

# La culpabilidad por la vulnerabilidad como medida de la pena: una revisión al concepto de culpabilidad penal

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

Duvan 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 reflejo de una realidad social*  
ALFONSO REYES ECHANDÍA

## Resumen

El problema de la culpabilidad penal 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 teóricos de la misma, pudiendo distorsionarlos totalmente por defecto de sustentación en las etapas anteriores. El problema surge cuando la culpabilidad penal deja de ser concebida como juicio de reproche y se sustenta en la peligrosidad, por lo que el derecho penal no se estaría erigiendo en un derecho penal de acto, sino en un derecho penal de autor, 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 que tiene raíces profundas y consecuencias bastante graves.

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

## 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 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

\* Estudiante de Derecho, Institución Universitaria de Envigado, dr.duvancabogado@gmail.com  
Envigado – Antioquia.

## 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, 1996, p. 2). Ese comportamiento desviado para que tenga relevancia jurídico-penal debe ser punible, lo cual significa que debe ser castigado con pena criminal, y por tanto en los términos del artículo 9° de la Ley 509 de 2000, se requiere que sea típico, antijurídico y culpable.

Siendo la culpabilidad penal 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, pues de un lado se exige la lesión al derecho<sup>1</sup>, y del otro, esa lesión al derecho se traduce 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 obvia a estos dos interrogantes es, no se puede.

Para la imposición de una pena, principal consecuencia jurídico-penal del delito, no es suficiente con la inferencia razonable para formular imputación<sup>2</sup>, es decir, para vincular formalmente a la investigación a una o varias personas, ni tampoco con la probabilidad de verdad de la comisión del delito para formular acusación<sup>3</sup> de una conducta típica

---

<sup>1</sup> La Ley 599 de 2000, consagra en el artículo 11 el principio de antijuridicidad material o principio de lesividad, disponiendo que “para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa el bien jurídicamente tutelado por la ley penal”.

<sup>2</sup> El artículo 287 del Código de Procedimiento Penal, establece las situaciones que determinan la formulación de imputación, disponiendo que “el fiscal hará la imputación fáctica cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, se pueda inferir razonablemente que el imputado es autor o participe del delito que se investiga...”

<sup>3</sup> El artículo 336 del C.P.P., establece los requisitos para formular acusación, y dispone que “el fiscal presentará el escrito de acusación ante el juez competente para adelantar el juicio cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida, se pueda afirmar, con probabilidad de verdad, que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o participe...”

y antijurídica. Como se deduce de algunos presupuestos del derecho penal vigente en cualquier país civilizado, la comisión de un hecho delictivo, en el sentido de conducta típica y antijurídica, no presupone *per se* la imposición de una pena al autor o partícipes 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 la conexión o puente entre éste y aquella, la respuesta punitiva del Estado solo sería posible –valga la paradoja– 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 permanecerían iguales, cuando se sabe que el ser humano es cambiante.

Esa conexión o puente del que se habla, se materializa con la cuantificación de la pena, es decir, con la forma como se cuantifica la pena cuando se tiene un injusto penal en un determinado nivel de gravedad, manifestado a través de 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 del concepto de culpabilidad.

Es en este punto donde surge una especie de disolución conceptual del derecho penal contemporáneo, que tiene raíces profundas y consecuencias bastante graves. Es por ello, que se hace necesaria una reflexión tendiente a la recuperación del concepto de culpabilidad penal en su más prístina versión, no como peligrosidad sino como aquel juicio de reproche que deberá hacerse al autor del delito.

Juicio de reproche entendido 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, y aun así éste actúa contrario a derecho. De esta manera, el operador jurídico, mantendrá incólume el principio del derecho penal de acto, principio fundante del derecho penal colombiano, lo cual se verá reflejado al momento de la determinación judicial de la pena o dosimetría penal, que tendrá relación con 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 sin justa causa, un bien jurídico objeto de tutela por parte de la ley penal, no como sucede hoy en el sistema jurídico-penal y carcelario, donde el Estado está enviando a las cárceles a los 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, soslayando el juicio de reproche al momento de la determinación de la pena, lo que consecuentemente resulta atentatorio al principio del derecho penal de acto, abriendo paso a un derecho penal de autor, por lo que la aplicación del derecho penal se está deslegitimando, y en consecuencia, se está desvaneciendo el concepto de culpabilidad penal, entendido como reprochabilidad o juicio de reproche, para ser entendido tal concepto como peligrosidad positivista como discurso vigente en el principio fundante del derecho penal de acto.

De allí que, este artículo se ocupe de realizar una reflexión necesaria sobre la disolución del concepto de culpabilidad, y pretenda, por tanto, crear una revisión de tal concepto, para crear una fisura a la aplicación actual del derecho penal, para mantener incólumes los principios de lesión y de acto en el derecho penal contemporáneo.

## 1. El concepto de culpabilidad penal

La dogmática penal, se ha desarrollado a la largo de la historia a través de dos grandes corrientes de pensamiento: (i) el positivo penal italiano<sup>4</sup>, y (ii) el positivismo penal alemán<sup>5</sup>. Esta última corriente de pensamiento está compuesta por la escuela clásica, la escuela neoclásica y la escuela finalista. Fue entonces, el positivismo penal alemán el que definió el delito como conducta típica, antijurídica y culpable<sup>6</sup>. Definición que hoy es común en la ley y en los textos doctrinarios,

---

<sup>4</sup> Se circunscriben a esta corriente de pensamiento autores como Cesare Lombroso, Enrique Ferri, Francesco Carrara, Raffaele Garofalo, Giuseppe Bettiol, entre otros.

<sup>5</sup> Pertenecen a esta corriente autores como Franz von Liszt, Ernst Beling, Edmund Mezger, Hans Welzel, Alexander Graf zu Dohna, Günther Stratenwerth, Günther Jakobs, entre otros.

<sup>6</sup> Téngase en cuenta que, como lo afirma Hans Heinrich Jeschek, “el concepto del delito como acción típica, antijurídica y culpable, del cual proceden en la actualidad todas las doctrinas en Alemania, no ha sido obra de un solo espíritu eminente, sino que descansa en una larga evolución histórica”.

pues el artículo 9° del Código Penal Colombiano acoge dicha estructura sistemática de la configuración de la conducta punible, cuya función principal es servir de herramienta mental de cara a analizar casos concretos con relevancia jurídico-penal.

### **1.1 La culpabilidad en la escuela clásica del delito**

La escuela clásica del delito, cuyos representantes más significativos son Franz von Liszt y Ernst Beling, concibieron la culpabilidad como el nexo psicológico que constituye el aspecto subjetivo del delito, es decir, una culpabilidad causalista, por ser una “relación subjetiva entre el acto y el autor” (Liszt, 1927, p. 388).

En ese orden de ideas, la culpabilidad es una realidad psicológica existente en el individuo. Para que exista dicho elemento es necesario que se dé un acto de voluntad el cual supone una representación a la cual tiende la culpabilidad. El dolo y la culpa conforman la culpabilidad en la escuela clásica del delito.

### **1.2 La culpabilidad en la escuela neoclásica del delito**

En la escuela neoclásica del delito, fue Reinhard Frank, quien en 1907 escribió su obra célebre titulada “Estructura del concepto de culpabilidad”. En esta pequeña obra, Frank demostró que muchas veces en la culpabilidad existía un nexo psicológico entre el autor y el hecho, sin embargo, no se podía decir que existiera culpabilidad (Frank, 1996). Por esta razón, la culpabilidad no puede agotarse solamente en una vinculación psicológica, sino que la culpabilidad es algo más, es un juicio de reproche.

El juicio de reproche o reprochabilidad –dice Frank– es un concepto complejo, entre cuyos elementos están, al lado del dolo y la culpa, la inimputabilidad y las circunstancias del hecho antijurídico. Así, el concepto de reprochabilidad, es solo una breve síntesis de los distintos elementos de la culpabilidad (Frank, 1966), que enunciados en forma completa y sistemática son:

- a) Una actitud espiritual normal del autor, lo cual se denomina imputabilidad,
- b) Una cierta concreta relación psíquica del autor con el hecho (dolo), o aun la posibilidad del hecho (culpa),

c) La normalidad de las circunstancias en las cuales el autor del delito obra, es decir, la exigibilidad de otra conducta.

En síntesis, para la escuela neoclásica del delito, la culpabilidad se apoya en la violación del deber jurídico impuesto por la prohibición o el mandato. Su específico carácter normativo consiste en la constatación de tal contrariedad al deber, que es lo que es denominado juicio de reproche. La reprohabilidad se realiza contra el autor del delito por haber decidido actuar contra el derecho, cuando hubiera podido (imputabilidad, normal motivación de la voluntad, dominio del hecho), actuar conforme al derecho, y en derecho debido (exigibilidad), determinarse a actuar conforme al deber de la norma incriminadora.

### **1.3 La culpabilidad en la escuela finalista del delito**

Hans Welzel (1956), máximo precursor de la teoría finalista, estableció que el delito, parte de una acción pero tiene una finalidad o un fin, es decir, el delito basa su creación en una relación ético-social en donde en primer plano se encuentra la culpabilidad como elemento del delito. De ahí que la teoría finalista hace un análisis de la culpabilidad del delincuente tomando en cuenta el fin o fines de la acción este; ésta ideología recibe el nombre de finalista por que atiende principalmente al estudio técnico-jurídico sobre la finalidad del autor para cometer el delito.

La escuela finalista, propuso un concepto de culpabilidad carente de todo elemento psicológico (como lo concebía la escuela neoclásica que ubicaba el dolo y la culpa como elementos de la culpabilidad), como quiera que el dolo y la culpa no son elementos de la culpabilidad, pero sí son elementos del tipo penal subjetivo que previamente están establecidos en la norma. De esta manera, los finalistas erigen un concepto de culpabilidad como puro juicio de reproche. Juicio que “se le hace el sujeto imputable, que ha obrado de manera típicamente dolosa o culposa y con antijuridicidad” (Agudelo, 2013, p. 136). Esto significa que, la reprochabilidad ubica al sujeto en circunstancias que le hacían exigible el comportamiento conforme a la ley, pero no la obedeció; Welzen, parte del libre albedrío en la fundamentación de

la culpabilidad y por tal razón sostiene que el reproche implica una persona libre en sus concretas circunstancias (1956, p. 230).

En el finalismo, la culpabilidad al ser un juicio de reproche, tiene como supuestos los siguientes elementos:

- a) La imputabilidad (capacidad de motivación del autor del delito de dirigir una acción a un determinado fin contrario a la ley),
- b) La conciencia actual y potencial de la antijuridicidad (el autor del delito conoce la norma y sabe que su comportamiento está prohibido pero aun así dirige su acción para lograr un fin determinado),
- c) La exigibilidad de otra conducta (capacidad del autor del delito de poder actuar de otro modo, es decir, actuar conforme a la ley).

En síntesis, “el juicio de reproche que supone la culpabilidad, era un puro juicio de valor en el cual la reprochabilidad de la conducta, podía exigirse en cuanto la conducta finalmente requerida, no guardó el cuidado objetivamente debido para evitar el resultado” (Tobón, 1998, p. 82).

## **2. La pérdida del concepto de culpabilidad como juicio de reproche**

En el curso del siglo pasado, el peligrosismo –que surge con el positivismo penal italiano–, creó una disolución al concepto de culpabilidad entendida como reprochabilidad. El peligrosismo entendía que no solo bastaba con la punición de los delitos consumados o tentados, sino que convenía anticiparse a la realidad de la delincuencia, adoptando medidas de seguridad contra los sujetos de los cuales existía fundadamente por condiciones personales, de relación o de ambiente, la posibilidad de comisión de actos contrarios a los intereses sociales e individuales.

El concepto de estado peligroso se aplicaba a aquellos individuos que no pertenecían a la categoría de personas normales, es decir, a todos aquellos anormales: enfermos de mente, pobres, vagabundos, feos con características similares al del criminal nato, a todos aquellos que constituían una clase peligrosa que cuestionaba el ambiente en que vivían (Bogun, 2003). Los individuos anormales y degenerados eran peligrosos, y por lo tanto debían ser corregidos o neutralizados para

el bien de la sociedad y de sí mismos. El límite a la intervención del Estado se desarrolló en aras de la peligrosidad como fundamento y medida de función punitiva.

El positivismo penal italiano, reemplazó el reproche en la culpabilidad por la peligrosidad, en la que el delito, la infracción o el injusto penal pasaron a ser un signo revelador del supuesto peligro del autor. Perdiendo importancia la lesión al derecho<sup>7</sup>, y tomando capital significación el reduccionismo biológico.

El máximo representante del discurso reduccionista biológico fue Cesare Lombroso con su célebre obra titulada “El hombre delincuente”, en la que sostenía que existía un delincuente nato, entendiendo por tal, aquella especie de delincuente que por presentar ciertas características físicas o morfológicas 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, originándose el nacimiento de una criatura, de una persona mal desarrollada que estaría determinada a ser delincuente (Huertas, 2011).

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, por cuanto Enrico Ferri, “amplía y configura con un criterio más unitario y coordinado la visión del positivismo, partiendo de considerar que el hombre está fatalmente determinado a cometer delitos por el hecho de vivir en sociedad, pues ésta genera los motivos de la delincuencia” (Huertas, 2011).

Sin embargo, ese positivismo peligrosista en la dogmática 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 denomina 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, 1986, p. 239).

La culpabilidad de Von Liszt, era lo que hoy se denomina el aspecto subjetivo del tipo penal, vale decir, el dolo, la culpa o la preterintención, y no permitía graduación. Liszt graduaba la culpabilidad con base en la peligrosidad positivista de la época. Por tanto, la culpabilidad no era culpabilidad propiamente dicha, sino 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, 1986, p. 239).

Esta era pues, la famosa culpabilidad descriptiva o culpabilidad naturalística de la construcción dogmática de Von Liszt y de la escuela clásica del delito. Este concepto de culpabilidad se mantuvo vigente hasta 1907, cuando renace la teoría de la culpabilidad, entendida como juicio de reproche o reprochabilidad. Ulteriormente, fue la escuela finalista de Hans Welzen, la que le da el carácter de reprochabilidad a la culpabilidad –como se señaló en párrafos anteriores–, donde uno de sus elementos constitutivos del juicio de reproche es la exigibilidad de otra conducta.

### **3. El reproche y la reprochabilidad**

Adviértase que, reproche no es sinónimo de reprochabilidad. Lo que se le reprocha al autor es que haya realizado una conducta típicamente antijurídica cuando podría exigírsele que no la realizara. De allí que, cuando no hay injusto no hay reproche jurídico-penal. Desde luego, se suscita un reproche ético o moral, 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, 1999, p. 27).

La reprochabilidad, entonces, no es el reproche mismo, pues el reproche lo hace el orden jurídico, mientras 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.

#### **4. La disolución conceptual de la culpabilidad: reprochabilidad por la peligrosidad**

La culpabilidad penal, 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 se aferrara 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 la conducta típicamente antijurídica y la pena. Lo cual reflejaría que la reacción punitiva del Estado está determinada por la peligrosidad del autor imputable del delito, desconfigurándose así la sistemática propia de la estructura de la conducta punible.

Como definición general del término peligrosidad, algunos autores han propuesto la conceptualización de peligrosidad como “capacidad para cometer conductas antisociales” (Chargoy, 1999). No obstante, esta definición es excesivamente general y puede asociarse más bien con lo que habitualmente se denomina peligrosidad social, puesto que no hace referencia específicamente a la comisión de hechos delictivos. En este sentido, si bien es habitual que la criminología proponga su propia definición de delito, más amplia que la ofrecida por el derecho penal, recuérdese que, no toda conducta antisocial puede ser considerada como delito.

Será Ferri quien, acertadamente, distinga entre peligrosidad social y peligrosidad criminal. La primera será entendida como “la mayor o menor probabilidad de que un sujeto cometa un delito” (1933, p. 135), mientras que la segunda se refiere a “la mayor o menor re-adaptabilidad a la vida social de un sujeto que ya delinquirió” (1933, 135.). Por tanto, la peligrosidad social se refiere a la posibilidad de que una

persona se convierta en un peligro para la sociedad, es decir, que llegue a estar determinada biológicamente (determinismo criminal) a delinquir, creando un riesgo social o marginalidad no deseable para el resto de la comunidad.

Ahora bien, cuando el positivismo entre en crisis, comienza la preocupación por crear un concepto de culpabilidad que sea el equivalente funcional de la peligrosidad que entró en declive. Se crea entonces, una culpabilidad como puro juicio de reproche, fundante de un derecho penal de acto. No obstante, la peligrosidad se ha disuelto en una culpabilidad de acto, convirtiéndose en un problema para el ejercicio del poder punitivo, puesto que, si se le reprocha un injusto penal a un sujeto imputable conforme al ámbito de autodeterminación que tiene para abstenerse de consumir o desistir de un delito, hay sujetos que tienen un ámbito de autodeterminación en unas circunstancias más amplio y otros que tiene ese mismo ámbito de autodeterminación más limitado.

Así, por ejemplo, suponiendo que un sujeto tímido, apocado, muy difícil de relacionarse con otras personas, al que naturalmente le cuesta mucho mentir, de buena clase social y con estudios superiores, comete el delito de secuestro extorsivo. Y suponiendo ahora que, 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. Se puede preguntar entonces ¿cuál de los dos sujetos es más reprochable? *Prima facie*, se respondería que el comportamiento del primer sujeto sería menos reprochable, puesto que este 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, por cuanto puede volver a cometer el mismo delito, toda vez que es proclive a la delincuencia. Es ésta la peligrosidad pura, misma peligrosidad que reemplazó la finalidad y el concepto de la culpabilidad entendida como reprochabilidad.

Para tratar de reemplazar 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. Por esta

razón, 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 ocultando 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 este cometió. Dando paso así, no a un derecho penal de acto, sino a un derecho penal de autor, en el que la peligrosidad es la protagonista.

## **5. El discurso legitimante del poder punitivo del Estado: Derecho penal de autor y Derecho penal de acto**

Desde el punto de vista de la esencia de las distintas concepciones de la relación del delito con el autor, el delito puede ser para algunos (i) una infracción o lesión jurídica, y para otros (ii) el signo o síntoma de una inferioridad moral, biológica o psicológica. Por esta razón, el discurso legitimante del poder punitivo del Estado para los primeros, es el desvalor de la acción que se agota en el acto mismo (lesión). En tanto que, para los segundos, es sólo una lente que permite ver algo en lo que se deposita el desvalor y que se halla en una característica del autor. Así, la reacción punitiva del Estado se legitima en un derecho penal de acto o en un derecho penal de autor.

### **5.1 El derecho penal de autor**

Para el derecho penal de autor, el delito es signo de una falla en un aparato complejo, pero que no pasa de ser una complicada pieza de otro aparato mayor denominado sociedad. “Esta falla del mecanismo pequeño importa un peligro para el aparato mayor, es decir, indica un estado de peligrosidad. Las agencias jurídicas constituyen aparatos mecánicamente determinados a la corrección o neutralización de las piezas malas” (Zaffaroni, 2002, p. 66). Dentro de esta corriente, ni los criminalizados ni los operadores jurídicos son personas, sino cosas complicadas, destinadas unas por sus fallas a sufrir la criminalización (criminalización primaria), y otras, por sus especiales composiciones a ejercerla (criminalización secundaria).

Se trata pues, de un juego de parásitos y leucocitos del gran organismo social, pero que no interesan en su individualidad, sino sólo en razón de la salud de este. De cualquier manera, es bueno destacar que los argumentos del derecho penal de autor que idolatra una divinidad mecánica e impersonal, no siempre son consecuentes con sus planteamientos, pues suelen ocultar posiciones de su versión contraria y vestir con “ciencia” mecánica valoraciones meramente moralizantes.

En el discurso del derecho penal de autor, el criminalizado es un ser inferior, es decir, presenta una inferioridad mecánica que lo hace peligroso, y por ello penado, pero no es su persona la única que se desconoce, pues el discurso del derecho penal de autor le propone a los operadores jurídicos la negación de su propia condición de personas.

En ese orden de ideas, el derecho penal de autor parece ser producto de un desequilibrio crítico deteriorante de la dignidad humana de quienes padecen y practican la criminalización (Zaffaroni, 2002). En suma, el derecho penal de autor legitima el *ius puniendi* del Estado hacia la personalidad del sujeto, no hacia la conducta antijurídica que el sujeto realiza.

## 5.2 El derecho penal de acto

En sus versiones más puras, “el derecho penal de acto concibe al delito como un conflicto que produce una lesión jurídica, provocado por un acto humano como decisión autónoma de un ente responsable (persona) al que se le puede reprochar y, por tanto, retribuirle el mal en medida de la culpabilidad (de la autonomía de voluntad con que actúo)” (Zaffaroni, 2002, p. 67). Así, este discurso requiere que los conflictos se limiten a los provocados por acciones humanas (*nullum crimen sine conducta*), una estricta delimitación de los mismos en la criminalización primaria (*nullum crimen sine lege*), y la culpabilidad por el acto como límite de la pena (*nullum crimen sine culpa*).

El derecho penal de acto, en el plano procesal, exige un debate de partes ceñido a lo que sea materia de acusación, y de ese modo separa las funciones del acusador, del defensor y del juez (sistema acusatorio). Aunque ninguno de estos principios se cumple estrictamente, no cabe duda que las agencias jurídicas que los asumen deciden con

menor irracionalidad y violencia que el resto de teorías legitimantes de la reacción punitiva.

Con todo, el derecho penal de acto, dirige la respuesta punitiva del Estado hacia lo que el autor del delito hace (lesión del bien jurídico tutelado por la ley penal), no hacia la personalidad del sujeto.

### **5.3 La legitimación del poder punitivo del Estado en el derecho penal colombiano**

El derecho penal colombiano, en general, y el principio de culpabilidad en particular, están fundados en el derecho penal de acto. Por ello, la Corte Constitucional, mediante sentencia C-077 de 2006, afirmó que

“En la doctrina penal se distingue entre 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 él mismo, previstas expresa y previamente en la ley como contrarias a bienes fundamentales de la sociedad y de sus miembros y que hace a aquel merecedor de una sanción”.

En igual sentido, el más Alto Tribunal Constitucional, mediante 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 co-

meter 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”.

Adviértase que, aunque los pronunciamientos de la Corte Constitucional parezcan convincentes y ajustados a los postulados de la Carta Política de 1991 y del ordenamiento jurídico-penal, la realidad demuestra que se ha reemplazado la culpabilidad como reprochabilidad, por una culpabilidad como peligrosidad, erigiéndose así nuevamente un derecho penal basado en el peligrosismo que imperaba en tiempos pasados, donde el Estado supuestamente adopta el principio del derecho penal de acto para legitimar su poder punitivo, pero en realidad está adoptando un derecho penal de autor en cuanto a los imputables se refiere. La jurisdicción penal en el Estado colombiano, está reemplazando la reprochabilidad por la peligrosidad en el derecho penal de acto, algo que resulta inadmisibles y peligroso en un Estado Social de Derecho. Es por esta razón que, la reacción punitiva del Estado a través de la Fiscalía General de la Nación, los jueces y magistrados, se está aplicando de manera ilegítima.

En ese orden de ideas, la respuesta punitiva del Estado está sustituyendo el derecho penal de acto y la culpabilidad como reprochabilidad, esto es, el juicio de reproche que merece el autor de la conducta punible por cuanto no guardó el cuidado objetivo para evitar el resultado lesivo de un bien jurídico tutelado por la ley penal y desobedecer la norma, por un derecho penal de autor, el cual reclama el castigo del modo de ser del actor imputable del delito. Lo anterior significa, que, con el derecho penal de autor, el poder punitivo está desconociendo el principio de antijuridicidad material, y consecuentemente, está criminalizando sujetos imputables no por la lesión o efectiva puesta en peligro sin justa causa de un determinado bien jurídico, sino por su peligrosidad o determinismo criminal, es decir, por ser proclive al delito. En la aplicación del derecho penal, el operador jurídico, está dejando de lado el derecho penal de acto, esto significa, que, está soslayando el daño real o potencial al bien jurídico (principio de lesividad o antijuridicidad material), y está aplicando la norma penal valorando la personalidad del actor del delito.

Salta a la vista, que la respuesta punitiva del Estado en el derecho penal colombiano, está dirigida hacia la personalidad del autor del delito, esto es, hacia la peligrosidad o tendencia al fenómeno criminal, donde el aparato jurisdiccional está adoptando el discurso legitimante propio de un derecho penal de autor, por tanto, el *ius puniendi* está deslegitimado como quiera que se está prescindiendo del discurso legitimante del derecho penal de acto, lo cual significa que el operador jurídico está aplicando la norma penal, y está juzgando al autor del delito desconociendo el principio de antijuridicidad material, pues está juzgando con base en la personalidad de aquel.

Téngase en cuenta que, el derecho penal de acto, está consagrado en la Constitución Política de Colombia de 1991, en cuanto se erige dentro de un Estado Social de Derecho, que tiene como uno de sus pilares fundamentales el respeto por la dignidad humana (artículo 1°), 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), 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 detención sino por motivo previamente definido en la ley (artículo 28), y en igual sentido, 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 le haya declarado judicialmente culpable (artículo 29).

Con lo anterior, se mantiene latente la vieja fórmula del peligrosismo positivista, pues, la culpabilidad se está concibiendo como peligrosidad, no como reprochabilidad, aplicándose un derecho penal de autor, no un derecho penal de acto. 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 propio de la culpabilidad, y fundante de un derecho penal de acto.

## 6. La culpabilidad como juicio de reproche

Está admitida en líneas generales por toda la doctrina penal contemporánea la dicotomía existente en la culpabilidad, 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 conte-

nido. Obsérvese, entre tanto, que 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, toda vez que la culpabilidad por su esencia resulta violatoria del contenido ético.

De este 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? De entrada, es necesario responder categóricamente que 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 autor realizó *a priori* y *a posteriori* de la comisión del delito, para luego hacer un juicio personal,
2. Las conductas típicamente antijurídicas que se reprochan son seleccionadas,
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 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 autor imputable del delito. Luego, la reprochabilidad de la conducta típicamente antijurídica no supone el conocimiento de la personalidad del autor del delito. Desde luego, la personalidad del sujeto activo del delito sí se tiene que tomar en consideración para saber cuál fue el catálogo de posibles conductas que se le presentaron al momento de cometer el hecho. También deberá tenerse en cuenta la personalidad del autor para poder determinar la pena, ya sea medida de seguridad o medida de aseguramiento.

Así por ejemplo, también sucede con las circunstancias de menor punibilidad contenidas en el artículo 55 del Código Penal, pues el numeral 1° de dicha disposición señala como tal la carencia de antecedentes penales. Esta circunstancia de menor punibilidad, supone el conocimiento de la personalidad del autor *a priori* de la comisión del

delito. Misma circunstancia que será relevante al momento de realizar el proceso dosimétrico de la pena.

En relación con el segundo argumento, las conductas típicamente anti-jurídicas que se reprochan son seleccionadas, por lo tanto, el juicio de reproche que exige la culpabilidad no puede –y no debe– ser un juicio ético.

Obsérvese que, esa selectividad de las conductas típicamente antijurídicas no solo están 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 trasforman 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 las reglas (criminalización secundaria: proceso de aplicación de las reglas generales). La manera en que los miembros de la sociedad definen un cierto comportamiento como tipo criminal forma parte, por eso, del cuadro de la definición psicológica del comportamiento desviado, y su estadio debe, precisamente por esta razón, proceder al examen de la reacción social ante el comportamiento” (Baratta, 2011, pp. 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 tipifican. Así, por ejemplo, nos hemos quedado con la percha del ropero del hotel (hurto), nos quedamos con el libro prestado (abuso de confianza), no ayudamos a otro sujeto cuando este pide socorro (omisión de socorro), etc. Por fortuna, la criminalización es seleccionada, de lo contrario, si todas las personas del Estado colombiano 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 paralizaría.

La criminalización primaria (creación, modificación o supresión de la ley penal), entonces, es un programa solo realizable en una medida limitada. Es en 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 y tribunales penales tienen capacidad de procesar determinado número de delitos, y la cárcel tiene espacio para determinado número de presos. En síntesis, la criminalización primaria, es gigantesca, mientras que la criminalización secundaria es limitada (aplicación de la ley penal). Hay, pues, una necesaria e inevitable selectividad estructural.

Tratándose del tercer argumento, el juicio de reproche que exige la culpabilidad, no es un juicio ético como quiera que quien realiza dicho juicio es el Estado. Y, como bien se sabe, el Estado está ejerciendo el poder punitivo o *ius puniendi*, no realizando juicios de carácter ético. Con todo, el poder punitivo se ejerce de un modo inequitativo, de un modo desigual.

## **7. La selectividad: problema para adoptar la culpabilidad como juicio de reproche**

### **7.1 Criminalización primaria y secundaria**

Todas las sociedades contemporáneas que institucionalizan o formalizan el poder (denominadas Estados), seleccionan a un reducido grupo de personas, a las que someten a su coacción con el fin de imponerles una pena. Esta selección penalizante se denomina criminalización y no se lleva a cabo por azar sino como resultado de la gestión de un conjunto de agencias que forman el llamado sistema penal (Baratta, 1980). El proceso selectivo de criminalización se desarrolla en dos etapas, denominadas respectivamente, primaria y secundaria. "Criminalización primaria es el acto y el efecto de sancionar una ley penal material, que incrimina o permite la punición de ciertas personas. La criminalización secundaria es la acción punitiva ejercida sobre personas concretas, que tiene lugar cuando las agencias policiales detectan a una persona, a la que se atribuye la realización de cierto acto criminalizado primariamente, la investiga y en algunos casos la priva de su libertad" (Zaffaroni, 2002, p. 6).

Aunque la criminalización primaria implica un primer paso selectivo, este permanece siempre en cierto nivel de abstracción, porque, en verdad, el órgano legislativo nunca puede saber sobre quién recaerá la selección que habilita, que siempre se opera en concreto, con la criminalización secundaria. La muy limitada capacidad operacional

de la Fiscalía General de la Nación, los juzgados y tribunales penales (criminalización secundaria), no les deja otro recurso que proceder siempre de modo selectivo. Por ello, incumbe a estos decidir quiénes serán las personas que se procesan y, al mismo tiempo, quiénes han de ser víctimas potenciales, pues la selección no sólo es de los criminalizados, sino también de los victimizados.

Esto responde a que las instituciones de criminalización secundaria, dada su pequeña capacidad frente a la inmensidad del programa que discursivamente se les encomienda, deben optar entre la inactividad o la selección. Como la primera acarrearía su desaparición, cumplen con la regla de toda burocracia y proceden a la selección. Este poder le corresponde principalmente a la Fiscalía General de la Nación, en los términos del artículo 250 de la Constitución Política de 1991.

La Fiscalía General de la Nación, los Juzgados y Tribunales penales, no seleccionan conforme a su exclusivo criterio, sino que su actividad selectiva es condicionada también por el poder de otras instituciones, como las de comunicación social, las políticas, los factores de poder, etc. La selección secundaria es producto de variables circunstancias coyunturales. La empresa criminalizante siempre está orientada por los empresarios morales<sup>8</sup>, que participan en las dos etapas de la criminalización, pues sin un empresario moral los órganos ejecutivo y legislativo no sancionarían una ley penal, y tampoco el órgano judicial comenzaría a seleccionar nuevas categorías de personas.

En ese orden de ideas, respecto a la selectividad de la criminalización primaria, Gilberto Tobón Sanín, afirma que

“el derecho penal no trata de asegurar los valores generales, éticos sociales de toda la comunidad cuanto salvaguardar las necesidades e intereses de la clase detentadora del poder para sostener las condiciones sociales existentes, y de servir de modo fundamental del control social. Esta verdad aparentemente simplista no puede reducirse al esquema de que con las normas penales se está protegiendo exclusivamente los intereses de la clase dominante, según

---

<sup>8</sup> El concepto de empresario moral fue adoptado por Howard Becker en 1973, quien refiere que en la sociedad industrial (refiriéndose al Estado), puede asumir el rol de empresario moral un comunicador social en pos de audiencia, como un político en busca de clientela, un grupo religioso en procura de notoriedad, un jefe policial persiguiendo poder frente a los políticos, una organización que reclama por los derechos de minorías, etc. En cualquier caso, la empresa moral acaba en un fenómeno comunicativo: no importa lo que se haga, sino cómo se lo comunique.

su voluntad. No es por un mero acto de voluntariedad que la clase dominante impone sus intereses, es fundamentalmente por un acto de necesidad a que se ve avocada a tutelar determinados bienes y valores de todo acto que los ataque. Pero las clases y grupos dominantes a través de sus mecanismos de poder irrigan y esparcen culturalmente el respeto a esos valores y a esos bienes a otras clases y sectores sociales creándose la ilusión ideológica de que cuando se ataca uno de esos bienes o valores se comete un delito contra la sociedad. Así por ejemplo cuando se comete un delito contra la propiedad, se considera que ello constituye una amenaza futura contra el derecho de propiedad de que gozan (así sea potencialmente) todos los miembros de la sociedad. De allí ese carácter ilusorio de que el Derecho Penal protege los intereses generales de la comunidad, ocultando su carácter diferenciador” (1998, pp. 94-95).

No es sólo el poder de otras instituciones lo que orienta la selección de la criminalización secundaria, sino que esta procede también de sus propias limitaciones operativas, que incluyen elementos cualitativos, pues en alguna medida, toda burocracia termina por olvidar sus metas y las reemplazan por la reiteración ritual, pero en general concluye haciendo lo más sencillo: la selección.

En la criminalización la regla general se materializa en la selección (i) por hechos burdos o groseros (la obra tosca de la criminalidad, cuya detección es más fácil), y (ii) de personas que causen menos problemas (por su incapacidad de acceso positivo al poder político y económico o a la comunicación masiva).

En el plano jurídico, es obvio que esta selección lesiona el principio de igualdad, que no sólo se desconoce ante la ley, sino también en la ley, es decir que, el principio de igualdad constitucional no sólo se viola en los fundamentos de la ley, sino también cuando cualquier autoridad judicial hace una aplicación arbitraria de ella.

## **7.2 Selectividad y vulnerabilidad**

Los hechos más groseros cometidos por personas sin acceso positivo a la comunicación, terminan siendo proyectados por esta como los únicos delitos y las personas seleccionadas como los únicos delinquentes. Esto último les proporciona una imagen comunicacional negativa, que contribuye a crear un estereotipo en el imaginario colectivo. Por tratarse de personas desvaloradas, es posible asociarles

todas las cargas negativas que existen en la sociedad en forma de prejuicio, lo que termina fijando una imagen pública del delincuente, con componentes clasistas, racistas, etarios, de género y estéticos. El estereotipo acaba siendo el principal criterio selectivo de criminalización secundaria, por lo cual son observables ciertas regularidades de la población penitenciaria asociadas a desvalores estéticos (personas feas) que el biologismo criminológico consideró como causas del delito, cuando en realidad son causas de la criminalización, aunque terminen siendo causa del delito cuando la persona acaba asumiendo el rol asociado al estereotipo (en el llamado efecto reproductor de la criminalización o desviación secundaria).

La selectividad no es al azar o por capricho, se distribuye conforme a la vulnerabilidad de cada persona. Y hay sujetos imputables que tienen un alto nivel de vulnerabilidad, y otros, en cambio, con un bajo nivel de vulnerabilidad. Normalmente la vulnerabilidad es mayor o menor dependiendo de qué tan lejos o de qué 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 objeto de tutela penal.

Así las cosas, vale la pena preguntarse ¿cómo se va a condenar por el delito de hurto a un sujeto que no encuentra trabajo?, ¿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 digno al sujeto para que este como resultado de su labor pudiera obtener el pan. Adviértase, que la respuesta a esta pregunta no es tan fácil de responder.

El inconveniente más significativo es aquel ostensible sesgo a una criminología etiológica, que en otras palabras sería la criminología 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 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, y esta última procede 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 con los adolescentes de estas comunidades como 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.

El estereotipo criminal se compone de caracteres que corresponden a personas en posición social desventajosa –y por lo tanto, con entrenamiento primitivo–, cuyos eventuales delitos, por lo general, sólo pueden ser obras toscas, lo que no hace más que reforzar los prejuicios racistas y clasistas, en la medida en que la comunicación oculta el resto de los ilícitos que son cometidos por otras personas en forma menos grosera o muy sofisticada, y muestra las obras toscas como los únicos delitos.

Esto provoca la impresión pública de que la delincuencia es sólo la de los sectores subalternos de la sociedad. Si bien no cabe duda que es menester luchar contra la pobreza, la deficiente educación y asistencia sanitaria, etc., sería absurdo pretender que con ello se cancelan las supuestas causas del delito, cuando en realidad la criminalización de los estratos sociales carenciados en nada altera el inmenso océano de ilícitos de los segmentos hegemónicos, practicados con mayor refinamiento y casi absolutamente impunes. Desde muy antiguo se conoce el fenómeno de la selectividad, pues las leyes son como las telas de araña, que aprisionan a los pequeños, pero son desgarradas por los grandes.

Ahora bien, existe un problema bastante grave en tratándose del fenómeno de la criminalización, que podría explicarse así: el criminali-

zado 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 el 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 condición social, por su ignorancia y por su 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 autor del delito. Con lo que queda demostrado una vez más, que el derecho penal es de acto, pero la criminalización es de autor, dando lugar así a la culpabilidad como vulnerabilidad y no como un mero juicio de reproche.

Desde la criminología llamada “liberal” ha quedado de manifiesto 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 solo esos delitos porque no sabe cometer otros delitos que cometen otros sujetos imputables que no son vulnerables –piénsese en el llamado delito de cuello blanco, por ejemplo, en el que el autor que en situación de vulnerabilidad no tiene capacidad para comértelo–, 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.

Obsérvese que, 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 prisión 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 constituye con base en la selectividad de la situación de vulnerabilidad del autor del delito. 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 reamente 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.

El poder punitivo criminaliza seleccionando, por regla general, a las personas que encuadran en los estereotipos criminales y que por ello son vulnerables, por ser sólo capaces de obras ilícitas toscas y por asumirlas como roles demandados según los valores negativos asociados al estereotipo (criminalización conforme a estereotipo). Con mucha menor frecuencia criminaliza a las personas que, sin encuadrar en el estereotipo, hayan actuado con bruteza tan singular o patológica que se han vuelto vulnerables (autores de homicidios agravados). Muy excepcionalmente, criminaliza a alguien que, hallándose en una posición que lo hace prácticamente invulnerable al poder punitivo, lleva la peor parte en una pugna de poder hegemónico y sufre por ello una caída en la vulnerabilidad (criminalización por retiro de cobertura). El sistema penal opera, pues, en forma de filtro y termina seleccionando a estas personas.

Cada una de ellas tiene un estado de vulnerabilidad al poder punitivo que depende de su correspondencia con un estereotipo criminal: es alto o bajo en relación directa con el grado de la misma. Pero nadie es alcanzado por el poder punitivo por ese estado sino por la situación

de vulnerabilidad, que es la concreta posición de riesgo criminalizante en que la persona se coloca.

Por lo general, dado que la selección dominante responde a estereotipos, la persona que encuadra en alguno de ellos debe realizar un esfuerzo muy pequeño para colocarse en una posición de riesgo criminalizante (y a veces debe realizar el esfuerzo para evitarlo), porque se halla en un estado de vulnerabilidad siempre alto. Por el contrario, quien no da en un estereotipo debe realizar un considerable esfuerzo para colocarse en esa situación, porque parte de un estado de vulnerabilidad relativamente bajo. De allí que, en estos casos poco frecuentes, sea adecuado referirse a una criminalización por comportamiento grotesco o trágico. Los rarísimos casos de retiro de cobertura sirven para alimentar la ilusión de irrestricta movilidad social vertical (que ninguna sociedad garantiza), porque configuran la contracara del mito de que cualquiera puede ascender hasta la cúspide social desde la base misma de la pirámide.

¿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, que 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 autor tuvo al momento de realizar el hecho delictivo, y por otro lado, se encuentra la culpabilidad propiamente dicha, 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 la conducta típicamente antijurídica 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 global como el punitivismo en distintas versiones, las cuales a su vez se van filtrando. Quedo claro entonces, que el derecho en general, y en el derecho penal en particular, así como en todos los estratos teóricos de la conducta punible, 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.

En ese orden de ideas, se estaría realizando un ejercicio de compatibilización coherente y lógicamente completo del plano normativo, lo cual significa que la lógica se elevaría 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, que el *deber ser* no es el *ser*, quizá el *deber ser* está destinado a nunca llegar a ser el *ser*, porque si algo *deber 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 ha tener en la construcción dogmática dos datos: (i) el dato valorativo, vale decir, hacia dónde se dirige la norma, y (ii) el grado de realización de la norma en el plano de la realidad. La función de la construcción dogmática del sistema que se ofrece como base a los jueces para que estos resuelvan de la forma 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, que, si se llegare a prescindir de alguno de los anteriores datos, se estaría en presencia de un reduccionismo. Si se soslaya el dato normativo o valorativo, se estaría en presencia de un reduccionismo sociológico economicista. O bien si se prescinde del dato realidad y el juez se queda solo con el dato normativo, se estaría en presencia de un reduccionismo normativista. Cualquiera de los dos

reduccionismos, hace que toda construcción dogmática del delito sea inútil para la convivencia humana.

Hoy se presenta una necesaria revisión del concepto de culpabilidad penal en su más prístina versión de reprochabilidad de acto puro, toda vez que, la culpabilidad ha dejado de ser reprochabilidad y el derecho penal de acto no es el fundamento de la respuesta punitiva del Estado. La culpabilidad se ha convertido en peligrosidad, y como consecuencia, la reacción punitiva se legitima en los postulados del derecho penal de autor, donde los fiscales y jueces están investigando y juzgando al autor imputable de un delito no con base en la antijuridicidad material, sino con base en su peligrosidad, y el Estado está enviando a las cárceles a los sujetos de las clases menos favorecidas, más débiles y marginales debido a su vulnerabilidad.

En la aplicación del derecho penal contemporáneo, la culpabilidad ha de ser entendida como un puro juicio de reproche, que contenga los siguientes elementos: la imputabilidad (capacidad de motivación del autor del delito de dirigir una acción a un determinado fin contrario a la ley), la conciencia actual y potencial de la antijuridicidad (el autor del delito conoce la norma y sabe que su comportamiento está prohibido pero aun así dirige su acción para lograr un fin determinado), y la exigibilidad de otra conducta (capacidad del autor del delito de poder actuar de otro modo, es decir, actuar conforme a la ley).

Téngase en cuenta que, el derecho penal es una técnica de control social creada por los empresarios morales, y en cuanto tal, está articulado a las estructuras de poder, de una formación social determinada, dirigiendo la criminalización primaria y secundaria hacia los sujetos de clases menos favorecidas, es decir, hacia sujetos vulnerables.

Así las cosas, se dice que el derecho penal es igual por excelencia, pero el derecho penal no es menos desigual que las otras ramas del Derecho. Antes bien, contraria a toda apariencia, el derecho penal es el derecho desigual por excelencia.

La interpretación del derecho penal, es algo demasiado delicado para dejarlo en manos de los políticos, deben ser los académicos, ajenos de las mezquindades y las pasiones del poder, los que con sus juiciosas reflexiones fortalezcan y fomenten la interpretación de

los Códigos, a la luz de principios filosóficos y criterios jurídicos sólidamente construidos.

Hoy el derecho penal no se construye fundamentado en el derecho penal de acto, sino con base en el derecho penal de autor, donde la peligrosidad es la protagonista, ocultándose así la reprochabilidad al momento del fiscal investigar una conducta típicamente antijurídica, y el juez determinar la pena, dando como resultado el quebrantamiento de los principios de lesividad o antijuridicidad material y derecho penal de acto, situación que aniquila completamente la conexión o puente entre la conducta típicamente antijurídica y la pena: la culpabilidad.

## Referencias

- Agudelo, N. (2013). *Curso de derecho penal. Esquemas del delito*. 4° edición. Medellín, Colombia: Ediciones Nuevo Foro.
- Bacigalupo, E. (1996). *Manual de derecho penal. Parte general*. Bogotá D.C. Colombia: Editorial Leyer.
- Baratta, A. (1980). *Criminología y dogmática penal. Pasado y futuro del modelo integral de la ciencia penal*. Buenos Aires, Argentina: Uniservidad Siglo Veintiuno. Revista de Sociología Número 13. Sociedad y delito.
- Baratta, A. (2011). *Criminología crítica y crítica del derecho penal. Introducción a la sociología jurídico-penal*. Buenos Aires, Argentina: Siglo veintiuno editores.
- Becker, H. (1973). *Studies in the Sociology of Deviance*. New York: University New York.
- Bogun, G. (2003) *El hombre y el delito según las escuelas clásica, positiva y escuela sociológica*. Buenos Aires, Argentina: Instituto Nacional contra la discriminación, la xenofobia y el racismo. Ministerio de Justicia, seguridad y derechos humanos de la República de Argentina. Disponible en: [http://www.inadi.gov.ar/uploads/archivoEnTexto\\_26.doc](http://www.inadi.gov.ar/uploads/archivoEnTexto_26.doc)

Chargoy, J. E. (1999). *Escala de respuesta individual criminológica: un instrumento psicocriminológico para determinar objetivamente la peligrosidad*. España: Universidad de Salamanca. Revista de Ciencias Sociales. Número 53.

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

Colombia. Corte Constitucional (2012). Sentencia C-365. Magistrado Ponente: Jorge Ignacion Pretelt Chaljub. Bogotá. Corte Constitucional.

Fernández, J. (1986). *Derecho penal fundamental. Introducción al derecho penal. Evolución de la teoría del delito*. Segunda edición. Bogotá D.C., Colombia: Editorial Leyer.

Ferri, E. (1933). *Principios de derecho criminal delincuente y delito en la ciencia, en la legislación y en la jurisprudencia*. Traducción al español por Rodríguez Muñoz. Madrid, España: Editorial Porrúa.

Frank, R. (1966). *Estructura del concepto de culpabilidad*. Santiago de Chile: Universidad de Chile. Publicaciones del Seminario de Derecho Penal.

Heinrich H. (1962). *La evolución del concepto de delito en Alemania desde Beling, comprada con la doctrina austríaca*. Argentina: Universidad de Córdoba. Cuadernos de los Institutos.

Huertas, O. (2011). *Aproximaciones a la antropología criminal desde la Perspectiva de Lombroso*. Bogotá D.C., Colombia: Universidad Autónoma de Colombia, Revista de Criminología, Volúmen 53.

Liszt, F. (1927). *Tratado de derecho penal*. 3 volúmenes. Madrid, España: editorial Reus.

República de Colombia. Constitución política de 1991.

República de Colombia. Ley Nro. 509 de julio 24 de 2000. Código Penal. Anotado por: Arboleda, Mario (2016). Editorial Leyer.

República de Colombia. Ley Nro. 906 de agosto 31 de 2004. Código de Procedimiento Penal. Anotado por: Arboleda, Mario (2016). Editorial Leyer.

Tobón, G. (1998). *Filosofía del derecho penal. Análisis crítico de la teoría finalista en el derecho penal*. Primera edición. Medellín, Colombia: Señal Editora.

Welzen, H. (1956). *Derecho penal. Parte general*. 11 edición. Buenos Aires, Argentina: Editorial Depalma.

Zaffaroni, E. (1999). *Tratado de derecho penal. Parte general*. Tomo V. Buenos Aires, Argentina: Editorial Ediar.

Zaffaroni, E. (2002). *Derecho penal parte general*. Segunda edición. Buenos Aires, Argentina: Editorial Ediar.