

CAPÍTULO V

ANÁLISIS SEMIÓTICO DE LA JUSTICIA FISCAL

Fundamentos teórico-prácticos de la culpabilidad fiscal como condición de la responsabilidad derivada del ejercicio del control y vigilancia fiscal

Manuel Fernando Moya Vargas⁵⁹

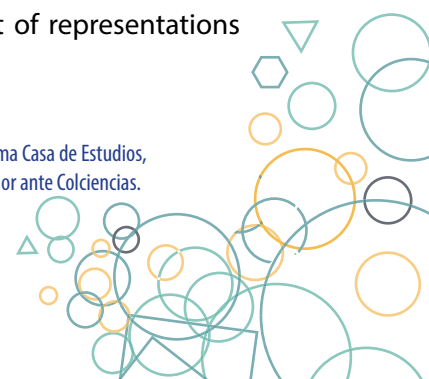
Resumen

La justicia fiscal en Colombia hace parte del derecho sancionatorio. Por ello mismo, se basa en la responsabilidad subjetiva. Es decir, la responsabilidad fiscal es el fruto de demostrar que la persona en particular actuó con dolo o culpa. Esta condición es necesaria para remover la presunción de inocencia, y proceder a las sanciones correspondientes. La historia de la culpabilidad particularmente manifiesta en derecho penal, indica que el contenido de la culpabilidad, es decir, del dolo y de la culpa, no son construcciones técnicas, provenientes de expertos en culpabilidad, sino que son fruto de las representaciones sociales.

Abstract

Tax justice in Colombia is part of the sanctioning right. It is therefore based on subjective responsibility. That is, fiscal responsibility is the result of showing that the particular person acted with will or guilt. This condition is necessary to remove the presumption of innocence, and to proceed with the corresponding sanctions. The history of guilt particularly manifested in criminal law indicates that the content of guilt, that is, of wrongdoing and guilt, are not technical constructions, coming from experts in guilt, but are the result of representations Social.

⁵⁹ Abogado de la Universidad Externado de Colombia, Doctor en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas de la misma Casa de Estudios, Posdoctorante en Derecho Universidad de Buenos Aires. Docente Investigador en semiótica penal, Investigador Senior ante Colciencias.



Palabras clave

Control y vigilancia fiscal, culpabilidad fiscal, justicia fiscal

Key words

Fiscal control and surveillance, tax culpability, tax justice

Temario: Introducción. 1. Naturaleza de la justicia fiscal. 2. Orígenes históricos de la culpabilidad. 3. La puja dogmática y el origen de la versión estandarizada de la responsabilidad subjetiva como fundamento de la sanción. 3.1. La fórmula kantiana. 3.2. La disidencia hegeliana. 4. Consolidación de la responsabilidad sancionatoria basada en la culpabilidad. 5. Efectos de la hegemonía kantiana. 6. Concreción de un abordaje semiótico y su influencia sobre la justicia fiscal. 7. Conclusiones. 8. Referencias bibliográficas.

Introducción

La justicia fiscal proviene de las entrañas sociales, y de ello se deben servir los expertos en vigilancia y control fiscal para poder declarar la responsabilidad. La justicia fiscal implica el control de las autoridades respectivas sobre la ejecución del gasto público. Entendiendo que los recursos están orientados a la realización material de los principios en que se basa el Estado democrático, social y de derecho.

Visto así, la relación entre control fiscal y realización de los Derechos Humanos y, más específicamente, de los Derechos Fundamentales, es interdependiente. Esto por cuanto el cometido de esta concepción constitucional del Estado implica principalmente, que las personas individualmente consideradas y colectivamente entendidas, puedan realizarse bajo presupuestos de convivencia pacífica, lo cual se condiciona precisamente a la realización de las condiciones que lo hace posible. Y esto de forma inevitable implica que sus derechos sean realizables.

En últimas la realización de los derechos fundamentales constituye la razón de ser del control fiscal. Así como los recursos existen para que se materialicen las condiciones identificadas como de mínimo vital, el control fiscal se orienta a que la destinación de los recursos corresponda con los presupuestos constitucionales y legales. Todo lo cual debe responder con el marco de una política pública preexistente.

En esta perspectiva, los principios del control fiscal se encuentran expresados en términos de eficiencia, economía, eficacia, equidad y valoración de costos ambientales.

Su dinámica, según la fuente constitucional, implica que este se ejerce principalmente a través

de la Contraloría General de la República y de las Contralorías regionales.

Pese a ello, es decir, a que es ejercida por una entidad pública, las implicancias de su proyección involucran a toda la sociedad y, otras entidades públicas, como la Auditoría General de la República. De tal suerte, configura un encuentro entre el sector público y el privado. Pese a que de una u otra forma hay un especial acento en la intervención del sector público, lo cual se explica por la naturaleza misma de la responsabilidad fiscal.

Ahora bien, desde el mismo rótulo “control...”, se anuncia un cierto tipo de intervención que implica, etimológicamente, un contraste. Por un lado, lo que se hace con los recursos públicos, y por otro, lo que debía hacerse legamente con ellos.

Si no hay convergencia, emerge el control fiscal, cuya justicia implica sancionar a los responsables, sean ellos, las personas encargadas de la ejecución de los recursos públicos. Como también, las personas que nivel local, regional o nacional, debieron evitar el desvío o malversación de los mismos.

La justicia fiscal implica en sí misma una corrección. De tal suerte, su ejercicio apareja sanciones en contra de personas naturales e, incluso, de personas jurídicas. Lo cual es completamente paralelo a las consecuencias de orden penal y disciplinario.

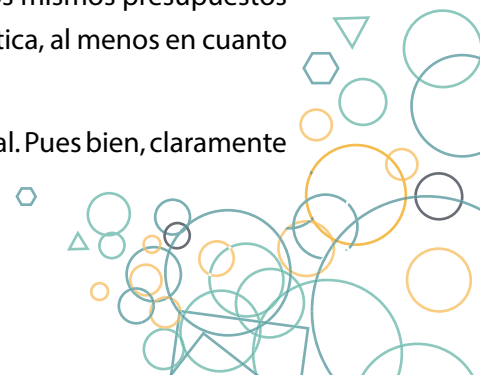
De hecho, hay una inevitable familiaridad con estos otros tipos de intervención que fuerzan considerar la naturaleza del proceso de control fiscal en relación con aquellos. Pero dicha familiaridad es mucho más estrecha con la justicia penal, entre otros porque la responsabilidad fiscal, de una u otra forma implica la responsabilidad penal. Así como la responsabilidad penal asociada a afectaciones respecto de la ejecución presupuesto público, necesariamente implica la responsabilidad fiscal.

Para mayor claridad, podríamos decir que todo el derecho sancionatorio atiende a los mismos presupuestos. Pero, sin embargo, el penal es a no dudarlo, el más agresivo.

Por ello es que hemos hallado el control fiscal se fundamenta en los mismos criterios axiomáticos del derecho sancionatorio, muchos de los cuales son compartidos con el derecho penal.

Así, el modelo de responsabilidad fiscal inevitablemente se basa en los mismos presupuestos axiológicos que se encuentran en el artículo 29 de la Constitución Política, al menos en cuanto se comparten desde la raíz común sancionatoria.

Y de la misma forma, emerge la inquietud acerca de la intervención social. Pues bien, claramente



se reconoce la importancia protagónica de las comunidades para hacer real el control fiscal, la verdad es que sería muy improbable el control penal y el control disciplinario, si la sociedad no pudiera intervenir, cuando menos respetando a las autoridades a realizar la justicia en los términos que les corresponde.

Con base en el método semiótico se asume el estudio de los fundamentos de la justicia fiscal, de cara a establecer su proximidad con la justicia penal y, su consideración social, entendiendo que el sentido de justicia sea penal, fiscal o de otra naturaleza, fluye de lo social, antes que de lo estrictamente técnico.

Anticipando, advertimos que la semiótica ha sido entendida como la ciencia que estudia los signos. No obstante, en la actualidad, no sólo se trata de signos, sino de sistemas sígnicos, en tanto sirven como precursores de procesos comunicativos. Y dichos procesos comunicativos, zona su vez, los precursores del proceso de producción y circulación del sentido.

Por suerte que el método semiótico se caracteriza por aproximarse a los fenómenos en su expresión sígnica, en los procesos comunicativos a los cuales sirve y, al sentido que se crea mediante ellos.

6.1. NATURALEZA DE LA JUSTICIA FISCAL

Al considerar en términos generales los aspectos más importantes de la justicia, se advierten dos, a partir de los cuales se puede realizar el abordaje semiótico que interesa. Por un lado, el tipo de intervención que se permite a partir de sus presupuestos legales y constitucionales.

Y, por otro lado, la identidad o tipología de responsabilidad en que se basa, entendiendo que su configuración es lo que permite declarar a alguien como responsable y con ello, derivar las sanciones pertinentes.

Ambos son aspectos de naturaleza legal, entendiendo que sólo a partir de disposiciones positivas, el Estado puede intervenir la vida de las personas y, consecuencia de ello, declararlas responsables.

Lo cual implica el elemento que a su turno activa la producción y circulación de sentido social que, al cabo, como lo hemos venido sosteniendo en distintas investigaciones, involucra el juicio de los jueces, dando por resultado la justicia como efecto social.

Al respecto, lo primero que encontramos es que el artículo primero de la Ley 610 de 2000 en cuanto tiene que ver con el proceso de responsabilidad fiscal derogó lo pertinente de la Ley 42 de 1993, define dicho proceso, como (...) el conjunto de actuaciones administrativas

adelantadas por las Contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado. (...), disposición declarada exequible mediante sentencia C-840 de 2001.

La disposición implica necesariamente, una intervención especializada por parte del Estado que, como se verá, concluye en la declaración de la justicia fiscal, implicando sanciones de esa misma naturaleza.

El artículo segundo, a su turno, indica puntualmente que el proceso de responsabilidad fiscal se sujeta a los principios consagrados en el artículo 29 de la Constitución Política, (...) En el ejercicio de la acción de responsabilidad fiscal se garantizará el debido proceso y su trámite se adelantará con sujeción a los principios establecidos en los artículos 29 y 209 de la Constitución Política y a los contenidos en el Código Contencioso Administrativo. (...).

Es preciso señalar en este momento que el artículo 29 de la Constitución consagró el principio de culpabilidad, para todo el ámbito general del derecho sancionatorio, en el cual se inscribe el proceso de responsabilidad fiscal. En sus términos predica la disposición, (...) Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente *culpable*. (...) (subraya fuera de texto).

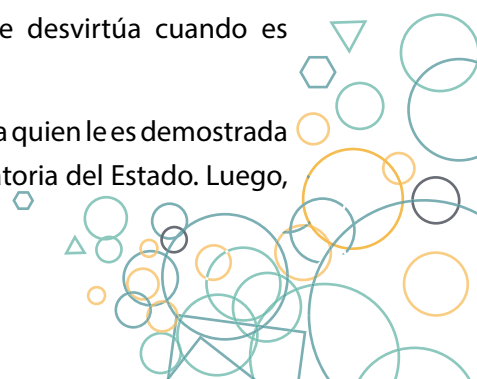
Y este presupuesto con carácter de principalidad, lo desarrolla actualmente el artículo quinto de la Ley 610 de 2000, al especificar los elementos. Pues conforme con la norma el primer elemento de la responsabilidad fiscal es la demostración de (...) Una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal. (...)

Con base en lo anterior, no es discutible que la responsabilidad fiscal hace parte del sistema de derecho sancionatorio y que, en tanto tal, se rige por el principio de culpabilidad.

Lo primero porque la justicia fiscal implica una competencia por parte del Estado con base en la cual puede proceder a sancionar a las personas implicadas, conforme a un modelo procesal de intervención específica, reglada conforme al principio de legalidad estricta.

Lo segundo, es decir, el modelo de responsabilidad subjetiva, o lo que es igual, basado en el principio de culpabilidad, implicando que la justicia fiscal implica que, si bien las personas se amparan en su presunción constitucional de inocencia, esta se desvirtúa cuando es demostrado que actuaron con dolo o culpa.

Lo cual significa que sólo puede ser declarado responsable fiscalmente a quien le es demostrada su culpabilidad, que es lo único que permite la intervención sancionatoria del Estado. Luego,



la justicia fiscal se encuentra determinada por el principio de culpabilidad, en la medida que sólo al culpable le puede ser impuesta la sanción correspondiente a la demostración de su responsabilidad.

Es a partir de este presupuesto que debe leerse en clave semiótica, lo que es la justicia fiscal. Y es precisamente lo que permite establecer el punto esencial de contacto entre la concepción de las autoridades públicas, con la percepción social, o sentido de justicia social.

Lo que se encontró en desarrollo de la investigación, es que no hay un desarrollo propio de la culpabilidad a instancia de la justicia fiscal. Es decir, la doctrina no arroja un contenido a la culpa fiscal. De donde sirva este desarrollo que se formula semióticamente, a partir de la historia de la culpabilidad, con su proximidad específica a la culpabilidad penal, para la construcción de una teoría de la justicia fiscal, basada en un modelo de culpabilidad fiscal.

Por tal motivo, la investigación tiene el objetivo de desentrañar lo que es la culpabilidad en general, en cuanto a sus orígenes, para establecer su especificidad en relación con la justicia fiscal, y buscar la sinapsis que inevitablemente entraña con la intervención social, en su concepción de justicia.

6.2. ORÍGENES HISTÓRICOS DE LA CULPABILIDAD

La culpabilidad fue considerada originalmente con base en presupuestos hermenéuticos, lo cual dificultó la asunción de la culpa, como una de sus variables, pues a falta de expresión normativa, pretendieron tratarla como trataron el dolo, su otra variable, que, en cambio, sí la tenía.

Resultado de lo cual terminó siendo identificado con la responsabilidad, sobre la base de la *mora debitoris*. La culpa, en cambio no registró sino confusión.

De esta forma, la culpabilidad así mismo, prácticamente quedó identificada con el dolo que, conforme a la lógica intrínseca del derecho de las obligaciones, alcanza su sentido en las interioridades de esa institución. La certeza en relación con el dolo no fue suficiente para fraguar la ambigüedad en cuanto a la culpa, impidiendo un tratamiento integral y homogéneo, lo cual se tradujo en contradicciones manifiestas en los distintos casos de los cuales las fuentes dan cuenta. Unas veces se tendió a la responsabilidad objetiva y, otras a la subjetiva.

Muchos siglos después, precisamente, cuando la dogmática se ocupó de ella, la integró sistémicamente a la imputabilidad y, con ello, se completó la que podríamos designar, una teoría general de la responsabilidad.

Por ello, al referirse la culpa, no debe perderse de vista su colocación dentro de una teoría de la responsabilidad, ni mucho menos pretender que resulte ser sinónimo absoluto de culpabilidad, tampoco de imputabilidad, a no ser el propósito de una reducción como ha sucedido en ocasiones, lo cual impide evidenciar las cualidades originales con que fue concebida.

De la imputabilidad se empezó a hablar de forma clara, cuando se pensó dogmáticamente, y de ello daría cuenta inicialmente Kant. Con posterioridad, la teoría del delito prácticamente terminó por monopolizarla, al punto que cuando se la considera, con frecuencia se identifica como imputabilidad penal, prefiriendo asignar el mismo significado al concepto de responsabilidad en derecho privado.

Pero la tesis que nos asiste es fundamentalmente que, si bien ha habido toda una construcción sónica de la justicia en general, entendido en su más técnico significado, ello corresponde realmente a la imputabilidad. Mientras que la culpabilidad corresponde con un cierto sentido social de justicia, del cual el derecho se apropia, sin haber logrado desprenderse.

Y ello es tan válido para la justicia penal, como para la fiscal. En cuanto a aquélla, sin mayor novedad, pero en cambio, respecto de esta, tan novedosa que implica prácticamente un redescubrimiento.

En uno y otro caso, y como consecuencia, no existe forma de comprender la culpabilidad, más que a partir del sentido social de justicia que circula en el tratamiento jurídico de la responsabilidad, sea o no jurisdiccional.

Es decir, si bien la culpabilidad es lo que explica técnicamente la responsabilidad subjetiva que caracteriza a la justicia penal y a la justicia fiscal en Colombia, su contenido no es ajeno al sentido social de justicia que lo define.

La semiótica de la justicia confluye en ello precisamente. La culpabilidad es una construcción social que, a partir de la negativización de unas personas, tiende a su positividad.

Este reconocimiento implica que los jueces no sean los comprometidos en darle contenido a la culpabilidad en los procesos, sino que dispongan de mecanismos de reconocimiento de un situado histórico que en manera alguna puede depender de ellos.

El aporte de esta investigación metodológicamente semiótica es que la hermenéutica y la dogmática han venido negando una realidad que, en la práctica se traduce en forzar a los jueces a dar cuenta de algo que escapa de sus posibilidades.

De cualquier forma, se halló que la perspectiva hermenéutica y dogmática en materia de



derecho sancionatorio, siempre ha estado rodeada de la realidad inconcusa de la culpabilidad como fenómeno social, pero lo ha venido ignorando, valiéndose de una compleja trama teórica, propia de las ciencias humanas y sociales que, han sustituido en su estatuto científico a las personas y a las comunidades por teorías sobre las personas y las comunidades.

Ningún de esos estudios han logrado prescindir del elemento semiótico, aun cuando han preferido minimizarlo y, al cabo, la semiótica revela lo que los otros métodos han procedido a superar mediante la negación.

Todo apunta a una raíz griega, no muy documentada, por cierto, que confluye en un gran desarrollo a manos de los juristas clásicos. Lo que frecuentemente les ha granjeado el honor de haberla establecido.

Pues bien, no podemos desconocer una conexión entre algunas expresiones griegas y la culpa, tal y como la habría concebido el derecho romano (AEDO BARRENA, 2013). Del empleo dado en las obras de Platón y de Aristóteles a las expresiones, ἁμάρτημα: hamártema, equivalente a negligencia, mientras que ἀδικία: adikía o ἀδικημα: adikema, equivalente a dolo, Aedo Barrena dedujo el elemento de la culpa, identitario de la institución propia del derecho romano.

Este investigador admitió la conocida progresión formulada por Ricoeur, discriminada en tres dimensiones históricas. La primera correspondería a la mancilla; la segunda, al pecado; y la última, a la culpabilidad, propiamente dicha. Las dos primeras serían algo así como sus precursores.

Se trata de una exhibición en correspondencia con una especie de evolución -tal vez preferiríamos decir transformación, que alcanza su último estadio en el desarrollo técnico de la responsabilidad.

Pero hay algo que se destaca sin que no obstante haya sido considerado con suficiencia por Ricoeur ni por Aedo Barrena. Y es que aceptando la idea de una transformación iniciada con lo que llamaron mancilla, desde ésta hasta la versión acabada de la responsabilidad, particularmente la llamada responsabilidad subjetiva, la culpa -si se prefiere la culpabilidad, ha servido de vehículo para circular la oposición evidenciada entre la conducta que justifica la imputación, y una cierta representación social.

Representación que no proviene del derecho, ni es obra de los juristas, sino que expresa cierto alto concepto social, acerca de lo que está bien y de lo que no lo está y, por identidad, de lo que es justo y de lo que es, por el contrario, injusto.

El rol del experto con respecto a esa representación ha sido más bien de un traslado, que

va desde de las exterioridades hacia las interioridades del derecho. Dándole quizás un matiz lingüístico propio de las ciencias jurídicas, pero manteniendo el contenido social original.

En efecto, lo más probable es que los clásicos se hayan servido no sólo de la filosofía estoica, sino de toda la cultura helénica, para la concreción de su jurisprudencia. La cual, más que romana, es el fruto del denuedo por alcanzar un estándar jurídico que sirviera para compatibilizar el derecho de origen extra-romano, con el derecho proveniente de Roma.

Tal al fin y al cabo la labor del pretor peregrino, que dio sentido clásico al derecho de los grandes juristas, es decir, un estándar jurídico meta-fronterizo. El derecho clásico es un derecho sin identidad nacionalista, se trata precisamente de un derecho con aptitud para ser practicado sin identidad jurídica civil, entendida como derecho particular legislado en una ciudad.

Visto así, la busca del lugar de la culpabilidad se orientó hacia la dinámica de la responsabilidad civil. Para su comprensión, en primer lugar, debe considerarse que el deudor debía haber entrado en mora, pese a la posibilidad de la *mora creditoris*.

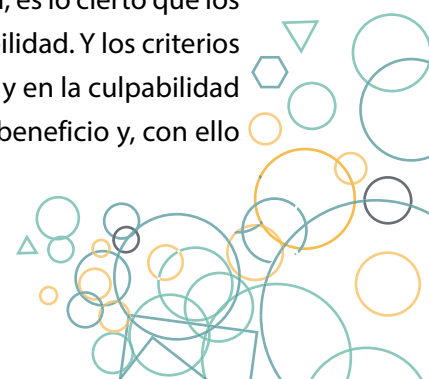
En segundo lugar, se consideraba que, habiendo entrado en mora y, si ello se debía a su dolo, tendría que responder al acreedor. Pero, en cuanto si la mora se debía a culpa, las cosas ya no resultaban tan claras.

En tercer lugar, el *casus*, al parecer únicamente en eventos de culpa, liberaba al deudor. Es decir, lo que posteriormente sería denominado como, caso fortuito y fuerza mayor (ÁLVAREZ CORREA, 1979).

Es importante considerar que las cosas no estaban reducidas a una oposición entre dolo y culpa, contrariamente a lo afirmado por Mommsen. Romanistas como Arangio Ruiz convergen en que se trató de un entramado mucho más complejo, en donde la condición subjetiva de incumplimiento no liberaba al deudor, como en cambio sí la objetiva.

Para entender la dinámica debe partirse, mantienen, de la verdadera oposición, no entre dolo y culpa, sino entre la *fides bona* y, el *dolus malus*. Entendido éste como condición para el surgimiento de la responsabilidad, y aquella, como todo lo contrario.

Sin que pueda deducirse que fue un error en la tentativa de alcanzar un nivel de abstracción que garantizara la universalidad de la culpabilidad, o tal vez una excepción, es lo cierto que los juristas tendieron a considerar caso a caso, si había o no lugar a responsabilidad. Y los criterios siguieron siendo de la misma naturaleza que en la mancilla, en el pecado y en la culpabilidad de Ricoeur. Es decir, la conciencia social cuando no, la concentración del beneficio y, con ello razones de justicia que, característicamente, no provenían del derecho.



En unos casos se respondía con criterios propios de responsabilidad objetiva, mientras que otros reclaman la condición dolosa del responsable. Todo indica que las consideraciones acerca de la responsabilidad surgieron en relación con el hurto, sin perder de vista que se trataba de un ilícito civil -que no penal, conforme a la acepción vigente.

Como conclusión, la estandarización de la culpa en tanto presupuesto de la responsabilidad, es “tardía”, es decir, de estirpe cristiana, dando como resultado que la culpa leve sería, por oposición a la culpa lata -que se equipara al dolo, la verdadera culpa; de otro lado, se consideró la culpa en abstracto, es decir, la *diligentia diligentis patris familias* y, la culpa en concreto, *quam suis* (ARANGIO-RUÍZ, 1952).

De más está aquí observar el elemento social o, si se prefiere extrajurídico de origen social, que no por cristiano es novedoso, y menos griego (ESPITIA GARZÓN, 2004).

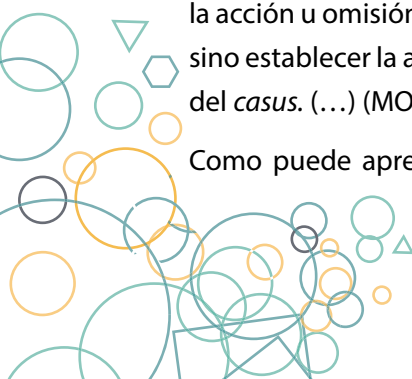
El *delictum* o *maleficium* era ilícito civil, si se quiere, de derecho privado, mientras que el *crimen*, correspondía a ilícitos públicos o, el objeto de conocimiento de lo que posteriormente llamaríamos derecho penal.

El delito de *furtum*, como también la *iniuria*, implicaban actuar con *dolus malus*. Mientras que el *damnum iniuria datum* habría admitido la responsabilidad objetiva, tal y como surge la decisión de Labeón -que recibiera aval de Ulpiano, en que se declaró la responsabilidad de una comadrona por proporcionar de su propia mano, una medicina a una esclava, produciéndole la muerte (SHULZ, 1951).

Como puede apreciarse, la incorporación de la culpa como integradora de la responsabilidad civil, contractual o extracontractual, es muy confusa. Existió la tentativa de incorporarla, quizás de explicar la responsabilidad por la vía de la culpa o su ausencia, pero no hay nada claro al respecto.

Pese a que importantes estudiosos pretendieron lo contrario. Para Mommsen, por ejemplo, (...) El concepto de culpa, lo mismo que el de *dolus*, no pertenecía a la legislación, sino a la interpretación científica de las leyes. Es de presumir que el Código de Las Doce Tablas no llegara en materia de derecho privado más que a establecer la responsabilidad humana en general, en oposición al hecho que no estuviera ligado por ninguna relación de causalidad con la acción u omisión humana; es decir, empleando la terminología actual, que no hará otra cosa sino establecer la antítesis entre los hechos procedentes de *dolus* o de *culpa*, y los procedentes del *casus*. (...) (MOMMSEN, 1999, pp. 62).

Como puede apreciarse, inició desvirtuando que la responsabilidad subjetiva pueda tener



asidero en la ley, en cambio sí en la jurisprudencia. Pero terminó afirmando todo lo contrario, es decir, que la LDT opuso el dolo y la culpa. Y en todo caso, se empeñó en que la responsabilidad basada en la culpabilidad procede de la época republicana. Lo cual se considera actualmente desmentido.

De cualquier forma, a Mommsen no le quedó más remedio que reconocer la proximidad entre lo que llamó ley moral y la justicia penal, aun cuando se esforzó en demarcar sus diferencias (63-65).

Si las cosas fueron confusas en el arte más desarrollado, que fue el derecho de las obligaciones, es previsible que, respecto de lo que había de derecho penal y su posterior especificación en cuanto a la justicia fiscal, más que confusión lo que había era un todo por hacerse, puesto que para la época Republicana estaba muy por debajo del desarrollo del derecho civil (SHULZ, 1951, pp. 548).

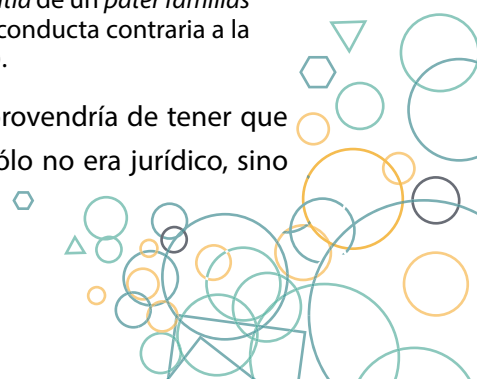
Y la verdad sea dicha, no es mucho lo que se avanzó posteriormente, ni aun en época clásica, pues al fin y al cabo los grandes juristas no alcanzaron la claridad que en cambio sí nos legaron en otros temas.

En efecto, en materia de derecho privado, incluso respecto de los *delicta*, es mucho más verídico Juan Iglesias, al señalar la más completa incertidumbre acerca de la operatividad de la culpa. Al parecer, hay certeza en cuanto a que el deudor respondía por dolo, pero se liberaba por casus, entendiendo por dolo, (...) la intención o propósito deliberado de observar una conducta que acarrea la imposibilidad de cumplir la prestación (...) (IGLESIAS, 1993, pp. 435).

La culpabilidad, entendida como responsabilidad subjetiva, se habría sobrepuesto a la objetiva, por obra de los compiladores, en manera alguna de los juristas clásicos. Sugiere el romanista que el recurso a la culpa provendría del tratamiento dado en la Lex Aquilia, lo cual tiene soporte en Gaius 202 y 211 principalmente (GAYO, 2000).

(...) La jurisprudencia de los últimos tiempos republicanos y, sobre todo, de la época clásica, aprecia en las relaciones contractuales una noción de imputabilidad distinta de la que sirve de sustento al dolo. Mientras el dolo implica una infracción intencionada de la obligación contractual, la culpa entraña una conducta deshonesta, una inobservancia de un deber de prudencia que pesa sobre cada miembro de la comunidad ciudadana en la vida de relación. La culpa es concebida como desviación de un modelo ideal de conducta: el modelo viene representado, unas veces, por la *fides* o *bona fides*, y otras, por la *diligentia* de un *pater familias* cuidadoso-*diligens pater familias*. Dentro de los *iudicia bonae fidei*, la conducta contraria a la *fides* es asimilada, en su efecto, al *dolus*. (...) (GAYO, 2000, pp. 435-436).

Lo cierto es que, al parecer, la incomodidad de los juristas clásicos provendría de tener que integrar dentro de lo más depurado del arte jurídico, algo que no sólo no era jurídico, sino



que seguramente lo desafiaba. Es decir, dentro de la teoría de las obligaciones, la culpa resultaba acentuadamente incompatible, frente a la prestación, al objeto de la prestación y a sus extremos subjetivos. Muy posiblemente el rigor estoico los inclinaba a filtrar todo aquello que escapara a los dominios de la razón.

Más adelante, la cristianización insinuada en el Código de Theodosius y, ya decididamente tramitada en la obra ordenada por Justiniano, todo empezaría a cambiar, como que se reconoció una especie de legislador superior, y con ello un derecho supra-humano. El derecho civil habría cedido al derecho natural, según la conocida triangulación de Cicerón.

Pero esto implicó una cierta violencia simbólica, pues por fuerza legislativa se quiso hacer norma jurídica, lo que no podía ser sino conocimiento social, de estirpe abductiva.⁶⁰

⁶⁰ En el texto en que fue presentado el Observatorio de Política Pública del Control Fiscal, se destacó que, (...) En cuanto pensamiento esa otra opción ha sido comúnmente designada como abducción. Y de ella proviene el pensamiento abductivo.

Para comprenderlo es preciso volver sobre las características generales de la inferencia. Simplemente para reconocer que la deducción revela una dinámica conforme con la cual, dada una premisa general, respecto de un caso particular conocido, se puede obtener una conclusión originalmente desconocida, -su equivalente semiótico sería la connotación, que relaciona dentro de una generalidad sintagmática, las posibilidades semánticas de un signo intencionalmente considerado.

Mientras que la inducción procede a la inversa, esto es, dado un caso conocido frente a una premisa específica, puede derivarse una premisa general desconocida, -su equivalente semiótico corresponde a la denotación, que asocia un signo con un significado intencionalmente previsto.

En ambos, la experiencia empírica se basa en el conocimiento del caso, el cual se confronta a una premisa general o a una premisa especial, dependiendo de la situación, para derivar una conclusión, que en el primer evento es la premisa especial y, en el segundo la general.

En cambio, para una mejor comprensión del pensamiento abductivo -muy afín al método semiótico, es preciso considerar que relaciona la que puede ser una premisa general con otra especial, para intuir el caso -en semiótica un signo suscita una experiencia "no experimentada" mediante un juego de sustitución. Es decir, lo que se "infiere" es la realidad, o experiencia cognoscible, lo cual resulta aparentemente inexpugnable desde el punto de vista del pensamiento lógico formal. Pues pareciera que su premisa fundamental consiste en la porción de verdad o realidad dada, que requiere ser escrutada mediante la razón.

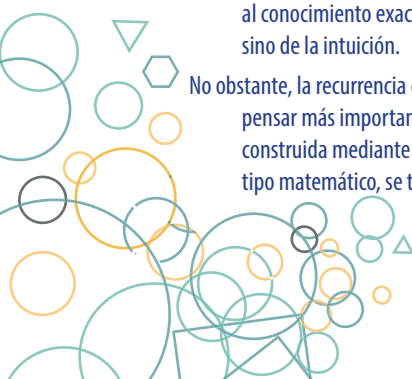
Hasta cierto punto el pensamiento abductivo pareciera un juego de abalorios, en que el pensador asume que esto o aquello fue o será de cierto modo, nada más que a partir del conocimiento con que cuenta. Formalmente, se describe como a partir de la consideración de una premisa general, a la que es contrapuesta otra especial, para intuir un caso desconocido.

Por ejemplo, si tenemos por premisa general, "el consumo excesivo de dulce durante la infancia crea riesgo de obesidad". Y otra específica, "los niños no deben consumir dulce hasta después de los cinco años para evitar riesgo de obesidad". Podríamos abductivamente derivar el caso, "mi hija de tres años puede comer dulce moderadamente".

Sometiéndolo al escrutinio ortodoxo de la lógica, el resultado puede resultar no sólo inexacto sino hasta caprichoso o, cuando menos, carente de la pretendida exactitud que caracteriza a la inducción y a la deducción.

Más aún, puede haber quien lo señale de absurdo y hasta de encubrir falacias argumentativas, porque desafía el presupuesto empírico, y al conocimiento exacto o inexacto, le sucede un complemento de irracionalidad, entendiendo por ello lo que no procede de la razón sino de la intuición.

No obstante, la recurrencia con que nos relacionamos en la vida mediante abducción conlleva considerar que puede ser una forma de pensar más importante en la cotidianidad de las comunidades. De ello da sobrada cuenta la semiótica. Es decir, hay más realidad construida mediante abducción que mediante deducción o inducción. Al cabo, más que certeza en términos de exactitud de tipo matemático, se trata de una forma de ser, y a diferencia de la lógica formal, tienen cabida una serie de elementos como los



La explicación semiótica nos ha conducido a anticipar que existe un cierto sentido de juridicidad, que es lo que hace posible que las sociedades piensen en derecho, proveniente de un conocimiento característicamente abductivo. Es lo que explica la existencia de lo que llamamos en su momento *alterius*, que no es derecho divino, ni mucho menos natural, sino simplemente el saber jurídico social. Más precisamente un cierto sentido social de justicia, que inclina incluso al jurista hacia cierto tipo de consideración (MOYA VARGAS, Los Fallos Penales por Inasistencia Alimentaria. Un desfase entre la realidad y la práctica judicial, 2007).

La idea del *alterius* provino del reconocimiento de las *aequitas* en el derecho arcaico. Y la investigación arrojó que correspondía con ideas ya formuladas, puesto que se halló que Kaufmann (1999), en línea con Radbruch y Hassimer, hizo referencia a un, “sentimiento del derecho” que específicamente Radbruch lo asoció como una especie de “precomprensión” del derecho técnicamente comprendido (RADBRUCH, Filosofía del Derecho, 1952).

De la misma forma como Dworkin terminó por admitir la existencia de *un sentido de la justicia o, equilibrio reflexivo*, que al cabo conviene a una cierta condición inmanente de las personas, favorable para el desarrollo de procesos de conocimiento jurídico, no obstante ser, para nada deductivos ni inductivos, sino predominantemente abductivos (DWORKIN, 1995). Aun cuando lo tramita como intuicionismo moral, en tanto presupuesto del modelo constructivo y, la convicción, como su prerrequisito. Lo cual sigue de cerca a Rawls (2002, pp. 55), pese no coincidir del todo con Bobbio (1993).

sentimientos, las sensaciones, los gustos, los disgustos, las intuiciones, las indiferencias, etc., todo aquello que quíerese o no, hace parte de los seres humanos.

Por supuesto, esto es algo que desafía la lógica de origen aristotélico, normalmente hegemónica, aun así, fuertemente golpeada en su monarquía a propósito de las investigaciones de Charles Sanders Peirce.

No es que haya descubierto ese alter, más bien le confirió la importancia que hasta ahora le había sido ocultada. Al fin y al cabo, hasta el mismo Aristóteles tuvo ocasión de advertir de su existencia, pero pareciera el límite de la racionalidad, su negación o el punto que no debía franquearse.

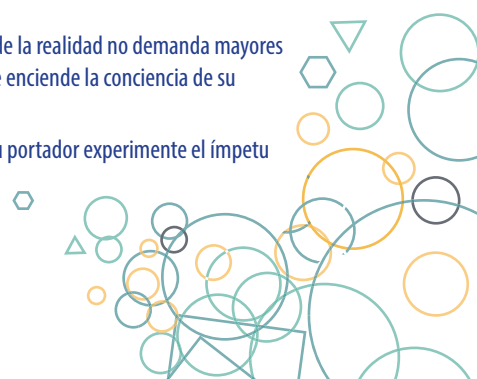
La propuesta de Peirce es simplemente reconocerlo como algo que quíerese o no, ocurre y que considerarlo como la némesis de la razón, es simplemente negar el noema del fenómeno del conocimiento. Incluso, podrían el pensamiento lógico formal y el abductivo llegar a prestarse algún tipo de servicio orientado a la consolidación de los dos.

Peirce llamó la atención respecto de la particular importancia social del pensamiento abductivo, pues es más recurrido en la vida cotidiana, así como en la intimidad del ser, y por ello mismo tiene una relación mucho más estrecha con la realidad social, que la registrada por el pensamiento racional en su proporción lógica formal.

Es así precisamente porque su práctica entraña en las creencias sociales, de hecho, son su fundamento, pues si bien es pensamiento inferencial, invierte la estructura lógica que caracteriza a la inducción y a la deducción.

Para asumir sus cualidades es preciso advertir que la vinculación del pensamiento con la creación social de la realidad no demanda mayores inferencias de estirpe psicológica. Sino que a partir de la fenomenología misma del pensamiento se enciende la conciencia de su dinámica.

Así, se aprecia que mediante el pensamiento se activan las creencias. Las creencias son propicias a que su portador experimente el ímpetu comprometido en sus sentimientos y sensaciones. Y con ello vienen las acciones sociales. (...)



De tal suerte, del conocimiento atribuido a Jesús de Nazareth, puede sin mayor dificultad extraerse una cierta condición inmanente de la personas -hijos de Dios, al fin y al cabo, que desata un cierto sentido de justicia, metajurídico sin duda, pero asociado a los más significativos valores predicados. De donde no haya sido demasiado difícil a los compiladores ingresar a la culpa en su especificidad y probabilidad, y en definitiva a la culpabilidad en su generalidad, como condiciones de la responsabilidad en derecho privado.

Y ello también explica el por qué, para el derecho medieval resultó aún menos desafiante. Es así, como signo del continuum del derecho medieval, Grossi refirió con particular énfasis las *aequitas*, en cuya tentativa de definición acudió a la *convenientia*, para decir, (...) armonía, orden recíproco, semejanza, igualdad sustancial; todo esto individualizado en las cosas, dimensión y evolución de las cosas. Por consiguiente, esta *aequitas* es fuente y comienzo de la justicia; y, por consiguiente, también del Derecho; que es la manifestación de la justicia en las normas de los hombres; esta *aequitas* tiene una primera faceta fundamental: no es un producto de la mente humana; está en las cosas y desde las cosas se proyecta entre los hombres. (...) (GROSSI, 1996, pp. 181).

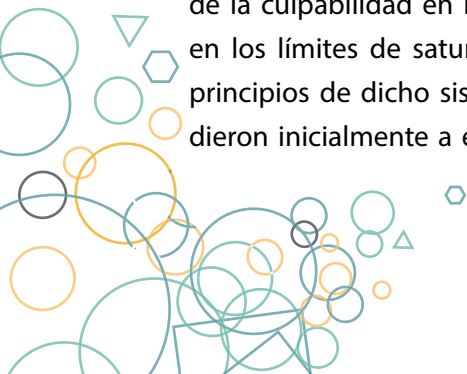
6.3. LA PUJA DOGMÁTICA Y EL ORIGEN DE LA VERSIÓN ESTANDARIZADA DE LA RESPONSABILIDAD SUBJETIVA COMO FUNDAMENTO DE LA SANCIÓN

Los orígenes revelaron una cierta opacidad asociada particularmente con la culpa. La explicación hallada por la semiótica indicó que ello se explica en que a los hermeneutas les resulta muy incómodo hallar el sentido de algo, cuando ese algo carece de expresión institucional clara.

Lo que intentaron fue homogenizar la expresión normativa del dolo con la culpa, y no sólo no lograron, sino que confundieron pues, al fin y al cabo, se trata de una polaridad. La culpa es en cierto modo la némesis del dolo.

Pero la piedra donde se tuerce la pala del hermeneuta, al igual que del dogmatista, se encuentra en la culpa y, en general, la culpabilidad, no dependen de sus expresiones jurídicas que, de una u otra forma, no son sino una forma, como en cambio sí del sentido social de justicia. Es decir, particularmente la culpa proviene de las entrañas sociales.

Los dogmatistas fueron de alguna forma audaces, pues renuncian a buscar el sentido de la culpabilidad en las interioridades de las normas, para abrirse paso más allá, es decir, en los límites de saturación del sistema normativo. Por decirlo más claramente, entre los principios de dicho sistema. Por ello, como corresponde a su identidad epistemológica, se dieron inicialmente a establecer los principios, para ubicar la culpabilidad en general, pero



lo que terminaron formulando fue que la culpabilidad era en sí misma un principio, lo cual corresponde a la llamada responsabilidad subjetiva, o sin serlo, no superaría una condición normativa de carácter contingente.

Como resultado, en el primer caso, la culpabilidad sigue siendo una forma jurídica a la cual el juez le da contenido. En el segundo, hay una negación sustitutiva sobre la base de una especie de presunción, pues quien está dentro del sistema debe conocer las reglas del sistema e, incumplirlas lo hace por sé responsable.

La fórmula kantiana, como se deduce con cierta facilidad, conviene a un juez que *iura novit curia* puede y debe producir la justicia a través de sus decisiones. Luego, el juicio de culpabilidad corresponde naturalmente con su condición. Hay un orden meta-jurídico que hay que restablecer, y ello sólo debe ser realizado por un experto, el mismo que protagoniza los procesos de tendencia inquisitorial.

En este punto debemos observar que el proceso fiscal, conforme lo tiene desarrollado la normativa interna colombiana, tiene más a esta concepción procesal.

En cambio, los procesos de estirpe acusatorio-adversativa se acomodan espontáneamente a la fórmula hegeliana, al fin y al cabo, no es al juez a quien corresponde el juicio de culpabilidad, cuya esencia es meta-jurídica. El juez recibe algo construido en punto a la culpabilidad, que debe completar mediante la construcción judicial de la responsabilidad. Estos procesos son bastante apropiados a contribuir al reforzamiento de las representaciones sociales que, por cierto, no dependen de él. Muy bien les viene el jurado de conciencia.

6.3.1. La fórmula kantiana

Quien convirtió la culpabilidad en fundamento de la responsabilidad sancionatoria, dándole un cierto lugar funcional y sistémico a la culpa y otro al dolo, fue Kant.

No pretenderíamos que haya sido el más grande filósofo alemán, quien primeramente formuló la culpabilidad como fundamento de la responsabilidad. Como vimos, los juristas clásicos lo intentaron y, los compiladores de Justiniano lo formularon en el Corpus Iuris Civilis. Pero quien por primera vez construyó todo un entramado dogmático, epistemológicamente objetivo, y de tal solidez que aún ahora se sigue y con mucha resistencia a un giro hacia lo hegeliano, fue definitivamente Kant.

Su empeño estaba orientado a consolidar un modelo teórico de la responsabilidad, con aptitud para servir de soporte al derecho público tanto como al derecho privado. Para ello la categorización que formuló, implícitamente compromete una sistematización de naturaleza



dogmática, no obstante haberse servido de los resultados hermenéuticos alcanzados por los juristas clásicos, en materia de derecho de las obligaciones (KANT, 1995).⁶¹

Si bien opuso el ius frente a la ética, las englobó en una misma metafísica de las costumbres, de la cual se sirvió Kant para precisar su entidad apriorística. De donde sus conclusiones resulten tan válidas al derecho penal, como a la justicia fiscal.

Al derecho lo identifica su exterioridad, en cambio a la ética todo lo contrario, (...) La legislación ética es la que no puede ser exterior -aunque los deberes pueden también ser exteriores-; la jurídica es la que también puede ser exterior (...) (1995, pp. 25).

De la metafísica de las costumbres hace parte el acto, al cual define como acción que corresponde, por un lado, con el concepto de obligación, en tanto tal, necesaria a partir de un imperativo categórico de la razón. Y por otro, del libre albedrío, implicando la contingencia derivada de la libertad del sujeto.

En sus términos, (...) A través de un acto semejante se considera al agente como *autor* del efecto, y éste, junto con la acción misma, pueden *imputársele*, cuando se conoce previamente la ley en virtud de la cual pesa sobre ellos una obligación. (...) (1995, pp. 30).

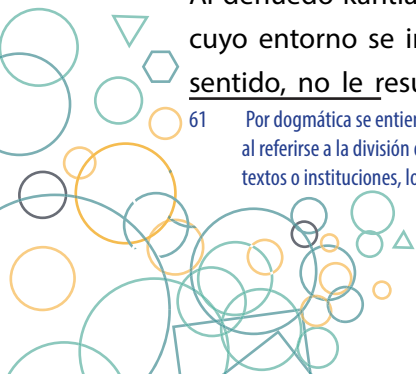
De su filosofía se extrae que el sujeto y su acción, para efectos de la imputación, constituyen una unidad inescindible. Sólo quienes tienen libre albedrío realizan acciones que completan la condición de imputabilidad. A la cual hay lugar, cuando alguien que conoce previamente la ley y es simultáneamente libre, elige realizar u omitir una acción, que legalmente debe ser obligatorio el realizarla o el evitarla. De donde, resulte imposible predicar la condición de imputable a todo aquello que carezca de libre albedrío, como las cosas precisamente.

Por otra parte, los actos son correctos o incorrectos, según que el sujeto al realizarlos u omitirlos, haya atendido o no al deber correspondiente. Si no existe tal correspondencia, es decir, si se aparta del deber, acontece la transgresión.

(...) Una transgresión *no intencionada* que, sin embargo, puede imputarse, se llama *culpa*. Una *intencionada* (es decir, la que está ligada a la conciencia de ser una transgresión) se llama *delito (dolus)* (...) (1995, pp. 30).

Al denuedo kantiano por mantenerse -como buen dogmatista- dentro del sistema jurídico, cuyo entorno se integra por el complejo sistema de principios en que se soporta y le da sentido, no le resultó suficiente el derecho para explicar la culpabilidad. Al igual que los

61 Por dogmática se entiende la metodología que integra sistemáticamente unos elementos, con fundamento en principios. Así lo entiende el filósofo al referirse a la división de los derechos personales y, la opone a la concepción empírica, es decir, a la que busca el sentido en las unidades, en los textos o instituciones, lo cual es típicamente hermenéutico.



juristas y, al igual que a Ricoeur, no quedó otra alternativa que ingresarlo al derecho como signo conceptual, pero a la hora de aplicarlo debió considerarlo en su entidad comunicativa, asociándolo como un juicio que nadie más que el juez puede realizar, en su unidad sintáctica de imputación.

Precisamente, cuando Kant especificó los sentidos que puede adquirir la imputación, señaló que sería moral, cuando se considera un (...) *juicio* por medio del cual alguien es considerado como autor (*causa libera*) de una acción, que entonces se llama *acto (factum)*, y está sometida a leyes; si el juicio lleva consigo a la vez las consecuencias jurídicas del acto, es una imputación judicial (*imputatio iudiciaria s. valida*), en caso contrario, sólo una imputación dictaminatoria (...) (1995, pp. 35).

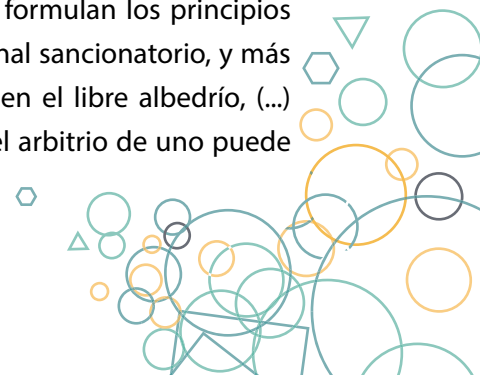
La única persona competente para hacer una imputación judicial es el juez o el tribunal, es decir, en el acto comunicacional que implica el proceso. Aquí ya no depende de la ley, sino de la sabiduría del juez, y esa sabiduría desborda con mucho lo estrictamente jurídico.

Más aún, lo que inquietó particularmente a Kant fue la relación dinámica entre culpa y consecuencia, es decir la sanción. El grado de *imputabilidad (imputabilitas)* de las acciones ha de valorarse *subjetivamente*, según la magnitud de los obstáculos que han tenido que superarse (...) cuanto menor es el obstáculo natural, y cuanto mayor es el obstáculo fundado en el deber, tanto más es imputable la infracción (como delito). (...) (1995, pp. 36).

Al fin y al cabo, una metafísica de las costumbres, por algún lado, sea a través de la moral o a través de la ética, tenía que permearse de un juicio que la ley no puede anticipar, porque depende de condiciones típicamente extra-normativas. Lo metajurídico implicado en la culpabilidad, es proveído por el juez, por ello la imputación es un juicio necesariamente jurisdiccional, pues si el grado de imputabilidad debe valorarse subjetivamente, nadie sino el juez es el encargado de otorgarle contenido al dolo y a la culpa para determinar las consecuencias.

Sobre esta base, Kant formuló la responsabilidad subjetiva y, con ello, introdujo sistemática y funcionalmente la culpabilidad al derecho penal en particular y, al derecho sancionatorio en general.

Partió del presupuesto según el cual el derecho auténtico proviene de la razón pura, como tal se ordena sistemáticamente por leyes universales, en las que se formulan los principios apriorísticos. El derecho en general, pero muy particularmente el penal sancionatorio, y más precisamente la responsabilidad aparejada como la penal, se basa en el libre albedrío, (...) Por tanto, el derecho es el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede



conciliarse con el arbitrio de otro según una ley universal de la libertad (...) Una acción es conforme a derecho cuando permite, o cuya máxima permite a la libertad del arbitrio de cada uno coexistir con la libertad de todos según una ley universal (...) (1995, pp. 39).

La responsabilidad subjetiva no es si quiera pensable sin admitir preliminarmente el libre albedrío. En efecto, la naturaleza del castigo se condiciona a la posibilidad de elegir, en el caso de la responsabilidad penal, entre lo que es lícito y lo que no es tal, lo cual es igualmente válido respecto del derecho sancionatorio en general.

De donde le haya resultado confuso, como en efecto lo es, la posición de los juristas clásicos respecto del estado de necesidad, pues para Kant no genera otra cosa que impunidad, mientras que los juristas eliminaron la reprochabilidad de la conducta (1995, pp. 46). La ausencia de culpabilidad en Kant tiene implicancias sobre la sanción, pero no elimina la acción y, por ello mismo, debe haber algún tipo de consecuencia.⁶²

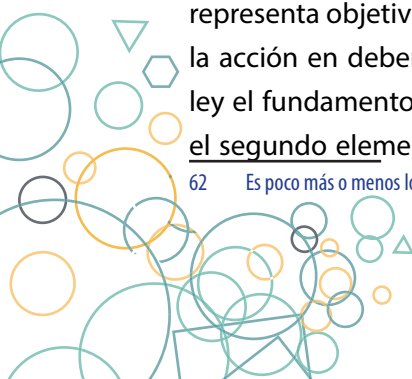
Su medición fue lo que más inquietó a Kant y, en últimas a ello se debe la introducción de la culpabilidad como fundamento de la punibilidad. De esta forma, si el llamado principio de legalidad modulaba el poder del Estado, en Kant la completitud del control sobre ese poder estaría dado por la culpabilidad (1995, pp. 166).

Lo cual no contradice, por el contrario, resulta contributivo a conservar la división entre crímenes públicos y privados, pudiendo aquéllos ser abyectos o violentos. Entre los crímenes se hayan los atentados contra la ejecución legal del presupuesto público, lo que hoy llamaríamos justicia fiscal.

Por su parte, las sanciones podían ser naturales o judiciales, según fueran implicadas por la naturaleza de la acción o no, es decir, por ejemplo, al homicida le es natural la pena de muerte, aun cuando judicialmente pueda recibir una diferente.

Kant no admitió la instrumentalización del ser humano, así que realizó la incorporación de la culpabilidad en la responsabilidad penal nada más que para determinar la pena, pero no para ejemplarizar. El grado de maldad interna determina la intensidad del castigo (1995, pp. 169), (...) Toda legislación (prescriba acciones internas o externas, y éstas, bien a priori mediante la mera razón, bien mediante el arbitrio ajeno) comprende dos elementos: primero, una ley que representa objetivamente como necesaria la acción que debe suceder, es decir, que convierte la acción en deber; segundo, un móvil que liga subjetivamente con la representación de la ley el fundamento de determinación del arbitrio para la realización de esa acción; por tanto el segundo elemento consiste en que la ley hace del deber un móvil. Por medio del primer

⁶² Es poco más o menos lo que se conocería posteriormente como efectos de la cosa juzgada penal absolutoria.



elemento la acción se representa como deber, lo cual es un conocimiento meramente teórico de la posible determinación del arbitrio, es decir, de la regla práctica; por medio del segundo, la obligación de obrar de este modo se une en el sujeto con un fundamento de determinación del arbitrio en general (...) (1995, pp. 23).

No obstante, encontró excepciones, como cuando una ley civil resulta ser benigna respecto de la penal, dándole un contenido acentuadamente kantiano al principio de favorabilidad (1995, pp. 173-174).

Pero el castigo es en sí mismo inevitable como inevitable entiende la justicia, la cual estableció como imperativo categórico (1995, pp. 167). Su entidad, intensidad o grado fue definido inicialmente por la reciprocidad derivada de la acción, mientras que la sustituibilidad podía operarse como, por ejemplo, la agresión física por la vergüenza pública, pedir perdón, incluso besando la mano de la víctima, o acaso reducir al agresor a un deshonoroso y público arresto, cuando no a trabajos forzados.

Hay un punto de contacto entre la culpabilidad jurídica y la culpabilidad social. Según Kant, el que mata invariablemente debe morir, y cualquier transigencia a instancia de la comunidad implicaría, (...) considerársele como cómplice de esta violación pública de la justicia (...) (1995, pp. 16), pese admitir la posibilidad extrema del indulto, nada más que como medida completamente necesaria para salvaguardar la unidad social (1995, pp. 170-171).

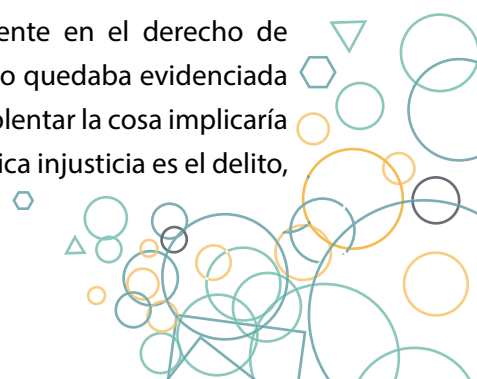
6.3.2. La disidencia hegeliana

La solidez con que el más grande filósofo alemán formuló la responsabilidad subjetiva ha implicado prácticamente su inamovilidad, tanto en lo civil como en lo penal, con algunas salvedades en derecho administrativo que, aún hoy siguen generando inquietud.

Si ha habido morigeración, ha sido más bien una especie de coqueteo respecto del modelo de responsabilidad, más que objetiva, de base no subjetiva. A ello se ha osado llamar neokantismo. Lo cual, muy seguramente, indignaría profundamente a Kant, el verdadero.

Y dicho modelo, caracterizado por desembarazarse de todo aquello que carezca de contenido jurídico, fue formulado por Hegel.

Al igual que Kant, Hegel acudió a los orígenes romanos, de tal suerte se identificó el derecho con su objeto, seguramente en consideración óptica. Específicamente en el derecho de propiedad, y en virtud de esa identidad, en la cosa objeto del derecho quedaba evidenciada la voluntad del titular. En consecuencia, conforme a su concepción, violentar la cosa implicaría inevitablemente violencia contra la voluntad del titular, (...) La auténtica injusticia es el delito,



en el cual no se respeta el derecho ni en sí como se me aparece a mí, con lo que se lesionan ambos lados, el objetivo y el subjetivo (...) (HEGEL, 1999, pp. 179).

De esta forma abrió camino al "*derecho cuya lesión es el delito*", es decir, al derecho penal, manifiesto mediante figuras típicas específicas (1999, pp. 182).

La verdadera violencia no consiste en la agresión, tanto como en el no retorno a su ser en sí, subjetivo, (...) En cuanto viviente, el hombre puede por cierto ser *sojuzgado*, es decir, puestos sus aspectos físicos y exteriores bajo la fuerza de otro. La voluntad libre, en cambio, no puede ser en sí y por sí *violentada*, sino sólo en cuanto ella misma *no retorna a sí de la exterioridad* en que se la mantiene o de su representación. Sólo se puede violentar a algo a quien *quiere dejarse violentar* (...) (1999, pp. 179).

De tal suerte, el punto esencial del delito, si bien es la violencia, no lo es en tanto considerada como proveniente del agresor, como en cuanto sufrida por el titular del derecho. Fuerza y violencia experimentada por él, es injusticia. Y la única forma de retornar a situación inicial, subjetiva, es ejerciendo una nueva violencia que, contrario a la primera, es legítima.

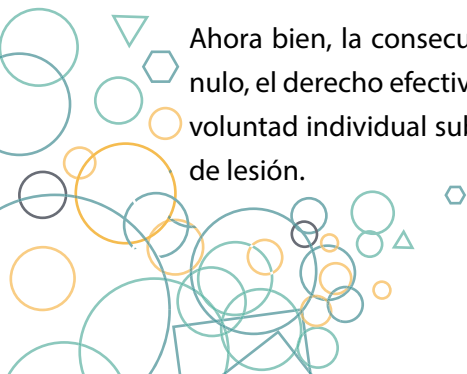
La segunda violencia es exclusiva del Estado, por lo que advierte, (...) En el Estado ya no puede haber héroes: éstos aparecen sólo en una situación de falta de cultura (...) (1999, pp. 180).

Para Hegel, a diferencia de Kant, hay un paralelismo objetivo entre moral y derecho, insuperable aún por la vía de una metafísica de las costumbres, pues (...) Las leyes del Estado no pueden, pues, pretender, extenderse al carácter de cada uno, pues en lo moral soy para mí mismo y la fuerza no tiene ningún sentido (...) (1999, pp. 181), de tal suerte únicamente la primera violencia, que es el delito, puede ocupar al derecho penal.

La voluntad puede lesionarse en su extensión cuantitativa o, en sus determinaciones cualitativas, muchas de las cuales, por ejemplo, el riesgo para la seguridad pública es inferencial, de donde no necesariamente aparezca de un daño comprobable, (...) el delito más peligroso por su característica inmediata es precisamente la lesión más peligrosa según su extensión cualitativa (...) (1999, pp. 183).

Esta consideración es la llamada a determinar la consecuencia, y esa relación es histórica, tanto así que para Hegel no son los delitos ni las penas lo que cambia, sino la relación entre unos y otros.

Ahora bien, la consecuencia es en sí misma una violencia, pero es una violencia sobre algo nulo, el derecho efectivo sucede cuando se niega esa nulidad. Solamente puede violentarse la voluntad individual subjetivada en la cosa, pues el derecho o la ley en sí no son susceptibles de lesión.



La eliminación de la negación mediante otra negación es una cuestión de justicia, irreductible a lo que han hecho los tratadistas de la sanción, como Feuerbach y acaso el mismo Kant, de sustituir un perjuicio por otro, pues no se trata de realzar el aspecto subjetivo del delincuente, sino de suprimir una injusticia, de otro modo (...) se convierte en esencial el punto de vista moral, el lado subjetivo del delito, mezclado con triviales representaciones psicológicas sobre la fuerza y atracción de los estímulos sensibles en contra de la razón, sobre la violencia psicológica y su influencia en la representación (como si ésta no fuera rebajada por la libertad a algo meramente contingente) (...) En esta discusión lo único que importa es que el delito debe ser eliminado no como la producción de un perjuicio, sino como lesión del derecho en cuanto derecho. Esta existencia es el verdadero perjuicio que hay que hacer desaparecer, y determinar dónde se encuentra es el punto esencial (...) (1999, pp. 186).

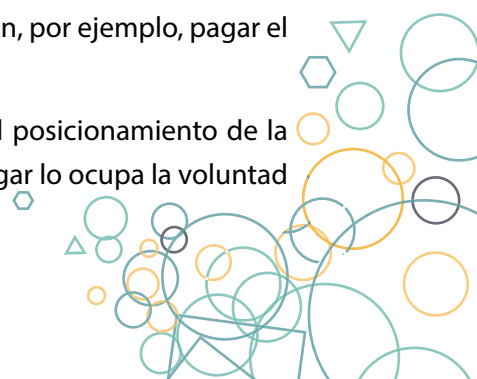
La explicación de Hegel se operó por sobre la justicia de lesionar al infractor, en el reconocimiento de su propia voluntad, ya que hace parte de su derecho el exponerse a la consecuencia, así ésta sea su propia muerte. Lo que al cabo importa es la sostenibilidad de un orden sistémicamente diseñado, (...) el Estado no es un contrato, ni su esencia sustancial es de un modo condicional la protección y la seguridad de la vida y la propiedad de los individuos singulares. Él mismo es por el contrario lo más elevado, que reivindica para sí aquella vida y propiedad y exige su sacrificio (...) (1999, pp. 187-188).

Negar la negación que es el ilícito mediante la sanción, es el único fin racional de la sanción, y si bien debe existir una relación proporcional, dicha proporcionalidad depende de su cualidad representativa, de su valor intrínseco, tal y como ocurre en los delitos que implican peligro a la seguridad pública.

De tal suerte la sanción honra al infractor como ser racional, (...) no se le concedería este honor si el concepto y la medida de la pena no se tomaran del hecho mismo, si se lo considerara como un animal dañino que hay que hacer inofensivo, o si se toma como finalidad de la pena la intimidación o la corrección (...) (1999, pp. 188).

Tal predicamento confluyó en la objetivación proporcionada por la universalidad del derecho, en tanto tal, la responsabilidad no podría depender del arbitrio, no por sabio menos subjetivo, del juez, pues no habría mayor distancia con la venganza arcaica, manifiesta en el tratamiento de los delitos privados, de los cuales se ocupaba la LDT, que implicaban, por ejemplo, pagar el valor del bien según lo declarara el agraviado, el duplo el cuádruplo.

Lo que diferencia a la justicia vindicativa de la justicia punitiva, es el posicionamiento de la voluntad subjetiva que caracteriza a aquélla, en cuanto en ésta ese lugar lo ocupa la voluntad



que busca hacerse universal y, por tanto, objetiva, lo cual conviene a un nuevo concepto de moralidad.

Como puede apreciarse, en Hegel la culpabilidad no cuenta sino como exigibilidad, lo que de forma inconscia declaró al afirmar, (...) El *derecho de la intención* es que la cualidad *universal* de la acción no es sólo *en sí*, sino además *sabida* por el agente, y por lo tanto puesta en su voluntad subjetiva. Inversamente, el derecho de la *objetividad* de la acción, como puede ser llamado, es que se la afirme como sabida y querida por el sujeto en cuanto éste es un ser *pensante*. (...) (1999, pp. 51).

6.4. CONSOLIDACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD SANCIONATORIA BASADA EN LA CULPABILIDAD

Desde que el derecho penal se consolidó como saber científico, monopolizó el derecho sancionatorio, hasta hace relativamente poco tiempo y, sin que haya concluido completamente el proceso. Por esta razón, desde el planteamiento de la culpabilidad como base de la responsabilidad, el derecho penal fue el que se ocupó de los desarrollos importantes. Posteriormente de ello se han venido sirviendo las otras manifestaciones sancionatorias, como a disciplinaria, y lo que postulamos ahora es que la justicia fiscal no sólo puede, sino que constitucionalmente tiene que servirse de dicho desarrollo, toda vez que existen bases de esa misma naturaleza para predicar que en Colombia nadie puede ser sancionado en desarrollo del proceso de control y vigilancia fiscal, sin habersele demostrado su culpabilidad.

En efecto, la relación ilícito-sanción, explicada, comunicada o vinculada mediante la culpabilidad, trajo como consecuencia que lo más característico del derecho kantiano, resulte ser el haber acogido la función retributiva de la sanción, hasta identificarse con ella.

Lo cual de una u otra forma resulta ser la contracara del humanismo del derecho. Se trata de un diseño sancionatorio pensado muy efectivamente para la negación de derechos del declarado como responsable. Se trata de la racionalización de la venganza, la institucionalización de la aflicción como método de intervención de las personas, entendiendo el sufrimiento como contraprestación por la que fue la negación de los derechos de quien sufrió las consecuencias del ilícito.

Pese a que Hegel se opuso como ninguno, a cualquier forma de encubrimiento de la venganza en términos de derecho, su fórmula paradójicamente la expresa mejor que su némesis: si a una negación agregamos otra producimos algo positivo, así se quiera justificar en que se recobra la representación social del orden alterado.

Lo que no consideraron con demasiado detenimiento Kant ni Hegel, es que la relación predominante implica que la declaración de la responsabilidad autoriza al Estado a intervenir sobre los derechos del responsable para afectarlos -se insiste negativamente, es decir minarlos, suspenderlos y hasta suprimirlos, entendiendo que las sociedades interpretan que castigar a los responsables siempre es bueno, deseable y, en fin, positivo.

No obstante, las sanciones cumplen otras funciones, pero la que resulta eidética al tipo de derecho sancionatorio acogido es la retributiva. Lo cual no es aventurado, sino que se respalda en un complejo de representaciones sociales animadas por el Estado en favor de la retribución.

Consecuencia de lo cual, sólo pueden ser culpables las personas jurídicamente capaces. Es decir, quienes pueden comprender la licitud o ilicitud de sus actos. Y, así mismo, pueden orientar su comportamiento de conformidad con su comprensión.

Acerca de la forma como se construyó este complejo signico en el cual descansa la negación de las personas asimiladas al concepto de incapaces, entre los cuales se hallan la sanción y el responsable -como persona susceptible de ser negada, encontramos que inicialmente Feuerbach fue quien se propuso sistematizar los modelos punitivos, acentuando la prevención general como efecto proveniente del castigo, cuya intensidad consideraba al sujeto como parte del hecho castigable (von FEUERBACH P., 1989).

Poco después Kant erigió la culpabilidad en el fundamento de la punibilidad, y desde entonces el denuedo de los teóricos está orientado en favor de una correlación científica entre los dos extremos, es decir, estimada la intensidad del daño debe corresponder una sanción equivalente.

La concepción psicológica de la culpabilidad se manifestó poco después en las obras de von Liszt, quien identificó la culpabilidad con la imputabilidad del autor precisamente (1929). En la misma tónica Radbruch entendió el dolo y la culpa como condiciones psicológicas del sujeto agente (1955). Y también participó de esta línea Beling para quien la culpabilidad es una relación psicológica del sujeto con el hecho (2011).

Sin lugar a dudas quien mejor y más claramente lo ha expresado fue Kant, es decir, la intensidad de la sanción conviene a la maldad interior, al sujeto condenado se lo castiga presuntamente por lo que sabía y por haberlo querido. De tal suerte, a mayor maldad interior, mayor sanción, y esto se identifica o explica como dolo. Mientras que, a menor maldad interior, menor sanción, y esto se identifica o explica como culpa.

No obstante, lo cuestionable es que eso difícilmente logra demostrarse, a un nivel estrictamente



probatorio, y siendo así lo que permite construir la sentencia en términos de retribución, es simplemente, al no haber razón que demuestre la inimputabilidad: no hay más remedio que deducir por cognición que sabía todo lo que tenía que saber y quería todo lo que tenía que querer para merecer ser castigado.

Se han intentado otras explicaciones –que no son por cierto soluciones, fue así como Goldschmidt intentó superar las manifiestas deficiencias del vínculo psicológico, pero prefirió no invocarlo al señalar que el fundamento de la sanción se halla en la infracción normativa, esto es, en el desconocimiento o, la no atención a la norma. Por lo que para los ilícitos dolosos sería derivado directamente del desacatar la norma positiva. Mientras para los culposos, en la infracción al deber objetivo de cuidado, significando la violación al acatamiento de normas no penales, incluso tipificaciones sociales (1943).

Mezger en cambio, planteó la culpabilidad como una desaprobación social de la personalidad adquirida, sobre presupuestos normativos facultativos (1957). Implicando el sentido social negativo sobre la persona del responsable. Y por ello mismo la imputabilidad y la inimputabilidad, no podían ser son significaciones de estricto contenido institucional (2006, pp. 7-17). Es decir, se trata de signos socialmente construidos para producir una cierta semiosis, esto es la experiencia social de personas capaces e incapaces.

Welzel completó la visión normativa de la culpabilidad, por cuanto la conciencia de antijuridicidad y la conducta exigible, esto es, la adecuada a la norma, pasaron a ser elementos del tipo objetivo, y en la culpabilidad no quedó sino la responsabilidad por la comisión del delito.⁶³ Por suerte que la culpabilidad permaneció en el terreno psicológico de la decisión por autocontrol de no atender al mandato de prohibición implicado en la norma –por consiguiente para ser culpable, es decir para ser responsable se precisa que la persona pueda autocontrolarse (WELZEL, La Culpabilidad, 2000).

Sean las unas o sean las otras las tendencias teóricas acogidas, de la obra de Kaufmann se desprende que todas estas concepciones se basan en el modelo kantiano de libertad y de maldad interior (KAUFMANN, Derecho, Moral e Historicidad, 2000). Y fue Wolff quien lo restauró en el Siglo XX como imperativo categórico (ZACZYK, 2010).

El dilema se encuentra en que científicamente no ha sido posible demostrar que cerebralmente exista la función de decidir libremente.

⁶³ Así, en Colombia las modalidades de la conducta punible por lo que antes eran formas de culpabilidad (art. 21 L 599/00), implica que la pena se vincula a la forma normativa, hay una pena para el dolo, otra para la culpa y otra para la preterintención. La culpabilidad se integra al principio *nulla poena sine legem*.

Con todo sigue siendo la *experiencia* –falsa o real- *de libertad*, lo que justifica ideológicamente la función preventiva de la sanción, tal y como lo reconocen entre otros Hirsch (1996).

La tendencia cobró caudal hegeliano con la obra de Jakobs, para quien el fundamento del castigo penal no proviene del autor, sino de la norma de la prevención general, por suerte que se justifica en la reafirmación de la vigencia de la norma (JAKOBS, 2003).

Entre tanto el planteamiento de Roxin estaba orientado a identificar la culpabilidad como un *máximum* o límite superior que sirve a fijar el máximo de determinación de la pena con fines preventivos, en función compensatoria de la consciencia del autor en cuanto a la ilicitud de su conducta (ROXIN, 1981).

Según Jescheck, hay una tendencia hegeliana extrema hacia la negación total de la culpabilidad, lo cual informa una reconcepción misma de la teoría del delito (JESCHECK, 2003).

Lo cierto es que en la actualidad se sigue al Tribunal Constitucional Federal (Alemania) el cual dedujo que la relación culpa con intensidad de la pena es un principio constitucional derivado del modelo Estado Social Democrático y de Derecho.⁶⁴⁻¹

La experiencia del derecho penal da cuenta que la intensidad de la pena en la mayor parte de Estados no se mide sino por extensión temporal de la prisión. Pues se trata de la pena predominante y, pese a que las normas de Naciones Unidas implican los niveles propios del sistema progresivo, en países como Colombia está muy lejos de atenderse (MOYA VARGAS, Análisis jurídico del tratamiento penitenciario, 2009).

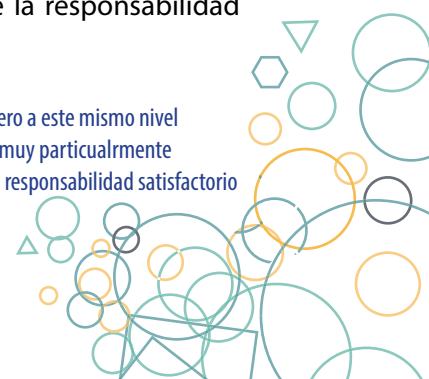
Lo cierto es que en la prisión se experimentan las mismas consecuencias sea largo o corto el tiempo de duración, y se sabe que el momento más crítico de ese daño sucede cuando comienza la ejecución de la pena, que es el inicio de la negación del sujeto confinado. Es decir, en días, semanas o años en la prisión se sufren los mismos efectos, pues suprimir los primeros días es un imposible, con el paso del tiempo la persona tiende a acomodarse a las nuevas condiciones, por lo que siempre se experimenta el rigor del castigo.

6.5. EFECTOS DE LA HEGEMONÍA KANTIANA

Hemos hallamos que de la magnífica obra jurídica de Kant surgió para la concepción sistémica más completa del derecho hasta ahora conocida, la base dogmática de la responsabilidad subjetiva (KANT, 1995).⁶⁵

64 Bundesverfassungsgericht. (2006). 20, 323, 331. Mainz.

65 No desconocemos que a nivel del derecho civil el modelo de imputación subjetiva tendría raíz clásica, pero a este mismo nivel histórico no creemos que pueda hablarse del derecho como sistema que integrase todas las expresiones, muy particularmente deficiente fue la construcción del derecho penal. Atribuimos a Kant haber formulado todo un modelo de responsabilidad satisfactorio



Desde sus fundamentos se presentó como imperativo categórico. Se trató de la existencia de una condición antepredicativa, a partir de la cual se erigía toda opción de derivación de la responsabilidad, consistente en lo que el filósofo denominó como *libertad*.⁶⁶

Postuló al respecto que para poder ser declarado responsable una persona precisa ser previamente libre, entendida la libertad como una condición *ex ante*, constituida por el poder entender y, la voluntad de optar con base en dicho entendimiento (SELMINI, 1998).

Los presupuestos en que descansa la libertad, así entendida, surgen de la posibilidad real de comprender lo perverso o bondadoso del actuar, lo cual se proyecta en un trasfondo que revela lo jurídico por oposición a lo antijurídico.

El segundo presupuesto es la condición de tener dominio de sí, entendiendo por ello que las acciones u omisiones correspondan a la voluntad de obrar mal o bien, jurídica o antijurídicamente (SCALISI, 1998).

Por consiguiente, la libertad es el efecto del encuentro entre la conciencia y la voluntad, de modo que sólo pueden ser responsables las personas libres. De aquí surgió la compleja episteme en materia de responsabilidad que enfocó la necesidad de vincular la sique de las personas a sus actos, de tal suerte que sólo cuando ese vínculo surgiera dispondría el juez del baremo para establecer no sólo la responsabilidad sino también su intensidad; y con ello la consecuencia o sanción.

De ahí proviene la estandarización del dolo en los ilícitos penales, y el excepcional vínculo en términos de culpabilidad culposa y, en su momento, preterintencional. Lo que en todo caso apareja problemas seguramente no pensados por Kant ni por los grandes teóricos, que de hecho hace muy difícil la funcionalidad de una demostración (RAGUÉS I VALLES, 2002).

Sin duda es el modelo que más ha predominado, al menos en el mundo informado por el derecho romano clásico y su sucedáneo procedente del llamado *usus modernus pandectarum*, conforme es revelado a través de la obra de Emilio Betti (BETTI, La estructura de la obligación romana y el problema de su génesis, 2015), (BETTI, Teoría general del negocio jurídico. 4

a cualquier expresión jurídica, osntruido a partir del principio de culpabilidad.

66 No se trata de una construcción sencilla y resulta mucho más aprehensible entenderla por oposición al idea que con la misma nominación poco después Hegel construyera los cimientos de lo que terminaría siendo la responsabilidad por imputación objetiva. Así, mientras Kant estimaba el derecho como una obra suprahumana, señalaba sus fundamentos como algo dado, preestablecido por un orden supremo frente al cual el hombre podría subvertirlo pero no replantearlo. Por suerte que mientras para Kant la libertad es *ex ante* el derecho, para Hegel es *ex post*, entendiendo que la libertad es el efecto der social e integrarse a una estructura que para ser en sí demanda adecuar la conducta de sus integrantes a un sistema de reglas lógicamente explicables. La libertad vista así es construida, es constituyente. Mientras que vista de la otra forma, es más bien una condición constitutiva a partir de la cual y para sí, explica la existencia de un ordo jurídico. Lo cierto es que en la iusphera la libertad siempre ha ocupado un sitial importante, aun cuando hoy día sigue siendo conceptualmente aceptada, pero ópticamente cuestionada.

estudios fundamentales, 2001), (BETTI, Teoría general del negocio jurídico, 2000), (BETTI, Le categorie civilistiche dell'interpretazione. Edizione ad uso degli studenti, 1999), (BETTI, Teoría general de las obligaciones, 1970), (BETTI, Análisis del sistema jurídico alemán; principales ideas directrices, 1967), (BETTI, Cours di droit civil comparé II : etude d'un système juridique, système du code civil Allemand, 1965).

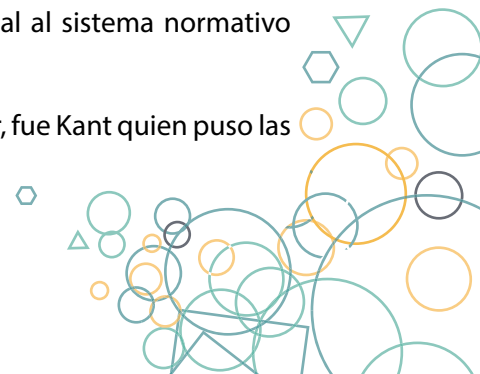
En materia penal, lo que más inquietaba a Kant era precisamente la diversificación de las sanciones, particularmente ahí donde la equivalencia asociada por una especie de ley del talión, poco o nada contribuyera a asociar racionalmente del delito y la sanción. Cuanta más conciencia y voluntad, lo que Kant llamó *maldad interior*, mayor debía ser la sanción, pues no resultaba jurídico desproporcionar los dos extremos de la ecuación de la responsabilidad (LUZÓN DOMINGO, 2004).

Herederas de la filosofía kantiana la llamada Escuela clásica edificó una concepción que asociaba la idea del dolo con la perversidad en términos morales y políticos. Así, según Carrara para que una acción pueda ser objeto de reproche (...) no basta que lo sea desde el punto de vista moral, ni que sea en sí malvado, según el precepto moral. Es menester, además, que el acto moralmente imputable a alguno como malo, sea políticamente dañoso. Esto se sigue del principio según el cual el derecho de prohibir ciertas acciones y declararlas delito, se atribuye a la autoridad social como medio de mera defensa del orden externo, y no para conseguir el perfeccionamiento interno (...) Además, el daño acarrea la acción perversa del hombre debe ser un daño social, es decir, de tal naturaleza que no se pueda con otros medios, salvo sometiendo a la represión de la ley, proveer la defensa del orden externo. Si el daño se limita al individuo, o si es reparable mediante una acción directa, el legislador excederá sus facultades si declara delito el acto que fue su causa (...) (1971, pp. 38-39).

A la discapacidad mental la designó "locura" distinguiéndola como una condición patológica que resta a la persona comprender la relación de su comportamiento con lo mandado por la norma, por lo que pueden violarla incluso sin habérselo propuesto (1971, pp. 179).

Como ya lo hemos sostenido quizás el diseño del modelo de responsabilidad subjetiva no haya sido ingeniado por el filósofo alemán (STOLFI, 1959), -al menos las referencias de los juristas clásicos vinculadas al derecho privado así lo sugieren (BONFANTE, 1929), pero sí le debemos haberle otorgado entidad dogmática y con ello, estructural al sistema normativo (LEÓN HURTADO, 1952).

Cuanto hace al derecho sancionatorio en general y, penal en particular, fue Kant quien puso las cosas en el orden y claridad que antes no había sido alcanzado.



No obstante, en derecho privado no es habitual que se refiera a Kant (LOHMANN LUCA DE TENA, 1994), pues como dijimos si bien no lo formuló, se le debe la versión dogmática, sistémica e integral, antes nada clara (GROSSO, 2011).

Sin lugar a dudas a partir de la Metafísica de las Costumbres se consolidó el modelo de responsabilidad subjetiva, con base en el cual las personas con cierto tipo de deficiencia en su capacidad de entender y de querer o bien quedan negadas en tanto tales o, al menos radicaban la responsabilidad en otros (GORDILLO CAÑAS, 1986).

Este es el fondo teórico en que se sustenta y justifica la representación técnica del “culpable”, por ello el incapaz o inimputable no es culpable, y de ahí la incomodidad que constituye para la teoría kantiana, resuelta finalmente de forma tan adversa que la reducción que sufren de su condición de persona surge de hecho por la selectiva indiferencia del derecho.

En efecto, sobre la base de poder negar la condición de persona o radicar en otros la responsabilidad,⁶⁷ es de donde proviene el discernimiento entre personas capaces e incapaces o, imputables e inimputables (WOLFGANG, 2004).

Precisamente, dijo Reyes que la responsabilidad consiste en, la (...) sujeción del agente a las consecuencias jurídicas del hecho punible cometido; una persona es penalmente responsable cuando ha realizado (un) hecho delictivo o contravencional; ahora bien, si tal sujeto es imputable se le impondrá pena y si es inimputable, se le aplicará la medida de seguridad. Dedúcese de este planteamiento que en nuestro derecho positivo imputables e inimputables son penalmente responsables, puesto que ambos están sujetos a las consecuencias legales del hecho punible cometido, no importa que el primer caso se les aplique pena y en el segundo medida asegurativa. Resulta así evidente que responsabilidad e imputabilidad son fenómenos diversos que no se excluyen entre sí (...) (REYES ECHANDÍA, 2000, pp. 192).

La distinción entre imputables e inimputables no compromete el que puedan ser responsables, pero sí las consecuencias de dicha responsabilidad, la incapacidad de comprender estar yendo contra la norma es lo que hace de una persona inimputable.

En apoyo afirmó Fernández, (...) A nadie resulta extraño, tampoco, en el actual estado de la teoría del delito, que los inimputables sean capaces de realizar un tipo de injusto, es decir, sean capaces de acción, capaces de tipo (como diría el Dr. CARLOS JARAMILLO “realizadores del tipo”) y capaces de antijuricidad. Las acciones de los inimputables pueden ser injustas; prueba

⁶⁷ Lo cual corresponde con la vicisitud procesal que facultaba la producción de sentencias con transposición de personas. Según esto uno era el demandado, pero otro era el condenado. Por ejemplo, cuando un esclavo hacía un daño, el demandante lo refería en la fórmula, pero requería la condena del dueño.

evidentísima de ello es que contra la acción de un inimputable (enajenado mental, menor de edad), cabe la legítima defensa y la legítima defensa no cabe sino contra una agresión injusta; luego, si los inimputables no actuaran antijurídicamente, contra sus actos no habría posibilidad de legítima defensa. Porque si se llegara a la conclusión de que solo la conducta de los imputables importa, entonces los inimputables quedaría por fuera del derecho penal. ¿Con base en que se someten, entonces, a una medida de seguridad? Claro que en la comisión, en la realización, dice muy técnicamente el código, *de una acción* o una omisión prevista como punible, es decir, de un delito o una contravención. Para eludir la responsabilidad objetiva de los inimputables, los alemanes, que definieron la imputabilidad como capacidad de culpabilidad y excluyeron a los inimputables de la culpabilidad, se inventaron la teoría del *dolus naturalis*, el dolo natural, el dolo sin la consecuencia de la ilicitud (...) (FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, 1994, pp. 143-144).

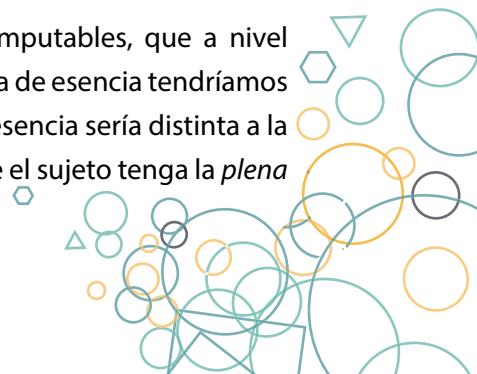
Así, la teoría de cuño kantiano erigió la capacidad como condición de imputabilidad (WEEZEL, 2011), por suerte que quien se encuentre al momento de cometer su acto ilícito en incapacidad de comprender su ilicitud o, entendiéndola no pueda adecuar su comportamiento, es considerado incapaz, con ello inimputable y por lo mismo, no es susceptible de un juicio de culpabilidad -lo que en derecho civil equivale a la transposición de personas (FEDELE, 1943), o como suele decirse en derecho penal, la persona es *inimputable* (von FEUERBACH, 1989). Las consecuencias de su actuar típico y antijurídico son sustancialmente distintas a las de imputables, pues serán merecedores de medidas de seguridad.

En esta versión, culpabilidad y voluntad son términos interdependientes, por suerte que sólo quienes la poseen pueden ser culpables (WELZEL, Derecho Penal Alemán. Parte general, 1997).

En criterio de Velásquez la culpabilidad implica que libre y voluntariamente el individuo se disponga hacia la realización de una conducta ilícita, de donde surja la facultad por parte del Estado de sancionar al transgresor (VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, 2014).

Según Muñoz, en la culpabilidad, (...) se encuentran las facultades psíquicas del autor (la llamada imputabilidad o capacidad de culpabilidad), el conocimiento por parte del autor del carácter prohibido de su acción u omisión y la exigibilidad de un comportamiento distinto (...) (MUÑOZ CONDE, 2013, pp. 123).

Agregó Fernández, (...) La diferencia, pues, entre imputables e inimputables, que a nivel ontológico es de grado (y si no fuera de grado sería de esencia y si fuera de esencia tendríamos que concluir que los inimputables no son seres humanos, porque su esencia sería distinta a la nuestra), estriba en que, cuando se trata de penas, exige el código que el sujeto tenga la *plena*



capacidad de esa advertencia y cuando se trata de medidas de seguridad se contesta con una *deficiente* capacidad de comprensión. Esto nos indica que inimputabilidad no es, en este articulado, presupuesto de la culpabilidad, sino de la pena (...) (FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, 1994, pp. 139).

El autor acierta a señalar cómo la existencia de una doble definición de delito, conforme con las cuales para inimputables se trata de un comportamiento típico, antijurídico y culpable, mientras que para inimputables no es sino conducta típica y antijurídica, no fundamenta realmente una base de responsabilidad, sino el pretexto penal para intervenir a la persona, es decir se trata de poderlo castigar sin satisfacer el concepto de responsabilidad. El cambio la nominación *medida de seguridad por penas*, lejos de protegerlos en términos reales no logra sino agudizar el sentido represivo y retributivo del derecho penal, (...) Decir que las medidas de seguridad son un recurso administrativo, no resuelve el problema. Porque los recursos administrativos, aunque sean dispensados por el juez penal, también son recursos jurídicos y representan sanciones jurídicas para los responsables. Claro que la mejor manera de eliminar la responsabilidad objetiva de los inimputables, es eliminar la responsabilidad penal de los inimputables. Pero como esto no fue lo que hizo el código y como está prohibida la responsabilidad objetiva, no queda otra salida que admitir la responsabilidad subjetiva de los inimputables. Responsabilidad subjetiva y culpabilidad son exactamente lo mismo. Responsabilidad subjetiva o por la culpabilidad, es un concepto que resiste los dos tipos de responsabilidad: por los hechos de autor imputable y reprochable, y por los del que no es imputable (...) (FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, 1994, pp. 141).

Como es comúnmente reconocido, una de las fuentes de inimputabilidad más señaladas son las disfunciones físicas, psíquicas o mentales, fruto de lesiones o enfermedades (URRUELA MORA, 2004).

Luego, podemos afirmar que la situación de discapacidad que apareja los efectos anotados jurídicamente implican la incapacidad o inimputabilidad (MEZGER, La imputabilidad., 2006), y con ello un tratamiento jurídico diferencial, cuya orientación declarada está dirigida más hacia la protección de la persona que a una discriminación, pero paradójicamente para poder lograr ese efecto de lo primero que se valieron fue de la negación misma de la persona,⁶⁸ consiste en la disminución de la condición de persona y con ello, una menos exigente demanda de exactitud y demostración de responsabilidad, como consecuencia castigos que como se sabe resultan mucho más agresivos en la práctica (MUÑOZ CONDE, La imputabilidad desde el punto de vista médico y jurídico penal, 1988).

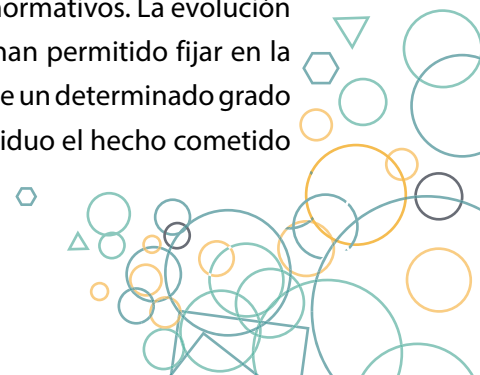
⁶⁸ Resaltamos que a nuestro juicio el derecho penal no excluye a las personas con discapacidad, sino que les reduce su condición de persona.

Ahora bien, la opción kantiana evidencia unas ventajas importantes, bastante satisfactorias al tipo de representación social que discierne entre personas buenas y personas malas, siendo éstas las que merecen que el Estado se cierna sobre ellas de forma más violenta. Y con respecto a los inimputables, no es menos correspondiente, pues le sirve a la sociedad para no verse a sí misma cruel, sino por el contrario acogedora con los desprotegidos y hasta dadivosa con quienes precisan de su piedad.

Muñoz expresó la idea de una forma bastante clara, bien que su terreno epistemológico no ha sido el semiótico, hizo consideraciones afines que lo llevaron a sostener, (...) También fuera del derecho penal se emplean expresiones como “tener la culpa”, “echar la culpa”, “sentirse culpable”, etc., que reflejan un sentido parecido, aunque con distinta terminología, al que se da al concepto de “culpabilidad” en derecho penal. Efectivamente, cuando se dice que “alguien tiene la culpa” o que es “culpable de algo” se está aludiendo a la responsabilidad por la realización de un hecho desaprobado. Incluso psicológicamente, la “culpa” como sentimiento es siempre muestra de un pesar por el mal cometido. Antes que la culpa, objetiva o subjetiva, hay, pues, una desaprobación previa de algo que se ha realizado y que no se debería haber realizado, o de algo que no se ha realizado, debiendo haberse realizado. En derecho penal se emplea la expresión “culpabilidad” como el conjunto de condiciones que permite declarar a alguien como culpable o responsable de un delito (...) (MUÑOZ CONDE, Teoría General del Delito, 2013, pp. 119).

Es decir, el sentido social precede al más austero estimado técnico de la responsabilidad basada en la culpabilidad. Lo que es tanto como afirmar, primero es necesario ser socialmente culpable.

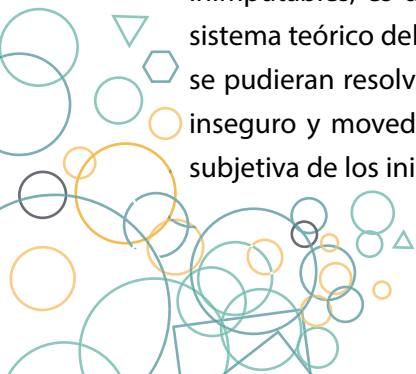
Al desconocer este aspecto, esencial a la responsabilidad sancionatoria, la teoría kantiana a un nivel praxiológico cae en la oscuridad. Así lo expresó Muñoz, (...) (...) La norma penal se dirige a individuos capaces de motivarse en su comportamiento por los mandatos normativos. Lo importante no es que el individuo pueda elegir entre varios haceres posibles; lo importante es que la norma penal le motiva con sus mandatos y prohibiciones para que se abstenga de realizar uno de esos varios haceres posibles, que es precisamente el que la norma prohíbe con la amenaza de una pena. A partir de un determinado desarrollo mental, biológico y cultural del individuo, se espera que este pueda motivarse por los mandatos normativos. La evolución cultural y los conocimientos sociológicos, psicológicos y biológicos han permitido fijar en la legislación unos criterios para determinar los casos en los que, a partir de un determinado grado de desarrollo biológico, psíquico y cultural, es posible atribuir al individuo el hecho cometido



y hacerle responsable del mismo. El fundamento común a estos criterios que englobamos en el concepto de culpabilidad se encuentra, por tanto, en aquellas facultades que permiten al ser humano participar con sus semejantes, en condiciones de igualdad, en una vida en común pacífica y justamente organizada. La “motivabilidad”, la capacidad para reaccionar frente a las exigencias normativas es, según creemos, la facultad humana fundamental que, unida a otras (inteligencia, afectividad, etc.), permite la atribución de una acción a un sujeto y, en consecuencia, la exigencia de responsabilidad por la acción por él cometida. Cualquier alteración importante de esa facultad –cualquiera que sea el origen de la misma- deberá determinar la exclusión o, si no es tan importante, la atenuación de la culpabilidad. En estos casos, la tarea del Estado social y democrático de derecho no consiste en castigar a los que no están en posición de poder participar en condiciones de igualdad en la configuración de la vida social, sino en promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica y social (art. 9,2 de la Constitución). En una democracia que aspira a ser verdadera y real es necesario desarrollar también un concepto de culpabilidad material, y no puramente formal. Igual que no es suficiente el reconocimiento formal de unos derechos fundamentales si estos careen de contenido (si la mayoría de la población es analfabeta, ¿de qué le sirve el derecho a la información?), tampoco puede ser suficiente, para constatar la culpabilidad de un individuo por el hecho cometido que este haya podido obrar en teoría de una manera distinta a como lo hizo, si no se analizan las razones para entender por qué actuó de una determinada manera y no de otra (...) (2013, pp. 125-126).

Al punto es difícil no sólo una satisfactoria demostración del dolo (MORA NARVÁEZ, 2012), sino el ser o no capaz de entender y adecuar el comportamiento a dicha comprensión, lo cual se resuelve en tramitarlo como algo que opera por cognición más que por indagación, por lo que la demostración termina siendo minimizada y la deducción a instancia del juez o, a quien corresponda declarar la condición de inimputable, maximizada en sustitución de lo que la ciencia difícilmente puede acreditar de forma verificable.

Precisamente, (...) los problemas sistemáticos que plantea la responsabilidad penal de los inimputables, es decir, deja a la teoría jurídica de las medidas de seguridad por fuera del sistema teórico del delito, con algo de candor, como si no existieran, o como si sus problemas se pudieran resolver intuitivamente y caso por caso en un plano pre-dogmático y por ende inseguro y movedizo. Esa primera vía no logra resolver armónicamente la responsabilidad subjetiva de los inimputables, escamoteando el problema con la exigencia de una acusación



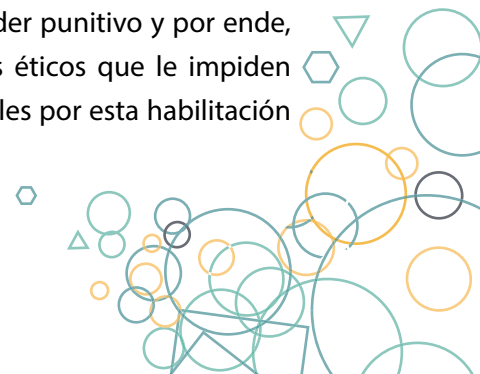
síquica entre la enfermedad y el delito (...) causación que de existir, en el mejor de los casos es indemostrable; presuponiendo una separación ontológica entre imputables e inimputables, de tal alcance que los primeros, y solamente ellos, pueden ser culpables, porque únicamente a ellos les es dado vivir en el reino histórico de la libertad, en tanto que los segundos serían, como dice BETTIOL, “fragmentos de la naturaleza tarada” (...) entes marginados de la historia, privados de la libertad, carentes de voluntad final, incapaces de toda valoración, inidóneos para cometer delitos. (...) (FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, 1995, pp.: 198-199).

Dicha fundamentación no es la única que sirve de piso a una cierta versión de la responsabilidad jurídica, como lo sostuvimos, y sus deficiencias han entreabierto la puerta en favor de la opción paralela que fue precisamente la pensada por Hegel, en donde el conocimiento y la voluntad, es decir el dolo y la culpa no son más que condiciones normativas que sirven para concretar la imputación, mientras que cuanto tiene que ver con las personas, dado su rol social, se atiende que tanto se atuvieron a las reglas que lo regulan, y si crearon un riesgo antijurídico controlable o no, y si ello se concretó en un daño penalmente relevante (REYES ALVARADO, 2005).

Tendencia que resulta al menos teóricamente más favorable al tender a atenuar el paralelismo entre personas imputables e inimputables. Al reconocer la discapacidad cognitiva, los roles atribuidos deben ser correspondientes, lo que no conlleva a que sean menos importantes socialmente hablando, y el resquebrajamiento de las expectativas sociales respectivas, implican o pueden implicar la responsabilidad sin importar otro tipo de consideración (OSPINA RAMÍREZ, 2010).

De donde la capacidad de controlarse a sí mismo sea el elemento de la culpabilidad (ROXIN, 1981).

Al fin y al cabo, el inimputable es entendido como construcción social y con ello las consecuencias de sus actos. Tal y como lo dijera Zafaroni, (...) comprobada la existencia de un delito, corresponde requerir de la agencia judicial la habilitación de cierto poder punitivo sobre la persona identificada como su sujeto activo. Frente a este requerimiento la agencia tiene la posibilidad de proporcionar una respuesta punitiva (posibilidad de responder o responsabilidad). Al responder con la habilitación del poder punitivo, la agencia judicial se hace responsable por la criminalización del agente. En la perspectiva reductora que se viene desarrollando, se produce una inversión del planteo de responsabilidad: responsable es el estado que, a través de la agencia judicial, responde habilitando poder punitivo y por ende, en términos jurídicos que presuponen los correspondientes límites éticos que le impiden habilitar un poder punitivo intolerablemente irracional es responsables por esta habilitación (...) (2002, pp. 875).



Habiendo “incapaces sanos y capaces enfermos” (ESTRADA SALTOS, 2014), sólo cuando la incapacidad es de tal envergadura que inhabilita la incursión de la agencia judicial, hay propiamente inimputabilidad (ZAFARONI, 2002).

No pondríamos entre dicho que la culpabilidad en tanto concepto es una creación jurídica, así como también los son la responsabilidad, la imputabilidad y la inimputabilidad. Es decir, son signos, hechos institucionales. (...) La culpabilidad no es un fenómeno individual sino social. No es una cualidad de la conducta sino una característica que se le atribuye para poder imputársela a alguien como su autor y hacerle responder por ella.

Es, pues, la sociedad o mejor su Estado representante, producto de la correlación de fuerzas sociales existentes en un momento histórico determinado, quien define los límites de lo culpable y de lo no culpable, de la libertad y de la no libertad.

De ahí se deriva que el concepto de culpabilidad tiene un fundamento social, antes que psicológico, y que no es una categoría abstracta o ahistórica al margen o incluso, como algunos creen, contraria a las finalidades preventivas del derecho penal, sino la culminación de todo un proceso de elaboración conceptual destinado a explicar por qué y para qué, en un momento histórico determinado, se recurre a un medio defensivo de la sociedad tan grave como la pena y en qué medida debe hacerse uso de ese medio (...) (MUÑOZ CONDE, Teoría General del Delito, 2013, pp. 123).

188

Pero que se trate de signos no puede hacer perder de vista que, en tanto hechos institucionales, *son* a condición de la vigencia de la creencia social en que descansan. Es decir, la representatividad propia del signo no se satisface porque el derecho los declare como tal, aquí no tienen lugar las transferencias en cuanto a la entidad de verdad del signo.

Es aquí en donde juega un papel determinante la sociedad, pues lo que Searle llamó *creencia social*, que es lo que llamamos nosotros *sentido de justicia*, tiene que sostener el signo, y lo que deducimos es que el derecho sancionatorio a través de la construcción sintagmática de los inimputables, lo que hace es otorgarle entidad institucional a un cierto sentido social de justicia que señala la necesidad de reducir la condición de persona a quienes tiene discapacidad cognitiva.

Esto para poder intervenirlos con mayor violencia, sobre la base aparente de protegerlos, lo que hace es realmente protegerse de ellos, y trae rabiosamente todos aquellos casos en que no pudo reducirlos por la vía penal, como eventos de verdaderas bestias, en otro tiempo bárbaros, respecto de quienes no queda otra vía que la autocomposición (El Tiempo, 2019).

6.6. CONCRECIÓN DE UN ABORDAJE SEMIÓTICO Y SU INFLUENCIA SOBRE LA JUSTICIA FISCAL

La responsabilidad es tal vez el signo más distinguido en todo el sistema en que reposan las relaciones entre los individuos de una comunidad. Aun cuando podría decirse que corresponde al derecho, la semiótica se ha encargado de evidenciar que existe una especie de intercambio entre la comunidad en general, y los espacios sociales especializados, entre los que se encuentran el derecho, efectivamente, pero también otros estrechamente ligados como el del control y vigilancia fiscal.

El punto de contacto o sinapsis específica es la justicia. En unos casos, la justicia penal, por ejemplo, en otros, la justicia fiscal. Aun cuando muy recurrentemente fusionadas, emergiendo como un mismo espectro.

Sin duda la responsabilidad es un signo de naturaleza conceptual, vinculado a otros mediante los cuales se logra su semiotización. Es decir, la operación de su función representativa, forjando la construcción específica de realidad social que le corresponde. Es, en palabras de Peirce, correspondería a un *interpretante*. Lo que la teoría general identifica como *polisigno*, es decir, un signo hecho de otros signos.

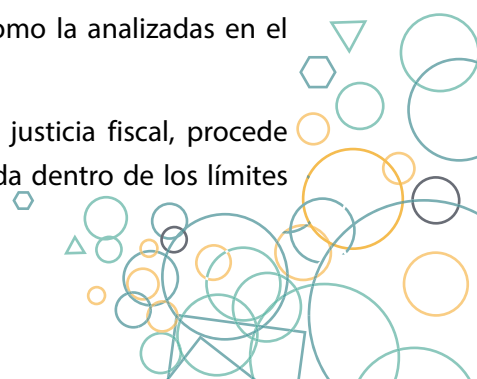
El signo tributario de este efecto -respecto de la responsabilidad, es por antonomasia, la culpabilidad. Surgiendo de ello la llamada responsabilidad subjetiva que, como hemos verificado normativamente, caracteriza a todo el derecho sancionatorio colombiano, en particular el correspondiente a la justicia fiscal.

No obstante, la teoría de respaldo no ha generado los presupuestos de la culpabilidad fiscal, dando paso a la ausencia de una orientación específica al respecto, con el riesgo de acudir a mecanismo de justicia basados en responsabilidad objetiva. Esto es, derivada de una relación sujeto-daño, resuelta nada más que a partir de verificar la existencia del daño, sin que se considere la voluntad y la comprensión de la persona.

Precisamente lo que arroja esta investigación, son los presupuestos teóricos de la culpabilidad fiscal. La cual, semióticamente, es una construcción tanto jurídica como social.

Por ello, uno de los resultados investigativos ha sido una reconstrucción histórica de la culpabilidad, que sirva de fundamento de análisis de las normas como la analizadas en el primer aparte de texto actual.

De donde podamos predicar que, en cuanto tiene que ver con la justicia fiscal, procede de la misma fuente. Es decir, la culpabilidad fiscal debe ser entendida dentro de los límites



epistemológicos implicados en el sistema de signos que proceden de la estructura del derecho clásico. Sin duda sistémicamente en sus inicios conforme con el campo de la responsabilidad privada o de lo que hoy llamaríamos *derecho privado*, y a partir de los trabajos dogmáticos de Kant y de Hegel, mediante los cuales se generalizó hasta cubrir todo el derecho privado y el derecho público, muy acentuadamente el derecho sancionatorio.

El mismo que empezó a adquirir distinción científica justamente cuando se dispuso a la busca de un fundamento epistemológicamente objetivo al castigo social. La ciencia penal, como principal expresión del derecho sancionatorio, estaría inaugurada en tal perspectiva con los trabajos de Paul Johann Anselm von Feuerbach, en cuyo empeño se propuso sistematizar los modelos punitivos, acentuando la prevención general como efecto proveniente del castigo, cuya intensidad consideraba al sujeto como parte del hecho castigable.

El tratamiento hermenéutico concluyó en la muy conocida taxonomía normativa de la culpa. Facilitada sin lugar a duda por la epistemología de base cristiana que, posteriormente fue sofisticada con su identitario aristotélico, conocido comúnmente como escolástica.

Las cosas se dieron muy afortunadas para que la dogmática se apropiara de la culpabilidad, y los resultados son notorios. Fruto de lo cual existen actualmente tres posibilidades a la culpabilidad, ya que manteniendo o no necesariamente, su condición de principalidad, se la reconoce como presupuesto de responsabilidad (art. 9 L. 599/00), como condición de punibilidad (art. 12 L. 599/00) o, como criterio de dosificación: (art. 34 inc. 2º y 55-61 – contradictorio L. 599/00).

En Colombia la ausencia de culpabilidad implica la improcedencia de la sanción, por ello el comportamiento de la persona incapaz, adquiere una definición paralela respecto de su conducta. No obstante, es de advertirse que la posición más defendida es la del Tribunal Constitucional Federal de Alemania, el cual dedujo tratarse de un principio constitucional del modelo Estado Social Democrático y de Derecho (Bundesverfassungsgericht, 2006).

Tras modular la conducta punible por lo que antes eran formas de culpabilidad (art. 21 L. 599/00), la ley penal colombiana implicó una vinculación entre la pena y la forma normativa. Hay una pena para el dolo, otra para la culpa y otra para la preterintención. De tal forma, la culpabilidad se integra al principio *nulla poena sine legem*.

Lo cual identifica así mismo a la responsabilidad derivada del ejercicio del control y vigilancia fiscal. No sólo porque así se deriva de a Constitución Política, sino porque, el artículo 5 de la Ley 610 de 2000, prescribió que el primer elemento de la responsabilidad fiscal es la demostración

de una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal.

Sin embargo, pese a las transfiguraciones de la culpabilidad, sigue siendo un asunto jurisdiccional que, al cabo, termina adquiriendo contenido a instancia de la labor del juzgador, tanto en lo penal como en lo fiscal.⁶⁹ El asunto, como se dijo es, ¿cuál es el origen de ese contenido? Y lo que halla la semiótica es que es fruto del sentido social de justicia.

Es en este punto donde la semiótica interviene. Para empezar, la semiótica reconoce el protagonismo social en materia de justicia. Por ello, es la sociedad la que da contenido a la culpabilidad.

Seguramente pueda ser una respuesta que molesta por igual a hermeneutas y dogmatistas, al sospechar del conocimiento social en materia de responsabilidad en particular, y de justicia en general.

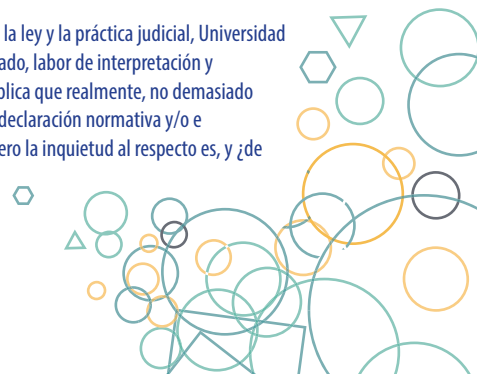
Para explicarlo, lo primero es retornar a lo que la semiótica reconoce como entorno, trasfondo, habitus o *instinto de juridicidad* y, así mismo, la *transvaloración* o *individuación* y, los actos *metalocucionarios*.

Todo sucede en la *iusphera*, esto es, donde, entre otros, al semiotizar los signos y ejercer los actos de habla pertinentes, se produce un proceso de apropiación social de las instituciones, para hacer que ellas cumplan sus propias funciones sistémicamente, es decir, integradas a las restantes instituciones, en favor de la identidad y la funcionalidad de la estructura social.

La *iusphera* es la sociedad en su dimensión de justicia, allí donde se cumplen las funciones dispuestas a favor del sentido social de justicia que una sociedad en particular produce. Si la justicia es una de las tomas de situación mediante las cuales la sociedad hace presa del mundo, esto sucede dentro de una abstracción semiótica que llamamos así.

Precisamente la semiótica de la justicia destaca que una sociedad tiene cuerpo jurídico en la dimensión que le es propia. Se hace manifiesta a través de una de sus más complejas operaciones consistente en crear su propio sentido de justicia. Para que ello sea posible se precisa de un conjunto de capacidades de trasfondo, que hacen posible el cumplimiento de las funciones de la justicia o del derecho, si así se prefiere, y dadas hacen posible el *ser jurídico*, es decir el ser que procede conforme a un horizonte de sentido constituido por su propia

69 En MOYA VARGAS Manuel Fernando (2007). Los Fallos Penales por Inasistencia Alimentaria. Un desfase entre la ley y la práctica judicial, Universidad Santo Tomás. Bogotá, Colombia, el fenómeno es claramente evidenciado. Los jueces al realizar lo que es llamado, labor de interpretación y valoración probatoria, lo que fuerzan es el contenido mismo de la culpabilidad en casos concretos. Lo que implica que realmente, no demasiado lo que los dogmatistas lograron en comparación con los hermeneutas. La culpabilidad, no obstante alcanzar declaración normativa y/o e principalidad, es una especie de hoyo negro. Los jueces la completan en canto a su contenido, como se dijo. Pero la inquietud al respecto es, y ¿de dónde se extrae ese contenido?



versión de la justicia.

De ahí la familiaridad de los términos empleados: habitus –propio de la teoría de los campos, trasfondo –de la filosofía del lenguaje, entorno –conforme al uso que la sociología hace de él, o *instinto de juridicidad* que es el acuñado en la semiótica de la justicia.

La misma condición que explica la coexistencia de dos órdenes sociales en la versión tradicional del llamado derecho romano, esto es el paralelismo *ius* y *fas*.

El instinto de juridicidad es la condición inmanente que hace posible la dimensión jurídica de la sociedad. Por ello mismo es que desafía y cuestiona la teoría de los campos, pues encuentra verificable la exploración bourdiana, nada más que en el espacio judicial, que es lo que el sociólogo francés llamó *campo jurídico*. Entre otras consecuencias deriva la semiótica de la justicia, que el derecho no es obra de los técnicos, sino que su función se contrae a las propuestas o a las especificaciones, producto del instinto social de justicia.

La sociedad concursa toda a la producción del sentido de justicia, no a la manera de la idealidad de un contrato social, sino de unas prácticas comunicativas a través de las cuales crea su sentido de justicia, lo transmite y lo retransmite.

192

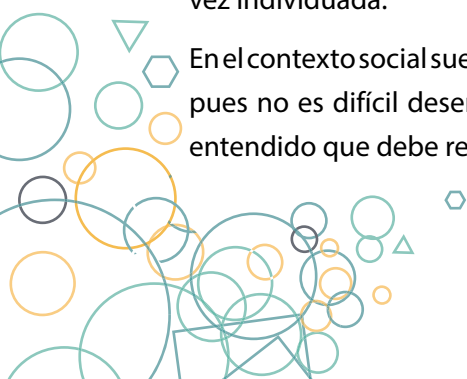
En dichos procesos precisamente pone a prueba las propuestas de los técnicos, quienes formulan las instituciones jurídicas, traídas o no de otras experiencias, y la sociedad lo que hace es someterlas a su instinto de juridicidad para ajustarlas a él o rechazarlas.

A este último proceso es lo que llamamos transvaloración o individuación social de las instituciones. Dado que, frente a una institución, una comunidad de hablantes no se neutraliza o deja de ser ella, sino que juega con la institución, y sólo a partir de una especie de ajuste, hará de ésta su propia versión, o la repudiará de su *iusphera*.

La institución enerva el instinto de justicia y por ello siempre hará algo de la institución, algo propio, para hacer de la institución *su institución*.

Lo que nos preguntamos en esta ocasión es qué hace una sociedad con la institución de la culpabilidad, más precisamente de la culpabilidad fiscal. Conforme a su proceso de individuación qué implicancias compromete el ponerle su sello de propiedad, qué queda una vez individuada.

En el contexto social suele usarse como sinónimos las expresiones *culpabilidad* y *responsabilidad*, pues no es difícil desentrañar el vínculo que subyace al decir que alguien es *culpable*, en el entendido que debe responder.



Y es probable que dicho uso se haya enquistado aún más como consecuencia de la oposición que se formula en los medios de comunicación entre *culpable* ó *inocente* (MOYA VARGAS, Sentido de Justicia y Proceso Penal, 2018). Pues es muy frecuente tal dicotomía en películas y en programas televisivos en que se representan causas, frecuentemente penales, entre las que suelen ser asociadas las correspondientes al control y vigilancia fiscal. En éstos el señalamiento del *culpable* equivale al del condenado o condenable.

Esa denotación no parece agotarse sin embargo en lo técnico o, por mejor decir, en su vínculo con la justicia, pues el remanente moral o si se prefiere, teológico redunda con tanta fuerza como lo propiamente jurídico.

De hecho, no es difícil hallar su rastro en textos sagrados, tal como sucede en Levítico 5, 1, (...) *Si alguien es llamado a declarar como testigo de algo que vio o escuchó, y se niega a declarar, comete un pecado y debe cargar con la culpa* (...) El mismo texto asocia a la culpa la impureza sumada al conocimiento, el error de juramento sobrevenido el conocimiento, y debe haber expiación mediante la penitencia.

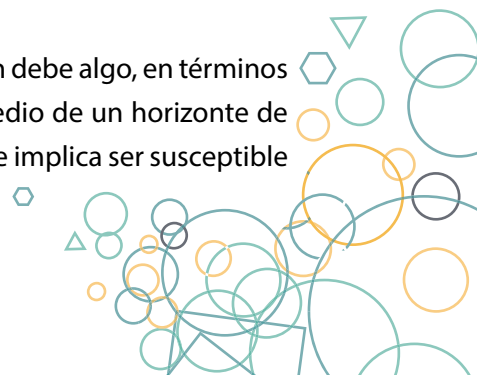
Al fin y al cabo, la incomodidad de Herodes respecto del maestro de Nazaret fue, precisamente, no haber hallado *culpa* alguna en él. Dicha asociación se aproxima bastante a la significación de la culpabilidad, por lo menos en la historia decimonónica del derecho sancionatorio.

Aun cuando a partir del verso 14 del mismo texto, se propicia una asociación entre pecado involuntario y ser culpable de fraude, caso en el cual, es decir, en quien concurren las dos condiciones, debe igualmente expiar su culpa.

Es muy probable que al menos en las sociedades culturizadas a partir de este tipo de presupuesto –la sociedad iberoamericana es la muestra destacada de la culturización cristiana, hayan incorporado la culpa como signo de responsabilidad, más por la ruta religiosa que por la técnica y, acaso la jurídica haya sucedido a la religiosa, y con ello cargado de la significación originalmente aportada.

Y tal vez sea esta la ruta más objetiva –epistemológicamente hablando, para entender el uso social con denotación justificativa o excluyente de responsabilidad de quien, al perder control sobre su feudo intencional, produce efectos reprochables no estimados en la cobertura de su conciencia: *fue sin culpa*.

La culpabilidad es un signo social que representa la condición de quien debe algo, en términos de castigo. Quien carga con la mácula de culpabilidad se halla en medio de un horizonte de sentido en donde la expiación es la única salida. De hecho, ser culpable implica ser susceptible



de castigo, y la burla del castigo puede librarlo de la situación estrictamente humana, pero difícilmente se libra de la ira de los dioses. Nada puede resignificar al culpable como el castigo.

Con todo, el uso social del signo *culpabilidad*, conviene tanto a quienes por su propia maldad deben responder, como aquellos que por torpeza o por mala ventura, se encontrarán en situación similar. Es tan culpable el delincuente y el pecador, como aquel quien por la culpa de otro es así mismo responsable, como por ejemplo el padre del hijo delincuente o pecador. Desde este punto de vista, se puede ser culpable sin mayor distancia de la condición de víctima.

Pero así sea por abducción, el uso social del signo culpabilidad, descansa en un sistema de relaciones, pues no se es culpable *per se* ni *en sí*. Sino que se es culpable de cara a una prohibición y con respecto a alguien, pero hay una autoridad ante la cual se debe responder. La relación sistémica siempre describe los siguientes elementos actanciales:

- a. Un mandato de prohibición (P)
- b. Un efecto de no observar la prohibición (X)
- c. Un agente susceptible de ser resignificado negativamente (A)
- d. Una autoridad social (V)
- e. La resignificación fruto de la declaratoria de culpabilidad (C=A-)
- f. La resignificación fruto del sufrimiento producido por el castigo (A+)

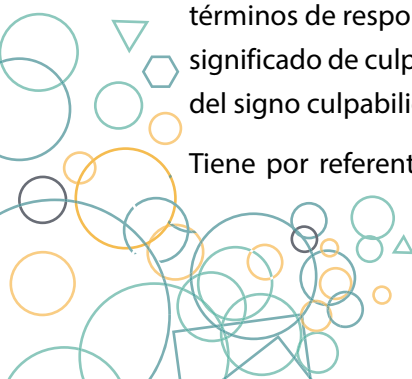
Las funciones distinguidas son: si (A) incumple (P), conlleva (X), lo cual por decisión de (V) se convierte en (C=A-), lo que superará volviéndose (A+).

Sin duda la función más contundente es la de (C=A-), se observa así que la culpabilidad es un signo puesto que incorpora una carga significativa de consideración, socialmente hablando, que funciona por referencia.

Efectivamente cumple la función X cuenta como Y en C, es decir como todo signo constituye un hecho institucional, puesto que quien es declarado culpable adquiere una significación de la cual antes carecía, consistente en adquirir el significado *del responsable*.

Para estos efectos, (A) es un hecho bruto en cuanto ser humano que poco o nada significa en términos de responsabilidad, pero mediante el proceso de asignación de sentido, adquiere el significado de culpable, es decir, de responsable. A partir de entonces, él mismo es el *estímulo* del signo culpabilidad.

Tiene por referente *el que hizo (P)*, y su apremio es el desafío de sujetarse al castigo, para



adquirir otra resignificación, profundamente vinculada a la expiación.

Aquí el sujeto (A) enfrenta dos procesos: el de convertirse en (A-) y el de convertirse en (A+). Curiosamente ser sólo (A) es el refugio del anonimato –en materia de responsabilidad claro está, puesto que sólo puede llegar a ser (A+) sino a condición de haberse hecho previamente (A-).

Paradójicamente hay más virtud en (A+) que en simplemente (A), y acaso la parábola del hijo pródigo se explique mejor por esta ruta. En efecto, el hijo cumplidor de su deber es sinónimo de normalidad, es decir de aquello que no se ve porque así debe ser, no hace ruido, pues contribuye al silencio moral y al silencio de la justicia, no le importa ni a la moral ni al derecho, y muy seguramente tampoco a la ética. En tanto no interrumpe ninguno de esos estados, tampoco los hace perceptibles, y por eso ellos mismos se desentienden de él.

Pero en cambio, si los interrumpe, si hace ruido, es decir si rompe el silencio jurídico, el moral y/o el ético, los respectivos órdenes se cernirán sobre él resignificándolos conforme a su metacódigos.

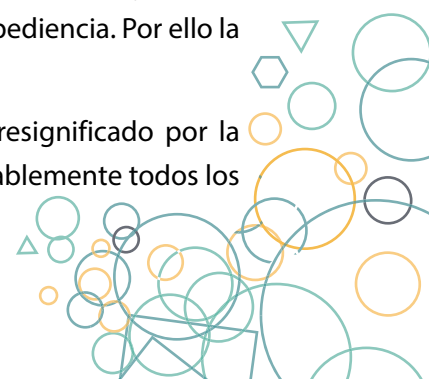
El hijo pródigo es quien hace ruido moral, ruido de injusticia o ruido ético, en tanto rompió el silencio, fue resignificado a partir del ruido causado, y su virtud consiste en volver a resignificarse esta vez por encima del hijo anónimo, pues si antes hizo ruido negativo, ahora hace ruido positivo, música de justicia, moral o ética, y ello encanta, lo hace virtuosamente visible, porque lo que ahora interrumpe es lo negativo, la oscuridad, la embriaguez.

Tal vez el proceso pueda describirse como lo hiciera Nietzsche en el Origen de la Tragedia a Partir del Espíritu de la Música: de lo apolíneo se va hacia lo dionisiaco y de éste vuelve a otro orden apolíneo.

No es posible un sistema social sin función sancionatoria. Una de sus máximas autopoiéticas de las cuales depende su autoafirmación. En consecuencia, precisa poder crear sus propios culpables, para poderse restablecer de algo. Los culpables son los agentes verídicos de su autopoiesis. En esto radica la virtud del infractor, del pecador, del delincuente, del hijo pródigo.

La valía del culpable arrepentido y reivindicado mediante el castigo se ofrece como ideal desde lo teológico hasta lo jurídico, pese haber propiciado una situación socialmente negativa: la violación de la norma sea en términos de daño antijurídico o simple desobediencia. Por ello la culpabilidad es un signo de negación.

Pero el continuum del culpable se resuelve de otra forma cuando es resignificado por la sociedad. En efecto lo socialmente negativo no tiene por qué serlo invariablemente todos los



niveles y aspectos, como lo evidencia la semiótica de la justicia, pues al menos tratándose de culpables la carga de positividad que arrastra el mismo culpable una vez ha sido castigado –o eventualmente justificado, lo resignifica nuevamente.

Que (A+) es socialmente más representativo que meramente (A), lo demuestra el valor otorgado al sufrimiento, la reivindicación suele medirse en término de la intensidad del sufrimiento. No en vano la historia evidencia que cuando el sufrimiento se exacerbó, en términos de visibilidad, la identidad popular con el supliciado resulta en caldo de cultivo para propiciar un modelo de sufrimiento menos visible, más intuitivo, menos ruidoso, y que mantenga los efectos preventivos, pero al tiempo impida la identidad inmediata e inevitable del culpable –castigado, con la sociedad.

Desde luego la figura que los criminólogos designaron *etiquetamiento* parece desafiar tal conclusión. Por etiquetamiento, no obstante, se ha entendido socio-jurídicamente, el fenómeno mediante el cual se perpetúan los efectos de la condena más allá del término de su ejecución, entre otros mediante rechazo social al conservar asignada la condición de *culpable de algo*.

Semióticamente -sin embargo, se acentúan ciertos aspectos del fenómeno, pues lo que identifica es la autorreferencialidad de la sentencia, y a partir de ella como algo subsecuente e inevitable, producción de realidad social, de una muy concreta realidad social.

En efecto, la sociedad cuanto hace mediante el etiquetamiento es visibilizar, vivir, experimentar el castigo que decretó, pero que de otro modo le sería absolutamente distante y oculto permear el castigo que las instituciones sancionatorias ocultan.

El infractor es uno de los efectos de la decisión, que bien puede ser una sentencia condenatoria. Es creado a partir de ella, y obsérvese que la creación procede de la sentencia y no de la ejecución de un hecho ilícito necesariamente, pues el etiquetamiento no se condiciona a la verificación de la ocurrencia del hecho y de la participación de la persona del culpable, sino que se asume como dada (MOYA VARGAS, Fundamentos de la Semiótica Jurídica. Hacia una semiótica del derecho penal, 2018).

No por ello el culpable castigado o el culpable arrepentido, es un personaje que posiblemente no sea bienvenido en los escenarios tradicionales.

En el sistema, la culpabilidad no es sinónimo de responsabilidad sino su condición inalienable. Es decir, sólo quien es culpable puede ser responsable.

Penalmente, por ejemplo, el culpable- responsable es el *interpretante dinámico* respecto

del culpable social –interpretante final, por ello el efecto preventivo general procede de la estandarización del significado, y ello sólo es posible en la dinámica social, no en la ciencia penal, pues el interpretante inmediato proviene de las afueras del derecho, y depende de la versión de responsabilidad, si es kantiana será el original mal, si es hegeliana el infractor.

Atendiendo al noema del signo original, esto es, al culpable entendido como infractor que debe expiar su culpa, la significación técnica puede o no coincidir con la social. Pues en los escenarios especializados como, por ejemplo, los procesos fiscales, o los procesos penales, son propicios a procesos comunicativos en los que se emplean signos y significados demasiado específicos.

Es decir, el culpable técnicamente hablando, puede coincidir o no con el culpable social. Y normalmente hay convergencia cuando el sentido social permea los límites de saturación de los escenarios técnicos. Sea porque el juzgador lo vehicula, porque hay representación social como en los casos de jurados de conciencia, o porque los expertos dentro de escenarios técnicos hacen uso social de la culpabilidad.

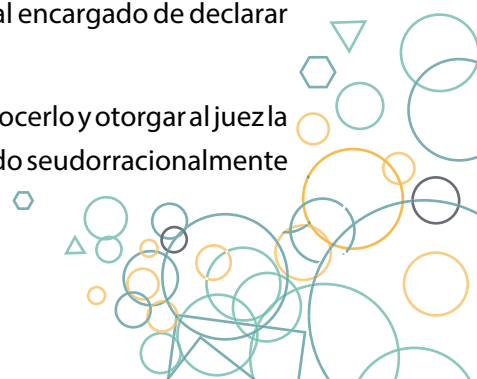
El sentido social de justicia es lo único que puede dar contenido a la culpabilidad. Esta es la incomodidad insuperable a hermeneutas y dogmatistas. No es asunto normativo, técnicamente hablando, ni de principios. Luego no es asunto jurídico. Es algo, como se dijo, metajurídico. Es social, es el producto de los actos de habla en que una comunidad de hablantes emplea el signo culpabilidad, cuya identidad icónica parece incontestable.

Como no es norma, el hermeneuta no pudo reconocerla. Como no es principio constitucional, al dogmatista no le quedó más remedio que otorgarle contenidos que, si bien satisficieron las demandas de la teoría del derecho sancionatorio, nunca han sido praxiológicamente comprobables.

Unos y otros terminaron descargando en los juzgadores la responsabilidad de darle vida a la culpabilidad, pues a través de la norma, no le dieron otra cosa que un cadáver que debían resucitar en el proceso, bajo criterios que desafían la razón y la sensatez, como el conocimiento presunto de la ley, la maldad interior, la voluntad de ilicitud, etc.

Pero no puede dejarse a un lado la solución casi mágica que se obtuvo a través de los procesos acusatorio-adversativos: el jurado de conciencia, el representante social encargado de declarar el veredicto de culpable o inocente.

Si inevitablemente la culpabilidad es de origen social, ¿por qué no reconocerlo y otorgar al juez la función de hacer la lectura respectiva? De lo contrario, seguir justificando seudorracionalmente



lo que es injustificable, es colocar al juez siempre al acecho de la sospecha y, mantenerlo e la confusión aparentemente superada, en que se hallaron los clásicos.

Ahora bien, como sostuvimos inicialmente, las comunidades forjan su conocimiento de la culpabilidad, al igual que de casi todo lo que es importante a ella, mediante conocimiento que no es inferencial en cuanto deductivo o inductivo. En cambio, lo hace de forma abductiva.

Lo que es el pensamiento de esta naturaleza, Peirce lo explicó en dos párrafos de forma bastante sencilla:

(...) El objeto de razonar es averiguar algo que no conocemos a partir de lo que ya conocemos. Consecuentemente, razonar es bueno si es tal que da lugar a una conclusión verdadera a partir de premisas verdaderas, y no a otra cosa. La cuestión de la validez es así algo puramente de hecho y no de pensamiento. Si A son los hechos enunciados en las premisas y B lo concluido, la cuestión es si estos hechos están relacionados de tal manera que si A entonces generalmente B. Si es así, la inferencia es válida; si no, no. La cuestión no es en lo más mínimo la de si al aceptar la mente las premisas sentimos o no también un impulso a aceptar la conclusión. Es verdad que en general por naturaleza razonamos correctamente. Pero esto es accidental; la conclusión verdadera seguiría siendo verdadera aun cuando careciéramos de todo impulso a aceptarla; y la falsa seguiría siendo falsa, aun cuando no pudiésemos resistir la tendencia a creer en ella. (...) (PEIRCE, 1988, pp. 175).

En precisión del pensamiento abductivo, expuso:

(...) Hay que adoptar un método nuevo y diferente de establecer opiniones, que no sólo produzca un impulso a creer, sino que decida también cuál es la proposición a creer. Liberemos pues de impedimentos la acción de las preferencias naturales, y que los hombres, bajo la influencia de éstas, conversando unos con otros y considerando las cuestiones bajo perspectivas diferentes, desarrollen gradualmente creencias en armonía con las causas naturales. Este método se parece a aquél mediante el cual han madurado las concepciones artísticas. El ejemplo más perfecto del mismo se encuentra en la historia de la filosofía metafísica. Usualmente los sistemas de este tipo no se han basado en hechos observados, al menos no a un cierto nivel relevante. Básicamente se han adoptado porque sus proposiciones fundamentales parecían "agradables a la razón". Es esta una expresión adecuada; no significa aquello que concuerda con la experiencia, sino aquello que nos encontramos inclinados a creer. Platón, por ejemplo, encuentra agradable a la razón que las distancias unas de otras de las esferas celestes sean proporcionales a las diferentes longitudes de las cuerdas que producen acordes armoniosos. Muchos filósofos han llegado a sus conclusiones fundamentales mediante consideraciones de este tipo; pero esta es la forma más elemental y menos desarrollada que adopta el método, pues está claro que otro puede encontrar como más agradable a su razón la teoría de Kepler de que las esferas celestes son proporcionales a las esferas inscritas y circunscritas de los diferentes sólidos regulares. Pero la contrastación de las opiniones llevará pronto a los hombres a apoyarse en preferencias de naturaleza mucho más universal. Tomemos, por ejemplo, la doctrina de que el hombre sólo actúa egoístamente, es decir, a partir de la consideración de que actuar en un sentido le reportará mayor placer que actuar en otro. Esto no se apoya en hecho alguno, y, sin embargo, ha tenido una amplia aceptación hasta ser la única teoría razonable. (...) (PEIRCE, 1988, pp. 179).

Abductivamente lo que hace una sociedad es crear sus propios culpables. No se trata de personas, sino de una cierta condición sónica asignada a ciertas personas.

Así como un ícono no sustituye el referente, sino que se predica de él, el signo de la culpabilidad es predicado de ciertas personas, pero no son ellas. Se trata de una condición sígnica adquirida.

Si bien la manifestación institucional corresponde a los jueces en general, y a quienes ejercen la vigilancia y el control fiscal en particular, éstos no pueden hacer otra cosa que tomarla de la comunidad a la cual pertenecen. Lo contrario, es decir, permitir que los jueces creen la culpabilidad, como aparentemente sucede, corre siempre el riesgo inmanente de una especie de tiranía, en la que poco o nada remedia el principio de legalidad, pues el contenido de la culpabilidad, que es el presupuesto de la responsabilidad o de la sanción, lo puede sacar del sombrero de mago una persona.

El derecho no crea expertos en justicia, ni en culpabilidad, como en las escuelas de filosofía o teología no surgen expertos en moral, sino concedores de ciertos constructos teóricos. De la misma forma, el médico no es la salud, sino alguien que propicia las condiciones para que suceda.

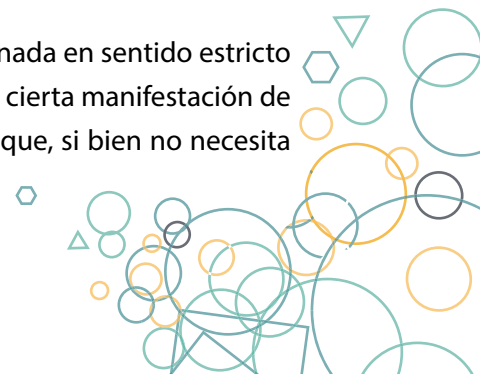
Eso mismo es lo que corresponde al juez en materia de justicia. Es decir, hacer propicias las condiciones de realización en favor de algo que no depende de él.

La aproximación semiótica devela que los *culpables* son la némesis de la sociedad que los representa. Es así porque entendida como signo, la *culpabilidad* conviene a una sociedad para hacer presente a la conciencia lo que ella ha decidido *no ser*, aspecto éste que hace parte de su propio sentido de justicia en la medida en que mediante ellos se reafirma en uno de sus valores distintivos –la justicia precisamente, a cuyo propósito se cierne sobre la representación que proyecta su propia negación.

Dicho sentido de justicia es construido y transmitido mediante aquellos procesos comunicativos que tienen por referente a los *culpables* como [personas].⁷⁰ Pero que el referente sea actual o potencialmente una persona, no desafía lo dicho ni emparenta las conclusiones semióticas con las hermenéuticas, las dogmáticas ni las socio-jurídicas, pues la óptica del culpable (que es una función sígnica y no una persona), expresa su autorreferencialidad, como quiera que surge de las mismas comunicaciones en que se habla de ellos: no hay *culpables* sino a condición que se hable de *culpables* y de esos actos de habla es que surgen los *culpables*. En suma, si no se habla de *culpables*, simplemente no los hay.

Semióticamente entendido *culpable* -antes que una persona determinada en sentido estricto alude al ruido que hace perceptible el silencio de la sociedad, y con él cierta manifestación de su sentido de justicia. La *culpabilidad* describe una dimensión social que, si bien no necesita

70 Para referente: [], para significante //, para significado «», para sentido { }



personalizarse en términos absolutos, en el evento de alcanzar a alguien en particular propicia su re-significación, lo cual por demás es preciso para el cumplimiento de la función de *autopoiesis* social.

Así que *culpable* no es sinónimo de *persona* sino de *proceso funcional* que revierte en una interrupción necesaria para que se haga manifiesto el sentido social de justicia. Y visto así, la *justicia transicional* tendría que descubrir su sentido real, y seguramente adquirir condiciones de posibilidad que no se presten a resistencias en términos de justicia material.

6.7. CONCLUSIONES

La conclusión más importante alcanzada a lo largo de la investigación parte del presupuesto conforme con el cual, la culpabilidad es un principio constitucional que vincula todo el derecho sancionatorio.

Con base en este presupuesto, se halló que los procesos de vigilancia y control fiscal hacen parte del sistema de derecho sancionatorio. Consecuencia de lo cual, la justicia fiscal manifiesta a través de los procesos de vigilancia y control fiscal, sólo pueden declarar responsables a los culpables fiscales, esto es, a quienes logra demostrárseles que procedieron con dolo o con culpa.

200

No obstante, lo que se halló es que este es un aspecto, si no ignorado, gravemente descuidado o carente de tratamiento técnico, al interior de los procesos de control y vigilancia fiscal.

Al hacer una reconstrucción de la culpabilidad, de cara a la construcción de una teoría de la culpabilidad fiscal, se halló una categoría que, respecto del derecho sancionatorio, particularmente manifiesto en el derecho penal, ha oscilado entre dos opciones conceptuales.

Por una parte, la correspondiente a una condición psicológica del sujeto o agente de la conducta ilícita. Por otra parte, aquella que no encuentra más que una condición normativa.

Al tiempo la concepción del *culpable* ha estado basculando entre dos opciones extremas: son una creación en sí, es decir seres que "*nacieron así*" como cualquier otra persona con cualquier otra característica.

O, por el contrario, son social creados, quíerese o no ver en ellos víctimas de la sociedad. Algunas veces denominados enfermos, otras, divergentes, contraculturales y, hasta enemigos, los culpables son seres que precisan ser intervenidos por el Estado, bien para excluirlos o bien para re-incluirlos a la sociedad.

Los métodos que han conducido a tales conclusiones han sido particularmente el hermenéutico y el dogmático.

Lo que ha llamado la atención en favor de esta investigación, es que dicha prospección científica de la *culpabilidad* y los *culpables*, está diseñada sobre un fenómeno paradójicamente, abductivo –en el sentido de Peirce, del cual sin embargo sus métodos no dan cuenta. Es decir, ni es deductivo ni mucho menos inductivo.

Semióticamente se entiende que la abducción es una forma de pensar a partir del fenómeno hacia lo más abstracto con que se vincula el silogismo concreto, y que retorna al mismo para otorgarle una cierta condición de validez –paralela a la inducción y a la deducción, en que a partir de un suceso se forja una explicación atendible, que a su turno debe servir a explicar el fenómeno. Es una idea muy próxima, creemos, a la de *instinto de juridicidad*, con que hemos explicado el fundamento social de la justicia.

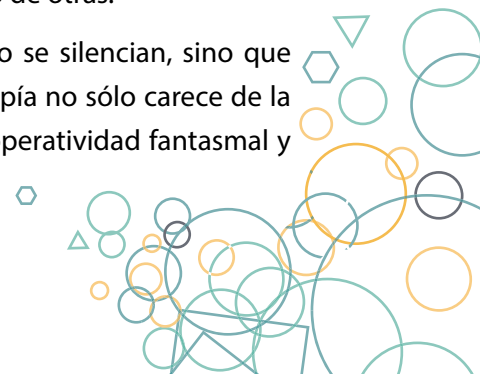
Pues bien, la abducción es una forma de proceder racional, basado en la constitución de explicaciones espontáneas, si se quiere basadas en el instinto social, allí donde hay muchos elementos de pensamiento simplemente dados, no deducidos, no demostrados, ni mucho menos inducidos, sino aceptados como existentes. Por ello tal vez con Peirce pueda concluirse que más que una forma de pensar paralela a la inducción y a la deducción sea más bien una función social primaria.

El presupuesto abductivo respecto a la *culpabilidad* y a los *culpables* sirve de plataforma a quien debe producir la decisión de responsabilidad, para identificar culpabilidad y culpables como seres humanos. Bajo condiciones y sólo dentro de ciertos límites jurídicos que, es precisamente lo único que puede aportar el derecho a la teoría de la culpabilidad. Ese ajustamiento ha dado bastante trabajo a los juristas, en busca de un máximo de identidad, llegando a ideas tales como que los inimputables y las personas jurídicas pueden ser responsables sin ser culpables.

Aquí el punto es que *culpabilidad* y *culpable* si bien son predicados de seres humanos, no los sustituye.

A partir de la vista semiótica lo que se postula es que esas dos construcciones antes que hacer emerger seres humanos malos o equivocados, para separarlos de los buenos o acertados, más bien se trata de funciones sígnicas sociales y jurídicas, dispuestas a producir cierto tipo de efecto dentro de un sistema social, es decir, no son personas, sino signos cuyas funciones aplicadas hacen que ciertas personas ocupen un lugar social respecto de otras.

En la tradición hermenéutica y dogmática, dichas funciones no sólo se silencian, sino que se sumen en un anonimato que sugiere su inexistencia, pero tal miopía no sólo carece de la capacidad de eliminarlas, sino que antes bien resulta propicia a su operatividad fantasmal y



descontrolada.

Las distintas teorías en que se basan los métodos ortodoxos del derecho han propuesto fundamentos y efectos diferenciales al tratamiento de la culpabilidad, lo cual sugiere alguna inestabilidad histórica de los conceptos. Aspecto concreto que pese ser importante, no es algo que interese demasiado a esta investigación, cuya principal cualidad consiste en tomar distancia de los métodos tradicionales, y a partir de la *semiótica de la justicia*, descubrir lo que en cambio encubren o ignoran los demás.

Es así como se ha encontrado que *culpabilidad* y *culpables*, a diferencia de lo formulado hasta el momento, antes que *personas*, se trata de constructos *sígnicos* que cumplen unas funciones precisas, tanto jurídicas como no jurídicas, favorables -si no necesarias, al proceso de construcción social del sentido de justicia.

A esta conclusión se arriba tras verificar el uso lingüístico que de la palabra *culpabilidad* hace la sociedad en general y, dentro de escenarios cotidianos -normalmente no judiciales, acentuada por una denotación semántica profundamente vinculada a la de *responsabilidad*. Se evidencia un proceso comunicativo y de construcción de sentido, inevitablemente.

202

Sin duda es manifestación de un uso semióticamente considerable -el que hace la sociedad de estos signos, actuados en la realidad social que irrumpe, en las funciones eidéticas que opera y, en su contribución al sentido social de justicia que construye y comunica.

Este proceso no sucede necesariamente dentro del espacio judicial o, si se prefiere con Bourdieu, dentro del campo jurídico. Sin duda, hay más *culpables* fuera del circuito judicial que dentro de él; más *responsables* en las calles que en las cárceles; y todavía más *culpables* completamente anónimos, potenciales o virtuales, respecto de los cuales ni siquiera se sabe si se trata de personas.

Si bien esta condición sería interpretada por la hermenéutica y la dogmática como disfunción, puede servir a efectos sociales apreciables que en sí no son nada disfuncionales, conforme lo revela la semiótica de la justicia.

Claro está, el *culpable* técnicamente hablando no es precisa e inevitablemente el mismo *culpable social*, y tampoco la intensidad de la culpabilidad técnica corresponde con la intensidad de la culpabilidad social. Se encuentran en un punto sustancial: el sentido social de justicia, y es entonces donde se "compensan", o mejor, se *individua* lo jurídico transformándose en social, con ello en justicia.

El instinto social de juridicidad no abdica ante los técnicos del derecho, y siempre hará de

lo jurídico algo favorable a él aun cuando el resultado desafíe lo más granado de la ciencia del derecho en su versión hermenéutica, dogmática o socio-jurídica. Prueba de lo cual es el fenómeno del etiquetamiento, que bien entendido es una expresión del proceso de individuación social del derecho penal, y en manera alguna el azar incontestable de una sociedad adolescente. No todo condenado es socialmente etiquetado, precisamente por el tipo de re-significación al que es sometida la figura en particular.

Puede haber confusión debido a que la ciencia jurídica emplea los mismos signos y además también los vincula, y a despecho de los tecnócratas, siempre sucederá el encuentro con el instinto social de justicia, como dijimos, en ese punto crucial que es el sentido de justicia. En los escenarios técnicos –como el judicial o el académico, y en los que no lo son también, *responsabilidad, culpabilidad y culpables*, son la expresión sintáctica de signos cuyas funciones proposicionales pueden variar de unos escenarios a otros, pero coinciden también en que se construyen y transmiten mediante procesos comunicativos, en unos técnicos y en otros no.

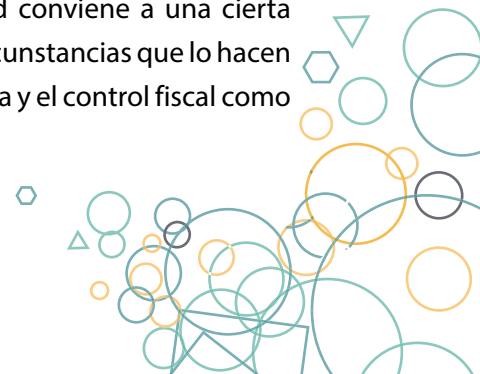
Las coincidencias –no pocas evidentemente, sugieren una cierta identidad, pero la realidad social desafía –*performa?*, la estabilidad originaria o ideal de las instituciones. La diferencia radical más que un paralelismo revela una antinomia, pues mientras el derecho asigna a la culpabilidad una función predominante de negación, la sociedad la resuelve en favor de su propia autoafirmación.

Ahora bien, la semiótica de la justicia desvanece la duda relacionada, ¿lo jurídico logra superponerse a lo social? Pues tiene claro que los procesos de individuación propician un tipo de ajuste de lo jurídico a lo social, dentro del contexto demarcado por el trasfondo jurídico o instinto de juridicidad.

Desde que se concibió la culpabilidad, pese al esfuerzo histórico por desligarla de su contenido social, ha resultado inevitable que sea la sociedad la que le otorga contenido.

Esto implica que, si la justicia fiscal se tiene que basar en la culpabilidad, para poder declarar a alguien como responsable, el contenido material de la culpabilidad, debe ser entendido socialmente.

Y ese contenido debe derivarse de lo que la sociedad entiende que deben ser y hacer los ejecutores del gasto público. Es decir, la medida de su culpabilidad conviene a una cierta representación social que, sólo puede negarse cuando intervienen circunstancias que lo hacen improbable. Como, por ejemplo, cuando se hace imposible la vigilancia y el control fiscal como consecuencia de la falta de recursos.



De hecho, en desarrollo de la presente investigación, se consideró el tratamiento con que se circuló la información asociada al control y vigilancia fiscal por parte de los medios de comunicación.

Básicamente se caracterizó porque se basó en la experiencia del daño fiscal. Significando con ello, que ante todo se mostraron resultados negativos sobre el presupuesto público, derivado de delitos, negligencia, incumplimientos de obras, inexistencia de las mismas pese haber pagado, etc.

Casi todas estas expresiones fueron siendo comprimidas bajo la palabra “corrupción”. Y más aún, con frecuencia se compararon datos como, por ejemplo, lo que pierde el Estado por efecto de financiamiento de la guerra contrainsurgente, de cara a la corrupción, para evidenciar que el daño más grave que sufre la sociedad, es precisamente la corrupción.

La mayor parte de las noticias, no hicieron referencia a la función de la vigilancia y el control fiscal, aun cuando a veces refirieron que la fuente de información fueron las autoridades que la ejercen.

Las expresiones sociales que rodearon los fenómenos evidencian una cierta postura social que, por cierto, sugieren que la comunidad reclama un perfil específico para los ejecutores del gasto público y, en la misma medida, un nivel de exigibilidad de responsabilidad mayor.

Es este tipo de condiciones las que deben proporcionarle contenido a la culpabilidad implicada en la justicia fiscal.

Desde luego, el OPPCF debe propender por establecer las principales características, para proporcionar a los funcionarios encargados de declarar la responsabilidad fiscal, de elementos de juicio favorables a una metodología de investigación y valoración probatoria. Sin perder de vista que un proceso de vigilancia y control fiscal, inconsciente del principio constitucional de culpabilidad, cae dentro de los límites de la ilicitud y de la ilegalidad.

Debiendo demostrar la culpabilidad, se precisa de elementos teóricos de juicio que permitan orientarlos acerca del contenido de la culpabilidad, para alcanzar estándares de justicia más afines a la Constitución, al derecho internacional y, a la sociedad.

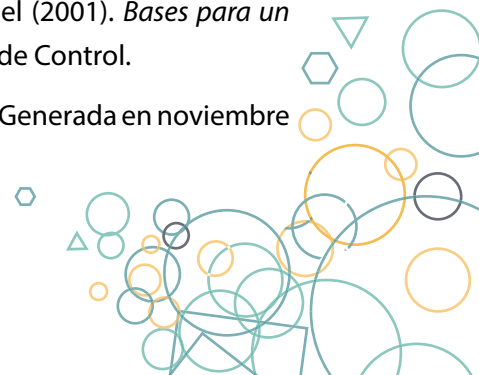
6.8. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Bernal Torres, C. A. (2006). *Metodología de la investigación para administración, economía, humanidades y ciencias sociales*. Pearson Educación.
- Alcaldía Distrital de Bogotá D.C. 2017. Decreto 689 de 2011. Por medio del cual se adopta



la "Guía para la formulación e implementación de políticas públicas del Distrito.

- Haranguş, D., & Dudă-Dăianu, D. (2013). *Impact assessment of Public Relations in the Fiscal Control Management of the National Agency for Fiscal Administration*. Journal Of Economics & Business Research, 19(2), 34-43.
- DNP. (25 de Julio de 2014). Funciones DNP. Portal del Departamento Nacional de Planeación: <https://www.dnp.gov.co/DNPN/la-entidad/funciones-dnp>
- Auditoría General de la República. – Ossa, Carlos (2006). *Reformar el Control Fiscal Territorial*.
- Contraloría General de la República. Informe de gestión al Congreso y al Presidente de la República 2016-2017. Recuperado de: <http://contraloria.gov.co>
- Gómez Lee, I. D. (2006). *Control fiscal y seguridad jurídica gubernamental*. Universidad Externado de Colombia.
- Blöchliger, H., & King, D. (2006). *Fiscal autonomy of sub-central governments*. En, https://www.oecd-ilibrary.org/taxation/fiscal-autonomy-of-sub-central-governments_5k97b127pc0t-en.
- Auditoría General de la República y Banco Mundial (2011). *Sistema Nacional de Control Fiscal Territorial en Colombia*". Imprenta Nacional.
- Auditoría General de la República - Peláez, Juan., Tuta, Guillermo y García., Gustavo (2013). *La Impostergable Reingeniería del Control Fiscal Territorial*. Documento para el debate sobre una política pública del control fiscal. Revista Sindéresis.
- Semana.com (14 de septiembre de 2018). *Los retos socioeconómicos del presidente Iván Duque con el Litoral Pacífico*. Recuperado: <https://www.semana.com/opinion/articulo/los-retos-socioeconomicos-del-presidente-ivan-duque-con-el-litoral-pacifico/582940>
- Auditoría General de la República, 2002. *El Nuevo Sistema de Control Fiscal Colombiano Sinopsis*. Separata especial. Revista Sindéresis.
- Auditoría General de la República. – Ossa, Carlos (2006). *Reformar el Control Fiscal Territorial*. Necesidad inaplazable para optimizar las finanzas territoriales. Revista Sindéresis
- Auditoría General de la República. Rendón, Álvaro- Suárez, Daniel (2001). *Bases para un Nuevo Modelo de Control en Colombia*. Ponencias II Foro Nacional de Control.
- Base de datos: Auditoría General de la República SIREL-SIA. (2017). Generada en noviembre de 2017.



- Carvajal, L. y Amaya, R. (2004). *Colombia e Indonesia: lejanía geográfica, cercanía temática (un ejercicio comparativo)**. Bogotá, Colombia: Embajada de Indonesia en Colombia.
- Contraloría denuncia billonarios sobrecostos en Reficar. (26 de enero de 2016) El Espectador. Recuperado de <http://www.elespectador.com/>
- Comisión Nacional Ciudadana para la Lucha Contra la Corrupción (2014). Cuarto Informe de la CNCLCC: «Ciudadanía califica la corrupción como uno de los problemas más graves que enfrenta el país». Bogotá, Colombia. Recuperado de: <http://ciudadanoscontralacorrupcion.org>
- Contraloría General de la República. Informe de gestión al Congreso y al Presidente de la República 2016-2017. Recuperado de: <http://contraloria.gov.co>
- DANE (2017). Resultados de la Encuesta de Cultura Política 2017. Bogotá, Colombia: DANE. Recuperado de: <http://www.dane.gov.co>
- Diaz, Camilo (16 de enero de 2016). *La locura de vender Isagén costará \$70.000 millones*. Revista Dinero. Recuperado de <http://www.dinero.com>
- ¿Funcionará el proyecto de pagar a quienes denuncien corrupción? (3 de marzo de 2017)
- Contraloría denuncia billonarios sobrecostos en Reficar. (26 de enero de 2016) El Pais.com.co. Recuperado de <http://www.elpais.com.co>
- Gómez, Iván Darío, Céspedes, Fredy (2017) *Reestructuración y Fortalecimiento del Control Fiscal. Propuesta para la reforma del control fiscal en Colombia*. Documento de trabajo.
- Gómez, Iván Darío, Ordóñez, Tatiana (2010). *Vulnerabilidad y Sofisticada Corrupción: Desafío para la Auditoría Gubernamental en Colombia*. Revista Internacional LEGIS de Contabilidad y Auditoría (44), 17-36.
- Informe de ponencia para primer debate al proyecto de acto legislativo 072 de 2013 cámara. (2013). Recuperado de http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.indice?v_num=825&v_anog=2013
- López, Clara (2006). *Control Fiscal Territorial. Realidad y propuesta de Mejoramiento*. Bogotá. Universidad del Rosario-GTZ.
- López, Clara (2013). *Colombia, un país diferente*. Las 2 orillas. Recuperado de: <https://www.las2orillas.co>
- Ministerio de Tecnologías de Información programa Gobierno en Línea y Auditoría

General de la República (2012). Documento propuesta de Procesos y Procedimientos para el Nuevo Esquema de Control Fiscal en Línea.

- Naranjo, Rodrigo. (2007) *Eficacia del Control Fiscal en Colombia*. Derecho Comparado, Historia, Micro organizaciones e Instituciones. Universidad del Rosario.
- Ochoa, Héctor, Charris, Sandra. (2003) *Propuesta de un Modelo de Control Fiscal para el Estado Colombiano: El Sistema de Control Fiscal Nacional*. ICESI Estudios Gerenciales, (89)
- Olken, B. (2007). *Monitoring Corruption: Evidence from a Field Experiment in Indonesia*. Boston, USA: Harvard University and National Bureau of Economic Research.
- Organización Internacional de las Entidades Fiscalizadoras Superiores OLACEFS (2007). Declaración de México sobre independencia de las EFS (ISAI-10). Recuperado de <http://www.intosai.org>
- Organización Internacional de las Entidades Fiscalizadoras Superiores OLACEFS (2009). Declaración de Asunción Principios sobre Rendición de Cuentas. Recuperado de <http://https://www.agn.gov.ar>
- Organización Internacional de las Entidades Fiscalizadoras Superiores OLACEFS (2014). Buenas prácticas para el fortalecimiento de las relaciones entre las EFS y la Ciudadanía. Recuperado de <http://www.olacefs.com>
- Ordóñez, Tatiana (2007). *La Responsabilidad Fiscal en Colombia y la Imposibilidad del Resarcimiento Patrimonial*. Revista IUSTA Universidad Santo Tomas. 1 (26), 126
- Real Academia Española. (2001). Diccionario de la lengua española (22.aed.). Consultado en <http://www.rae.es/rae.html>
- Restrepo, M., Araujo, R y Tuta, G. *Control Fiscal Territorial. Validación de un modelo de la gestión y los resultados de las contralorías territoriales en Colombia*. Universidad del Rosario, Agencia de Cooperación Técnica Alemana GTZ, Bogotá.
- Semana en vivo (10 de febrero de 2016). ¿Cuánto fue realmente lo que se robaron en Reficar?
- Saqueo de la corrupción equivale a casi un billón de pesos por semana. (26 de febrero de 2017) El Tiempo. Recuperado de <http://www.eltiempo.com/>

