (*peligrosidad del*

---

<sup>9</sup> § 26s.

<sup>10</sup> § 66, I. Se trata de la misma culpabilidad, sólo que la culpabilidad normativa en la teoría del delito es percibida de modo estático, mientras que en la teoría de la responsabilidad lo es de modo dinámico, conforme a su naturaleza social.

<sup>11</sup> La etimología de *vulnerabilidad* puede reconstruirse a partir de la voz indoeuropea *weld-nes* (*weld* es herir, en latín de *vulnus*, herida). Revela la condición de *herible*. § 2, III, Nota 42.

<sup>12</sup> Sobre la construcción del estereotipo criminal y la asunción del rol, ver la bibliografía citada en §2, III, 1 y § 67, III.-

<sup>13</sup> La *criminalización primaria* es el acto y el efecto de sancionar una ley penal material, que incrimina o permite la punición de ciertas personas. § 1, I.

<sup>14</sup> La *criminalización secundaria* es la acción punitiva ejercida sobre personas concretas. § 1, I.

<sup>15</sup> El *estado de vulnerabilidad* se integra con los datos que hacen al status social de la persona: clase, pertenencia laboral o profesional, renta, estereotipo que se le aplica, etc. § 43, I.

sistema penal) y alcanza una *situación de vulnerabilidad*<sup>16</sup>, a la que accede por un *esfuerzo personal por alcanzar la concreta situación de vulnerabilidad*<sup>17</sup>.

*Selectividad* estructural del sistema penal y *vulnerabilidad* son, pues, los datos sociales que desde esta posición cobran relevancia cuando se pretende construir un complejo teórico orientado a la decisión práctica de conflictos sociales.

### **b) La culpabilidad como filtro en la teoría del delito**

Aunque resulte obvio, conviene mencionar que el agnosticismo rechaza tanto a las corrientes que parten del idealismo deductivo o del preventivismo disuasorio, orientadas a la idea de *retribución*, como a las que, partiendo de teorías más o menos organicistas de la sociedad, encuentran en la *defensa social*, el fundamento de la pena<sup>18</sup>.

Se admite, sin embargo, que la culpabilidad constituye el puente que permite “*vincular en forma personalizada el injusto a su autor*”<sup>19</sup>, aunque exigen para ello dar cumplimiento a la exigencia de incorporar el dato de la selectividad estructural con el objetivo de compensarlo o reducirlo.

La *culpabilidad*, tomando en cuenta este dato y constatando que el poder punitivo selecciona conforme a la vulnerabilidad del sujeto y no a su autodeterminación, tiene como objetivo “*impedir que éste se ejerza en magnitud que supere el reproche que pueda formularse al agente del esfuerzo personal que haya realizado para alcanzar la situación concreta de vulnerabilidad*”<sup>20</sup>.

La *culpabilidad* así pues, es entendida “*como reproche del esfuerzo personal por alcanzar la situación concreta de vulnerabilidad al poder punitivo*”<sup>21</sup>.

Y agregan: “es legítimo el **reproche que formula el derecho penal** del esfuerzo personal por alcanzar la situación de vulnerabilidad, *porque ésa es la medida del esfuerzo que la persona realiza **conspirando contra el propio derecho penal**, en cuanto a su cometido pacificador y reductor de la violencia*”<sup>22</sup>

---

<sup>16</sup> La *situación de vulnerabilidad* es la circunstancia concreta que hizo a la persona vulnerable al poder punitivo. § 26, IV.

<sup>17</sup> “la peligrosidad del sistema penal no se concreta en criminalización sólo por el estado de vulnerabilidad del sujeto”, “*algo debe poner el sujeto para ser criminalizado*” Este *algo* es el *esfuerzo personal del sujeto por alcanzar la concreta situación de vulnerabilidad*. § 43, I.

<sup>18</sup> § 43, I.

<sup>19</sup> ídem

<sup>20</sup> íbidem.

<sup>21</sup> § 43, I.

<sup>22</sup> ídem

Y concretan: “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**”<sup>23</sup>.

### **c) La culpabilidad como elemento para la construcción de la respuesta punitiva**

Junto al resto de la doctrina dominante, el agnosticismo se afirma en la idea de que “la medida de la pena debe ser la medida de la culpabilidad” y que “la culpabilidad por el acto señala el límite máximo de la pena en concreto, porque es el máximo de reproche posible”.

No obstante, a la hora de la *cuantificación penal*, la culpabilidad por el acto exige considerar el esfuerzo por la vulnerabilidad, para derivar en culpabilidad normativa..

Ello se logra a través de “un juicio valorativo dialéctico, en el que acaban sintetizándose la reprochabilidad por el acto (que prescinde de la selectividad y, por ende, de la vulnerabilidad), y un cálculo del esfuerzo que el agente haya hecho por alcanzar la situación concreta de vulnerabilidad al poder punitivo, resultando de ambas culpabilidades (por el acto y por la vulnerabilidad) la culpabilidad normativa”<sup>24</sup>.

La *culpabilidad normativa* constituye el indicador de mayor aproximación de la cuantía de la pena.

La *culpabilidad indicadora*, como límite máximo del poder punitivo habilitable, se construye entonces teniendo en cuenta la *magnitud del injusto* como objeto del reproche, la magnitud de la *culpabilidad por el acto*, y la *culpabilidad por la vulnerabilidad*.

El *grado de injusto* como objeto del reproche considera la “*naturaleza de la acción*”, que se integra con los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causados<sup>25</sup> y la *participación que haya tomado en el hecho*<sup>26</sup>

En cuanto a la *culpabilidad por el acto* la *motivación* es la base de su reproche<sup>27</sup>. Con meridiana claridad se dice: “La calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir es la base más incuestionable del reproche de culpabilidad por el acto. Con la motivación se está tocando el núcleo de la culpabilidad, puesto que la esencia de la misma es, precisamente, haber podido motivarse de otra manera...El grado de aberración del motivo está dado por la medida de la incompatibilidad de éste con la preservación de lo bienes

---

<sup>23</sup> ibídem

<sup>24</sup> § 66, I.

<sup>25</sup> § 67, I.

<sup>26</sup> § 67, I. Puesto que “no es igual el contenido de injusto del comportamiento de quien propone a otro el plan, aporta todos los datos necesarios e incluso lo decide a compartir la tarea, que la del que simplemente acepta compartirla”

<sup>27</sup> § 66, I. “el motivo funda un mayor o menor reproche en razón directa con la intensidad de su aberración y el grado de escogimiento o ámbito de autodeterminación en la situación constelacional concreta”.

*jurídicos...Cuanto más baladí sea el motivo y mayor el contenido injusto del hecho, mayor será el reproche*<sup>28</sup>

Sobre esta base opera la *culpabilidad por la vulnerabilidad*.

Al reproche por el acto “se contraponen la resta que importa tomar en cuenta el estado de vulnerabilidad del agente, que en el peor de los casos puede ser nulo (bajo estado de vulnerabilidad), pero que nunca puede operar sobrepasando el nivel de indicación de pena emergente del juicio de reproche de la culpabilidad por el acto”<sup>29</sup>.

La coincidencia con el estereotipo negativo (*tipicidad social negativa*) configura un estado de alto nivel de vulnerabilidad que le es propio, y que lo expone a la selección criminalizante como constante sospechoso al tiempo que lo impulsa a ella, mientras que la *atipicidad social negativa de la persona* permite realizar injustos con muchas menos probabilidades de criminalización<sup>30</sup>.

Se admite sin embargo que “por alto que sea un estado de vulnerabilidad, el sujeto debe haber cometido un delito y haber realizado cierto esfuerzo por alcanzar una situación concreta de vulnerabilidad...”<sup>31</sup>

Por ello “es necesario medir el esfuerzo personal que éste haya realizado para alcanzar la concreta situación de vulnerabilidad”<sup>32</sup>.

Como se puede apreciar, la culpabilidad por el acto entonces deja de ser el exclusivo indicador de la cuantía penal, a la que debe oponerse el esfuerzo personal por alcanzar la concreta situación de vulnerabilidad, es decir, debe restarse el propio estado de vulnerabilidad del sujeto. Mediante este dispositivo se llega a la culpabilidad normativa, que va a indicar la cantidad de poder punitivo habilitado para el caso concreto.

#### **IV. Crítica a la culpabilidad normativa: ¿Retribucionismo en la teoría agnóstica de la pena?.**

Quizá sea en el ámbito de la culpabilidad donde la teoría agnóstica de la pena debe realizar su mayor esfuerzo teórico, para superar la aparente contradicción que surge de conceder al derecho penal la posibilidad de formular un reproche.

El juicio valorativo dialéctico del que resulta la culpabilidad normativa implica que una vez que la agencia judicial agotó todo su poder reductor (mediante el descuento que

---

<sup>28</sup> A la motivación debe añadirse “*La edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto*, que reflejan indicadores de personalidad o bien de las características personales del agente, que denotan el ámbito de autodeterminación, junto a la *miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos*.”

<sup>29</sup> § 66.

<sup>30</sup> § 67, III

<sup>31</sup> ídem

<sup>32</sup> § 66.

se ha hecho por el propio estado vulnerabilidad) puede todavía haber quedado un saldo pendiente (una deuda) que el derecho penal no pudo contener.

Como el poder punitivo no puede cobrarlo, dada la ilegitimidad de su proceso selectivo, el acreedor legítimo pasa a ser el derecho penal, que intima al sujeto al pago de su esfuerzo personal, generador de riesgo para el estado de derecho.

Nos parece que con ello el derecho penal deja de ser el punto de encuentro entre el sujeto criminalizado y el poder punitivo y, como acreedor de ese esfuerzo personal, pasa a ocupar el lugar de éste último.

La objeción que podría formularse a la teoría agnóstica de la pena es que sea el propio derecho penal quien deba formular el reproche. Si lo único que pretende legitimar es el poder de la agencia jurídica, para ver hasta dónde puede llegar en su función contentora, y no le asigna a la pena ninguna función, ese aspecto podría no haberse incluido.

Sin pasar por alto las argumentaciones ensayadas en el sentido de que el reproche que formula el derecho penal no se trata de un reproche ético, sino jurídico<sup>33</sup>, sigue siendo dudoso que la pena no se relegitime, cuando *continúa siendo el derecho penal* quien cobra al sujeto su esfuerzo personal por alcanzar la concreta situación de vulnerabilidad.

Asumir que para evitar *“una contradicción frontal con la ética” “ se procede a descontarle su estado de vulnerabilidad”* (o, lo que es lo mismo, ponerle a su cargo sólo su esfuerzo personal por alcanzar la situación concreta de vulnerabilidad)<sup>34</sup>, a la vez que reconocer que *“la posibilidad de formulación de un reproche formalmente ético es un presupuesto del reproche del esfuerzo por la vulnerabilidad”*<sup>35</sup>, insinúa que la *“despedida de Kant y Hegel”* jamás se va a producir.

Los indicadores utilizados para la construcción de la respuesta punitiva parecen así señalarlo: el dolo, la motivación, el esfuerzo personal por alcanzar la concreta situación de vulnerabilidad, sugieren la idea de un derecho penal que retribuye.

Creemos que, desde una perspectiva teórica agnóstica, ningún reproche debiera efectuar el derecho penal al sujeto, se trate de lo realizado conforme a su porción de espacio autodeterminado, sea por conspirar contra el propio derecho penal.

Las propias limitaciones nos inhiben de considerar estas líneas con el pomposo rótulo de crítica; más que una crítica constituye una colaboración con signos de interrogación, toda vez que percibimos que la base ética del reproche –y su traducción jurídica– conserva el sabor de la retribución y que, del mismo modo en que no hay que buscar un fundamento para sostener la mayor agravación del dolo respecto de la culpa, a un sistema construido con base en la teoría agnóstica de la pena, le basta con cumplir su objetivo reductor y acotante.

---

<sup>33</sup> § 43, § 66.

<sup>34</sup> § 66.

<sup>35</sup> Ídem.