

DICIEMBRE AÑO 2023



# DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA

GACETILLA DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL  
Y CRIMINOLOGÍA

FACULTAD DE DERECHO  
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

## **En este número**

**Reseña al Ciclo de  
Conferencias del  
Prof. Hernán Orozco**

***Por Agustina Lara  
Martínez.***

**Colaboraron en este  
número**



# Reseña al Ciclo de Conferencias del Prof. Hernán Orozco

Por Agustina Lara Martínez

---

*Sobre el Prof. Dr. **Hernán Darío Orozco López**: L.L.M. (Regensburg). Abogado de la Universidad La Gran Colombia (Armenia). Fue becario del Servicio Alemán de Intercambio Académico (DAAD) para realizar estudios de maestría en la Universität Regensburg y de doctorado en la Albert-Ludwigs-Universität Freiburg, que culminó en 2013 y 2017 respectivamente. Su foco de investigación es la teoría general del delito. Es docente investigador del Centro de Investigación en Filosofía y Derecho de la Universidad Externado de Colombia y codirector de la Revista “Derecho Penal y Criminología” del Departamento de Derecho Penal y Criminología de la misma universidad.*

---

En su visita a la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires durante el mes de octubre de 2023, el Prof. Dr. Hernán Orozco realizó una serie de cuatro conferencias en esta casa de estudios. Dos de ellas, en particular las que reseñaré en el presente artículo, fueron abiertas a la comunidad académica; las restantes dos, fueron en reuniones del Proyecto de Investigación UBACyT dirigido por el Dr. Marcelo D. Lerman “Sobre el cuestionamiento a la distinción entre ilícito y culpabilidad en la obra de Michael Pawlik”. Los temas abordados en este Ciclo de Conferencias fueron los siguientes: miércoles 25/10 “*Trabajo en beneficio de la comunidad: Fundamentos de una pena alternativa a la prisión*” (ponencia cerrada); jueves 26/10 “*Primera ponencia abierta: ¿Autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder? Una revisión crítica*”; viernes 27/10 “*Graduación de la intervención delictiva en el caso de aparatos organizados de poder*” (ponencia cerrada); y martes 31/10 “*Segunda ponencia abierta: Exclusión social y criminalidad: ¿Es posible legitimar el Derecho penal dentro de sociedades inestables?*”

**Primera ponencia abierta: “¿Autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder? Déficits e inconsistencias de la teoría del dominio por organización de Roxin” (jueves 26 de octubre de 2023).**

Esta primera conferencia está basada en un artículo publicado por el Prof. Orozco, cuyo título es: “*La autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder de Roxin. Un análisis crítico*”. [2] La ponencia se dividió en tres partes. En primer lugar, el Prof. Orozco efectuó una

---

[1] Abogada (UBA) con orientación en Derecho Penal. Maestranda en Derecho Penal (UBA). Auxiliar docente de la cátedra del Dr. Marcelo Sancinetti, en la materia “Teoría General del Delito y Sistema de la Pena”, a cargo del Dr. Marcelo Lerman. Integrante del Proyecto de Investigación UBACyT 20020190100143BA, “Sobre el cuestionamiento a la distinción entre ilícito y culpabilidad en la obra de Michael Pawlik. Análisis de las consecuencias dogmáticas de la renuncia a un concepto de ilícito independiente de la culpabilidad”, dirigido por el Dr. Marcelo Lerman. Quiero agradecer a Jeremías Brusau y a Marcelo Lerman por sus valiosos comentarios y observaciones.

[2] Orozco López, Hernán D. (2021). “La autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder de Roxin. Un análisis crítico”, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* – [www.zis-online.com](http://www.zis-online.com), pp. 249-264.

descripción de la tesis de Roxin sobre la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder; en segundo lugar, realizó una valoración crítica de la referida tesis, en base a las siguientes dos preguntas: a) ¿es compatible la teoría del dominio por organización con la teoría del dominio del hecho? y b) ¿es consistente la tesis de Roxin de la autoría mediata en virtud del dominio por organización?[3] Por último, en tercer lugar, el Prof. Orozco expuso sucintamente sus conclusiones respecto de la temática abordada.

Roxin presentó esa teoría como respuesta a la insuficiencia de las figuras tradicionales de la autoría y participación (casos de dominio por coacción y dominio por error). Roxin utiliza como punto de partida los casos de Staschynskij y de Eichmann, para subrayar que las figuras tradicionales de la autoría y la participación no podían aprehender correctamente la responsabilidad de los *“hombres de atrás”*. [4] Así las cosas, la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder se postula como una tercera forma o vía de autoría mediata completamente independiente de las anteriores.

Por otra parte, según el conferencista, Roxin realizó ajustes teóricos a su tesis primigenia, principalmente durante los años 2006 y 2007. Las modificaciones más significativas resaltadas durante la ponencia fueron las siguientes: a) el cambio del fundamento base del dominio por organización pasa a ser la *“seguridad incrementada del resultado”*, al dejar de lado la centralidad del elemento *“fungibilidad”* y b) la modificación de la interpretación del *“apartamiento del derecho”*. Acompañada de una cuestión nominal, accesoria, del cambio de denominación de *“autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder”* por *“dominio por organización”* (esto implica, en palabras del Prof. Orozco, un *“cambio en el acento”*).

A continuación, reseñaré las críticas que el Prof. Orozco presentó a la tesis de Roxin:

***a.- La autoría mediata en virtud del dominio por organización no se integra sistemáticamente “en el edificio conceptual de la teoría del dominio del hecho”***

La primera es catalogada como *“de carácter intrasistemático”*. El dominio por organización según Roxin siempre se entiende con la producción de un resultado, por las estructuras organizativas. Ello significa que, gracias a que domino ese aparato, es posible generar *“un resultado”*. Si no se produce hoy, se vuelve a intentar mañana, y, al final del día, el resultado se va a producir.

Así las cosas, Orozco concluyó preliminarmente que existe una incompatibilidad de carácter

[1]La valoración crítica efectuada por el Prof. Orozco se centró en dos aspectos: a) Intrasistemáticos de la teoría de la organización con la teoría del dominio del hecho; b) Interno, que demuestra la existencia de serios déficits de la autoría mediata.

[4] A su vez, dijo el Prof. Orozco que, a diferencia de lo postulado por Maurach o Welzel, una coautoría implica que la persona realmente actúe.

bicéfalo, tanto **nominal** como **material**. En la teoría del dominio del hecho en general interesa el dominio sobre la acción, mientras que en la teoría del dominio por organización lo relevante es el dominio del resultado. Entonces, se da una imposibilidad concreta de encuadrar el dominio por organización dentro del dominio de la voluntad como criterio general de la autoría mediata en la teoría del dominio del hecho. Nominal, se refiere a la denominación conceptual: dominio del hecho vs. dominio de la organización, en tanto Roxin considera que los ejecutores son *“instrumentos responsables”*. Esto fue modificado por el propio Roxin tiempo después, quien adujo que el verdadero instrumento no son los ejecutores sino el aparato organizado de poder. Según Orozco, esta modificación de Roxin permite subsanar ese error particular en su teoría.

Por su parte, el Prof. Orozco resaltó aquellas inconsistencias en la **lógica interna** de la teoría del dominio del hecho. Ellas son: a) diferencia de desvalor solo en entre autoría y participación; b) todas las manifestaciones del dominio del hecho tienen igual valor; y c) la teoría del dominio del hecho no tiene la capacidad de aprehender conceptualmente el mayor grado de responsabilidad de los hombres de atrás.

Sobre estos ejes, resaltó el Prof. Orozco que Roxin en estos casos recurre a una conjunción de diferentes tipos de fundamentación de la autoría. Por un lado, ejecutores que tienen que responder a título directo porque son los que dominan la acción; por el otro, los hombres de atrás, que son aquellos que dominan la organización y dominan el resultado. Según Roxin en este esquema no hay vacíos, y aprehende la mayor responsabilidad de los hombres de atrás. No obstante, Orozco considera que desde la lógica interna de la teoría de Roxin se debería concluir que los ejecutores son por lo menos igual de responsables que los autores. Esto, sin embargo, no parece correcto desde la óptica del conferencista, pues ya intuitivamente consideramos que los mayores responsables son los organizadores.

A más de ello, Orozco señaló que, bajo la perspectiva de Roxin, a diferencia de otros autores como Puppe, la participación está caracterizada por el principio de accesoriedad y que todas las manifestaciones del dominio del hecho tienen igual valor. Entonces, se preguntó Orozco: **¿Cómo es posible, si todas ellas tienen igual valor, que la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder nos permita captar la mayor responsabilidad de los hombres de atrás?**

#### ***b.- Incongruencias internas de la fundamentación de la autoría mediata en virtud del dominio por organización***

Orozco analizó y sometió a escrutinio de forma pormenorizada tanto los requisitos fácticos del dominio por organización como así también el concepto de *“seguridad de producción del resultado”* como criterio para la fundamentación y delimitación de las formas de intervención delictiva. *Prima facie*, en palabras del Prof. Orozco, si la conjunción de los requisitos fácticos —poder de mando, fungibilidad y apartamiento del Derecho; y su base, la “seguridad del resultado”— adolece de problemas, entonces, es difícil que se pueda hablar de una seguridad del resultado.

Orozco comenzó exponiendo sobre el factor de *“apartamiento del Derecho”*. Con esto, Roxin se refiere a que el aparato organizado de poder debe ser desvinculado totalmente del ordenamiento jurídico. Por ello, esta figura queda reservada para circunstancias totalmente excepcionales, como por ejemplo el juzgamiento de los jefes nacionalsocialistas. Esta concepción original de Roxin, según el Prof. Orozco presenta dos problemas: 1) difícilmente en la praxis haya una desvinculación de todo el ordenamiento jurídico; aún en el caso del régimen nacionalsocialista, destacó Orozco que *“atacó a la comunidad judía pero no la comunidad aria por lo que no es que totalmente se desvinculó con el ordenamiento jurídico”*; 2) en relación con lo anterior, en el caso particular de aparatos de poder estatal, este criterio es problemático y conceptualmente imposible. Los *“hombres de atrás”* trabajan sobre la base de un ordenamiento jurídico perverso (*estados injustos*). Al mismo tiempo, si bien podría recurrirse a la fórmula de Radbruch *—el Derecho injusto no es Derecho—*; la lectura de Orozco acerca de Roxin es que este último diría que la fórmula de Radbruch la podríamos utilizar para delitos atroces, no así por ejemplo para delitos patrimoniales.

Planteadas estas dos objeciones al estándar de configuración del requisito de *“apartamiento del Derecho”*, Orozco puso sobre la mesa las reformulaciones por parte de Roxin: sobre la desvinculación completa del Derecho, Roxin considera que esa desvinculación únicamente debe darse en el marco de los tipos penales incriminados. Asimismo, la determinación del apartamiento del Derecho no se tiene que hacer por el ordenamiento jurídico del Estado injusto, sino por el ordenamiento jurídico actual.

Sin embargo, según el Prof. Orozco se suceden respecto de esta cuestión otros problemas a partir de la reformulación de Roxin: a) la desaparición de la función delimitadora del apartamiento del Derecho; y b) la lesión al principio de legalidad y derogación velada de prohibición de retroactividad.

Ahora bien, sobre otro de los requisitos que abordó el Prof. Orozco, la *“fungibilidad de los ejecutores”* es posible destacar lo siguiente: según el expositor, si se concreta la acción desde un punto de vista temporal y espacial, es muy difícil, en rigor de verdad, que haya *fungibilidad concreta*. Entonces, si no hay fungibilidad concreta —posibilidad de intercambio efectivo en un caso en particular—, falla uno de los requisitos que constituye la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder, y con ella, la teoría del dominio del hecho del hombre de atrás.

La alternativa sería concebir la fungibilidad como *fungibilidad abstracta*. Esto tiene, según el Prof. Orozco varias objeciones: a) hay constelaciones de casos, como el de los *“tiradores del muro”*, en las que no se tiene otra posibilidad material o concreta de volver a realizar el hecho;[5]

[5] El autor se refiere al caso de los guardias o centinelas del Muro de Berlín quienes, respaldados por una interpretación de las leyes de la RDA, dispararon y causaron la muerte de personas que intentaban cruzar la frontera. Varios años después de la reunificación alemana, el Tribunal Constitucional consideró que se trataba de un homicidio, bajo el argumento de que estaban aplicando un derecho “extremadamente injusto”. Esto representa una variante particular de la fórmula de Radbruch en la praxis jurídica; sin embargo, no merece mayores precisiones en tanto excede al tema objeto de este artículo.

b) el argumento de la *autodeterminación*: seguir a Roxin implica que en todos los casos existe una persona que va a cometer el delito, pero si todos los autores decidieran negarse y no realizaran la conducta típica, entonces, no se realizaría el resultado; c) la disolución de las fronteras de la identidad material del hecho; y d) la valoración de comportamientos hipotéticos de terceros.

Luego de plantear sus conclusiones sobre este primer eje temático, pasó al segundo interrogante que sustenta la ponencia reseñada: **¿Seguridad de producción del resultado como criterio para la fundamentación y la delimitación de formas de intervención delictiva?** A la crítica efectuada a Roxin acerca de la “*seguridad*” de producción del resultado, él mismo ha dicho que no es necesaria una seguridad total sino una “*mayor seguridad*” (probabilidad) de producción del resultado. Así, consideró Orozco que Roxin logra salvar la crítica cuando el aparato de poder fracasa una y otra vez en la producción del resultado típico en un caso en concreto —de nuevo, se vuelve al caso de los *tiradores del muro*—.

Sin embargo, el Prof. Orozco puso sobre la mesa otras objeciones que pueden efectuarse a Roxin en este punto: ¿Cuáles son los parámetros *in casu* para establecer la probabilidad de producción del resultado? Entre ellos: estructura interna de la organización; situación general y específica de seguridad; gravedad del delito perseguido; naturaleza del objeto de la conducta; medidas de protección especiales; y las circunstancias de modo, tiempo y lugar. Según el conferencista, la “probabilidad” a la cual alude Roxin, se da también en casos de instigación.

Así las cosas, el Prof. Orozco expuso algunas contradicciones internas que se presentan entre la teoría tradicional del dominio del hecho propugnada por Roxin y su concepción del dominio por organización respecto de las fronteras de la intervención delictiva. De esta forma, presentó dos constelaciones de casos: a) mutaciones de instigación a autoría mediata: uso de los “servicios” de delincuentes profesionales; b) conversiones de autoría mediata en instigación: hay una baja probabilidad en estos supuestos de producción del resultado típico en ciertos casos de coacción.[6]

En conclusión, la exposición del Prof. Orozco nos permite vislumbrar algunos déficits (de carácter interno) e inconsistencias (intrasistemáticas) en la teoría de Roxin de la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder. Al mismo tiempo, el Prof. Orozco alertó acerca de la necesidad y relevancia del planteamiento y robustecimiento de nuevos modelos teóricos que permitan captar de mejor manera los grados de intervención delictiva.

[6] Este tema es abordado con mayor profundidad en su artículo relacionado con la ponencia: “(...) la probabilidad de producción del resultado en el caso de un instigador que toma las medidas necesarias para una fácil realización típica por parte del ejecutor puede ser tan alta como en el caso de un organizador que emite una orden delictiva. Bajo determinadas circunstancias es posible incluso que un instigador tenga una mayor probabilidad de producción del resultado que el comandante de un grupo armado ilegal con miles de miembros, como cuando este ordena asesinar un miembro del Gobierno que cuenta con un robusto esquema de seguridad (piénsese por ejemplo en congresistas, ministros y presidentes)”. Orozco López, Hernán D. (2021). op. cit., pp. 261-262.

Finalmente, destacó Orozco que esta tesis le ha dado a Roxin renombre no solo en el mundo iberoamericano sino también en el ámbito del Derecho Penal Internacional; aunque remarcó que ello no obsta a que se den a conocer tanto sus inconsistencias como otras posibles objeciones.

### **Segunda ponencia abierta: “Exclusión social y criminalidad: Sobre la legitimidad del Derecho penal en sociedades inestables” (martes 31 de octubre de 2023).**

En esta segunda ponencia, el Prof. Hernán Orozco expuso sobre si el castigo puede ser legítimo en sociedades inestables. Este tema había sido trabajado por el conferencista en su contribución al *“Libro homenaje a Alfonso Reyes Echandía en el nonagésimo aniversario de su nacimiento”*.<sup>[7]</sup> La ponencia tuvo el objetivo de resolver el siguiente interrogante: *¿Cómo reaccionar frente a los excluidos sociales que llevan a cabo conductas delictivas?* Para ello, el Prof. Orozco sugirió un análisis en dos niveles: el primero, el tratamiento de los excluidos sociales en la literatura penal; el segundo, una propuesta de solución para el caso colombiano.

#### ***a.- El tratamiento de los excluidos en la literatura penal***

Para comenzar, el Prof. Orozco expuso sucintamente las diversas posiciones teóricas acerca de la legitimación del castigo penal a personas socialmente excluidas. En primer lugar, comenzó por el **enfoque tradicional (teoría del bien jurídico)**. Esta tesis postula que el Derecho penal es legítimo y puede ser aplicable a todas las personas, independientemente de las circunstancias políticas, sociales y económicas, o de pobreza.

Respecto de los argumentos a favor de esta tesitura, el Prof. Orozco mencionó que configura un enfoque garantista, y, al mismo tiempo, hace frente al riesgo de desintegración social. Aunque esta tesis no está exenta de objeciones; así, Orozco señaló que en rigor de verdad tiene un *“precio muy alto en términos de legitimidad”*. Desde la literatura anglosajona también se le han efectuado críticas a esta teoría; en este punto, el Prof. Orozco resaltó los denominados *“argumentos de la hipocresía y la complicidad”*. Si el Estado pretende responsabilizar penalmente a una persona por una conducta delictiva, pierde la potestad de hacerlo si *ex ante* se liberó de sus obligaciones.

En segundo lugar, el Prof. Orozco aludió a las teorías de **Silva Sánchez y Cigüela**, sobre las nociones de *“deberes naturales y obligaciones adquiridas”*. Éstas señalan que, para que la pena sea legítima, debe existir un vínculo entre la sociedad y el infractor. En base a la tesis de Silva Sánchez, describió Orozco que es posible identificar dos tipos de deberes de

[7] Orozco López, Hernán D. (2022). “Exclusión social, criminalidad y reacción estatal” en Orozco López, Hernán D.; Reyes Alvarado, Yesid; Ruiz López, Carmen E. (Eds.) (2022). Libro homenaje a Alfonso Reyes Echandía en el nonagésimo aniversario de su nacimiento, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 167-207.



naturaleza diferente con consecuencias jurídicas diversas: los deberes naturales y las obligaciones adquiridas. De este modo, Orozco estableció la siguiente fórmula si se quiere para sistematizar esta tesis: *“vínculo político fuerte (ciudadanía) = legitimidad de la pena”*.

El Prof. Orozco destacó como principales aspectos positivos de este conjunto de teorías el esfuerzo de fundamentación —desde el punto de vista de la filosofía política— de la ilegitimidad de la pena en determinadas circunstancias; asimismo, remarcó que es una propuesta para reflexionar acerca de posibles vías para procesar teórico-penalmente las situaciones de exclusión social.

Sin embargo, estas tesis están sometidas a serios reparos: no presentan contornos claros entre *mala in se* y *mala quia prohibita*; y tienen un problema de fundamentación de base sobre la existencia de deberes previos e independientes de la existencia de una comunidad jurídica cuya infracción pueda ser sancionada penalmente.

En tercer lugar, el Prof. Orozco habló del concepto de **semi-ciudadanía y Derecho penal**, tesis de **Coca Vila e Irarrázaval**. Estos autores, en palabras del expositor, parten de las *“virtudes del Derecho penal del ciudadano”* o, en otras palabras, de una *estricta legitimación política del Derecho penal*. Por ello, únicamente consideran legítimo el despliegue del *ius puniendi* estatal cuando exista un vínculo de naturaleza política entre el agente infractor y el Estado.

Ahora bien, en relación con los problemas básicos de los modelos del Derecho penal del ciudadano, el Prof. Orozco también se refirió a las dos objeciones principales que mencionan Coca Vila e Irarrázaval: a) concepto binario de ciudadanía, en donde se distinguen *“ciudadanos de no-ciudadanos”*; y b) en esta línea y vinculado al punto anterior, una rígida división entre pena para ciudadanos y medidas preventivas para los demás individuos.

En particular, respecto de las objeciones más relevantes a la tesis de Coca Vila e Irarrázaval, el Prof. Orozco destacó la falta de identificación de los elementos esenciales del concepto tipológico, la falta de criterios para contornear los niveles de intensidad de los elementos del concepto de ciudadanía, y la falta de análisis del problema de la compensación (interconexión entre estos elementos).

En cuarto lugar, el Prof. Orozco describió la postura de **Pawlik**, bajo el título **“deber de cooperación y exclusión social”**. Según Pawlik, la pena es la respuesta al injusto penal, el cual consiste en la infracción del deber de cooperación frente a la comunidad en Derecho. La legitimidad del deber de cooperación está basada en la idea de libertad. Según Pawlik, y

en palabras de Hernán Orozco, los excluidos no se han beneficiado de las prestaciones estatales básicas, y, en razón de ello, no son destinatarios idóneos del deber de cooperación. [8]

En cuanto a los principales déficits de esta teoría, Orozco subrayó: a) La falta de claridad sobre la naturaleza de las prestaciones estatales que legitimarían el deber de cooperación; b) La carencia en delinear de forma más precisa los contornos del grupo de los excluidos sociales; y c) La ambigüedad del criterio de la “*defensa ante peligros*”.

Ahora bien, en base a la tesis de Michael Pawlik, la imposición de pena a excluidos sociales no constituye un genuino Derecho penal. Ergo, Orozco formuló el siguiente interrogante: *¿Cómo concebir la relación entre el Estado y los ciudadanos excluidos?* Para resolverlo, Pawlik plantea una estrategia de carácter mixto o bicéfalo, que podría ser esquematizada bajo esta fórmula: **reforma social + sanciones orientadas por la idea de la defensa ante peligros.**

#### ***b.- Propuesta de solución del Prof. Orozco para el caso colombiano***

Ahora bien, luego de esta primera parte de la ponencia, descriptiva de las teorías acerca de la legitimación del Derecho penal en casos de excluidos sociales, el Prof. Orozco planteó una propuesta de solución aplicable al caso colombiano. Para ello, retomó la idea de Pawlik acerca de que los modelos de interpretación social no son de ninguna manera atemporales, sino que varían dependiendo del tiempo en el cual se escriben.

Retomando la discusión con las teorías y modelos analizados previamente, Orozco se interrogó: **¿Basta que el Estado garantice la protección negativa de sus ciudadanos o son necesarias, además, otras prestaciones de naturaleza positiva? ¿Cuál o cuáles prestaciones estatales legitiman el Derecho penal en el caso colombiano? ¿Es suficiente para la legitimación del Derecho penal con la prestación de protección negativa, o son necesarias, adicionalmente, otras prestaciones de carácter positivo?** Pareciera que hay una exigencia de determinadas prestaciones positivas a la hora de legitimar el deber de cooperación, y con ello, la pena. Va de suyo que la conceptualización de la prestación de protección negativa implica la existencia de autoridades encargadas de la prevención de las esferas jurídicas de los ciudadanos, y por otra parte la existencia de instituciones encargadas de la sanción de las infracciones cometidas. Según Orozco, las prestaciones estatales positivas no son necesarias para la legitimación del Derecho penal en el caso colombiano —de lo contrario, se pondría en tela de juicio su aplicación en un mayor número de casos—.

[8] Destacó el Prof. Orozco que Pawlik se ha ocupado expresamente del problema de los excluidos sociales en su contribución en el libro homenaje al Prof. Dr. Dr. Marcelo Sancinetti. También se encuentra publicada en español: Pawlik, Michael (2022). *El deber de cooperación ciudadano en derecho penal y la posición de los excluidos*, Trad. Orozco López, Hernán D., Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Ahora bien, luego de delinear de forma positiva el ámbito del Derecho penal, Orozco describió su propuesta, a la que llamó “**Modelo sancionatorio alternativo aplicable a los excluidos sociales**”. Sin más, aclaró *prima facie* la determinación ex negativo del ámbito en el cual el Estado (colombiano) no puede ejercer legítimamente el poder punitivo, a saber, la falta o deficiencia grave de protección jurídica —en otras palabras, cuando la protección jurídica es muy deficiente o prácticamente nula—.

Orozco sostiene que es necesario un modelo alternativo para excluidos sociales —situaciones de ausencia estatal en las que no rige de forma real y efectiva el ordenamiento jurídico—. En esta línea, reconoció que en Colombia el Estado ha fracasado parcialmente en sectores específicos. Por lo tanto, un objetivo primordial del Estado es la *(re-)construcción social y estatal* en estos sectores. Algunas de las medidas necesarias para lograrlo son: el desarme y la desmovilización de los combatientes, la garantía de seguridad y paz en todo el territorio, la reactivación de la economía, y la restauración del imperio de la ley.

Particularmente en el caso que nos atañe en la ponencia reseñada, Orozco proyectó el siguiente interrogante: **¿Cuál es el objetivo específico de la reacción estatal en contra de los excluidos sociales?** Expuso que el objetivo es brindar un aporte a la reconstrucción de un orden jurídico de paz. Esto se logra, sugirió Orozco, mediante una sanción que satisfaga las pretensiones de justicia de las víctimas sumado a la demostración del rechazo de comportamientos graves para la sociedad; con ello, se intenta transmitirle a la sociedad en su conjunto un mensaje, que deben respetarse determinados estándares mínimos de convivencia, a fin de lograr la convivencia pacífica en un futuro.[9] Estas pautas mínimas de convivencia no implican *per se* una afectación grave de las personas sometidas a este régimen. Este modelo se orienta a la teoría de la pena de la prevención general.

En cuanto a los límites de esta sanción, orientada por el paradigma de la prevención general, bosquejó el Prof. Orozco que: a) Los excluidos sociales, como parte integral de la comunidad, merecen el mismo respeto que sus conciudadanos. Esto conlleva la prohibición de las penas indeterminadas o inhumanas; y b) La posibilidad de desarrollar un criterio limitador similar al principio de culpabilidad del Derecho penal *in stricto sensu*. Esto implica que no es posible sancionar a los excluidos de forma más drástica de lo que estaría permitido por el principio de culpabilidad.

Por último, y a modo de conclusión, Orozco sostuvo que a fin de que la sanción pueda ser legítima también respecto de los excluidos sociales es necesario que sea parte de un programa de reconstrucción social y estatal. Ello no significa que se los sanciona con la finalidad de otorgarles un “*beneficio*”, sino que se trata de medidas de política social (prevención especial positiva), de carácter innovativo, orientadas a fomentar la integración social de los excluidos sociales.

[9] Orozco López, Hernán D. (2022). op. cit., p. 202.

## **Colaboraron en este número**

Marcelo David Lerman

Mario Villar

Jeremías Brusau

Silvina Alonso

Franco E. Almirón

Agustina Lara Martínez

María Victoria Dorso Medina

Diseño original: Lucía Montenegro