



**EL CASTIGO DE LA IMPRUDENCIA INCONSCIENTE: UNA LECTURA DESDE
EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO**

DANNA FERNANDA ESPITIA JIMÉNEZ

Monografía para optar al título de abogada

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA

MEDELLÍN

2022

El castigo de la imprudencia inconsciente: una lectura desde el Estado social y democrático de derecho

Danna Fernanda Espitia Jiménez¹

Resumen

El tratamiento de la imprudencia inconsciente ha significado un problema recurrente en cada una de las concepciones de la culpabilidad planteadas a lo largo de la evolución de los esquemas de la teoría del delito, por las dificultades que apareja la justificación de su punición. El actual entendimiento mayoritario de la culpabilidad como un constructo eminentemente normativo no ha logrado aún dar una explicación satisfactoria al fenómeno de la imprudencia inconsciente, y ha agravado los problemas de indeterminación y abstracción propios del mismo.

Esta monografía pretende analizar la imprudencia inconsciente a la luz del concepto material de culpabilidad que exige el Estado social y democrático de derecho, en aras de determinar si en el sistema penal colombiano puede justificarse legítimamente el castigo de los imprudentes sin representación.

Palabras clave: Imprudencia inconsciente o sin representación, culpabilidad, deber objetivo de cuidado, Estado social y democrático de derecho.

¹ Estudiante de Derecho, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia. Monografía presentada para optar al título de abogada. Correo electrónico: danna.espitia@udea.edu.co

Índice

	Pág.
Introducción.....	4

Capítulo I. Culpabilidad

1. Concepto de culpabilidad.....	6
1.1. La culpabilidad en la teoría analítica del delito: evolución del concepto.....	8
1.1.1. Concepción psicológica de la culpabilidad.....	9
1.1.2. Concepción psicológico-normativa de la culpabilidad.....	11
1.1.3. Concepción normativa de la culpabilidad.....	16
1.1.4. Concepciones alternativas de la culpabilidad.....	17
1.1.4.1. Reemplazo de la culpabilidad.....	18
1.1.4.2. Revisión de la culpabilidad.....	20
1.2. Concepto unitario de culpabilidad.....	23
1.2.1. La función de protección del Estado social y democrático de derecho.....	27
1.2.2. La función preventiva del sistema penal.....	36
1.2.3. Principio de la dignidad humana.....	43
1.2.4. Garantías que conforman el principio justificador de la <i>dignidad humana</i> : el camino hacia la <i>asequibilidad normativa</i> como contenido material de la culpabilidad.....	48
1.2.5. La <i>asequibilidad normativa</i> y el <i>poder actuar de otro modo</i> : libertad, voluntad y dignidad.....	62

Capítulo II. Imprudencia inconsciente

2. Concepto de imprudencia inconsciente.....	72
2.1. Clases de imprudencia.....	75
2.2. Elementos del tipo imprudente.....	76

2.2.1. Elementos del tipo imprudente según la concepción tradicional.....	77
2.2.1.1. Acción normativa y finalidad.....	78
2.2.1.2. Deber objetivo de cuidado.....	84
2.2.1.3. Resultado lesivo.....	88
2.2.1.4. Nexo de determinación.....	94
2.2.1.5. Previsibilidad del resultado.....	97
2.2.2. Elementos del tipo imprudente según la teoría de la imputación objetiva..	100
2.2.2.1. Creación de un riesgo no permitido o jurídicamente desaprobado.....	102
2.2.2.1.1. Normas jurídicas.....	103
2.2.2.1.2. Normas técnicas y <i>lex artis</i>	104
2.2.2.1.3. Figura parámetro diferenciada.....	105
2.2.2.1.4. Deberes de información y omisión.....	107
2.2.2.1.5. Ponderación de riesgos y beneficios.....	108
2.2.2.1.6. Principio de confianza.....	108
2.2.2.2. Fin de protección de la norma.....	110
2.2.3. Diferencias entre ambas concepciones del tipo imprudente.....	111

Capítulo III. Conclusiones

3. Conclusiones: análisis crítico de la imprudencia inconsciente a la luz del principio y concepto unitario de culpabilidad.....	115
3.1. El concepto unitario de culpabilidad como justificación intrasistémica del Derecho Penal en el Estado social y democrático de derecho.....	116
3.2. El contenido material de la culpabilidad en el Estado social y democrático de derecho.....	118
3.3. La ausencia de imputación subjetiva en la imprudencia: problemas de fundamentación de la punibilidad y determinación del ámbito de lo punible....	119
3.4. La necesidad del castigo de los imprudentes y las justificaciones ofrecidas....	121
3.5. Una propuesta de despenalización.....	123
Referencias bibliográficas.....	125

Introducción

Razón tenía Schünemann al afirmar en 1975 que “los delitos imprudentes habían pasado de ser hijastros a convertirse en hijos favoritos de la dogmática penal” (citado en Roxin, 2013, pág. 184), pues luego de haber sido descuidados por largo tiempo, la imposibilidad explicativa de la teoría psicológica de la culpabilidad respecto de la imprudencia inconsciente ocasionó un revuelo en la dogmática jurídico penal y obligó a buscar soluciones al problema de la imprudencia en los terrenos de la culpabilidad.

Desde entonces, la justificación de la pena para las conductas imprudentes dejó de ser un problema secundario del Derecho Penal y se convirtió en uno de los problemas especiales de la culpabilidad, sirviendo de catalizador para la constante reinención de este principio y categoría jurídico-penal, a la par de la evolución de las teorías analíticas del delito. No obstante, los esfuerzos teóricos de las escuelas de pensamiento dogmático penal parecen ir dirigidos más hacia la explicación del fenómeno de la imprudencia como algo “natural”, que hacia la comprobación de su validez y legitimidad dentro del sistema; por ende, al sol de hoy aún no se ha ofrecido una respuesta completamente satisfactoria para este problema, y permanecen muchas dudas sobre la justificación del castigo penal de los imprudentes.

La presente monografía se propone abordar el problema de la justificación penal en la imprudencia inconsciente, a partir de su confrontación con el principio de culpabilidad dentro del marco referente conformado por el modelo organizativo del Estado social y democrático de derecho colombiano, bajo el entendido que la legitimidad del sistema penal va determinada necesariamente por la legitimidad del Estado mismo como monopolio de la potestad punitiva. Por ende, la pregunta problema que marca el rumbo de la investigación es: visto desde el concepto material de culpabilidad que exige el Estado social y democrático de derecho, ¿es posible justificar el castigo penal de la imprudencia inconsciente?

Con el propósito de averiguarlo, el primer capítulo de este escrito se dedica al estudio del concepto de culpabilidad y las múltiples perspectivas teóricas desde las que ha sido entendida; tanto las propuestas causalistas naturalistas defensoras del libre albedrío y los sistemas retribucionistas de la pena, como el extremo opuesto basado en el determinismo, los sistemas preventivistas y la culpabilidad como juicio normativo. Luego, situado en medio de

los polos ideológicos, se propone una noción de culpabilidad que concilie ambas perspectivas bajo un concepto unitario, que refleje fielmente los postulados filosóficos que justifican el ejercicio del *ius puniendi* en el Estado social y democrático de derecho; y constituya un concepto lo suficientemente sólido como para servir como punto de partida del análisis subsecuente de la imprudencia inconsciente, en orden a legitimar o deslegitimar su existencia en nuestro ordenamiento penal.

Luego, el segundo capítulo plantea el estudio de la figura de la imprudencia en general - haciendo énfasis en la modalidad inconsciente o sin representación-, sus clases y elementos, tanto desde la concepción tradicional que se identifica con el esquema finalista del delito, como desde la teoría de la imputación objetiva desarrollada por la escuela funcionalista. Ello, en aras de descubrir qué elementos de la imprudencia contradicen el contenido material del concepto unitario de culpabilidad, y por qué ha sido tan cuestionada su legitimación dentro del sistema penal.

Finalmente, en el capítulo de cierre se presentan las valoraciones críticas que cabe formular respecto de la institución de la imprudencia inconsciente a la luz del principio y concepto unitario de culpabilidad reconstruido en el primer capítulo, señalando los aspectos más problemáticos de esta modalidad de realización de la conducta típica, y cuestionando la legitimidad de su punición en el marco de las garantías y libertades que supone un Estado social y democrático de derecho.

Capítulo I: Culpabilidad

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

Eugenio Raúl Zaffaroni, Tratado de Derecho Penal, 1981.

1. Concepto de culpabilidad

En la historia humana reciente, a tono con la consolidación de los estados modernos y la creciente preocupación ilustrada por la protección de los derechos humanos, se ha instaurado con firmeza el estudio del delito a partir de estructuras sistémicas de pensamiento que, como un engranaje lógico, permitan la “elaboración de los presupuestos necesarios para la imposición de consecuencias jurídico-penales de naturaleza aflictiva” (Terradillos Basoco, 2002, pág. 1). Estos presupuestos son los elementos de la teoría del delito que, organizados en una secuencia, establecen las condiciones objetivas y subjetivas que mínimamente deben comprobarse para atribuir responsabilidad penal en virtud de la realización de la conducta antijurídica denominada *delito*.

Uno de los elementos del delito más complejos y cuestionados es el de la *culpabilidad*, que recoge los atributos referidos al autor del delito que no pertenecen a la tipicidad o a la antijuridicidad, y cuya delimitación teórica ha propiciado la constante reestructuración de la sistemática del delito a lo largo de la evolución de la dogmática penal, llegando incluso a proponerse, en las últimas décadas, su abandono o reemplazo por un elemento distinto. Al respecto, Ferrajoli señala que la consolidación definitiva del monopolio estatal de las fuentes de derecho ha eclipsado la necesidad de justificar la existencia del sistema penal a partir de sus fundamentos extrajurídicos -de los que, como se verá, hace parte la culpabilidad-; puesto que “[e]l derecho positivo vigente, reafirmado ahora como único derecho existente, ha

llegado a ser para la cultura jurídica algo «natural» que hay que conocer o como mucho explicar, y no ya justificar o deslegitimar. Y el problema de la justificación, es decir, de los límites y fundamentos morales y políticos del derecho penal, ha sido, más que apartado, descartado” (1995, pág. 226), lo que puede explicar en alguna medida el fenómeno del *vaciamiento de la culpabilidad*².

Sin embargo, como anota Terradillos Basoco (2002, pág. IX), la trascendencia de la categoría de la culpabilidad reside en que de ella se han hecho derivar importantes consecuencias materiales, relacionadas en gran medida con la protección de los derechos fundamentales y la dignidad humana; de allí que su estudio y delimitación teórica sea una necesidad en los sistemas penales de los estados constitucionales y democráticos, que no se satisface con una noción simplemente formal y exige la elaboración de un concepto material de la culpabilidad, que pueda satisfacer la función crítica del sistema normativo que se atribuye a la dogmática jurídica y sirva de trinchera ante el abuso del poder estatal.

Stratenwerth (1977), citado por Bustos Ramírez y Hormazábal Malarée (2006), describe perfectamente por qué es importante definir materialmente el concepto de culpabilidad y la cuestión filosófica que ello entraña:

Tenemos que examinar qué es lo que sucede realmente, *cuando tratamos a un hombre como contraventor al derecho*. Y esto no en primer lugar por un interés de conocimiento abstracto o en virtud de la perfección de procesos de dirección social, *sino en razón de que nosotros debemos responder frente al afectado por una sanción jurídico-penal, de lo que le hemos irrogado*. (Stratenwerth, 1977, citado en Bustos Ramírez & Hormazábal Malarée, 2006, pág. 432).

En especial en lo que respecta a la imprudencia inconsciente, pues su tratamiento en el estado de cosas actual de la dogmática penal reviste ciertos inconvenientes teóricos a la luz del

² El término *vaciamiento de la culpabilidad* hace referencia a la paulatina migración de los elementos subjetivos de la culpabilidad hacia otras categorías del delito, lo que de contera implica una excesiva normativización del concepto. Este término también puede referir a la denominada crisis de la culpabilidad que atraviesa la dogmática penal contemporánea, en tanto teorías recientes han tratado de prescindir del elemento de la culpabilidad en el sistema penal, reemplazándolo por otro o sustituyendo su contenido material, como se verá *ut infra* 1.1.4.

elemento de la culpabilidad, que sólo pueden ser develados mediante la contrastación de ambos conceptos. En busca de escapar a la incertidumbre que supone la crisis de la culpabilidad, este escrito pretende precisar un concepto lo suficientemente sólido de este principio, que pueda servir como punto de partida y referencia para el estudio crítico de la imprudencia inconsciente, en orden a justificar o deslegitimar su existencia en nuestro ordenamiento penal.

La primera parte de la presente monografía estará dedicada, entonces, al estudio de la culpabilidad como principio jurídico y político criminal y como categoría dogmática, a partir del análisis de su contenido material, componentes y evolución conceptual.

1.1. La culpabilidad en la teoría analítica del delito: evolución del concepto

Para abordar la definición del concepto de culpabilidad es necesario referir en primera medida a las elaboraciones teóricas que han precedido nuestros esfuerzos, en orden a construir un panorama general alrededor de este concepto. Para ello se presentan a continuación algunas de las definiciones de la *culpabilidad* que han sido ofrecidas a lo largo de la evolución de la teoría analítica del delito, señalando tanto las marcadas corrientes que han encauzado esta empresa, como algunos de los dogmáticos que han contribuido en ella.

Durante la vigencia de la teoría analítica del delito, el concepto de culpabilidad ha venido mutando a la par con la estructura misma del delito y sus categorías, al punto en que los problemas especiales de la culpabilidad pueden considerarse los principales catalizadores de dicha evolución dogmática. Ello evidencia el papel central que tiene la culpabilidad en la idea del delito, pese a que su consagración en los ordenamientos modernos no ha sido tarea pacífica. Parafraseando a Ferrajoli (1995, pág. 488), luego de superar los turbios modelos de responsabilidad objetiva y ser consagrada como principio del derecho penal romano en una ley de Numa Pompilio, la noción de culpabilidad pervivió hasta la compilación justiniana, traspasando luego a la tradición cristiana, hasta ser recogida por el pensamiento penal ilustrado y reelaborada por la dogmática del siglo XIX en el concepto de culpabilidad que

hoy conocemos como estandarte del derecho penal moderno y cuya continuidad está en peligro.

Según explica Ferrajoli, “desde fines del siglo pasado se viene produciendo una crisis regresiva de la categoría de la culpabilidad, empañada o negada en distintas formas, en sede teórica y normativa, por obra de doctrinas y ordenamientos autoritarios que tienden a flanquearla, a integrarla o a sustituirla por la «peligrosidad» del reo o por otros medios de calificación global de su personalidad, como son la capacidad para delinquir o la culpa de autor” (1995, pág. 488); amenazas al principio de culpabilidad, entre las que incluiríamos también los modelos de culpabilidad estrictamente normativa que pretenden desplazar el entendimiento tradicional de este concepto como nexo psicológico. Este es el fenómeno de transfiguración conceptual al que hoy asistimos en la dogmática jurídico penal, denominado por algunos como el *vaciamiento de la culpabilidad*, y que, en todo caso, debe ser sorteado en el presente apartado, en aras de anclar un concepto sólido de culpabilidad que sirva como punto de partida para las reflexiones objeto de este estudio.

1.1.1. Concepción psicológica de la culpabilidad

Los orígenes del concepto de culpabilidad como juicio de imputación subjetiva se remontan, en principio, al Derecho Romano y, más adelante, al liberalismo decimonónico del s. XIX, luego de haber sido retrasado su desarrollo en el “paréntesis medieval” (Pérez Manzano, 1986, pág. 73). No obstante, la introducción precisa de la categoría en el sistema jurídico penal se atribuye al positivismo normativista de Merkel y Binding (Velásquez Velásquez, 1993, pág. 2) en desarrollo de las formulaciones de von Ihering en el derecho civil, quien señaló “que los hechos podían ser objetivamente lícitos o ilícitos [...] es decir, independientemente de la relación moral del sujeto con ellos” (Agudelo Betancur, 2011, pág. 48), sembrando con ello el camino para la dualidad objetivo-subjetiva que marcó los inicios de la teoría del delito.

Posteriormente, el positivismo naturalista-causalista de von Liszt y Beling traslada el planteamiento de von Ihering al Derecho Penal y distingue en el delito una parte puramente

objetiva (el injusto) y otra subjetiva (la culpabilidad) (Agudelo Betancur, 2011, pág. 49). Del positivismo naturalista nace el esquema clásico del delito, que introduce el *concepto psicológico de culpabilidad* bajo una orientación estrictamente subjetiva, es decir, entendida como un nexo psicológico presente entre el autor y su conducta, que puede manifestarse en dos formas o especies, v. gr., el dolo y la imprudencia, y cuya precursora es la imputabilidad.

El concepto psicológico de la culpabilidad dominó la dogmática penal durante el siglo XIX y parte del XX, previo a sucumbir ante dos grandes falencias explicativas.

En primer lugar,

la teoría psicológica no estaba en condiciones de explicar satisfactoriamente la concurrencia de determinadas circunstancias que excluían la responsabilidad, como era, por ejemplo, el caso del estado de necesidad, ni que la atenuaban, como los casos de agotamiento, de emociones violentas, etc. Es decir, dicha teoría no era capaz de fundamentar una graduación de la culpabilidad. (Bustos Ramírez & Hormazábal Malarée, 2006, pág. 423).

En segundo lugar -y más relevante para los propósitos de este escrito-, la teoría psicológica no podía explicar satisfactoriamente la imprudencia, en especial la inconsciente, en tanto en ella no existe relación psíquica alguna entre el autor y su conducta, dificultando la configuración de “un concepto superior de culpabilidad que englobara tanto el dolo como la culpa” (Bustos Ramírez & Hormazábal Malarée, 2006, pág. 423), del mismo modo en que el concepto de injusto del naturalismo causalista, construido sobre la acción, dificultaba la explicación satisfactoria de la omisión.

Por ende, Kohlrausch (1910) llegó a afirmar que la imprudencia inconsciente no es una representación de la culpabilidad y no tiene cabida en el campo penal (Bustos Ramírez & Hormazábal Malarée, 2006, pág. 423), mientras que Radbruch (1904) “encontró dificultades en concebir la imprudencia en un sentido estrictamente psicológico, por lo que se ve abocado a añadir un elemento normativo en su teoría: la desviación del autor respecto del cuidado debido del hombre medio” (Pérez Manzano, 1986, pág. 75), dando inicio al tránsito de la teoría psicológica a la normativa.

Este tránsito se explica, según Pérez Manzano, en el “paulatino destierro del positivismo y la toma en consideración de la filosofía de los valores y la ética kantiana que tiene como consecuencia un cambio en el método dogmático, sustituyéndose la deducción lógica y la clasificación por fórmulas éticas y juicios de valor” (1986, pág. 75), como una causa exógena; mientras que las insuficiencias explicativas respecto de fenómenos especiales de la culpabilidad como la imprudencia y el estado de necesidad posibilitaron el tránsito desde una perspectiva endógena.

No obstante, antes de la formulación de la teoría normativa pura de la culpabilidad, se realizaron varios planteamientos ubicables en un punto intermedio entre la concepción psicológica y la normativa, en especial, porque todavía consideraban el dolo y la imprudencia como elementos de la culpabilidad. A estos planteamientos se les ha acuñado la denominación de teoría psicológico-normativa de la culpabilidad. De acuerdo con Pérez Manzano, “el tránsito de la teoría psicológica a la normativa no es una evolución coherente y lineal hacia un objetivo previamente determinado, sino el fruto de pequeños avances y hallazgos que tiene como aglutinante la paulatina introducción de cada vez mayores dosis de valoración o normativismo en la culpabilidad” (1986, pág. 76).

1.1.2. Concepción psicológico-normativa de la culpabilidad

La *teoría psicológico-normativa* supone un cambio de método en la determinación de la culpabilidad, que culmina con la formulación de la teoría normativa pura. Esta concepción está marcada por la introducción de pautas de valor de contenido ético o jurídico que completan el juicio de culpabilidad, como la noción de *reproche* planteada por Frank en 1907 (Bustos Ramírez & Hormazábal Malarée, 2006, pág. 424). Apoyado en los problemas explicativos de la teoría psicológica de la culpabilidad, Frank critica el entendimiento causalista naturalista y sostiene que el concepto de culpabilidad no se agota en el mero vínculo psicológico, dado que “muchas veces había nexos psicológicos entre el autor y el hecho y [...], sin embargo, no se podía decir que hubiera culpabilidad” (Agudelo Betancur, 2011, pág. 76), como en el estado de necesidad, y viceversa, como en la imprudencia inconsciente.

En consecuencia, para Frank y los defensores del esquema neoclásico del delito la culpabilidad está conformada por (i) la imputabilidad, que deja de ser un presupuesto para convertirse en uno de sus elementos, (ii) el nexo psicológico entre el autor y el hecho, que se presenta como el dolo y la imprudencia, los cuales pasan a ser elementos de la culpabilidad, en vez de formas o manifestaciones de la misma, y (iii) las circunstancias bajo las cuales actúa el autor, que se reúnen en el concepto superior de la *reprochabilidad* (Velásquez Velásquez, 1993, pág. 5) y se expresan de forma negativa como causales de exclusión de la culpabilidad. La importancia que Frank dispensa a las circunstancias individuales del autor al momento de la realización del hecho proviene del entendimiento según el cual “frente a una misma constatación de vinculación psicológica entre autor y hecho, podía haber diferentes grados de culpabilidad según las circunstancias” (Agudelo Betancur, 2011, pág. 76), es decir, que la culpabilidad puede ser graduada en atención a criterios extrínsecos sin que por ello se niegue la existencia del vínculo psicológico.

Así, la reprochabilidad pasa a complementar el juicio de culpabilidad, que ahora se perfila no como un “fenómeno psicológico que existe en la cabeza del autor, sino la resultante de una valoración que hace el juez, según la cual, quien infringe la ley bien pudo no infringirla, es decir, la culpabilidad existirá cuando el sujeto estaba frente a una situación normal de motivación que hacía posible obedecer la prescripción del derecho y no lo hizo” (Agudelo Betancur, 2011, pág. 77). De acuerdo con esto, las circunstancias a las que hace referencia el concepto de reprochabilidad, y que sirven como criterios de graduación de la culpabilidad, aluden a las posibilidades que tiene el infractor de obedecer la prescripción de la norma penal pero que, según la teoría psicológico-normativa, van más allá del nexo psicológico. Frank se apoyó en las decisiones judiciales de casos emblemáticos de la jurisprudencia penal europea y anglosajona para demostrar la importancia de las circunstancias concomitantes en el análisis de la culpabilidad, como los casos de naufragio del yate *Mignonette* en 1884³, la

³ Lo relata Agudelo Betancur en Curso de Derecho Penal (2011): “El caso Mignonette es bien conocido: el capitán y el timonel del yate Mignonette fueron acusados de haber matado a un grumete, Parker, de unos 17 años, y de habérselo comido luego. Habían quedado náufragos en alta mar a 1.600 millas del cabo de la Buena Esperanza sin provisión de agua y sin comida. Uno de los acusados había propuesto que la suerte de los dados definiera quién debía morir, pero el otro no quiso. Ambos, para no ser víctimas alegaban tener familia, fue entonces cuando se mató al joven que yacía sin capacidad de ofrecer resistencia alguna: la carne les duró 4 días; luego los avistó un barco y los salvó.” (Agudelo Betancur, 2011, pág. 78).

embarcación *La Medusa* en 1816 y el navío *William Brown* en 1841⁴, en relación con el fenómeno del estado de necesidad, y el caso *Leinenfänger* o *Caso del caballo resabiado*⁵ en relación con el problema de la imprudencia.

A partir del análisis de estos casos, Frank se percató de que las circunstancias especiales bajo las que se encontraba el infractor en el momento crítico deben ser traídas a la culpabilidad, dado que influyen sobre su capacidad de obedecer el derecho, disminuyéndola o sustrayéndola del todo. De esta forma se introduce la posibilidad de graduación de la culpabilidad que estaba vetada a la concepción psicológica, dado que, de acuerdo con Frank, si se acepta el estado de necesidad como una causal de inculpabilidad, “se está obligado a concebir la culpabilidad de manera que ella pueda ser afectada en su existencia, su concurrencia, por las circunstancias en las cuales la acción fue emprendida” (Agudelo Betancur, 2011, pág. 80).

Estas circunstancias fueron refinándose mediante el ejercicio dogmático y jurisprudencial, dando lugar al concepto de *exigibilidad -o no- de otra conducta* y las *causales de exclusión de la culpabilidad*, conforme explican Bustos Ramírez y Hormazábal Malarée:

Frank entiende como elemento de la culpabilidad «el estado normal de las circunstancias en las cuales actúa el autor» [...]. A este planteamiento inicial le va introduciendo modificaciones en las sucesivas ediciones de sus comentarios al Código. Así, comienza a mencionar circunstancias acompañantes normales, luego

⁴ Continúa Agudelo Betancur (2011): “También podríamos mencionar aquí los casos de la embarcación *La Medusa* ocurrido en 1816 y el del navío *William Brown* en 1841. En el primero, se decidió arrojar al mar a los enfermos, para que pudiesen sobrevivir los aliviados. En el segundo, el barco choca contra un banco de hielo: ante la amenaza de que la chalupa, a la que habían logrado subir 23 personas, se hundiera, el capitán primero procedió a arrojar a casi todos los marinos que componían la tripulación y luego tiró al mar 16 pasajeros: antes les concedió unos segundos para que manifestaran su último deseo y para que rezaran; también les quitó la ropa y cubrió con ellas a las mujeres que gemían de frío.” (Agudelo Betancur, 2011, pág. 79).

⁵ “Para FRANK fue muy importante la jurisprudencia del Reichsgericht, tribunal que juzgó el siguiente asunto conocido como el Caso *Leinenfänger* o *Caso del caballo resabiado*: un caballo de tiro tenía el vicio de alzar la cola, y en ella enredar y aprisionar la rienda con lo cual se imposibilitaba su manejo. El patrón ordenó al cochero enganchar el caballo para salir a la calle, pero el trabajador objetó el peligro; entonces, el dueño amenazó con el despido laboral. Salen a la calle y ocurre lo previsible y previsto: se causan lesiones a un peatón. El tribunal absolvió y entre las consideraciones que hizo, afirmaba que no se podía exigir al sujeto otro comportamiento, dado que la desobediencia implicaba para él que perdiera “su colocación y su pan”. (Agudelo Betancur, 2011, pág. 81).

motivación normal y, por último, termina refiriéndose sólo a causas de exclusión de la culpabilidad. (Bustos Ramírez & Hormazábal Malarée, 2006, pág. 424).

Además de Frank, también es necesario señalar el aporte de Freudenthal (1922), quien considera que la esencia del juicio de culpabilidad reside en el concepto de *exigibilidad* pues representa “el desprecio mostrado por el autor quien se ha comportado de determinada manera, a pesar de que podía y debía hacerlo en otro sentido” (Velásquez Velásquez, 1993, pág. 287); de modo que también para este autor, la culpabilidad es un juicio de desaprobación por el comportamiento que se produce en contravía de la norma jurídica, pese a que el autor se hallaba en la posición de actuar conforme a derecho. Sin embargo, como explica Terradillos Basoco (2002, pág. 10), la valoración negativa o desaprobación del juicio de culpabilidad no hace referencia al hecho de que el comportamiento contradiga la norma jurídica, pues eso corresponde al análisis de la antijuridicidad; el desvalor específico del juicio de culpabilidad recae sobre la decisión del sujeto a favor de la conducta antijurídica, pese a que pudo optar por comportarse conforme a derecho.

El posterior aporte de Goldschmidt ayuda a dilucidar con mayor claridad la diferencia que plantea Freudenthal entre la antijuridicidad y la culpabilidad como juicios de desaprobación de la conducta. En 1930, este autor da el paso siguiente en el marco de la influencia de la filosofía neokantiana o filosofía de los valores, mediante la distinción entre norma jurídica (*Rechtsnorm*) y norma de deber (*Pflichtnorm*), la primera es objetiva, general y de carácter imperativo pues regula la conducta externa y su infracción constituye la antijuridicidad, mientras que la segunda, de tipo subjetivo, individual y motivador, va dirigida a la conducta interna y su infracción constituye la culpabilidad (Terradillos Basoco, 2002, pág. 9).

En palabras de este autor, citado por Pérez Manzano, “al lado de cada norma jurídica, que exige al particular conducir su conducta externa, figura una norma no manifiesta que ordena al particular conducir su conducta interna como es necesario para poder corresponder las exigencias impuestas por el ordenamiento jurídico a su conducta externa” (Pérez Manzano, 1986, pág. 77). Entonces, para Goldschmidt el elemento normativo de la culpabilidad está constituido por la norma de deber, que tiene carácter motivador en tanto busca que el sujeto se motive por las representaciones de valor contenidas en las normas y adecue su conducta

en consonancia a ello; por ende, es la contravención a la norma de deber lo que funda el reproche.

Como corolario, el concepto psicológico normativo de la culpabilidad es una postura ecléctica que se ubica a medio camino entre dos posturas diametralmente opuestas, por un lado, el causalismo naturalista del concepto psicológico y, por el otro, el normativismo valorativo del concepto normativo puro que, como veremos, va ampliando la idea de culpabilidad hasta desterrar de ella los atributos psicológicos. En el concepto psicológico normativo, sin embargo, se mantiene la vinculación subjetiva entre el autor y su hecho mediante los conceptos de dolo e imprudencia, y se añade la noción de reprochabilidad a través de las causales de exclusión de la culpabilidad, dando como resultado un concepto mixto o heterogéneo de la culpabilidad.

La siguiente cita de Bustos Ramírez y Hormazábal Malarée (2006) describe con exactitud este punto de la evolución del concepto de la culpabilidad:

En suma, en toda esta evolución de la teoría normativa de la culpabilidad se puede apreciar que sucede algo semejante a lo que ocurre con la teoría de lo injusto. En lo que respecta al injusto, a una base naturalista-causalista se le agrega la teoría de los valores o, dicho de otra forma, al positivismo del siglo XIX simplemente se le agrega el neokantismo de la primera mitad del siglo XX. En la culpabilidad, a una base naturalista-psicológica se le agrega también la teoría de los valores, primero con Frank en forma vaga y difusa y posteriormente con mayor claridad en los autores que le siguen. Con esto se superpone en la culpabilidad un criterio de carácter etizante y de neto corte retributivo; por eso se llega a una posición ecléctica y con ello también a una fundamentación de la pena y de la medida de seguridad. Hay en el derecho penal una vuelta al clasicismo que había sido postergado por las teorías vinculadas al positivismo del siglo XIX. Se le da la espalda, aunque sea con contradicciones internas, a von Liszt y se regresa al normativismo *de Binding*. (Bustos Ramírez & Hormazábal Malarée, 2006, pág. 425).

1.1.3. Concepción normativa de la culpabilidad

El asentamiento de la concepción normativa pura se produce con el desarrollo de la teoría de la exigibilidad y el nacimiento de la doctrina finalista, en la que el elemento de la exigibilidad, introducido por la teoría psicológico-normativa, pasa de ser un complemento al vínculo subjetivo entre autor y hecho para convertirse en el centro del juicio de culpabilidad, que ahora es visto estrictamente desde el punto de vista de la reprochabilidad (Bustos Ramírez & Hormazábal Malarée, 2006, pág. 425).

El planteamiento finalista de Welzel reforma la estructura del delito, desplazando dolo e imprudencia al tipo bajo la noción de acción final y vaciando la culpabilidad de elementos psicológicos, reteniendo en ella únicamente lo de carácter normativo; así, “la culpabilidad no es entonces un tipo psíquico, sino el juicio de valor sobre un tipo psíquico que existe o falta, siendo esencia de la culpabilidad el reproche del proceso volitivo” (Pérez Manzano, 1986). En estos términos, la culpabilidad queda compuesta exclusivamente por elementos de carácter normativo: (i) la imputabilidad, (ii) el conocimiento de la antijuridicidad, que permanece como vestigio del *dolus malus*⁶, y (iii) la exigibilidad de una conducta adecuada a la norma o reprochabilidad, que se manifiesta a través de las causales de exclusión. De esta manera, al haber sido despojada de todos los elementos psicológicos originales de dolo e imprudencia⁷, se erige como una categoría mayoritariamente normativa, es decir, un puro juicio de reproche fundamentado en la exigibilidad.

⁶ Fernández Carrasquilla explica: “Sin duda, tanto en FRANK como en los finalistas la culpabilidad normativa es un *mixtum compositum*, pues el primero mantenía allí al dolo y la culpa y los últimos conservan en tal lugar la imputabilidad (capacidad síquica para comprender la valoración jurídica del hecho típico) y, expeditivamente, también la conciencia de la antijuridicidad, aunque en el último caso con la pretensión de transformarla de conocimiento en posibilidad (valoración) con solo mutar su nombre por el de “potencial conocimiento del injusto”. Pero el conocimiento de la ilicitud había siempre pertenecido al dolo, de tal suerte que lo que con tal nombre se desplazó de la culpabilidad hacia el tipo no fue todo el dolo, sino una parte de él, a saber: la conciencia y voluntad de los nudos hechos, pero no la conciencia de su valor jurídico.” (1982, pág. 956).

⁷ Aunque permanecen en la culpabilidad normativa los elementos de imputabilidad y conocimiento de la antijuridicidad, que claramente hacen referencia a capacidades subjetivas o psicológicas, si se quiere, del agente; puede afirmarse que el juicio de culpabilidad normativo es, en esencia, un reproche del proceso de motivación, es decir, una categoría mayoritariamente normativa, toda vez que el acento ya no está dispuesto sobre la atribuibilidad del hecho desde la perspectiva del autor (juicio declarativo), sino sobre la valoración que realiza el juez sobre la conducta del sujeto (juicio constitutivo), como apuntan algunas de sus críticas.

En palabras de Terradillos Basoco (2002), la modificación finalista del concepto de acción y la estructura del delito permite llegar de modo coherente a la total normativización de la culpabilidad,

en la medida en que se separan de la misma los elementos subjetivos (el objeto de valoración) y queda en ella “únicamente el criterio de la reprochabilidad (la valoración del objeto)”. Si en el concepto normativo de Frank y Goldschmidt se acumulan elementos psíquicos y valorativos, el finalismo habría aportado la perspectiva necesaria para comprender la culpabilidad como puro juicio de valor. (Terradillos Basoco, 2002, pág. 11).

Las líneas generales del planteamiento finalista se han impuesto mayoritariamente en la doctrina, poniendo fin a la evolución conceptual de la culpabilidad con el triunfo de los postulados normativistas inspirados en la filosofía neokantiana y de los valores. Sin embargo, en los últimos años el debate de la culpabilidad se ha intensificado en torno a la pregunta por el libre albedrío; movido, por un lado, por las doctrinas que niegan toda posibilidad de libertad y proponen el reemplazo o abandono de la culpabilidad, y, por el otro, por quienes denuncian el vaciamiento del concepto y reclaman el regreso al clasicismo liberal, además de varias posturas intermedias.

1.1.4. Concepciones alternativas de la culpabilidad

A continuación, se presentan las concepciones alternativas de la culpabilidad más relevantes para el propósito que nos convoca, de la mano de los recuentos doctrinarios realizados por Terradillos Basoco (2002, pág. 12 y ss.) y Bustos Ramírez y Hormazábal Malarée (2006, pág. 428 y ss.); que ubicaremos en dos grupos: (i) las concepciones que sustituyen la culpabilidad, reemplazándola por otro concepto o dándole un significado distinto, y (ii) las concepciones que la mantienen bajo una visión crítica y revisada, complementando el concepto a partir de criterios extrínsecos.

1.1.4.1. Reemplazo de la culpabilidad

Esta postura parte de la afirmación de la indemostrabilidad científica del libre albedrío, lo que impide fundamentar el concepto de culpabilidad sobre la posibilidad de actuar de otro modo, dado que

aunque en abstracto existiera el libre albedrío, lo que en cualquier caso es imposible es demostrar si una persona concreta en una situación concreta ha cometido libremente o no un determinado delito...La conducta depende de tal multitud de elementos que cae fuera de las posibilidades humanas abarcarlos y averiguar cómo han actuado en el caso concreto: un hombre -con sus siempre limitados conocimientos- no puede juzgar a otro hombre. (Gimbernat Ordeig, 1971, pág. 2).

En consecuencia, plantean abandonar el concepto de culpabilidad y reemplazarlo por otro que sirva de criterio para la imputación subjetiva. Uno de los exponentes de esta postura es Gimbernat Ordeig (1971, pág. 14), quien propone sustituir el concepto de culpabilidad por el *principio de necesidad de la pena*, pues considera que este criterio puede fundamentar la pena manteniendo el respeto de la dignidad humana y el derecho penal liberal del Estado de derecho.

Según Gimbernat, la necesidad de la pena como expresión de la función preventiva del Derecho Penal permite fundar consecuencias garantistas equivalentes a las ofrecidas por el principio de culpabilidad, como la innecesariedad de la pena de los inimputables, la exclusión de la responsabilidad objetiva, la relevancia del error de prohibición y la mayor penalidad de los delitos dolosos frente a los culposos (Terradillos Basoco, 2002, pág. 18). Considera, entonces, que mantener el concepto de culpabilidad, controvertido e indemostrable, es pernicioso y conduce a la decadencia de la dogmática penal, como explica con su famosa metáfora de las fichas de dominó:

¿Tiene un futuro la dogmática penal? No lo tiene si se argumenta así: la dogmática penal presupone el derecho penal, el derecho penal presupone la pena, la pena presupone la culpabilidad y la culpabilidad no existe. De esta argumentación se ha admitido aquí el último postulado (la culpabilidad es indemostrable); pero se ha

rechazado que la pena y, por tanto, el derecho penal presupongan la culpabilidad. La conclusión a la que hemos llegado, pues, ha sido, expresándolo con la imagen de las fichas de dominó, ésta: Es cierto que la primera ficha cae, pero en su caída no arrastra a las demás. (Gimbernat Ordeig, 1971, pág. 8).

También a favor del abandono de la culpabilidad se encuentra la doctrina funcionalista de Jakobs, pese a que algunos autores (Bustos Ramírez & Hormazábal Malarée, 2006, pág. 429 y ss.) consideran que no pretende eliminarla sino apenas determinarla a partir de criterios extrínsecos. El funcionalismo sistémico o normativista considera que la culpabilidad “no depende de las vivencias personales del infractor, sino de la necesidad de garantizar un mínimo de orden” (Terradillos Basoco, 2002, pág. 15), construyendo así un concepto de culpabilidad puramente descriptivo y objetivo, en relación directa con los fines de la pena, que en el funcionalismo corresponden exclusivamente al fin de prevención general positiva, en el que la pena es un instrumento de restablecimiento de la vigencia normativa como un ejercicio de fidelidad al derecho.

En estos términos, la culpabilidad es definida como un *déficit de motivación jurídica* que afecta la confianza general en la norma, “en la medida en que esa fidelidad queda debilitada cuando el sujeto puede actuar conforme a las expectativas que su rol genera en los demás y, sin embargo, las frustra mediante un comportamiento contrario a la norma” (Terradillos Basoco, 2002, pág. 16). En este escenario, la culpabilidad no es más que un concepto formal, que “ni siquiera determina cómo está constituido el sujeto a quien se imputa, es decir, lo que se tiene que aceptar como parte de su constitución y lo que se distingue del sujeto en cuanto posible prestación (defectuosa) del mismo” (Jakobs, 1997, pág. 82); por ende, sólo el fin de la pena puede otorgar contenido al concepto de culpabilidad.

Por esta razón se considera que el funcionalismo de Jakobs abandona la culpabilidad, dado que la mantiene como un concepto formal que, cual cascarón vacío, es despojado por completo de su contenido material, reemplazando el reproche de la posibilidad de actuar de otro modo por un concepto estrictamente funcional que tiene como propósito servir al mantenimiento del ordenamiento jurídico antes que describir la capacidad del hombre de asumir responsabilidad por sus actos en el mundo.

1.1.4.2. Revisión de la culpabilidad

Quienes defienden esta postura parten también de una crítica a las bases tradicionales de la culpabilidad, es decir, el libre albedrío y el poder actuar de otro modo, pero, a diferencia de los anteriores, mantienen la noción general de culpabilidad bajo una visión revisada de sus contenidos. En este grupo Bustos Ramírez y Hormazábal Martínez (2006) ubican a Muñoz Conde (1978), quien pese a compartir influencias con Jakobs, se aparta del funcionalismo normativista y redefine la culpabilidad para escapar a la aparente aporía:

O bien hay que aceptar el criterio del poder actuar de otra manera, si se quiere salvar el concepto de culpabilidad, o se tiene con este mismo criterio que negar la culpabilidad como presupuesto de pena... A pesar de todo, considero falso este punto de vista. Se puede salvar el concepto de culpabilidad sin que por ello haya que aceptar el criterio del poder actuar de otra manera, y hay otra posibilidad de fundamentar materialmente el concepto de culpabilidad. (Muñoz Conde, 1978, citado por: Bustos Ramírez & Hormazábal Malarée, 2006, pág. 431).

Muñoz Conde y García Arán (2010, pág. 350) consideran que es posible escapar a la difícil situación de enfrentarse entre dos extremos igualmente cuestionables, relativizando el entendimiento de la libertad que sirve de base al concepto tradicional de culpabilidad, y dotándolo de un contenido distinto, capaz de explicar y limitar de modo racional la imposición de la pena. En primer lugar, afirman que la capacidad de actuar de otro modo puede entenderse como un dato vivencial o fenomenológico que, si bien es un presupuesto que determina la relevancia jurídica del comportamiento humano y del concepto de acción misma, no puede ser el fundamento material, exclusivo y único de la culpabilidad (Muñoz Conde & García Arán, 2010, pág. 351).

Luego, estos autores conciben la culpabilidad como un concepto social antes que psicológico e individual, dado que “no hay una culpabilidad en sí, sino una culpabilidad en referencia a los demás. [...] No es una cualidad de la acción sino una característica que se le atribuye para poder imputársela a alguien como su autor y hacerle responder por ella” (Muñoz Conde & García Arán, 2010, pág. 353); y a partir de la consideración social e histórica de la culpabilidad, llegan a la conclusión de que el contenido del concepto de culpabilidad debe

explicar por qué la sociedad recurre a un medio de defensa tan costoso como la pena, a lo que sólo puede responderse con la idea de prevención general.

En consecuencia, redefinen el concepto tradicional de culpabilidad para que integre las finalidades preventivas propias del sistema penal y designan como su fundamento material la *motivabilidad*, entendida como “la capacidad para reaccionar frente a las exigencias normativas” (Muñoz Conde & García Arán, 2010, pág. 355), dado que “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” (Muñoz Conde & García Arán, 2010, pág. 355).

Por otro lado, en un sentido similar a Muñoz Conde y García Arán (2010), Mir Puig (1982) plantea la culpabilidad desde una perspectiva preventivo-general que, sin embargo, tampoco llega a las conclusiones radicales del funcionalismo normativista, porque introduce un límite a la prevención a partir de las garantías del Estado de derecho (Bustos Ramírez & Hormazábal Malarée, 2006, pág. 432). Para Mir Puig, quien “logra, como ningún otro autor, establecer un sistema garantista material ligado a un planeamiento preventivo-general” (Bustos Ramírez & Hormazábal Malarée, 2006, pág. 433), el contenido material de la culpabilidad es la *normalidad de la motivación*, entendida como la suma de las condiciones psíquicas que determinan las posibilidades de que dispone el sujeto para atender la llamada normativa y evitar la realización del comportamiento antijurídico, de manera que “sólo cuando tal posibilidad de motivación normal concorra será el autor "culpable" y tendrá sentido realizar la amenaza penal en su persona” (Mir Puig, 1982, pág. 107).

Por último, podría ubicarse en esta categoría a Claus Roxin, pese a que su postura es tan ecléctica que bien podría situarse en el grupo anterior, mientras que otros autores designan una categoría especial para él y su visión integradora. El funcionalismo moderado de Roxin se define, de acuerdo con Terradillos Basoco, como “un proyecto teleológico, en cuanto tendencialmente regido por objetivos preventivos, pero, también, integrador de los límites formales y materiales – incluso de base ontológica- propios del Estado democrático” (2002, pág. 21), que pretende la reivindicación de los fines de la pena como parte esencial de la construcción teórica de los presupuestos de la punibilidad, evitando caer en la “corrupción

lógica” y los “consecuencialismos” del funcionalismo normativista de Jakobs (Terradillos Basoco, 2002, pág. 21).

En la narrativa roxiniana, el fin de la pena y del Derecho Penal es la prevención, pero “no consiste en el aquietamiento de conciencias por afirmación de vigencia de la norma, sino en la evitación de delitos futuros, lográndose con ello la tranquilidad ciudadana, pero más que como objetivo, como efecto necesario” (Terradillos Basoco, 2002, pág. 21). En consecuencia, el juicio de responsabilidad penal está conformado por la culpabilidad, que es condición necesaria pero no suficiente, y los criterios preventivos, que complementan la primera, estableciéndose una interacción recíproca entre ambos conceptos. Sin embargo, la noción de culpabilidad que se mantiene en la teoría de Roxin no es la tradicional, pues este autor rechaza de plano toda consideración del libre albedrío y la posibilidad de actuar de otro modo bajo la premisa de su indemostrabilidad científica: “ni siquiera bajo el presupuesto de una libertad de decisión teóricamente concebible, un poder actuar de otro modo del sujeto individual en el momento del hecho es susceptible de constatación científica” (Roxin, 1997, pág. 799).

En reemplazo del *poder actuar de otro modo*, Roxin designa su propio contenido material de la culpabilidad en el criterio de la *asequibilidad normativa*, entendida como “la capacidad de culpabilidad [...], la capacidad de autoconducción de impulsos psíquicos y la resultante dirigibilidad normativa de un sujeto en una determinada situación” (Roxin, 1986, citado por: Bustos Ramírez & Hormazábal Malarée, 2006, pág. 434); es decir, la asequibilidad normativa expresa, de forma similar a la motivabilidad de Muñoz Conde y Mir Puig, la disponibilidad del sujeto en el momento del hecho, según su estado mental y anímico, de orientar sus actuaciones hacia el cumplimiento de la norma penal. Empero, Roxin asegura que el concepto de asequibilidad normativa no tiene vinculación alguna con la idea del libre albedrío - respecto de la cual se declara agnóstico-, pues se trata de una aserción normativa que “no dice que el sujeto pudiera efectivamente actuar de otro modo -lo que precisamente no podemos saber-, sino sólo que, cuando exista una capacidad de control intacta y con ella asequibilidad normativa, se le trata como libre” (Roxin, 1997, pág. 808).

Es decir, el contenido material con que dota Roxin al concepto de culpabilidad es una suposición de libertad o regla social de juego que se construye con independencia del

problema de la teoría del conocimiento y las ciencias naturales, dado que sólo existe como criterio normativo de distribución de responsabilidad penal; considerando, además, que la capacidad general de autocontrol que denota la asequibilidad normativa sí es empíricamente constatable, a diferencia del libre albedrío y la posibilidad de actuar de otro modo (Roxin, 1997, pág. 810).

1.2. Concepto unitario de culpabilidad

Como puede verse, del análisis de las definiciones presentadas se desprende que la discusión alrededor del concepto de culpabilidad y su contenido material ha estado marcada por el constante vaivén entre dos polos ideológicos a partir de los cuales se justifica la existencia de los sistemas penales, al punto que algunos autores -Fernández Carrasquilla (2013, pág. 51) y Bustos Ramírez y Hormazábal Malarée (2006, pág. 425 y ss.)- consideran que sólo hay dos grandes teorías de la culpabilidad y las demás son sólo versiones de ellas; por un lado, la idea del libre albedrío de los postulados causalistas naturalistas, apoyados sobre la *dignidad humana* y más cercanos a sistemas retribucionistas; y, por el otro, la idea de la *prevención* como función del Derecho Penal, planteamiento que ha dado lugar a los sistemas preventivistas y los conceptos normativos de la culpabilidad como puro juicio de valor.

Ambos polos, a su vez, se identifican, aunque sea de forma leve con los extremos de la perenne dicotomía indeterminismo - determinismo, que, pese a su innegable trascendencia en la reflexión filosófica, debe estimarse superada en la dogmática jurídico penal en atención a las razones que serán expuestas más adelante (*ut infra* 1.2.4.). Así, el concepto de *culpabilidad* ha sido objeto de múltiples reelaboraciones, cada una tratando de superar las falencias teóricas de la anterior y oscilando entre ambas orillas del espectro que responde a la pregunta por la finalidad de la pena y el Derecho Penal.

Sin embargo, la presente monografía parte de la premisa de que es posible -y necesario- conciliar ambas posturas alrededor de un concepto unitario de la culpabilidad, que armonice las necesidades preventivas y las exigencias garantistas en un mismo propósito, reuniéndolas bajo un único presupuesto ideológico y teleológico; que, además, sea presentado de forma

ordenada y sistémica, de manera que puedan luego derivarse de él conclusiones lógicas al contrastarlo con otros conceptos como el de la *imprudencia inconsciente*.

A partir de esta intención, se presenta una aproximación -nunca sobra aclarar, sin pretensión alguna de suficiencia o finitud- al concepto de culpabilidad en los términos descritos, de la mano del pensamiento de autores como Fernández Carrasquilla, Ferrajoli, Muñoz Conde y García Arán, Terradillos Basoco, Schünemann, Mir Puig y Salazar Marín⁸, quienes influenciaron las reflexiones subsiguientes, incluso si en algún sentido llegasen a apartarse de ellas.

En primer lugar, es necesario precisar que tradicionalmente a la culpabilidad le ha sido otorgado el papel de filtro frente al ejercicio del *ius puniendi*, precisamente porque las dificultades teóricas que se han interpuesto en la definición de su contenido material han impedido que se la acepte de forma plena como fundamento de la pena. Sin embargo, la elaboración de un concepto unitario implica la asunción de la idea de culpabilidad en sus dos manifestaciones: como fundamento y como límite del ejercicio del *ius puniendi*, bajo el entendido de que sólo la culpabilidad puede satisfacer las exigencias de ambos roles sin conducir a autoritarismos en detrimento de la persona, como será sustentado a lo largo de este apartado.

Para definir el contenido material del concepto de culpabilidad que pueda servir de justificación para la existencia del sistema penal, Terradillos Basoco parte de un imperativo constitucional que, en su consideración, tiene la mayor trascendencia a efectos de la construcción normativa dogmática del concepto: “el modelo constitucional democrático [que] se identifica con el desarrollo máximo de los derechos y libertades fundamentales” (2002, pág. 4). Este imperativo constituye el fundamento extrasistémico del *ius puniendi*, en

⁸ Fernández Carrasquilla en *Derecho Penal. Parte general. Principios y categorías dogmáticas* (2011); Ferrajoli en *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (1995); Muñoz Conde y García Arán en los capítulos III y XXII de su tratado *Derecho Penal. Parte general* (2010); Terradillos Basoco en *La culpabilidad* (2002); Schünemann en *La culpabilidad: estado de la cuestión* (2000); Mir Puig en *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho* (1982); y Salazar Marín en *Acción e imputación. Principio y concepto de culpabilidad. Escuela Dialéctica del Derecho Penal* (2016).

tanto previo y externo al Derecho Penal, y de él derivan los presupuestos que dan lugar a la afirmación del concepto de culpabilidad⁹.

De acuerdo con la tradición contractualista procedente de la Ilustración, el modelo jurídico político del Estado constitucional y democrático de derecho¹⁰ tiene como función principal la de asegurar la realización de los principios y valores que orientan la vida política, social, económica y cultural de una nación, que han sido revestidos de una especial importancia al hallarse consagrados en la carta política como postulados del acuerdo fundacional, y que se materializan de forma específica en los derechos constitucionales.

La función de maximizar el goce de los principios y derechos constitucionales se traduce, en el sistema penal, en la obligación estatal de proteger los bienes jurídicos esenciales de sus asociados de los ataques dirigidos en su contra, representados, paradigmáticamente, por el delito (Terradillos Basoco, 2002) -y, añadiríamos, por la pena-; función que denominaremos, siguiendo a Muñoz Conde y García Arán (2010, pág. 59), la *función protectora* del Estado.

⁹ También Ferrajoli (1995) y Mir Puig (1982) hacen derivar el contenido material de la culpabilidad de la finalidad del modelo organizativo social que, para el caso colombiano, al igual que el italiano y el español, es el arquetipo del Estado social y democrático de derecho. Así, para el primero: “El derecho penal es el sector del ordenamiento jurídico en el que las cuestiones del sí y del por qué se plantean de un modo más problemático. No existen doctrinas abolicionistas del derecho civil, mercantil, constitucional o administrativo parangonables a las del derecho penal. [...] Lo que esto quiere decir es que el problema de la legitimidad política y moral del derecho penal en tanto que técnica de control social mediante constricciones a la libertad de los ciudadanos es en gran medida el problema mismo de la legitimidad del estado como monopolio organizado de la fuerza.” (Ferrajoli, 1995, pág. 248).

En el mismo sentido, Mir Puig (1982, pág. 92) señala que: “los conceptos básicos del Derecho penal -la culpabilidad lo es, como lo eran la pena, la norma y la antijuridicidad- deben decidirse en función de la imagen del Estado y del Derecho de que se parta. La culpabilidad es, precisamente, uno de los ámbitos en que es más necesario destacar esta relativización político-valorativa y el desacierto de un planteamiento que pretenda aprehender la esencia de la culpabilidad desde su prisma ontológico-objetivo”.

¹⁰ El término «Estado constitucional y democrático de derecho» debe entenderse, para los propósitos de este escrito, como sinónimo del «Estado social y democrático de derecho», bajo el entendido que si bien el colombiano es un Estado social de derecho (Constitución Política de Colombia, 1991, art. 1), el mismo tiene dos dimensiones, una cuantitativa como Estado de bienestar y otra cualitativa como Estado constitucional democrático (Corte Constitucional, Sentencia T-409 de 1992); y la concurrencia de ambos caracteres, el social y el constitucional, se debe a que el tránsito hacia el Estado social de derecho (representado por el cambio en la relación individuo-Estado bajo el ideal de bienestar y consagración de los derechos fundamentales) se produce con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, que también significó la consagración del Estado constitucional (caracterizado por la constitución como norma suprema, el desplazamiento de la titularidad de la soberanía al poder constituyente y la creación del tribunal constitucional), de manera que ambos modelos convergen bajo la transformación jurídico política que supuso la carta del '91 (Badillo Lizarralde, León Sánchez, Villegas, & Duque, 2016, pág. 17).

Ésta se manifiesta a través de dos exigencias contrapuestas: (i) por una parte, implementar estrategias preventivas mediante la norma penal y su amenaza de castigo, representada en la *función preventiva del Derecho Penal*, y (ii) por otra, garantizar que la función protectora de bienes jurídicos se extienda también sobre los derechos del sujeto infractor, en virtud de la naturaleza democrática del Estado constitucional, exigencia que se ve representada en la garantía del *principio de dignidad humana*.

Estos dos presupuestos, la *función preventiva del Derecho Penal* y el *principio de la dignidad humana*, nacen como exigencias del modelo jurídico político del Estado social y democrático de Derecho y se convierten en los fundamentos ideológicos y teleológicos del sistema penal modernamente concebido, pues justifican el ejercicio del *ius puniendi* como un instrumento para el desarrollo de la finalidad estatal de maximización de los derechos y libertades constitucionales. Por ende, en palabras de Terradillos Basoco, “prevención y garantías son así dos ineludibles referencias de la actuación de los poderes públicos” (2002, pág. 5), son los presupuestos extrasistémicos de donde luego se derivará el contenido material de la culpabilidad, pues constituyen el sustrato ideológico que justifica y determina los límites y contornos de la facultad de castigar del Estado.

Así, el contenido de la culpabilidad se hace derivar directamente de las premisas que justifican los fines de la pena y el sistema penal en general, sin que por ello se identifique de forma acrítica con aquéllas, pues es necesario realizar un proceso deductivo que permita arribar al contenido material de la culpabilidad como el resultado de una sucesión lógica de conceptos a partir del postulado fundante: la *función protectora* del sistema penal en un Estado democrático y constitucional de derecho.

Llegados a este punto se hace necesario aclarar, en primer lugar, que el concepto unitario de culpabilidad que aquí se pretende desarrollar hace referencia únicamente a esta interpretación y no representa los conceptos que hayan acuñado otros autores bajo el mismo término, como en el caso de Terradillos Basoco (2002), pese a las similitudes.

En segundo lugar, deben aclararse los límites conceptuales de la definición de la culpabilidad que se plantea, como una propuesta contextual y deóntica. *Contextual*, porque, en palabras de González Zapata y Muñoz Tejada (2020, pág. 124), “nunca sería posible describir

adecuadamente un sistema penal si no tenemos claro de qué hombre, de qué sociedad y de qué Estado estamos hablando”. En nuestro caso, este concepto de culpabilidad se desarrolla dentro de un contexto muy específico correspondiente al marco constitucional del Estado social y democrático de derecho y, como tal, es una expresión del papel que debe desempeñar el Derecho Penal en este modelo de Estado, en virtud de las premisas constitucionales que lo justifican, como es el caso del Estado colombiano; razón por la cual este concepto no designa una propuesta teórica generalizada.

Y *deóntica*, porque no representa el estado actual de la culpabilidad en el sistema penal colombiano, pues en orden a satisfacer el propósito de este trabajo es necesario presentar el concepto desde una perspectiva prescriptiva, es decir, del deber ser conforme a los parámetros constitucionales que lo fundamentan, en aras de sustentar por qué el tratamiento actual de fenómenos como la imprudencia inconsciente no resiste un análisis crítico juicioso a la luz de lo que debería ser el concepto de la culpabilidad en el Estado social y democrático de derecho.

1.2.1. La función de protección del Estado social y democrático de derecho

La razón de ser y el contenido material de la culpabilidad vienen dados por la *finalidad protectora* del Estado social y democrático de derecho; ello es así porque, como explica Terradillos Basoco (2002) citando a Muñoz Conde y García Arán (2010), “la comprensión de lo que ésta [la culpabilidad] sea, requiere abordarla como “culminación de todo un proceso de elaboración doctrinal 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” (2002, pág. 35); es decir, la pregunta por el contenido material de la culpabilidad, como presupuesto de la pena, equivale a la pregunta por la justificación del “derecho a castigar” y, en últimas, del monopolio de la fuerza en poder del Estado.

La pregunta por el contenido material de la culpabilidad revela la importancia filosófico-política del problema penal porque, en palabras de Ferrajoli (1995, pág. 248), “el problema de la legitimidad política y moral del derecho penal en tanto que técnica de control social

mediante constricciones a la libertad de los ciudadanos es en gran medida el problema mismo de la legitimidad del estado como monopolio organizado de la fuerza”. En consecuencia, el contenido de la culpabilidad, esto es, las condiciones del delito referidas al sujeto infractor en virtud de las cuales es posible atribuir responsabilidad mediante la imposición de la pena, debe buscarse directamente en las respuestas a la pregunta *¿por qué castigar?*

¿En qué se basa este poder, llamado a veces «pretensión punitiva» o «derecho a castigar»? ¿Existen y, si las hay, cuáles son las razones que hacen «justo», o «justificado», o «aceptable moral y/o políticamente» que a la violencia ilegal representada por el delito se añada esa segunda violencia legal puesta en práctica con la pena? ¿Y cómo se justifica el ejercicio de una violencia organizada, que ve alinearse a una multitud de sujetos contra una única persona? (Ferrajoli, 1995, pág. 247).

La respuesta a esa pregunta, al menos en el Estado de derecho moderno, sólo puede ser alcanzada a partir de la orientación teleológica preventiva del pensamiento contractualista del siglo XVII. Del mismo modo que el Leviatán de Hobbes, el Estado moderno, que no es “sino un hombre artificial, si bien de mayor estatura y fuerza que el natural” (Ferrajoli, 1995, pág. 259), está dispuesto únicamente para servir al propósito utilitarista de la felicidad de sus ciudadanos a través de la defensa de los bienes necesarios para alcanzarla, y en este escenario el Derecho Penal no puede ser sino una herramienta de protección y tutela de los intereses de los asociados frente a la amenaza que supone el delito.

En especial tratándose del Estado social y democrático de derecho que, de acuerdo con Bastidas Mora (2009), se define como

[...] la suma de un Estado Liberal que se originó en Inglaterra en el siglo XVII y se extendió por Europa y América a lo largo del siglo XVIII [...] que recoge las aspiraciones del Estado de Derecho clásico del siglo XIX sobre los derechos y libertades individuales que hasta entonces habían sido desconocidos por los regímenes absolutistas [junto con] un Estado Democrático que reposa en la soberanía popular de un Estado Social fundamentado en la idea de que el poder político debe

lograr para los asociados una justicia material mínima. (Bastidas Mora, 2009, pág. 47).

Del mismo modo lo define Mir Puig (1982), quien asienta la elaboración de su teoría del delito sobre la premisa valorativa que constituye el modelo constitucional del Estado social y democrático de derecho, entendido como la reunión armónica de los postulados del Estado liberal y el Estado social, que se funden bajo un modelo constitucional de corte democrático, buscando superar con ello las falencias y desequilibrios de ambos paradigmas.

Del Estado liberal, Estado árbitro, adopta la idea del derecho como límite formal al ejercicio de los poderes públicos y salvaguarda de las esferas de libertad de los ciudadanos frente a la arbitrariedad del gobierno, bajo el supuesto de que la soberanía emana de la voluntad general del pueblo, representada en postulados como la división de poderes, el principio de legalidad y los derechos civiles y políticos. Del Estado social, Estado intervencionista, adopta el papel de “motor activo de la vida social [...] llamado a modificar las efectivas relaciones sociales” (Mir Puig, 1982, pág. 21), mediante la consagración de garantías materiales que aseguren condiciones de justicia y progreso para todos los ciudadanos bajo los postulados de dignidad humana, igualdad material, los derechos sociales (DESC) y la orientación hacia una democracia real.

Históricamente ambos modelos de Estado se ubican en una “relación dialéctica de tesis y antítesis” que dio lugar a “los totalitarismos de izquierdas o de derechas que van sembrando el panorama político entre las dos guerras mundiales” (Mir Puig, 1982, pág. 21); por ende, la convergencia de ambos postulados en una síntesis pretende superar los desequilibrios en las relaciones de poder que pueden desencadenar, por un lado, la incapacidad del principio de legalidad formal del Estado liberal de propiciar condiciones mínimas de justicia, lo que conlleva a que la ley no sea asumida “como un ámbito de limitación del poder sino como un ámbito formal de regulación del mismo, como un espacio a través del cual se propician manifestaciones de injusticia” (Bastidas Mora, 2009, pág. 47); y por el otro, los autoritarismos en que puede derivar el Estado social debido a su marcado carácter intervencionista sobre las relaciones sociales efectivas de sus ciudadanos.

Así, el modelo constitucional del Estado social y democrático de derecho se presenta como una síntesis integradora que somete la actuación del Estado social intervencionista a los límites formales del Estado liberal, buscando evitar autoritarismos; y orienta los propósitos democráticos del Estado liberal hacia una democracia material propia del Estado social, que tome partido efectivo en la vida social creando condiciones reales que favorezcan la vida de todos los ciudadanos, manteniendo asimismo la democracia formal del Estado de derecho que asegure que tales condiciones serán controladas por el pueblo en general en ejercicio de su soberanía¹¹.

Bajo el panorama planteado, es función del modelo constitucional del Estado social y democrático de derecho propiciar las circunstancias materiales de vida que permitan a sus asociados convivir de forma justa y pacífica, y participar de la toma de decisiones en condición de igualdad, manteniendo, no obstante, el ejercicio del poder público al margen de las esferas individuales de libertad. Ergo, la *función de protección*, entendida como la defensa y conservación de las condiciones materiales de vida digna de los ciudadanos, tanto frente a amenazas internas -del mismo Estado- como externas -de otros ciudadanos-, es una de las funciones del Estado social y democrático de derecho.

Tal es el caso de Colombia que, como Estado social y democrático de derecho (Constitución Política, 1991, art. 1°), le corresponde el cumplimiento de la *función de protección* como uno de sus fines esenciales:

Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la

¹¹ Según Bastidas Mora (2009, pág. 50), “cuando se define un Estado como Constitucional y Democrático de Derecho no se hace referencia solo al actual momento de la progresión histórica del Estado, sino fundamentalmente a un sistema político y económico orientado hacia la realización de la justicia por medio de la libertad política y la igualdad económica, mediante la configuración democrática y pluralista del poder público. Se trata de un Estado Constitucional, Republicano - Democrático, con cuatro elementos clave: una res pública, que ha roto el tipo de reino dinástico con un republicanismo democrático; una ley fundamental que legitima y limita el poder estatal, la Constitución, creada normalmente por una asamblea constituyente que reclama una prioridad frente a otras leyes; una estructura basada en la división de poderes y un catálogo de derechos fundamentales”.

independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de sus particulares. (Constitución Política de Colombia, 1991, art. 2°).

Son varios los incisos de este artículo que refieren a la *función de protección* como principal cometido del Estado colombiano, en especial cuando señala las obligaciones de “garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución” y “proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades”, claras alusiones al bien jurídico¹².

El concepto de bien jurídico, de acuerdo con Muñoz Conde y García Arán, se explica a partir de la idea freudiana según la cual “la sociedad frustra, pero satisface al mismo tiempo las necesidades humanas individuales” (2010, pág. 59), haciendo necesaria la protección de la convivencia en sociedad, pues sólo en dicho escenario colectivo puede el individuo obtener la autorrealización personal. La protección de la convivencia implica, a su vez, el aseguramiento de los presupuestos existenciales necesarios para la autorrealización humana,

¹² De acuerdo con Fernández Carrasquilla (2011), también es importante notar que esta disposición establece de forma perentoria que el ejercicio de los poderes públicos debe tener como finalidad principal la protección de las personas en sus bienes, derechos y libertades; y sólo en segundo plano puede pretender el cumplimiento de los deberes sociales, que deben tratarse siempre de deberes de interacción social y no de deberes morales, pues al Estado no le corresponde la función de promotor de valores éticos o rector de conciencias. Es decir, la finalidad del poder estatal determina asimismo la finalidad del derecho penal, por ser éste una manifestación de aquél, de manera que su propósito principal es la protección de bienes jurídicos, v. gr., antijuridicidad material, sobre el cumplimiento de deberes de interacción social, como la protección de la vigencia normativa, v. gr., antijuridicidad formal.

En el mismo sentido Ferrajoli (1995, pág. 223), quien lo entiende como una expresión de la doctrina del *utilitarismo jurídico* como tesis de separación entre el derecho y la moral en relación con la justificación del delito: “Para que puedan prohibirse y castigarse conductas, el principio utilitarista de la separación entre el derecho y la moral exige además como necesario que dañen de un modo concreto bienes jurídicos ajenos, cuya tutela es la única justificación de las leyes penales como técnicas de prevención de su lesión. El estado, en suma, no debe inmiscuirse coercitivamente en la vida moral de los ciudadanos ni tampoco promover coactivamente su moralidad, sino sólo tutelar su seguridad impidiendo que se dañen unos a otros”.

en tanto le son útiles al hombre para el desarrollo de su personalidad en la vida social, al punto en que merecen ser protegidos por el Derecho. Estos son los *bienes jurídicos*.

Si bien la delimitación de los bienes jurídicos está condicionada históricamente por los intereses que cada sociedad determinada en una época determinada estima trascendentales para su convivencia¹³, de modo que resulta cuestionable el señalar bienes jurídicos universales y eternos¹⁴, Muñoz Conde y García Arán (2010) recogen la ejemplificación de algunos bienes jurídicos, tanto individuales como colectivos, que ilustran suficientemente el concepto y se acompañan con la clasificación propia del ordenamiento colombiano, así: entre los *bienes jurídicos individuales*, en tanto afectan a la persona singularmente considerada, se encuentran

[...] en primer lugar, la vida y la salud —negados por la muerte y el sufrimiento—. A ellos se añaden otros presupuestos materiales que sirven para conservar la vida y aliviar el sufrimiento: medios de subsistencia, alimentos, vestidos, vivienda, etc., y otros medios ideales que permiten la afirmación de la personalidad y su libre desarrollo: honor, libertad, etc. (2010, pág. 59).

¹³ No olvidando, además, que el Derecho Penal es un mecanismo de control social selectivo (González Zapata & Muñoz Tejada, 2020, pág. 27) y la elevación de un interés determinado a la categoría de bien jurídico protegido depende, en últimas, de los sujetos a cargo de la legislación; por lo que, en las sociedades en las que el control político no se halla repartido equitativamente, es común que dichas desigualdades de poder conlleven a la perversión del concepto de bien jurídico, utilizándolo para proteger los intereses particulares de las clases dominantes en perjuicio de la mayoría. Muñoz Conde y García Arán (2010) consideran la perversión del concepto de bien jurídico un abuso “del Derecho penal como sistema de represión en defensa de las minorías dominantes, poniendo, por ejemplo, la oposición política al margen de la ley, castigando los ataques a los bienes jurídicos instrumentales —a la propiedad privada, por ejemplo— con la misma gravedad o incluso más gravemente que los ataques a la vida, a la salud o a la libertad, o considerando como «derechos naturales», inmutables y permanentes, lo que no es más que el interés personal y egoísta de quienes tienen el poder.” (2010, pág. 60).

¹⁴ Así lo considera Prieto Sanchís (2003, pág. 47): “Si esto es así, preguntarse acerca de los objetos de protección penal, acerca de cuándo el Derecho penal ha intervenido o se ha pensado que debería intervenir, en suma y como suele decirse, acerca de cuáles son los bienes jurídicos tutelados, requeriría una respuesta tan extensa y prolija como acciones humanas pudiéramos imaginar, pues resulta difícil proponer alguna que no haya sido objeto de reproche y, muchas veces también, sucesivamente de alabanza. El problema del bien jurídico no es primariamente de naturaleza jurídica, sino política y moral, y una aproximación descriptiva al mismo exigiría la entera reconstrucción de cuantas concepciones del bien (y del mal) han pretendido proyectarse en forma de tipificación de delitos y penas; tarea sin duda interesante pero aquí improcedente”.

Mientras que los *bienes jurídicos colectivos* refieren a presupuestos de existencia de la sociedad como conjunto, entre los que se encuentran “la salud pública, el medio ambiente, la seguridad colectiva, la organización política, etc.” (Muñoz Conde & García Arán, 2010, pág. 59). La protección de estos intereses para el aseguramiento de la convivencia pacífica que permita la autorrealización humana es el propósito más importante del Estado en el modelo jurídico político constitucional, social y democrático, por ende, toda la estructura normativa está dispuesta a favor de su mantenimiento a través de la *función protectora*.

El deber de protección de los bienes jurídicos como presupuesto fundante y orientador del ejercicio de los poderes públicos se expresa en el Derecho Penal a través de dos postulados, que se corresponden con las dos versiones que distingue Ferrajoli (1995, pág. 261) para la justificación utilitarista del sistema penal, dependiendo del tipo de fin utilitario asignado a la pena, así: (i) la primera versión es aquella en la que el fin de la pena es “la máxima utilidad posible que quepa asegurar a la mayoría formada por los no desviados”, denominada *utilitarismo maximizador* y recogida en el postulado de la *función preventiva de la pena*; (ii) mientras que la segunda versión es aquella en la que el fin de la pena debe estar guiado por el “mínimo sufrimiento necesario que haya que infligir a la minoría formada por los desviados”, denominada *utilitarismo minimizador* y recogida en el postulado del principio de la dignidad humana.

Como puede verse, en el *utilitarismo maximizador* el fin protección alude a los intereses de seguridad y tutela de toda la sociedad, exceptuando aquellos sobre los que se inflige la pena; mientras que en el *utilitarismo minimizador*, por el contrario, el fin de protección refiere específicamente a los intereses de los destinatarios de la pena, es decir, los infractores. De modo que la finalidad protectora del Estado constitucional y democrático de derecho se traduce, en el Derecho Penal, en una obligación de dos vías para el poder público, en tanto se irradia sobre ambos extremos de la relación penal: la sociedad y el infractor.

De acuerdo con Ferrajoli (1995), el *utilitarismo maximizador* no impone límites a la intervención punitiva y puede conducir a modelos de derecho penal máximo, dado que

si el fin es únicamente la máxima seguridad social alcanzable contra la repetición de futuros delitos, servirá para legitimar de un modo apriorístico los máximos medios,

las penas más severas incluida la pena de muerte, los procedimientos más antigarantistas incluida la tortura y las medidas de policía más autoritarias e invasivas: desde el punto de vista lógico, el utilitarismo, entendido en este sentido, no es de ningún modo una garantía frente a la arbitrariedad del poder. (Ferrajoli, 1995, pág. 261).

En consecuencia, se hace necesario construir un modelo ambivalente de Derecho Penal que concilie ambas versiones del utilitarismo buscando el máximo beneficio posible para todo el conjunto de la sociedad, incluyendo tanto a “víctimas” como a “victimarios”, de tal modo que

si el fin es también el mínimo de sufrimiento necesario para la prevención de males futuros, estarán justificados sólo los medios mínimos, y por consiguiente el mínimo de prohibiciones, el mínimo de penas y la verdad judicial mínima tal y como queda garantizada, según el esquema epistemológico ya trazado, por rígidas reglas procesales. (Ferrajoli, 1995, pág. 261).

La amalgama de fines que plantea el *utilitarismo reformado* de Ferrajoli (1995) refleja el modelo de Derecho Penal que Mir Puig (1982) identifica como propio del Estado social y democrático de derecho, y que resume en tres postulados, así:

- i) la *función preventiva general de la pena* -tanto en su versión negativa como positiva¹⁵-, según la cual es deber del Estado “asegurar la protección efectiva de

¹⁵ A pesar de los denunciados peligros moralizantes de la función preventiva general positiva, Mir Puig (1982) la toma como una suerte de expresión democrática que representa la importancia de la conciencia jurídica general en la existencia del Derecho Penal de corte social y democrático, así: “Un Derecho penal democrático ha de prevenir no sólo con el miedo al castigo, sino poniendo la pena al servicio del sentimiento jurídico del pueblo. Dos son, pues, los aspectos que debe adoptar la prevención general en el Derecho penal de un Estado social y democrático de Derecho: junto al aspecto de prevención intimidatoria (también llamada prevención general especial o negativa), debe concurrir el aspecto de una prevención general estabilizadora o integradora (también denominada prevención general o positiva). No se trata, con esto, de restar importancia al papel de la intimidación. [...] Importa precisamente lo contrario: limitar la prevención general intimidatoria exigiendo que además se presente como socialmente integradora. De otro modo, requerir la prevención general estabilizadora tendría un sentido "moralizante", de imposición mediante la coacción de la pena de una adhesión interna de los ciudadanos a los valores jurídicos, y ello sería absolutamente impropio de un Derecho penal de garantía del individuo. Pero se trata, al mismo tiempo, de evitar la pura intimidación estatal que crea posible prescindir de toda consideración del consenso social. Tal objetivo se conseguirá siempre cuando la intimidación penal se ejerza dentro de los límites señalados a un Estado social y democrático de Derecho

todos los miembros de la sociedad, por lo que ha de tender a la prevención de delitos” (Mir Puig, 1982, pág. 30); postulado que es herencia tanto del Estado liberal como del Estado social¹⁶, pero que, por su carácter de utilitarismo maximizador, debe limitarse “con arreglo a los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos, de proporcionalidad y de culpabilidad” (Mir Puig, 1982, pág. 30), y demás limitaciones al poder que suponen el Estado de derecho y el Estado democrático;

- ii) el *principio de legalidad*, herencia del Estado de derecho, que somete el desarrollo del Derecho Penal a límites tanto formales como materiales que impidan el ejercicio autoritario de la potestad punitiva; y
- iii) el *principio democrático*, fruto del Estado democrático, que extiende la función de protección del Estado y el Derecho Penal a la totalidad del colectivo y, como el utilitarismo minimizador, establece que “el Derecho penal no sólo debe defender de los delincuentes a la mayoría, sino que ha de respetar la dignidad del delincuente” (Mir Puig, 1982, pág. 34).

Así las cosas, el concepto unitario de culpabilidad -en el mismo sentido que Ferrajoli (1995) en su propuesta de utilitarismo reformado y Mir Puig (1982) en su planteamiento sobre el Derecho Penal del Estado social y democrático de Derecho- parte de admitir la dualidad de fines del Derecho Penal que, no obstante compartir un origen común en la finalidad protectora del Estado, se bifurcan en dos propósitos distintos -aunque no opuestos- en virtud de los sujetos de la relación penal sobre los que despliegan sus efectos, bajo el entendido de que sólo una visión integradora puede justificar de forma suficiente el ejercicio del *ius puniendi* sin caer en falacias naturalistas o normativistas.

(exclusiva protección de bienes jurídicos, proporcionalidad, culpabilidad, etc.), y entonces la prevención general se presentará necesariamente como correcta intimidación estabilizadora.” (Mir Puig, 1982, pág. 31).

¹⁶ Según Mir Puig (1982, pág. 27), “[s]i el Derecho penal liberal permitió atribuir a la pena tanto una función de prevención como de retribución, según se concibiese al servicio del hombre empírico o del hombre ideal, el Derecho penal del Estado social no podía sino conferir a la pena la función de prevención”.

A continuación, se estudiarán los dos postulados que representan la finalidad del Derecho Penal como desarrollo de la función de protección del Estado social y democrático de Derecho, y su vinculación con el principio de culpabilidad.

1.2.2. La función preventiva del sistema penal

La función de protección es un atributo del poder público transversal a todas las instituciones del ordenamiento normativo, sin embargo, en el Derecho Penal se manifiesta con mayor fuerza, dada la “especial gravedad de los medios empleados por la norma penal para cumplir esta misión y en que sólo interviene o debe intervenir en los casos de ataques muy graves a la convivencia pacífica en la comunidad” (Muñoz Conde & García Arán, 2010, pág. 59).

En el Derecho Penal, la función protectora de bienes jurídicos se traduce en la *función preventiva* que orienta el ejercicio del *ius puniendi* y se ha identificado como uno de los fines principales de la pena desde que, a principios de siglo XIX, Feuerbach¹⁷ teorizó sobre la propiedad disuasoria de la norma penal como instrumento de prevención de los delitos¹⁸. El

¹⁷ Si bien las cuatro manifestaciones de las teorías relativas de la pena son desarrollo, en mayor o menor medida, de la finalidad de protección del Estado -de allí que Ferrajoli las denomine “teorías utilitaristas”-, la doctrina que mejor se identifica con las pretensiones de maximización del goce de los bienes jurídicos es la de la prevención general negativa a través de la amenaza legal, propuesta inicialmente por Feuerbach y reformulada por Ferrajoli en su planteamiento de “utilitarismo reformado” bajo el sistema SG. Como explica este último, el carácter formal de la prevención general negativa es “el único que asegura un fundamento racional a tres principios garantistas esenciales implicados por él como condiciones necesarias y que delimitan de diferentes modos la potestad punitiva del estado” (Ferrajoli, 1995, pág. 277); a saber, el principio de estricta legalidad, el principio de materialidad de los delitos y el principio de culpabilidad y responsabilidad personal, que, como se verá, cierran el camino a las autoritarias formulaciones de derecho penal máximo, reorientándolo hacia la construcción de un derecho penal mínimo, escenario en el cual se pueden materializar en mayor medida los propósitos de la función de protección del Estado democrático y constitucional de derecho. Por ende, se hace referencia a la doctrina de la prevención general negativa a través de la amenaza legal de Feuerbach como el modelo prototípico de las teorías relativas de la pena, obviando la amplitud teórica y filosófica que éstas abarcan.

¹⁸ El que la función protectora del Estado y el ordenamiento jurídico se manifieste en el Derecho Penal a través del fin de prevención en vez del de retribución (*teorías absolutas de la pena*), se explica a partir de que éste último entiende la pena como un instrumento de compensación *quia peccatum*, es decir, hacia el pasado, que o constituye un fin en sí mismo representado en un “valor moral correlativo al desvalor moral ontológicamente asociado al delito” (Ferrajoli, 1995, pág. 257) o cuya “legitimidad externa [...] es apriorística, en el sentido de que no está condicionada por fines extrapunitivos” (Ferrajoli, 1995, pág. 253); perspectiva que no se compadece con la visión *ne peccetur* o hacia el futuro que implica el deber de protección de los bienes jurídicos, y que sólo puede ser satisfecho mediante instrumentos preventivos.

postulado esencial de la función preventiva del sistema penal, desarrollada a partir de las teorías relativas o utilitaristas sobre los fines de la pena, tanto de prevención general como especial, se expresa fielmente en el famoso aforismo atribuido a Platón, recogido por Séneca y citado por Ferrajoli: «Ninguna persona razonable castiga por el pecado cometido, sino para que no se peque» (1995, pág. 255).

La función preventiva es un postulado político que sirve de justificación extrasistémica al Derecho Penal y se irradia sobre toda la estructura del delito como una expresión de la función de protección de bienes jurídicos, mostrándose con mayor claridad en el concepto de *lesividad* o *antijuridicidad material*¹⁹, según el cual “el tipo penal ha de poseer forzosamente carácter protectorio de bienes y los actos que describe como punibles tienen que representar un daño o un peligro efectivo para el bien jurídico que se trata de proteger (no para otro cualquiera)” (Fernández Carrasquilla, 2011, pág. 298). Es decir, la norma penal, en tanto instrumento de prevención, sirve al propósito de protección de los bienes jurídicos que la sociedad considera merecedores de tutela especial y, por ende, el concepto de *lesividad* es una manifestación dogmático-jurídica de la finalidad preventiva que se atribuye al sistema penal a través de la pena.

El concepto de lesividad dispone que el bien jurídico es la célula a partir de la cual se estructura todo el sistema penal, y su lesión o puesta en peligro es lo que suscita la activación del *ius puniendi* y justifica la imposición de la pena. En el sistema de garantías -en adelante SG- de Ferrajoli (1995), la lesividad constituye uno de los presupuestos limitadores de la

Tanto *protección* como *prevención* son mandatos de optimización que se ejecutan principalmente *ex ante*, dado que pretenden evitar la lesión del bien protegido como primera medida, limitando la imposición del castigo bajo criterios de necesidad y proporcionalidad orientados por el *principio de intervención mínima*, dado que sólo restringiendo la aplicación del Derecho Penal a un instrumento de *última ratio* puede asegurarse la maximización de los derechos y libertades de los ciudadanos; mientras que el fin de retribución se presenta como un mandato de carácter absoluto, incompatible con criterios de necesidad que relativicen la imposición de la pena y, por tanto, irreconciliable con la finalidad constitucional de protección de bienes jurídicos.

¹⁹ Si bien la antijuridicidad material corresponde a un plano conceptual más elaborado que el de la simple lesividad, pues implica además del daño al bien jurídico, también la contravención normativa, es decir, supone que el bien jurídico hace parte de los fines de protección de la norma; en este caso se presentan como conceptos sinónimos o equivalentes, bajo la premisa de que ambos representan la finalidad del Derecho Penal de protección de bienes jurídicos, en oposición a la finalidad de cumplimiento de deberes de interacción social o protección de la vigencia normativa, que se ve representada en la antijuridicidad formal.

prohibición penal que representan condiciones necesarias -aunque no suficientes- de la legitimidad del ejercicio del poder punitivo, especialmente en lo referido a la pregunta *¿por qué prohibir?*, y, como tal, constituye una garantía penal sustancial expresada en el axioma A4: *«nulla necessitas sine iniuria»*, que define los contornos del primer elemento constitutivo del delito: la naturaleza lesiva del *resultado*.

Siguiendo a Ferrajoli (1995) en su propuesta de utilitarismo reformado, la garantía de la lesividad deriva de la doble limitación a la potestad prohibitiva del estado que impone el principio de “utilidad penal” formulado por la tradición ilustrada (Hobbes, Beccaria, Bentham, Grocio, Pufendorf y Thomasius) con base en el presupuesto aristotélico según el cual dado que “las prohibiciones, no menos que los castigos, son un mal «artificial» o contra natura” pueden justificarse “sólo por la necesidad de defender los derechos fundamentales de los ciudadanos” (Ferrajoli, 1995, pág. 465); de modo que la facultad estatal de prohibir y castigar sólo se considera legítima en tanto instrumento de protección de bienes jurídicos a través de la función preventiva de la pena.

En consonancia con lo anterior, la idea de lesividad está estrechamente relacionada con la de *necesidad o economía de las prohibiciones penales* -representada en el axioma A3: *«nulla lex poenalis sine necessitate»*²⁰-, toda vez que el daño a los bienes jurídicos protegidos es el criterio y medida de las prohibiciones y de las penas, y sólo en su presencia se considera necesaria la imposición de la pena, pues de lo contrario se estaría ocasionando un agravio injustificado -o mejor, tiránico- sobre los bienes jurídicos del presunto infractor²¹, incumpliendo así con la exigencia utilitarista de la función protectora del Estado.

²⁰ Pese a que, por la formulación del axioma A3, en dicho apartado se referencie de forma singular la configuración de la ley penal, es claro que el principio de necesidad también informa la imposición de la pena en la etapa de juzgamiento y, por lo demás, constituye una medida de racionalización para el sistema penal en general. Así lo considera Ferrajoli (1995, pág. 465), quien hace derivar del principio de necesidad dos exigencias diversas, representadas en las siguientes tesis: por un lado, el principio de la pena mínima necesaria, enunciado en la tesis T12 *«nulla poena sine necessitate»*, y por el otro, el principio de la máxima economía en la configuración de los delitos, contenido en la tesis T20 *«nullum crimen sine necessitate»*.

²¹ “«Toda pena que no derive de la necesidad es tiránica», escribe Montesquieu. «Fue, pues, la necesidad», dice Beccaria, «la que obligó a los hombres a ceder parte de su propia libertad: y es cierto que cada uno no quiere poner en el depósito público sino la porción más pequeña que sea posible, aquella sólo que baste a mover a los hombres para que le defiendan. El agregado de todas estas mínimas porciones posibles forma el

El principio de necesidad, orientado por el de lesividad, se presenta también en el postulado político del *principio de intervención mínima* que limita la intervención punitiva del Estado a una instancia subsidiaria o de *última ratio* y relativiza la obligación de punibilidad en atención a criterios de necesidad y proporcionalidad. Estos criterios son derivación estricta de la finalidad preventiva de la pena, bajo el entendido de que “justo porque la intervención punitiva es la técnica de control social más gravosamente lesiva de la libertad y de la dignidad de los ciudadanos, el principio de necesidad exige que se recurra a ella sólo como remedio extremo” (Ferrajoli, 1995, pág. 465).

Luego, del principio de lesividad deriva, a su vez, la exigencia del *derecho penal de acto*, que, en oposición al *derecho penal de autor*, establece que el ejercicio de la potestad punitiva debe estar dirigido al reproche de actos que lesionen bienes jurídicos, antes que a la censura de formas de ser y existir. Esta exigencia se expresa asimismo en el *principio de materialidad* del sistema de garantías SG de Ferrajoli, que se relaciona con el axioma A5 «*nulla iniuria sine actione*»²² y compone el segundo requisito sustancial de legitimación del Derecho Penal, que define la *acción* como elemento constitutivo del delito.

Dado que el propósito del Derecho Penal como sistema normativo de convivencia es regular las conductas intersubjetivas de los miembros de una comunidad y atribuir responsabilidad en razón de ellas, sólo adquieren relevancia jurídica las conductas que, efectivamente, trascienden el recinto interior del individuo y, por ende, tienen la capacidad de lesionar o poner en peligro bienes jurídicos ajenos. El Derecho Penal, entonces, sólo puede producir efectos sobre los comportamientos que se materializan en el mundo sensible como sucesos empíricamente observables -sin que ello implique necesariamente la transformación física del mundo exterior por parte del sujeto, como sucede en el complejo caso de la omisión-, pues sólo a través de estos comportamientos pueden lesionarse bienes jurídicos.

derecho de castigar; todo lo demás es abuso y no justicia, es hecho, pero no derecho».” (Ferrajoli, 1995, pág. 262).

²² Y las tesis que derivan del axioma A5: “*nulla poena, nullum crimen, nulla lex poenalis, nulla necessitas sine actione*” (Ferrajoli, 1995, pág. 480).

En términos llanos, el ser humano, habitante de un mundo sensible, no puede manifestar su voluntad a través del simple pensamiento y debe servirse de instrumentos que la conduzcan al mundo exterior, como los actos o las palabras -o las omisiones que, no obstante ser manifestaciones exteriores de la voluntad, corresponden a un plano más elevado del mundo sensible ordenado por criterios ideales, en tanto normativos, como el de la *acción esperada* (Muñoz Conde & García Arán, 2010, pág. 218) y los *deberes de conducta*²³; y del mismo modo, los bienes jurídicos -tanto materiales como ideales- no pueden ser lesionados sino sólo a través de las manifestaciones exteriores de la conducta humana, pues esa es la manera en que se desarrollan las relaciones intersubjetivas. Por ende, el concepto de lesividad lleva consigo la exigencia de una manifestación exterior de la voluntad que lesione o ponga en peligro los bienes ajenos, a través del principio del *derecho penal de acto*.

En el mismo sentido, Ferrajoli (1995, pág. 480) entiende que “la materialidad o exterioridad de la acción criminal es así un presupuesto necesario de la lesividad o dañosidad del resultado”, pudiendo reconducir ambas garantías a un mismo origen en la tradición ilustrada, marcado por el utilitarismo jurídico y la separación axiológica entre derecho y moral. El principio de materialidad o derecho penal de acto se halla consagrado en el ordenamiento jurídico penal colombiano bajo el tenor del artículo 25 del Código Penal, que dispone: “la conducta punible puede ser realizada por acción o por omisión”, constituyendo una condición de legitimación del sistema penal y, como tal, también una garantía que sirve de trinchera ante el ejercicio injustificado de la potestad punitiva, mediante la prohibición de punición de los actos internos del sujeto; lo que Ferrajoli explica de forma sublime y sensible en las siguientes líneas:

[...] la reivindicación de la absoluta licitud jurídica de los actos internos y, aún más, de un derecho natural a la inmoralidad es quizá el principio más auténticamente

²³ En otro sentido lo entiende Mir Puig (1982), quien considera que los tipos omisivos requieren, así como los de comisión positiva, de un comportamiento humano constituido por una actividad positiva, y por “actividad positiva” entiende la realización de cualquier acción positiva distinta a la conducta exigida por la ley penal; “así, por ejemplo, el conductor que no se detiene en el lugar del accidente para socorrer a la víctima omite la prestación de auxilio a través de la acción positiva de alejarse del lugar del suceso. Podría decirse que en los delitos de omisión existen tantos comportamientos (positivos) típicos cuantas posibles conductas distintas a la realización de la acción esperada.” (Mir Puig, 1982, pág. 53). En todo caso, sea que se entienda en un sentido o en otro, lo cierto es que la omisión constituye, para el Derecho Penal, una manifestación exterior de la voluntad.

revolucionario del liberalismo moderno. Observado en negativo, como límite a la intervención penal del estado, este principio marca el nacimiento de la moderna figura del ciudadano, como sujeto susceptible de vínculos en su actuar visible, pero inmune, en su ser, a límites y controles; y equivale, por lo mismo, a la tutela de su libertad interior como presupuesto no sólo de su vida moral sino también de su libertad exterior para realizar todo lo que no está prohibido. Observado en positivo, se traduce en el respeto a la persona humana en cuanto tal y en la tutela de su identidad, incluso desviada, al abrigo de prácticas constrictivas, inquisitivas o correctivas dirigidas a violentarla o, lo que es peor, a transformarla; y equivale, por ello, a la legitimidad de la disidencia e incluso de la hostilidad frente al estado; a la tolerancia para con el distinto, al que se reconoce su dignidad personal; a la igualdad de los ciudadanos, diferenciables sólo por sus actos, no por sus ideas, sus opiniones o su específica diversidad personal.

[...]

En suma, existe un ámbito de la vida personal intocable por el poder estatal y a resguardo del control público y de la vigilancia policial: no sólo las intenciones y los proyectos, sino también, con mayor razón, los errores del pensamiento y la opinión que, según dice Hobbes, son exculpables al máximo, dado que «es imposible que un hombre yerre a propósito». (Ferrajoli, 1995, pág. 481).

Sin embargo, la exigencia del derecho penal de acto no se satisface mediante la consideración de todas las manifestaciones exteriores de la voluntad humana como potenciales ofensas al bien jurídico, pues la acción humana -entendida como concepto global que comprende asimismo la omisión- es un proceso complejo cuyos alcances van más allá del mundo sensible.

En primer lugar, la acción humana es un concepto que alberga significado social, pues describe la obra del hombre sobre el mundo y en relación a otros, por ende, no puede hacer referencia únicamente a los procesos causales producidos por la inervación muscular como respuesta automática a los estímulos. Sólo puede considerarse acción humana -y en esto coinciden la mayoría de las escuelas que han teorizado sobre el delito- a la acción voluntaria,

entendida como aquella que “la voluntad domina y controla, es decir, puede por sí misma iniciar, desarrollar, interrumpir y reiniciar y, por ende, en una palabra, evitar” (Fernández Carrasquilla, 2011, pág. 299).

En segundo lugar, la acción humana es un concepto que alberga significado normativo, pues constituye un criterio valorativo para la ordenación de las sociedades a partir de la creación de expectativas de conducta y su regulación; por ende, para los efectos del Derecho Penal -y de todos los sistemas normativos- la acción humana debe entenderse únicamente como aquella regida por la voluntad final en los términos de Welzel, presupuesto que será estudiado en el apartado siguiente.

Por lo pronto, puede extraerse la siguiente reflexión como corolario de esta sección: la función protectora del Estado social y democrático de Derecho se traduce en el Derecho Penal como la función preventiva de la pena, que hace del *ius puniendi* un instrumento de protección de los bienes jurídicos de la colectividad. El papel protector de la función preventiva de la pena se muestra con claridad en el principio de lesividad que orienta el ejercicio del poder punitivo, limitándolo a partir de criterios como el de necesidad de la pena. La noción de lesividad conlleva la exigencia del principio de derecho penal de acto o materialidad que, a su vez, implica el entendimiento de la acción humana como aquella dominada por la voluntad, que sólo puede ser tenida como voluntad final.

Así, el recorrido argumentativo derivado de la primera exigencia que supone la función protectora del Estado en el sistema penal, la de la función preventiva de la pena, conduce a la necesaria adopción de la voluntad como “espina dorsal” de la acción penalmente relevante (Agudelo Betancur, 2011, pág. 97) y, con ello, del sistema penal en su conjunto, incluyendo, como veremos, el concepto material de culpabilidad. Sin embargo, el razonamiento aún se halla a medio camino, hace falta el estudio de la segunda premisa que se exige a los sistemas penales democráticos como desarrollo de la función protectora del Estado: la garantía de la *dignidad humana*, que será abordada a continuación.

1.2.3. Principio de la dignidad humana

La adopción del postulado preventivista como la finalidad principal del sistema penal ha relegado el papel del principio de *dignidad humana* al de límite externo del poder punitivo que, no obstante, “es sólo un punto de partida que obliga a fundamentar sólidamente la imposición de cualquier pena, y que no predetermina el sentido del siguiente paso” (Terradillos Basoco, 2002, pág. 2).

La necesaria vinculación de la dignidad humana con las ideas altamente cuestionadas del libre albedrío y la retribución -la primera, por “indemostrable”; la segunda, por absoluta- ha conllevado su rechazo como pilar justificador del ejercicio del *ius puniendi*; bajo el entendido de que es incompatible con las necesidades preventivas y, por ende, debe ser desplazada al papel de garantía, que, no obstante ser muy importante en términos constitucionales, no produce efectos del mismo alcance como si se la tomase por presupuesto fundamentador de la pena y del poder punitivo.

El concepto unitario de culpabilidad parte de asumir el principio de dignidad humana como uno de los presupuestos que justifican el ejercicio del *ius puniendi*, junto con la finalidad preventiva de la pena. Ello bajo el entendido de que la dignidad, así como la prevención, son exigencias impuestas por el modelo jurídico-político constitucional en desarrollo de la función protectora de bienes jurídicos, que, no obstante, recaen sobre sujetos distintos: la función preventiva de la pena recae principalmente sobre la sociedad -apenas tangencialmente sobre el sujeto infractor, y sólo si es en el sentido positivo de resocialización o “no desocialización”, desprovista de carácter ético o correctivo, dado que la prevención especial negativa roza los límites de la inconstitucionalidad²⁴- pues pretende defender sus

²⁴ La pretensión de “resocialización” debe preocuparse por atender las necesidades insatisfechas de los reos y dotarlos con las herramientas adecuadas para reiniciar su vida con los menores traumatismos posibles una vez finalizado el cumplimiento de la pena. Así opina Ferrajoli (1995): “Del mismo modo que ni la previsión legal ni la aplicación judicial de la pena deben servir ni para sancionar ni para determinar la inmoralidad, así tampoco debe tender su ejecución a la transformación moral del condenado. El estado, que no tiene derecho a forzar a los ciudadanos a no ser malvados, sino sólo a impedir que se dañen entre sí, tampoco tiene derecho a alterar -reeducar, redimir, recuperar, resocializar u otras ideas semejantes- la personalidad de los reos. Y el ciudadano, si bien tiene el deber jurídico de no cometer hechos delictivos, tiene el derecho de ser interiormente malvado y de seguir siendo lo que es. Las penas, consiguientemente, no deben perseguir fines pedagógicos o correccionales, sino que deben consistir en sanciones taxativamente predeterminadas y no

bienes jurídicos de la ofensa que supone el delito; mientras que el principio de dignidad humana recae sobre el sujeto infractor, quien, en virtud de la naturaleza democrática del Estado social de Derecho enraizado sobre el valor de la igualdad, merece ser sujeto de protección en sus bienes jurídicos del mismo modo que cualquier otro ciudadano.

Así, prevención y dignidad se muestran como dos caras de una misma moneda, en vez de como dos polos opuestos, pues representan desarrollos de un mismo presupuesto ideológico y teleológico manifestado sobre ambos extremos de la relación penal, la sociedad-víctima y el infractor, con las diferencias que ello supone en términos dogmáticos pero conservando el mismo propósito en ambos casos: la protección de los bienes jurídicos de los asociados frente a la ofensa que suponen el delito y el abuso injustificado del poder punitivo en cualquiera de sus tres constricciones: la prohibición, el juicio o la pena (Ferrajoli, 1995, pág. 209). Terradillos Basoco (2002) describe esta amalgama de ideas tradicionalmente opuestas como

la integración de consideraciones político-criminales en la construcción sistemática del delito y en la atribución de contenido a sus categorías [...] lo que no significa mera orientación a consecuencias, ya que, según es también regla en los más acreditados modelos teleológicos, no se deja al margen la profunda significación de los valores, de modo que a lo instrumental se une lo valorativo, y a lo preventivo, lo garantista, tal como ya reivindicara el utilitarismo ilustrado. (2002, pág. 5)²⁵.

agravables con tratamientos diferenciados y personalizados de tipo ético o terapéutico.” (Ferrajoli, 1995, pág. 223).

A lo que añade que la finalidad de prevención especial positiva es, además de autoritaria y antiliberal, irrealizable: “[...] el fin pedagógico o resocializador propugnado por todas estas diversas doctrinas no es realizable. Una rica literatura, corroborada por una secular y dolorosa experiencia, ha mostrado en efecto que no existen penas correctoras o terapéuticas y que la cárcel, en particular, es un lugar criminógeno de educación e incitación al delito. Represión y educación son en definitiva incompatibles, como lo son la privación de la libertad y la libertad misma que constituye la sustancia y el presupuesto de la educación, de manera que lo único que se puede pretender de la cárcel es que sea lo menos represiva posible y por consiguiente lo menos desocializadora y deseducadora posible.” (Ferrajoli, 1995, pág. 271).

²⁵ Aunque Terradillos Basoco (2002) es enfático en afirmar su desdén por las pretensiones retribucionistas kantianas que consideraban la pena en términos absolutistas como una necesidad ética a la manera de un imperativo categórico, y coincide con autores como Roxin en sostener la indemostrabilidad científica del libre albedrío; parece notorio, en la lectura de su tratado sobre *La culpabilidad* (2002), que se identifica con una posición unitaria o dialéctica, si se quiere, entre los postulados preventivos y los garantistas a partir de una orientación teleológica integradora.

La consideración de la dignidad humana como presupuesto del sistema penal que, al mismo tiempo, lo fundamenta y lo limita, va en la misma línea ideológica que las razones que consiente Ferrajoli como justificación del Derecho Penal en su planteamiento de *utilitarismo reformado*, con el que pretende refinar el utilitarismo a medias que suponen las doctrinas de la prevención. Para el profesor italiano, todas las teorías preventivistas son desarrollo del *utilitarismo maximizador*, dado que “han asignado siempre a la pena el fin único de la prevención de los futuros delitos para la tutela de la mayoría no desviada, [...] hasta el punto de justificar su calificación indiferenciada como doctrinas de la «defensa social» en sentido amplio” (Ferrajoli, 1995, pág. 262).

En consecuencia, las doctrinas de la prevención, en tanto persiguen la máxima utilidad posible para los no desviados -y no el mínimo sufrimiento posible para los desviados-, tienen una capacidad ilimitada para aumentar en número y severidad los delitos y las penas, toda vez que “en línea de principio ninguna pena resulta injustificada, al no problematizarse ni discutirse el coste de las penas sufrido por quienes, con o sin razón, son sometidos a ellas” (Ferrajoli, 1995, pág. 330).

La falta de criterios de justificación que pongan límite a la legitimidad de la potestad punitiva es lo que, según Ferrajoli, vicia ideológicamente las doctrinas de la prevención y las hace propensas a legitimar modelos de Derecho Penal máximo, autoritario e ilimitado. Por ende, se hace necesario introducir criterios de justificación que sean idóneos no sólo para legitimar, sino también para deslegitimar las penas, de modo que puedan fijarse límites reales a la autoridad penal del Estado, más allá de los cuales el ejercicio de la potestad punitiva resulte injustificado. Tal es la tarea del *utilitarismo minimizador*, que impone como criterio de justificación la búsqueda de “además del máximo bienestar posible de los no desviados, también el mínimo malestar necesario de los desviados” (Ferrajoli, 1995, pág. 332), que Ferrajoli identifica con la prevención, no ya de los delitos, sino de las penas informales, es decir, de “la mayor reacción -informal, salvaje, espontánea, arbitraria, punitiva pero no penal-

que a falta de penas podría provenir de la parte ofendida o de fuerzas sociales o institucionales solidarias con ella” (Ferrajoli, 1995, pág. 332)²⁶.

Bajo esta perspectiva, la trascendencia de la dignidad humana reside en su carácter de trinchera frente al uso y abuso del poder punitivo, y así se manifiesta no sólo para el infractor sino para todos los sujetos de la sociedad pues, siguiendo a Ferrajoli (1995, pág. 209), las restricciones del Derecho Penal se manifiestan sobre todos y cada uno de los asociados, así: la restricción de la *prohibición* limita la libertad de acción de todas las personas a quienes va dirigida, la restricción del *juicio* implica el sometimiento coactivo de todo aquel que resulte sospechoso de una violación de la prohibición penal, y la restricción de la *punición o condena* limita de forma grave la libertad de quienes se juzguen culpables de una violación tal, pese a que, como es bien sabido, las dos últimas restricciones recaigan sobre una cantidad lamentable de sujetos inocentes²⁷.

En palabras de Ferrajoli (1995),

la seguridad y la libertad de cada uno están en efecto amenazadas no sólo por los delitos, sino también, y a menudo en medida aún mayor, por las penas excesivas y despóticas, por los arrestos y procesos sumarios, por controles arbitrarios y omnipresentes de policía, en una palabra, por ese conjunto de intervenciones que se

²⁶ Para Ferrajoli (1995), el único parámetro que puede cumplir el papel de legitimador y, según el caso, deslegitimador del Derecho Penal es el de la prevención de las penas informales, dado que el fin de prevención de los delitos, orientado por el parámetro de la necesidad de la pena, carece por completo de capacidad limitadora: “En rigor, cualquier delito cometido demuestra que la pena prevista para él no ha sido suficiente para prevenirlo y que para tal fin habría sido necesaria una mayor. Está claro que éste es un «necio argumento» para exacerbar las penas. Pero sirve para demostrar que el fin de la prevención o incluso sólo de la reducción de los delitos no sirve para fijar algún límite máximo a las penas, sino sólo el límite mínimo por debajo del cual no es realizable y la sanción, como dijo Hobbes, no es ya una «pena» sino una «tasa» totalmente carente de capacidad disuasoria.” (Ferrajoli, 1995, pág. 332). Es por ello que el principio de la dignidad humana, así como el fin de prevención de las penas informales, no puede hacerse derivar de la finalidad preventiva del Derecho Penal, pese a ser, al igual que ésta, desarrollo de la función protectora del Estado en el modelo constitucional democrático.

²⁷ En palabras de Ferrajoli (1995, pág. 209), “si de hecho todos están sometidos a las limitaciones de la libertad de acción prescritas por las prohibiciones penales, no todos ni sólo aquellos que son culpables de sus violaciones se ven sometidos al proceso y a la pena; no todos ellos, porque muchos se sustraen al juicio y más aún a la condena; ni sólo ellos, siendo muchísimos los inocentes forzados a sufrir, por la inevitable imperfección y falibilidad de cualquier sistema penal, el juicio, acaso la prisión preventiva y en ocasiones el error judicial”.

conoce por el nombre de «justicia penal» y que en la historia de la humanidad quizá ha costado más dolores e injusticias que el conjunto de delitos cometidos. (Ferrajoli, 1995, pág. 344).

Por ende, la formulación de un sistema penal bajo consideraciones democráticas implica una visión panorámica de la problemática del delito, que tome en consideración el coste social de las penas, entendiendo que las limitaciones a la libertad recaen en mayor o menor medida sobre todo el conglomerado social; y, en consecuencia, exija que, del mismo modo, la función de protección se despliegue de forma generalizada y se haga de la protección del ciudadano frente al ejercicio abusivo del *ius puniendi* uno de sus postulados esenciales, aludiendo a la manera en que von Liszt concibe el Derecho Penal como la *Carta Magna del delincuente*²⁸.

En este sentido, la construcción de un concepto unitario de culpabilidad, al igual que el *utilitarismo reformado* de Ferrajoli, exige que el Derecho Penal sea entendido como un instrumento de tutela de los derechos fundamentales -o de protección del más débil- de los ciudadanos frente a las agresiones por parte de otros asociados, asumiendo una doble función preventiva:

la prevención general de los delitos y la prevención general de las penas arbitrarias o desproporcionadas. La primera función marca el límite mínimo y la segunda el límite máximo de las penas. [...] la prohibición y la amenaza penales protegen a las posibles partes ofendidas contra los delitos, mientras que el juicio y la imposición de la pena protegen, por paradójico que pueda parecer, a los reos (y a los inocentes de quienes se sospecha como reos) contra las venganzas u otras reacciones más severas. (Ferrajoli, 1995, pág. 334 y 335).

Sólo concibiendo de forma dialéctica los fines del Derecho Penal, amparados bajo el meta-fin que representa la función de protección del Estado, es posible sustentar una doctrina de

²⁸ Decía von Liszt, citado por Mir Puig (2003, pág. 199): “En mi opinión, por muy paradójico que pueda resultar, el *Código Penal es la Magna Charta del delincuente*. No protege al orden jurídico, ni a la colectividad, sino al individuo que se levanta contra ella. Le otorga el derecho a ser castigado sólo bajo los presupuestos legales y únicamente dentro de los límites legales. El doble aforismo: *nullum crimen sine lege, nulla poena sine praevia lege* es el bastión del ciudadano frente a la omnipotencia estatal, frente al desconsiderado poder de la mayoría, frente al ‘Leviathan’.”

justificación extrasistémica que legitime de forma suficiente la potestad punitiva y, al mismo tiempo, ofrezca criterios idóneos para limitarla y, dado el caso, deslegitimarla. *Prevención y dignidad humana* representan, entonces, los únicos fines que pueden justificar el Derecho Penal, en tanto propósitos plenamente realizables pese a ser comúnmente irrealizados: la maximización de la tutela de los derechos fundamentales y bienes jurídicos y la minimización de la violencia punitiva informal mediante la formalización de la pena.

En conclusión, el principio de la dignidad humana es uno de los presupuestos de justificación del Derecho Penal pues representa la finalidad que éste debe cumplir como instrumento de protección de bienes jurídicos tanto de la sociedad como del infractor, pero se materializa especialmente respecto de quienes son sujetos de la potestad punitiva del Estado, ya sea en calidad de destinatarios de la norma penal, sospechosos o condenados, como un mandato de minimización de la violencia punitiva tanto informal como formalizada. La dignidad humana encarna, así, el conjunto de garantías sustanciales y procesales de derecho penal mínimo que tienen por finalidad la protección del infractor y componen las condiciones de cuya realización depende la justificación del sistema penal y cuya ausencia señala los límites de la intervención punitiva legítima; es decir, simboliza al mismo tiempo un fundamento -positivo- y un límite -negativo- del *ius puniendi*.

1.2.4. Garantías que conforman el principio justificador de la *dignidad humana*: el camino hacia la *asequibilidad normativa* como contenido material de la culpabilidad

Si bien todas las garantías de derecho penal mínimo pueden entenderse, en alguna medida, como expresiones de la finalidad de protección del infractor frente al poder exorbitante de la potestad punitiva (estricta legalidad, lesividad, materialidad, necesidad, jurisdiccionalidad), la garantía que mejor encarna este espíritu es el *principio de responsabilidad personal*, representado en el axioma A6 del sistema SG de Ferrajoli «*Nulla actio sine culpa*», y que tendencialmente define el contenido de la culpabilidad como categoría del delito. Conforme a este principio, “ningún hecho o comportamiento humano es valorado como acción si no es fruto de una decisión; consiguientemente, no puede ser castigado, y ni siquiera prohibido, si

no es intencional, esto es, realizado con consciencia y voluntad por una persona capaz de comprender y querer” (Ferrajoli, 1995, pág. 487); es decir, el principio de responsabilidad personal implica, así como las garantías de lesividad y materialidad, una condición necesaria para la imposición de la pena, consistente en la exigencia de responsabilidad subjetiva.

La *responsabilidad subjetiva*, célebre conquista del pensamiento ilustrado, exige que el juicio de imputación considere, además del resultado (lesividad) y la acción en sí misma (materialidad), la participación interna del agente en ella, es decir, la existencia de un vínculo de carácter subjetivo entre el autor y el injusto, que indique que la conducta antijurídica es producto de su capacidad decisional y, por ende, el resultado lesivo le pertenece; en palabras de Ferrajoli (1995), este vínculo se denomina *personalidad o suidad de la acción* y hace referencia a “la susceptibilidad de adscripción material del delito a la persona de su autor, esto es, la relación de causalidad que vincula recíprocamente decisión del reo, acción y resultado del delito” (Ferrajoli, 1995, pág. 490).

La *responsabilidad objetiva*, por oposición, es aquella cuya imputación no exige una vinculación de tipo subjetivo entre el infractor y el injusto, dando lugar a modelos de enjuiciamiento que prescinden de la voluntariedad del delito, en los que basta con la realización física de la conducta o la causación material del resultado para predicar la responsabilidad penal. Así, la responsabilidad subjetiva es un parámetro que limita los alcances de la responsabilidad penal en razón de un criterio de voluntad, al señalarla como “el grado mínimo de imputación subjetiva de un hecho prohibido a una persona” (Fernández Carrasquilla, 2011, pág. 307), de modo que sólo los actos voluntarios o intencionales pueden ser prohibidos y castigados²⁹, mientras que los actos que se producen por fuera del ámbito decisional que la voluntad controla quedan excluidos del juicio de imputación.

²⁹ La *intencionalidad* o *voluntariedad* de los actos señalada en este fragmento no hace referencia únicamente al concepto de *dolo*, que es apenas una de las formas de realización subjetiva de la conducta típica, que siempre es voluntaria. Es decir, el primer plano conceptual es el de la acción, luego sobre éste se ubica el del acto voluntario o intencional (excluyendo todas las acciones no dirigidas por la voluntad, como los actos reflejos) y, por último, el plano jurídico de las formas de realización subjetiva del injusto: *dolo*, *imprudencia* y *preterintención*, que consisten en actos voluntarios mediados por finalidades y contenidos específicos relevantes para el Derecho Penal. En el marco de la responsabilidad subjetiva, el primer plano está por completo excluido, sólo los actos ubicables en el plano de la voluntariedad pueden ser prohibidos, y para ser castigados deben poder reconducirse a alguna de las formas de realización típica del último plano jurídico-conceptual.

En este sentido, la definición de la responsabilidad subjetiva pasa por la consideración de lo que constituye un acto voluntario en el sistema penal del Estado social y democrático de derecho, lo que conduce necesariamente al concepto de *acción final*. El debate dogmático penal en torno a la noción de acción fue zanjado con relativa tranquilidad a partir de la reestructuración del delito que llevó a cabo la escuela finalista en mitad del siglo XX. Con base en la *causalidad subjetiva* planteada por Aristóteles, Hans Welzel estableció que la concepción de acción iba más allá de la *voluntariedad* que predicaban los esquemas clásico y neoclásico, entendida como simple inervación muscular acompañada de un mínimo de actividad psíquica sin un contenido específico, pues para que existiese una acción, bastaba con que el sujeto hubiese querido algo, “pero ese algo querido, no es un problema que se indaga en la acción sino en la culpabilidad”, es decir, “el contenido mismo de la voluntad importa sólo en el campo de la culpabilidad” (Agudelo Betancur, 2011, pág. 57).

Para Welzel (2004), por el contrario, el contenido de la voluntad era determinante en el concepto de acción como expresión humana y, por tanto, acto voluntario no es aquel mediado por la simple inervación muscular, sino el que se despliega dirigido por la voluntad hacia la obtención de un fin específico, es decir, el acto dominado por la finalidad; como explican las siguientes líneas:

La acción humana es ejercicio de actividad final. La acción es, por tanto, un acontecer «final» y no solamente «causal». La “finalidad”, o el carácter final de la acción, se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su conducta, asignarse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad, conforme a un plan, a la consecución de estos fines. Gracias a su saber causal previo puede dirigir sus diversos actos de modo que oriente el suceder causal externo a un fin y lo domine finalmente. Actividad final es una actividad dirigida conscientemente en función del fin, mientras que el acontecer causal no está dirigido en función del fin, sino que es la resultante causal de la constelación de causas existente en cada momento. La finalidad es, por ello -dicho en forma gráfica- “vidente”, la causalidad, “ciega”. (Welzel, 2004, pág. 41).

Así las cosas, por acción humana relevante para el Derecho Penal -y acción humana en general- puede entenderse únicamente la acción voluntaria, y la voluntad, a su vez, implica

necesariamente la finalidad, o, en palabras de Zaffaroni (1981) “voluntad final es una expresión tautológica”. El acto voluntario que exige la responsabilidad subjetiva como parámetro de imputación es, entonces, un acto complejo que involucra varias etapas (la *fase interna de realización*: anticipación mental del fin, determinación de los medios y consideración de otros posibles efectos de la acción), en el que la conciencia del autor se adelanta en el tiempo, toda vez que puede planear y prever las consecuencias de su intervención en el curso causal y, en razón de ello, dirigirla (la *fase externa de realización*) hacia la consecución de una finalidad específica, cual es el resultado lesivo del bien jurídico; por ende, el acto voluntario es *causa final* de dicho resultado y no sólo *causa eficiente*, conforme a la terminología aristotélica³⁰.

El carácter final de la acción voluntaria es lo que otros autores (Engisch, Mayer, Jescheck) describen como el “sentido subjetivo” o “intencional” que el autor da a su actuar, y que señala la acción voluntaria como un comportamiento humano con relevancia social o un “fenómeno social”; así, por ejemplo, Hart (1981):

Las personas no se consideran, no consideran a sí mismas ni a los demás, simplemente como cuerpos que se mueven de modo a veces perjudicial, que deba ser prevenido o alterado. Las personas, por el contrario, interpretan los movimientos propios y ajenos como una manifestación de sus intenciones y opciones, y estos factores subjetivos son a menudo más importantes para sus relaciones sociales que los movimientos a través de los que se manifiestan y que sus efectos. Si una persona golpea a otra, la víctima no piensa en ella sólo como una causa del propio dolor; en efecto, tendrá una importancia fundamental para ésta si el golpe fue intencional o involuntario. Si el

³⁰ Ferrajoli (1995) la utiliza para definir la distinción de la causalidad entre el dolo y la imprudencia, así: “Por otra parte, para comprender el sentido de los distintos contenidos que definen a la culpa y al dolo, puede recurrirse a la distinción, reformulada con especial claridad por Richard B. Braithwaite, entre *explicación causal*, en la que el hecho *explicandum* queda aclarado por una causa precedente o simultánea, y *explicación teleológica*, en la que el *explicandum* queda aclarado por un fin futuro o por un efecto aún no realizado y no abocado necesariamente a realizarse. El primer tipo de explicación remite a lo que Aristóteles llamaba «causa eficiente», el segundo, a lo que llamaba «causa final». Si queremos utilizar esta terminología, diremos que la responsabilidad penal lo es *por culpa* cuando la intención es sólo causa eficiente de la acción, que, a su vez es causa eficiente del resultado, y que lo es *por dolo* cuando el resultado es también causa final de la acción. Consiguientemente, mientras en el primer caso es sólo posible una explicación causal del nexo entre acción y resultado, en el segundo es posible también una explicación teleológica, en el sentido de que la idea de la causa final opera como causa eficiente.” (Ferrajoli, 1995, pág. 490).

golpe fue ligero pero intencional tiene para la persona golpeada un significado totalmente distinto del que tiene un golpe accidental aunque mucho más fuerte...La naturaleza humana en la sociedad humana es efectivamente ésta, y no tenemos por ahora capacidad para cambiarla. Este hecho fundamental tiene consecuencias para el derecho. (Hart, 1981, Responsabilità e pena, p. 209, citado en Ferrajoli, 1995, pág. 527).

Un modelo de responsabilidad subjetiva es, entonces, aquel en el que la imputación está mediada por la idea de la voluntad, dado que es atributo esencial de la acción humana y señala los límites de la potestad punitiva, constituyendo un presupuesto esencial para la afirmación de la responsabilidad penal. *Voluntad* es, entonces, el vínculo subjetivo que une al autor con su acto en una unidad de propósito, es “la espina dorsal de la acción final [...] consciente del fin, rectora del acontecer causal” (Agudelo Betancur, 2011, pág. 104).

Dicho vínculo subjetivo expresa la relación de causalidad teleológica que Ferrajoli describe como *suidad de la acción*, y que puede manifestarse como dolo, imprudencia o preterintención, dependiendo del grado de vinculación o pertenencia del agente respecto de su injusto, siendo las dos últimas excepciones a la regla general del dolo (artículos 22, 23 y 24 del Código Penal). En sentido contrario, los actos producidos en ausencia de dicho vínculo subjetivo, en tanto escapan al control de la voluntad del agente al ser impuestos mediante irresistibles factores externos, como el caso fortuito, la *vis absoluta* o el *versari in re illicita*, no son actos voluntarios pues no emanan de ella y, como consecuencia, no pueden fundamentar el reproche penal.

Ahora bien, la facultad de actuación final dominada por la voluntad implica necesariamente la aceptación de otro atributo eminentemente humano: la *libertad*. Dado que la voluntad designa la capacidad del hombre de transformar el mundo sensible interviniendo los cursos causales y dirigiéndolos hacia un propósito querido, es claro que supone la existencia de otra característica de la actuación humana que le antecede como presupuesto lógico. La libertad, en tanto denota la posibilidad de actuación autónoma del hombre, es decir, conforme a su propia inteligencia, es un presupuesto necesario de la voluntad humana. Así lo creía Carrara, quien señalaba que “la libertad es un atributo indispensable de la voluntad, de manera que

ésta no puede existir sin aquélla, del mismo modo que no puede haber materia sin gravedad” (Bustos Ramírez & Hormazábal Malarée, 2006, pág. 426).

La presente monografía no se adentrará en los meandros filosóficos de la milenaria dicotomía determinismo-indeterminismo, pues encuentra necesario partir de un acuerdo fundamental: debe admitirse la existencia de la libertad humana en tanto presupuesto lógico de la actuación voluntaria o final, entendida como parámetro de imputación y límite del poder punitivo en los modelos de responsabilidad subjetiva.

Así, la libertad humana se constituye como una premisa de legitimación extrasistémica del Derecho Penal, en tanto presupuesto de existencia de la voluntad y la acción final como antecedentes del injusto; pero también representa una premisa de legitimación intrasistémica del mismo en tanto presupuesto de su eficacia -al menos en términos de posibilidad de eficacia, si se pone en duda el éxito de los fines de la pena- como instrumento de protección de bienes jurídicos. Es decir, dado que la finalidad de protección del Estado constitucional y democrático de derecho se realiza a través de la función de prevención del Derecho Penal, y ésta última se desarrolla mediante la amenaza de pena que la norma penal inflige, la eficacia del Derecho Penal depende -así como la de todo instrumento normativo- de que los hombres puedan obedecer las normas en ejercicio de su libertad, como señala Fernández Carrasquilla (2011):

La mejor prueba de que hay libertad es la existencia necesaria de las normas en el mundo humano: si el hombre no fuera un sujeto libre, las normas no serían necesarias y ni siquiera posibles en la vida social. Hay normas porque hay libertad en los sujetos sociales y por eso mismo puede haber derecho penal, esto es, culpabilidad y pena. El hombre es destinatario de las normas -de todas las normas reales y posibles-, y por cierto el único destinatario, porque es un sujeto libre y por tanto puede ser responsable de sus acciones, puede dirigir sus actos a ciertos resultados y su vida a ciertos destinos de valor; si el comportamiento humano solo responde a criterios de necesidad o determinación causal, las normas morales y jurídicas -cuya existencia factual en la vida social es indiscutible- tendrían que ser concebidas como una fuerza mecánica más de la naturaleza y con ello quedarían conceptualmente destruidas. [...] Si el hombre no tuviera la capacidad evidente e innegable de dirigirse conforme a valores,

las normas no tendrían ningún mensaje que dirigirle, éstas no podrán invitarlo o convocarlo a ciertas regulaciones valorativas de la interacción social. La libertad del hombre de carne y hueso es un *prius* lógico y ontológico de toda clase de normas sociales y es una entelequia que los penalistas discutan acerca de si la libertad de la voluntad existe o no, o si es o no “demostrable”. Acaso estas preguntas tampoco se pueden formular con sentido frente a la existencia del “mundo exterior”. ¿Es por eso este mundo menos ajeno al “yo”? Mundo exterior y libertad humana no son extrañas ni impermeables a la acción del hombre; antes bien, son permeadas, conformadas y sobredeterminadas de modo a la vez constante y variable por la cultura. (Fernández Carrasquilla, 2011, pág. 333).

El contenido de la libertad, no obstante, no se asume en el presente trabajo como un indeterminismo romántico que afirme el ilimitado poder de decisión humano y niegue la existencia de la causación como fenómeno empírico, sino como una hipótesis a medio camino de la dicotomía filosófica, que afirma la posibilidad del hombre de controlar las causas y dirigir las -con intención final- hacia el resultado querido, a través del proceso de actuación consciente que se presenta ante el sujeto como la facultad de elegir entre el conjunto de acciones posibles ante una situación determinada -ya sea eligiendo la acción a realizar o eligiendo no realizarla o realizarla de modo distinto-, valiéndose de la compleja red de parámetros de conducta conformada por el sistema de valores aprendido, el conocimiento -tanto racional como empírico- adquirido, y los códigos comportamentales impuestos por las normas jurídicas y morales, todos interiorizados por el sujeto a partir del proceso de aprendizaje que supone la socialización humana, y albergados en la amalgama de cosas denominada conciencia.

Fernández Carrasquilla (2011) lo explica mucho mejor, valiéndose de las elaboraciones de De la Cuesta Aguado (2007) sobre la llamada “racionalidad limitada”³¹, así:

[...] racionalidad limitada: la decisión racional o reflexión se funda en las emociones y éstas son despertadas en todo el organismo por los “marcadores somáticos” (señales

³¹ Para elaboraciones más detalladas en defensa de la libertad de voluntad y la “racionalidad limitada”, ver Fernández Carrasquilla, J. (2011) *Derecho penal. Parte general. Principios y categorías dogmáticas*, pág. 312 y ss.

corporales de advertencia aprendidas por el organismo y que se traducen en sensaciones, emociones y sentimientos con los cuales comienza el proceso decisorio de la acción a nivel preconscious, encaminado a la supervivencia y adaptación [...].

A ello se le agrega desde luego que el cerebro humano, no por sí solo sino unido al cuerpo y en relación con el ambiente [...] desarrolla el fenómeno que llamamos conciencia, que es la que toma conocimiento de los procesos impulsivos y emocionales y puede someterlos [...] a la criba de las valoraciones aprendidas en el largo proceso de socialización (con algunas cosas sin duda heredadas de la evolución de la especie, pues el hombre no nace completamente en blanco), pudiendo decidir sobre la opción adecuada antes de que el impulso preconscious termine su curso. [...] (Fernández Carrasquilla, 2011, págs. 312-314).

El hombre, en todos los aspectos de su existencia, mora en un mundo de opciones finales y valorativas y es de este modo como aprende a dirigir, dentro de límites, claro está, el curso de las leyes naturales para obtener cada vez más técnicamente los frutos de la tierra y de la vida. Y su inteligencia le enseña, también dentro de marcos relativamente estrechos pero reales, a prever o anticipar el curso de sus actos y de las cosas, así como a transformar el mundo real en su propio beneficio (o lo que él valora como tal en la coexistencia) [...]. (Fernández Carrasquilla, 2011, pág. 334)

El hombre no puede escoger entre causalidad o no causalidad de su conducta —ésta no podrá dejar de ser causal—, pero sí entre conductas causalmente disponibles. Esta es su libertad. (Fernández Carrasquilla, 2011, pág. 337).

En conclusión,

se trata, pues, de una libertad que no niega el determinismo, sino que lo supone y hasta cierto punto lo maneja. [...] que la voluntariedad tenga que pasar por los procesos cerebrales no quiere decir que no exista, sino que ella tampoco es una entidad metafísica [...], tan solo evidencia que el hombre pertenece al mundo natural, un mundo de causas, aunque haya sido capaz de alzar el vuelo hacia el mundo por él

creado del espíritu y la pura razón. En todo caso, como hombres no actuamos en la nada ni moramos en el cielo. (Fernández Carrasquilla, 2011, pág. 316).

La libertad de voluntad o *libre albedrío*, entendida como la capacidad autorreflexiva del hombre de seleccionar la acción a realizar dentro de un plexo amplio de posibilidades, interponiendo valoraciones sociales, morales y jurídicas al curso causal y al proceso de respuesta biológica impulsado por los marcadores somáticos, es, según Fernández Carrasquilla (2011, pág. 335), una característica biológica del *homo sapiens* originada en su curso evolutivo y responsable, en parte, del triunfo de la especie, pues lo diferencia de la capacidad de tomar decisiones de supervivencia y adaptación al medio compartida con los animales a lo largo de la escala evolutiva.

No obstante, la libertad de voluntad es más que una característica biológica del cerebro evolucionado del ser humano, pues también es una construcción cultural del hombre que vive en sociedad. Desde la perspectiva antropológica, el libre albedrío se presenta como un producto de la interacción humana, en tanto el proceso de difusión y transmisión del conocimiento permite la apropiación del orden social y jurídico de valores imperante en la comunidad por parte de sus miembros, de manera que éstos los integren a sus propias escalas valorativas y puedan usarlo como guía en la toma de decisiones deliberadas en contextos de supervivencia, convivencia y adaptación. Y como tal, el conjunto de valoraciones sociales, jurídicas y morales que conforman la conciencia individual y colectiva; es, además de un legado genético, el fruto de la interacción histórica, política, cultural, emocional y social del hombre sobre la tierra. Por ello Fernández Carrasquilla reclama pensar la libertad de voluntad no como “apéndice del aparato biológico” (2011, pág. 337), sino como “una creación de la evolución humana [...] un producto de la evolución biológica y la configuración histórica del ser del hombre” (2011, pág. 338).

En el mismo sentido, Muñoz Conde y García Arán (2010) -quienes pese a negar la existencia del libre albedrío en los estrictos términos indeterministas, otorgan a la culpabilidad un contenido que sigue siendo muy similar a nuestro entendimiento del libre albedrío, como se verá más adelante- asumen la posibilidad de elección racional conforme a parámetros valorativos a través de la cual el hombre incide en el mundo como un *fenómeno vivencial* pero irrefutable, resultado de nuestra propia experiencia y observación:

Así, por ejemplo, tenemos la conciencia o sentimiento de que en una situación dada somos «libres» de elegir entre las distintas opciones que se nos ofrecen. De algún modo, la vida de relación social, la exigencia de responsabilidades en la misma, el cumplimiento de las expectativas y estas expectativas sociales mismas se basan en este sentimiento generalizado. Pero ello no es más que un dato fenomenológico, puramente vivencial. Aparentemente existe una capacidad de elección entre varias opciones en cualquier persona y esa misma capacidad de elección constituye el presupuesto del actuar humano social y jurídicamente relevante; de ahí que se excluyan del ámbito de la acción jurídicamente relevante las reacciones puramente instintivas, inconscientes o producto de fuerza irresistible. (Muñoz Conde & García Arán, 2010, pág. 351)

Por su parte, Schünemann afirma que el completo abandono de la libertad como soporte teórico de la culpabilidad es un objetivo imposible, dado que se halla anclada en las estructuras elementales de la comunicación social, de acuerdo con los postulados del interaccionismo simbólico, que “explica la construcción social de la realidad mediante la atribución de sentido” (Schünemann, 2000, pág. 104):

[...] para la teoría del conocimiento que concibe la realidad social como una construcción de sentido que el lenguaje hace posible, es evidente que la vivencia subjetivo-individual de libertad no responde a un ánimo subjetivo del individuo, sino a un nivel de la realidad ineludiblemente preconstituido en el lenguaje y, por tanto, en la realidad social. Un nivel al que el individuo, o cualquier institución social que se ocupe de la realidad social constituida por el lenguaje, no puede renunciar.

En tanto que regulación de relaciones humanas con significado constituidas por el lenguaje, el Derecho no puede ignorar una realidad por la que él mismo está constituido. La muestra más evidente de ello es que no nos podemos representar (lingüísticamente) un ordenamiento jurídico construido por completo sobre la base de que las conductas humanas están determinadas, pues, en tal caso, deberíamos poder describir todos los sucesos sociales jurídicamente relevantes con el modelo de los procesos naturales, algo que (como el lector puede comprobar por sí mismo) resulta de todo punto imposible. (Schünemann, 2000, pág. 110).

Por último, volviendo a Fernández Carrasquilla (2011, pág. 338), resulta innegable la afirmación de la libertad como condición de la existencia del hombre y su acontecer en el mundo, dado que el derecho penal positivo la reconoce como un bien jurídico susceptible de protección, v. gr., en los delitos contra la libertad individual o la libertad sexual; las constituciones de los sistemas democráticos la incluyen como un derecho fundamental en sí misma y base de muchos otros, y, en últimas, “todo el derecho penal está construido en parte para protegerla y en parte para privar de ella” (Fernández Carrasquilla, 2011, pág. 338). La libertad es, sin duda alguna, un elemento nuclear de las dinámicas sociales, tanto en las interacciones de la vida cotidiana como en las estructuras formalizadas como el Derecho, reconociéndosela, incluso, como el “fundamento antropológico real de la dignidad humana” (Fernández Carrasquilla, 2011, pág. 338).

La dignidad, entendida como valor y principio fundante del ordenamiento jurídico y del Estado democrático y constitucional de derecho³², se define, según la Corte Constitucional, como “autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera)” (Sentencia T-881 de 2002)³³ y, en este sentido, se halla en una estrecha relación con la libertad individual:

La verdadera libertad es signo del señorío del hombre sobre las contingencias de la vida, de suerte que la razón hace que el ser humano esté en manos de su propia decisión, y por eso es responsable [...]. La dignidad humana requiere que el hombre actúe según su recta razón y libre elección, movido por la convicción interna personal

³² Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia T-401 de 1992: “La dignidad humana...es en verdad principio fundante del Estado (CP art.1). Más que derecho en sí mismo, la dignidad es el presupuesto esencial de la consagración y efectividad del entero sistema de derechos y garantías contemplado en la Constitución. La dignidad, como principio fundante del Estado, tiene valor absoluto no susceptible de ser limitado ni relativizado bajo ninguna circunstancia...”.

³³ “Para la Sala una síntesis de la configuración jurisprudencial del referente o del contenido de la expresión “dignidad humana” como entidad normativa, puede presentarse de dos maneras: a partir de su objeto concreto de protección y a partir de su funcionalidad normativa. Al tener como punto de vista el objeto de protección del enunciado normativo “dignidad humana”, la Sala ha identificado a lo largo de la jurisprudencia de la Corte, tres lineamientos claros y diferenciables: (i) La dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera). (ii) La dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien). Y (iii) la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones).” (Corte Constitucional, Sentencia T-881 de 2002).

y no bajo la presión que otros hagan sobre su libertad, porque entonces el acto no sería libre, y al no serlo, no puede estar amparado por la legitimidad. (Corte Constitucional, Sentencia C-542 de 1993).

Sólo la afirmación de libertad es compatible con las exigencias de la dignidad inherente al ser humano, que es digno en tanto puede elegir su propio destino, dentro de los límites impuestos por la corporeidad y la causalidad, o al menos contribuir en su configuración por medio de sus elecciones. Y es en virtud de esta autonomía que al Estado no le está dado tratarlo como un objeto al servicio de sus fines, el imperativo categórico kantiano reposa sobre la libertad humana: el hombre es un fin en sí mismo porque tiene libertad.

Fernández Carrasquilla (2011) explica este atributo de la naturaleza humana como la “libertad existencial”, que si bien soporta el concepto de la “libertad de acto” o “libertad volitiva”, es una cosa distinta y no puede confundirse con ella, en tanto tiene que ver con “el reconocimiento y respeto incondicionales de la dignidad humana, pues la libertad como categoría inalienable es la que llena de contenido ese atributo esencial de la personalidad jurídica de todos y cada uno de los individuos de la especie humana” (Fernández Carrasquilla, 2011, pág. 348).

Así las cosas, el principio de dignidad humana supone la admisión de la voluntad y la libertad de la persona como dos importantes pilares de la estructura del sistema penal, en tanto constituyen, de un lado, condiciones de la imputación en el marco de la responsabilidad subjetiva y, de otro, como ya fue dicho, condiciones de eficacia de las normas penales, en cuya ausencia no podría justificarse el ejercicio legítimo de este medio de regulación conductual; esto es, dado que las normas jurídicas pretenden la regulación de las conductas de sus destinatarios, presuponen que éstos estén facultados con voluntad -de la cual la libertad es precursora-, pues de lo contrario no podrían adecuar su conducta según lo que la norma prescribe. En este sentido, para Fernández Carrasquilla

toda norma jurídica de conducta parte del supuesto de que su destinatario es un sujeto con suficiente libertad para determinarse por la comprensión de los valores que ella propone, o, como hoy muchos opinan, al menos con suficiente capacidad para motivarse por las normas (2011, pág. 299).

Voluntad y libertad son las facultades humanas que permiten al hombre incidir sobre el mundo sensible a través de sus actos y, en consecuencia, adecuarlos conforme a las exigencias normativas. Esta capacidad de reaccionar a las demandas del Derecho es lo que se denomina *motivabilidad* o *asequibilidad normativa* y consiste en la posibilidad del sujeto, destinatario de normas penales, de comprender plenamente las conductas que éstas prohíben y su significado de ilicitud, de forma que pueda introyectar los valores reflejados en ellas y adecuar su conducta conforme a éstos -independientemente de si los comparte o no, pues no es función del Derecho Penal el adoctrinamiento-.

Así entendida, la asequibilidad normativa se materializa a lo largo de toda la cadena de la voluntad -o en términos finalistas, de las fases de realización de la acción final-, pero se concentra más concretamente en una etapa del curso causal: la *evitabilidad* o *posibilidad de actuar de otro modo*. Esta facultad resume la idea de la asequibilidad normativa, pues al ser el Derecho Penal un sistema de normas proscriptivas, su mandato para el ciudadano es el de abstenerse, es decir, evitar la realización de las conductas típicas que describen sus normas; y la evitabilidad, como una facultad de la voluntad humana, materializa la posibilidad que tiene el sujeto de obedecer las normas penales.

De manera que la asequibilidad normativa, para los propósitos de este escrito, es una consecuencia de la libertad de voluntad; y según Schünemann (1999), no podría ser de otro modo:

La fundamentación de la culpabilidad penal, es decir, la reprochabilidad por el hecho de que el autor ha tenido la posibilidad de obrar de otra manera, supone evidentemente la libertad de obrar de otra manera y, con ello, la libertad de voluntad, pues no tendría sentido formular un reproche jurídico o moral frente a un suceso que ha sido determinado por las leyes causales y, por ello, desarrollado necesariamente. (Schünemann, 1999, pág. 93).

Es así como todo sistema penal -y en últimas, todo sistema normativo- supone en sus destinatarios la posibilidad de ser motivados por las normas que crea, pues sin la facultad de asequibilidad normativa no podrían llevar a cabo su propósito de regulación conductual, que se expresa en el Derecho Penal como la función preventiva. Es decir, el que los hombres

puedan comprender el sentido de las normas y adecuar sus conductas conforme a ello es lo que permite la existencia misma de las normas, pues de lo contrario todo sistema jurídico carecería de sentido. En palabras de Fernández Carrasquilla (2011), en “nuestra organización social y el estado de nuestra cultura, el concepto mismo de norma tanto en sentido social como jurídico, solo resulta plausible sobre la hipótesis de un sujeto responsable de sus actos que puede por tanto abstenerse de actuar contra derecho”.

Para Ferrajoli (1995), la posibilidad humana de obedecer el derecho es el fundamento más importante del principio de culpabilidad, en tanto son las acciones culpables

las únicas que pueden ser lógicas y sensatamente prohibidas. En efecto, las prohibiciones penales son normas «regulativas», en el sentido de que necesariamente presuponen la posibilidad de ser observadas o violadas por parte de sus destinatarios, a cuyo conocimiento y voluntad se dirigen, con la función pragmática de orientarlos y condicionarlos; y serían insensatas, además de inútiles, si tal posibilidad no existiese. (Ferrajoli, 1995, pág. 492).

En este sentido, la asequibilidad normativa es una condición de eficacia de las normas penales y, por ende, la voluntad humana y el libre albedrío, en tanto presupuestos de la asequibilidad, son condiciones *sine qua non* para la afirmación de los sistemas penales y del Derecho como fenómeno regulativo³⁴.

³⁴ Esta afirmación es verdadera incluso en los sistemas penales que niegan o cuestionan la existencia del libre albedrío y la voluntad humana, reemplazando la idea de culpabilidad con otros artificios conceptuales (v. gr., el funcionalismo jakobsiano) o llenando a la culpabilidad con un contenido aparentemente distinto (v. gr., el funcionalismo roxiniano); puesto que si se admitiera la inexistencia de la voluntad humana, anulando con ello la posibilidad de culpabilidad, no podría existir ningún sistema penal basado en penas, conduciendo irremediablemente al sistema de medidas de seguridad que refiere Schünemann (2000, pág. 104 y ss.).

De hecho, no podría existir ningún sistema jurídico; lo que hace surgir las siguientes inquietudes: si las demás normas que regulan la interacción humana presuponen la voluntad y libertad del hombre como datos de la realidad -el ejemplo del contrato en materia civil es clarificador incluso desde su definición: *acuerdo de voluntades*-, ¿por qué debe oponerse al Derecho Penal un estándar diferente dominado por los afanes de comprobación científica? ¿será válido admitir concepciones distintas de la voluntad humana según las distintas ramas del Derecho? ¿podría admitirse la existencia de la libertad de voluntad como criterio determinante de la responsabilidad civil y, al mismo tiempo, denegarla en la responsabilidad penal?

Si el libre albedrío y la voluntad humana no existiesen, el *ius puniendi* quedaría obsoleto, ningún hombre estaría legitimado para imponerle una pena a otro; ¿o acaso no es una facultad de la razón (libre) el hacer

Es decir, la asequibilidad normativa es una condición de eficacia de las normas penales porque permite la realización de la finalidad preventiva de las penas -esto, siempre y cuando se asuma como premisa que en efecto la amenaza de la pena cumple alguna función en términos preventivos, pues, empíricamente resulta compleja su demostración-, en tanto ésta depende de que los sujetos destinatarios de las normas estén en capacidad de comprender el significado disvalioso o ilícito de las conductas lesivas de bienes jurídicos, comunicado al sujeto a través de la amenaza del castigo para que éste se sienta intimidado y se abstenga de realizarlas. Y, en consecuencia, la asequibilidad normativa posibilita la realización de la finalidad protectora de bienes jurídicos del Derecho Penal, que sólo puede ser cumplida mediante el éxito conminativo de la norma penal a través de la amenaza del castigo. De modo que, como puede verse, la voluntad humana es la premisa más esencial en la estructura de los sistemas penales, en tanto, como presupuesto de la asequibilidad normativa, posibilita la realización de los propósitos del Estado a través del Derecho Penal y de las penas.

1.2.5. La asequibilidad normativa y el *poder actuar de otro modo*: libertad, voluntad y dignidad

Como corolario, el contenido material de la culpabilidad, conforme al concepto unitario que hemos construido en este apartado, no puede ser otro más que la *asequibilidad normativa*, entendida como la circunstancia de tipo subjetivo, es decir, referida al autor, que denota la existencia de un vínculo entre su proceso decisional, la acción final y el resultado lesivo, y cuya presencia constituye el último de los requisitos para la declaración de la responsabilidad penal. Así, la asequibilidad normativa es el objeto del juicio de valoración que constituye el *reproche*, en tanto representa la posibilidad de *actuar de otro modo*, es decir, la capacidad del hombre de intervenir un curso causal determinado, dirigiéndolo hacia la realización de un propósito final seleccionado de forma reflexiva dentro de las múltiples posibilidades empíricamente realizables, entre las que se encuentran tanto la realización del resultado

normas e imponer penas? Si se admitiese que el libre albedrío no existe, pero se mantuviera un sistema penal basado en la voluntad -y su exceso-, se estaría incurriendo en una aporía sólo explicable como un artificio del poder, del que el Derecho Penal vendría a ser un mero sirviente, un instrumento por y para el mantenimiento del *status quo*, sin rastro alguno de fundamentos filosóficos.

lesivo como la evitación del mismo -de modo que ambas opciones le son posibles-, conforme a los parámetros de conducta aprendidos y el sistema de valores sociales y morales personificados en la norma jurídico penal mediante el contraestímulo de la amenaza de pena; en pocas palabras, *poder actuar de otro modo* implica enfrentarse a la posibilidad alética de obedecer o no obedecer el derecho, sin que hacerlo suponga un sacrificio extraordinario, razón por la cual le está dado al Estado exigir su cumplimiento.

Asumir el contenido material de la culpabilidad como la capacidad evolutiva del hombre de comprender e interiorizar las exigencias de comportamiento que el contexto sociojurídico demanda y anteponerlas, frente a otros estímulos biológicos (como los marcadores somáticos) o sociales que puedan incitar al delito, como rectoras de sus cursos causales, implica admitir necesariamente que el ser humano goza de libertad -claramente condicionada en los términos ya explicados- y, por ende, también de voluntad, pudiendo determinar su destino conforme a su inteligencia, lo que lo hace también un ser digno.

Así, *libertad, voluntad y dignidad* son las facultades humanas fundamentales que permiten al hombre participar con sus semejantes de una vida en común pacífica, justamente organizada y en condiciones de igualdad, dado que es en virtud de ellas que puede atribuirse responsabilidad por las acciones cometidas. Después de todo, de acuerdo con Muñoz Conde y García Arán (2010, pág. 356), el concepto de culpabilidad es “un principio organizativo de atribución de la responsabilidad individual característico de las sociedades modernas, en las que, dentro de las distintas esferas de su competencia (política, profesional, ciudadano común, etc.), cada uno es responsable por lo que hace (o no hace)”.

Asequibilidad normativa no puede ser, por tanto, nada menos que una referencia a la libertad del hombre como determinante de su capacidad de intervención sobre el mundo, y es por ello que este escrito se desvincula tajantemente de las elaboraciones teóricas que asocian el concepto de asequebilidad con el rechazo del libre albedrío, como es el caso de las teorías funcionalistas. En especial la teoría moderada de Roxin, quien luego de “rechaza[r] todos los conceptos conocidos de culpabilidad y declara[r] incognoscible la realidad de la libertad de voluntad e indemostrable empíricamente su consistencia concreta en el proceso penal” (Fernández Carrasquilla, 2011, pág. 345), reemplaza el contenido material de la culpabilidad por la que denomina “asequebilidad normativa”, entendida como una presunción normativa

por completo ajena al libre arbitrio, en tanto “no excluye, pero tampoco requiere necesariamente, una libertad de voluntad en el sentido científico natural” (Roxin, 2017, pág. 10); que, sin embargo, se construye sobre los mismos presupuestos de la libertad de voluntad, como él mismo reconoce:

para la fundamentación del criterio de la asequibilidad normativa, me he remitido en muchos sentidos a la conciencia de la libertad individual y social [...] La conciencia de la libertad es, por consiguiente, un elemento esencial de la fundamentación de la asequibilidad normativa y no algo que solo deba añadirse a ella. (Roxin, 2017, pág. 15).

Llegados a este punto debe aclararse que si bien el concepto de *asequibilidad normativa* fue acuñado de forma específica por Roxin para describir la disponibilidad del sujeto “en el momento del hecho para la llamada de la norma según su estado mental y anímico” (Roxin, 1997, pág. 807), sin referencia alguna a la voluntad y libertad como condicionantes de la misma e, incluso, rechazando de plano la existencia misma del libre arbitrio en razón de su atribuida indemostrabilidad científica; la presente monografía se permite hacer uso del término en el sentido propuesto, a saber, como una consecuencia de la libertad de voluntad, dado que, como el mismo Roxin reconoce, “el concepto de «asequibilidad normativa» abarca con mayor amplitud el ámbito de los presupuestos de la culpabilidad y los concreta en el sentido de la determinabilidad conforme a normas” (Roxin, 2017, pág. 10).

Es decir, dado que la «*asequibilidad normativa*» es una referencia abierta a los presupuestos de la culpabilidad; la concepción de esta última en el sistema penal de un Estado social y democrático de derecho, en nuestra consideración, se extiende hasta abarcar la aceptación de la libertad de voluntad como presupuesto de la asequibilidad normativa y, ergo, de la culpabilidad. Dicho en otras palabras, si la asequibilidad o motivabilidad normativa se refiere a la capacidad de respuesta del hombre ante las exigencias del derecho, entonces también comprende la idea de la libertad y voluntad como precursoras de dicha capacidad en un modelo de responsabilidad personalista.

Inclusive, recientemente Roxin ha señalado que su concepto de culpabilidad

tiene la ventaja de que también es compatible con una posición indeterminista, según la cual una persona normativamente asequible está en condiciones de tomar, mediante una ponderación basada en motivos racionales, decisiones autónomas conformadas causalmente exclusivamente en base a su libre voluntad (Roxin, 2017, pág. 13)³⁵.

En últimas, la utilización del término «*asequibilidad normativa*» no debe entenderse más que como una referencia a la capacidad del hombre de motivarse por las normas, que bien puede ser tenida como la *motivabilidad* de Muñoz Conde y García Arán (2010, pág. 355) y Mir Puig (1982, pág. 96), la *aserción normativa* de Frisch (Roxin, 2017, pág. 16) o, inclusive, la *posibilidad de actuar de otro modo* de la tradición finalista, puesto que la relevancia del debate está, más que en el término con el que se le nomine, en los que se consideren sus presupuestos. En nuestro caso, la referencia al vocablo roxiniano no implica la asunción íntegra de su significado, pues disentimos de su comprensión de la libertad humana como incognoscible e indemostrable.

Como señala Fernández Carrasquilla, el concepto de libertad sobre el que Roxin cimenta la culpabilidad es “sólo una ficción, o bien una afirmación normativa o proclamativa del ordenamiento jurídico democrático” (2011, pág. 340); es decir, un concepto que sólo existe en tanto criterio de distribución de responsabilidad penal y que no ostenta ningún valor por fuera del universo normativo, pues frente a su existencia como dato empírico se declara “agnóstico”³⁶. Tal relativización del concepto de libertad implica, en palabras de Zaffaroni et. al. (2002),

³⁵ Preocupa, sobre todo, la percepción en la dogmática alemana, avalada por el mismo Roxin, según la cual su concepto de “asequibilidad normativa” es compatible tanto con posturas indeterministas -pasando por las “agnósticas” del libre albedrío, como la suya- como con las más radicales que “quieren renunciar a la atribución de la libertad o [...] quieren renunciar completamente a la culpabilidad del sujeto como presupuesto para la sanción” (Roxin, 2017, pág. 14); mostrando su entendimiento de la culpabilidad como una postura ecléctica que, cual comodín, se adapta a los dos, muy opuestos, extremos del espectro, y a todo lo que se encuentre entre ambos; aunque esta sea una preocupación que sobrepasa los alcances de este escrito.

³⁶ “El hecho de que el sujeto normativamente asequible se comporte de manera responsable, libre y culpable con ocasión de su comportamiento injusto constituye una aserción normativa cuya validez es independiente de si la misma puede demostrarse de un modo científiconatural: en cualquier caso, el Derecho considera a la

afirmar que todo el plano jurídico constitucional y político está asentado sobre una ficción y, más aún, que la conciencia jurídica universal que sustenta esa antropología es producto de una ficción. Es grave considerar que la dignidad del ser humano como persona y, por ende, como ente responsable por su elección y dotado de razón capaz de señalarle lo bueno y lo malo...es una mera ficción y no la vivencia de responsabilidad real y efectiva. La democracia resultaría de una ficción y su diferencia con el totalitarismo se reduciría también a una ficción que ésta aceptaría como un mero principio jurídico regulativo, en tanto que el segundo, más realista, la rechazaría. (Zaffaroni, Alagia, & Slokar, 2002, pág. 638).

También Fernández Carrasquilla se pronuncia en contra de la postura de Roxin, dedicando unas cuantas páginas de su tratado a señalar las contradicciones teóricas que encuentra en su planteamiento, respecto del cual afirma “es más política criminal que dogmática penal y como dogmática penal afecta gravemente la seguridad jurídica que la estricta legalidad nos deparaba” (2011, pág. 345). Pese a la extensión, nos permitimos recoger los apartes más ilustrativos³⁷:

Llama poderosamente la atención que la tesis de la indemostrabilidad científica de la libertad de voluntad o de acción (libre arbitrio), que parte sobre todo de Engisch y Bockelmann, sea hoy todavía sostenida por autores con merecida fama de liberales o garantistas, como Gimbernat o Roxin. Para este último pensador, la culpabilidad material apunta a la “asequibilidad normativa” y capacidad de control del autor. [...] Estos fenómenos son para Roxin, según proclama, demostrables empíricamente (psicológicamente), pero según él no coinciden con la premisa del libre albedrío y el “poder actuar de otro modo” –como lo configuró Welzel–, siendo utilizables tanto

persona normativamente asequible en el momento del hecho como libre e imputable.” (Roxin, 2017, pág. 11). “La afirmación de una libertad de acción y de la culpabilidad en tales casos constituye una «aserción normativa» derivada de los fundamentos del Ordenamiento jurídico [...] El Ordenamiento jurídico trata como libres, por tanto, a las personas que son normativamente asequibles en el momento del hecho, aunque esta libertad no pueda ser probada en el sentido empírico-neurológico. Porque los criterios para el tratamiento por el Derecho se basan en reglas jurídicas. Desde un punto de vista científiconatural, es éste un concepto agnóstico de culpabilidad que hace que el Derecho penal sea independiente de los hallazgos neurológicos resultantes de la investigación del cerebro.” (Roxin, 2017, pág. 10).

³⁷ Para el planteamiento en toda su extensión, véase Fernández Carrasquilla, J. (2011), op. cit., págs. 328 a 347.

por deterministas como por indeterministas e incluso por “agnósticos”. Esta “salvedad” resulta obviamente ininteligible, pues la capacidad de comprender y ejercer el control de las propias acciones –autodeterminarse en atención a los valores propuestos por la norma– es lo que se denomina libre albedrío, y de nadie se puede predicar que podría controlar sus acciones si solamente una acción le era posible y tampoco si esto no lo sabemos, o, peor aún, no podemos saberlo. Es muy impresionante el pasaje en que Roxin se declara agnóstico en materia de libre arbitrio y a renglón seguido manifiesta que la “asequibilidad normativa” y el autocontrol no acreditan la libertad del sujeto, sino que solo obligan a tratarlo “como libre”.

Ello manifiesta una concepción de la libertad humana como una “ficción”, un “como si”, y no como un dato de la realidad antropológica y psicosocial del hombre. Y lo es porque el agnosticismo sobre la libertad de voluntad no permite filosóficamente fundar un derecho penal de culpabilidad [...]. Si la “asequibilidad normativa” no da posibilidad de elección racional, no se ve entonces para qué pueda servir. (sic) Y, en suma, son la “asequibilidad normativa” o la “motivabilidad normal” más demostrables científicamente en la situación concreta del autor que la libertad de voluntad? (sic) Y, en caso tal, cómo se prueban sin que al mismo tiempo quede comprobada esta última? (Fernández Carrasquilla, 2011, pág. 343).

Si la libertad como dato de la conducta individual no existe o no puede probarse, como pretende la muy difundida doctrina de la “culpabilidad social” (Gimbernat, Roxin, Hassemer, Jescheck), entonces la culpabilidad del individuo tampoco sería real y resultaría por tanto no solo manipulable por el poder, sino que también devendría incontestable el argumento de que se trata de un concepto meramente normativo y “funcional”, sin sustrato ontológico, para distribuir cargas sociales, un simple selector de punibilidad por razones de utilidad o conveniencia. (Fernández Carrasquilla, 2011, pág. 328)

Sin embargo, la tesis de la libertad como presunción normativa debe darse vuelta pues, como ya vimos, es la libertad de voluntad la que posibilita la adaptación del ser humano a las exigencias del mundo normativo mediante la asequibilidad o motivabilidad, y no, al contrario, el derecho quien predetermina la existencia de la libertad. Dado que la libertad de

actuación voluntaria, presupuesto de la asequibilidad normativa, es una condición de eficacia de las normas penales -y del Derecho en general-, debe tomarse como un dato de la realidad empírica que antecede al metaplano de la realidad jurídica, pues sólo de esta manera se evitan los discursos tautológicos y autoreferentes que justifican la norma por la norma y el poder por el poder³⁸.

Sólo el entendimiento de la libertad de voluntad como un dato de la realidad antropológica y psicosocial del hombre que precede al Derecho permite fundamentar garantías reales para la protección del ciudadano frente al ejercicio del poder punitivo, pues, de lo contrario, quedaría a merced del poder estatal el imponerse sus propios límites y fijar los contenidos de la “libertad” del hombre según la utilidad política. Por ello, la libertad de voluntad, expresión del imperativo categórico kantiano, detenta una estrecha relación con la dignidad humana, que Fernández Carrasquilla (2011) resume en las siguientes líneas:

[...] solo la culpabilidad individual y por tanto el fundamento de la responsabilidad criminal en el merecimiento personal descansa en la idea fundacional de la dignidad humana que supone que el hombre es persona –sin importar quién lo quiere o no lo quiera de ese modo– y como agente es relativamente libre y responsable de sus acciones en el mundo social y jurídico (Fernández Carrasquilla, 2011, pág. 321).

Así las cosas, sólo un modelo de responsabilidad subjetiva puede servir de límite ante el abuso del *ius puniendi*, en tanto supedita la imposición del castigo a la comprobación de la libertad de actuación del sujeto en el momento de comisión de la conducta, representada por

³⁸ “El mayor inconveniente de esta doctrina generalizada [de la culpabilidad social] es que tanto las ficciones como las meras proclamaciones jurídicas están a merced del poder estatal y por ello mismo no ponen límite alguno a éste, ni representan ninguna garantía para las personas. Si nuestra libertad es creación del derecho positivo, entonces ciertamente la libertad no existe como tal; y si solo se la busca con criterios normativos y no de la realidad social, no se la podrá encontrar ni “demostrar”. [...] Lo que resulta muy peligroso para las garantías personalistas del Estado de derecho democrático es la afirmación de que la culpabilidad no solo es un fenómeno sometido a la evolución de la cultura y por tanto supeditado al sistema social –lo que sin duda es cierto–, sino que depende en cada momento del derecho positivo en su existencia y extensión porque es el Estado el que determina cuándo y a quién le deduce culpabilidad y aplica pena. Esto es ya un funcionalismo formalista y positivista que desborda toda posibilidad de limitación material del derecho penal subjetivo por la culpabilidad y que por ende contradice los valores superiores y garantías personales de un Estado de derecho social y democrático. Allí pueden apreciarse “razones de Estado” y motivos utilitarios de prevención general, pero en realidad nada de culpabilidad personal.” (Fernández Carrasquilla, 2011, pág. 341 y 346).

la asequibilidad normativa o capacidad de actuar de otro modo; es decir, circunscribe el reproche a la constatación de la libertad de voluntad.

En consecuencia, la culpabilidad constituye al mismo tiempo un fundamento y un límite del *ius puniendi*, bajo el entendido que legitima la imposición de la sanción penal, que puede ser aplicada únicamente hasta donde se extiendan los límites de la voluntad humana, sin sobrepasarlos por ausencia o por exceso, pues en ese caso la imputación se hallará en los terrenos de la responsabilidad objetiva, que constituye el límite de la culpabilidad. Culpabilidad como fundamento de la pena es, entonces, la exigencia de la responsabilidad subjetiva como modelo de imputación, mientras que la culpabilidad como límite de la pena hace referencia a las tipologías de responsabilidad objetiva que señalan los linderos del poder punitivo.

Esta visión dual de la culpabilidad, como fundamento y límite del *ius puniendi*, como producto de la reunión de los dos postulados teleológicos del Derecho Penal: la función preventiva y la dignidad humana, como fusión del utilitarismo maximizador y el minimizador, y punto de tregua de la disputa filosófica entre deterministas e indeterministas, es también reflejo de la simbiosis de razones y propósitos que se produce en el Estado social y democrático de derecho y que, al igual que el concepto unitario de culpabilidad, tiene por finalidad equilibrar las fuerzas contrapuestas que intervienen en su ejercicio -el del poder público, en general, y del *ius puniendi*, en específico-, en aras de evitar los autoritarismos, absolutismos y arbitrariedades que derivan de conceptos ilimitados como los del utilitarismo a medias que critica Ferrajoli (1995).

La importancia y utilidad de la noción unitaria de la culpabilidad reside en que, al ser un fiel reflejo del modelo axiológico del Estado social y democrático de derecho, constituye un concepto sólido y constitucionalmente coherente de la culpabilidad, frente al cual pueden confrontarse otras instituciones del sistema -como la imprudencia inconsciente- en aras de determinar su validez intrasistémica, sirviendo así como un parámetro de legitimación y -aún más importante- de deslegitimación; de modo que el sistema penal así formulado y sus instituciones no están justificadas en abstracto, sino sólo en concreto, en el marco de las premisas constitucionales que lo soportan. En palabras de Muñoz Conde y García Arán (2010):

en la medida en que la culpabilidad sea una categoría basada en el principio constitucional democrático y no sólo en el Derecho penal positivo, no sólo podrá servir para interpretarlo adaptándolo a los principios constitucionales democráticos, sino también para criticarlo cuando se aparta de ellos (2010, pág. 356).

Como bien explica Ferrajoli, es común olvidar la necesidad de justificar la existencia de las instituciones normativas y, en concreto, penales, porque el derecho positivo es un fenómeno sólidamente institucionalizado en la cultura jurídica de los estados modernos como “algo «natural» que hay que conocer o como mucho explicar, y no ya justificar o deslegitimar” (1995, pág. 226). Sin embargo, en un Estado constitucional ninguna institución penal puede darse por legítima sino es a la luz de los postulados que lo informan, y este ejercicio de verificación no debe pasarse por alto en las elaboraciones dogmáticas y legislativas, so pena de un vaciamiento conceptual como al que acudimos hoy en día frente a la culpabilidad. Precisamente es tarea de la dogmática penal, como fuente de Derecho ajena al monopolio de la fuerza, vigilar la labor del legislador y verificar su sometimiento a los presupuestos que hacen legítimo el ejercicio del *ius puniendi*.

En el mismo sentido entienden Muñoz Conde y García Arán (2010) la vinculación ineludible entre el modelo axiológico del Estado social y democrático de derecho y el principio de culpabilidad afincado sobre la motivabilidad o asequibilidad normativa:

Naturalmente son imaginables otras formas de atribución de responsabilidad por el hecho cometido, como echar la culpa a los dioses o al destino, exigir sólo una relación causal puramente objetiva entre la acción y el resultado, etc. Pero la exigencia de un determinado grado de participación subjetiva del autor en el hecho, la normalidad psíquica de éste, el conocimiento de la antijuricidad, etc., suponen un avance hacia una concepción democrática del Derecho penal, al limitar el poder punitivo del Estado en base a consideraciones emanadas de la propia dignidad del ser humano como sujeto responsable, y constituye un factor característico de la racionalidad de la cultura jurídica de nuestro tiempo. (2010, pág. 356).

En conclusión, en el sistema penal del Estado social y democrático de derecho, el contenido material de la culpabilidad debe ser la asequibilidad normativa entendida como fruto de la

libertad, voluntad y dignidad del ser humano, porque (i) es una condición de eficacia de las normas penales, es decir, permite la realización de la *función preventiva de la pena* y (ii) fundamenta la constitución de garantías para la protección del ciudadano frente al poder punitivo, en desarrollo del principio de la *dignidad humana*. Así, el contenido material de la culpabilidad dimana directamente de los fines que se asignan al Derecho Penal y en virtud de los cuales se justifica su existencia, los que, a su vez, son desarrollo de la *función protectora de bienes jurídicos* que sirve de fundamento filosófico al Estado colombiano, en tanto constitucional, social y democrático.

Capítulo II: Imprudencia inconsciente o sin representación

Los delitos culposos siempre fueron problemáticos, al punto de ponerse en duda la culpabilidad en ellos, cosa que jamás aconteció con los dolosos y ni siquiera con los omisivos.

Eugenio Raúl Zaffaroni, Tratado de Derecho Penal, 1981.

2. Concepto de imprudencia inconsciente

En la teoría analítica del delito la imprudencia forma parte de la categoría de la *tipicidad*, en la que se verifican los presupuestos objetivos y subjetivos que hacen a la conducta relevante para el Derecho Penal. En concreto, la imprudencia es una de las modalidades del tipo subjetivo, es decir, refiere al especial vínculo de pertenencia que se exige entre el autor y el resultado lesivo para la imputación de responsabilidad penal bajo el modelo de responsabilidad subjetiva propio del Estado social y democrático de derecho.

Sin embargo, la existencia de esta relación subjetiva en la imprudencia ha sido puesta en entredicho en repetidas ocasiones, llegando incluso a cuestionarse si es legítimo condenar penalmente las conductas imprudentes o si, por el contrario, su punición desconoce el principio de culpabilidad. El propósito de esta monografía es plantear una discusión en torno al castigo de los imprudentes inconscientes a la luz del concepto unitario de culpabilidad construido en el capítulo anterior, en aras de determinar si en un Estado social y democrático de derecho como el colombiano está justificado el ejercicio del *ius puniendi* para este tipo de conductas.

Para tal fin, en este capítulo se expondrán las fronteras del concepto de imprudencia en general -y de forma específica, la imprudencia inconsciente-, su regulación en el ordenamiento jurídico penal colombiano, sus clases y elementos. Como definición general, la imprudencia es la modalidad del tipo subjetivo en la que la lesión del bien jurídico se produce como resultado de una conducta que vulnera el deber objetivo de cuidado que le era

exigible al agente en su escenario concreto. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia colombiana ha sentado la noción del delito culposo o imprudente como aquel “en que la comisión del punible se encuentra acompañada de la omisión del deber de cuidado ya sea por la negligencia, la imprudencia, la violación de reglamentos o la impericia del agente” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto AP 2780-2015, 25 de mayo de 2015).

Tradicionalmente, el delito imprudente había ocupado un lugar secundario en la dogmática penal, que daba prevalencia al estudio de la tipicidad dolosa, por comprender los delitos más graves y reprochables; pero en lustros recientes la imprudencia ha experimentado una expansión sobre la teoría y la práctica, al punto que Muñoz Conde y García Arán (2010, pág. 281) afirman que las imprudencias en el sector automovilístico constituyen estadísticamente la mayor parte de los delitos juzgados en los tribunales españoles cada año³⁹. Ambos autores atribuyen la propagación de la imprudencia al proceso de industrialización que inició con la Revolución Industrial y se agudizó durante el siglo XX, pues con el desarrollo de las manufacturas se produjo un incremento en los medios peligrosos para la vida, la salud, la integridad física y el patrimonio de las personas; aumentando los riesgos derivados de

³⁹ No obstante, este dato estadístico no es representativo del contexto colombiano, en el que los índices de delitos contra la vida e integridad personal están permeados por fenómenos de criminalidad endémicos como el conflicto armado; así lo demuestra el que “las zonas con mayores tasas de homicidios por cada 100.00 habitantes [en el 2017] son espacios relacionados con la larga evolución del conflicto armado en el país, como la región del Catatumbo; la salida al Pacífico por el departamento de Nariño, principalmente en el municipio de Tumaco; el Urabá antioqueño; los municipios del golfo del Darién en la frontera con Panamá; el nordeste antioqueño; los municipios ubicados en las cuencas de los ríos Magdalena y Cauca, y los municipios aledaños a la sierra de La Macarena” (Tamayo Arboleda & Norza Céspedes, 2018, pág. 57).

En nuestro país, si bien las muertes violentas por accidentes de tránsito se encuentran a la alza -Buitrago Cubides & Norza Céspedes (2016, pág. 20) señalan un aumento del 11% en el 2015, con respecto al año 2014-; la mayor parte de la criminalidad contra la vida e integridad personal la constituyen las modalidades dolosas de delitos como el homicidio o las lesiones personales: en el 2017 se registraron 12.147 homicidios dolosos y 132.559 lesiones personales dolosas, frente a 5.266 homicidios culposos (en accidente de tránsito) y 67.300 lesiones personales culposas (en accidente de tránsito) (Tamayo Arboleda & Norza Céspedes, 2018, pág. 96 y ss.). Estas cifras muestran un panorama de la criminalidad muy distinto para Colombia, en comparación a otros países de América Latina como Costa Rica o Argentina, donde los homicidios y lesiones culposas representan la mayor parte de los índices de delitos contra la vida y la integridad, llegando a duplicar la tasa de homicidios dolosos. Véase: Sáenz Rojas, M. A. (2014) Los homicidios culposos en Costa Rica: Análisis del período 2000-2009. En: *Revista de Ciencias Sociales* (Cr), vol. II, núm. 144, pp. 159-181, recuperado de: <https://www.redalyc.org/pdf/153/15333872010.pdf> ; y Ministerio de Seguridad - Dirección Nacional de Estadística Criminal (2019) *Estadísticas criminales. República Argentina - 2019*. Recuperado de: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/informe_nacional_estadisticas_criminales_2019.pdf

actividades lícitas necesarias para la vida social moderna, como el tráfico de vehículos, la actividad industrial o el ejercicio de la profesión médica.

En el ordenamiento jurídico colombiano la imprudencia se halla regulada en el artículo 23 del Código Penal (Ley 599 de 2000) bajo una cláusula general que se ubica en la primera parte de la ley y define el concepto, mientras que en la parte especial se señalan los tipos específicos en los que procede, como una regla de excepción al dolo. Esta técnica legislativa se denomina *numerus clausus* o incriminación limitada, en oposición a la de *numerus apertus* o incriminación abierta⁴⁰.

La adopción de la técnica de *numerus clausus* parece ser un intento del legislador colombiano de cerrar la brecha de indeterminación de la imprudencia, pues ésta es por naturaleza de tipo abierto e indeterminado: *abierto* porque “el juez debe completarlo mediante una cláusula de carácter general no contenida en [él] y en la cual se establece el deber de cuidado” (Velásquez, 1997, pág. 308), e *indeterminado* porque no individualiza la conducta prohibida, dado que “en el tipo culposo ésta permanece *prima facie* indeterminada, siendo sólo determinable frente a cada caso concreto” (Zaffaroni, 1981, pág. 383).

Según Zaffaroni (1981), esto se debe a que el legislador no alcanza a incluir en el tipo todas las conductas susceptibles de producir un resultado dañino para bienes jurídicos, pues éstas son innumerables, de manera que la indeterminación del tipo imprudente “no obedece a la voluntad del órgano legiferante (en tal caso [...] sería inconstitucional), sino a la naturaleza de las conductas que el legislador quiere prohibir” (pág. 384). Sin embargo, ello no es óbice para las razonadas críticas que ha recibido la tipicidad imprudente por poner en entredicho los principios de legalidad en sentido estricto y taxatividad de la ley penal.

⁴⁰ Esta última modalidad prevé cláusulas generales en la parte general del código, que permiten la punición a título de imprudencia para todos los delitos dolosos contemplados en la parte especial, por lo que, según Mir Puig (2015, pág. 293), confiere “una extraordinaria amplitud a la punibilidad de la imprudencia, erigiéndola en regla general”.

2.1. Clases de imprudencia

Como modalidad del tipo subjetivo, la imprudencia se manifiesta en dos formas; la primera es la *imprudencia consciente* o *con representación*, que “se presenta cuando el agente, que ha supuesto como posible la producción del resultado lesivo para el bien jurídico porque estaba en posibilidad de hacerlo, confía en poder evitarlo, pese a que advierte la amenaza objetiva de su conducta” (Velásquez, 1997, pág. 319). Esta clase de imprudencia está regulada en el artículo 23 del Código Penal bajo el siguiente tenor:

La conducta es culposa cuando el resultado típico es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente [...] habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo. (Código Penal, 2000, pág. art. 23).

La imprudencia consciente se halla a un paso del dolo eventual, modalidad del tipo subjetivo en la que el agente se representa la producción del resultado antijurídico y tiene la posibilidad de evitarlo, pero no lo hace, y deja su producción librada al azar. Mir Puig (2015, pág. 271) señala que el dolo eventual y la imprudencia consciente parten de una estructura común, pues en ambos casos el autor no desea el resultado, pero reconoce su producción como posible. Sin embargo, el dolo eventual lleva aparejada la pena correspondiente al delito doloso, mientras que a la imprudencia consciente le corresponde una pena más leve, o incluso la impunidad, cuando el tipo no admita la comisión imprudente.

Ello se debe a que -ya sea bajo la teoría de la aprobación o de la representación⁴¹- el dolo eventual se considera más reprochable socialmente, pues el dejar la producción del resultado librada al azar muestra un mayor desprecio por el ordenamiento jurídico y la protección de

⁴¹ Para la *teoría del consentimiento* o de *la aprobación*, el dolo eventual se distingue de la culpa consciente en que el autor consiente la posibilidad del resultado, es decir, lo aprueba; mientras que la *teoría de la probabilidad* o de *la representación* diferencia ambas modalidades de tipicidad subjetiva en virtud del grado de probabilidad del resultado advertido por el autor, de modo que estamos en presencia de dolo eventual cuando el autor advirtió una gran probabilidad de que se produjese el resultado, y hay culpa consciente cuando la posibilidad del resultado advertida por el autor era muy lejana. En la teoría de la representación, a diferencia de la teoría del consentimiento, “no importa la actitud interna del autor -de aprobación, desaprobación o indiferencia- frente al hipotético resultado, sino el haber *querido* actuar pese a *conocer* el peligro inherente a la acción” (Mir Puig, 2015, pág. 274).

los bienes jurídicos ajenos; frente a la imprudencia consciente, en la que el agente trata de readecuar su conducta y evitar el resultado lesivo.

La segunda de sus manifestaciones es la *imprudencia inconsciente* o *sin representación*, en la que “el autor no se representa la posible ocurrencia del resultado típico dañoso para el bien jurídico derivado de su conducta, habiendo podido y debido hacerlo” (Velásquez, 1997, pág. 320); de conformidad con el artículo 23 del Código Penal que establece:

La conducta es culposa cuando el resultado típico es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible [...]. (Código Penal, 2000, pág. art. 23).

Mir Puig (2015, pág. 294) señala que, hoy día, la distinción entre la imprudencia consciente e inconsciente no tiene la importancia que se le atribuyó bajo la teoría psicológica de la culpabilidad. Nuestro Código Penal, por ejemplo, no distingue entre ambas instituciones al momento de la graduación de la pena y les asigna los mismos efectos punitivos, discernibles únicamente en el terreno judicial mediante la consideración discrecional de aspectos de mayor punibilidad como “la mayor o menor gravedad de la conducta” (Código Penal, 2000, pág. art. 61). Por lo que quizá la única función práctica de la distinción entre ambas clases de imprudencia es a efectos de diferenciar el dolo eventual de la imprudencia consciente, pues sus efectos punitivos difieren mucho entre sí⁴².

2.2. Elementos del tipo imprudente

Zaffaroni (1981, pág. 415) señala cómo “la tan discutida y difícil naturaleza de la culpa ha llevado a buscar para ella una serie de fundamentos diversos, según las épocas y las concepciones vigentes”. La incertidumbre alrededor de la relación subjetiva en la

⁴² Algunos ordenamientos jurídicos, como el español, distinguen además entre *imprudencia grave* e *imprudencia leve o menos grave*, equiparables a las instituciones de la *culpa lata* y *culpa levis* del Derecho Civil, respectivamente. Sin embargo, estas clases de imprudencia no se diferencian en cuanto a su estructura psicológica -como la imprudencia consciente e inconsciente-, sino en relación a la gravedad de la infracción de la norma de cuidado, por lo que se trata de una distinción de su aspecto normativo (Mir Puig, 2015, pág. 295).

imprudencia ha supuesto un reto teórico para la dogmática penal, que se ha visto en la necesidad de reelaborar esta institución a la par de la evolución de la teoría analítica del delito, con el fin de explicar satisfactoriamente por qué se castigan las conductas imprudentes, aunque en ellas no exista un nexo psicológico como en los delitos dolosos.

En consecuencia, los elementos que conforman el tipo imprudente cambian dependiendo de la perspectiva teórica bajo la que se aborde: la concepción tradicional formulada conforme a la estructura finalista del tipo, y la concepción funcionalista bajo la teoría de la imputación objetiva.

2.2.1. Elementos del tipo imprudente según la concepción tradicional

Generalmente, la concepción tradicional de la imprudencia se identifica con la corriente finalista del delito, pues antes de la introducción del elemento normativo del deber objetivo de cuidado, la imprudencia había sido tratada como una forma de culpabilidad secundaria al dolo, que ostentaba el papel protagónico bajo la perspectiva psicológica de la culpabilidad. Según Mir Puig (2015, pág. 297), sólo cuando se abandonó la concepción psicológica de la culpabilidad, sustituyéndola por la normativa, pudo la dogmática penal reconocer que el dolo y la imprudencia tienen naturalezas distintas, pues el primero es un fenómeno de contenido fundamentalmente psicológico, mientras que la segunda es de carácter normativo.

Concretamente -e irónicamente, debido a la distancia teórica de este autor con el concepto finalista de la acción-, la concepción tradicional de la imprudencia surge gracias a los aportes realizados por Engisch en 1930, al identificar el deber objetivo de cuidado como el elemento central en la fundamentación del tipo imprudente (Muñoz Conde & García Arán, 2010, pág. 282). La reestructuración finalista del delito, el abandono de la concepción psicológica de la culpabilidad y la introducción del deber objetivo de cuidado, propiciaron el desarrollo de la que hoy denominamos *concepción tradicional de la imprudencia*.

Bajo el entendimiento tradicional, la parte objetiva del tipo imprudente está constituida por cuatro elementos, a saber: (i) la acción antinormativa, que es una conducta compleja pues incluye asimismo (ii) la violación al deber objetivo de cuidado, y ambos elementos

conforman el *desvalor de acción*; (iii) el resultado antijurídico que conforma el *desvalor de resultado*, y (iv) el nexo de determinación, que hace las veces del nexo de causalidad presente en los tipos dolosos. Sobre la parte subjetiva del tipo imprudente existe cierta controversia - como se verá más adelante (*ut infra* 2.2.1.5.)- pero se admite de forma general que está conformada por el elemento de (v) la previsibilidad del resultado. A continuación, se abordará el estudio de cada uno de estos elementos.

2.2.1.1. Acción antinormativa y finalidad

La acción es la base fundacional del delito, pues “la conducta humana es el punto de partida de toda reacción jurídico-penal y el objeto al que se agregan determinados predicados (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), que convierten esa conducta en punible” (Muñoz Conde & García Arán, 2010, pág. 213). Como fue desarrollado *ut supra* (1.2.2. y 1.2.4.), el concepto de acción en el Derecho Penal está atravesado por una serie de principios que limitan el poder punitivo y representan condiciones necesarias para la legitimidad de su ejercicio, en desarrollo de los dos postulados filosóficos que justifican su existencia en el marco del Estado social y democrático de derecho: la función preventiva de la pena y el principio de la dignidad humana.

De la conjunción de razones justificativas que conforman el concepto unitario de la culpabilidad construido en el primer capítulo, surgen exigencias como los principios de *materialidad del acto*, *derecho penal del acto* y *responsabilidad subjetiva*. El primero señala que el derecho penal sólo puede castigar actos materiales, es decir, conductas que manifiestan la voluntad del autor mediante la producción de un cambio institucional⁴³ en el mundo exterior y que, por ende, pueden lesionar o poner en peligro bienes jurídicos. Como

⁴³ Por *cambio institucional* entiéndase aquel cuya producción depende de la existencia de una regla, pues hace parte del mundo normativo, en oposición a los cambios naturales, como explica González Lagier (2003, pág. 21): “La muerte de una persona es un cambio natural, porque es independiente de las reglas; éstas pueden prohibir dar lugar a ese cambio, pero el cambio puede producirse con independencia de ellas. Ahora bien, matar a una persona en determinadas circunstancias constituye (esto es, puede interpretarse como) un homicidio o asesinato. Haber cometido homicidio o asesinato es un cambio institucional, al igual que haber contraído matrimonio o promulgado una ley”.

consecuencia, quedan excluidos de su consideración los actos internos como los pensamientos, deseos o creencias, ya que éstos son estados mentales que no trascienden a la fase externa de la acción, lo que los hace incapaces de lesionar bienes jurídicos.

En segundo lugar, el *principio de derecho penal de acto* fija el interés del poder punitivo sobre los actos realizados por el sujeto, en vez de sobre el sujeto mismo; proscribiendo la punición de formas de ser, como la identidad de género, la raza, o la adopción de un credo o postura política. Por último, el *principio de responsabilidad subjetiva* demanda la existencia de un vínculo de pertenencia entre el autor y la conducta imputada, de modo que pueda atribuírsele como fruto de su libertad de voluntad; por ende, se consideran penalmente irrelevantes los actos involuntarios, como los actos reflejos.

En suma, de los principios mencionados como condiciones necesarias para el ejercicio del *ius puniendi* puede concluirse en forma pacífica que sólo pueden castigarse los actos mediados por la voluntad humana, es decir, los actos intencionales o voluntarios. El concepto de acción voluntaria entraña una cierta complejidad, debido a la ambigüedad de las expresiones “intención” y “voluntad”, así como por los problemas filosóficos que lo atraviesan, como el debate determinismo-indeterminismo y la disputa entre la filosofía cartesiana y el conductismo filosófico⁴⁴. No obstante, González Lagier (2003, pág. 32) proporciona una perspectiva comprensiva y esclarecedora del concepto: en principio, señala que la “acción es voluntaria cuando los movimientos corporales que la constituyen están causados por un fenómeno mental, que suele denominarse “voluntad”, “volición”, “acto de voluntad”, etc.” Luego, este concepto da lugar al interrogante sobre los estados mentales que constituyen voliciones, frente al cual González Lagier distingue dos tipos de estados mentales: los deseos y las intenciones.

Los deseos son por lo general más débiles que las intenciones, pues recaen sobre cosas, personas, estados de cosas o acciones, mientras que las intenciones tienen como objeto la realización de una acción concreta. Además, los deseos pueden recaer sobre cosas imposibles o sobre las acciones de terceros (el *deseo* de que “x” haga algo), pues no los controla la lógica;

⁴⁴ Para entender las complejidades filosóficas y jurídicas del concepto de acción, véase González Lagier, D. (2003). La estructura de la acción humana. En: *Nuevo Foro Penal*, núm. 65, págs. 15-45.

mientras que las intenciones sólo pueden recaer sobre cosas posibles y son autorreferentes (sólo puedo tener la *intención* de hacer algo yo mismo), de modo que comprometen a actuar de una manera más fuerte que los deseos (González Lagier, 2003, pág. 32). En este sentido, puede definirse la *intención* como el “querer realizar una acción que se distingue del resto de deseos relativos a acciones porque implica un juicio global -y no meramente *prima facie*- de que, a la luz de todas las razones, tal acción es deseable. Podríamos decir que una intención es un deseo de actuar *all things considered*” (González Lagier, 2003, pág. 34).

No obstante, frente a este entendimiento de la *intención* debe hacerse una salvedad, pues no todas las intenciones son el resultado de un proceso consciente y previo de deliberación y balance de razones, por lo que resulta necesario distinguir -siguiendo a John Searle, citado por González Lagier (2003)- entre las acciones con intención previa o *premeditadas*, y las acciones sin intención previa o *intenciones en la acción*. Por *acciones premeditadas* se entienden aquellas en las que la intención y acción son dos cosas separadas en el tiempo, pero unidas teleológicamente, pues forman parte de un plan preconcebido; mientras que en las *intenciones en la acción*, la acción y la intención son inseparables. González Lagier (2003, pág. 36) ilustra estas últimas de la siguiente manera: “cuando afirmamos que hemos golpeado a alguien intencionalmente, pero sin haber formado la intención de hacerlo, queremos decir que no teníamos la intención previa de hacerlo, pero la intención sí estaba en la acción”.

La estructura de la acción voluntaria aquí presentada -tanto de las *acciones premeditadas* como de las *intenciones en la acción*- es prototípica de los delitos dolosos, dominados por la intencionalidad como atributo central de la tipicidad subjetiva; sin embargo, en el tipo imprudente la acción tiene una estructura especial, pues se trata de una conducta sin intencionalidad, al menos en el estricto sentido volitivo que caracteriza al dolo. Mientras que en la tipicidad dolosa el autor conoce y quiere la realización de la conducta, motivado por la obtención del resultado antijurídico; en la imprudencia el autor no quiere la producción del resultado antijurídico, ya sea que lo prevea como probable (imprudencia consciente) o ni siquiera se lo plantee como posible (imprudencia inconsciente).

En términos de González Lagier (2003), podríamos decir que las acciones imprudentes no son intencionales y, por ende, tampoco voluntarias, pues no forman parte de un plan preconcebido como las *acciones premeditadas*, y no llevan la intención incrustada en la

acción a la manera de las *intenciones en la acción*. Entonces, ¿cómo se justifica la punición de las conductas imprudentes, al ser la voluntad un presupuesto necesario de la acción penal, a la luz de los principios de materialidad del acto, derecho penal del acto y responsabilidad subjetiva?

Para escapar a esta paradoja, los dogmáticos han justificado la estructura diversa de la conducta imprudente de varias maneras: desde la perspectiva finalista, Zaffaroni (1981) sostiene que se trata de una programación defectuosa de la finalidad que, de haber sido planteada correctamente, daría lugar al dolo:

Ello obedece a que en el dolo, lo típico es la conducta en razón de su finalidad, y en la culpa lo típico es la conducta en razón del planteamiento defectuoso de la casualidad para la obtención de la finalidad propuesta. [...] El tipo culposo no individualiza la conducta por la finalidad, sino porque en la forma en que se ha querido obtener esa finalidad se ha violado un deber de cuidado. Pero la circunstancia de que el tipo no individualice la conducta por la finalidad en sí misma, no significa que no tenga finalidad [...] (Zaffaroni, 1981, pág. 389 y 384).

De acuerdo con este autor, el que las conductas imprudentes no vayan dirigidas a la causación del resultado antijurídico no significa que estén desprovistas de finalidad; es decir, sí son acciones intencionales y finales, sólo que su finalidad no es la producción del resultado lesivo, sino otra distinta -generalmente, lícita- (v. gr., conducir un carro, operar un paciente, etc.), y el resultado antijurídico se produce como consecuencia de un defecto de programación en la causalidad (por ej., en la escogencia de los medios adecuados) que da lugar a la violación del *deber objetivo de cuidado*, aunque no estuviese dirigida a ello.

En este sentido, para Zaffaroni, si bien las conductas imprudentes son acciones finales, en ellas la finalidad sólo tiene relevancia como criterio para conocer los medios elegidos, lo que permite, a su vez, conocer el deber de cuidado aplicable a la situación y determinar si fue o no violado:

En tanto que la conducta dolosa abarca el resultado típico en su finalidad, en la tipicidad culposa el fin es típicamente relevante sólo por ser necesario para conocer

la conducta de que se trata y poder individualizar el correspondiente deber de cuidado, a efectos de determinar si tal conducta fue programada ajustándose al mismo o en forma defectuosa y violatoria de tal deber. [...] es imposible saber si una conducta viola un deber de cuidado en su modo de realización (en los medios, en la causalidad dispuesta y programada), cuando se ignora adónde se dirigía esa conducta (para qué se programó la causalidad). [...] Según la finalidad resultan diferentes los deberes de cuidado⁴⁵. [...]

En cuanto al fin en sí, éste es irrelevante por definición, desde que se trata de un fin atípico, o típico pero con la causalidad totalmente mal programada. El fin en sí es irrelevante en el sentido de que en la tipicidad culposa no se puede buscar relación directa entre la voluntad final y el resultado, porque éste necesariamente queda fuera de aquélla, siendo relacionables sólo a través de la forma de realización de la actividad final (Zaffaroni, 1981, pág. 389 y 391).

Es decir que, a diferencia de las conductas dolosas, que giran en torno a la intencionalidad inmersa en su finalidad, pues son ejecutadas con el solo propósito de lograr el fin perseguido, en las acciones imprudentes la finalidad no es el elemento más importante; de hecho, la mayoría de las veces no tiene relevancia jurídico penal alguna, más que como un medio para determinar el deber objetivo de cuidado aplicable al caso. Esto implica, además, que la finalidad del tipo culposo no abarca el resultado típico, pues éste recae por fuera del ámbito de decisión que determina la voluntad; a diferencia de su homóloga dolosa, en la que la finalidad de producción del resultado antijurídico está inserta en la acción, ya sea como acción premeditada o como intención en la acción.

⁴⁵ Ejemplo: “Un peatón muere aplastado por un vehículo en una acera. Si la muerte es resultado de una acción final de conducir el vehículo, la violación del deber de cuidado surgirá a la luz de los reglamentos de tránsito y de la prudencia que en él debe observar. Si la muerte es el resultado de una acción final de reconocer el vehículo, realizada por un presunto comprador, que no sabe conducir y que inadvertidamente accionó el “contacto”, la violación surgirá de normas de cuidado generales que rigen las pautas sociales, es decir, del general deber de abstenerse de accionar un mecanismo desconocido y que se sabe peligroso” (Zaffaroni, 1981, pág. 391).

Muñoz Conde y García Arán (2010) también reconocen la irrelevancia del fin en la tipicidad imprudente:

El Derecho Penal no sólo prohíbe acciones finales en las que el fin pretendido por el autor o los efectos concomitantes por él admitidos coinciden con la realización de los elementos objetivos de un tipo de delito, sino también aquellas acciones cuya finalidad es muchas veces irrelevante penalmente, pero que son realizadas sin el cuidado necesario y producen un resultado prohibido. (Muñoz Conde & García Arán, 2010, pág. 284).

Al interior del ordenamiento jurídico colombiano, la Corte Suprema de Justicia entiende la acción imprudente en la forma en que ha sido planteada por la concepción tradicional de la estructura finalista del delito; esto es, entendiendo que el aspecto más importante de la tipología imprudente no es la voluntariedad de la acción ni la antijuridicidad del fin hacia el que va dirigida, sino la violación al deber objetivo de cuidado:

[...] de acuerdo con la evolución doctrinaria y jurisprudencial del delito imprudente, lo esencial de la culpa no reside en actos de voluntariedad del sujeto agente, superando así aquellas tendencias ontologicistas que enlazaban acción y resultado con exclusivo apoyo en las conocidas teorías de la causalidad —teoría de la equivalencia, *conditio sine qua non*, causalidad adecuada, relevancia típica—, sino en el desvalor de la acción por él realizada, derivado de la contrariedad o desconocimiento del deber objetivo de cuidado, siempre y cuando en aquella, en la acción, se concrete, por un nexo de causalidad o determinación, el resultado típico, es decir, el desvalor del resultado, que estuvo en condiciones de conocer y prever el sujeto activo (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia N° 34317, 28 de septiembre de 2011).

En este orden de ideas, si para el tipo imprudente la finalidad de la acción es irrelevante, en tanto no contempla la intención de producir un resultado antijurídico como presupuesto de la acción, puede decirse que la acción imprudente no es antijurídica per sé. Una conducta es antijurídica cuando va dirigida a dañar bienes jurídicos; de modo que la acción imprudente,

desprovista de toda finalidad lesiva, puede considerarse a lo sumo una acción antinormativa, en el sentido de violatoria de deberes objetivos de cuidado.

Así, conducir con exceso de velocidad es por sí sola una acción antinormativa, en tanto infringe el deber objetivo de cuidado contenido en las normas de tránsito, y sólo se convierte en una acción antijurídica si se produce el resultado lesivo de muerte o lesiones personales. Por esta razón, algunos autores han hablado del resultado en la imprudencia como un elemento del azar o condición objetiva de punibilidad, aspecto que será abordado *ut infra* (2.2.1.3 Resultado lesivo).

2.2.1.2. Deber objetivo de cuidado

Este es el elemento más paradigmático de la tipología imprudente, pues, como ya fue dicho, el esquema finalista del delito moldeó la estructura de la acción imprudente en torno a la idea del deber objetivo de cuidado, en aras de justificar la punición de las conductas imprudentes al margen de las teorías psicologistas de la voluntad. Al mismo tiempo, el deber objetivo de cuidado es con seguridad el elemento más conflictivo del tipo imprudente, lo que probablemente se debe a su naturaleza normativa, que hace al tipo abstracto e indeterminado; y al afán del esquema funcionalista de sustituirlo en pro de su teoría del riesgo jurídicamente desaprobado.

El deber objetivo de cuidado es la exigencia de comportamiento razonable y prudente que se hace a los hombres constituidos en sociedad, en aras de procurar la indemnidad de los bienes jurídicos protegidos y, con ello, el mantenimiento de la convivencia pacífica. Es la infracción al deber de cuidado, entonces, la que determina el *desvalor de acción* en la imprudencia y, por ello, este elemento de carácter normativo ha sido entendido como el núcleo central de esta tipología, “en la medida en que mediante él se persigue que, con el cumplimiento de las exigencias de cuidado en cada caso particular, se reduzcan al mínimo los riesgos inherentes al ejercicio de las actividades riesgosas para el bien jurídico” (Velásquez, 1997, pág. 313).

Este deber es de naturaleza abstracta e indeterminada, determinable sólo frente a la conducta desplegada por el sujeto, pues de ésta y del sector del tráfico jurídico al que pertenezca

depende su determinación. No existe un deber objetivo de cuidado en general aplicable a todas las conductas imprudentes, y se requiere en cada caso concreto de una valoración del juez. Su indeterminación obedece a la multiplicidad de actividades que pueden derivar en un resultado lesivo, por lo que el deber de cuidado aplicable a ellas sólo puede ser determinable en concreto, haciendo del tipo imprudente uno de naturaleza abierta.

Para Zaffaroni (1981), la indeterminación del tipo imprudente hace que el deber objetivo de cuidado sea tenido como un “elemento de cierre” de la tipicidad:

El tipo culposo, que en su primera parte revela una cierta indeterminación de la conducta prohibida, se encuentra cerrado por una norma que debe individualizarse en cada caso, que es precisamente la que establece el deber de cuidado. Por ello, invariablemente, son *tipos abiertos*. Hemos dicho que un tipo es abierto cuando para la individualización de la acción prohibida debe complementarse la formulación legal -siempre en el plano de la tipicidad- acudiendo a una norma de carácter general. Que -por supuesto- esta regla general también tenga carácter jurídico -como que no puede ser de otro modo- no implica que el tipo deje de ser abierto. [...] la indeterminación de la conducta prohibida sólo lo es *prima facie*, [...] Se trata de una *determinación en dos etapas*, cumpliéndose ambas en el plano de la tipicidad: la norma general cierra al tipo y con ello permite la averiguación de la tipicidad, pero no cierra el juicio de antijuridicidad. (Zaffaroni, 1981, pág. 388).

Además de ser indeterminado, el deber objetivo de cuidado también es de carácter normativo⁴⁶, por lo que obliga al sujeto destinatario de la norma penal a la siempre indeseable remisión a disposiciones extrapenales, anulando su capacidad de motivación normativa y desdibujando los límites trazados por el principio de legalidad en sentido estricto. Razón tiene Frisch (2009, pág. 358) al afirmar que “es difícilmente imaginable un concepto más

⁴⁶ En palabras de Welzel (2004, pág. 113): “El concepto del cuidado necesario en el tráfico es un concepto *objetivo y normativo*. Para la determinación de su contenido no tiene importancia cuál sea el cuidado que haya observado o haya podido observar el autor, sino sólo cuál sea el cuidado “necesario en el tráfico”; no sirve de pauta, tampoco, el cuidado que se *observe*, de hecho, en el tráfico, sino el que sea *necesario*. Una conducta responde al cuidado objetivo, si considera *prudentemente* los efectos de la acción planeada que sean cognoscibles en un juicio *inteligente*; es decir, si coincide con la conducta que seguiría *un hombre inteligente y prudente en la situación del autor*. El contenido del cuidado objetivo en el caso concreto se determina, pues, por medio de un criterio “intelectual” y un criterio “normativo””.

fuertemente impregnado de lo normativo e inseguro en aspectos parciales, que el de la contrariedad al cuidado”.

Así, el deber objetivo de cuidado se halla, en primera medida, en las disposiciones legales o reglamentarias que regulan los ámbitos que comportan mayor posibilidad de riesgo para los bienes jurídicos, como el Código de Tránsito en el caso del tráfico vehicular. En ausencia de éstas, hay que recurrir a las reglas de la experiencia sentadas por los parámetros de conducta del ejercicio de ciertas profesiones, como la *lex artis* en la actividad médica o la explotación industrial. No obstante, “por muy reglamentada que una actividad esté en una ley, igualmente tampoco puede prever todos los supuestos y, frecuentemente, no tiene otra alternativa el poder reglamentario, que dejar la cuestión librada a las pautas sociales de prudencia” (Zaffaroni, 1981, pág. 400).

Para tales casos, la doctrina ha elaborado criterios que sirvan de baremo a la comprobación del cumplimiento del deber de cuidado, en un intento por dotarlo de la determinación que no tiene. Así, por ejemplo, Velásquez (1997) alude al principio de confianza –también utilizado por la teoría de la imputación objetiva–, como una forma de regular las expectativas de los individuos frente a los demás miembros de la sociedad, “en virtud del cual quien se comporta en el tráfico de acuerdo con la norma puede y debe confiar en que todos los participantes en él también lo hagan, a no ser que de manera fundada se pueda suponer lo contrario” (Velásquez, 1997, pág. 314).

Sin embargo, los esfuerzos de determinación de la figura del deber de cuidado resultan inútiles frente a la naturaleza misma de la tipología imprudente que, en su calidad de tipo abierto, recoge en ella todas las conductas susceptibles de producir un resultado antijurídico sin que necesariamente estén dirigidas a ello. Como consecuencia los límites del deber de cuidado terminan siendo imprecisos, fundándose en criterios como las pautas generales de conducta o la “vieja fórmula civilista del “buen padre de familia” que, *mutatis mutandi*, es el “hombre previsor y prudente”” (Zaffaroni, 1981, pág. 401).

De acuerdo con Muñoz Conde y García Arán (2010, pág. 286), la determinación del deber de cuidado aplicable al caso deber realizarse siguiendo un doble baremo, pues en su acepción objetiva se refiere al cuidado que hubiese puesto un hombre consciente y prudente en una

situación similar a la vivida por el agente; mientras que la subjetiva refiere a las capacidades y conocimientos del autor en concreto. El criterio objetivo consiste, entonces, en la comparación de la conducta del sujeto infractor del deber con aquella de un hombre medio; mientras que el criterio subjetivo exige considerar también las capacidades especiales del autor, a nivel de conocimientos y experiencia, comprendiendo aspectos como la mayor capacitación de un profesional en el ejercicio de su actividad frente a quien no lo es⁴⁷.

Empero, la individualización que se hace del deber objetivo de cuidado en la acepción subjetiva no toma en cuenta las capacidades individualísimas del autor; como explica Zaffaroni (1981):

cuando se valora el deber de cuidado de un conductor, podrá tenerse en cuenta si se trata de un conductor profesional o particular, si tiene a su cargo un vehículo pesado o liviano, pero no se tomarán en cuenta sus características exclusivamente personales, como puede ser, un avanzado grado de arterioesclerosis (Zaffaroni, 1981, pág. 402).

En este sentido, la exigencia del deber objetivo de cuidado se des-objetiviza en dos planos: (i) al enfocarse en un hombre medio del mismo contexto jurídico que el autor, de modo que comparta conocimientos similares propios del sector, y (ii) al tomar en cuenta los conocimientos especiales del autor en concreto, ya no en relación al hombre medio si no al sujeto en específico. Pero el grado de individualización no llega a comprender las capacidades propias, personales e individuales del sujeto, pues la determinación del deber objetivo de cuidado está gobernada por la medida del hombre medio.

Con todo, la utilización del baremo del hombre medio en el análisis del deber objetivo de cuidado en los imprudentes ha sido criticada por la doctrina, por su naturaleza abstracta e indeterminada, que en últimas nada dice sobre el actuar del sujeto concreto en tanto refiere a la conducta hipotética de un agente externo. Al respecto, Velásquez (1997, pág. 315) advierte

⁴⁷ “En una misma situación, el saber especial de un individuo, sus deberes profesionales, etc., pueden servir de base para valorar su conducta como imprudente, mientras que la misma conducta realizada por una persona sin esos conocimientos específicos puede ser correcta. Así, por ejemplo, el médico que conoce la debilidad constitucional del paciente debe actuar más cuidadosamente que el que no la conoce; su imprudencia, pues, respecto a la prescripción de un medicamento contraindicado es mayor.” (Muñoz Conde & García Arán, 2010, pág. 286).

que “las remisiones a marcos generales suelen ser poco aconsejables, pues pueden llevar a casos de responsabilidad objetiva, con transgresión del postulado de culpabilidad”.

Tal abstracción resulta especialmente peligrosa cuando se tiene en cuenta que el deber objetivo de cuidado conforma la totalidad del desvalor de acción en los tipos imprudentes, pues desplazó a la acción final como elemento central del injusto. Es decir, el reproche de las conductas imprudentes va dirigido principalmente a desaprobación la omisión en el acatamiento de los deberes de cuidado, y sólo recae sobre la acción y su finalidad en forma tangencial, como criterio de determinación del deber objetivo de cuidado aplicable al caso.

En consecuencia, el juicio de reproche que legitima el ejercicio del *ius puniendi* en la imprudencia se fundamenta casi que exclusivamente en la violación al deber objetivo de cuidado; elemento que constituye, en sí mismo, un juicio de reproche de carácter indeterminado, abstracto, eminentemente normativo y, en no pocos casos, concretado con posterioridad a la conducta que se reprocha.

Así lo resalta Armin Kaufmann (1975):

La violación del cuidado es el disvalor de acción del delito culposo. Este disvalor de acción no es simplemente un elemento constitutivo pero complementario del injusto, sino que lo injusto del delito culposo se funda únicamente en la existencia de la violación del cuidado y la falta de causas de justificación (Kaufmann, 1975, pág. 177).

2.2.1.3. Resultado lesivo

Como fue desarrollado *ut supra* 1.2.2., el principal postulado político-filosófico que justifica la existencia de los sistemas penales es su función protectora de bienes jurídicos o función preventiva, la cual se expresa en la teoría del hecho punible a través de los principios de *lesividad, necesidad e intervención mínima*.

El *principio de lesividad* limita la intervención del Derecho Penal únicamente a los supuestos en los que se lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos, excluyendo de su ámbito de aplicación las conductas que no lo hacen, pese a ser reprochables moralmente o incluso

antinormativas; pues sólo la transgresión de un bien jurídico justifica la activación de la respuesta institucional más violenta, que es la pena. En consecuencia, los principios de *necesidad e intervención mínima* restringen aún más la intervención del poder punitivo en razón de los altos costos sociales de la pena; pues exigen que la respuesta penal sea utilizada como *ultima ratio* y solo de ser estrictamente necesario ante el fracaso de otras herramientas institucionales menos gravosas para la libertad y los derechos humanos.

La exigencia de un resultado lesivo de bienes jurídicos constituye lo que se denomina *desvalor de resultado* que, junto al *desvalor de acción*, completa el juicio de reproche del hecho punible. Al igual que sucede con la estructura de la acción (*ut supra* 2.2.1.1.), que difiere entre los tipos dolosos e imprudentes -pues en los primeros se trata de acciones finales, mientras que en los segundos se habla de acciones con finalidad defectuosa o mal programada-, el elemento del resultado lesivo también hace evidentes las diferencias basilares que existen entre los tipos dolosos y los imprudentes.

La diferencia estructural frente a los tipos imprudentes reside en que para los tipos dolosos el resultado es derivación estricta de la conducta final, que fue desplegada con plena intención dirigida hacia la producción del resultado lesivo; razón por la cual hay plena identidad entre el sujeto que realiza una conducta dolosa y el resultado que de ella se deriva, es decir, al sujeto le pertenece el resultado, es dueño de él. No obstante, no puede decirse lo mismo frente a los tipos imprudentes, toda vez que en éstos el resultado lesivo no es el fin hacia el que se dirige la conducta desplegada por el agente; sino, por el contrario, es producto de la inobservancia del deber objetivo de cuidado que era exigible a éste.

Según Zaffaroni (1981),

el tipo culposo no puede explicarse desde el resultado, puesto que no es ese el modo en que se halla estructurado, pues la conducta culposa es tal en la medida en que la programación de la causalidad dentro de la finalidad es defectuosa respecto del deber de cuidado exigido (Zaffaroni, 1981, pág. 393).

La ausencia de finalidad en la conducta imprudente o su *programación defectuosa* según Zaffaroni (1981), implica que la conducta no abarca el resultado lesivo, pues no lo desea, no

lo asume como suyo, y en el caso de la imprudencia inconsciente, ni siquiera lo conoce; en pocas palabras, el resultado lesivo en las conductas imprudentes recae por fuera del ámbito de decisión que determina la voluntad del agente⁴⁸. Es decir, entre voluntad y resultado no existe jamás una relación directa (Zaffaroni, 1981, pág. 394), por lo que la doctrina finalista se ha dado a la tarea de encontrar la función que cumple el resultado en los delitos imprudentes.

Welzel (2004), quien ve en el resultado un elemento *adicional* -más no esencial- del tipo⁴⁹, le asigna una función seleccionadora de las acciones culposas punibles:

La significación del resultado en el tipo consiste en que lleva a cabo una selección dentro de las acciones que no responden al cuidado debido: toda acción que no responde al cuidado debido infringe, sin duda, la norma con indiferencia de que se materialice o no en un resultado, pero sólo al materializarse en un resultado adquiere -al menos según el derecho positivo- relevancia para el *derecho penal*; se convierte en el fundamento material de lo injusto penal típico. Aquí se advierte que el resultado no es la parte esencial del delito culposo para el derecho penal. (Welzel, 2004, pág. 120).

Mir Puig (2015), para quien la imprudencia es un concepto preminentemente normativo, le asigna al resultado una función de límite de garantía, que reduce el ámbito de la

⁴⁸ En palabras de Jescheck y Weigend (2002, pág. 237): “Seguramente la imprudencia consiste en su mayor parte, como ya advirtieron los finalistas, en una ejecución descuidada de una acción final, pero el descuido en la ejecución no es precisamente un momento de su finalidad. La inobservancia del deber de cuidado, exclusivamente relevante para el enjuiciamiento penal, se encuentra en cierta medida *junto* a la finalidad de la acción; sin embargo, el juicio sobre la negligencia se lleva a cabo sólo en relación con un resultado evitable que en el hecho imprudente se encuentra precisamente *fuera de la relación final*”.

⁴⁹ Sobre la importancia del resultado en el tipo imprudente, Welzel (2004) ha dicho: “Al desvalor de la acción se añade [...] un desvalor del resultado. Con él surge un nuevo elemento, adicional, del tipo, que no está contenido necesariamente en el desvalor de la acción. Pues una acción es inadecuada o incorrecta -en resumen, no responde al cuidado- con independencia de que conduzca o no a un resultado no deseado. El desvalor de la acción, como tal ni puede aumentar por la concurrencia del desvalor del resultado, ni disminuir por su falta. Se ha hablado, por ello, con mucha frecuencia, del desvalor del resultado, como del “elemento de azar” en los delitos culposos.” (Welzel, 2004, pág. 120).

responsabilidad penal únicamente a los hechos imprudentes que causan un resultado lesivo, dejando por fuera de la tipicidad los que no:

Por mi parte, creo que, ciertamente, la causación del resultado *no aumenta* la gravedad de la infracción de la norma de cuidado. [...] ¿Cuál es, entonces, la razón de la exigencia de efectiva lesión? [...] creo que puede justificarse como *garantía de seguridad*, como *prueba necesaria* para dirigir un proceso (ya un daño en sí mismo) contra una persona [...]. Porque la exigencia del resultado solo *limita* la responsabilidad, excluyendo la de hechos tal vez igualmente imprudentes pero que no causan un resultado lesivo: *no extiende* la responsabilidad a supuestos en donde no hay imprudencia. Esta función de *limite de garantía* tiene un sentido político-criminal positivo en la mayor parte de sectores. (Mir Puig, 2015, págs. 304-305).⁵⁰

Sin embargo, algunos exponentes de la doctrina critican que la preponderancia del *desvalor de acción* sobre el *desvalor de resultado*⁵¹, y la manifiesta irrelevancia de este último para la

⁵⁰ También la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia colombiana entiende que la imprudencia se define a partir de la acción, no del resultado: “lo fundamental es el desarrollo de la conducta [...], pues aquellos comportamientos son los que generan la infracción al deber objetivo de cuidado y el resultado típico vendrá a ser el producto de esa infracción [...]” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia SP 319-2018, 21 de febrero de 2018). En consecuencia, sostiene que la imprudencia no es un concepto psicológico sino normativo, “en donde lo decisivo es la infracción a la norma de cuidado que, al ser violada [...] torna la acción imprudente por sí misma y la agrava al causarse el resultado lesivo del bien jurídico [...] que constituye el resultado que la norma pretende evitar” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto AP 2780-2015, 25 de mayo de 2015).

Sin embargo, luego señala que en el tipo imprudente no hay lugar al dispositivo amplificador de la tentativa, pues “si bien de manera general se puede dar el inicio de una acción imprudente pero no llegarse a un resultado dañoso, no podría ubicarse esa fracción comportamental como la realización parcial de un delito culposo, precisamente por no mediar un resultado” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia SP 319-2018, 21 de febrero de 2018).

A diferencia de la tesis sostenida por autores como Mir Puig (2015, pág. 305), que ven posible la existencia de la tentativa imprudente en situaciones peligrosas extensamente reguladas, en las que la sola infracción de la norma de cuidado suponga una puesta en peligro del bien jurídico, sin necesidad de que se produzca el resultado lesivo. Tal es el caso del sector de tráfico vehicular, en el que el ordenamiento jurídico español (Ley Orgánica 10 de 1995, art. 379) castiga delitos de peligro como la conducción con exceso de velocidad o bajo el efecto de drogas o alcohol.

⁵¹ González y Muñoz (2020) recogen esta idea: “Desde Welzel, este postulado [sobre la importancia del bien jurídico] había empezado a ser puesto en duda al establecer la dicotomía entre desvalor de la acción y desvalor de resultado. Cuando se opta, y así lo hizo Welzel, por la prevalencia del desvalor de la acción, se acentúan los peligros de un derecho penal profundamente subjetivizado, en el cual resulta más importante la actitud del sujeto que el daño del bien jurídico” (González y Muñoz, 2020, pág. 196).

constitución del injusto imprudente, convierten al resultado en un mero “componente de azar” o condición objetiva de punibilidad⁵². Según estas posturas críticas, al no existir una relación de causación directa entre la conducta descuidada y la lesión del bien jurídico, el resultado aparece como un hecho aleatorio o fortuito, pues, en últimas, su producción no está librada a la voluntad del agente.

De manera que, citando a Schaffstein (2009, pág. 222), “la misma acción contraria al cuidado, según su desenlace, podía ser mera infracción de tránsito, una lesión corporal imprudente, un homicidio imprudente o bien –en caso de que no se produjera ningún resultado– completamente impune”. Mir Puig (2015) asigna al resultado una función de límite del *ius puniendi*, pero reconoce el dilema que plantea considerarlo un componente de azar:

Si el delito imprudente es esencialmente infracción de la norma de cuidado, ¿por qué ha de depender el injusto de la imprudencia de la circunstancia, a veces fortuita, de que tal infracción cause un resultado? Tan imprudente es la acción de quien pasa a gran velocidad con semáforo en rojo en un cruce concurrido si causa un resultado, como si tiene la suerte de no causarlo. Y más imprudente es esta conducta no seguida de resultado en una hora punta de máximo tráfico que por la noche, cuando no hay apenas circulación de vehículos, aunque se siga algún resultado lesivo. Por ello ha destacado Exner cómo en toda causación imprudente hay un «momento de azar» (Mir Puig, 2015, pág. 304).

Franz Exner, citado en Zaffaroni (1981, pág. 394), afirma que “la punibilidad o no punibilidad de la culpa, esto es, *el actuar sin precaución*, es excluido por el momento objetivo de la producción del resultado”, convirtiendo este último en un elemento de azar condicionante. Por otro lado, Baumann -citado por Zaffaroni (1981, pág. 394)- critica el resultado como un componente de azar en los tipos imprudentes, por considerar que “amplía

⁵² Por *condición objetiva de punibilidad* se entiende un hecho que es externo al injusto y la culpabilidad -es decir, recae por fuera del control del agente- pero se exige como necesaria condición para la aplicación de la pena. Mir Puig (2015) explica que “las condiciones objetivas de punibilidad no afectan ni al desvalor del resultado ni al desvalor de la conducta, pero condicionan la conveniencia político-criminal de su tipificación penal por alguna de esas *otras razones*.[...] La consecuencia más importante de la naturaleza de las condiciones objetivas de punibilidad es que *no es preciso que sean abarcadas por el dolo ni imputables a imprudencia*” (2015, págs. 182-183).

el ámbito de la antijuridicidad fortuita”. En igual sentido, Karl Engisch, citado en Zaffaroni (1981, pág. 394): “La lesión a la norma sólo será penada en caso que el resultado tenga lugar...Dicho sea brevemente: la ley penal norma un ámbito mayor del que pena.”

La inclusión del resultado en el tipo imprudente parece entonces un simple requisito o condición objetiva de punibilidad, un intento por no prescindir de él so pena de la consiguiente normativización del tipo, tal y como reconoce Zaffaroni (1981) al afirmar que “si se considerase al resultado fuera del tipo, los elementos objetivos del tipo culposo quedarían muy reducidos, en beneficio de los normativos y subjetivos” (pág. 395).

En conclusión, el esquema finalista del injusto imprudente se fundamenta únicamente sobre el *desvalor de acción*, al punto en que el *desvalor de resultado* es apenas un componente adicional, complementario y delimitador del injusto, y entre la violación al deber objetivo de cuidado y el resultado no existe una relación de causación directa en virtud de la programación defectuosa de la finalidad; lo que ha conllevado a un sector de la doctrina a considerar el resultado en el tipo imprudente como un elemento del azar.

En consideración de este escrito, entender el resultado en estos términos supone una violación a los postulados axiológicos que legitiman el ejercicio del *ius puniendi* en el Estado social y democrático de derecho, según fue desarrollado *ut supra* 1.2.2. En primer lugar, porque vulnera el principio de culpabilidad, en tanto éste exige la necesaria vinculación del resultado a la conducta y la voluntad del sujeto. Y, en segundo lugar, contraviene el principio de lesividad, al desestimar el *desvalor de resultado* como componente constitutivo del injusto penal.

El entramado de principios construido a través de la visión garantista del sistema penal - representada en este escrito por el concepto unitario de la culpabilidad- exige que todo tipo penal se fundamente de forma estricta sobre el *principio de lesividad*, pues sólo a través de su función protectora de bienes jurídicos puede justificarse extrasistémicamente el ejercicio del *ius puniendi*. Es decir, el principio de lesividad exige que el resultado lesivo sea el punto de partida de la tipicidad, y no un límite, un criterio de selección de la punibilidad o un elemento del azar.

En palabras de Hormazábal Malarée (2009), una comprensión del tipo imprudente que prescindiera del *desvalor de resultado* refleja una visión del Derecho Penal y de la pena como instrumentos de prevención general positiva en favor del mantenimiento de la vigencia del ordenamiento jurídico:

En efecto, si se plantea que en el delito culposo lo importante es el desvalor de acción definido a partir de una mera infracción del deber de cuidado desligada de toda consideración del bien jurídico volvemos al punto de definir dicho desvalor por afectar al ordenamiento «como poder configurador del orden» (Hormazábal Malarée, 2009, pág. 38).

2.2.1.4. Nexos de determinación

Como extensión de los principios de *lesividad* y *culpabilidad*, la teoría del delito exige que exista una relación de vinculación entre el desvalor de acción y el desvalor de resultado, a efectos de poder predicar la responsabilidad penal del sujeto infractor por el acaecimiento de este último. Para las conductas dolosas, su vinculación con el resultado es de simple causación fáctica, pues la conducta va dirigida hacia la producción del resultado y es causa final del mismo.

Para los tipos imprudentes se ha establecido que tal relación no puede ser de simple causalidad, sino de determinación, pues no basta con que la conducta contraria al cuidado sea causa del resultado, además debe ser determinante en su producción; en palabras de Zaffaroni (1981, pág. 405): “el resultado debe ser la efectivización de la lesión al deber de cuidado, lo que implica que debe ser determinante del mismo. No lo es cuando igualmente se hubiese producido el resultado pese a la observancia del cuidado debido”.

A diferencia de la relación de causalidad entre acción y resultado, la relación de determinación entre la violación al deber de cuidado y el resultado no se establece en sentido fáctico o naturalístico, pues ambas categorías se encuentran en dos niveles de producción fenomenológica separados:

La violación a la norma nunca puede ser “causa” del resultado, porque la violación es un concepto abstracto y el resultado es un fenómeno que pertenece al mundo físico. Se trata de dos niveles de realidad diferentes, que nunca pueden estar unidos por la causalidad. No se trata de una característica peculiar de la causalidad en los delitos culposos, sino de la irrelevancia típica de una conducta que es causal de un resultado, pero en la violación normativa no es determinante del resultado lesivo (Zaffaroni, 1981, pág. 405).

Es decir, una conducta causante de un resultado lesivo es irrelevante para la tipicidad, si la violación al deber de cuidado no fue determinante en la producción del resultado (Zaffaroni, 1981, pág. 405). Por esta razón, los finalistas exigen que además de una relación de causalidad fáctica entre la conducta imprudente y el resultado, exista también una relación de determinación jurídica entre el incumplimiento de la norma y el resultado. Jescheck y Weigend (2002) lo plantean así:

[...] el resultado sólo puede ser imputado al autor cuando aquél ha tenido precisamente como presupuesto específico el carácter descuidado del comportamiento de éste, puesto que el injusto de acción del autor imprudente reside sólo en la infracción del deber de cuidado (Jescheck & Weigend, 2002, pág. 628).

Entonces, para determinar si existe el nexo de determinación, Zaffaroni (1981, pág. 406) plantea un juicio hipotético de valor en dos niveles –abstracto y concreto–, en el que se recrea imaginariamente el curso causal seguido por el autor del injusto imprudente, situando a un hombre medio en su lugar. En el nivel concreto se imagina al autor realizando su conducta dentro del marco normativo, es decir, sin violar el deber de cuidado: si el resultado lesivo se produce de todos modos, entonces no hay relación de determinación, pese a existir una relación de causalidad entre el actuar descuidado y el resultado, porque ello indicaría que la falta de cuidado no fue determinante en su producción. Por el contrario, si el resultado lesivo no se produce, existe en principio relación de determinación entre la conducta y el resultado, siempre que supere el juicio en el nivel abstracto.

Luego, se hace necesario realizar el juicio hipotético en abstracto, en el que se imagina al autor realizando una acción no violatoria del deber de cuidado en abstracto, es decir, una

conducta cuidadosa, ya no en comparación a la conducta imprudente del autor, sino según los parámetros del buen padre de familia: en este caso, si el resultado lesivo igualmente se produce, no puede afirmarse la relación de determinación, dando lugar a la atipicidad culposa⁵³. En sentido contrario, si el resultado no se produce incluso bajo estas circunstancias, se confirma la existencia de la relación de determinación entre la conducta descuidada y el resultado.

Como puede verse, este juicio hipotético es prácticamente el mismo que se realiza para establecer las relaciones de causalidad en aplicación de teorías como la causalidad adecuada, con la diferencia que en este caso el fenómeno determinante que se remueve imaginariamente del curso causal no es una “causa”, propiamente dicha, sino la violación del deber de cuidado; el cual, como se ha dicho, no es un fenómeno perteneciente al mundo físico sino al normativo.

El juicio que exige realizar el nexo de determinación ha sido entendido como una limitante a la tipicidad culposa, en oposición a la ampliación que implicaría la consideración de una simple relación de causalidad; no obstante, es innegable que este juicio de determinación comporta la dilatación de las condiciones requeridas para la imputación de responsabilidad penal, pues la recreación de un curso causal hipotético en cabeza del juez se mantiene en el escenario de la probabilidad y no trasciende nunca al terreno de la certeza.

Además, aun establecida la relación de determinación entre la violación del deber de cuidado y el resultado antijurídico, hace falta una relación entre el sujeto infractor y el resultado, pues, como ya fue dicho, la conducta imprudente no va dirigida a la causación del resultado, por lo que no puede predicarse una relación de pertenencia del sujeto –en términos subjetivos, es

⁵³ Para ilustrar el ejercicio de imaginación que implica el doble juicio hipotético, Zaffaroni (1981) presenta el siguiente ejemplo: “[...] un sujeto conduciendo un vehículo, pasa un semáforo sin atender a la luz roja y a cincuenta metros arrolla a un suicida. *En concreto*: si se hubiese detenido en el semáforo no hubiese arrollado al suicida (quien hubiese tenido que elegir otro vehículo para hacerse arrollar); *en abstracto*: una conducta de conducir cuidadosa (que hubiese hecho avanzar el vehículo con el semáforo en verde), también podía causar el resultado. [...] El imprudente conductor que arrolla al suicida, incuestionablemente causa la muerte del suicida, pero como igualmente la hubiese causado de ser prudente, su conducta es atípica, porque esa causalidad no tiene relevancia penal: causó la muerte *con* su conducta, pero no *por* el carácter imprudente de su conducta. La violación del deber de cuidado (la imprudencia) no es determinante de la muerte en el caso del suicida, aunque la conducta sea causa de la muerte. La causalidad, en el plano óntico, queda intacta, pero la relevancia típica de ésta se anula frente a la limitación que impone el requisito típico de que la violación del deber de cuidado sea determinante del resultado.” (Zaffaroni, 1981, págs. 406-407) .

decir, de voluntad– respecto del resultado, so pena de contradecir el principio de culpabilidad. Especialmente, cuando el reproche penal se fundamenta en la infracción de un deber objetivo de cuidado que no estaba determinado *ex ante* al momento de realización de la conducta - como cuando se recurre a criterios como el “hombre medio”-, lo que implica cercenar la posibilidad del agente de motivar su actuación conforme a dicho deber de cuidado.

2.2.1.5. Previsibilidad del resultado

Los elementos descritos con antelación constituyen lo que ha sido considerado como el tipo objetivo del injusto imprudente. Sobre el aspecto subjetivo hay controversia –en especial respecto de la forma inconsciente–, en tanto algunos afirman que no es posible hablar de elementos subjetivos en los fenómenos imprudentes, y otros lo afirman parcialmente. Sin embargo, entender la tipología imprudente con prescindencia de ingredientes subjetivos es admitirla como una manifestación de responsabilidad objetiva, en flagrante contravía del principio de culpabilidad.

Por lo demás, la clasificación de los elementos del tipo imprudente en la dualidad objetivo/subjetivo no es del todo fidedigna, pues esta estructura dicotómica está elaborada a la manera del tipo doloso y, como hemos establecido con anterioridad, el tipo imprudente está estructurado de forma muy distinta. Autores como Stratenwerth (1979) y Bacigalupo (1972) -citados por Zaffaroni (1981, pág. 409)- aconsejan no dividir el tipo culposo en objetivo y subjetivo, argumentando que puede resultar confuso en vista de que la voluntad imprudente no se dirige al resultado penalmente relevante.

Por su parte, Zaffaroni (1981) justifica la clasificación de elementos objetivos y subjetivos en el tipo imprudente atendiendo a razones de conveniencia en el ordenamiento expositivo de la doctrina penal, pues reconoce que en esta tipología todos sus elementos acaban mezclándose en una línea difusa entre lo objetivo y lo subjetivo. En este sentido, señala que “para determinar la presencia de aspectos que hacen al tipo objetivo -concretamente, la violación del deber de cuidado- es ineludible referirse a aspectos que hacen al tipo subjetivo, como la finalidad y la previsibilidad del resultado” (Zaffaroni, 1981, pág. 408).

Ahora bien, en el aspecto subjetivo del tipo imprudente se han ubicado doctrinariamente la previsibilidad del resultado como elemento cognoscitivo, y la finalidad de la conducta imprudente como elemento volitivo. No obstante, como ha sido afirmado anteriormente, la voluntad de quien despliega una conducta contraria al deber de cuidado no va dirigida a la producción del resultado antijurídico y, en este sentido, no puede afirmarse la existencia de un elemento volitivo en la imprudencia puesto que “todo sujeto que se comporta peligrosamente piensa que la prohibición de la causación imprudente no va con él, que de su comportamiento negligente no va a derivarse un delito de lesión” (Gimbernat Ordeig, 1971, pág. 7). Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que “en las conductas culposas [...] el autor nunca asume o acepta el peligro ni para sí ni para los demás, sólo cree tener las habilidades suficientes para prevenirlo sin que, finalmente, pueda hacerlo” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia SP 11228-2015, 26 de agosto de 2015).

El elemento cognoscitivo del tipo imprudente es definido por Zaffaroni (1981, pág. 410) como “la posibilidad de conocer el peligro que la conducta crea a los bienes jurídicos ajenos y de prever el resultado conforme a ese conocimiento”; supone entonces una posibilidad de conocimiento o conocimiento potencial del acaecimiento del resultado antijurídico, en oposición al conocimiento efectivo requerido en el dolo. Tratándose de la imprudencia consciente, puede hablarse de conocimiento efectivo, en tanto el sujeto se representa la posibilidad de ocurrencia del resultado, pero confía en que no se producirá.

No obstante, en la imprudencia inconsciente –en la que el sujeto no se representa la posibilidad del resultado, pudiendo hacerlo– se exige un mero conocimiento potencial; por lo que es válido afirmar que a la tipicidad culposa le basta el conocimiento potencial de la producción del resultado. Por esta razón, la atipicidad subjetiva en la imprudencia sólo se produce cuando el resultado está más allá de la capacidad de previsión⁵⁴ (Zaffaroni, 1981, pág. 410).

⁵⁴ Zaffaroni ilustra esta situación mediante el ejemplo de un albañil que “no puede prever que el ladrillo que coloca se aflojará pasados veinte o treinta años y caerá hundiendo el cráneo de un paseante” (1981, pág. 410), lo cual parece una situación más que irrazonable. Recalca, además, que esta circunstancia no debe confundirse con los supuestos de error de tipo invencible, que también dan lugar a atipicidad culposa por defectos en el aspecto subjetivo de la previsibilidad.

A diferencia de lo que acontece con el deber objetivo de cuidado, Zaffaroni (1981, pág. 412) señala que la determinación de la previsibilidad “no debe apreciarse con el criterio de término medio, sino que debe ser la concreta posibilidad de conocimiento que el sujeto debía tener conforme a la condición en que actuaba y a la naturaleza de la conducta que realizaba”. Es decir, que para determinar si el autor tenía la posibilidad de previsión del resultado antijurídico deben valorarse sus capacidades individuales, ya sea que se trate de conocimientos técnicos o de “cualquier medio que aumente la posibilidad de conocimiento y de evitación o previsión del resultado” (Zaffaroni, 1981, pág. 413). Por último, no debe confundirse la previsibilidad del resultado con el conocimiento del deber de cuidado, pues este último es conocimiento de la antinormatividad y, por tanto, no pertenece al tipo subjetivo culposo, sino a la culpabilidad (Zaffaroni, 1981, pág. 411) .

Al respecto las críticas son variadas. En primer lugar, se cuestiona la exigencia mínima de conocimiento potencial, bajo el entendido que “posibilidad de conocimiento” equivale a no conocimiento, y “fundamentar la responsabilidad penal en el no conocimiento es por completo rechazable, porque va en contravía de la función motivadora de las normas” (Salazar Marín, 2016, pág. 90). Es decir, si el sujeto que comete una conducta contraria al deber de cuidado no alcanza a representarse la posible ocurrencia del resultado lesivo como consecuencia de su conducta, no le es posible modificarla en aras de evitar el resultado.

Si se entiende que la función preventiva de la norma penal es informar al ciudadano de las conductas consideradas penalmente relevantes y las consecuencias derivadas de ellas, para que éste se abstenga de realizarlas, es decir, para que sea motivado por la norma; ello implica aceptar que en la imprudencia inconsciente el sujeto no tiene oportunidad de adecuar su conducta conforme a Derecho pues no se representa la posibilidad del resultado. En la mente del sujeto imprudente no existe el resultado, no es ni siquiera una posibilidad, por lo que no se le puede pedir que lo evite; hacerlo sería exigir lo imposible, y el Derecho no está facultado para ello.

Incluso si se evalúa la posibilidad de conocimiento conforme a las circunstancias concretas del sujeto, como señala Zaffaroni (1981), resulta absurdo exigir que éste adecue su conducta al cumplimiento del deber de cuidado si no conoce que con ella crea un peligro para bienes jurídicos, es decir, no considera el carácter antijurídico de la misma. El conocimiento del

peligro creado no es, entonces, un asunto de posibilidad, se requiere el conocimiento efectivo; de nada sirve analizar la posibilidad de este conocimiento frente al sujeto concreto, pues la posibilidad es aún no conocimiento, y mientras el sujeto no conozca el peligro creado con su conducta le será imposible comprender tan siquiera la existencia del deber de cuidado.

Queriendo superar este absurdo, y como parte de su propuesta de despenalización de la imprudencia inconsciente, Salazar Marín (2016) plantea reemplazar la “posibilidad de conocimiento” –que supone una “falsa responsabilidad”– por el “conocimiento de la posibilidad”, afincado en que “la culpabilidad penal sólo puede fundarse en el conocimiento de la antijuridicidad, trátese del conocimiento del daño, en caso de dolo, o del conocimiento de la posibilidad de daño, en caso de culpa” (Salazar Marín, 2016, pág. 93).

2.2.2. Elementos del tipo imprudente según la teoría de la imputación objetiva

La comprensión dominante hoy en día sobre los elementos del tipo imprudente es, sin lugar a dudas, la perspectiva funcionalista de la teoría de la imputación objetiva. Esta propuesta teórica surge, según explica López Díaz (1996, pág. 52), con los aportes de Karl Larenz (1927) en el Derecho Civil y Richard Honig (1930) en el Derecho Penal, con el propósito de complementar y limitar la teoría causal de la acción, partiendo del pensamiento de Hegel⁵⁵. Tanto Larenz como Honig consideraban que la imputación de responsabilidad no podía depender de la relación de causalidad, pues la causalidad es demasiado amplia; y formularon el concepto de imputación objetiva como una limitante a la teoría causal, de manera que la “relación de causalidad adquiere valor para el derecho penal cuando ella aparece dirigida por la voluntad humana, cuando se puede prever y dirigir su curso. Imputable es aquel resultado que puede ser concebido como dispuesto finalmente” (López Díaz, 1996, pág. 54).

Sin embargo,

⁵⁵ Curiosamente, “[Larenz] afirma que en la concepción hegeliana no se reconocen como acciones imputables las acciones culposas. Con razón anota Friedrich Toepel, que no deja de tener una cierta ironía que el pensamiento emanado de la filosofía jurídica hegeliana, referente a la imputación objetiva, hoy en día sea considerado como de suma importancia para la solución de los problemas suscitados por la imprudencia.” (López Díaz, 1996, pág. 52).

[...] en la actualidad los fundamentos y alcances de la misma [teoría de la imputación objetiva] evolucionan en direcciones muy distintas de las que en su momento le imprimieron Larenz y Honig. El eje central se ha desplazado de la posibilidad de dominación de la causalidad y de la separación del hecho propio de los sucesos accidentales, a la acción peligrosa jurídicamente desaprobada, que se constituye en la base del sistema.

La teoría de la imputación objetiva ha sido desarrollada contemporáneamente por la escuela funcionalista moderada del delito, representada por Claus Roxin como su máximo exponente. Su planteamiento fundamental es que

la atribución a una persona de un resultado como obra suya debe superar la mera comprobación causal, para asumir la forma de un juicio de valor en el que se constaten por lo menos dos momentos diferentes: en el primero, la creación de un riesgo desaprobado por el ordenamiento jurídico, y en el segundo, la realización de dicho riesgo en el resultado. (Cadavid Quintero, 1999, pág. 65).

En este sentido, el fenómeno de la imprudencia puede explicarse como “la realización de un peligro creado por el autor, que va más allá del peligro enmarcado dentro del fin de protección de la norma” (Roxin, 2013, pág. 186).

La teoría de la imputación objetiva ha criticado la doctrina tradicional sobre imprudencia por la absoluta dependencia en la lesión al deber objetivo de cuidado para la conformación del injusto de acción del tipo imprudente, pues entiende que “en realidad, detrás del elemento de la lesión del deber de cuidado se ocultan distintos elementos de la imputación que designan de manera más precisa que tal cláusula general los presupuestos de la imprudencia” (Roxin, 2013, pág. 189). En palabras de Roxin, “el elemento de la violación del deber de cuidado no lleva más lejos que los criterios generales de imputación. Es más vago que éstos y, por ello, prescindible” (Roxin, 2013, pág. 190); lo acusa además de ser “normológicamente falso”, por permitir suponer que la imprudencia consiste en una omisión al deber de cuidado. El propósito de esta teoría es, entonces, reformular la estructura del tipo imprudente a efectos de conseguir un proceso de imputación más preciso, completo, y que explique mejor la

causación de daños producto de conductas no cuidadosas en la sociedad de riesgos en que vivimos.

La diferencia entre ambas perspectivas reside en: (i) la sustitución del elemento de la infracción al deber objetivo de cuidado, por el de la *creación de un riesgo no permitido* como fundamento del desvalor de acción en el tipo imprudente; (ii) la introducción de nuevos y más amplios criterios para determinar la norma o pauta de comportamiento exigida para cada caso, a partir de la cual se define el riesgo creado o incrementado; y (iii) la creación del elemento del *fin de protección de la norma*. A continuación, estudiaremos estos elementos a fin de compararlos con el que había sido el núcleo de la imprudencia hasta el advenimiento de esta teoría: el deber objetivo de cuidado.

2.2.2.1. Creación de un riesgo no permitido o jurídicamente desaprobado

Vivimos en una sociedad con infinidad de riesgos que ponen en vilo la indemnidad de los bienes jurídicos objeto de protección, no obstante, algunos riesgos son necesarios para el normal funcionamiento de la sociedad y, en ese sentido, la norma los permite, como el tránsito vehicular, la actividad médica o la explotación industrial. La *creación de un riesgo jurídicamente desaprobado* se produce cuando un sujeto crea o aumenta un riesgo que ya existente, llevándolo a magnitudes más allá de lo permitido por la norma de protección del bien jurídico; riesgo que, más tarde, se concreta en el resultado lesivo, por lo que puede predicarse responsable del resultado al sujeto que creó o aumentó el riesgo.

Según López Díaz (1996, pág. 87), para la escuela funcionalista la sociedad no puede ser entendida como un sistema de protección de bienes jurídicos, sino como una estructura de relaciones que facilita la interacción, es decir, el intercambio de bienes y servicios; de manera que lo determinante en la imputación de responsabilidad no es la lesión al bien jurídico, sino la defraudación de las expectativas sociales de comportamiento que supone la transgresión a la norma:

Para facilitar la interacción la sociedad no prohíbe la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, sino que señala pautas de seguridad en la administración de los

riesgos. De tal forma que si el ciudadano actúa dentro de los parámetros que la vida social diseña para el manejo de esos riesgos, su comportamiento está jurídicamente permitido y no constituye un ilícito penal, así lesione o ponga en peligro bienes jurídicos. En consecuencia, la causación, la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, la cognoscibilidad y evitabilidad del daño, no son suficientes para la imputación de un suceso. Lo determinante es si el ciudadano se comportó dentro del ámbito de competencia que le es propio; si defraudó o no las expectativas que dimanaban de su *status*. (López Díaz, 1996, pág. 92).

Para determinar cuáles son los riesgos permitidos y no permitidos en el ejercicio de una actividad peligrosa, la teoría de la imputación objetiva recurre a distintos criterios de distribución y administración de los riesgos, a saber: (i) las normas jurídicas, (ii) las normas técnicas o *lex artis*, (iii) la figura parámetro diferenciada, (iv) los deberes de información y omisión, y (v) el juicio de ponderación de riesgos y beneficios. También al (vi) principio de confianza, que opera como una suerte de regla de excepción a la distribución de riesgos que realizan los otros criterios.

En todo caso, Cadavid Quintero (1999, pág. 66) señala que la determinación del riesgo que crea o aumenta determinada conducta para un bien jurídico protegido por la norma debe hacerse siempre *ex ante*, es decir, “según la valoración de un observador medio [...] que situado mentalmente en el momento de la realización del comportamiento, determinara cuáles eran los riesgos asociados al actuar que está apreciando”.

2.2.2.1.1. Normas jurídicas

Este criterio refiere a las disposiciones normativas establecidas por el legislador para regular los ámbitos de la vida en que es más factible la producción de resultados lesivos para los bienes jurídicos, en razón de los riesgos que suponen, como el tráfico vehicular, la minería o la actividad de la construcción. En estos ámbitos altamente regulados “la infracción de normas jurídicas destinadas a impedir el resultado producido implica por lo general la creación de un peligro suficiente” (Roxin, 2013, pág. 193), de manera que la infracción de

dichas normas configura un indicio de la creación no permitida del riesgo antijurídico, pero que no es suficiente para fundamentarlo.

Es decir, las reglas de la experiencia indican que allí dónde se infringe una norma que regula los riesgos permitidos, la ocurrencia de un accidente hace parte del escenario de lo posible, en términos abstractos; no obstante, es menester realizar un análisis de cada caso concreto, pues la infracción normativa puede tener tan sólo carácter indiciario. Para ello, se propone el criterio de la previsibilidad, en tanto atiende a las circunstancias del caso en particular y permite un entendimiento más completo de la situación en que se produce el riesgo.

2.2.2.1.2. Normas técnicas y *lex artis*

En ausencia de normas jurídicas, debe acudir a aquellas disposiciones reglamentarias de carácter particular o gremial, no estatal, que delimitan los riesgos existentes en otros ámbitos peligrosos de la vida, y establecen los cuidados que al respecto deben ser considerados.

López Díaz (1996) define la *lex artis* como

las pautas de conducta que va generando el ejercicio de las profesiones; el desarrollo de la técnica va indicando qué tipo de comportamientos y de métodos debe observar el profesional, con respecto a situaciones que se repiten en el tiempo y en el espacio. Así, por ejemplo, el avance de la medicina crea reglas mínimas para el ejercicio de la actividad, señalando cómo debe actuar el médico cuando se encuentre ante determinados síntomas o cuadros clínicos. [...] Si bien estas regulaciones no tienen la fuerza vinculante de una norma jurídica, pueden ser tomadas por el juez como indicadores del cuidado exigible en una situación concreta, por cuando recogen la experiencia de las diversas profesiones en la administración de los riesgos. (López Díaz, 1996, pág. 114).

La infracción de estas disposiciones tiene también, al igual que las anteriores, un mero carácter indiciario, que no excusa al juzgador de realizar un análisis concreto de las circunstancias en que se produjo el resultado antijurídico.

Sin embargo, es importante reconocer, de la mano de Cadavid Quintero (1999, pág. 66), que los grandes desarrollos industriales y progresos tecnológicos impulsados por agentes particulares en las sociedades modernas, implican a menudo la limitación de las posibilidades del Estado de introducir reglamentaciones específicas para la gestión de los riesgos creados como consecuencia de dichos desarrollos. Este autor señala la dificultad de reglamentar riesgos como los concretados en graves accidentes industriales como el de Union Carbide en Nueva Delhi, o las afectaciones a la salud por intoxicación por ruido en las regiones altamente industrializadas. Al respecto, señala Cadavid Quintero (1999) que

no se puede perder de vista a los efectos de determinar el carácter permitido o no del riesgo generado por el comportamiento, que existen espacios de actividad social que no alcanzan a ser reglamentados específicamente por el Estado. Por esta razón, en muchas ocasiones [...] los niveles de permisión del riesgo quedan condicionados a lo que dispongan los agentes sociales que se mueven dentro del ámbito de actividad respectivo. (Cadavid Quintero, 1999, pág. 67).

Dejar librada la reglamentación del cuidado debido en el ejercicio de una actividad peligrosa en manos de los sujetos interesados en el control de dicha actividad puede generar incentivos perversos para la desregulación de los riesgos, generando amplios espacios de impunidad, “toda vez que la conveniencia de los agentes sociales en la obtención de lucro podría llevarlos a relajar las medidas de contención de riesgos por cuestiones de índole económica, con perjuicio de bienes jurídicos de trascendental importancia” (Cadavid Quintero, 1999, pág. 69).

2.2.2.1.3. Figura parámetro diferenciada

Cuando no existen normas jurídicas ni técnicas que regulen los riesgos derivados de una actividad, debe plantearse la siguiente pregunta: ¿“cómo se habría comportado en la situación concreta una persona concienzuda y sensata perteneciente al círculo de personas del autor”? (Roxin, 2013, pág. 204), de manera que cuando la conducta del sujeto en cuestión se

encuentre dentro del marco de la figura parámetro, no se podrá afirmar la creación de un peligro o el aumento de un riesgo permitido, excluyendo así la imprudencia.

Como puede verse, este elemento es básicamente el mismo que aquél del hombre cuidadoso y prudente utilizado en la doctrina finalista para la determinación del cuidado debido. Con la diferencia que

mientras que para la teoría tradicional ese es el criterio rector, respecto del cual los demás son criterios auxiliares que ayudarían a concretarlo; para la propuesta de sustitución este es un criterio apenas complementario, que solo operaría en ausencia de disposiciones administrativas de control de riesgos, de una indicación precisa por la *lex artis* del buen obrar correspondiente a esa actividad específica, de una norma expedida por los agentes generadores de riesgos, o cuando no sea posible solucionar el asunto con la ayuda del principio de confianza (Cadavid Quintero, 1999, pág. 69).

Sin perjuicio de los diferentes papeles asignados a este criterio en ambas teorías, resultan aplicables a la figura parámetro diferenciada las críticas esbozadas para la del hombre medio, con respecto a la abstracción que supone la remisión a marcos generales en el análisis de situaciones concretas. Además, esta figura ha sido criticada por la dificultad de determinar la conducta de la figura parámetro, en atención a la separación entre los niveles ontológico y deontológico de la conducta humana. Al respecto, Kuhlen, citado en Roxin:

Mientras más se asimilen estas figuras a los verdaderos actores de un determinado círculo de personas, más contenido tendrá su empleo argumentativo, pero también con más fuerza se nivelará también (sic) la determinación del cuidado exigible en el tráfico a la descripción del cuidado efectivamente practicado en el tráfico (Roxin, 2013, pág. 205).

Bajo este enfoque, la aplicación de un marco general –como el de la figura parámetro o el del hombre medio– en los términos en que se pretende para fundamentar un reproche por imprudencia, sólo resultaría exitosa si los sujetos pertenecientes al mismo ámbito vivencial del autor se comportaran con el debido cuidado de conformidad con la norma. De lo contrario, el reproche no podría sustentarse en este criterio de la manera en que ha sido

planteado, pues supondría aplicar una mayor exigencia del sujeto que está siendo enjuiciado, en relación con sus pares.

2.2.2.1.4. Deberes de información y de omisión

En ausencia de todos los criterios ya descritos, esta teoría ordena valorar la creación del riesgo en la conducta imprudente bajo la siguiente máxima acuñada por Roxin: "...quien algo no sabe, tiene que informarse; quien algo no puede, tiene que dejarlo...". En palabras de López Díaz (1996):

Cuando alguien va a desplegar una determinada acción, el primer deber que tiene es el de advertir el peligro para los bienes jurídicos; surge para él un "deber de examen previo", es decir, determinar las condiciones en las cuales va a desarrollar su comportamiento, y calcular el probable desenlace del curso causal de los acontecimientos. [...] Si los omite, y eran relevantes para una exitosa actividad curativa, puede estar creando un riesgo jurídicamente desaprobado. De este deber de examen previo surge el de valorar la propia capacidad del agente para realizar la acción; si alguien carece de la idoneidad suficiente para ejecutar una determinada actividad, su deber de cuidado es omitir la acción peligrosa. (López Díaz, 1996, pág. 117).

Al respecto, debe decirse que tanto el deber de información como el deber de omisión no refieren propiamente a la conducta descuidada desplegada por el agente, sino a un momento anterior a ella, en el que el sujeto debió haberse informado sobre los cuidados requeridos en la actividad a realizar; por lo que ambas exigencias exceden los límites del principio de acto y parecen introducir la culpabilidad por conducción de la vida, también proscrita en un sistema penal respetuoso de la dignidad y libertad humana.

2.2.2.1.5. Ponderación de beneficios y riesgos

En últimas, si las pautas señaladas no son suficientes para concretar el riesgo permitido, debe acudir a la significación social de la conducta, es decir, “los criterios materiales que legitiman la creación de un riesgo [...]: la utilidad social del peligro, la inevitabilidad del riesgo, la necesidad de la empresa o la aceptación general del peligro” (López Díaz, 1996, pág. 118).

Esto implica realizar un juicio de ponderación de los bienes jurídicos que entran en conflicto; así, si la conducta está socialmente reconocida –como un partido de fútbol en determinado lugar–, pueden tolerarse riesgos mínimos; si, por el contrario, la conducta es socialmente reprobable –competencias ilegales de motocicletas o tiroteos sin justificación–, “si llegare a ocurrir un accidente, cualquier riesgo mensurable podrá fundamentar una punición por imprudencia” (Roxin, 2013, pág. 207). Lo anterior se traduce en que mientras mayor sea la utilidad social de la conducta, mayores riesgos se permiten para los bienes jurídicos.

2.2.2.1.6. Principio de confianza

El principio de confianza es un criterio utilizado para determinar los riesgos permitidos y no permitidos en el ejercicio de actividades peligrosas, constituyendo “un principio para negar un incremento prohibido del peligro” (Roxin, 2013, pág. 196), es decir, configura una excepción. Está previsto en especial para el tráfico vehicular y establece que quien se comporta de conformidad con las reglas puede esperar que los demás lo hagan también, en tanto no haya puntos de referencia que le permitan suponer lo contrario. De acuerdo con López Díaz (1996, pág. 120), este criterio surge del principio rector de la autorresponsabilidad, según el cual por regla general se está obligado a responder únicamente por las conductas que recaen dentro del propio ámbito de competencia, es decir, por el hecho propio; pues no forma parte del rol de un ciudadano controlar todos los posibles peligros que se pueden originar en la conducta de terceros.

Con este principio se pretende no disminuir innecesariamente las libertades de los ciudadanos, obligándolos a aplicar un cuidado excesivo en todo momento, pues ello resultaría paralizante para la vida social:

En todo contacto social es siempre previsible que otras personas van a defraudar las expectativas que se originan en su rol. No obstante, sería imposible la interacción si el ciudadano tuviese que contar en cada momento con un comportamiento irreglamentario de los demás. Se paralizaría la vida en comunidad si quien interviene en ella debe organizar su conducta esperando que las otras personas no cumplirán con los deberes que les ha sido asignados. El mundo está organizado de una forma contraria. Pese a que se presentan frecuentes defraudaciones, quien participa en el tráfico social puede esperar de las otras personas un comportamiento ajustado a su *status*; él puede confiar en que los otros participantes desarrollarán sus actividades cumpliendo las expectativas que emanan de la función que le ha sido asignada. (López Díaz, 1996, pág. 121).

Este principio divide la responsabilidad de prestar el cuidado debido entre todos los intervinientes de las conductas peligrosas; así ha sido entendido también en las actividades que implican una actuación conjunta con división de trabajo, como la práctica médica, en la que puede suponerse que los demás actuarán con respeto de los bienes jurídicos ajenos⁵⁶.

Como puede verse, los criterios utilizados por esta teoría para la distribución de los riesgos remiten tanto a disposiciones jurídicas como a pautas de comportamiento social extrajurídicas, albergadas quizá en la difusa conciencia colectiva. En igual sentido debe

⁵⁶ López Díaz (1996) señala cómo en el campo de la medicina el principio de confianza ha tenido gran aplicación: “En virtud de él, el médico que dirige una operación puede confiar en que el cuerpo auxiliar cumplirá cabalmente con las funciones asignadas. No existe responsabilidad de su parte si, por ejemplo, opera con material que no estaba debidamente esterilizado, porque él puede esperar fundadamente que esa labor será cumplida en forma correcta por una instrumentadora. A él sólo le concierne el deber de asignar correctamente las funciones que se han de cumplir en el desarrollo de la operación, y de impartir órdenes claras y entendibles. Sólo responde, en consecuencia, por defectos de comunicación y coordinación en su equipo de trabajo, o por instrucciones que no sean lo suficientemente claras, mas no por las eventuales incapacidades profesionales de alguno de ellos, o por la prestación indebida de sus colaboradores. Por su parte, el personal dependiente puede confiar en las instrucciones del director, sin tener la obligación de verificar la corrección de aquellas. Ahora bien, para que opere el principio de confianza, al interior del equipo médica deben estar claramente delimitados los ámbitos de responsabilidad.” (López Díaz, 1996, pág. 123).

hacerse su aplicación, partiendo siempre de los criterios mejor determinados hacia los más generales y abstractos, en forma descendente sucesiva: si no existe norma jurídica que gestione el riesgo en cuestión, debe acudir a las normas técnicas que regulan la actividad peligrosa, y en ausencia de éstas, debe aplicarse el criterio de la figura parámetro diferenciada, y así sucesivamente.

Finalmente, luego de establecidos los criterios que ayudan a identificar los riesgos permitidos y prohibidos por la norma, estudiaremos el elemento completamente novedoso introducido por la teoría de la imputación objetiva, a partir del cual es posible establecer una relación de conexidad entre la conducta que crea o aumenta un riesgo y el resultado que, en consecuencia, lesiona un bien jurídico: el *fin de protección de la norma*.

2.2.2.2. Fin de protección de la norma

Al igual que la conducta violatoria del deber objetivo de cuidado en la concepción finalista, la conducta que crea o aumenta un riesgo no permitido debe ser determinante para la producción del resultado lesivo; no solo en términos de causalidad, sino además mediante la existencia de un nexo normativo denominado “relación de riesgo”, que se determina a partir del *fin de protección de la norma*⁵⁷.

El *fin de protección de la norma* es el bien jurídico o expectativa social que se busca resguardar con la norma que administra y distribuye el riesgo, ya sea que se trate de una norma jurídica propiamente dicha, una norma técnica, la *lex artis* o una pauta social como la figura parámetro diferenciada o el principio de confianza. Es necesario identificar el fin de

⁵⁷ López Díaz (1996) ilustra la determinación de la relación de riesgo a partir del fin de protección de la norma, así: “Ejemplo: los reglamentos de circulación de algunos países establecen que cerca de las escuelas y colegios los automóviles deben limitar la marcha a una velocidad equivalente a la que emplea un transeúnte; si alguien que conduce a 60 kilómetros por hora colisiona en una de estas zonas con un ciudadano adulto que súbitamente irrumpe en la calzada, es indiscutible que ha transgredido una norma reglamentaria. En otras palabras, ha quebrantado el riesgo permitido. No obstante, no se le puede atribuir el resultado porque el daño producido no es de aquellos que la norma de cuidado infringida trataba de evitar. La limitación de la velocidad en esas zonas apunta a proteger a los niños pertenecientes al estamento escolar; no a toda clase de peatones que transitan por ahí. Si se tratara de evitar accidentes relacionados con adultos el tráfico automotor se hubiera limitado en todo caso a la velocidad permitida cerca de escuelas y colegios.” (López Díaz, 1996, pág. 78).

protección de la norma, en orden a determinar si la norma o pauta social de administración del riesgo infringida tenía como finalidad evitar la producción del resultado efectivamente producido. De manera que, si el resultado puede explicarse como violación de la norma en cuestión, habrá relación de determinación; y si la norma o pauta social infringida no tiene ninguna relación con el suceso, el resultado no le es imputable al agente (López Díaz, 1996, pág. 49).

López Díaz (1996, pág. 177) señala que para determinar el fin de protección de la norma de cuidado hay que realizar un ejercicio de hermenéutica e interpretación normativa, con la ayuda de métodos como el sistemático, histórico y teleológico, a través de los cuales se fija el alcance de una disposición. En todo caso, la finalidad de protección de la norma deberá determinarse siempre en forma concreta:

Ejemplo: al precisar la finalidad de la norma de cuidado que prohíbe exceder los límites de velocidad permitidos, hay que determinar la norma concreta que se ha infringido, porque el alcance de la prohibición del exceso de velocidad depende de muchas circunstancias variables: v. gr., si se trata de una autopista o de una ciudad; de condiciones normales del tránsito o no, si se está cerca a un colegio o a una escuela, etc. (López Díaz, 1996, pág. 177).

2.2.3. Diferencias entre ambas concepciones del tipo imprudente

Como vemos, la reformulación de la teoría de la imputación objetiva no parece distar en gran medida de la concepción tradicional de la imprudencia; y el elemento de la infracción al deber objetivo de cuidado, tan criticado por los defensores de esta teoría, no parece haber sido derogado con la introducción de la creación de un riesgo no permitido. Esto, porque los criterios utilizados para la determinación del riesgo según la teoría funcionalista están, en esencia, ya comprendidos en la infracción al deber de cuidado. Las normas jurídicas y de tráfico, el principio de confianza y la figura parámetro diferenciada han sido utilizados con anterioridad para explicar la exigencia de prestación del cuidado debido, por lo que su

reformulación según la teoría de la imputación objetiva poco cambia respecto de la concepción tradicional.

Y los criterios de los deberes de información y omisión, y el juicio de ponderación de beneficios y riesgos no son más que una representación de lo que haría el “hombre medio” y “buen padre de familia”: informarse sobre los riesgos que encarna el ejercicio de una actividad peligrosa, ponderar la utilidad social de la conducta frente a los posibles daños que podrían derivarse de ella y, en caso de no contar con las habilidades necesarias para desempeñarla en forma cuidadosa, abstenerse de ejercer dicha actividad.

Así las cosas, no hay mucha diferencia entre ambos entendimientos de la tipología imprudente. Así lo entienden Hirsch (1988) y Küpper (1990) -citados en Frisch (2009, pág. 356)-, críticos de la teoría de la imputación objetiva, que afirman su innecesidad argumentando que

los instrumentos de la dogmática de la imprudencia, que se derivan ya a partir de la esencia del delito imprudente, alcanzan para resolver los casos para los cuales la teoría de la imputación objetiva recurre a categorías de imputación especiales. No haría falta una especial creación de peligro reprobado; en esa medida, basta el requisito de la contrariedad al cuidado de la conducta. Y también serían innecesarios especiales nexos de realización o del fin de protección; la función de estos requisitos estaría asegurada por el requisito [...] de la relación de antijuridicidad o de contrariedad al deber (Frisch, 2009, pág. 356).

La teoría de la imputación objetiva ha sido además criticada por el doble estadio de imputación que apareja, pues “lleva a anticipar ya como restricciones del tipo, específicas de imputación, la cuestión de la antijuridicidad” (Frisch, 2009, pág. 354); y por la normativización excesiva de los criterios de análisis, que termina por abrir las puertas del Derecho Penal a la inseguridad jurídica. Cadavid Quintero (1999, pág. 74) denuncia que la teoría de la imputación objetiva conduce a la ampliación del ámbito de la responsabilidad penal, mediante lo que considera el “refinamiento de las categorías dogmáticas”, como una suerte de legitimación teórica de la extensión del Derecho Penal.

Por su parte, Armin Kaufmann (1985) aboga por la conservación del elemento subjetivo en la determinación del peligro. En palabras de Frisch (2009, pág. 355), para este autor “la imposibilidad de una apreciación puramente objetiva de la creación del peligro reprobado se deriva [...] del hecho de que, para la cuestión de la admisibilidad o inadmisibilidad de determinado actuar también interesa, de modo decisivo, el conocimiento del actuante”; por lo que es imperioso no dejar de considerar el elemento subjetivo en la determinación del riesgo, y una vez tomado en cuenta lo subjetivo, resulta innecesario volver al análisis objetivo.

Todas las críticas apuntan a la innecesaridad de la aplicación de la teoría de imputación objetiva en materia de imprudentes. Lo cierto es que, en este ámbito, las reflexiones de esta teoría se encuentran en una simbiosis con la concepción tradicional de la infracción al deber, que no resulta del todo clara. Esto se debe, quizá, a que

en la contrariedad al cuidado del actuar está presupuesto el dato de la creación del riesgo reprobado; y en el hecho de que el resultado tenga que deberse precisamente a la contrariedad al deber de la conducta, se oculta a la vez el requisito de que tenga que haberse realizado aquel peligro reprobado en cuya virtud el actuar está prohibido y es contrario al cuidado (Frisch, 2009, pág. 357).

De manera que, siguiendo a Frisch (2009), en el fondo las diferencias entre la concepción tradicional y la teoría de imputación objetiva en materia de imprudencia “se agotan [...] en la denominación de los presupuestos sustanciales” (pág. 357). Esto parece ser cierto también para la Corte Suprema de Justicia colombiana, que utiliza ambas concepciones de la imprudencia de forma indiscriminada, reuniendo conceptos como el deber objetivo de cuidado y los deberes de información y omisión bajo una misma sombrilla:

El deber de cuidado ha sido analizado por la doctrina desde dos aspectos: (a) el deber de cuidado interno, que obliga a advertir la presencia del peligro; y (b) un deber de cuidado externo, que consiste en la carga de comportarse externamente conforme a la norma de cuidado, y que tiene tres manifestaciones: (i) el deber de estar debidamente preparado para realizar acciones peligrosas y en su defecto abstenerse de realizarlas; (ii) el deber de prepararse e informarse previamente a emprender

acciones que puedan resultar peligrosas y; (iii) el deber de actuar prudentemente en situaciones peligrosas (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto AP 2780-2015, 25 de mayo de 2015).

Capítulo III: Conclusiones

Análisis crítico de la imprudencia inconsciente a la luz del principio y concepto unitario de culpabilidad

*Los discursos más transgresores, en sus bases,
esconden un conservadurismo profundo.*

Slavoj Žižek

3. Conclusiones

Luego de analizar las teorías sobre el concepto de culpabilidad que se han prologado a lo largo de la evolución de la teoría analítica del delito, e intentar reunir en un concepto unitario el contenido material de la culpabilidad a partir de los postulados filosóficos que irradian el Estado social y democrático de derecho; y luego de estudiar las perspectivas doctrinarias bajo las que ha sido entendida la figura de la imprudencia, podemos concentrarnos en nuestro objeto de estudio específico: lo que hay o no de culpabilidad en la imprudencia inconsciente, con el propósito de por lo menos asomar la respuesta a la difícil pregunta: ¿en el sistema penal colombiano está justificada la punición de la imprudencia inconsciente?

Debemos partir por reconocer que el tratamiento de la imprudencia inconsciente ha sido un tema recurrente en cada una de las concepciones de la culpabilidad, por las dificultades que aparece su punición. Una mirada panorámica sobre la evolución de la teoría del delito muestra cómo las falencias teóricas para justificar la punición de la imprudencia acabaron siendo un catalizador para la transformación material del concepto de culpabilidad. La inexistencia de una relación psíquica entre el autor y la conducta imprudente fue la “piedra del escándalo” (Zaffaroni, 1981, pág. 416) que propició el abandono de la teoría psicológica de la culpabilidad y su reemplazo por la teoría normativa. Y hoy día, la renormativización de la teoría del delito, impulsada por la escuela funcionalista y la imputación objetiva, ha reconstruido el tipo penal sobre los fundamentos del delito imprudente, trasladando

elementos como la infracción al cuidado y el nexo de antijuridicidad al delito doloso (López Díaz, 1996, pág. 61).

La relación entre culpabilidad e imprudencia es inescindible. La culpabilidad, como principio rector, límite de garantía, categoría dogmática y concepto, busca dar respuesta a la eterna pregunta: ¿por qué castigar?⁵⁸ Pues la pregunta por la culpabilidad es la pregunta misma por la razón de ser del Derecho Penal. Por ende, cuestionar la culpabilidad en los delitos culposos significa poner en duda la legitimidad de su castigo y ofrecer una perspectiva integradora y garantista sobre el tratamiento de los imprudentes; ese es el propósito de estas conclusiones.

Antes de presentar las conclusiones, se hace necesaria una fe de erratas: si bien el objeto de estudio de esta monografía es de forma específica la imprudencia inconsciente, ello no es óbice para que algunas o muchas de las razones presentadas en este acápite, así como en el resto del escrito, resulten aplicables también respecto de la imprudencia consciente o con representación. Ello no implica una transmutación del objeto de estudio, y es solo una consecuencia natural del alcance de las ideas propuestas.

3.1. El concepto unitario de culpabilidad como justificación intrasistémica del Derecho Penal en el Estado social y democrático de derecho

Las estructuras internas del sistema penal desarrolladas por las teorías analíticas del delito sólo son válidas a la luz de las justificaciones externas del *ius puniendi* y del Derecho Penal. Las justificaciones autorreferentes no dicen nada sobre la legitimidad del sistema penal, pues sólo hablan de su integridad lógica y conceptual; y al ser la pena una expresión antinatural y desgarradora de violencia institucionalizada, su aplicación sólo puede justificarse como un mal necesario y útil para los propósitos del Estado moderno de protección de bienes jurídicos, que prevenga los agravios causados por los delitos y minimice la violencia desmedida que

⁵⁸ “La culpabilidad es un tema eterno del Derecho Penal y su principal problema específico: tanto en su existencia y en sus presupuestos como en la constatación de su fundamento y medida está expuesta a dudas que nunca serán despejadas; y ello, no obstante, debe al mismo tiempo servir de soporte y legitimación al Derecho Penal.” (Roxin, 1981, pág. 147).

suponen las penas informales, asegurando con ello el máximo bienestar para los asociados en general y el mínimo malestar necesario para los desviados.

Para el Estado colombiano, que se identifica como un Estado social, constitucional y democrático de derecho, la función de protección de bienes jurídicos se manifiesta en el Derecho Penal a través de la función preventiva de la pena y el principio de la dignidad humana; postulados axiológicos externos que justifican el ejercicio del *ius puniendi*. Por ello, la primera parte de esta monografía intenta reunir un concepto unitario de culpabilidad que, al ser desarrollo directo de las justificaciones externas del Derecho Penal, pueda ser usado para legitimar y -más importante aún- deslegitimar las instituciones del sistema penal, de modo que puedan fijarse límites reales a la autoridad del Estado.

El concepto unitario de culpabilidad puede ser usado como criterio de justificación intrasistémica del Derecho penal, toda vez que la conformidad de una institución con esta noción de la culpabilidad implica asimismo su concordancia con los fines y justificaciones extrasistémicas del sistema penal en su conjunto. Por esta razón, si se quiere dar respuesta al interrogante que orienta esta investigación, la pregunta por la justificación de la pena de los imprudentes inconscientes, el criterio a la luz del cual debe realizarse este juicio de legitimación no puede ser otro que el concepto unitario de la culpabilidad.

Esta tarea de constante revisión de las instituciones penales está encomendada a la dogmática penal, a la que, por ser una fuente de Derecho ajena al monopolio del poder público y el *ius puniendi*, le corresponde la función de vigilar celosamente el respeto de las garantías y principios de los sistemas penales democráticos. La legitimidad de las instituciones penales no debe darse por sentado o asumirse en forma acrítica como algo natural que no necesita ser justificado, pues la violencia institucionalizada ejercida a través de la pena es tan costosa socialmente que sólo se la puede considerar legítima cuando se aplica como *ultima ratio* y bajo estrictos criterios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad.

3.2. El contenido material de la culpabilidad en el Estado social y democrático de derecho

Tradicionalmente se ha pensado la concepción normativa de la culpabilidad como una separación tajante de los elementos subjetivos y psicológicos que otrora la conformaron; pero lo cierto es que entender la culpabilidad como reproche por la exigibilidad de una conducta conforme a derecho implica la necesaria aceptación de un elemento de base subjetiva: la asequibilidad normativa.

En este sentido, la idea de la culpabilidad entendida como reproche no renuncia a su aspecto subjetivo, por el contrario, lo acentúa; ya no como un vínculo psicológico entre autor y acto, sino como la facultad de ser motivado por el sistema de valores de las normas jurídicas y dirigir las conductas propias desplegadas en el mundo sensible conforme a ese entendimiento, como un ejercicio innegable de libertad de voluntad. La asequibilidad normativa dimana directamente de los fines asignados al Derecho Penal en el Estado social y democrático de derecho, y en virtud de los cuales se justifica su existencia; y tiene tres premisas conceptuales indispensables: la libertad, la voluntad y la dignidad humana.

La libertad humana es una premisa extrasistémica del Derecho Penal, en tanto presupone la facultad de asequibilidad normativa que justifica política y filosóficamente la imposición de la pena; pero también es una premisa de legitimación intrasistémica porque constituye un presupuesto de la eficacia del sistema penal, toda vez que las normas penales sólo pueden ejercer su fuerza motivadora e intimidatoria frente a hombres libres para escoger entre obedecer o desobedecer el Derecho. En otras palabras, sólo puede ser disuadido de cometer un delito quien esté en condiciones de libertad y autodeterminación suficientes para cometerlo; de modo que quien no actúa en ejercicio de su libertad, es inaccesible normativamente para el Derecho Penal y, por ende, no puede servir a sus propósitos de prevención general negativa.

3.3. La ausencia de imputación subjetiva en la imprudencia: problemas de fundamentación de la punibilidad y determinación del ámbito de lo punible

El concepto unitario de culpabilidad presupone la facultad de asequibilidad normativa de los individuos como base del juicio de reproche, y la asequibilidad normativa implica, a su vez, la existencia de una relación subjetiva en el injusto: una relación directa de causación o determinación entre la voluntad del autor y el resultado antijurídico, indicativa de la pertenencia de dicho resultado al sujeto como consecuencia de su intervención en el mundo, en virtud de la cual es posible atribuirle responsabilidad penal por el daño ocasionado con el delito cometido. Sin embargo, el tipo imprudente no satisface la exigencia de la relación de imputación subjetiva, pues presenta problemas de fundamentación de la punibilidad en su versión inconsciente y problemas de determinación del ámbito de lo punible en su versión consciente.

En la imprudencia inconsciente o sin representación no hay relación subjetiva porque faltan los componentes volitivo y cognoscitivo del injusto. El volitivo, porque la conducta imprudente no va dirigida por la finalidad de producir el daño al bien jurídico; es decir, no se configura una relación de causación directa entre la conducta violatoria del deber objetivo de cuidado y el resultado antijurídico. Y hace falta el componente cognoscitivo porque el agente no alcanza a prever la ocurrencia del resultado y, en consecuencia, no le es posible modificar su conducta en aras de evitar su producción. La ausencia de ambos elementos y, por ende, de la relación subjetiva, impide que se forme la asequibilidad normativa en el sujeto, anulando la culpabilidad en la imprudencia inconsciente; toda vez que si el sujeto no se representa como posible la producción del resultado -que, además, no quiere-, no tiene la posibilidad de adecuar su conducta conforme a Derecho para evitar que se cause y, por ende, no se puede fundamentar el juicio de reproche de la culpabilidad si al agente no le era exigible una conducta distinta.

Por su parte, la imprudencia consciente presenta problemas de determinación del ámbito de lo punible, que, pese a no ser el objeto central de esta monografía, vale la pena señalar brevemente porque ponen de presente otra de las grandes falencias del tipo imprudente. En la imprudencia consciente la relación subjetiva sí existe, pero es muy débil; porque si bien hay un componente cognoscitivo, representado por la previsión que hace el sujeto de la

posibilidad de ocurrencia del resultado, hace falta por completo el componente volitivo. La fragilidad de esta relación subjetiva se ve exacerbada en los casos de total indeterminación *ex ante* del deber objetivo de cuidado o el riesgo no permitido por la norma, pues también se anula la asequibilidad normativa del agente, suprimiendo la culpabilidad.

En sí mismo, el elemento del deber objetivo de cuidado adolece de una indeterminación pasmosa, pues obliga a la siempre indeseable remisión a normas extrapenales para su determinación, vulnerando de entrada el principio de estricta legalidad de la ley penal y la prohibición de los tipos penales en blanco. Pero, además, en ausencia de normas jurídicas o técnicas que determinen el cuidado debido, se hace necesario acudir a criterios extrajurídicos, albergados quizá en la difusa conciencia colectiva, como la fórmula del hombre medio o el principio de confianza. Lo mismo sucede con el elemento del riesgo jurídicamente desaprobado bajo la teoría de la imputación objetiva, pues pese a introducir criterios limitantes como el fin de protección de la norma, su configuración no escapa a las remisiones a conceptos difusos y gaseosos como la figura parámetro diferenciada, los deberes de información y omisión, y la ponderación de riesgos y beneficios.

En estos casos, en los que debe acudirse a criterios extrajurídicos para determinar el deber de cuidado o la regla de distribución de riesgos en actividades peligrosas, es virtualmente imposible determinarlo *ex ante*, pues sólo después de cometida la conducta puede comparársela con la conducta hipotética de un hombre prudente, o sometérsela a un juicio de valoración que determine cuál era la conducta prudente que debía realizar el agente. En consecuencia, el deber de cuidado apenas viene a ser concretado *ex post* mediante la decisión judicial; con lo que se anula por completo la capacidad de asequibilidad normativa del agente, pues no se le puede exigir que acate un deber de cuidado que no había sido determinado, ergo, no existía al momento de realizar la conducta.

Como vemos, tanto la imprudencia consciente como la inconsciente padecen problemas de base que resquebrajan la relación subjetiva que indica la pertenencia del resultado lesivo al autor que lo produce, eliminando así el fundamento del reproche de culpabilidad, pues éste se cimenta sobre la facultad de asequibilidad normativa, como capacidad individual del sujeto que necesariamente presupone su estado de libertad y voluntad para actuar conforme al derecho o en contravía de éste.

3.4. La necesidad del castigo de los imprudentes y las justificaciones ofrecidas

En la imprudencia inconsciente -y en ciertos casos, también en la imprudencia consciente- no es legítimo formular un juicio de reproche de la culpabilidad construida bajo el Estado social y democrático de derecho como justificación intrasistémica del sistema penal; pues la ausencia de relación de imputación subjetiva niega la asequibilidad normativa. La inexistencia de esta facultad también implica que los imprudentes no son motivados por la norma penal y no pueden adecuar su conducta conforme a ella, ya sea porque no prevén la producción del daño (de forma general en la imprudencia inconsciente) o porque el deber objetivo de cuidado no está determinado *ex ante* (en algunos casos en la imprudencia consciente e inconsciente).

Así las cosas, es claro que la punición de la imprudencia no satisface el fin de prevención general negativa, en tanto no consigue intimidar al sujeto con la amenaza de pena y disuadirlo de la comisión de la conducta punible; despojándola de su justificación extrasistémica. Entonces es obligatorio preguntarnos ¿cuál es el propósito del castigo de los imprudentes en el sistema penal?, y ¿es posible y deseable tal castigo a la luz de los presupuestos filosóficos y políticos que fungen como justificaciones extrasistémicas del sistema penal, en concreto, de la protección de bienes jurídicos de los asociados?

Para responder a esta pregunta es pertinente la referencia al panorama actual del Derecho Penal, que González y Muñoz (2020, pág. 198) denominan como “siniestro”, y que parece ser “la conjugación de conceptos como la sociedad del riesgo con un funcionalismo que le asigna al derecho penal la tarea de proteger la estabilidad del sistema y que admite la existencia de no-personas”, abandonando por demás el concepto de bien jurídico para reemplazarlo con el de riesgo protegido por la norma. En el sistema penal funcionalista no se admite la existencia de la libertad de voluntad como precursor necesario de la asequibilidad normativa, por lo que el concepto de culpabilidad es una regla intrasistémica que sólo existe como criterio selector de punibilidad para distribuir las cargas sociales derivadas de la materialización de los riesgos, en desarrollo del fin de prevención general positiva de la pena como mecanismo de restablecimiento de la vigencia del ordenamiento jurídico.

No es dable otorgar al sistema penal un fin de prevención general positiva bajo el modelo de Estado social y democrático de derecho, pues entender la pena como un instrumento de protección del orden y fidelidad al derecho implica la instrumentalización del ser humano, contrariando el principio de dignidad humana, que entiende al hombre como un fin en sí mismo. Sin embargo, aún si en gracia de discusión se admitiera que ésta es un fin válido de la pena, a tono con los funcionalistas, tampoco podría justificarse satisfactoriamente la punición de los imprudentes porque las razones ofrecidas no superan un análisis de proporcionalidad.

Si bien castigar penalmente a un sujeto imprudente puede ser una medida idónea para reestablecer la vigencia normativa y restaurar la fe en el ordenamiento jurídico, esta medida no supera el juicio de proporcionalidad y necesidad: no es necesaria porque no resiste la exigencia de *última ratio* que impone el principio de intervención mínima derivado del utilitarismo minimizador de Ferrajoli; y no es proporcional, porque la pena es una respuesta exagerada al daño que causa la conducta imprudente, al existir otras formas de resarcir el daño causado o prevenir que el sujeto imprudente cause nuevos daños.

Si las conductas imprudentes se producen, por su naturaleza, en el ejercicio de actividades peligrosas, la forma más efectiva y menos gravosa socialmente de prevenir resultados lesivos es administrando los riesgos dentro de la misma actividad; y una vez cometida la conducta, mediante la aplicación de medidas de sanción administrativa como, por ej., remover la licencia de conducción de un conductor imprudente, o prohibir el ejercicio de la profesión a un médico o ingeniero imprudente.

Con todo, la sola consideración del derecho penal como un instrumento para la distribución de los riesgos derivados de las actividades peligrosas en las sociedades modernas está desprovista de todo asomo de legitimidad filosófica, pues excede los límites del sistema jurídico penal como *última ratio*. Especialmente teniendo en cuenta que las actividades peligrosas de las que se ocupa el derecho penal (el tránsito vehicular, el ejercicio de la profesión médica, las actividades industriales) crean riesgos socialmente aprobados en términos generales, pues son necesarios para el normal funcionamiento de la sociedad. A diferencia de las actividades que dan lugar a conductas típicas dolosas, las cuales son socialmente reprobadas, por llevar ínsita una finalidad inequívoca dirigida hacia la lesión de

bienes jurídicos. La grotesca diferencia entre ambos tipos de actividades deja en evidencia la absurda disparidad existente entre el tratamiento de las conductas dolosas y las imprudentes; pues si bien ambas desembocan en resultados lesivos, vistas desde los riesgos que crean o aumentan, muestran dos panoramas muy diferentes de la criminalidad; por lo que sorprende que ambos fenómenos reciban el mismo tratamiento punitivo, con sólo diferencias en el quantum de las penas.

El único fin válido de la pena en un modelo estatal de derecho y democrático es el fin de prevención general negativa, pues es el que mejor desarrolla el principio de maximización del goce de los bienes jurídicos, salvaguardando las garantías esenciales de principio de estricta legalidad, el principio de materialidad de los delitos y el principio de culpabilidad y responsabilidad personal, y cerrando las puertas a los proyectos expansionistas de derecho penal máximo. Frente al panorama siniestro de la sociedad de riesgos funcionalista, el modelo de responsabilidad subjetiva es un límite frente al abuso del *ius puniendi* y la expansión de las fronteras del Derecho Penal.

3.5. Una propuesta de despenalización

Finalmente, se hace necesario enfatizar en el ejercicio del *ius puniendi* bajo el principio de intervención mínima, de manera que el Derecho Penal sólo intervenga en los casos de ataques a bienes jurídicos muy importantes, y siempre como instrumento subsidiario a otros medios jurídicos menos gravosos, como la responsabilidad civil y los regímenes de sanciones administrativas y disciplinarias. De lo contrario, el ejercicio de las actividades peligrosas necesarias para el funcionamiento de la sociedad resultaría demasiado costoso en términos jurídicos y sociales, conllevando irremediablemente a la paralización de la vida social.

En últimas, el Derecho Penal es un instrumento jurídico y político muy oneroso, que debe su existencia al único propósito de mantener la convivencia social y el orden justo mediante la prevención de los ataques más graves a los bienes jurídicos fundamentales. Es por ello que concentra su campo de acción sobre un número limitado de conductas especiales, que resultan tan costosas socialmente -ya sea por la gravedad de la acción misma o de su resultado- que precisan un tratamiento más severo que el que pueden ofrecer los medios

jurídicos comunes. El carácter especial del Derecho Penal como *ultima ratio* es el primer faro que guía el camino de su ejercicio, por lo que no puede reducirse su labor al enjuiciamiento de todo tipo de daños, como si de Derecho Civil se tratase.

No obstante, las doctrinas y Estados continúan empeñados en el afán de castigar la imprudencia inconsciente, ignorando por completo la posibilidad de lograr una solución a la lesión imprudente de bienes jurídicos, que tanto daño supone para la convivencia en sociedad, en otros ámbitos del derecho que permitan sancionar las conductas descuidadas y negligentes de forma más expedita y menos gravosa para la libertad, dignidad y demás derechos de quienes sufren la desgracia del sistema penal. En este aspecto, es imposible no convenir con Salazar Marín cuando afirma que “un daño sin culpabilidad lo restablece el derecho civil, pero una pena sin culpabilidad no tiene reparación” (Salazar Marín, 2016, pág. 119).

En especial, teniendo en cuenta las tasas de criminalidad del contexto colombiano, altamente permeadas por el conflicto armado, debemos cuestionar si los escasos recursos del aparato judicial no deberían ser mejor redireccionados para la judicialización de los delitos que conforman el grueso de la criminalidad colombiana: los homicidios y lesiones personales dolosas, derivadas o relacionadas con el conflicto armado.

Referencias bibliográficas

- Agudelo Betancur, N. (2011). *Curso de Derecho Penal. Esquemas del delito* (Cuarta ed.). Medellín: Ediciones Nuevo Foro.
- Bacigalupo, E. (1999). *Principios constitucionales de Derecho Penal*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Badillo Lizarralde, O., León Sánchez, L., Villegas, J. D., & Duque, J. (enero - junio de 2016). Estado Social y Constitucional de Derecho en Colombia: democracia constitucional, soberanía popular y nuevos derechos. *Revista Pluriverso* (6), 15-22.
- Bastidas Mora, P. (2009). El modelo constitucional del Estado Social y democrático de derecho, sus desafíos y la constitucionalización del proceso. *Via Iuris, Julio - Diciembre*(7), 45-59. doi:ISSN 1909-5759
- Buitrago Cubides, J. R., & Norza Céspedes, E. (2016). Registros de la criminalidad en Colombia y actividad operativa de la Policía Nacional durante el 2015. *Revista Criminalidad*, 58(2), 9-20.
- Bustos Ramírez, J., & Hormazábal Malarée, H. (2006). *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*. Madrid: Trotta.
- Cadavid Quintero, A. (1999). El delito imprudente en el proyecto de reforma a la legislación penal. *Nuevo Foro Penal* (61), 57-87.
- Código Penal. (24 de julio de 2000). Ley 599 de 2000, Por la cual se expide el Código Penal. Colombia: Diario Oficial No. 44097.
- Corte Constitucional. (8 de junio de 1992). *Sentencia T-409 de 1992*. M.P. Alejandro Martínez Caballero, Colombia.
- Corte Constitucional. (24 de noviembre de 1993). *Sentencia C-542 de 1993*. M.P. Jorge Arango Mejía, Colombia.
- Corte Constitucional. (17 de octubre de 2002). *Sentencia T-881 de 2002*. M.P. Eduardo Montealegre Lynett, Colombia.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (21 de febrero de 2018). *Sentencia SP 319-2018*. M.P. Eugenio Fernández Carlier, Rad. N° 46675.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (25 de mayo de 2015). *Auto AP 2780-2015*. M.P. José Leonidas Bustos Ramírez, Rad. N° 45329.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (26 de agosto de 2015). *Sentencia SP 11228-2015*. M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández, Rad. N° 44886.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (28 de septiembre de 2011). *Sentencia N° 34317*. M.P. Fernando Alberto Castro Caballero.

- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (29 de noviembre de 2017). *Sentencia SP 20108-207*. M.P. Patricia Salazar Cuéllar, Rad. N° 50433.
- Fernández Carrasquilla, J. (1982). Hacia una dogmática penal sin culpabilidad. *Nuevo Foro Penal*, 12(16), 954-970.
- Fernández Carrasquilla, J. (2011). *Derecho penal. Parte general*. Grupo Editorial Ibáñez.
- Fernández Carrasquilla, J. (2013). No hay culpabilidad sin libertad. En J. A. Gómez, & U. d. Cauca (Ed.), *Nuevas perspectivas del Derecho Pena. Homenaje a Luis Carlos Pérez* (págs. 49-74). Grupo Editorial Ibáñez.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.
- Frisch, W. (2009). Lo fascinante, lo acertado y lo problemático de la teoría de la imputación objetiva del resultado. En M. Sancinetti (comp.), *Causalidad, riesgo e imputación. 100 años de contribuciones críticas sobre imputación objetiva y subjetiva*. (pág. 696). Buenos Aires: Hammurabi.
- Gimbernat Ordeig, E. (1971). *¿Tiene un futuro la dogmática jurídico penal?* Recuperado el 3 de agosto de 2019, de Université de Fribourg: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080521_84.pdf
- González Lagier, D. (2003). La estructura de la acción humana. *Nuevo Foro Penal*(65), 15-45.
- González Zapata, J., & Muñoz Tejada, J. A. (2020). *Introducción al Derecho Penal*. Medellín: Editorial Universidad de Antioquia.
- Hormazábal Malarée, H. (2009). Injusto y culpabilidad en el pensamiento de Juan Bustos Ramírez. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, LXII, 5-50.
- Jakobs, G. (1997). *Estudios de derecho penal*. (E. Peñaranda Ramos, C. J. Suárez González, & M. Cancio Meliá, Trads.) Madrid: Civitas.
- Jescheck, H.-H., & Weigend, T. (2002). *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. (M. Olmedo Cardenete, Trad.) Granada, España: Comares.
- Kaufmann, A. (abril - junio de 1975). Sobre el estado de la doctrina del injusto personal. *Nuevo pensamiento penal*, 4 (6), 159-181.
- López Díaz, C. (1996). *Introducción a la imputación objetiva*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Mir Puig, S. (1982). *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho* (Segunda ed.). Barcelona: BOSCH. doi:ISBN: 84-7162-881-3
- Mir Puig, S. (2003). *Introducción a las bases del derecho penal. Concepto y método* (2 ed.). (J. C. Faira, Ed.) Buenos Aires, Argentina: B de F Ltda.
- Mir Puig, S. (2015). *Derecho Penal. Parte General* (10 ed.). Barcelona: Reppertor.

- Muñoz Conde, F., & García Arán, M. (2010). *Derecho Penal. Parte general*. (8 ed.). Valencia: Tirant lo blanch.
- Pérez Manzano, M. (1986). *Culpabilidad y prevención: Las teorías de la prevención general positiva*. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid.
- Prieto Sanchís, L. (2003). Una perspectiva normativa sobre el bien jurídico. *Nuevo Foro Penal*, 46-93.
- Roxin, C. (1981). *Culpabilidad y prevención en derecho penal*. Madrid: Instituto Editorial Reus.
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos: La estructura de la teoría del delito* (Primera ed.). (D.-M. Luzón Peña, M. D. García Conlledo, & J. De Vicente Remesal, Trads.) Madrid: Civitas. doi:ISBN: 84-470-0960-2
- Roxin, C. (2013). *La imputación objetiva en el Derecho Penal* (Segunda ed.). Perú: Grijley.
- Roxin, C. (2017). La asequibilidad normativa como criterio. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, LXX* (Fascículo 1), 9-26. doi:ISSN: 0210-3001
- Salazar Marín, M. (2016). *Acción e imputación. Principio y concepto de culpabilidad. Escuela dialéctica del derecho penal*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- Schaffstein, F. (2009). Disvalor de acción, disvalor de resultado y justificación de los delitos imprudentes. En M. Sancinetti (comp.), *Casualidad, riesgo e imputación. 100 años de contribuciones críticas sobre imputación objetiva y subjetiva*. (pág. 696). Buenos Aires: Hammurabi.
- Schünemann, B. (1999). Nuevas tendencias en el concepto jurídico penal de culpabilidad. *Revista de Política Criminal y Ciencias Penales*(número especial 1).
- Schünemann, B. (2000). La culpabilidad: estado de la cuestión. En C. Roxin, G. Jakobs, B. Schünemann, W. Frisch, & M. Köhler, *Sobre el estado de la teoría del delito (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra)* (págs. 91-128). Madrid: Civitas.
- Tamayo Arboleda, F. L., & Norza Céspedes, E. (2018). Midiendo el crimen: cifras de criminalidad y operatividad policial en Colombia, año 2017. *Revista Criminalidad*, 60(3), 49-71.
- Terradillos Basoco, J. M. (2002). *La culpabilidad*. México D.F.: Indepac Editorial.
- Velásquez Velásquez, F. (1993). *La culpabilidad y el principio de culpabilidad*. Recuperado el 10 de julio de 2019, de Université de Fribourg: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080521_84.pdf
- Velásquez, F. (1997). *Derecho Penal. Parte general*. Bogotá: Temis.

- Welzel, H. (2004). *El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista (Das neue Bild des Strafrechtssystems - 1961)* (Segunda reimpresión de la 1a ed. en castellano ed.). (J. C. Mir, Trad.) Buenos Aires: B de F.
- Zaffaroni, E. (1981). *Tratado de derecho penal. Parte general. Tomo III*. Buenos Aires: Ediar.
- Zaffaroni, E., Alagia, A., & Slokar, A. (2002). *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Ediar.