

Culpabilidad por vulnerabilidad: una teoría adecuada para el derecho penal juvenil. Culpabilidad y fines de la pena. Análisis en función de un caso paradigmático

Natalia Taddeo*

Universidad Nacional de Mar del Plata

1. "As the snow flies
On a cold and gray Chicago mornin'
A poor little baby child is born
In the ghetto

And his mama cries...

2. 'Cause if there's one thing that she don't need
It is another hungry mouth to feed
away
In the ghetto
(In the ghetto)

3. People, don't you understand
The child needs a helping hand
man
Or he'll grow to be an angry young man someday
Take a look at you and me
Are we too blind to see?
Do we simply turn our heads
And look the other way

4. Well, the world turns
And a hungry little boy with a runny nose
Plays in the street as the cold wind blows
In the ghetto

5. And his hunger burns
he starts to roam the streets at night
And he learns how to steal
Another little baby child is born
And he learns how to fight
In the ghetto

6. Then one night in desperation
the young man breaks

He buys a gun, steals a car
Tries to run, but he don't get far
And his mama cries...

7. As a crowd gathers 'round
an angry young

Face down on the street
with a gun in his hand
In the ghetto

8. As her young man die
On a cold and gray Chicago mornin'
In the ghetto

As his mama cries..."

In the ghetto, canción de Elvis Presley

"La más fuerte objeción de la sociología radica en la innegable selectividad con que el deber ser penal se realiza en el campo de la realidad del poder punitivo y del sistema penal. Ello obliga a la doctrina penal a asumir un grado de sinceridad jamás admitido antes, que consiste en aceptar el fenómeno y admitir que forma parte de la normalidad del poder punitivo (...) el reproche pierde legitimidad ética cuando se le formula sólo a unos pocos seleccionados entre los más vulnerables".

Zaffaroni, *Discurso de aceptación del Doctorado Honoris Causa*
otorgado por la Universidad de Macerata -Italia- en el año 2002

Sumario: 1. Introducción. 2. Marco teórico adecuado para un Derecho Penal Especial. 3. Un caso paradigmático. 4. El concepto de la Culpabilidad. 5. Culpabilidad por la vulnerabilidad. 6. Conclusiones.

Resumen: En este ensayo se procura un análisis de la culpabilidad -último estrato analítico de la teoría del delito, relacionado intrínsecamente con los fines de la pena-, mediante una breve reseña de su desarrollo evolutivo histórico a través de las diferentes corrientes dogmáticas; marcando la conflictividad que acarrea tal concepción, en su forma más pura, frente a la selectividad propia del sistema penal. Frente a ello, se propone la teoría de la culpabilidad por vulnerabilidad como desarrollo teórico superador de tal problemática, en particular, en el campo del derecho penal juvenil. Así, en el marco de este saber especial y ante la falta de consideración de su singularidad en los desarrollos de una teoría del delito que se construye en función del universo de mayores, se intenta rescatar la utilidad de la mirada del funcionalismo reductor y, en concreto, de la culpabilidad por vulnerabilidad, para encontrar una respuesta que sea consistente con aquellas notas diferenciales de esta rama del derecho penal. Con el objeto de mostrar tal adecuación teórica, se analiza un caso testigo.

Palabras clave: culpabilidad; fines de la pena; selectividad del sistema penal; funcionalismo reductor; culpabilidad por vulnerabilidad; justicia penal juvenil; principio de especialidad

Abstract: *This essay seeks an analysis of guilt -the last analytical layer of the theory of crime, intrinsically related to the purposes of punishment-, through a brief review of its historical evolutionary development through the different dogmatic currents; marking the conflict that such conception entails, in its purest form, against the selectivity of the penal system. In the face of this, the theory of guilt by vulnerability is proposed as a theoretical development to overcome this problem, particularly in the field of juvenile criminal law. Thus, within the framework of this special knowledge and in view of the lack of consideration of its singularity in the developments of a theory of crime that is built according to the universe of adults, we try to rescue the usefulness of the view of reductive functionalism and, specifically, of guilt by vulnerability, in order to find an answer that is consistent with those differential notes of this branch of criminal law. In order to show such theoretical adequacy, a case study is analyzed.*

Key words: *culpability - aims of the penalty - selectivity of the penal system - reductive functionalism - guilt by vulnerability - juvenile criminal justice - principle of speciality*

1. Introducción

En esta oportunidad he elegido como tema general de análisis la culpabilidad, una categoría central de la teoría del delito; y, en particular, la tesis de la culpabilidad por vulnerabilidad -desarrollada por el Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni-, así como su aplicación concreta en el campo del Derecho Penal Juvenil.

A fin de explicar los motivos de la elección de tal temática, no puedo más que transcribir lo que él mismo expresó en el discurso antes citado¹:

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

En efecto, el concepto de culpabilidad, íntimamente ligado a la justificación o legitimación del derecho penal, en orden a los fines que se le asignan a la pena -toda vez que *“la referencia a una teoría de la pena es lo que dota de unidad conceptual y sistemática a una teoría del derecho penal”* y que *“toda teoría del derecho penal debe establecer de alguna manera la vinculación del delito con su consecuencia (la pena)”*, puente delito-pena que el autor citado bautiza como conexión punitiva² - viene siendo cuestionado o puesto en “crisis”³ tanto por la dogmática jurídico-penal como por la criminología y la sociología (entre otras disciplinas).

Existe unanimidad en la doctrina *“en considerar que la culpabilidad se distingue del injusto por la especial valoración a que se somete la acción del autor; pero no puede avanzarse mucho más, ni en los aspectos terminológicos ni en el contenido”*⁴. Su concepto, estrechamente ligado a las teorías de la pena, ha sufrido los mismos vaivenes que ellas, en tanto éstas actúan como marco de referencia que explican la amplitud o restricción a la

¹ Zaffaroni, E. R. (2007), discurso de aceptación del Doctorado Honoris Causa otorgado por la Universidad de Macerata (Italia), 2002, publicado en www.iuspenalismo.com.ar. Id SAIJ: DACF070010.; citado por Riquert, M. A. (2019), “‘En busca de las penas perdidas’ y la crisis de la culpabilidad: la culpabilidad por vulnerabilidad”, blog de la Cátedra Riquert de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata.

² En el discurso citado, Zaffaroni, luego de exponer brevemente que la culpabilidad partió –en el siglo XX- de *“la noción psicológica del positivismo normativizado, para pasar sucesivamente a la normativa del neokantismo, a la normativa con contenido depurado del finalismo welzeliano y, finalmente, a la normativa absoluta del funcionalismo alemán”*; sostiene que ese recorrido en términos convencionales oculta el verdadero problema de la culpabilidad –análisis en el que entiende debería incluirse la vieja peligrosidad positivista- porque esconde una enorme disparidad de conceptos bajo una denominación común; y que es necesario *“bautizar un hueco a llenar o una pregunta a responder por cualquier teoría del derecho penal”*, refiriéndose con ello a este elemento vinculante entre delito y pena –lo que llama conexión punitiva- que *“unos colmaron con la peligrosidad y otros con heterogéneos e incompatibles conceptos de culpabilidad”*.

³ El término crisis se suele usar con una carga negativa. Sin embargo, Silva Sánchez le otorga otro sentido cuando señala, en relación al Derecho penal en general, que la crisis es algo connatural al mismo o, como mínimo, *“inmanente al Derecho penal moderno, surgido de la Ilustración y plasmado en los primeros Estados de Derecho”*. En éstos la antinomia entre libertad y seguridad empieza a no ser resuelta automáticamente en favor de la segunda, de la prevención, con lo cual hay un principio de crisis, de tensión interna que permanece y que no constituye, en sí, un fenómeno negativo sino que probablemente *“es éste el motor de la evolución del Derecho penal. Una evolución que (...) muestra rasgos significativamente dialécticos, y se plasma en síntesis sucesivas de signo ascendentemente humanitario y garantístico, pese a lo que algunos momentos de antítesis puedan llevar a pensar”* (Silva Sánchez, J. M. [2010], Aproximación al Derecho Penal contemporáneo, Buenos Aires: editorial B de F., p. 4 y 5).

⁴ Fellini, Z. (2019). La problemática penal juvenil. Buenos Aires: Hammurabi.

que ha sido sometido. Así se señala que tal vez, en ciertos momentos, sin la referencia a la pena, la culpabilidad carecía de soporte dogmático; y se cuestiona su eficacia, tanto desde el punto de vista teórico -en función del cual resultaría insostenible-, como del práctico -desde el que resultaría perjudicial-⁵.

Por su parte Baratta ⁶, al analizar la teoría de las subculturas criminales -basada en las diversidades estructurales de las chances que tienen los individuos de servirse de medios legítimos para alcanzar fines culturales⁷, niega que el delito pueda ser considerado como expresión de una actitud contraria a los valores y a las normas generales, en tanto existen valores y normas específicos de diversos grupos sociales (subculturas)-, afirma que esta estratificación y pluralismo cultural de los grupos sociales es la negación del principio de culpabilidad, en tanto no “existe *un* sistema o *el* sistema de valores, ante el cual el individuo es *libre* de determinarse, siendo *culpable* la actitud de quienes, *pudiendo* no se dejan determinar por el *valor*, como quiere una concepción antropológica de la culpabilidad”⁸. Frente a los mecanismos de socialización, el peso específico de la elección individual o de la determinación de la voluntad es relativo, por lo que, desde este punto de vista, “la teoría de las subculturas constituye no sólo una negación de toda teoría normativa y ética de la culpabilidad, sino una negación del principio mismo de *culpabilidad* o responsabilidad ética individual como base del sistema penal⁹.

Sin embargo, más allá de todos los cuestionamientos (que serán profundizados a lo largo de este trabajo), hay una coincidencia mayoritaria en la doctrina en considerar a la culpabilidad como un concepto legitimante y limitador del ejercicio del *ius puniendi*, por lo que su inclusión en la teoría del delito y de la pena resulta esencial en el marco de un Estado democrático de Derecho. Muñoz Conde, al prologar la obra de Roxín¹⁰, así lo señala. Partiendo de una cita textual del propio Roxin -que dice que la culpabilidad “*viene acuñada desde el punto de vista político criminal por los fines de la pena*”-, afirma que “(e)n un Derecho Penal de un Estado democrático de Derecho dirigido a la defensa de los bienes jurídicos fundamentales para la colectividad y el individuo que en ella se integra, la culpabilidad debe ser la integración de todo un proceso de elaboración conceptual destinado a explicar por qué y para qué se tiene que recurrir a un medio tan grave como

⁵ Fellini, ob.cit., p. 50, con cita de Hassemer.

⁶ Baratta, A. (2009). *Criminología crítica y crítica del derecho penal*. México: Siglo XXI Editores.

⁷ Desarrollada por Cloward y Ohlin, en la que realizan una síntesis de la teoría mertoniana de la anomia con las tesis de Sutherland (en relación a las técnicas de aprendizaje y contactos diferenciales) y Cohen sobre las subculturas criminales -con relación, en particular, a las subculturas criminales que asumen las formas de bandas juveniles- (Baratta, ob.cit., p.66/74).

⁸ Baratta, 2009, ob. cit., p. 71.

⁹ Baratta, 2009, ob.cit., p. 74.

¹⁰ Roxin, C. (1981), *Culpabilidad y prevención en derecho penal*. Traducción: Muñoz Conde. Madrid: Instituto editorial Reus, S. A.

*la pena y en qué medida debe hacerse uso de este medio, y no un obstáculo para el logro de dichas metas*¹¹.

Ahora bien, el problema se agudiza con relación a la atribución de responsabilidad penal a los adolescentes punibles (de entre 16 y 18 años de edad según el todavía vigente Dec-ley 22.278 t.o. Dec-ley 22.803)¹², es decir, personas en formación, en desarrollo madurativo y, en consecuencia, con capacidad de culpabilidad disminuida: la culpabilidad, que supone la *comprensión* de la norma, se encuentra limitada por el grado de madurez.

Tal como lo planteó el Dr. Nicolás García Rivas¹³, el derecho penal juvenil: ¿es una cuestión de culpabilidad? Pareciera que todo se reduce a eso: es la disminución de la capacidad de culpabilidad la que funda, tanto la menor entidad del reproche penal, como que la respuesta jurídica deba siempre diferenciarse de la aplicable a un adulto que delinquiró (principio de especialidad).

No puedo aquí más que citar textualmente a Mary Beloff ¹⁴ cuando define qué es ser sujeto de derecho cuando hablamos de niños, niñas y adolescentes: “(...) *ser titular de los mismos derechos de los que gozan todas las personas más derechos específicos que surgen de la condición de persona que está creciendo. Ni media persona ni persona incompleta ni incapaz; simplemente se trata de una persona que está creciendo. Las personas son personas completas en cada momento de su crecimiento*”.

Desde esta perspectiva y teniendo en cuenta que todas las categorías y subcategorías que componen las teorías del delito y de la pena fueron desarrolladas *por* y *para* las personas adultas, la culpabilidad -más que cualquier otra- tiene que tener un análisis y desarrollo dogmático jurídico-penal especial en el caso de los menores de edad punibles a los que se les reprocha un injusto¹⁵.

¹¹ Roxin, ob.cit., p. 28.

¹² No está demás aclarar que quedan fuera del análisis que haré los niños, niñas y adolescentes no punibles, precisamente por carecer de capacidad de culpabilidad (en sentido estricto). En esta exclusión radica una de las principales objeciones de Muñoz Conde a la tesis de Roxin, por entender que quedan fuera del paraguas protector de la culpabilidad los inculpables (prólogo a Roxin, 1981, ob.cit., p. 25).

¹³ En la clase del 15-6-2019 dada en el marco de la presente Carrera de Especialización en Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata (profesor de la Universidad de Castilla y la Mancha).

¹⁴ Beloff, M. (2001), Algunas confusiones en torno a las consecuencias jurídicas de la conducta transgresora de la ley penal en los nuevos sistemas de justicia juvenil latinoamericanos. En: *Justicia y Derechos del Niño* N° 3. Buenos Aires: UNICEF, pp. 9/36. ISBN 987-9286-09-X, recuperado el 5-12-2019 del sitio web <http://www.derecho.uba.ar/investigacion/investigadores/beloff.php>; nota al pie 30, p.17.

¹⁵ Un tema muy interesante para analizar y debatir, que excede el propósito del presente trabajo, pero que puede quedar planteado como interrogante: ¿todas las categorías y subcategorías de la teoría general del delito pueden ser aplicadas, sin más, en el caso de adolescentes imputados de la comisión de un delito? ¿O requieren un desarrollo dogmático particularizado en orden a las características propias de esta franja etarea? Desde este punto de vista, errores de prohibición, causas de justificación o exculpantes, ¿podrían requerir de una adecuación especial a las características propias de los niños, niñas o adolescentes en conflicto con la ley penal?

Indudablemente, la culpabilidad en el plano teórico y más aún ya en el caso concreto, es decir, en la instancia judicial (de criminalización secundaria), debe atravesar el tamiz del principio de especialidad que *constituye* y caracteriza el fuero penal juvenil. A tal efecto, se debe apelar al desarrollo de disciplinas como la psicología evolutiva que tienen tanto para decirnos (al respecto son muy ricas las elaboraciones científicas de Jean Piaget¹⁶ y el enfoque psicoeducativo de Vigotsky¹⁷).

Pero además, más allá de lo señalado, en base a mi experiencia en el fuero penal juvenil puedo afirmar, en concordancia con Zulita Fellini¹⁸, que en la mayor parte de los casos de adolescentes en conflicto con la ley penal -que son judicializados-, se trata de jóvenes que tienen vedado el acceso a oportunidades de distinta índole por sus condiciones de vida, familiares, socio-culturales o económicas; por lo que *“el camino delictivo se presenta como una elección predeterminada”*. Por regla general, el infractor no es consciente de la gravedad de los hechos cometidos, así como tampoco *“respecto de su propio futuro, de las consecuencias que acarrea la infracción a la ley, del valor de su propia libertad y en ocasiones de su propia vida”*; no conoce sus derechos, no es importante el respeto de las garantías, ni propias ni ajenas; *“el ‘otro’ no tiene cabida dentro de su limitado universo”*.

En consecuencia, la franja de la población sobre la que actúa el sistema de justicia juvenil es la más vulnerable,¹⁹ no sólo por la condición del presunto infractor de sujeto de derecho necesitado de especial protección por su inmadurez, sino porque la selectividad del sistema penal recae especialmente en los más desvalidos de la sociedad que son vistos -paradójicamente- como los más peligrosos, los “pibes chorros”, los chicos de la calle.

Por tales motivos, es aquí donde adquiere un rol esencial la teoría de la culpabilidad por vulnerabilidad. Tal como lo señala Riquert²⁰, esta tesis es uno de los máximos logros de Eugenio Raúl Zaffaroni y, sin embargo, no ha recibido -en grado proporcional- la atención que merece.

¹⁶ Piaget, J (1984), *El criterio moral en el niño*, España: Ed. Martínez Roca.

¹⁷ Puede verse en: De Rosa, P. (2018), *Enfoque psicoeducativo de Vigotsky y su relación con el interaccionismo simbólico: Aplicación a los procesos educativos y de responsabilidad penal juvenil. Propósitos y Representaciones*, Jul.-Dic. 2018, Vol. 6, N° 2: pp 631-669, <http://dx.doi.org/10.20511/pyr2018.v6n2.246>, de la Universidad Salesiana de Bahía Blanca, Argentina. Material del curso de Criminología del Consejo de la Magistratura pcial. durante el año 2019.

¹⁸ Fellini, 2019, ob. cit., p.98.

¹⁹ Estigmatizada y captada por el sistema penal, aunque se lo haya ocultado con discursos engañosos y oscuros como los del paternalismo negativo o con fraude de etiquetas (medidas de protección o tutelares en lugar de penas). Puede verse, al respecto, Platt (1988) y Christie (2001).

²⁰ Riquert, M. (2019), ob. cit. en nota 1.

Si es necesaria y adecuada como correctivo de la culpabilidad -aunque más que su correctivo, vendría a ser su contracara dialéctica²¹- para juzgar a quienes son captados por su grado de vulnerabilidad por el sistema penal 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 vidas²².

Para ejemplificar lo expuesto es que decidí realizar este análisis en relación a un caso muy particular que tramitó en uno de los juzgados del fuero penal juvenil de Mar del Plata, que identificaré como caso M. y M.²³.

En concreto, aceptando que resulta un elemento propio del sistema penal la selectividad con la que opera y que la prisión no resocializa ni rehabilita (sino que responde a funciones y fines no declarados del sistema), es necesario reformular el Derecho Penal -centrado en la prisión-, más aún en sociedades latinoamericanas como la nuestra, caracterizadas por la injusticia social, cada vez mayor, producto de un auge de políticas neoliberales²⁴ o de lo que se ha dado en llamar capitalismo tardío o salvaje; aunque el fenómeno no es exclusivo de Latinoamérica, en tanto en el mundo en general se verifica la concentración extrema de la riqueza en pocas manos, con todas las consecuencias que ello acarrea sobre toda la sociedad.

2. Marco teórico adecuado para un derecho penal especial

El derecho penal juvenil constituye un derecho penal especial, es decir, un saber diferente al derecho penal de adultos u ordinario -por sus características esenciales y fines particulares-, pero que no deja de ser Derecho Penal, en tanto se trata (simplificando) del conjunto de normas jurídicas que regula la reacción estatal -la que debe tener características especiales- frente a la comisión de un delito por parte de una persona menor de edad²⁵.

²¹ Zaffaroni (2007), ob.cit.; Riquert (2019), ob.cit.

²² Son ejemplos de la "Vida precaria" (no se trata de una "vida vivible y muerte lamentable", sino de "vidas invivibles cuyo estatus político y legal se encuentra suspendido") de la que habla Judith Butler (2006); de las "Muertes silenciadas" de la obra compilada por Alcira Daroqui (2009), de las que no hablan los medios de comunicación y, si hablan, lo hacen en la sección policiales. En contraposición, puede verse el análisis del uso que hacen los medios de las muertes de los "ciudadanos víctimas" de Mercedes Calzado (2010) en relación al caso Blumberg.

²³ C. 98/2010, "M., A. F. y M., A. R. s/ Robo agravado por el uso de arma de Fuego" del Juzgado de Responsabilidad Penal Juvenil Nro. 1 del Dpto. Judicial Mar del Plata.

²⁴ Gargarella, R. (2016), "Castigar al prójimo: por una refundación democrática del derecho penal", Buenos Aires: Siglo XXI editores. Kemelmajer de Carlucci, A. (2004), "Justicia restaurativa: posible respuesta para el delito cometido por personas menores de edad", Santa Fe: Rubinzal- Culzoni. Braithwaite, J. y Pettit, P. (2015), "No sólo su merecido. Por una justicia penal que vaya más allá del castigo", Buenos Aires: Siglo XXI editores S.A.

²⁵ Esta afirmación, que a mi entender no dice más que algo evidente, sigue siendo cuestionada por algunos operadores del fuero penal juvenil, que niegan su naturaleza penal; posición que tal vez resulte un resabio del paradigma de la situación irregular, bajo el cual se conformó un sistema

Tal como lo expresa Zulita Fellini, "(l)a erradicación del menor del marco normativo de los delincuentes adultos, lejos de beneficiarlo, en la medida en que lo ha privado del conjunto de garantías propias del derecho penal, lo ha colocado en situación de desamparo" (2019, p. 43).

Por ello, bajo las condiciones apuntadas en el punto anterior -relativas concretamente a la *especialidad e interdisciplinariedad* que caracterizan al derecho penal juvenil-, la teoría del delito clásica o tradicional y las teorías de la pena son aplicables en este campo de saber especial²⁶.

Ahora bien, ¿todos los modelos teóricos de legitimación del Derecho Penal son compatibles con los principios especiales que caracterizan el fuero?, ¿todos los modelos de Derecho Penal y todas las teorías de la pena lo son?

Entiendo que no, toda vez que sólo un derecho penal concebido como reductor o limitador del *ius puniendi* del Estado puede legitimar el derecho penal juvenil. Con palabras de Zaffaroni, "(l)a legitimidad del derecho penal como ciencia o saber se basa en su capacidad limitante del poder punitivo" (del discurso de aceptación ya citado, 2007).

Al respecto, Mary Beloff expresa que la única justificación admisible, desde un punto de vista filosófico, es el derecho penal mínimo. Así afirma que no hay otra legitimación posible de un sistema de justicia juvenil en el marco de la Convención, en tanto el derecho penal mínimo (Ferrajoli ...) es el que "*asume que toda intervención de los mecanismos formales de control social es violenta, pero que también es violento el delito, y que entonces procura disminuir la violencia propia de todo sistema penal -aunque se trate de un sistema penal juvenil- a fin de evitar la violencia que ocurriría en caso de no tener lugar la solución penal (...). Cuando la reacción estatal coactiva –llámese pena, llámese medida a secas o medida socioeducativa– va a ser mayor que la violencia que pretende prevenir, entonces no existe allí ninguna justificación posible para que se ponga en marcha un sistema de responsabilidad penal juvenil*" (Beloff, 2018, p. 13).

Si bien cita expresamente a Luigi Ferrajoli, entiendo que el derecho penal mínimo es admisible, en el sentido indicado, en cualquiera de sus tres versiones: el garantismo

normativo híbrido que mezclaba y confundía las cuestiones penales con las asistenciales, o escondía las primeras bajo el rótulo de las segundas.

²⁶ En sentido similar, Fellini (2019), p. 84.

desarrollado por este autor citado²⁷ (1995), el minimalismo de Alessandro Baratta²⁸, o el agnosticismo o funcionalismo reduccionista de Eugenio Zaffaroni²⁹ (corrientes moderadas dentro de las teorías deslegitimantes de la pena)³⁰.

Concretamente, respecto a los modelos de Derecho Penal, entre las tesis contemporáneas dominantes, podemos decir -sin entrar en profundidad sobre esta cuestión, toda vez que excede el objeto del presente trabajo-, que el elaborado por Jakobs -funcionalismo sistémico extremo- no es compatible con los principios esenciales que fundan el derecho penal juvenil (que doy aquí por conocidos, ver Freedman, D y Terragni, M., 2018, p.19), en la medida en que esta corriente dogmática -que asigna al Derecho Penal una función de protección de la norma, de estabilización normativa, al partir de la 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 la protección de los bienes jurídicos” (Riquert, 2019)- se encuadra entre las teorías preventivistas (y por ende, entre las legitimadoras de la pena) consideradas como fuentes expansivas del poder punitivo ³¹.

²⁷ Para Ferrajoli (según sinopsis de Riquert en material de estudio de esta Especialización): un sistema penal sólo está justificado si se minimiza la violencia arbitraria de la sociedad, lo que se logra si se satisfacen las garantías penales y procesales del Derecho Penal Mínimo. El programa de este DPM. es el único medio para evitar mayores males, coherente con el fin primario del Derecho Penal, que es impedir o prevenir las reacciones informales al delito. Se justifica el Derecho Penal como sistema racional de minimización de la violencia y del arbitrio punitivo y de maximización de la libertad y seguridad de los ciudadanos.

²⁸ Alessandro Baratta propone una articulación programática de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal (en sentido amplio), es decir, como principios de un derecho penal mínimo. Así el concepto de derechos humanos asume una doble función: una negativa, relativa a los límites de la intervención penal; otra positiva, respecto de “*la definición del objeto, posible, pero no necesario, de la tutela por medio del derecho pena*”. De esta manera, un concepto histórico-social de los derechos humanos se constituye “*en el instrumento teórico más adecuado para la estrategia de la máxima contención de la violencia punitiva, que actualmente constituye el momento prioritario de una política alternativa del control social*” (Baratta, 2006, p.85).

²⁹ Zaffaroni (según sinopsis de Riquert ya citada): concepto negativo y agnóstico de la pena. Las teorías positivas definen la pena por sus funciones verificadas en la realidad social. Problema: no es posible, las ciencias sociales no dicen mucho, es sólo parcial, mientras que el poder punitivo es plurifuncional. El desconocimiento de las funciones reales (ser vs. deber ser) obliga a trabajar por exclusión: concepto negativo; y lleva a reconocer a la pena como fenómeno político, no jurídico (la pena y su utilidad no es ni puede ser una cuestión de fe: concepto agnóstico). Lo jurídico es el esfuerzo (nacional e internacional) por su acotamiento, reducción y contención.

³⁰ Sigo aquí el esquema tradicional tomado por Riquert –material ya citado- según el cual las teorías de la pena se dividen en legitimantes (entre las que se encuentran las teorías absolutas, relativas y mixtas de la pena) y deslegitimantes (para las que la pena es coerción, impone privación de derechos/dolor, no repara-no restituye, no detiene lesiones, no neutraliza peligros y consideran que las penas ilegales también son penas), las que -a su vez- se pueden subclasificar entre extremas (el abolicionismo) y moderadas. Dentro de estas últimas se ubican las tres versiones citadas del derecho penal mínimo.

³¹ El funcionalismo radical “intenta ofrecer una sistematización del Derecho Penal vigente plenamente ‘explicativa’ de éste, lo cual no sucede con el método ontológico de construcción de conceptos”; por lo que, ante el agotamiento de tal método, “se propone una ‘refundamentación’ normativa de la teoría jurídica del delito y del método dogmático en general” (Sánchez Silva, 2010, p. 110). Así Jakobs y sus discípulos, llevan al extremo la normativización del sistema y la absolutización del factor metodológico funcionalista, lo que conlleva “el rechazo de toda limitación de ese principio funcional de atribución que pueda provenir de la esfera ontológica, o incluso del

Tampoco lo sería desde el punto de vista estricto de la finalidad de prevención especial positiva que el derecho positivo le asigna -al menos prioritariamente - a la pena juvenil (de conformidad con el art. 40 de la Convención de Derechos del Niño y restantes normas blandas que integran el bloque normativo convencional; así como art. 5.6 de la CADH. y art. 10.3 del PIDCyP.), en tanto Jakobs adjudica a la pena un fin -exclusivamente- de prevención general positiva.

Si sería más compatible el funcionalismo moderado de Roxin, que atribuye al Derecho Penal una función de protección de bienes jurídicos³² (dentro de las teorías legitimantes de la pena, es el modelo que mejor se adecuaría a los principios de este derecho penal especial). Roxin, a diferencia de Jakobs, orienta el sistema del Derecho Penal a las finalidades de la política criminal, que son varias y diversas entre sí (las que pueden limitarse entre sí). En su construcción “-y esto es esencial- entran en juego de modo decisivo valores y principios garantísticos, y no simples “necesidades sistémicas” en ‘función’ de las cuales deba conformarse el sistema dogmático del Derecho Penal” (Silva Sánchez, 2010, p. 111/112).

Lo mismo puede decirse desde la perspectiva concreta de la finalidad de la pena, en tanto el juego dialéctico de Roxin entre prevención general y prevención especial positiva podría ser compatibilizado con el fin que se adjudica a nivel normativo positivo a la pena juvenil.

Tal como lo expresó García Rivas (en la clase ya citada), el fin de ésta es predominantemente de prevención especial positiva y no tanto de prevención general, toda vez que, de acuerdo a la Convención de Derechos del Niño, no prima lo que le reclama la sociedad sino su reinserción social. Es menor la necesidad de prevención general si la culpabilidad está disminuida; así lo señala Muñoz Conde al prologar la obra de Roxin (1981, p. 28). De aquí que, aun cuando se hace jugar más fuerte la prevención especial positiva, la prevención general no desaparece (por lo que es en este punto donde advierto

sentido ordinario del lenguaje” (ob. cit., p. 111). La exclusiva orientación de su sistema dogmático del delito a las ‘funciones sociales’ (sistémicas) del Derecho Penal, en el que están ausentes valores y principios, y el carácter decisivo de los criterios de estabilización del sistema, hacen que su construcción dogmática pierda toda posibilidad de aportación de principios correctores, al hacerse “esclava de la constatación de cuáles son las funciones del subsistema jurídico-penal en el sistema social” (ob.cit., p. 112).

³² Más allá de Roxin, creo importante citar a Gonzalo Fernández en cuanto afirma que “el bien jurídico constituye un *elemento intrasistémico esencial*, insoslayable dentro de un paradigma minimalista de *ultima ratio*, en tanto gravita en el juicio de subsunción típica y en la definición y graduación del juicio de reproche al autor. En otras palabras, la afectación del bien jurídico completa la fundamentación positiva de tipicidad de la conducta, mientras que la relación de disponibilidad con el bien jurídico determina la exigibilidad de la conducta alternativa, en sede de culpabilidad” (“Bien jurídico y sistema del delito”, material de lectura de la Dra. Camadro en esta Carrera de Especialización).

cierta compatibilidad con la tesis de Roxin, idea que veo reforzada con la Observación General Nro. 24 del Comité de Derechos del Niño de las Naciones Unidas³³)³⁴.

Aun así, el funcionalismo reductor de Zaffaroni, que adjudica al Derecho penal la función de contener el poder punitivo y que, desde la perspectiva de la pena, se ubica - con su teoría agnóstica de la pena- dentro de las teorías deslegitimadoras³⁵, es el que resultaría más compatible con este saber especial; no sólo por tratarse de un modelo que "(p)artiendo de una visión social conflictivista se concentra en el esfuerzo por reducir lo máximo posible la irracionalidad en el ejercicio del poder punitivo", sino también por tratarse de un modelo de matriz local, "de este 'margen' del mundo" (Riquert, 2019), elaborado de cara a la realidad social latinoamericana.

3. Un caso paradigmático

Precisamente, para reflejar la realidad social local en la que interactúa el sistema de Justicia juvenil y así poder analizar el concepto de culpabilidad en el marco de una teoría del delito aplicada en el campo del derecho penal juvenil, elegí un caso –tal vez extremo, pero que reúne las características que tienen en común la casi totalidad de los procesos penales juveniles elevados a juicio- que entiendo resulta (en ese sentido) paradigmático en tanto expone la selectividad natural con la que opera el sistema penal en general y el sistema penal juvenil en particular.

En la causa 98/2010 del Juzgado de Responsabilidad Penal Juvenil Nro. 1 del Dpto. Judicial Mar del Plata, en Octubre de 2010, se dictó -previo admitir el acuerdo de juicio abreviado presentado por las partes- auto de responsabilidad en relación a los dos jóvenes imputados (que mencionaré sólo por sus apellidos para preservar su identidad), Mora y Mendoza, declarándolos coautores del delito de robo agravado por el uso de arma de fuego en grado de tentativa (cf. arts. 42, 166 inc. 2 "segundo párrafo" del C.P.), cometido en la ciudad de Balcarce, el 22-5-2010³⁶. Allí se tuvo por acreditado que alrededor de las

³³ Resolución del 18-9-2019, titulada "Los Derechos de Niños y Niñas en el sistema de justicia juvenil", la que según sus propios términos reemplaza la OG. 10. En el párrafo 76 se reconoce la preservación de la seguridad pública como un objetivo legítimo del sistema de justicia, incluido el sistema de justicia de menores; pero que el Estado debe procurarlo siempre sujeto a las obligaciones y principios de la justicia juvenil consagrados en la CDN. Peligrosamente, el comentario al art. 17 de las Reglas de Beijing va más allá todavía al hablar de retribución: "El inciso b de la regla 17.1 significa que los enfoques estrictamente punitivos no son adecuados. Si bien en los casos de adultos, y posiblemente también en los casos de delitos graves cometidos por menores, tenga todavía cierta justificación la idea de justo merecido y de sanciones retributivas, en los casos de menores siempre tendrá más peso el interés por garantizar el bienestar y el futuro del joven.

³⁴ También veo compatibilidad con el derecho penal juvenil en los conceptos de culpabilidad y responsabilidad de Roxin, con relación al juicio de necesidad de la pena que se hace depender de ese juego dialéctico entre prevención gral. y especial positiva, debiendo prevalecer el último en caso de reproche a un menor de edad.

³⁵ En el párrafo 29 del discurso ya citado (Zaffaroni,2007), expresamente explica que "El sentido metafórico de la expresión agnóstica sirve para poner de manifiesto la idolatría en que han caído las teorías legitimantes del poder punitivo, que sostienen su omnipotencia y lo convierten en un ídolo adorado por muchos fanáticos.

³⁶ Investigación Penal Preparatoria N° 08-00-009785-10.

21 horas, dos jóvenes ingresaron a una despensa y ejercieron violencia sobre la propietaria del comercio, mediante intimidación con un revólver -apto para el disparo-calibre 38 corto, cargado con dos proyectiles; logrando así desapoderarla de un celular y de \$ 70 en cambio, con lo que huyeron del lugar. La damnificada brindó datos de los autores a la policía, la que hizo un rastrillaje por la zona en forma inmediata y aprehendió a los dos imputados, que tenían características similares a las descritas por las víctimas.

Declarada la autoría de los mencionados, verificada la capacidad de culpabilidad (imputabilidad) y descartadas causas de justificación o inculpabilidad, se dispuso la cesura de juicio para determinar la necesidad de imponer una pena y, en su caso, su individualización en función del grado de reproche.

En la audiencia realizada al efecto, se tuvo por probado que Mora -de 16 años a la fecha de comisión del delito, con escolaridad incompleta, de familia humilde (su madre era empleada doméstica)- había comenzado a trabajar con su padre como peón de campo y que se advertía una actitud responsable en el adolescente, un cambio de actitud positivo; pero además, y principalmente, que era víctima de persecución policial en forma permanente, lo que había sido denunciado formalmente por Mora y su madre en numerosas oportunidades, a raíz de lo cual se hallaban abiertas investigaciones por abuso de autoridad e incumplimiento de los deberes de funcionario público en relación a los oficiales de policía de la seccional de Balcarce. En la audiencia ambos relataron cómo lo venía a buscar la policía a su domicilio y se lo llevaba para tenerlo encerrado en el calabozo, sin denuncia ni orden de ningún tipo; o cómo lo aprehendían en la calle y luego de que el joven no apareciera por su casa, la madre acudía en su búsqueda, encontrándolo preso, en la comisaría de la ciudad, por averiguación de identidad³⁷.

En relación a Mendoza (que también tenía 16 años de edad a la fecha de comisión del delito por el que fue declarado "responsable"), los peritos relataron el derrotero del mencionado por el "sistema minoril": desde muy temprana edad fue "captado" por el sistema, cuando *fue encontrado sin ningún referente adulto*, tomando intervención el entonces Juzgado de Menores. Fue alojado en diferentes hogares convivenciales, donde según se informa "vivió varios años"; luego se otorgó la guarda simple a la Sra. Alí (madre del coimputado Mora). La nombrada, en la audiencia de cesura, relató que era amigo de su hijo y que se encontraba en situación de desamparo; que con los años comenzó a fugarse de su casa; que tenía problemas con la policía; y que en una oportunidad se negó al reingreso de Mendoza a su casa. Sin embargo, también manifestó preocupación por el adolescente porque sentía que era el único referente mayor para él (le ofreció su hogar

³⁷ En la sentencia dictada el 14-6-2013 se absolvió a Mora, eximiéndolo de pena, por aplicación de la teoría de la culpabilidad por la vulnerabilidad de Zaffaroni. Se valoró que hubo un esfuerzo menor de parte de Mora, dada su condición social, económica, cultural, para colocarse en la situación concreta de vulnerabilidad al poder punitivo (situación de criminalización secundaria); que se trató de un delito contra la propiedad; y lo realizado por el joven durante el tratamiento tutelar; por lo que se concluyó en la innecesidad de imponer una pena.

para el caso en que recuperara su libertad dado que -efectivamente- estaba detenido). Luego en el 2007 el niño ingresó en la "Clínica Ferromed" de la ciudad de Junín, por una descompensación psicológica, permaneciendo en dicho lugar por espacio de un año. Con el alta se lo reubica en el "Hogar Arenaza". Luego de varias entradas y salidas del mismo -donde tuvo cierta escolaridad- se lo evaluó en el CPA. y se sugirió un tratamiento para sus adicciones con internación, razón por la que se lo ingresó en la "Comunidad Terapéutica Posada del Inti", lugar del que se fuga al otro día de ser alojado.

Pericia psicológica de Mendoza: se inicia dicho examen, con la referencia que hace el joven de *no conocer a sus padres: "no tengo padres, nunca los conocí, no tengo casa, estuve un tiempo con una familia de Balcarce, pero me devolvieron porque no me podían mantener....narra haber estado internado de niño, en institutos, agrega me escapé, terminé viviendo en la calle, soy de todos lados y de ninguno, no tengo casa (...)* reconoce el uso y abuso, temprano, de tóxicos (...) *intentó en más de una oportunidad suicidarse, dice sentirse solo, vacío e inmediatamente que expresa este sentimiento aclara: "no necesito a nadie, sólo me tengo a mí"*. En cuanto a sus habilidades funcionales, presenta alteraciones en funciones cognitivas básicas como atención, concentración, memoria. *"Su especial forma de razonar ante las demandas que impone la sociedad y un humor muy particular hacen que el acusado se sienta más cómodo estando sólo como forma de evitar conflictos"*. (...) tests avalan la tesis de ese poco ajuste a lo real y cotidiano. (...) *Apoyo social: nulo, inexistente. No tiene prácticamente vínculos sociales.* El examinado es una persona en riesgo social". Abandono de los padres, falta de estímulos, deserción escolar, malas compañías, baja autoestima con representación muy negativa de sí mismo. Se concluye en que *"El acusado es un individuo sin posibilidades de representación en su cultura, caída de las mallas institucionales y del lazo social que otorgan identidad referencial y representatividad ante el otro. Sólo existo si un sistema me reconoce y me nombra. Fue un niño abandonado y es ahí donde reside justamente su mayor vulnerabilidad: a saber, en la pérdida histórica y sistemática del ejercicio de sus derechos humanos. Es un joven que ha sido avasallado histórica y sistemáticamente en sus derechos. (...)* Los déficits más significativos: déficit cognitivo acusado. Impulsividad (...) problemas en el razonamiento lógico. (...) Incapacidad para crear estrategias delante de cualquier problema. Poca concentración o atención sostenida. Pobre ajuste a la realidad. Pensamiento disperso. Dificultad significativa en atender, comprender y procesar la información verbal. En el área social: *"inadaptación significativa en el ámbito social (...)* signos de depresión"³⁸.

³⁸ En la sentencia del 14-6-2013 se absolvió a Mendoza también en base a la teoría de la culpabilidad por vulnerabilidad. Así se concluyó, en primer lugar, que –sin perjuicio de que tenía capacidad de culpabilidad- debió realizar un esfuerzo muy grande –mayor al de cualquier otra persona- para comprender la antijuricidad de su conducta (a mayor esfuerzo de comprensión, menor culpabilidad); y en segundo lugar, que no actuó en forma libre (con autodeterminación), sino extremadamente condicionado por el medio y sus circunstancias personales, sociales, económicas, y por la selectividad propia del sistema penal. En definitiva, se concluyó que su esfuerzo por la vulnerabilidad (culpabilidad por vulnerabilidad) fue ínfimo o inexistente.

4. El concepto de culpabilidad

Verificada una acción típica y antijurídica -teoría del injusto-, la valoración ulterior necesaria para determinar el avance de la criminalización secundaria corresponde al nivel de los *requisitos de la responsabilidad*, que la doctrina llama culpabilidad (Zaffaroni, 1998, p. 265) (o teoría de la responsabilidad según Roxin, en la que la culpabilidad es una subcategoría) y que ya no se ocupa del hecho como prohibición abstracta, en tanto se dirige al autor –en una referencia directa y personalizada- a efectos de resolver si tiene que ser castigado por el injusto realizado.

En términos generales, para el ordenamiento jurídico penal, culpabilidad equivale a reprochabilidad. Sólo puede ser sancionado el sujeto a quien se le puede reprochar la conducta realizada, lo que no sucede con quienes, en el momento del hecho, no pudieron motivarse normalmente. Por ende, el principio general dice que no es reprochable el comportamiento de aquellos sujetos a quienes, en el momento del hecho, no se podía exigir una conducta diversa (Righi, 2018, p. 130).

A lo largo de la evolución de la dogmática penal y en virtud de la conexión inescindible que existe entre qué debe entenderse por pena y qué por culpabilidad (que domina la estructura de la teoría general del delito), se fijó un concepto material de culpabilidad^{39 40} que acompañó a cada teoría de la pena. De tal forma, “el derecho penal moderno ha oscilado permanentemente entre un concepto de culpabilidad referido a la voluntad libre y otro, que reemplaza la voluntad por el carácter o por la tendencia del autor o finalmente, como en el caso del funcionalismo, por las alternativas sociales a la solución penal del conflicto” (Fellini, 2019, p. 50).

En el marco de las teorías absolutas, en las que la pena no persigue ningún fin, sino sólo retribuir (dolor/privación de derechos) al autor hasta donde ello fuera equivalente al mal causado por él, el concepto de culpabilidad no podía sino ser una culpabilidad de voluntad (la voluntad contraria a la norma); con base en la ética tradicional de Kant y Hegel (Fellini, 2019, p. 50/53).

Luego, dentro de la teoría del delito que ofreció el positivismo, la teoría psicológica de la culpabilidad -en un momento de auge de la inclinación a lo fáctico-, afirmó que la

³⁹ Según Righi (2018, p. 383), en la estructura de la culpabilidad se distinguen dos niveles: el formal, vinculado a la exigencia de que exista una relación interna del autor con el hecho cometido (problema de la teoría de la imputación); y el material, vinculado a la fundamentación legitimante de la reacción punitiva estatal (cuestión relativa a la teoría de la pena).

⁴⁰ Gonzalo Fernández (citado por Riquert, 2019) destaca que el surgimiento de la idea de culpabilidad marcó un hito fundamental en la historia del derecho penal: el reconocimiento de la culpabilidad –como categoría central del juicio de imputación- clausuró el período liderado por el objetivismo de la pura responsabilidad por el resultado; en adelante, ya no fue suficiente la atribuibilidad objetiva para imponer una pena, sino que se requiere el nexo de imputación objetiva.

culpabilidad es la relación subjetiva del autor con el resultado, con lo que el juicio de culpabilidad no se hizo depender de una valoración sino de una constatación: la existencia de un nexo psicológico entre el hecho y el autor (Righi, 2018, p. 383/384). Sin embargo, no lograba explicar ciertas cuestiones (culpa inconsciente, delitos culposos, etc.) y el método resultó insuficiente, dado que permitía distinguir entre sujetos culpables e inculpables, pero no establecía pautas de medición: en el modelo positivista ⁴¹, la pena no podía medirse de acuerdo a las pautas de la teoría absoluta y por ello la individualización de la pena fue incumbencia exclusiva de la teoría de la pena, en base a criterios de prevención especial (Righi, 2018, p. 385).

Zaffaroni advierte que "(l)a peligrosidad positivista era la conexión punitiva construida en la teoría de la pena" (y no ya en la teoría del delito, el que quedaba reducido al puro ilícito) y que la verdadera culpabilidad se reintroduce con Frank y las teorías normativas, pasando a construirse la conexión punitiva en la teoría del delito. "Se sale del positivismo y se retoma la vía clásica, construyendo la culpabilidad sobre el modelo formal de la ética tradicional (ARISTÓTELES, TOMÁS, KANT, HEGEL)" (Zaffaroni, 2007, párrafos 10 y 12).

Con la concepción normativa neokantiana de la culpabilidad, ésta fue entendida como un juicio de reproche, como un juicio de valor que no se agotaba en una simple constatación⁴². Frank buscó un denominador común para la culpa y el dolo; y formuló una teoría de la culpabilidad más relacionada con la corriente retributiva, ya que: sostuvo que lo que se puede reprochar al autor –juicio de valor- es la formación de una voluntad contraria al deber y que era determinante que hubiera habido una motivación normal. Esta teoría también fue insatisfactoria (no ofrecía soluciones en el ámbito del error de tipo) pero brindó un concepto mensurable (Righi, 2018, p. 386/387).

Ya con el finalismo, se reformuló la concepción normativa. Lo más importante del modelo de Welzel es que, "a partir de una fundamentación ético social del derecho penal, en un redimensionamiento global de los valores, generó un proceso de *etización* del derecho" que tuvo por consecuencia la revalorización de la teoría retributiva, porque adoptó un modelo "en el que la culpabilidad no sólo fue apreciada como presupuesto, sino

⁴¹ En el marco de la teoría de la prevención especial, que ve en la pena una solución a través del tratamiento corrector del delincuente para evitar la reiteración delictiva y que parte de la concepción determinista del ser humano, el centro de preocupación pasa a ser la peligrosidad del autor. Esta teoría no prescinde del concepto de culpabilidad pero lo transforma: su contenido material radica en el carácter asocial del autor (cognoscible por el acto cometido). Así el giro preventivo especial en la fundamentación de la pena produjo dos consecuencias en el concepto dogmático de la culpabilidad: a) exclusión de la libertad de la voluntad como base de la culpabilidad; b) exclusión de la voluntad como objeto de juicio de culpabilidad y su reemplazo por el carácter antisocial del autor (Fellini, 2019, p. 55).

⁴² Silva Sánchez (2010, p. 92) considera que el mérito del neokantismo fue mostrar (al quebrar la hegemonía del formalismo dogmático) "ineludibles referencias valorativas de la construcción conceptual del Derecho Penal, y la caracterización de estos valores como no inherentes al objeto, no absolutos, no universales ni inmutables, sino condicionados subjetiva y culturalmente". Entonces puede decirse que el legado de esta corriente fue entender al Derecho Penal como una realidad condicionada por los valores dominantes de cada cultura concreta, lo que constituye un pilar fundamental de toda consideración dogmática en esta materia.

también como fundamento y medida de la pena” (Righi, ob.cit.p.388). A su vez y en razón del método ontológico en el que basó su modelo -que requería que cada categoría fuera construida sobre la naturaleza de las cosas-, al reafirmar a la culpabilidad como un ejercicio inadecuado del libre albedrío (por un sujeto capaz de autodeterminación conforme a sentido), determina que la misma no puede predicarse respecto de sujetos que en el momento del hecho carecían de alternativas a la infracción de la norma (ob. cit., p.389)⁴³.

Silva Sánchez (2010, p. 96) destaca como legados del finalismo dos estructuras fundamentales del Derecho Penal: la estructura final de la acción (dominio final del hecho) y la estructura de la culpabilidad como “poder actuar de otro modo”.

Más tarde, “con la versión moderada del funcionalismo⁴⁴, la culpabilidad de acto cobra el carácter de límite máximo como ficción necesaria dentro de cuyo espacio opera la prevención especial positiva (...). La culpabilidad de acto del delito se proyecta hacia la pena como límite y dentro de la teoría de la pena opera la prevención especial conforme al espacio de juego que la culpabilidad habilita” (Zaffaroni, 2007, párrafos 23 y 24).

En efecto, la idea esencial de la tesis de Roxin es que los principios político criminales de la teoría del fin de la pena sustentan la categoría sistemática que se denomina culpabilidad (1981, p. 70). Desde este punto de partida teleológico-político-criminal: el tipo establece las tablas legales -prohibiciones fundamentales- a efectos de la prevención general y la antijuricidad designa la conducta correcta en casos de conflicto. El grado siguiente hace referencia a la cuestión de si es necesaria una sanción contra el autor concreto, precisamente, desde puntos de vista jurídico-penales.

⁴³ El sistema de teoría del delito del finalismo (en su versión más heterodoxa) puede ser considerado opinión dominante en la dogmática contemporánea (Righi, 2018, p.390). Sin embargo, en virtud del rechazo actual de la concepción ontológica finalista, se sostiene que la afirmación “de la culpabilidad como fundamento y presupuesto de la pena no debe considerarse consecuencia de un libre albedrío vinculante por imperio de criterios ontológicos derivados de *la naturaleza de las cosas*. Se considera en cambio, que sería una incorrecta opción político criminal, que el derecho penal no quisiera atenerse a pautas de autodeterminación en la valoración de los comportamientos, pretendiendo apoyarse en la imagen humana de un determinismo consecuente, cuyos presupuestos no pueden acreditarse con mayor certeza empírica que los de la libertad” (Righi, 2018, p. 393).

⁴⁴ Silva Sánchez, en relación a la evolución de la dogmática jurídico-penal, señala como puntos de referencia de las tres fases: el derecho positivo (formalismo jurídico), la esfera axiológica (neokantismo) y la esfera ontológica (finalismo). Luego, en la etapa postfinalismo, surgen posturas eclécticas que tienen como constante ser “funcionalistas” o “teleológicas”, es decir, que tienen como denominador común una referencia teleológica y una consiguiente tendencia a una mayor o menor normativización de los conceptos jurídico-penales (2019, p.100/102). Así, un factor decisivo en la metodología dogmática dominante son las consideraciones teleológicas-valorativas (p.106); pero sólo en las teorías funcionalistas extremas se produce la absolutización de los aspectos funcionalistas, prescindiéndose de otras consideraciones. Es una característica generalizada de las teorías funcionalistas el intento de construcción de un sistema abierto, apto para una permanente remodelación en función de las consecuencias político criminales y de la evolución de los conceptos (p. 103).

Según Righi (2018, p. 394), “(e)l tradicional concepto de culpabilidad es mantenido por Roxin como reprochabilidad, a la que entiende como motividad normal, tratándola como subnivel específico en el tercer estrato del sistema, al que redefine como *responsabilidad*”.

De esta forma, Roxin parte del concepto de culpabilidad de Welzel, pero agrega la dimensión teleológica-política-criminal para definir responsabilidad como juicio de necesidad jurídico penal de la sanción en el caso concreto. Lo decisivo no es el poder actuar de otro modo, sino que el legislador, desde puntos de vista jurídico-penales, quiera hacer responsable al autor de su actuación. Esa respuesta sólo puede ser deducida de la teoría del fin de la pena; el grado de responsabilidad es, por tanto, el ámbito en el que la política criminal referida al autor penetra directamente en la dogmática del Derecho Penal (determinando si el autor resulta *responsable* de una acción típicamente antijurídica).

Desde su teoría dinámica del fin de la pena, solo cabe imponerla cuando sea imprescindible por razones de prevención especial o general para mantener el orden social pacífico (Roxin, 1981). Entonces, la culpabilidad del autor es condición necesaria pero no suficiente para imponer una pena. De esto se concluye que de no haber podido actuar de otra forma, se excluye la culpabilidad y la punibilidad; pero si se comprueba que el autor podía actuar de otro modo -presuponiendo el libre albedrío-, con ello no se ha decidido aún la punibilidad. Hay que partir de la base de que el legislador se ha preguntado además si político-criminalmente, esto es, desde el punto de vista de prevención especial o general es necesario el castigo (ob. cit., p. 73).

Jakobs -desde su funcionalismo extremo- afirma que “existe responsabilidad del autor de un hecho antijurídico, cuando le falta la disposición para motivarse conforme a la norma correspondiente, y este déficit no se puede hacer entendible sin que afecte la confianza general en la norma. Así, la culpabilidad por un comportamiento antijurídico, es definida como responsabilidad por un déficit de motivación jurídica dominante, por lo que supone falta de fidelidad al derecho” (Righi, 2018, p. 394). De allí que la función del concepto de culpabilidad consiste en caracterizar la motivación no conforme a derecho del autor como motivo del conflicto; cuando hay un déficit de motivación jurídica, hay que castigarlo (salvo que exista alguna causal que excluya la culpabilidad) (ob. cit., p.395)⁴⁵.

En este sentido, Jakobs afirma que existe una disposición general a aceptar la responsabilidad considerando la situación en que el autor se encuentra, o renunciar a ella; disposición que se basa en la tolerabilidad del alcance de la responsabilidad y existe con independencia de suposiciones sobre si el autor, en el momento del hecho, actuó con libre

⁴⁵ En tanto el fin de la pena es mantener la confianza general en la norma, para ejercitar en el reconocimiento general de la misma (en la medida en que el derecho penal contribuye a estabilizar el ordenamiento), para “la determinación de la culpabilidad han de señalarse aquellos fundamentos motivadores de la acción antijurídica por los que se debe considerar responsable al autor, si no se quiere que por la infracción de la norma se resienta la expectativa de que la norma es vinculante en general” (Righi, 2018, p. 395).

albedrío⁴⁶. Limitándose la pena a asegurar el orden social, en la culpabilidad “ya no se trata de si el autor tiene realmente una alternativa de comportamiento realizable individualmente, sino de si existe para la imputación del autor, una alternativa de organización que sea preferible en general. La inexistencia de una alternativa de organización determina que se asigne al autor una alternativa de comportamiento y se le reproche que no la haya utilizado” (ob. cit., p.395). “Así, este concepto de culpabilidad configurado funcionalmente, es apreciado como una noción que rinde un fruto de regulación, conforme a determinados principios derivados de la prevención general positiva, en el marco que está determinado por la específica estructura de la sociedad” (ob. cit., p.396).

Zaffaroni en “En busca de las penas perdidas” (1998) -editado por primera vez en 1989 (Riquert, 2019), con una posición muy crítica respecto al funcionalismo que luego fue atenuando-, ve en esas concepciones funcionalistas, una vuelta a un nuevo concepto descriptivo de culpabilidad, “manipulado como ‘verdad funcional’, que no hace más que confesar su deslegitimación al reducir al hombre a un simple medio al servicio del equilibrio del ‘sistema’ (poder)” (ob.cit., p.270). Así sostiene que se pretendía “*abandonar la culpabilidad normativa y reemplazarla por un concepto funcional de culpabilidad*”, lo que consideraba una muestra “de la crisis de legitimidad que afecta a todo el poder penal (...); a la pregunta ‘Por qué a mí?’, esta tesis simplemente le responde: ‘Porque es útil para mí’ ” (1998, p. 268).

Concretamente, observa en las posturas tradicionales “una situación que no tiene solución: la culpabilidad como reprochabilidad está en crisis, pues se hace insostenible en razón de la deslegitimación del reproche, dado que la selectividad y la reproducción de la violencia le restan todo contenido ético. Por otro lado, no resulta posible construir la culpabilidad sin momentos éticos, porque se la reduce a un instrumento funcional al poder, que deslegitimaría la función judicial que lo emplease, pero, al mismo tiempo, el mantenimiento de esos momentos en la forma tradicional no es más que una racionalización” (Zaffaroni, 1998, p. 270).

“‘Por qué a mí?’ ‘Por qué no a los otros que hicieron lo mismo?’, son preguntas que el reproche normativo no puede responder” (1998, p. 265). Ante ello concluye que “(l)a selectividad operativa del sistema penal y el uso de la pena como instrumento reproductor de la violencia y legitimador de un ejercicio de poder (...) muestran hoy claramente que los momentos éticos –esencia del reproche de culpabilidad- no son más que meras racionalizaciones, con lo que el reproche mismo queda deslegitimado (...). La máxima señal de la crisis es la renuncia a la culpabilidad como reproche y su reformulación como

⁴⁶ “Aunque se afirme que el ámbito en el que se puede ser culpable es también un ámbito libre, ello no implica admitir la libertad de la voluntad, sino la falta de obstáculos jurídicamente relevantes para los actos de organización del autor” (Righi, 2018, p. 395).

criterio político criminal funcional al servicio del “sistema”.....*si alguna legitimidad puede pretender el ejercicio del poder de los juristas, éste no puede renunciar a sus momentos éticos, pues sin ellos no hay legitimidad sino utilidad (para el poder)”* (ob. cit., p. 270).

5. Culpabilidad por vulnerabilidad

“No hay pena sin culpabilidad” constituye un postulado fundamental del derecho penal moderno. Pero, en todos los supuestos y, en particular en un caso como el expuesto en este trabajo, ¿en base a qué concepto material de culpabilidad podemos realizar esa conexión punitiva de la que habla Zaffaroni, ese puente entre delito y pena, sin que se produzca un vaciamiento ético de la doctrina jurídico penal?

Tal como lo señala, “en la medida en que la culpabilidad es reprochabilidad no puede librarse de componentes éticos, puesto que un reproche sin componentes éticos es una *contradictio in adjectio* (ob. cit., p. 269).

En base a estas consideraciones es que comienza en esta obra citada a desarrollar su teoría de la culpabilidad por vulnerabilidad, la que termina de precisar junto con Alagia y Slokar en su tratado (2005) (Riquert, 2019).

Partiendo de la premisa de que la agencia judicial no puede operar en función de un juicio de reproche selectivo y, por ende, viciado por estar vacío de todo contenido ético, propone limitar esa selectividad arbitraria impidiendo que el proceso de criminalización secundaria continúe en casos como el reseñado anteriormente (entre otros -pero en lo que aquí interesa- cuando “pese a comprender la criminalidad, su ámbito de autodeterminación estaba tan reducido por las circunstancias objetivas que también la exigibilidad aparecía como sumamente reducida” [Zaffaroni, 1998, p.266]), al sujetarlo a un juicio ético que ya no se dirige al procesado sino a la agencia judicial misma.

De allí que es la administración de justicia quien debe responder ante el procesado y ante la comunidad “dando cuenta de cómo ejerce su reducida cuota de poder limitador. La etización del derecho penal (...) no consiste en una serie de requerimientos éticos formulados a un procesado, sino en una serie de requerimientos éticos formulados a la agencia judicial; es ésta la que debe comportarse éticamente frente a un ejercicio de poder deslegitimado” (ob.cit., p. 271). Por ende, es el Estado quien tiene que demostrar que podía exigir a la persona procesada un comportamiento conforme a la norma, en lugar de ser el acusado quien debe probar que no estaba en condiciones de cumplir con la norma.

En base a ello, propone como criterio racional, no éticamente descalificado, desde el cual la agencia judicial puede pautar sus decisiones a fin de limitar el ejercicio selectivo del sistema penal, un concepto de culpabilidad penal que surge de la síntesis entre la culpabilidad de acto pura y la culpabilidad por la vulnerabilidad.

Esta última está dada por el esfuerzo que realiza una persona para colocarse en situación de vulnerabilidad. Cuando se ubica en esta situación es cuando el sistema penal la selecciona para justificar su propio ejercicio de poder; por lo tanto, es el grado de vulnerabilidad al sistema penal lo que decide la selección y no la comisión del injusto (dado que hay muchísimos injustos igualmente graves o peores que no son captados por el sistema) (Zaffaroni, 1998, p. 275).

De esta manera, la agencia judicial administra su cuota de poder limitador en función del espacio que en cada caso le deja la magnitud del esfuerzo que realizó la persona para colocarse en situación de vulnerabilidad. A mayor esfuerzo de la persona en ese sentido, menor espacio tiene la agencia judicial para ejercer su poder de contención: cuando el esfuerzo es grande, “el poder decisorio de la agencia judicial queda reducido”. En este caso, “no puede evitar que el poder del sistema penal se la cobre, simplemente porque no puede hacer otra cosa sin poner en crisis su propio ejercicio de limitado poder” (ob.cit., p. 276).

La *vulnerabilidad* (o riesgo de selección) reconoce grados según la probabilidad de selección, pudiendo establecerse *niveles*, según la *situación* en la que se colocó la persona. Esta *situación de vulnerabilidad* puede estar producida por dos grandes grupos de factores: la *posición o estado de vulnerabilidad* y el *esfuerzo personal por la vulnerabilidad*. En consecuencia, el nivel de vulnerabilidad está dado por la magnitud del riesgo de selección que corresponde a la situación de vulnerabilidad en que se colocó el sujeto (ob.cit., p. 276/277).

La *posición o estado es predominantemente social* (condicionada socialmente) y consiste en el grado de riesgo que la persona corre sólo por pertenecer a un grupo o clase social desfavorecida, minoría, etc.; y por encajar en un estereotipo en función de ciertas características. El *esfuerzo personal es eminentemente individual* y consiste en el grado de peligro en que la persona se coloca en razón de su comportamiento particular, por lo que la realización del injusto es una parte del esfuerzo por la vulnerabilidad en la medida en que lo haya decidido autónomamente (ob.cit., p. 277).

Ahora bien, una vez arribada a la instancia en que la agencia judicial debe decidir la necesidad de responder penalmente, no puede hacerlo en base al grupo de factores que conforman el *estado o posición de vulnerabilidad*, sino sólo en función de los que constituyen el *esfuerzo personal por la vulnerabilidad*. Este último “no es un factor, sino un orden de factores, del cual el grado de autonomía decisoria del ‘injusto’ es sólo uno (...) y es *eminentemente graduable* (...) *quien parte de un bajo estado o posición de vulnerabilidad, debe realizar un esfuerzo de considerable magnitud para alcanzar una situación que lo ubique a nivel de alta vulnerabilidad* [pone como ejemplo a genocidas y delinquentes económicos] y *viceversa*. Igualmente, como la vulnerabilidad también es graduable, *alguien que se encuentre ya en una posición de alta vulnerabilidad, puede*

realizar un gran esfuerzo para colocarse en una situación de nivel increíblemente alto de vulnerabilidad” (ob. cit., p. 278).

Sin embargo, en la gran mayoría de los casos, los criminalizados no realizan grandes esfuerzos por alcanzar la situación concreta de vulnerabilidad, “pues parten de un estado bastante elevado y les basta muy poco para que se concrete en ellos la peligrosidad del poder punitivo, dado que lo más sencillo es seleccionar a quienes andan por la vía pública ostentando sus caracteres estereotípicos. Es un esfuerzo a veces insignificante el que hacen para que el poder punitivo concrete su peligrosidad en ellos” (Zaffaroni, 2007, párrafo 46.c).

De acuerdo a esta tesis, entonces, *la culpabilidad penal* (el juicio de reproche que puede realizar válidamente la agencia judicial) estará dada por la *síntesis* resultante de una culpabilidad de acto “pura” -que viene impuesta por el art. 19 de la C.N. en cuanto rechaza la culpabilidad de autor; y que no releva la selectividad como componente estructural del ejercicio del poder punitivo pero que juega como marco máximo de la respuesta penal (en tanto resulta intolerable que se pretenda habilitar poder punitivo más allá de ese límite señalado por la culpabilidad por el acto)-; a la que se le opone como *antítesis* la culpabilidad por *“vulnerabilidad selectiva”*. De esta forma, 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”*; en el marco de la tensión entre el estado de policía y el estado de derecho en el ámbito de la *“culpabilidad”* (Riquert, 2019; Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2005).

Este concepto de culpabilidad surgido de esa síntesis es el que señalará, en definitiva, la cuantía de poder punitivo a ejercer en cada caso (Zaffaroni, 2007, párrafos 32/34). Así, *“la culpabilidad por la vulnerabilidad opera 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 injusto, ya que se trata de un concepto mayor, abarcativo y reductor de ésta”* (Zaffaroni, 1998, p. 283).

Ya en el Tratado, precisará junto con Alagia y Slokar (2005, pag. 682), que la eficacia de este componente de la culpabilidad -el esfuerzo por la vulnerabilidad- *“es reductora de la magnitud que filtra el reproche de culpabilidad de acto. Ello se debe a que la mera realización del injusto y la culpabilidad de acto por lo regular señalan por sí mismos la existencia de un esfuerzo por alcanzar la situación concreta de vulnerabilidad por parte del agente. De allí que usualmente su eficacia sea relevante a la hora de la llamada cuantificación penal. No obstante, puede suceder en muy pocos casos, que el esfuerzo realizado por la persona sea ínfimo y que, además, no le sea éticamente oponible al agente. En tales supuestos, la inexistencia o inoponibilidad del esfuerzo por la situación concreta de vulnerabilidad cancela directamente la culpabilidad del acto”*.

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[34]. 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.....riquert 2019

La situación de Mendoza -presentada en el punto 3- es uno de esos “muy pocos casos” a los que aluden.

De sus circunstancias personales se desprende el altísimo estado o posición de vulnerabilidad (riesgo de selección) frente al sistema penal en el que se encontraba. No conoció a sus padres, no tenía familiares; vivió siempre en institutos de menores o en la calle; “*soy de todos lados y de ninguno, no tengo casa (...)*”; uso y abuso de tóxicos; *apoyo social: nulo, inexistente, no tenía prácticamente vínculos sociales*, se lo calificó como “*persona en riesgo social*”; tuvo falta de estímulos, deserción escolar, malas compañías, baja autoestima con representación muy negativa de sí mismo; en el área social: “*inadaptación significativa en el ámbito social (...)*”.

Estas características, y más aún en un adolescente de 16 años, conforman un estereotipo en función del cual opera la selectividad del poder punitivo; con lo cual su nivel de vulnerabilidad era altísimo y no necesitaba hacer nada para ser captado por el sistema penal.

A su vez, su culpabilidad por el acto puro era mínima. Más allá de que tenía una capacidad de culpabilidad disminuida⁴⁷ en razón de su corta edad y de los déficits en sus funciones cognitivas básicas, su condicionamiento social hacía prácticamente nulo su ámbito de autodeterminación.

¿Qué reproche (desde la ética tradicional) puede hacerse a un joven que se encuentra en esa situación y comete un delito de robo (como el descrito)? Ante sus carencias de todo tipo (sociales, culturales, económicas, cognitivas, valorativas), ¿en qué medida podía exigírsele haber actuado de otro modo, motivado en la norma? Partiendo de que -en esencia- culpabilidad es reprochabilidad, y que ésta se determina en función de la posibilidad de actuar de otro modo (motivado en la norma), en todo caso, el grado de reproche que podía efectuársele era ínfimo.

De acuerdo a Muñoz Conde (prólogo en Roxin, 1981, p. 35), el fundamento material de la culpabilidad debe buscarse en “aquellas facultades que permiten al ser

⁴⁷ En ninguna de las pericias que se realizaron se advirtió que fuera inimputable; tenía capacidad para comprender la antijuricidad de sus acciones y de dirigir sus acciones conforme a dicha comprensión, aunque disminuida al máximo por todas esas circunstancias.

humano participar con sus semejantes, en condiciones de igualdad, en una vida en común pacífica y justamente organizadas pericias ya citadas. La ‘motivabilidad’, la ‘capacidad para reaccionar frente a las exigencias normativas’, la ‘posibilidad de motivación por normas’ es la facultad humana fundamental que, unida a otras que le son intrínsecas (inteligencia, afectividad, etc.), permite la atribución a un sujeto de la acción cometida por él. Cualquier alteración esencial de esta facultad –cualquiera que sea el origen social, psicológico, político o económico que tenga- deberá determinar la exclusión o, si la alteración no es muy importante, la atenuación de la magnitud de la atribución”,

La respuesta es compleja en relación a una persona de la que se dijo que es “*un individuo sin posibilidades de representación en su cultura, caída de las mallas institucionales y del lazo social que otorgan identidad referencial y representatividad ante el otro. Sólo existo si un sistema me reconoce y me nombra. Fue un niño abandonado y es ahí donde reside justamente su mayor vulnerabilidad: a saber, en la pérdida histórica y sistemática del ejercicio de sus derechos humanos. Es un joven que ha sido avasallado histórica y sistemáticamente en sus derechos*”.

No estaba en duda su capacidad de culpabilidad (imputabilidad) sino el conocimiento virtual de la antijuricidad como posibilidad de conocer la desaprobación social del acto (Righi, 2018, p. 414 y ss.). Si bien, para que resulte reprochable, no se requiere una comprensión efectiva de la criminalidad del acto; sí es necesario que la persona haya tenido posibilidad de comprensión, la que equivale a poder conocer e *internalizar las pautas valorativas* que llevaron a la sociedad a prohibir una conducta; de allí que el grado de esfuerzo que el sujeto debió realizar para comprender la criminalidad de su comportamiento es inversamente proporcional a la magnitud del reproche penal que se le formula (para la individualización judicial de la pena: a mayor esfuerzo, menor culpabilidad)^{48 49}.

⁴⁸ En la sentencia también se consideró, en relación a Mendoza, el gran esfuerzo que le demandaba comprender la antijuricidad de su conducta, en razón de sus déficits, tanto cognitivos como de socialización, culturales, etc.; siguiendo a Zaffaroni, Alagia y Slokar (2005, pag. 681), en cuanto que “Cuanto mayor sea el esfuerzo que la comprensión le demande, menor será la reprochabilidad del injusto (menor culpabilidad), y viceversa, estableciéndose de ese modo una relación inversa entre el esfuerzo que el sujeto deba realizar para comprender la antijuricidad de su conducta y la exigibilidad jurídica de la comprensión (a mayor esfuerzo, menor culpabilidad). De este modo puede llegarse a un grado de esfuerzo en que no sea exigible una posibilidad de comprensión. Esto revela que la llamada “posibilidad de comprensión de la antijuricidad”, no es más que un grado de exigibilidad de la posibilidad hipotética de la comprensión del injusto (...) eminentemente graduable”.

⁴⁹ Cabe señalar someramente también, que para poder motivarse en la norma hay una exigencia que viene dada por el grado de accesibilidad que tiene el sujeto al bien jurídico protegido; el que no será igual si se trata de delitos contra la propiedad, contra la vida o delitos de cuello blanco. La accesibilidad del sujeto al bien jurídico protegido determina su grado de exigibilidad, de reproche, que se reflejará en la individualización judicial de la pena. Por ello, la respuesta eventualmente no sería la misma si en lugar de tratarse de un injusto contra la propiedad se trataba de un injusto contra la vida. Gonzalo Fernández afirma que “el bien jurídico constituye un *elemento intrasistémico esencial*, insoslayable dentro de un paradigma minimalista de *ultima ratio*, en tanto gravita en el juicio de subsunción típica y en la definición y graduación del juicio de reproche al autor. En otras palabras, la afectación del bien jurídico completa la fundamentación positiva de tipicidad de la conducta, mientras que la relación de disponibilidad con el bien jurídico determina la exigibilidad de la conducta alternativa, en sede de culpabilidad” (“Bien jurídico y sistema del delito”, material de lectura de la Dra. Camadro en esta Carrera de Especialización).

Pero aun en el caso en el que se considerara que, de manera atenuada, se le podía atribuir el injusto cometido (por resultar mínimamente exigible que se comportara de otro modo, motivado en la norma), su altísimo nivel de vulnerabilidad frente a la selectividad del sistema hacía intolerable incluso el grado mínimo de violencia que podía admitir la agencia judicial.

Su estado o posición de vulnerabilidad era extremadamente alto, con lo cual con un mínimo esfuerzo personal se colocó en una situación de vulnerabilidad de altísimo nivel. En este caso, puede concluirse en que la inoponibilidad y escasa entidad de ese esfuerzo canceló la culpabilidad por el acto, por lo que no podía haber culpabilidad penal.

En el caso de Mora, no tenía déficits -cognitivos, culturales, etc.- que afectaran en algún grado su capacidad de culpabilidad o le exigieran un mayor esfuerzo para comprender la antijuricidad de sus acciones; en definitiva, resultaba exigible que se comportara de otro modo (motivado en la norma). Su esfuerzo por colocarse en situación de vulnerabilidad fue mayor que el de Mendoza y partía de un estado de vulnerabilidad un tanto menor que el de aquél (por su condición social y familia), pero de todos modos alto porque reunía las características propias de este estereotipo que lo hacían vulnerable frente al sistema penal; de hecho, era objeto de persecución policial permanente (sufría aprehensiones ilegales o injustificadas, por AA., etc.).

Por ello, aquí también juega un rol importante la síntesis reductora de la culpabilidad por vulnerabilidad como antítesis de la culpabilidad por el acto. Aunque el esfuerzo por colocarse en situación de vulnerabilidad fue mayor que el de su compañero, el juicio de reproche quedaba deslegitimado por la arbitraria selectividad penal⁵⁰.

Estas consideraciones, en el marco de la teoría de la culpabilidad por la vulnerabilidad, permiten a la agencia judicial suspender el proceso de criminalización secundaria respecto de este joven; lo que en el ámbito del proceso penal juvenil encuentra andamiaje particular en el juicio de necesidad de imposición de pena que debe hacerse (articulado con la consiguiente posibilidad de absolver prevista en la legislación nacional), de acuerdo a las pautas dictadas por la CSJN. en el fallo "Maldonado" relativas a las exigencias de prevención especial positiva que predominan en este fuero especial.

Ahora bien, si no se tomara la teoría de la culpabilidad por vulnerabilidad y se redujera la solución del caso a la culpabilidad por el acto pura atada a la finalidad preventivo especial positiva que debe predominar en este ámbito penal juvenil, la respuesta de la justicia juvenil podría ser otra; aunque, de acuerdo a la postura expuesta, carente de legitimidad por el vacío ético producto de la selectividad arbitraria del sistema penal.

⁵⁰ En su caso, el remanente de la culpabilidad por el acto no cancelado por el nivel de vulnerabilidad, daba lugar a un grado de reproche mínimo; sin embargo, luego de la etapa de cesura, en la que se advirtió un proceso positivo de reinserción social, se decidió -ponderando los eventuales efectos nocivos de una sanción penal, aun cuando no fuera privativa de libertad- que no era necesaria la imposición de una pena.

En efecto, si a la hora de decidir sobre la necesidad de imponer una pena a un adolescente -en la situación de Mendoza- sólo se ponderan factores relativo a la finalidad de reinserción social (impuesta por el art. 40 de la CDN), se concluiría en la necesidad de imponer una sanción punitiva, aunque mínima por el ínfimo grado de reproche admisible.

En virtud de ello es que considero que la teoría desarrollada es la más adecuada a la hora de decidir la necesidad de imposición de una pena en el ámbito de la justicia juvenil, en la medida en que aporta un criterio racional, “no éticamente descalificado”, desde el cual la agencia judicial puede pautar sus decisiones a fin de limitar el ejercicio selectivo del sistema penal.

Por último, esta tesis de Zaffaroni puede ser aplicada por fuera de su teoría agnóstica de la pena, en tanto si bien tiene carriles parcialmente diferentes a los seguidos por las teorías legitimantes del poder punitivo, no se apartan en lo sustancial de los elementos tradicionales de la teoría del delito y del concepto de culpabilidad construido en base a las formas de la ética tradicional (Zaffaroni, 2007, párr.. 30; Riquert, 2019).

6. Conclusiones

Como corolario de las ideas desarrolladas puedo concluir que, a pesar del debate en la dogmática jurídico penal -y en otras disciplinas- en torno al concepto material de culpabilidad, éste continúa siendo fundamental en la teoría general del delito, por su función limitante y contenedora del poder punitivo.

La culpabilidad no sólo es presupuesto, sino también fundamento y medida de la pena en un modelo de Derecho Penal propio de un Estado de Derecho.

En el derecho penal juvenil, el que sólo puede encontrar justificación legítima en un derecho penal mínimo o en un modelo de derecho penal reductor del poder punitivo, su función es aún más trascendental en tanto en este campo de saber, el principio de culpabilidad -tomado de las teorías absolutas- es imprescindible como acotante del fin de prevención especial positiva que debe predominar (pero que no es el único que entra a jugar dialécticamente) en toda pena o medida que se tome en el proceso penal juvenil. La consideración unidimensional de este punto de vista preventivo especial –es decir, escindido de aquél principio de culpabilidad y de todos los demás principios y garantías procesales- es inaceptable en tanto contradice todo el corpus iuris que regula el ejercicio del ius puniendi en relación a los jóvenes o adolescentes (Righi, 2018, p.405; Fellini, 2019, p.29).

La teoría de la culpabilidad por la vulnerabilidad -creada desde y para este “margen” del mundo por Eugenio Zaffaroni- es la que sintetiza el concepto de culpabilidad pura con la culpabilidad por la vulnerabilidad selectiva con la que actúa el sistema penal; razón por la cual, en el sistema de justicia juvenil su aplicación deviene, en mi entender, necesaria, tal como creo lo refleja el caso particular expuesto. Si a la hora de decidir sobre la

necesidad de imponer una pena a un adolescente (que se halle en una situación similar a la de los jóvenes del caso planteado, lo que sucede -tal vez- en menor grado en la mayoría de los casos que son judicializados), sólo se ponderan factores relativos a la finalidad de reinserción social (impuesta por el art. 40 de la CDN) -sin tomar en cuenta la vulnerabilidad por selectividad-, se puede arribar a la conclusión de que la pena resultaría necesaria; aun cuando carecería de legitimidad por el vacío ético producto de la selectividad arbitraria del sistema penal.

Bibliografía

- Baratta, A. (2006). Derechos humanos Principios del Derecho Penal Mínimo (para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal). Criminología y sistema penal-Compilación in memoriam-Memoria criminológica-Director: Carlos Albert Elbert. En: II Curso intensivo de posgrado en criminología y política criminal. Universidad Nacional de Mar del Plata
- Baratta, A. (2009). *Criminología crítica y crítica del derecho penal*. México: Siglo XXI Editores.
- Beloff, M. (2001). Algunas confusiones en torno a las consecuencias jurídicas de la conducta transgresora de la ley penal en los nuevos sistemas de justicia juvenil latinoamericanos. En: *Justicia y Derechos del Niño N° 3*. Buenos Aires: UNICEF, pp. 9/36. ISBN 987-9286-09-X, recuperado el 5-12-2019 del sitio web <http://www.derecho.uba.ar/investigacion/investigadores/beloff.php>
- Beloff, M. (2018). El rol de los equipos multidisciplinares en las normas internacionales de Protección de Derechos del Niño. En: *Aportes para una justicia especializada para jóvenes en el conflicto con la Ley Penal / Alejandra Quintero... [et al.]; coord.: Alejandra Quintero -1a ed.- Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Editorial Jusbaire. Libro digital, PDF (Colección Doctrina).*
- Bombini, G. (2018). Juventud y penalidad: la construcción del “enemigo social”. En: *Juventud y penalidad: sistema de responsabilidad penal juvenil / Gabriel A. Bombini... [et al.]. 1a ed. Mar del Plata: EUDEM, 2018. Colección “Synopticon”. Libro digital, PDF.*
- Braithwaite, J. y Pettit, P. (2015). *No sólo su merecido. Por una justicia penal que vaya más allá del castigo*. Buenos Aires: Siglo XXI editores S.A.
- Butler, J. (2006). *Vida precaria. El poder del duelo y la violencia*. Buenos Aires: Paidós. Traducción de Fermín Rodríguez.
- Calzado, M. (2010). Miedo y sensación térmica. Hacia un análisis de los protagonistas de lo inseguro (p. 107-116). *Oficios terrestres, Año XVI, Nro. 25*. Material de lectura del Master en Criminología y Sociología jurídico-penal de la Univ. de Barcelona y de la Univ. Nac. de Mar del Plata.
- Christie, N. (1988). *Los límites del dolor*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Daroqui, A. (Comp.) (2009). *Muertes silenciadas: la eliminación de los “delincuentes”. Una mirada sobre las prácticas y los discursos de los medios de comunicación, la policía y la justicia*. Buenos Aires: Ediciones del CCC Centro Cultural de la

Cooperación Floreal Gorini (reseña del libro efectuada por Valeria Gramuglia en la *Revista de reseñas bibliográficas de Historia y Ciencias Sociales en la Red*, año 5, Nro. 9, Rosario, 2012). Material de lectura del Master en Criminología y Sociología jurídico-penal de la Univ. de Barcelona y de la Univ. Nac. de Mar del Plata.

Pena y culpabilidad ¿retribucionismo en la teoría agnóstica de la pena?

Daniel Alejandro De Marco

De Rosa, P. (2018). Enfoque psicoeducativo de Vigotsky y su relación con el interaccionismo simbólico: Aplicación a los procesos educativos y de responsabilidad penal juvenil. *Propósitos y Representaciones*, Jul.-Dic. 2018, Vol. 6, N° 2: pp 631-669 <http://dx.doi.org/10.20511/pyr2018.v6n2.246>, de la Universidad Salesiana de Bahía Blanca, Argentina. Material del curso de Criminología del Consejo de la Magistratura pcial. durante el año 2019.

Fellini, Z. (2019). La problemática penal juvenil. Buenos Aires: Hammurabi.

Ferrajoli, L. (1995), *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.

Freedman, D. y Terragni, M. (2018). Principio de especialidad en la Justicia Juvenil. En: *Aportes para una justicia especializada para jóvenes en conflicto con la Ley Penal / Alejandra Quinteiro... [et al.]; coord.: Alejandra Quinteiro -1a ed.- Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Editorial Jusbaire. Libro digital, PDF (Colección Doctrina).*

Gargarella, R. (2016). *Castigar al prójimo: por una refundación democrática del derecho penal*. Buenos Aires: Siglo XXI editores.

Kemelmajer de Carlucci, A. (2004). *Justicia restaurativa: posible respuesta para el delito cometido por personas menores de edad*. Santa Fe: Rubinzal- Culzoni.

Piaget, J. (1984). *El criterio moral en el niño*. España: Ed. Martínez Roca.

Platt, A. (2001). *Los "salvadores del niño" o la invención de la delincuencia*. México: Siglo XXI editores.

Righi, E. (2018). *Derecho Penal- Parte general*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Riquert, M. A. (2019). *Culpabilidad por vulnerabilidad*. Blog de la Cátedra Riquert de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata.

Roxin, C. (1981). Culpabilidad y prevención en derecho penal. Traducción: Muñoz Conde. Madrid: Instituto editorial Reus, S. A.

Silva Sánchez, J. M. (2010). Aproximación al Derecho Penal contemporáneo. Buenos Aires: editorial B de F.

Zaffaroni, E. R. (1998). En busca de las penas perdidas. Buenos Aires: Ediar.

Zaffaroni, E. R. (2007). Discurso de aceptación del Doctorado Honoris Causa otorgado por la Universidad de Macerata (Italia), 2002, publicado en www.iuspenalismo.com.ar. Id SAIJ: DACF070010.

Zaffaroni, E. R.; Alagia, A. y Slokar, A. (2005). Derecho Penal-Parte General. Buenos Aires: Ediar.