
6

LA CRISIS DE LA CULPABILIDAD Y LA CULPABILIDAD POR VULNERABILIDAD¹y²

*Marcelo A. Riquert*³

“La verdad del mundo colonial latinoamericano no está en las enjundiosas y numerosas leyes de Indias, sino en cada cadalso y la picota, clavados al centro de cada Plaza Mayor” (Eduardo Galeano)⁴

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El contexto en que se presenta la “culpabilidad por vulnerabilidad”. 3. La superación de un

¹ **Como citar este artículo científico.** RIQUEERT, Marcelo A. La crisis de la culpabilidad y la culpabilidad por vulnerabilidad. In: **Revista Amagis Jurídica**, Belo Horizonte, Ed. Associação dos Magistrados Mineiros, v. 16, n. 1, p. 275-306, jan.-abr. 2024.

² La presente versión de este trabajo fue preparada en el marco del Proyecto del Ministerio de Ciencia e Innovación (España) que lleva por título “*La tutela penal de las personas vulnerables: análisis de realidades criminológicas y propuestas sustantivas de “lege lata y de lege ferenda”*” (REF: PID2020-116407RB-I00), bajo dirección del Prof. Dr. Norberto de la Mata Barranco y la Profa. Dra. Ana Isabel Pérez Machío, ambos de la Universidad del País Vasco (UPV). Se trata de una revisión y ampliación orientada al nuevo marco, del artículo titulado “*En busca de las penas perdidas y la crisis de la culpabilidad: la culpabilidad por vulnerabilidad*”.

³ Profesor Titular Regular de Derecho Penal y Director del Área Departamental Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata. Ex Presidente de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal. Correo electrónico: riquertm@hotmail.com

⁴ Tomo esta maravillosa frase de Galeano de la cita de su amigo Gonzalo Fernández (1995, p. 27) quien, con toda razón, nos dice que “encierra toda una lección de derecho penal.” En nota al pie 26 la referencia al texto de Galeano).

juicio de reproche solo formalmente ético. 4. Balance tres décadas después. 5. Colofón. 6. Bibliografía.

1 INTRODUCCIÓN

Dentro del marco analítico que propone la teoría del delito, una vez afirmado que el hecho constituye un injusto (una acción humana típica y antijurídica), se impone la verificación de si además es culpable, en cuyo caso, finalmente, se establecerá si merece pena y, de ser así, cuál y cuánta. La primera advertencia, nos recuerda García Rivas, es que la culpabilidad no es un rasgo intrínseco a la persona, sino una cualidad que se predica jurídicamente de alguien en relación con el hecho ilícito realizado, que es el objeto de la responsabilidad penal. Es que la adecuación del sistema penal al principio de culpabilidad reclama precisamente la configuración de un Derecho penal de hecho y el abandono de un Derecho penal de autor, porque este puede hacer penalmente responsable a alguien por lo que es y no por lo que ha hecho (cf. GARCÍA RIVAS, 2016, p. 259).

El contenido de este estrato de la teoría del delito ha sido objeto de grandes discusiones, alentadas al calor tanto de la evolución de los diferentes modelos de explicación como de avances del conocimiento en otras áreas. Consecuencia de ello, se trata de uno que atraviesa en la actualidad una singular crisis. Aclarado ello, comenzaré con una precisión acerca del recorte que se asume aquí para poder avanzar sobre el tópico propuesto: más allá de la referencia en el título a la crisis de la culpabilidad, en lo que sigue no me centraré en su explicación y pormenores, es decir, no trataré de justificar la afirmación sino que básicamente me limito a mencionarla como un dato objetivo sobre el que media el mayor de los consensos⁵ y señalar que, ante esta situación que lejos de ser

⁵ Recuerda Carlos Parma que en una de sus visitas a la Argentina, en 1996, en la Universidad Nacional de Córdoba, el Prof. Roxin abrió su conferencia diciendo: “Ninguna categoría es tan discutida como la culpabilidad y ninguna es tan imprescindible [...] por ello ningún Derecho Penal moderno puede subsistir sin el principio de culpabilidad, se lo puede designar de otro modo, pero no anular” (PARMA, 1997, p. 19).

nueva atraviesa la historia de la discusión penal, voy a hacer foco en un aporte concreto en esta temática que tiene vinculación con el marco de la investigación para la que se preparara el texto (la tutela penal de las personas vulnerables), retomando esta cuestión.

En este sentido, no integrarán este breve texto las discusiones entre libre albedrío y determinismo, así como el singular reverdecer de este último al amparo de los aportes de las neurociencias que parecen situarnos ante lo que Cancio Meliá describió como la asistencia a “un verdadero vendaval en el marco de la discusión filosófico-moral y jurídico-penal” y Hassemer calificó como una “discusión interminable” (CANCIO MELIÁ, 2013, p. 530; HASSEMER, 2011, hojas 2; FEIJOO SÁNCHEZ, 2012; LUZÓN PEÑA, 2012; AROCENA; BALCARCE; CESANO, 2015; PASTOR, 2016; PASTOR; ROCA, 2019; PASTOR; ROCA, 2021). La exclusión se impone tanto por razones de espacio como, singularmente, la verificación de que, como apunta Cancio, el estado de la discusión es que “en la amplia mayoría de sus participantes han llegado a la conclusión de que los descubrimientos neurocientíficos no deben afectar a los pilares esenciales del Derecho Penal, y, en particular, que no deben tampoco remover los fundamentos del concepto de culpabilidad” (CANCIO MELIÁ, 2013, p. 531).

En esta última línea apunta Pastor que

[...] las disciplinas legales dependen de los hechos del mundo real, pero no son ciencias naturales, por lo cual están mucho más vinculadas, como tales, a los datos del mundo político, especialmente respecto de las referencias axiológicas positivizadas en el derecho, cuando estas entran en conflicto con los resultados de las investigaciones de las ciencias de la vida. Por eso, en esta materia y más allá de las coacciones, automatismos, sesgos y condicionamientos de todo tipo, que por supuesto existen y tienen su repercusión, queda en pie, como lo ha destacado Hirsch, la idea general de que existe libertad de optar. Y es esa idea política, y no la libertad de voluntad en sí misma, la que lleva al derecho a proceder con el ser humano, para respetar su dignidad, tal como

él se entiende, esto es, como *zoon politikón* diferente de los demás animales y de los objetos, dado que se considera con capacidad de discernir y elegir, de atribuir responsabilidad por el comportamiento de otros y ser responsable por el propio. Su lucha proverbial por la libertad política, históricamente plena de costosos sacrificios, muestra hasta qué punto el orden jurídico está obligado a respetar esta concepción política que el ser humano tiene de sí mismo. Si las personas crearon el derecho para la protección de sus bienes e intereses fundamentales, entonces resultaría inconcebible que el derecho por ellas creado entre en contradicción con la imagen que el ser humano tiene de sí mismo, aunque la idea de una libertad de voluntad consciente solo sea un autoengaño (PASTOR, 2020, hojas 13).

Tampoco se incursionará en el recordatorio de las tradicionales explicaciones sobre las visiones psicológicas y normativas de la culpabilidad, estas últimas en sus variadas y sucesivas versiones, o las negacionistas. Las referencias a los modernos modelos funcionalistas se acotarán a lo imprescindible para contextualizar el tema asumido.

2 EL CONTEXTO EN QUE SE PRESENTA LA “CULPABILIDAD POR VULNERABILIDAD”

Yendo ahora al punto, hace poco más de treinta años el Profesor Zaffaroni presentaba una obra, “En busca de las penas perdidas”, que calificaba de “suerte de ensayo de realismo jurídico-penal desde la perspectiva de un margen del poder planetario”⁶. Allí anunciaba además la necesidad de ulteriores desarrollos que, en lo atinente a la criminología, completaran la inicial formulación de otro ensayo del año anterior, “Criminología: aproximación desde un margen” (1988) y, en lo concerniente a la parte general del derecho penal, derivaría

⁶ La cita corresponde a la “Presentación” de la primera edición (1989b). Del mismo año, edición colombiana por Temis, Bogotá (1989a). La traducción al portugués de Vânia R. Pedrosa y Amir L. da Conceição, “*Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*”, pub. por Revan, Río de Janeiro, 1996.

en la reelaboración del “Manual de derecho penal: parte general” (1977)⁷ y del “Tratado de derecho penal: parte general” (1980a) (esto último se concretaría poco más de una década después, en la obra conjunta con Alejandro Alagia y Alejandro W. Slokar, “Derecho penal: parte general” (2000; asimismo, 2001, 2003, 2013), con su posterior versión sintética del respectivo “Manual” (ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR, 2005).

En el “Prefacio” que escribiera a la reimpresión del año 2003, a la vez que explicó por qué se optó por no actualizar y complementar el texto, evocó la importancia del trabajo de Alessandro Baratta como provocador del intento de reconstrucción realista de la dogmática penal. Esto, a partir de haber demostrado que la dogmática jurídico penal con la que nos habituamos a trabajar, con la que estamos familiarizados (en este sentido, “tradicional”), encerraba conceptos cuya falsedad era palmariamente demostrada por la sociología (también “tradicional”)⁸.

Dos décadas después de su inicial aparición, la Academia Boliviana de Ciencias Jurídico Penales publicó su propia edición de la obra en La Paz⁹, versión que cuenta con un extenso “Prólogo” del autor quien, con la perspectiva que el tiempo brinda, lo divide en dos segmentos, el primero dedicado a explicar qué paso con el ensayo tanto en su período de escritura como en esos veinte años de publicado y el segundo con foco en lo que fueron los desarrollos posteriores, incluyendo el por entonces anticipo de la aparición de

⁷ Tuvo numerosas ediciones y reimpressiones. Por la misma casa editorial, con la misma impronta finalista, puede recordarse su “Teoría del delito”, publicada en 1973.

⁸ En particular, individualiza a un artículo publicado en 1979 por Baratta en la revista “La Questione Criminale”, que anticipaba un capítulo de su posterior obra de 1986).

Pocos años después de tal Prefacio, la discusión del momento y la reflexión subsiguiente dio lugar a otro ensayo trascendente: “El enemigo en el Derecho Penal” (2006). Y, al año siguiente, suerte de “reverso”, la “lectio doctoralis” titulada “Humanitas en el Derecho Penal” (2007).

⁹ Edición de la propia Academia, La Paz, Bolivia, n.º 6 de la “Colección Bibliográfica de Ciencias Jurídico Penales”, 2009.

un “Esquema básico de derecho penal”¹⁰, destinado a los estudiantes. Más reciente, puede agregarse su “Lineamientos de derecho penal” (2020).

No albergo duda alguna de que “En busca de las penas perdidas” es de los textos más importantes que produjo Zaffaroni, uno en el que junto a la mencionada y casi coetánea “Criminología: aproximación desde un margen” (1988), marca una suerte de “quiebre” o ruptura con lo anterior¹¹. Y, ciertamente, no puedo olvidar las dificultades para su asimilación que provocaba y las discusiones que generó. Corría el año 1991 cuando, en la revista “No hay Derecho”, Carlos Santiago Nino publicaba una crítica del ensayo con el título “La huida frente a las penas”¹². No se trata ahora de evocar ese momento ni el tenor de tal discusión académica, sino sólo de resaltar que en unas 240 páginas Zaffaroni presentaba las bases del trabajo que lo ocuparía las tres próximas décadas. Lo hacía anunciando que lo que seguiría no sería fácil, pero para la mirada externa, volver ahora a repasar aquéllas líneas y confrontarlas con la labor posterior habilita concluir que, al menos, gran parte del programa trazado e autoimpuesto se ha cumplido. Esto último,

¹⁰ El título finalmente fue “Estructura básica de Derecho Penal” (2009), incluyendo en la caja además del texto dos DVD con clases grabadas por el propio Zaffaroni, material audiovisual de alrededor de cuatro horas de duración.

Dos años después, suerte de actualización a la vez que evolución de la criminología desde el margen de los años ochenta, se publica “La palabra de los muertos. Conferencias de Criminología Cautelar” (2011).

¹¹ Por cierto, esta ruptura es, sin duda, un dato objetivo pero que, en mi opinión, lejos estuvo de significar lo que Edgardo Alberto Donna (1992, p. 70) calificó como “El último ataque a la dogmática penal...” o “...la destrucción del concepto de culpabilidad en la teoría del delito”, para concluir que “Esta teoría no es otra cosa que la teoría de Lombroso al revés” (1992, p. 74). Es claro, se verá, si hubiera alguna impronta vinculada al derecho penal de autor en la construcción, claramente sería en un sentido reductor y no amplificador del poder punitivo.

¹² Pub. en el n.º 4. El mismo año, en el n.º 5 de la misma revista, Zaffaroni contesta el escrito de Nino en el artículo “¿Vale la pena? Una réplica a Carlos S. Nino, de un agnóstico del Derecho Penal”. El número siguiente, compartiendo sectores de las mismas páginas aparecen la “Réplica de Carlos S. Nino” y la “Réplica de E. Raúl Zaffaroni”. Los cuatro textos fueron publicados juntos en las “Fichas del INECIP”, Ediciones del Instituto, bajo el título “Carlos Santiago Nino vs. E. Raúl Zaffaroni. Un debate sobre la pena”, Buenos Aires, 2004.

valga la aclaración, en el sentido de que los desarrollos anunciados se concretaron más allá de sus sucesivas correcciones, revisiones y ajustes propios de un objeto de estudio ciertamente dinámico¹³.

Dentro de un texto que ofrece los primeros pasos para construir un novedoso programa tanto del derecho penal como de la criminología, confrontando paradigmas que gozaban de singular consenso, hay un arco temático de una enorme amplitud para abordar dentro del que es posible encontrar una cuestión de la mayor afinidad con el objeto de análisis del grupo de investigación: las personas vulnerables que, al fin y al cabo, están en general de uno y otro lado del conflicto penal. En mi opinión, coincide con uno de los que estimo como de los principales aportes del profesor Zaffaroni en un aspecto central de la teoría del delito: el que se ocupa de los requisitos de la responsabilidad, que habitualmente llamamos “culpabilidad”.

Como dice Gonzalo Fernández, el surgimiento de la idea de culpabilidad marca un hito fundamental dentro del desarrollo histórico del derecho penal, que siempre se desenvuelve como un auténtico derecho de resistencia al poder. Así, resalta el reconocido profesor uruguayo, actuando a modo de bisagra entre dos épocas, el reconocimiento de la culpabilidad, convertida de pronto en un momento central e indispensable del juicio de imputación, dejó clausurado el período del pensamiento penal primitivo, donde imperaba aquel crudo objetivismo de la pura responsabilidad por el resultado. En adelante, ya no bastará la mera causación física del evento (atribuibilidad objetiva) para legitimar la imposición de pena, pues deberá relevarse también el nexo de imputación subjetiva (FERNÁNDEZ, 2001, p. 95-97).

Es una cuestión que, dice Zaffaroni, encuentra raíces en la Edad Media habida cuenta que la idea de una pena conforme a la medida de la culpabilidad, es decir, la pena conforme a un reproche

¹³ En este sentido, acierta Ricardo Narváez (2013, p. 14) cuando resalta que “como toda tarea de contención del poder punitivo, se trata de un *unfinished* porque siempre podrá mejorarse y porque no faltarán quienes, intentando resucitar dinosaurios o clonándolos con especies nuevas, postularán las ventajas del poder punitivo para la sociedad o el individuo”.

personal formulado a un humano (persona) con autonomía moral, se remonta a los primeros penalistas (glosadores y prácticos), en contradicción con los “demonólogos”, que reclamaban penas duras para las brujas por su “peligrosidad policial”, pese a que según la misoginia de la época, se las consideraba menos inteligentes que el hombre y, por eso, merecían menor reproche (ZAFFARONI, 2017/2018, p. 35).

La importancia del tema fue resaltada por el propio Zaffaroni eligiéndola como tema de su “*Lectio Doctoralis*” al recibir el Doctorado Honoris Causa otorgado por la Universidad de Macerata (Italia) en 2002. Vale la pena, por su elocuencia, recordar la justificación que hizo de la elección:

Podría haber escogido un tema menos ambicioso, pero he preferido referirme a la culpabilidad porque considero que es el capítulo más delicado y significativo del derecho penal, el más específicamente penal de toda la teoría del delito y el que, en razón de esto, nos proporciona la clave de la crisis por la que atraviesa nuestro saber desde hace algunos lustros y que parece acentuarse (ZAFFARONI, 2002).

Dentro del marco del programa “pautador limitador y no legitimante”, Zaffaroni asigna a la teoría del delito un rol fundamental y la entiende “constituida por el conjunto de requisitos que, en cualquier caso, deben darse para que la agencia judicial no suspenda o interrumpa el ejercicio de poder del resto del sistema penal” (ZAFFARONI, 1990, p. 200). Así, ante la realidad de un sistema penal que selecciona personas arbitrariamente,

los requisitos de tipicidad y antijuridicidad (que se sintetizan en la categoría de “injusto penal”) no son más que los requisitos mínimos que la agencia judicial debe demandar para responder, permitiendo que avance el proceso de criminalización en curso sobre la persona arbitrariamente seleccionada (ZAFFARONI, 1990, p. 203).

Advierte entonces que en ese ámbito, vale decir, lo que tradicionalmente se presenta como “teoría del injusto” y corresponde a los “requisitos elementales y mínimos”, sin perjuicio de que el realismo marginal deba penetrar más profundamente en algunos aspectos (por ejemplo, tipicidad conglobante, causas de justificación, afectación de bienes jurídicos), las diferencias “son relativamente pequeñas” (ZAFFARONI, 1990, p. 210).

En cambio, no sucede lo mismo cuando se avanza a los “requisitos de la responsabilidad” que la doctrina llama “culpabilidad” (ZAFFARONI, 1990, p. 210) [al que califica como “el más torturado de los caracteres del delito” (ZAFFARONI, 1990, p. 214)]. Así, señala que “En este momento de análisis de los requisitos limitadores de la arbitrariedad selectiva aparecen elementos que no es posible seguir sosteniendo en la misma forma y se produce –ahora sí– un ‘vaciamiento’ de la culpabilidad”. Nos dice que “[...] requiere, sin duda, una referencia directa y personalizada al autor en su condición personal y en la particular situación en que llevó a cabo su conducta” (ZAFFARONI, 1990, p. 214).

También, que el concepto de culpabilidad normativa sostenido desde 1907 (la culpabilidad como un juicio de reproche personalizado), entró en crisis con la deslegitimación del ejercicio de poder del sistema penal teñido por la selectividad que neutraliza al reproche en cuanto se demuestra incapaz de responder a las preguntas “¿Por qué a mí? ¿Por qué no a los otros que hicieron lo mismo?” (ZAFFARONI, 1990, p. 210-211).¹⁴ La selectividad y la reproducción de la violencia le restan todo contenido ético (ZAFFARONI, 1990, p. 214).

¹⁴ Este aspecto es resaltado también por Daniel Erbetta (2003, p. 88) en los siguientes términos: “El reproche de culpabilidad basado en la autodeterminación tiene una incuestionable base ética pero no puede ser considerado un reproche de esa naturaleza porque naufraga ante la comprobable realidad de que el reprochado podría objetar que el sistema no formula reproche alguno a otras personas que han cometido injustos más graves”.

3 LA SUPERACIÓN DE UN JUICIO DE REPROCHE SOLO FORMALMENTE ÉTICO

Tiempo después, aquella idea será concretada denunciando que el juicio de reproche personalizado “tradicional” es sólo “formalmente ético” al no hacerse cargo de la selectividad criminalizante del poder punitivo, por lo que así se lesiona el principio de igualdad y legitima un ejercicio de poder arbitrario sobre los más vulnerables¹⁵. Más reciente, enfatizará que la mera magnitud del injusto no sirve para orientar la cuantía de la pena, pues eso supondría falsamente que todos los humanos son iguales y no cambian con el tiempo [sería una “antropología aberrante” (ZAFFARONI, 2020, p. 245)¹⁶, por eso, se necesita un “puente personalizado individual” entre el injusto y la pena, que indique un desvalor capaz de reflejarse en la pena (ZAFFARONI, 2020, p. 243)¹⁷.

En torno al objetivo dato de la diferente vulnerabilidad, bien describe Rafecas la existencia de grupos de baja, media, alta y extrema vulnerabilidad. Entre los primeros cuentan quienes encarnan los factores de poder imperantes en una sociedad, entre los segundos aquellos con niveles considerables de contención y resguardo social (profesionales y propietarios, por ejemplo), entre los terceros los que carecen de esa protección por carencias económicas y socioculturales y, entre los últimos, naturalmente, cuentan los casos más dramáticos, como las personas en situación de calle, inmigrantes ilegales, adictos,

¹⁵ Cf. su última versión en “Estructura básica...”, (2009, p. 209). Antes, en “*Derecho Penal...*”, con Zaffaroni, Alagia y Slokar (2005, p. 13) que, coincido con la señalado por Ricardo Narváez, es la obra donde exponen más acabadamente su concepto de culpabilidad penal.

¹⁶ Aclara que, al mismo tiempo, al presumirse que el poder punitivo se reparte igualitariamente en la sociedad, se construiría una “sociología aberrante”. Ccte.: Guido Croxato (2014), en cuanto apunta que si la desigualdad no es mencionada, visibilizada o asumida, lo que se cristaliza es la selectividad del sistema penal, se hace partir al derecho penal de un postulado inaceptable como es la injusticia, que naturaliza la desigualdad en lugar de combatirla.

¹⁷ También ha insistido sobre la idea hablando de la culpabilidad como “*conectivo*” entre el injusto y la pena, el concepto más esencialmente penal de la teoría del delito para el que el penalista sólo puede acudir en ayuda al derecho constitucional (2017/2018, p. 35, punto 1).

reincidentes, oferentes sexuales en la vía pública, es decir, los que decisivamente encuadran en los llamados “estereotipos criminales” (RAFECAS, 2021, p. 658-665)¹⁸. Y agrega el nombrado otro dato óntico insoslayable: en nuestra región existen amplios sectores de la población por debajo de la línea de la indigencia y, por ello, en condiciones de vulnerabilidad alta o extrema, lo que en gran medida se debe al incumplimiento por parte del Estado de los derechos sociales mínimos garantizados constitucionalmente, circunstancia que muchas veces se perpetúa por generaciones y de allí que termina acompañando a una persona desde la niñez y por toda su vida (RAFECAS, 2021, p. 659).

Retomando, junto a Alagia y Slokar, Zaffaroni (2000, p. 622) puntualizará que “el estado no procede éticamente sino que usa elementos formales de la ética para reprochar personalizadamente a los seleccionados por el poder punitivo”¹⁹ y que la culpabilidad es un juicio de reproche que “no tiene por objeto legitimar el ejercicio del poder punitivo, sino señalar un filtro, o sea, proporcionar un criterio racional de limitación al ejercicio de ese poder. No convierte al poder punitivo en racional, sino que sólo dota de racionalidad a la actividad de contención” ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR, 2005, p. 508).

Volviendo a la presentación original, se señaló entonces que era claro no se trató de la primera crisis, que hubo otros cuestionamientos a la culpabilidad normativa como las propuestas de reemplazo por distintos conceptos “funcionales” de culpabilidad (en este caso, la respuesta a aquella pregunta –¿por qué a mí y

¹⁸ Con mayor extensión sobre la “*vulnerabilidad penal*”, ver p. 118/122.

¹⁹ Con relación a esto formula una observación Daniel A. De Marco: 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. En su consideración, la base ética del reproche y su traducción jurídica, conserva el sabor de la retribución. Los indicadores que se usan para la construcción de la respuesta punitiva (el dolo, la motivación, el esfuerzo personal por alcanzar la concreta situación de vulnerabilidad) sugieren la idea de un derecho penal que retribuye. En contraposición, a un sistema construido sobre base de una teoría agnóstica de la pena debiera bastarle con cumplir su objetivo reductor y acotante (DE MARCO, 2002, p. 29).

no a otros que hicieron lo mismo?– es: “Porque es útil para mí”) (ZAFFARONI, 1990, p. 213). Se enfatiza en aquél momento que “la máxima señal de la crisis [que se observa en todo el derecho penal] es la renuncia a la culpabilidad como reproche y su reformulación como criterio político-criminal funcional al servicio del sistema” (ZAFFARONI, 1990, p. 214)²⁰.

Para superar lo que se percibe como suerte de “cuadratura del círculo” (ZAFFARONI, 1990, p. 214) (seguir en una forma tradicional de construcción de un concepto de culpabilidad cuyos momentos éticos son pura racionalización o prescindir de ellos reduciéndola a un instrumento funcional al poder), se hace necesario que el “momento ético” se mantenga pero de otro modo: no se tratará de una serie de requerimientos éticos formulados a un procesado, sino en una serie de requerimientos éticos que deben serle formulados a la agencia judicial, que es la que debe comportarse éticamente frente a un ejercicio deslegitimado de poder (ZAFFARONI, 1990, p. 215).

De tal suerte,

no es la ‘culpabilidad’ por el injusto lo que puede hacer valer la agencia judicial para que su intervención decisoria sea racional y, por ende, legítima. Tampoco se trata de que la agencia judicial reproche nada, sino que se encuentre un criterio racional, que no resulte éticamente descalificado, desde el cual se pueda pautar sus decisiones (ZAFFARONI, 1990, p. 218)²¹.

Siendo que es el grado de vulnerabilidad al sistema penal lo que decide la selección y no la comisión de un injusto (hay muchos injustos iguales o peores ante los que el sistema penal es indiferente), el espacio del que dispone la agencia judicial para ejercer su limitado

²⁰ En esta línea, apuntó Bustos Ramírez (1989, p. 325) que “Tanto mediante el recurso a la norma como a la expectativa, si bien se señala un ‘funcionamiento social’, se hace en forma aparentemente neutra, acrítica, sin colisiones, con lo que se esconde la realidad del proceso social”.

²¹ Esto pareciera ser la respuesta a quienes toman la idea de “reproche” como una suerte de vestigio retributivo en la construcción o modelo.

poder racionalizador, de contención, va a ser condicionado por “el grado de esfuerzo que una persona realiza para colocarse en situación de vulnerabilidad” (ZAFFARONI, 1990, p. 218)²². Como se vio, la vulnerabilidad es graduable y, en concreto, el grado está dado por la magnitud del riesgo de selección que corresponde a la situación de vulnerabilidad en que se colocó el sujeto. Tal situación se produce en función de factores que pueden clasificarse en dos grandes grupos: posición o estado de vulnerabilidad (predominantemente social, condicionada por el encaje en un estereotipo en función de características que la persona recibió) y el esfuerzo personal por la vulnerabilidad (predominantemente individual, en la medida de su decisión autónoma, la realización del injusto es parte de éste esfuerzo) (ZAFFARONI, 1990, p. 219-220).

En la evolución de la precisión conceptual indicará Zaffaroni que el “estado de vulnerabilidad”, es decir, su status social y la vulnerabilidad que de éste se deriva, no puede reprochársele a nadie (ZAFFARONI, 2009, p. 212; ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR, 2005, p. 513)²³. Siendo que la “peligrosidad” del poder punitivo recae en general sobre los disidentes y más desfavorecidos sociales y que, entre estos, se ensaña con los “portadores de ciertos estereotipos” (lo que revela que la peligrosidad del poder punitivo se relaciona con el grado de injusticia social), lo cierto es que “no todo estereotipado es atrapado”. En otras palabras, aun el portador de estereotipo “casi de caricatura” algo debe hacer para que el poder punitivo lo seleccione, por poco que sea (ZAFFARONI, 2009, p. 212-213)²⁴.

²² La adopción de una noción de culpabilidad que incorpora el dato fáctico de la selectividad penal en el marco de una teoría agnóstica de la pena es resaltado por Juan Manuel Fernández Buzzi y Martín Daniel Lorat (2004) como “el elemento más novedoso e interesante que este conjunto de ideas inscribe en la discusión dogmática actual”, en particular, porque se trata la incorporación de un factor que no era alcanzado por las concepciones tradicionales en la materia.

²³ Nuevamente, parece despejarse aquí la supuesta nota retributiva.

²⁴ En cuanto a la vinculación entre peligrosidad del poder punitivo y el grado de injusticia social, es importante no soslayar que ningún estado del mundo puede pretender que realiza una justicia social perfecta y acabada, por eso dice Zaffaroni que con la cuota de injusticia social debe cargar el estado y no la persona (2009, p. 213).

Y ya decía antes que no es que la agencia judicial le reproche a la persona ése esfuerzo, ni que le proporcione un título originario e independiente para que le reclame por la vulnerabilidad, “sino que no puede evitar que el poder del sistema se la cobre, simplemente porque no puede hacer otra cosa sin poner en crisis su propio ejercicio de limitado poder” (ZAFFARONI, 1990, p. 219).

Debe entenderse que, por regla general, la posición o estado de mayor vulnerabilidad habrá de generar un bajo nivel de culpabilidad por la vulnerabilidad, porque el esfuerzo personal para la vulnerabilidad por parte de la persona no es alto (ZAFFARONI, 1990, p. 222). Esto constituirá lo que luego se indicará con mayor precisión como el pasaje del estado a la “situación concreta de vulnerabilidad”, paso que se logra a partir de aquel esfuerzo personal que es lo único que se reprocha sin que jamás pudiera sobrepasar el máximo que señala la culpabilidad de acto pura (ZAFFARONI, 2009, p. 213).

Al respecto, la agencia judicial deberá poner en juego su espacio de poder para reducir al mínimo la reproducción de violencia que implica la fabricación de “desviados” a medida de los comportamientos que se asignan a los estereotipos inventados (ZAFFARONI, 1990, p. 223). A su vez, cuanto mayor sea el grado de culpabilidad por la vulnerabilidad, menor debe ser el interés judicial por limitar la pena. La culpabilidad por vulnerabilidad, nos dice Zaffaroni, obra siempre como límite máximo de la violencia tolerada, siempre por debajo o, cuanto más, coincidente, con el límite que surgiría de la mera culpabilidad por el injusto²⁵, ya que se trata de un concepto mayor, abarcativo y reductor de ésta (ZAFFARONI, 1990, p. 224-225).

²⁵ Por eso, en términos de la antítesis tradicional entre una culpabilidad de acto y una de autor, enmarca en la primera que es a la que corresponde la culpabilidad por el injusto, que opera como su límite máximo (a la pretensión de encontrar aquí una “culpabilidad de autor”, lo sería en todo caso para limitar la culpabilidad y no para ampliarla).

Aclara esto aun cuando en realidad no se trata de un encaje en ninguna de ambas categorías ya que es un desarrollo superador de la culpabilidad de acto hacia un concepto más limitativo de la responsabilidad criminalizante de la agencia judicial (ZAFFARONI, 1990, p. 228).

Años más tarde de “*En busca...*”, junto a Alagia y Slokar definirá a la culpabilidad como el tercer carácter específico del delito, consistente en un juicio que permite vincular en forma personalizada el injusto a su autor y, de este modo, operar como principal indicador que, desde la teoría del delito, condiciona el paso y la magnitud de poder punitivo que puede ejercerse sobre éste²⁶, es decir, si se puede reprochar el injusto al autor y, en consecuencia, si se puede imponer pena y hasta qué medida según el grado de reproche.

Una década después, en su versión más sintética y en forma individual, Zaffaroni reafirma la necesidad de construir el “puente” entre el injusto y la pena y que, en un estado de derecho, debe ser un reproche que se le formula a una persona por lo que ha hecho y no por lo que es. En este juicio de reproche personalizado, siguiendo canon de la ética tradicional, la personalidad del agente se tiene en cuenta pero no para reprochársela sino para dimensionar su ámbito concreto de autodeterminación en la constelación situacional del injusto (ZAFFARONI, 2009, p. 208-209)²⁷. Y así como en los distintos elementos del injusto, también en el ámbito de la “culpabilidad” la siempre presente tensión entre el estado de policía y el estado de derecho, debe resolverse dialécticamente. Mientras el primero aspira a lograr se reproche la personalidad (culpabilidad de autor²⁸), opción rechazada por el derecho positivo (art. 19, CN) (ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR, 2005, p. 511) y que lo obliga a replegarse hacia una culpabilidad de acto “pura” (por lo tanto, que no releva a la selectividad como componente estructural del ejercicio del poder punitivo), el segundo toma aquella como marco máximo de la respuesta penal y le opone como antítesis la culpabilidad por “vulnerabilidad selectiva”. Será de su “síntesis”

²⁶ Con cita a Baumann-Weber-Mitsch, en la obra “Derecho Penal. Parte General” (ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR, 2000, p. 620), referencia en nota al pie n.º 4. En igual sentido Zaffaroni, Alagia y Slokar (2005, p. 503).

²⁷ Es claro que a nadie se le puede reprochar lo que no pudo hacer u omitir, el reproche sólo es admisible en la medida de la inevitabilidad (ZAFFARONI, 2009, p. 210).

²⁸ Esta no es más que “una espiritualización grosera de la vieja peligrosidad positivista” (ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR, 2005, p. 507).

que resulte, en definitiva, la “culpabilidad penal” (ZAFFARONI, 2009, p. 211-212). En los términos propuestos, resalta junto a Alagia y Slokar que la culpabilidad por vulnerabilidad “no es un correctivo de la culpabilidad por el acto, sino su contracara dialéctica, de la que surge la culpabilidad penal como síntesis” (ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR, 2005, p. 515).²⁹

4 BALANCE TRES DÉCADAS DESPUÉS

En una simplificación de trazo grueso podría decirse que, en lo sustancial, la discusión en nuestro país en torno al actual momento de crisis del derecho penal discurre entre distintos modelos funcionalistas: uno que opera sobre el presupuesto de un funcionamiento social presidido por la convivencia con innumerables riesgos que deben contenerse y regularse para proteger bienes jurídicos; otro, bajo premisa de que es necesario generar consensos que posibiliten que el sistema social actúe estabilizada y armónicamente, que cada subsistema confíe en que ello será así por lo que el foco se hará en la protección de las normas y sólo mediatamente en los bienes jurídicos; finalmente, el que partiendo de una visión social conflictivista se concentra en el esfuerzo por reducir lo máximo posible la irracionalidad en el ejercicio del poder punitivo.

Los dos primeros son de matriz alemana mientras que el último es local, de este “margen” del mundo lo que, en definitiva, no debiera causar ninguna sorpresa ya que, como enseña la elegante y aguda prosa de Gonzalo Fernández (1995, p. 27), “Por desgracia, el poder penal constituye una llaga lacerante en América Latina, enquistada a lo largo y a lo ancho de nuestra borrascosa historia continental” y de allí que afirmara que “En virtud de ello, me he esforzado por no resbalar a la aceptación sumisa de modelos teóricos ‘importados’, de cautivante pulcritud conceptual y trasiego fluido a

²⁹ Afirman luego que la culpabilidad por vulnerabilidad no es una alternativa a la culpabilidad como reproche formalmente ético, sino un paso superador de ésta, que –como todo proceso dialéctico– la conserva en su síntesis.

la periferia, pero elaborados –casi indefectiblemente– de espaldas a la realidad social”.

Con razón resalta Zaffaroni que toda teoría del derecho penal y, como parte de ella, toda teoría del delito, es tributaria de una teoría de la pena (ZAFFARONI, 2002, punto 5). Desde esta perspectiva, la forma en que se construye el puente entre injusto y pena viene determinada o condicionada por la teoría sobre la última. Concordante, Gonzalo Fernández apunta que, para entender la trabajosa evolución sufrida por la culpabilidad a lo largo de la teoría del delito, el “elemento clave sigue siendo, fuera de dudas, la *concepción del derecho penal* de que se parte y, por lo tanto, la asignación de funciones que se realice respecto de la pena.” (1995, p. 127).

Los modelos que le asignan función preventiva, sea en versión moderada o extrema, lo hacen de un modo cuya exposición y crítica no es del caso aquí desarrollar. Baste, en todo caso, la observación general que formula Hormazábal Malarée en torno a que el problema de fundamentación de la culpabilidad no debe buscarse en la metafísica, sino en otras disciplinas que entiendan al hombre y sus conflictos como fenómenos históricos y políticos, como serían ciertas corrientes de la sociología y la antropología y, sobre todo –indica–, en la filosofía política. Este último camino es el que han transitado, con sus diferencias, tanto Juan Bustos Ramírez (acompañado por el propio Hormazábal³⁰), como Gonzalo Fernández³¹ y Zaffaroni (junto a Alagia y Slokar) (HORMAZÁBAL MALARÉE, 2005, punto 3, p. 5)³².

³⁰ Entre otros trabajos conjuntos, puede verse la “teoría del sujeto responsable” en Bustos Ramírez y Hormazábal Malarée (1999). Antes, en Bustos Ramírez (1989, capítulo XX, en particular el punto 71, titulado “Concepto crítico de culpabilidad: el sujeto responsable”).

³¹ En este caso con la introducción de una variante a la propuesta de los dos anteriores con su “teoría del sujeto” (puede consultarse en la monografía y artículo corto del profesor uruguayo que fueron antes citados).

³² Aclara Hormazábal (trabajo citado, nota pie n.º 34), que ya en la primera edición del “Manual de Derecho Penal Español” de Juan Bustos, del año 1984 (Barcelona: Ariel), se afirmaba que el punto de partida de la responsabilidad

Así, retomo, el “agnosticismo penal” concreta el “puente” de otra forma sustancialmente distinta de los del “preventivismo”, una que ciertamente es poco acompañada en el reconocimiento de la “más fuerte objeción de la sociología (que) radica en la innegable selectividad con que el deber ser penal se realiza en el campo de la realidad del poder punitivo y del sistema penal”³³. La referencia a la soledad se impone porque, de su lado, sólo puede contarse a la postura de Bustos Ramírez con la que, pese las diferencias, comparte el mismo punto de partida que Hormazábal sintetiza como la “posición de antinomia” de la persona con el Estado y que “en la culpabilidad lleva a invertir el planteamiento del problema [...] no es la persona la que tiene que demostrar que no estaba en condiciones de cumplir con la norma, sino el Estado el que tiene que demostrar que a esa persona concreta le podía exigir un comportamiento conforme a la norma”³⁴.

Aquella concepción cuyos primeros trazos se expusieron en la obra de hace más de tres décadas indicada al comienzo, puede decirse sin temor a error que se mantuvieron y perfeccionaron en este tiempo transcurrido. Producto de su evolución conceptual, Zaffaroni junto a Alagia y Slokar reformula la categoría en crisis diciendo que la culpabilidad es

el juicio necesario para vincular en forma personalizada el injusto a su autor y, en su caso, operar como principal indicador del máximo de la magnitud de poder punitivo que puede ejercerse sobre éste.

debía ser el sujeto concreto en sociedad, idea que amplió en la 3.º edición, en el año 1989 (es decir, el de aparición de “*En busca...*”).

³³ Ídem, nota anterior, punto 24.

³⁴ Hormazábal, ya citado, punto 3, pág. 5. Esta coincidencia entre Bustos Ramírez y Hormazábal Malarée (1999) y Zaffaroni, Alagia y Slokar (2005) es resaltada por Claudia Marcela Cárdenas Aravena (2008, p. 75) como la “crítica al parangón del hombre medio”, apuntando a la idea en común de que el reproche no ha de dirigirse contra un ser abstracto dotado de libre albedrío y con una racionalidad homogénea, sino contra un hombre concreto en una sociedad desigual y discriminatoria. Agrega luego: “Postulan incluso que al momento de aplicar una pena no ha de mirarse solamente la responsabilidad individual de la persona, sino también la responsabilidad social por la conducta”.

Este juicio resulta de una síntesis de un juicio de reproche basado en el ámbito de autodeterminación de la persona en el momento del hecho (formulado conforme a elementos formales proporcionados por la ética tradicional) con el juicio de reproche por el esfuerzo del agente para alcanzar la situación de vulnerabilidad en que el sistema penal ha concretado su peligrosidad, descontando del mismo el correspondiente a su mero estado de vulnerabilidad (ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR, 2005, p. 516)³⁵.

En una de sus últimas obras, vuelve brevemente sobre el tema justificando la necesidad de sostener este marco teórico al decir que “Así como se debe cuantificar el contenido ilícito del delito tomando en cuenta la *pluriofensividad* natural de todo conflicto tipificado, también deben tomarse en cuenta las condiciones subjetivas del infractor para determinar el grado de culpabilidad” (ZAFFARONI, 2017, p. 189). Otros autores tienen en cuenta esta indicación dentro de la “co-culpabilidad”. Así, por ejemplo, Chiara Díaz, Obligado y Grisetti cuando, invocando “*En busca...*”, apuntan que todo sujeto actúa en una circunstancia dada y con un ámbito de autodeterminación también dado y que, en su personalidad misma, hay una contribución a éste último, pero hay algunos sujetos que, por causas sociales, tienen un menor ámbito de autodeterminación. En ese caso, “No será posible poner en la cuenta del sujeto estas causas sociales y cargarle con ellas a la hora del reproche de culpabilidad” (CHIARA DÍAZ; GRISSETTI; OBLIGADO, 2011, p. 457)³⁶.

³⁵ Zaffaroni ha insistido en la idea de que el reproche al esfuerzo por alcanzar la situación concreta de vulnerabilidad no es sólo más correcto éticamente, sino que también es el único posible y exigible en el espacio de decisión de los jueces ya que, en una sociedad más o menos democrática, un juez puede, sin temor a ser estigmatizado o linchado mediáticamente, habilitar una pena menor para un “ratero”, pero no tiene similar arbitrio si se trata de un estafador financiero que perdió cobertura por violar reglas vigentes entre los grandes delincuentes corporativos transnacionales, como sería el escandaloso caso de Bernard Madoff (ZAFFARONI, 2017/2018, p. 44).

³⁶ La incidencia de las condiciones sociales de la responsabilidad personal es relevada por Alberto M. Binder como configuradoras de uno de los principios limitadores de la respuesta penal: el de “corresponsabilidad social” (BINDER, 2004, p. 277-283). Rafecas (2021, p. 659) recuerda también como un defensor del reconocimiento de la co-culpabilidad en nuestro país a Luis F. Niño.

Zaffaroni, Alagia y Slokar reconocen expresamente que la idea de co-culpabilidad social es un antecedente importante de la culpabilidad por vulnerabilidad, que significó un notorio progreso, pero, no obstante, resulta insuficiente en varios sentidos:

- a) en cuanto evoca el prejuicio de que la pobreza es la causa del delito (tesis tributaria de la vieja criminología etiológica de cuño socialista), ignorando que desde Sutherland (o antes) sabemos que campea en todas las capas sociales;
- b) si se corrigiese ese error (es decir, el acento en la pobreza y sólo en la delincuencia criminalizada), la consecuencia lógica de la co-culpabilidad consistiría en menor poder punitivo para los pobres y más para los ricos, de allí que deriva actualmente en el derecho penal de las dos velocidades (más garantías para el delito común y menos para el delito organizado empresarial, etc.): mayor o menor contención del poder punitivo con olvido que la excepción siempre termina ordinarizándose. De allí que enfatizan que no hay dos velocidades sino sólo avance o retroceso y, derogar límites al poder punitivo, es una marcha atrás hacia la inquisición;
- c) la co-culpabilidad sigue ignorando el problema de la selectividad del poder punitivo.

En función de ello concluyen que incluso considerando el correctivo de la co-culpabilidad, la culpabilidad de acto no es un juicio ético porque no puede responder a la objeción de que habilita un poder que se ejerce discriminatoriamente sobre la población (ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR, 2005, p. 626-627)³⁷.

Al abordar la medida de la culpabilidad apunta Zaffaroni que, en el mundo, ningún Estado ha podido nunca pretender el logro de una justicia social perfecta y acabada, haberle dado a todos sus habitantes el mismo espacio de realización personal en sociedad. De allí que

³⁷ En similares términos en su "*Lectio doctoralis*" (ZAFFARONI, 2002, punto 35).

señale que, por eso, el Estado debe descontarle o descargarle a la persona la cuota de injusticia social que haya tenido en comparación con otros (ZAFFARONI, 2020, p. 248).

En línea coincidente, Rafecas señala que, si se trata de una persona de alta o extrema vulnerabilidad, la corresponsabilidad del Estado en mantener a esa persona a lo largo de su historia vital en tal penosa cuan criminógena condición, sumado al sesgo discriminatorio con el que opera el sistema penal, “habrá de matizar el reproche. No lo va a eliminar, pero sí va a atenuarlo.” (RAFECAS, 2021, p. 662).

Las críticas no académicas de la pretensión de una suerte de “derecho penal proletario” o de adoptar criterios de “benignidad gratuitos”, suerte de favorecimiento sin sentido por pertenencia a clase social desfavorecida, encuentran adecuada respuesta del autor cuando insiste sobre la idea de que

[...] tomar en cuenta los datos de la realidad que hacen a la vulnerabilidad de los criminalizados para determinar dentro de las escalas penales el grado de reproche de culpabilidad, como antes tener en cuenta la cantidad y magnitud de los bienes jurídicos afectados de la víctima, no significa pretender un derecho penal proletario ni la condena o benignidad gratuita de nadie, sino dar lugar a una cuantificación punitiva menos irracional en el marco de una sociedad altamente estratificada, sin por eso caer una omnipotencia penal inmadura (ZAFFARONI, 2017, p. 189).

Al momento en que todo lo expuesto se traslada a la fase de la individualización de la pena, Zaffaroni insiste en que cuando la razón de estado entra en tal cuantificación es necesario reafirmarse en que no puede responder a otros criterios que los que emergen de la teoría del delito, esto es, de la magnitud del injusto precisada dentro del máximo indicado por la reprochabilidad por el acto sintetizado con la magnitud del esfuerzo realizado por alcanzar la situación concreta de vulnerabilidad, lo que se resume en que “la pena no puede exceder la medida del reproche personalizado del acto” (ZAFFARONI, 2009, p. 260).

No puede cerrarse este sintético recordatorio sin resaltar la que estimo una suerte de falta de correspondencia entre la importancia del aporte del profesor Zaffaroni a la discusión en torno al estrato analítico de la culpabilidad y el nivel, en realidad, escaso de su incorporación en aquélla dentro de la manualística de la parte general en nuestro país³⁸. Pareciera que, en todo caso, apoyos y críticas han encontrado espacio en manuales foráneos³⁹ y en trabajos específicos publicados en distintas revistas especializadas⁴⁰.

Recientemente, Natalia L. Taddeo (2022) ha planteado que la culpabilidad por vulnerabilidad es en particular de adecuada consideración en el ámbito del régimen penal juvenil, afirmando que si es necesaria como contracara dialéctica de la culpabilidad de acto puro para juzgar a quienes son captados por su grado de vulnerabilidad por el sistema penal en general, “mucho más lo es en relación a estos jóvenes, adolescentes, cuasi analfabetos, marginales, en la mayoría de los casos sin referentes que los contengan y acompañen por los sinuosos caminos de sus difíciles y dolorosas vidas”.

Es claro, la referencia descriptiva se corresponde con la observación compartida con Zulita Fellini en cuanto a que los adolescentes en conflicto con la ley penal judicializados en nuestro margen, en general, son jóvenes que, por sus condiciones de vida con múltiples carencias, se ven encaminados al delito casi como una elección predeterminada. Siendo esto así, aquella franja poblacional y etaria sobre la opera el fuero juvenil es la más vulnerable no sólo porque el presunto autor tiene una condición de necesitado de una especial protección por su inmadurez, sino porque además la selectividad penal recae sobre esos desvalidos que son percibidos socialmente como los más peligrosos, paradoja predicable respecto

³⁸ Entre quienes incorporan el tema en el capítulo específico cuentan: Rusconi (2007); De la Rúa y Tarditti (2014); Nardiello (2013); Rafecas (2021).

³⁹ Por ejemplo, Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée (2006); Gomes y García-Pablos de Molina (2007).

⁴⁰ Sin ninguna pretensión de exhaustividad, además de los ya fueran citados, pueden tenerse en consideración: Vitale (2010); Gómez Urso (2013); Castañeda García (2017); Croxato (2014).

de los se conocen vulgarmente como “los pibes chorros” o los “chicos de la calle” (LUJÁN TADDEO, 2022)⁴¹.

Podría agregarse que, antes, había transitado la senda de vincular la culpabilidad por vulnerabilidad con el sistema penal juvenil María Laura Böhm (2009), quien sostuvo que

Si aplicásemos las ideas de Zaffaroni, lo cual lamentablemente sucede muy poco en los ámbitos judiciales, tendríamos que concluir además, desde lo dogmático, que el nivel de culpabilidad individual y reproche, va a tender siempre a ser muy baja: Si su estado de vulnerabilidad es muy elevado... eso significa que con un mínimo esfuerzo individual va a ser captado por el sistema penal. Un chico de catorce años que sale de la villa 31 a “chorear”, o un chico de 14 años que en la casa no es contenido y que en la escuela llama la atención por ser violento con sus compañeros... con un mínimo esfuerzo van a ser captados por el sistema. Porque, entre otras cosas, la edad es uno de los factores para evaluar el estado de vulnerabilidad. Y un chico, aunque tenga abogado, es un blanco más fácil del sistema penal y sus funcionarios que un adulto⁴².

Similar déficit ha observado con razón Ricardo Narváez en torno a la recepción jurisprudencial que, además, en ocasiones estima ha sido incorrecta⁴³. Entiendo que acierta cuando señala

⁴¹ Más adelante, aclara refiriéndose en particular al régimen penal juvenil argentino vigente que, en el marco de la teoría de la culpabilidad por vulnerabilidad, puede la agencia judicial suspender el proceso de criminalización secundaria del caso concreto a partir del juicio de necesidad de pena que debe hacerse siguiendo las pautas brindadas por la CSJN in re “Maldonado” en torno a las exigencias de la prevención general positiva que predomina en el fuero, lo que se concreta con una posible absolución por la falta de aquella (LUJÁN TADDEO, 2022, p. 65).

⁴² Luego agrega: “Si se comparten estas ideas y si se comparte que “la” sociedad y su Estado no son ajenos al estado de vulnerabilidad en que viven muchos de sus chicos, no puede postularse seriamente al sistema penal como solución. Todas las garantías constitucionales y procesales juntas no van a evitar que los chicos vulnerables devengan aún más vulnerables si se los encierra en una institución del sistema penal. El mejor defensor no va a evitar la imposición de penas que impliquen la pérdida de la libertad y la marca enajenante del encierro. El penitenciario más dedicado no va a poder evitar los abusos que cometan otros penitenciarios. La “granja” penitenciaria más abierta, no va a poder brindar el aire puro que cada chico debe tener en su cuerpo y en su alma”.

⁴³ Cita en tal sentido la sentencia del TOC n.º 1 de La Plata, en causa n.º 1105/382,

como uno de los motivos lo que no es otra cosa que un déficit tradicional o habitual en nuestras sentencias (lo que, por cierto, no lo hace más justificable): “rara vez se hace una detenida evaluación de la culpabilidad que deje de lado las fórmulas por todos conocidas” (NAVÁREZ, 2013, p. 16).

5 COLOFÓN

Es de esperar que, más temprano que tarde, se rescate tanto para el elemento de la teoría del delito “culpabilidad” como su consecuencia en términos de determinación de la pena, la visibilidad

pub. en <http://www.defensachubut.gov.ar/?q=node/2392> (trabajo citado, p. 14, nota al pie n.º 74). Consultada la página, se trata de un informe del INECIP Sede Regional Trelew titulado “Polémica aplicación de la culpabilidad por vulnerabilidad”. En lo medular se critica que la construcción se utilizó prácticamente como un agravante diciendo: “En el caso, el tribunal consideró ‘el escaso grado de vulnerabilidad’ (bastante discutible) como una agravante del injusto penal. Así, el tribunal sostuvo citando el informe socio ambiental que ‘considero también agravante el escaso grado de vulnerabilidad en que el causante se encuentra respecto de los delitos cometidos, atento sus condiciones sociales, culturales y laborales ya que proviene de un grupo familiar organizado, estable, con sólidos lazos afectivos y adecuado desempeño de roles parentales. Ha conformado una familia nuclear, conviviendo con ella en el hogar paterno. Cuenta con una actividad laboral en el taller mecánico de su progenitor. Desde lo social no aparecen disfunciones relevantes en el grupo familiar’. Seguidamente y citando la obra de Zaffaroni, los jueces argumentaron que ‘adquiere así un mayor grado de reproche penal su conducta a la luz del superior esfuerzo en su decisión por delinquir’ [...]”.

Sin conocer los detalles del caso, no es tan claro que medie error interpretativo por el Tribunal si para definir la pena adecuada a la culpabilidad penal la obtuvo como síntesis dialéctica de la culpabilidad por acto puro y la culpabilidad por vulnerabilidad (en lo que se señala antes, valorando que el esfuerzo por ser alcanzado por el poder punitivo ha sido significativo por partir de una situación personal de escasa vulnerabilidad).

Entre otras podrían agregarse, en sentido correcto, la sentencia del TOC n.º 1 de Mar del Plata en causa “Guffanti”. Ha sido comentada por Manuel F. Serrano (2016); o la del TOF de Neuquén que absolvió a una mujer acusada por comercio de drogas por ser víctima de violencia doméstica y estar en situación extrema “por su calidad de mujer, madre de niños pequeños, desempleada” y por “la falta de recursos simbólicos y materiales” (noticia publicada en “Diario Judicial”, 8-10-2020, con el título “*Culpabilidad por vulnerabilidad extrema*”. Disponible en: <<https://www.diariojudicial.com/nota/87558>>).

que a la selectividad como dato estructural inevitable del sistema penal le otorgó Zaffaroni con su “culpabilidad por vulnerabilidad”. Esto, incluso más allá de que se comparta o no el total de la teoría en que se inserta (agnosticismo penal) ya que, en definitiva, el correctivo a la culpabilidad de acto puro resulta de estricta justicia aun cuando se asigne otra función a la pena en particular y al derecho penal en general. En este último contexto, ciertamente, habrá no pocas dificultades para la armonización/inserción de la idea.

Con la mira en alentar el esfuerzo lo que no puede soslayarse es que la selectividad existe y que las personas poseen un distinto grado de vulnerabilidad al poder punitivo que aquella refleja. Estos datos ónticos están ahí y lo peor que puede pasar es ignorarlos, seguir haciendo de cuenta que media una igualdad que no es otra cosa que una ficción.

BIBLIOGRAFÍA

AROCENA, Gustavo A.; BALCARCE, Fabián I.; CESANO, José D. **Derecho penal y neurociencias: culpabilidad, determinismo y libre albedrío: determinación de la inimputabilidad penal; tratamiento penitenciario: abordaje del comportamiento violento y perverso.** Buenos Aires: Hammurabi, 2015.

BARATTA, Alessandro. **Criminología crítica y crítica del derecho penal: introducción a la sociología jurídico-penal.** Buenos Aires: Siglo XXI, 1986.

BINDER, Alberto M. **Introducción al derecho penal.** Buenos Aires: Ad-Hoc, 2004.

BÖHM, María Laura. Recordando a Zaffaroni: sobre la vulnerabilidad de los chicos frente al sistema penal. 2009. En: Centro de Estudios en Política Criminal y Derechos Humanos (CEPOC). Disponible en: <<http://cepoc-cepoc.blogspot.com/2009/04/recordando-zaffaroni-sobre-la.html>>.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Manual de derecho penal**: parte general. 3. ed. Barcelona: Ariel, 1989.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. **Lecciones de derecho penal**: parte general. 2. ed. Madrid: Trotta, 2006.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. **Lecciones de derecho penal**. v. II. Madrid: Trotta, 1999.

CANCIO MELIÁ, Manuel. Psicopatía y derecho penal. En: CRESPO, Eduardo Demetrio (Dir.). **Neurociencias y derecho penal**. Montevideo / Buenos Aires: BdF, 2013.

CÁRDENAS ARAVENA, Claudia Marcela. El principio de culpabilidad: estado de la cuestión. En: **Revista de Derecho**, Antofagasta (Chile), Ed. Universidad Católica del Norte, año 15, n.º 2, 2008.

CASTAÑEDA GARCÍA, Duván de Jesús. La culpabilidad por la vulnerabilidad como medida de la pena: una revisión al concepto de culpabilidad. En: **Revista Nuevo Derecho**, Antioquía (Colombia), Ed. Institución Universitaria de Envigado, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, n.º 13, 2017.

CHIARA DÍAZ, Carlos Alberto; GRISSETTI, Ricardo Alberto; OBLIGADO, Daniel H. **Derecho penal**: parte general. Buenos Aires: La Ley, 2011.

CRESPO, Eduardo Demetrio (Dir.). **Neurociencias y derecho penal**. Montevideo / Buenos Aires: BdF, 2013.

CROXATO, Guido. Derecho penal y culpabilidad por vulnerabilidad social. En: Pensamiento Penal. 13-10-2014. Disponible en: <<https://www.pensamientopenal.org/entre-rios-derecho-penal-y-culpabilidad-por-vulnerabilidad-social/>>.

DE LA RÚA, Jorge; TARDITTI, Aída. **Derecho penal**: parte general. t. 2. Buenos Aires: Hammurabi, 2014.

DE MARCO, Daniel A. La culpabilidad por la vulnerabilidad: el esfuerzo personal por alcanzar la situación concreta de vulnerabilidad como vínculo entre el sujeto y el derecho penal para la formulación del reproche jurídico: ¿retribucionismo en la teoría agnóstica de la pena? En: **Libro de Ponencias del X Congreso Nacional de Derecho Penal y Criminología en Homenaje a Alessandro Baratta**. Buenos Aires: Ed. UBA, 2002.

DONNA, Edgardo Alberto. **Teoría del delito y de la pena 1: teoría de la pena y la culpabilidad**. Buenos Aires: Astrea, 1992.

ERBETTA, Daniel. **Proceso formativo de la teoría del delito**. Rosario: UNR, 2003. (Colección *Temas y Problemas de Derecho Penal y Criminología*, 1).

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José (Coord.). **Derecho penal de la culpabilidad y neurociencias**. Madrid: Civitas/Aranzadi, 2012.

FERNÁNDEZ, Gonzalo D. **Culpabilidad y teoría del delito**. Montevideo: BdeF, 1995. Prólogo del Dr. David Baigún.

FERNÁNDEZ, Gonzalo D. El principio de culpabilidad: para una teoría del sujeto. En: **Revista Derecho Penal**, Rosario, Ed. Juris, n.º 7, 2001.

FERNÁNDEZ BUZZI, Juan Manuel; LORAT, Martín Daniel. La culpabilidad por la vulnerabilidad como medida de la pena ¿o la crueldad estatal en su “justa” medida? En: *Derecho Penal Online*. Sección doctrina. 27-11-2004. Disponible en: <<http://www.derechopenalonline.com>>.

GARCÍA RIVAS, Nicolás: Lección 17: la culpabilidad. En: CRESPO, Eduardo Demetrio; RODRÍGUEZ YAGÜE, Cristina (Coord.). **Curso de derecho penal**: parte general. 3. edición. Barcelona: Experiencia, 2016.

GOMES, Luiz Flávio; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Direito penal**: parte geral. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GÓMEZ URSO, Juan Facundo. Culpabilidad, vulnerabilidad y pena: disensos respecto de la “culpabilidad por vulnerabilidad”. En: ZAFFARONI, Eugenio Raúl (Dir.). **Revista de Derecho Penal y Criminología**, Buenos Aires, Ed. La Ley, año II, n.º 11, diciembre de 2013.

HASSEMER, Winfried. Neurociencias y culpabilidad en derecho penal. En: InDret, Barcelona, n.º 2/2011. Disponible en: <<https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/821.pdf>>.

HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. Una necesaria revisión del concepto de culpabilidad. En: **Revista de Derecho**, Valdivia (Chile), v. 18, n. 2, diciembre de 2005.

LUJÁN TADDEO, Natalia. Culpabilidad por vulnerabilidad: una teoría adecuada para el derecho penal juvenil. En: **Nueva Crítica Penal**, Mar del Plata, Ed. EUEM, v. 4, n.º 8, p. 42-70, 2022.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Libertad, culpabilidad y neurociencias. En: InDret, Barcelona, n.º 3/2012. Disponible en: <<https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/904a.pdf>>.

NARDIELLO, Angel Gabriel. **Estructura del hecho punible**. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2013.

NARVÁEZ, Ricardo. Culpabilidad por vulnerabilidad y agnosticismo penal o “los muertos que vos matáis”. En: ZAFFARONI, Eugenio Raúl (Dir.). **Revista de Derecho Penal y Criminología**, Buenos Aires, Ed. La Ley, año III, n.º 3, abril 2013.

PARMA, Carlos. **Culpabilidad**: lineamientos para su estudio. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 1997.

PASTOR, Daniel R. Libre albedrío y responsabilidad jurídica: tal vez un mito pero muy funcional. 2020. En: Hammurabi Digital. Disponible en: <<https://biblioteca.hammurabidigital.com.ar/reader/libre-albedrio-y-responsabilidad-juridica-1605201784?location=7>>.

PASTOR, Daniel R. ¿Quién le teme a las neurociencias?: acerca de la relación entre neurociencias y derecho penal. 2016. En: Pensamiento Penal. Disponible en: <<https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2016/09/doctrina44107.pdf>>.

PASTOR, Daniel R.; ROCA, María (Dir.). **Neurociencias y derecho**. v. 1. Buenos Aires: Hammurabi, 2019.

PASTOR, Daniel R.; ROCA, María (Dir.). **Neurociencias y derecho**. v. 2. Buenos Aires: Hammurabi, 2021.

RAFECAS, Daniel Eduardo. **Derecho penal sobre bases constitucionales**. Buenos Aires: Didot, 2021.

RUSCONI, Maximiliano. **Derecho penal**: parte general. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2007.

SANTIAGO NINO, Carlos; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Un debate sobre la pena**: Carlos Santiago Nino vs. Eugenio R. Zaffaroni. Buenos Aires: Ediciones del Instituto, 2004. (Serie *Fichas del INECIP*).

SERRANO, Manuel Francisco. Disminución de los mínimos penales y exigibilidad de los derechos humanos: análisis del fallo Guffanti. 31-10-2016. En: Pensamiento Penal. Disponible en: <<http://www.pensamientopenal.com.ar>>.

VITALE, Gustavo. Culpabilidad como límite a la pena (co-culpabilidad y esfuerzo por la vulnerabilidad). 16-3-2010. En: Pensamiento Penal. Disponible en: <<http://www.pensamientopenal.com.ar>>.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Criminología**: aproximación desde un margen. Bogotá: Temis, 1988.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Culpabilidad por vulnerabilidad. En: *Lectio Doctoralis* en la Universidad de Macerata (Italia), 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Culpabilidad por vulnerabilidad. En: Sistema Argentino de Información Jurídica. 2007a. Disponible en: <http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf070010-zaffaroni-culpabilidad_por_vulnerabilidad.htm#>.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Derecho penal humano: la doctrina de los juristas y el poder en el siglo XXI.** Buenos Aires: Hammurabi, 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **El enemigo en el derecho penal.** Buenos Aires: Ediar, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal.** Traducción de Vânia R. Pedrosa y Amir L. da Conceição Río de Janeiro: Revan, 1996.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **En busca de las penas perdidas.** Bogotá: Temis, 1989a.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **En busca de las penas perdidas.** Buenos Aires: Ediar, 1989b.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **En busca de las penas perdidas.** 2. ed. Bogotá: Temis, 1990.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Estructura básica de derecho penal.** Buenos Aires: Ediar, 2009.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Humanitas en el derecho penal. En: **Reforma penal y política criminal: la codificación en el estado de derecho.** Buenos Aires: Ediar, 2007b.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **La palabra de los muertos: conferencias de criminología cautelar.** Buenos Aires: Ediar, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Lineamientos de derecho penal.** Buenos Aires: Ediar, 2020.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Los disfraces de la peligrosidad (la pena del delito común contra la propiedad). En: **Redea. Revista Derechos en Acción**, La Plata / Buenos Aires, Ed. Universidad Nacional de La Plata, año 3, n. 6, verano 2017/2018. Sección “Ensayos”.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de derecho penal**: parte general. Buenos Aires: Ediar, 1977.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Teoría del delito**. Buenos Aires: Ediar, 1973.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de derecho penal**: parte general. v.1. Buenos Aires: Ediar, 1980a.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de derecho penal**: parte general. v.2. Buenos Aires: Ediar, 1980b.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de derecho penal**: parte general. v.3. Buenos Aires: Ediar, 1980c.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de derecho penal**: parte general. v.4. Buenos Aires: Ediar, 1980d.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de derecho penal**: parte general. v.5. Buenos Aires: Ediar, 1980e.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro W. **Derecho penal**: parte general. Buenos Aires: Ediar, 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro W. **Derecho penal**: parte general. México: Porrúa, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro W. **Manual de derecho penal**: parte general. Buenos Aires: Ediar, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro W.; BATISTA, Nilo. **Direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro W.; TENORIO TAGLE, Fernando. **Derecho penal**: parte general. México: Porrúa, 2013.

Recebido em: 23-2-2024

Aprovado em: 2-4-2024