

La culpa desde la teoría sintética de la acción penal y su fundamentación en la justicia restaurativa

The guilt from the synthetic theory of criminal action and its foundation in the restaurative justice

Bernardo Carreño Gómez¹
<https://doi.org/10.22518/vis.v0i00.1175>

RECIBIDO: 26/02/2019

ACEPTADO: 16/05/2019

Resumen

Una de las categorías jurídicas penales de mayor complejidad en su articulación dogmática ha sido la de la culpa. No se puede afirmar con absoluta certeza, *verbi gratia*, si la ley de las XII tablas castigaba el homicidio culposo, o si la Aquiliana ungió únicamente la responsabilidad civil o criminal también; pero si se puede saber que el emperador Adriano promulgó un rescripto sobre el cuasidelito de homicidio, castigándolo, por extraordinaria *cognitio*, a una pena menor que la del culposo. Sin embargo, para definirla actualmente devino históricamente el trabajo exiguo de connotados juristas iniciando por los clásicos especialmente Carrara, hasta llegar a Ferrajoli (2004) con su tesis de que en la culpa existe voluntariedad en la acción, pero no de resultado, hasta finalizar con Carreño (2017), quien sostiene que la culpa es el conocimiento y aplicación errada de las competencias y funciones sistémicas como garante de Derechos Humanos.

Palabras clave: culpa, deber de cuidado, competencias, funciones sistémicas y garante de Derechos Humanos.

Abstract

One of the most complex criminal legal categories in its dogmatic articulation has been that of guilt. It cannot be affirmed with absolute certainty, *verbigratia*, if the law of the XII tables punished the wrongful death, or if the Aquilian anointed only the civil or criminal responsibility as well; but if it is possible to know that the emperor Adriano promulgated a rescript on the quasi-homicide, punishing him, for extraordinary *cognition*, to a penalty less than that of the guilty. However, to define it now historically became the meager work of renowned jurists starting with the classics especially Carrara, until arriving at Ferrajoli (2004) with his thesis that in the fault there is voluntariness in the action, but not of result until ending with Carreño (2017), who argues that the fault is the knowledge and misapplication of the competencies and systemic functions as guarantor of Human Rights.

Keywords: guilt, duty of care, competences, systemic functions and guarantor of Human Rights.

¹ Abogado y licenciado en Filosofía y Ciencias Religiosas. Especialista en Derecho Penal y Derechos Humanos. Magister en Derecho. PhD. en Derecho Internacional. Posdoctor en DD.HH. y Democracia.
bernardocarrenogomez@yahoo.es

INTRODUCCIÓN: DE LA CULPA, UNA VISIÓN GENERAL

La elaboración cognitiva acerca de la culpa representa una de las más procelosas historias de articulación epistemológica, en materia jurídica. En algunas ocasiones no se poseyó una noción meridana sobre ellas; otras, su transcendencia *iures*, se hacía sinuosa por los mismos legisladores que no la comprendieron en su preteridad y en otras se le entendía como un instituto vacuo. Ello fue, *per se*, corrigiéndose a medida que el Derecho Penal se fue articulando como una ciencia. Así, sin ambigüedades, se puede encontrar en los primeros escritos que desembarazaron los clásicos: en Carrara la culpa es definida como la “voluntaria omisión de diligencia en calcular las consecuencias posibles y previsibles del propio hecho”. Anotó cómo ella se sostiene sobre: 1. La voluntariedad del acto. 2. La frustrada previsión del efecto nocivo. 3. La posibilidad de prever.

Se observa en ellos –los clásicos– en dar un contenido jurídico a esta actual categoría dogmática, que había transitado ortodoxamente por un casuismo empoderado, que trajo como consecuencia los efectos mencionados: la inclaridad del contenido gnoseológico.

Pajaveau (2010, p.139), en términos generales nos explica cómo Feuerbach, así como en Carrara, hubo una distinción entre una dimensión objetiva y subjetiva del delito, así:

Tanto Feuerbach como Carrara distinguieron en el delito un componente objetivo y otro subjetivo: el primero caracterizaba al injusto como afrenta de derechos y el segundo a la culpabilidad como reproche. Es más, en Italia el esquema objetivo-subjetivo todavía hoy permanece, tal vez por la fuerza de su llamada Escuela Clásica, donde se aceptó que el hombre goza de una vida orgánica y espiritual, como su dimensión humana, de allí que el axioma delito como “ente jurídico” debía ser desarrollado a partir de “dos fuerzas concurrentes, física y moral”. (Pavajeau, 2010, p.139).

Sin embargo, el autor citado, no precisa con mayor rigor científico que para esta época la culpabilidad aún no quedaba como simple reproche, sino que estaba conformada a partir de la culpa, dolo y preterintención.

Ulteriormente se discurrió sobre la observancia de la naturaleza jurídica de la culpa y se plantearon varias teorías que de una u otra manera elaboraron la epistemología sobre la materia. Entre las más destacadas se tienen:

1. Teorías objetivas: que fundamentan su posición epistémica en realidades externas de la *psique* humana, y aparece correlacionado con normativas policiales y disciplinarias (Placencia, 2004, p.122). Dentro de ellas se estructuran (Placencia, 2004, pp.122-123): la teoría de los medios antijurídicos, teoría de la acción contraria a la policía y a la disciplina.
2. Teorías subjetivas: requieren el elemento positivo de haber querido, la conducta descuidada y del peligro que ella entraña ya de manera consciente o inconsciente, y un elemento negativo que se contrae a la no voluntad del sujeto activo de la *actio criminis* de cometer el delito (Placencia, 2004, p.125).

Es así, como se puede derivar de las anteriores teorías una ramificación teórica que puede definirse de la siguiente manera:

3. Teoría de la prevenibilidad
Su pilar se articula en la siguiente cuestión: hay culpa cuando se omite voluntariamente la diligencia necesaria para prever y prevenir un resultado penalmente antijurídico posible, previsible y prevenible. Brusa (1884) planteó esta tesis.
4. Teoría de la previsibilidad
Carrara formularía esta tesis de la siguiente manera, tal y como se expuso anteladamente: culpa es la voluntaria omisión de diligencia en calcular las consecuencias posibles y previsibles del propio hecho. Fue un planteo que prohijó Bettiol (1986).
5. Teoría de la violación del deber de atención
Feurbach (Altavilla, 2005, p.125) planteó por primera vez esta hipótesis demostrada al afirmar que ella se fundamentaba en el incumplimiento del deber de atención exigible a todo ciudadano cuando pone en ejecución actividades peligrosas de las cuales puede ocasionar un daño o lesión a derechos ajenos (Altavilla, 2005, p.125).
6. Teoría Finalista
Para Welzel (1956), y sus epígonos, la culpa se sedimenta sobre una omisión del cuidado objetivo requerido para evitar el resultado lesivo de los bienes jurídicamente tutelados. Cuando se aprecia en cada caso concreto, si se observó el cuidado requerido, debe tenerse en cuenta de

una parte la previsibilidad objetiva de los procesos causales, y de la otra el principio fundamental de la confianza, según el cual cada uno de los sujetos que realiza una actividad riesgosa tiene derecho a confiar en que las otras observarán las debidas precauciones, las adecuadas reglas de conducta, mientras no aparezca manifiestamente lo contrario (Fernández, 1989, T.II, p.272).

Sintéticamente abordadas estas referencias teóricas, se hace imprescindible avocar cognitivamente una noción particular, especialmente brindada por Alfons Reyes Echandía (Reyes, 1982, p.12): ella, la culpa, es una reprochable actitud consciente de la voluntad que genera la articulación del injusto típico por violar u omitir el deber objetivo de cuidado exigible a tono con las condiciones personales y circunstancias factuales. De allí se infiere que la culpa posee elementos subjetivos, objetivos y normativos que conllevan la exigencia axiológica y deontológica del existente en devenir.

Ahora bien, actualmente se puede afirmar con Zaffaroni que:

En el tipo culposo el fin no cuenta por sí mismo (aunque resulta esencial para saber cuál es el deber de cuidado infringido) porque la prohibición se funda en que, la selección mental de los medios viola un deber de cuidado, y la cadena causal termina en un resultado que, de no haberse violado el deber de cuidado, no se hubiera producido. (Zaffaroni, 1982, p.428)

Sin embargo, el delito imprudente se encuentra reelaborado dentro del marco del riesgo permitido, que de condición exclusiva del delito imprudente pasó a ser un elemento fundamental del delito doloso (Garrido Montt, 2011, p.30).

Teorías funcionalistas: Jakobs y Roxin

Vives (1996, p.435), reconoce dos tipos de funcionalismo: funcionalismo teleológico y funcionalismo estratégico. El primero, que conduce a los mismos resultados en lo que en sociología se ha denominado funcionalismo estructural; el segundo, que es el denominado funcionalismo sistémico. Simplemente, se observa como lo sostiene Vives (1996, p.435) que es común a todas las tendencias funcionalistas “contemplar la función de la norma”, y las categorías jurídico-penales desde la norma.

Actualmente, se sostiene que la imprudencia es básicamente un supuesto básico de error de tipo, sostenida desde antaño por Liszt y en la actualidad representada por Jakobs (Bacigalupo, 1997, p.243). Al estudiar Jakobs el ámbito de la imprudencia consciente, establece cómo se convierte en un asunto problemático: “Se trata de una representación que no va acompañada de referencia a la realidad adquirida por propia experiencia... La ausencia de conocimiento acerca del potencial del hecho es una característica de toda imprudencia, sea consciente o inconsciente” (Jakobs, 1997, pp.170-171).

Roxin (1997, p.997) expone cómo la concepción moderna de la imprudencia ha manifestado, cómo ella se constituye en un problema de tipo y puede estar justificada o exculpada. Igualmente, sostiene que para “constatar la realización imprudente de un tipo no se precisa de criterios que se extiendan más allá de la teoría de la imputación objetiva” (Roxin, 1997, p.1001).

TEORÍA SINTÉTICA DE LA ACCIÓN PENAL Y SU FUNDAMENTACIÓN EN LA JUSTICIA RESTAURATIVA (CARREÑO, 2017)

Antes de proceder a adentrarnos al tema de la Teoría Sintética de la Acción Penal y su fundamentación en la Justicia Restaurativa, se hace necesario realizar algunas consideraciones epistémicas en derredor, básicamente, de dos categorías: la culpa y la imputación objetiva. Como corolario de lo anterior, se esbozará cómo la culpa dentro de la presente teoría posee unas características religadas a contextos de garantistas de los Derechos Humanos en función de resoluciones a problemas suscitados en el diario devenir de la existencia humana.

Elementos de la Culpa

Subjetivos

De lo expuesto se infiere que aparece el elemento cognitivo que lleva al conocimiento de la antijuridicidad, en los términos de que la conducta del sujeto viola el deber de cuidado. Ese conocimiento se determina a través de la previsibilidad del resultado típico –es antelado y potencial–. El volitivo posee una conformación más parecida a la del dolo, en virtud de que en la culpa se significa en la libre aceptación de la conducta que se conoce como violatoria del deber de cuidado o, en otros términos, previsiblemente vulneratoria del bien jurídico (Creus, 1988, p.212) y, en últimas, del riesgo permitido.

Objetivos

Es importante señalar cómo la violación al deber de cuidado, tal como se expondrá, forma parte de esta construcción conceptual de la culpa, tanto en cuanto sin la existencia de él, es apodíctico, no puede estructurarse tal noción.

Normativos

Dentro de la culpa existe una ligera apreciación consciente –en la culpa consciente– de ejercitar el quebrantamiento del deber de cuidado, perteneciente a la dimensión de lo axiológico (Jiménez, 1963, pp.400, 419, 421).

Diferencias entre dolo eventual y culpa con representación

El dolo eventual se presenta como lo predica Welzel, cuando el sujeto activo del injusto se representa la posibilidad de un resultado que no desea, pero cuya producción consciente, como *ultima ratio*, y corre el riesgo de causar y realizar esa posibilidad bajo el entendido de conseguir la finalidad que desea (Welzel, 1956, p.75), o, en otros términos, quiere el hecho incondicionalmente también para el caso de que se presenten como posibles consecuencias penales secundarias (Welzel, 1956, p.75). Es, por ejemplo, el caso citado por Welzel, al explicar fenomenológica y gnoseológicamente la diferenciación entre dolo directo y eventual: si el autor sabe, al incendiar una cosa, que la mujer perderá la vida con seguridad, entonces actúa con dolo directo (aquí existe voluntad de concreción de consecuencias secundarias que se producen con seguridad). Si solo cree posible la muerte de la mujer, pero quiere realizar el incendio, también en ese caso obra con dolo, pero eventual.

Existe clasificatoriamente la culpa consciente (con representación) y la inconsciente, y es a partir del carácter asumido por la previsibilidad como se distinguen. En la culpa con representación –la que nos interesa en estos momentos– el autor ha previsto la posible concreción del resultado típico a consecuencia de su acción mixtificadora del deber de cuidado y riesgo permitido, pero lo encara confiando que no se producirá ese resultado, es decir, piensa y desea que el curso causal no se desarrollará hasta alcanzarlo, bien sea porque interpondrá proponiéndose una actividad que lo evite, por considerar que las circunstancias, en que la acción se lleva a cabo, impedirán su realización (Creus, 1988, p.213). Es decir, en esta se rechaza el resultado antijurídico como posible; en el “*dolus eventualis*” no solo se prevé el

resultado sino que se asume, es decir, existe una aceptación del resultado como propio (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, sentencia noviembre 25 de 1987).

El dolo eventual, que la doctrina ha considerado como especie del denominado dolo indirecto, se presenta en un plano limítrofe en la culpa con previsión, tanto cuanto en ambos el agente prevé un resultado lesivo como consecuencia de su conducta sin que su intención esté encaminada en forma directa a procurarlo. En la culpa con previsión el agente espera evitar el resultado, o por lo menos confía en que no se producirá; quien obra con dolo eventual le es indiferente que el resultado se produzca o no; “mejor aún, asume el riesgo de que haya un resultado lesivo que él ya sabe cuál puede ser” (Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2002, p.123).

Gracias a los esfuerzos del finalismo, la diferencia está satisfactoriamente establecida. Fernández Carrasquilla manifiesta:

Así frente a los efectos concomitantes posibles o probables habrá dolo eventual si el sujeto habiéndolo previsto no hizo algo contundente y objetivo para evitarlos; en otros términos, no manifestó con relación a ella una voluntad evitativa, sino, *contrario sensu*, causativa. En la culpa con representación o consciente, ante la previsión de las consecuencias accesorias de la acción, el sujeto no se limitó a la esperanza, sino que su actitud se tradujo en la confianza de que no sobrevinieron, porque hizo lo que era posible en forma seria y objetiva por evitarlos, produciéndose los resultados típicos solamente por imprudencia –infracción del cuidado objetivo y riesgo permitido– en el manejo de los medios. (Fernández, 1989, p.263).

Noción de la violación del deber jurídico de cuidado

El Derecho Penal ha tenido siempre, como fundamento próximo, violación a deberes ya de razón jurídica para social. Es un debate eminentemente epistémico donde muchos vinculan la teoría de los derechos con la teoría de los deberes: Feuerbach y Rossi buscan la esencia de la culpa en la infracción de esos deberes.

El deber del cual nos hacemos cargo no es uno de índole moral o de comportamiento, sino que es un deber jurídico, ya que emana de un ordenamiento jurídico y se impone por normas jurídicas. Ya lo recordaba Javier Tamayo Jaramillo (1986, p.13) cómo todo el derecho occidental con influencia judeocristiana se ha elaborado con base en la libertad humana, y consecuentemente, la responsabilidad jurídica o moral solo pueden surgir cuando el obligado, abusando de su libertad y capacidad racional actúa negligentemente o con dolo, incumpliendo así principios jurídicos y morales previamente establecidos. Es bien claro que los deberes jurídicos sirven de fuente al derecho y de que no todas las normas son creadoras de derecho y menos todavía de los deberes específicos que fundamentan la culpa.

Ahora bien, esos mandatos determinan el deber de cuidado obligando a acoger conductas cuidadosas o prohibiendo comportamientos que puedan ser peligrosos para el interés jurídico que se tutela (Creus, 1988, p.208). Pero es bien claro que se debe determinar o concretizar ese cuidado. Se dirá unas veces que hay que atender a las particulares capacidades del autor ya por su aprehensión cognoscitiva, su dominación del arte o profesión –determinación individual. Otra tendencia negará esa determinación particular proponiendo un enfoque objetivo, admitiendo que los particulares conocimientos pueden ampliar el deber de cuidado.

En nuestro medio Juan Fernández Carrasquilla (1989, p.272) nos proporciona una noción de cuidado que sincretiza los planteos anteriormente señalados, puesto que incluye la consideración de las consecuencias general u objetivamente previsibles, los acontecimientos y capacidades particulares del autor y la prudencia normal en cada situación de la vida social. Así reza apotégmica-mente: cuidadosa es la conducta de “un hombre razonable y prudente en la situación del autor”.

Existe una restricción de la franja del deber de cuidado dada por el riesgo permitido, ya que para que el primero sea violado debe excederse dicho riesgo; en otros términos, se aumenta el riesgo para el bien jurídico más allá de lo que se admite o permite. Pero puede haber violación al deber de cuidado cuando se actúa dentro del riesgo permitido.

En el pragma + conflictividad (tipicidad objetiva) en Zaffaroni: una visión desde la tipicidad objetiva y subjetiva (dolo-culpa)

El tipo objetivo tendría dos funciones: una de ellas, la sistemática que establece el espacio problemático de discusión a partir del análisis de la acción, resultado, nexos causal, sujeto activo, sujeto pasivo y otros elementos típicos. La otra, la función conglobante, incluiría la lesividad (insignificancia, cumplimiento de un deber, consentimiento y acciones fomentadas por el derecho), y la imputación como pertenencia a un sujeto que implica dominabilidad del hecho y aporte no banal del partícipe secundario (Zaffaroni, 2011, p.359).

Fundamentación típica

La realización de la acción delictual, se objetiviza en un hecho externo (base de la articulación dogmática del delito), encontrando típicamente su expresión en las circunstancias objetivas del hecho, cuya integridad constituye el tipo objetivo (Welzel, 1956, p.71), que indudablemente es normativo -como para el causalismo- (Novoa, 1988, p.382). Claro que ese objetivismo no es en un sentido ajeno a lo subjetivo, sino es un objetivado, abarcando lo que debe existir en forma objetiva del tipo en el mundo exterior (Welzel, 1956, p.71).

En la formulación: objetivación de la acción en un hecho externo, subyace la subjetivación de la conducta que se sustenta a su vez en un elemento o fase del interregno infra-psíquico de la misma, del cual deviene el hecho externo; la fase cognoscitiva o intelectual². Así la realización del tipo objetivo generado por dolo, implica necesariamente el conocimiento (intelecto) del substrato de la intención voluntaria de la realización de un injusto típico (de la parte objetiva de un tipo de prohibición, más concretamente).

Hay por tanto un querer de todos y cada uno de los elementos del tipo objetivo del injusto; la acción, omisión, el resultado, el nexos causal, los sujetos y sus cualificaciones, los accidentes típicos de la conducta, como los medios, modos y oportunidades; es decir, la punibilidad en abstracto. Es pues, el dolo representación y consentimiento de la objetividad del hecho. Ese conocimiento debe serlo también de la antijuridicidad, porque aquí naturalísti-

² Básicamente la crítica de la razón pura en Kant, nos planteó todo este proceso del conocimiento que parte de la experiencia -estética trascendental-, pasa por el entendimiento -dialéctica trascendental: categorías y principios a priori- y termina en la razón -dialéctica trascendental-. Claro que aquí no es tan claro la aportación de las categorías metafísicas del conocimiento, las cuales indudablemente tienen incidencia dentro del proceso de conocimiento.

camente debe reposar ese saber, como *prima facie* del proceso intelectual. Esto ya se advertía en Feuerbach, al conceptualizar cómo a través del *dolus* (dolo antijurídico) hay una determinación de la voluntad, con el propósito de realizar una lesión jurídica y con conciencia de la antijuridicidad en el querer (Reyes, 1982, p.53; Jiménez, 1963, p.959; Cousiño, 1975, pp.175-655). De ello, el saber y/o conocer es fundamento del dolo, que implica el querer realizar el tipo objetivo, sabiendo la antijuridicidad de la conducta. Además, el dolo, lleva implícito la comprensión de la significación del hecho, cuando se presenta una conciencia de ejecución del hecho como delito o ya de quebrantamiento de un deber (Terán, 1980, pp.503-506).

Como el dolo está presupuestado en el conocimiento (ya del tipo o de la antijuridicidad), irrestrictamente se plantea, en concusa forma, que el sujeto al que falte un conocimiento absoluto sobre el hecho de que se trate³, está hipotizando una variación de la ignorancia: ya legis o certeramente de tipicidad ora de antijuridicidad.

En la primera existe un total desconocimiento de las circunstancias del hecho pertenecientes al tipo legal, con independencia de que los términos sean descriptivos o normativos, jurídicos o fácticos⁴ o tal como lo expone Jescheck, existe una “negación del contenido de representación” querida para el dolo; el autor conoce los elementos del tipo penal al que debe expandirse el dolo (Jescheck, 1983, p.412). En la ignorancia antijurídica, el desconocimiento no se extiende más allá de la protección de la norma legal a una cualquier relación social⁵ es el verdadero no saber la ilicitud del comportamiento, ya formal o material, que pone en peligro o lesiona el interés jurídico que se tutela. Derívase conceptualmente una construcción Mayeriana de la tipicidad como *ratio cognoscendi* de la antijuridicidad; comportamentalmente indiciaria de esta última y formalmente estructuradora (obsérvese plenamente el fenómeno de la antijuridicidad formal en esta sede).

3 La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, elaboró correctamente la diferencia entre error e ignorancia en sentencia de la Sala de Casación Penal proferida el 24 de marzo de 1983., aunque jurídicamente se equipara un fenómeno diverso; ver Guiseppe Maggiore (1971). *Derecho Penal*, V.I, Temis 1971, p.556; Hans Welzel, Ob. Cit. p.82; Carlos Fontán Balestra, 1985, p.484.

4 Explicación del BGH expuesta por Maurach Reinhart (1962, p.142) con relación al error de tipo que se confunde con la ignorancia. El parágrafo 59 1 STGB declaró: “Quien en la comisión de una acción punible desconocía la presencia de circunstancias pertenecientes al tipo legal o agravantes de la penalidad, no le son atribuibles estas circunstancias”. Obsérvese que es un verdadero fenómeno de ignorancia el planteado por la norma legal y uno de error de tipo.

5 De ello hablaría Robert Walter, para quien la norma fundamental bien puede tener en principio, contenidos diferentes e inclusive contener valoraciones morales o de política jurídica (Schild Wolfgang, 1983. *Las teorías puras del Derecho*, Temis 1983, p.61). Mayer y su concepto de normas de cultura como fundamento de antijuridicidad sobre un significado de cultura, amplió el espectro cognitivo sobre el particular.

Otro elemento estructurante del tipo subjetivo, es la culpa, a cuya noción se ha llegado a través de una procelosa disertación científica, pero, sin abordar tales etapas epistemológicas sobre el tema, podría concluirse (tomando, lógicamente, lo expuesto hasta la actualidad) que ella es una reprochable actitud consciente de la voluntad que genera la realización del injusto típico por violar u omitir el deber objetivo de cuidado, exigible a tono con las condiciones personales y circunstancias factuales.

De lo anterior se infiere, concusamente, la existencia de varios elementos:

- I. Subjetivos: Aparece también el elemento cognoscitivo (como en el dolo) que está referido a la sapiencia de la antijuridicidad, en los términos de que la conducta del sujeto viola el deber de cuidado. Ese conocimiento (que también puede ser potencial) se determina a través de la previsibilidad del resultado típico. El volitivo posee una conformación más parecida a la del dolo en virtud de que en la culpa se significa en la libre aceptación de la conducta que se conoce como violatoria del bien jurídico (Creus, 1988, p.212).
- II. Objetivos: Apodíctico es que el deber objetivo de cuidado es estructurador de la noción. Encierra la obligación de acatar un deber jurídico, ya que emana de un ordenamiento de tal naturaleza y se impone por reglas jurídicas (Cousiño, 1994, p.822). Ese cuidado estará determinado ya por circunstancias individuales o ya objetivas⁶.
- III. Axiológicas o normativas: Dentro de la culpa existe una ligera apreciación consciente (culpa con representación) de ejecutar un acto delictuoso o quebrantamiento del deber de cuidado (Jiménez, 1963, p.112). y una valoración potencial de ese avasallamiento (para la culpa sin representación).

Aplicación del concepto de violación del deber jurídico objetivo de cuidado frente al concepto de culpa definido en el actual código penal.

La Ley 599 de 2000 enseña en su artículo 23 que “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, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo”. Esta elementación normológica debe

⁶ Juan Fernández Carrasquilla (1989) nos proporciona una noción de cuidado que sincretiza ese planteo determinativo, puesto que incluye la consideración de las consecuencias generales u objetivamente previsibles, los conocimientos y capacidades particulares del autor y la prudencia normal en cada situación de la vida social. Así, reza en forma apotégmica: “cuidadosa es la conducta de un hombre razonable y prudente en la situación del autor”.

indudablemente coligarse sistemáticamente con la historia normativa, ya que el artículo 37 del pasado Código Penal indicó que la conducta era culposa cuando el agente realizaba un hecho punible por falta de previsión del resultado previsible o cuando previsto confió en poder evitarlo. La razón gnoseológica nos permite determinar que la infracción al deber objetivo de cuidado es elemento *ad-substantiam* para determinar elementariamente la culpa.

Examinando la pasada norma observamos que esa primera demarcación hacía referencia a la culpa inconsciente dentro de la cual prevalece la negligencia –como obrar sin cuidado, o incauto, olvidadizo y desatento–, con omisión de la debida vigilancia. El segundo contexto señala la culpa consciente en la cual predomina la imprudencia –donde se actúa precipitada e irreflexivamente–, sin mayores precauciones, confiando en poder evitar el resultado.

Ahora bien, las normas legales están pilarizadas en un fundamento de insondable magnitud: el deber objetivo de cuidado. Evidentemente que la actual posee una referencia directa, pudiéndose afirmar que la realización culposa de la conducta está ahincada dentro de los límites de esa cualificación jurídica, afianzada en los parámetros de normalidad social. Si se desvirtúa ese aspecto cognoscitivo particular o se altera esa pacificidad estable en el ámbito social ya esa conculcación al deber objetivo de cuidado se está materializando, ulteriormente articulando todo el contenido estructural de la noción de culpa.

Imputación objetiva

Notas preliminares

La imputación objetiva se estudia actualmente dentro del concepto de tipicidad objetiva; sin embargo, dentro del actual planteamiento epistémico este se convierte en elemento de los cualificadores diferenciales hipotéticos –norma desde el punto de vista lógico-otrora, tipo penal.

Para entender su ubicación, como en todo el contenido científico de la obra, es necesario recordar a Aristóteles en *Analítica Posteriora*, y establecer cómo este elemento es atributo de la tipicidad como constitutivo actual de la antijuridicidad.

Ahora bien, se hace imprescindible establecer sus fundamentos desde el punto de vista epistemológico y los actuales derroteros científicos, y los que subyacen como aspectos del tipo objetivo.

Se había hecho mención, en anterior oportunidad, a una serie de teorías causalistas dentro de la teoría general del delito, que en principio parten de una fenomenología naturalística (*la conditio sine quanon*) donde la noción generadora de un proceso (causa) está asida al concepto positivista (ciencia experimental) de causalidad física.

Poco a poco se avanza en discernir una noción *nomen ius que* sin dejar el contexto material del curso procesal de la acción punible y clarificar el concepto causalista que sea efectivo dentro de la ciencia penal; establece, bajo qué condiciones especiales o adecuadas, el resultado es de pertenencia causal a la acción ejecutada por el sujeto agente (teoría de la causalidad adecuada). Esta última se constituirá en un primer hábito existencial y criterio formal de la imputación objetiva.

Circunstancias antecedentes

La articulación de la moderna Teoría de la Imputación Objetiva, posee un ámbito histórico precedente lleno de lagunas, por la no explicación de los antelados criterios causalistas a ciertos fenómenos epistémicos de la Teoría del Delito.

Ese trasfondo está constituido por elementos⁷ que le son circunstanciales para su creación: la inaplicabilidad del sistema causal a la totalidad de los delitos, restringiendo su marco de acción a los delitos de resultado (Fernández, 1989, p.151); la plena aceptación de la teoría de la equivalencia, como única posible de aplicar en el causalismo; la comprensión de la relación de causalidad como elemento del tipo y presupuesto de la imputación objetiva; la necesidad de elaboración de criterios normativos para la delimitación de acciones típicas, por lo cual no basta para afirmar esa tipicidad a través de la causación del resultado, sino que se requiere una relación de riesgo, la inclusión del dolo y la culpa dentro del tipo.

⁷ La profesora Elena Larrauri Pijoan sintetiza, en su ensayo intitulado Introducción a la Imputación Objetiva, los cuadros históricos epistemológicos anteriores a esta teoría –recopilación Unab– Externado (1988, p.158), post-grado en Derecho Penal, parte segunda.

Dados esos elementos de fondo sobre los cuales se estructura la imputación objetiva se tendrán los recursos para realizar un juicio sobre la responsabilidad penal, no solo observando la verificación de la relación causal, sino imputando objetivamente ese resultado. De ello, se colige una síntesis entre el fundamento naturalístico y el criterio axiológico objetivo (constituido por elementos teleológicos y normativos) originados a partir de una sana hermenéutica valorativa del interés jurídico que tutela la norma⁸.

Deslindando el elemento valorativo del juicio de responsabilidad causal, se tendrá que manifestar que no se trata de establecer si un resultado es causado por la acción del agente para imputarlo, sino que se deberá realizar esa atribución del resultado basándose al fin o contexto o ámbito de protección de la norma (Fernández, 1984, p.152), que tiene un fin trascendente que es la protección de los valorados bienes jurídicos, lo que permite inferir que, si la norma resguarda ese interés, es porque teleológicamente se encamina a prohibir conductas que puedan crear o incrementar un riesgo indebido o permitido para ese bien; cuestión que expone solo son legalmente prohibidas, bajo penas, las acciones idóneas (Fernández, 1984, p.153) que crean un peligro jurídicamente desaprobado y que se materializa en el resultado típico o lo aumenta (Montealegre, 1988, pp.31-138).

Elementos de la imputación objetiva

Estos elementos están constituidos por un orden naturalístico, como el causal; y otro, de contenido *ius* valorativo, como el teleológico y normativo. Dentro del primer criterio causal se debe realizar un juicio de facticidad en virtud de que debe concretizarse cuál ha sido la condición causal para que el determinado resultado se produzca (*conditio sine qua non*), no interesando las valoraciones normativas y teleológicas. El aspecto axiológico finalista, parte de una peligrosidad *ex ante* a la producción del resultado; en otros términos, hay que determinar si la acción es peligrosa para la generación de un resultado, ya que ella, la acción peligrosa jurídicamente desaprobada es el fundamento de la imputación objetiva (Montealegre, 1988, pp.31-138). Por tanto no se podrán considerar peligrosas las acciones que en el momento de su iniciación no potencializaban un peligro jurídico relevante para el menoscabo del bien

⁸ Eduardo Montealegre Lynet (1988, p.20) fusiona, y es que ello es así, en la realización de un juicio de responsabilidad, sus dos elementos: uno primario (no por su razón ontológica sino temporal) el naturalismo causal y el otro axiológico (imputación objetiva) que atiende al fin o al contexto de protección de la norma..

jurídico tutelado, aun cuando consecuentemente termine adecuándose a la creación de un resultado típico (Montealegre, 1988, pp.31-138).

Tanto el riesgo jurídicamente relevante en su estado negativo como el fin de protección de la norma han sido criterios utilizados para resolver un conjunto de casos referidos a las concausas, en los que el causalismo no les ofrece solución objetiva. Desde tiempo atrás se propuso la tesis de que la teoría de la imputación objetiva debe utilizarse con criterios disímiles, si bien en los delitos culposos como en los dolosos, lo que actualmente no es aceptado por toda la comunidad científica penal.

Otro aspecto óptico de la noción de peligro es su realización. De este modo una vez establecida "la relación causal entre el comportamiento del autor y el resultado hay que demostrar que la acción peligrosa creada por él, se ha materializado en el resultado típico [...] si el peligro (jurídicamente desaprobado) creado por el sujeto, no es el mismo que se concreta en el resultado producido, no puede ser imputado al sujeto [...] se trata de establecer, si existe una relación de riesgo entre la conducta del autor y la modificación del mundo exterior" (Montealegre, 1988, p.138). Esto último por cuanto se elabora con un criterio teleológico, en el que se cuestiona la relación medio-fin entre acción humana y sus consecuencias y no entre causa y efecto, donde se debe entender esa modificación de la exterioridad como un proyecto y no como un suceso, donde el "modo retrospectivo propio del conocimiento causal es así sustituido por una consideración prospectiva del conocimiento" (Montealegre, 1988, p.139). Este segundo elemento hace referencia de la inmanencia al resultado del peligro que paulatinamente se materializa en el menoscabo del bien jurídico.

El contexto normativo hace relación a que esa acción peligrosa tiene que estar prohibida por un ordenamiento jurídico, por ello no se puede imputar un resultado a un sujeto cuando este se ha producido dentro del fin de protección de la norma, o dentro del riesgo permitido, o cuando la acción disminuye el riesgo para el bien jurídico, es decir, cuando se está dentro del entorno axiológico de la norma y por ende no se selecciona.

Ya desde un criterio funcionalista Jakobsiano subyacente en la acción como acto comunicativamente relevante implica que prevalece el "esquema social de interpretación del suceso", porque si las normas son "estructuras reflexivas

de expectativas", la relación de comunicación siempre se define por el contexto. Las conductas se determinan de acuerdo a la expectativa de expectativas, es decir, sobre expectativas recíprocas: yo realizo mi conducta de acuerdo a lo que otros esperan de mí. Esto significa que si la representación del sujeto que considera ilícita una determinada conducta, no coincide con la concepción racional que la sociedad le da; esta no es objeto de imputación objetiva". (Montealegre, 1988, p.49).

Ahora bien, fue Roxin quien, extendiendo más allá la definición de Honing, dio el paso para abrir la posibilidad objetiva de imputar como posibilidad de dominio mediante la voluntad humana. A partir de allí, hoy encontramos dos grandes estructuras en la imputación objetiva: la primera, que se refiere a imputación de comportamientos –determinando si la conducta está prohibida por la estructura normativa jurídico-penal y para ello se parte de la Teoría del Riesgo Jurídicamente Desaprobado– y, la segunda, a la imputación de resultados –donde se examina la relación de riesgo a nivel del riesgo jurídicamente desaprobado (Villanueva, cita Montealegre, 1988, pp.58-59).

Las anteriores estructuras poseen unos presupuestos para la imputación objetiva: 1) El sujeto debe tener una posición de garante que surge por la competencia de organización de la que emergen los deberes de aseguramiento y de salvamento (Rudolphi, sostiene que para que se originen los deberes de salvamento en quien los produce es necesario que la conducta precedente, además de peligrosa y próxima al bien jurídico tutelado, sea antijurídica: injerencia) o ya de la competencia institucional. 2) Creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, lo que implica el estudio de si el garante ha o no ha defraudado las expectativas que surgen de su rol a partir del estudio de cuatro instituciones fundamentales: (a) El riesgo permitido. Los criterios para demostrar la legitimidad de este riesgo son: la utilidad social, la necesidad social y la costumbre o adecuación social. Para determinar si un peligro se encuentra prohibido entran en consideración tres instituciones básicas: el riesgo permitido y el principio de confianza, la prohibición de regreso y las acciones a propio riesgo. (b) El principio de confianza. (c) Las acciones a propio riesgo. (d) La prohibición de regreso. 3) Examen de la relación de riesgo para determinar si el riesgo jurídicamente desaprobado es el mismo riesgo que se concretó en el resultado permitiendo que se reemplace el concepto tradicional de relación de causalidad que según Reyes

Alvarado (1982) debe establecer un nexo entre la conducta creadora del riesgo jurídicamente desaprobado y el resultado penalmente relevante.

El anterior juicio de realización del riesgo es *ex post* y es de carácter normativo pues tiene relación con la norma de cuidado infringida lo que lo convierte en un juicio de antijuridicidad. Roxín (1997) establece cuatro eventos que quedan cobijados por este último criterio y que son analizados por Velásquez (2009): (a) falta de realización del peligro por la irrupción de otra cadena causal; (b) falta de realización del riesgo permitido cuando el sujeto ejecuta una acción peligrosa pero permitida; (c) fin de protección de la norma como cuando el agente supera el riesgo permitido pero el resultado no le es imputable objetivamente por no ser este uno de los que trata de evitar la norma infringida; (d) en los eventos de realización de una conducta alternativa conforme a derecho que se presenta cuando el agente, de forma imprudente, causa el daño que de todas maneras no se habría evitado, aunque él se hubiera comportado de forma correcta (Montealegre, 2013, pp.60-95).

El criterio político criminal de Roxín –funcionalismo moderado- (1966-1990)

Asume en buena parte el esquema de los eclécticos y es influenciado por el funcionalismo sociológico de Parsons. Perfecciona con la teoría del riesgo permitido, en lugar de la causalidad, lo necesario para resolver problemas de imputación objetiva en el tipo objetivo.

En 1990 se separará más de los eclécticos al sostener que existe una acción previa al tipo y para ello enuncia la teoría sintomática de la conducta (Zaffaroni, 2011, p.308).

“En la imputación al tipo objetivo se desplaza la relación causal del resultado por la realización de un riesgo no permitido dentro del fin de protección de la norma; la segunda posición doctrina del teleologismo roxiniano es el cambio de culpabilidad por la categoría de la responsabilidad penal, para Roxin la culpabilidad es condición necesaria pero no suficiente para el delito, a la culpabilidad debe agregarse siempre la necesidad preventiva de la sanción penal, solo de la ocurrencia de estas dos condiciones puede originarse la responsabilidad penal. El concepto normativo de culpabilidad sienta como punto de partida que la culpabilidad es una valoración de la realización del hecho, y no solo de un puro estado psíquico...

Así las cosas Roxin, modifica la categoría de la culpabilidad por responsabilidad; el delito sería una conducta típica, antijurídica y responsable". (Zaffaroni, 2011, p.308)

La teoría del dominio del hecho, como criterio determinante de la autoría, se constituye en una de las grandes aportaciones de Roxin a la dogmática penal que se entiende subyacente en consideraciones fácticas. En la actualidad se da que en la teoría del dominio del hecho como la planteó Roxin se debe buscar lo normativo para que sea armónica con el concepto presente en la teoría del delito de infracción del deber (Montealegre, 2013, pp.68-69).

Jakobs –funcionalismo radical- (1983)

Subyacente al funcionalismo sociológico de Luhmann, y combinado con elementos Hegelianos y Kelsenianos, normativiza todos los conceptos del delito negando bases ontológicas en todos ellos; extrema el constructivismo jurídico de los neokantianos; minimiza la función del bien jurídico; y resuelve los problemas de la imputación objetiva en el tipo objetivo conforme a la teoría de los roles (Zaffaroni, 2011, p.308) que son los instrumentos teóricos para establecer los límites del juicio de imputación (Zaffaroni, 2011, p.308). Renueva la terminología teórica del delito y la culpabilidad pasa a ser la necesidad de prevención general positiva (Zaffaroni, 2011, p.308).

El sistema de conceptos bajo elaboración de Jakobs para explicar el Derecho Penal se fundamenta en los siguientes pilares: "1) La idea de sistema como fundamento explicativo. 2) El concepto de función como factor dinámico y legitimador. 3) El concepto de norma como estructura fundamental del sistema" (Grosso, 2006, p.67).

Propone una teoría unitaria del tipo que conlleva, entre otras, las siguientes consecuencias:

- "1) Si se introduce una nueva concepción que exija la creación de un riesgo desaprobado y la realización del mismo como elementos del tipo, el dolo y la imprudencia deben abarcar estos elementos.
- 2) Como el riesgo permitido es un elemento común para el dolo y la imprudencia, y el esquema social de interpretación de un suceso es igual en ambas modalidades, la diferencia entre dolo e imprudencia no se encuentra en el tipo objetivo (como lo hizo el finalismo), sino

en el plano subjetivo: el dolo es conocimiento del riesgo; la imprudencia, cognoscibilidad del mismo. Las diferencias no están en la imputación objetiva. 3) El autor y el partícipe intervienen en un hecho único, porque el destinatario de la imputación es el colectivo que lo realiza; el cómplice y el determinador no realizan un injusto autónomo, porque el delito efectuado les pertenece a todos en conjunto. La diferencia entre autoría y participación es cuantitativa y no cualitativa. 4) En la tentativa, el injusto del hecho solo se diferencia de la consumación cuantitativamente –por el grado de desarrollo de la infracción de la norma– porque también exige los elementos de la imputación del delito consumado: la creación del riesgo jurídicamente desaprobado y la realización del riesgo. De todo ello se infiere que expone una teoría de la participación delictiva religada a la imputación objetiva y un concepto normativo de autor que “depende de los fundamentos de la responsabilidad penal... así el factor determinante para la delimitación entre autoría y participación es el alcance que se le otorgue a las posiciones de garante. Los fundamentos de la autoría se infieren así de factores independientes del tipo, y preexistentes a él”. (Montealegre, 2013, pp.59-60)

El funcionalismo moderado y radical ha tenido grandes epígonos: Bern Schunemann y Schidhauser (Alemania); Santiago Mir Puig, Juan Bustos Ramírez, Manuel Cancio Meliá, Francisco Muñoz Conde (España); Alessandro Baratta (Italia) (blteoriaspenalesogspot.com.co, recuperado 25 de Febrero de 2017).

En síntesis, Velásquez (2009) expone cómo dentro del funcionalismo moderado Roxin señala que su punto de partida es el aumento del riesgo, y Jakobs expone cómo la imputación objetiva debe girar en derredor “de las expectativas producto de un rol... ya que el mundo social no está ordenado de manera cognitiva, con base en relaciones de causalidad, sino de manera normativa, con base en competencias y el significado de cada comportamiento se rige por su contexto” (Velásquez, 2009, p.63).

Elementos de la imputación objetiva

Estos elementos están constituidos ya por un orden naturalístico, como el causal; y otro de contenido *ius valorativo*, como el teleológico y normativo.

Dentro del primer criterio causal se debe realizar un juicio de facticidad, en virtud de que debe concretizarse cuál ha sido la condición causal para que el determinado resultado se produzca (*conditio sine qua non*), no interesando las valoraciones normativas y teleológicas. El aspecto axiológico finalista, parte de una peligrosidad *ex ante* a la producción del resultado; en otros términos hay que determinar si la acción es peligrosa para la generación de un resultado, ya que ella, la acción peligrosa jurídicamente desaprobada, es el fundamento de la imputación objetiva (Montealegre, 2013, pp.31-138). Por tanto no se podrán considerar peligrosas las acciones que en el momento de su iniciación, no potencializaban un peligro jurídico relevante para el menoscabo del bien jurídico tutelado, aún cuando consecuentemente termine adecuándose a la creación de un resultado típico (Montealegre, 2013, pp.31-138).

Tanto el riesgo jurídicamente relevante en su estado negativo y el fin de protección de la norma han sido criterios utilizados para resolver un conjunto de casos referidos a las concausas, donde el causalismo no ofrece solución objetiva a estos mismos. Desde tiempo atrás se ha propuesto la tesis que la teoría de la imputación objetiva debe utilizarse con criterios disímiles, tanto en los delitos dolosos como en los culposos.

Otro aspecto esencial de la noción de peligro es su realización. De este modo una vez establecida “la relación causal entre el comportamiento del autor y el resultado hay que demostrar que la acción peligrosa creada por él, se ha materializado en el resultado típico... si el peligro (jurídicamente desaprobado) creado por el sujeto, no es el mismo que se concreta en el resultado producido, no puede ser imputado al sujeto... se trata de establecer, si existe una relación de riesgo entre la conducta del autor y la modificación del mundo exterior” (Montealegre, 2013, pp.31-138). Esto último por cuanto se labora con un criterio teleológico, donde se cuestiona la relación medio-fin entre acción humana y sus consecuencias y no entre causa y efecto donde se debe entender esa modificación de la exterioridad como un proyecto y no como un suceso, donde el “modo retrospectivo propio del conocimiento causal es así sustituido por una consideración prospectiva del conocimiento” (Montealegre, 2013, pp.31-138). Epilogando, este segundo elemento hace referencia de la inmanencia al resultado del peligro que paulativamente se materializa en el menoscabo del bien jurídico.

El contexto normativo hace relación a que esa acción peligrosa tiene que estar prohibida por un ordenamiento jurídico, por ello no se puede imputar un resultado a un sujeto cuando este se ha producido dentro del fin de protección de la norma, o dentro del riesgo permitido, o cuando la acción disminuye el riesgo para el bien jurídico, es decir, cuando se está dentro del entorno axiológico de la norma y por ende no selecciona.

La culpa y la imputación objetiva dentro de la Teoría Sintética de la Acción Penal y su fundamentación en la Justicia Restaurativa

Se parte del estudio de la Teoría de la Acción Sintética y su fundamentación en la Justicia Restaurativa (Carreño, 2017) que debe comprenderse y explicarse desde su integración a la Teoría General de las Complexiones Diferenciales Sintéticas, a la Deconstrucción Complexional Sintética y al Iusnaturalismo Social de Justicia Restaurativa dentro de un marco perfilado por una fenomenología social como producto de la interacción de multiplicidad de órdenes y dimensiones complexionales, para determinar que la acción humana es el resultado de mi competencia personal para resolver un problema dentro de la acción comunicativa, a partir de deconstrucciones complexionales diferenciales sintéticas; por ende, la acción penal será el resultado comisivo ora omisivo de la capacidad personal para resolver un problema, desde la posición de garante de los Derechos Humanos Fundamentales en la interacción comunicativa de la vida humana, bajo la propedéutica de una Justicia Restaurativa. Lo que en últimas lleva a establecer que el Derecho Penal debe ser restaurador, por antonomasia, de las conculcaciones a las relaciones comunicativas de los Derechos Humanos vulneradas por la conducta penal.

Desde esta lógica complexional diferencial sintética especial que se suscita al interior del sistema penal, y a partir de la Teoría Sintética de la Acción Penal y su fundamentación en la Justicia Restaurativa (Carreño, 2017), y con el fundamento del trabajo de Aristóteles en su *Analítica Posteriora*, se reelaboraron las categorías jurídicas fundamentales de la dogmática jurídico-penal actual. Ya no se establece que el delito sea una conducta típica, antijurídica y culpable, sino que es una conducta reprochable, antijurídica y punible.

Como corolario de lo anterior, la culpabilidad –imputabilidad e inimputabilidad–, la autoría, coautoría, partícipes –determinador y cómplice–, el concurso y las causales eximientes de responsabilidad, son connaturales a la substancia de la acción, pero no así a los ingredientes subjetivos –dolo,

culpa y preterintención– y objetivos –principios objetivos de determinación de reprochabilidad– que son sus atributos.

Dentro de la actual concepción dogmática del delito se establece que la Reprochabilidad tiene dos atributos que le pertenecen a la substancia: 1) la culpa que es el conocimiento y aplicación errada de las competencias y funciones sistémicas como garante de Derechos Humanos; 2) el dolo, la violación al principio de posición de garante de los Derechos Humanos Fundamentales bajo conocimiento de sus fines propios y conciencia del deseo de vulnerarlos.

Desde esta perspectiva se expone cómo dentro de la Reprochabilidad Penal existen dos criterios de imputación: el subjetivo, compuesto por el dolo, la culpa –bajo la reelaboración aportada– y el criterio objetivo de imputación de Responsabilidad que posee unos elementos cualificantes diferenciales que se contraen a los siguientes:

1. Principio de logicidad: se disminuyó el grado de certeza en la resolución del problema conflictivo existencial o ya se aumentó el grado de error en la solución del problema a resolver.
2. Principio de inadecuación normativa: se contrarió la norma jurídico-penal por motivos de incorrecta adecuación social a las reglas de reconocimiento.
3. Principio de amotivación normativa: el victimario desvalorizó la norma por falta de una adecuada motivación a sus fines.
4. Principio de confianza en el Sistema Universal de los Derechos Humanos: el victimario a pesar del conocimiento de unos Derechos Humanos aumentó el riesgo de vulnerarlos.
5. Principio de designificación de la pena: el victimario no responde al imaginario social que se construye a partir de la pena y de la Justicia Restaurativa, y la torna insignificante.

La antijuridicidad se concibe como la violación al deber objetivo de cuidado impuesto por la norma. Desde esta perspectiva, se afirma la existencia de los siguientes elementos de esta categoría dogmática: 1) Antijuridicidad Formal: realización de los cualificadores diferenciales hipotéticos –expuestos en la norma típica– por efecto del aumento del riesgo permitido y la mistificación de la confianza depositada en función de las relaciones sociales ora por no ejercitar la competencia de garante que los valores, principios y garantías

constitucionales le demandaban categóricamente; 2) Antijuridicidad Material: efectiva puesta en peligro y lesión de los valores, principios, garantías constitucionales y legales; 3) Antijuridicidad Político-Criminal: es la efectiva puesta en peligro y lesión de los motivos y decisiones estatales que se tomaron para salvaguardar la dignidad humana a través de la Ley penal; 4) Enfoque de Derechos y Verdad; 5) Categoría de Necesidad y de Justicia.

La punibilidad se elabora a través de cinco estancias epistémicas, así: 1) Punibilidad Formal, es aquel juicio de reproche por la acción antijurídica; 2) Punibilidad Material, es la realización del diferencial punitivo; 3) Punibilidad Axiológica, expresada a través de la ponderación en la imposición de la pena bajo el análisis de circunstancias aumentantes y atenuantes de la pena; 4) Categoría Restaurativa y de Dignificación; 5) Garantías de no Repetición.

Es determinante que dentro de las categorías de antijuridicidad y punibilidad se entronquen los criterios de enfoque de derechos y verdad, necesidad y justicia restaurativa y garantías de no repetición que permitan integrar una Teoría Penal de la Víctima y Victimario en un solo cuerpo dogmático jurídico-penal partiendo de los principios Jointe y aquellos que nos puedan aportar la victimología y la victidogmática.

CONCLUSIÓN

Como corolario de lo anterior, se reelabora filosófica y epistémicamente una dogmática jurídico-penal de la víctima y el victimario –y de contera de la culpa, como se observa–, desde un nuevo quehacer científico que legitima la función del Derecho Penal en la sociedad humana partiendo del respeto por los Derechos Humanos, y que permita lograr su dignificación restauradora mixtificada por la conducta penal. En consecuencia, se puede constatar que la investigación doctoral concluyó en la elaboración de cuatro tesis que se funden complejionalmente, y de manera diferencial y sintética, a partir de la TGCDs, de la Deconstrucción Complejional Sintética, del Iusnaturalismo Social de Justicia Restaurativa, y la Teoría Sintética de la Acción Penal y su fundamentación en la Justicia Restaurativa, esta última, en la que recae todo el acaecer científico para los efectos de construir, en una unidad complejional, una dogmática-jurídico penal de la víctima y del victimario.

De esta manera, apodíctico es manifestar, en sede de culpa, que para atribuir una pena se necesita la dimensión cognitiva de la persona humana que le

conlleve al conocimiento de las competencias y funciones, dentro del sistema social, como garante de los Derechos Humanos; y una dimensión práxica ya que requiere una aplicación errada de ese conocimiento y comprensión.

Lo precedente permite acercarnos a los mínimos estándares sobre aplicación de Derechos Humanos y la humanización del Derecho Penal en función de la víctima y del victimario a partir de la perspectiva de la Justicia Restaurativa y de las prácticas restaurativas que deben proponerse dentro de la dogmática jurídico penal como elementos esenciales en la consolidación de una sociedad más justa y que implique otro aspecto jurídico axiológico: el bien común.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Altavilla, E. (2005). *La culpa; el delito culposo, sus repercusiones civiles, su análisis psicológico*. Bogotá, Colombia: Temis.
- Bacigalupo, E. (1997). *Principios de Derecho Penal*. Madrid, España: Akal, S.L.
- Bettioli, G. (1986). *Diritto penale*. 12ª ed. Padova: Cedam.
- Brusa, E. (1884). *Saggio di una dottrina generale del reato*. G. Gandeletti.
- Carreño, B. (2017). *Teoría Sintética de la Acción Penal y su fundamentación en la Justicia Restaurativa*. Tesis de grado para optar por el título de doctor en la Universidad Central de Nicaragua.
- Creus, C. (1988). *Derecho Penal, parte general*. Buenos Aires: Astrea.
- Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. *Derecho Penal General y Especial*. Rama Judicial, Colombia.
- Estado Colombiano (1983), Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, sentencia noviembre 25 de 1987.
- Estado Colombiano (1983). Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia 24 de marzo de 1983.
- Fernández, J. (1989). *Derecho Penal Fundamental*. Bogotá D.C., Colombia: Temis.
- Ferrajoli, L. (2004). *Derechos y Garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta.
- Fontán, C. (1985). *Derecho Penal, Introducción y Parte General*. Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot.
- Garrido Mont, M. (2011). *Derecho Penal. Parte Especial, 4*. Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Grosso, M. S. (2006). *Dos estudios sobre la nueva teoría normativista del delito*. Segunda edición. Bogotá D.C., Colombia: Editorial Ibáñez.
- Jakobs, G. (1997). *Estudios de Derecho Penal*. Madrid, España: Editorial Civitas.
- Jeschek, H. (1983). Heinrich, *Tratado de Derecho Penal, Parte General, T.II*. Barcelona, España: Bosch.
- Jiménez de Asúa, L. (1963). *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires: Losada.
- Larrauri, E. (1988). *Introducción a la Imputación Objetiva, los cuadros históricos -epistemológicos anteriores a esta teoría*. Bucaramanga, Colombia: Recopilación Unab-Externado, Post-grado en Derecho Penal, parte segunda.
- Maggiore, G. (1971). *Derecho Penal, V.I*. Bogotá D.C., Colombia: Temis.
- Montealegre, E. (1988). *La culpa en la actividad médica. Imputación Objetiva y deber de cuidado*. Bucaramanga, Colombia: Copilación Unad-Externado de Colombia.

- Montealegre, E. (2013). *Funcionalismo y normativismo penal, una introducción a la obra de Günter Jakobs*, cuadernos de conferencias y artículos No. 37. Bogotá D.C., Colombia: Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigación en Filosofía y Derecho.
- Novoa, E. (1988). *Bases de la teoría clásica del delito*, lecturas recopiladas por Rodolfo Matilla Jácome. Bucaramanga, Colombia: Penal General, UNAB.
- Pavajeau, C. A. G. (2010). Injusto y culpabilidad en los grandes Filósofos griegos. *Derecho Penal y Criminología*, 31, 137.
- Placencia, R. (2004). *Teoría del Delito*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México: Universidad Autónoma de México, UNAM.
- Reinhart, M. (1962). *Tratado de Derecho Penal T.II*. Barcelona, España: Ariel.
- Reyes Echandía, A. (1982). *La culpabilidad*. Bogotá: Publicaciones Externado de Colombia.
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal. Parte General, T.I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*. 2a. Edición. Madrid, España: Editorial Civitas.
- Schild, W. (1983). *Las teorías puras del Derecho*. Bogotá D.C., Colombia: Temis.
- Tamayo, J. (1986). *De la responsabilidad civil*. Bogotá D.C., Colombia: Temis.
- Terán, R. (1980). *Derecho Penal, Parte General, T.I*. México: Astrea.
- Velásquez, F. (2009). *El estado actual de las ciencias penales*. Bogotá D.C., Colombia: Compilación. Universidad de Antioquia-Grupo Editorial Ibáñez.
- Vives, A. (1996). *Fundamentos del Sistema Penal*. Valencia España: Tirant lo Blanch.
- Welzel, H. (1956). *Derecho. Derecho Penal*. Buenos Aires: Roque de Palma Editores.
- Zaffaroni, E. (1982). Acerca del concepto finalista de la conducta en la teoría general del delito. *Nuevo Foro Penal*, 12(16), 979-994. Recuperado de: <http://publicaciones.eaft.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/4521>
- Zaffaroni, E. R. (2011). *Manual de Derecho Penal*. Buenos Aires, Argentina: Sociedad Anonima Editora.

Para citar este artículo:

Carreño Gómez, B. (2019). La culpa desde la teoría sintética de la acción penal y su fundamentación en la justicia restaurativa. *Vis Iuris. Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, 6(11). Recuperado a partir de: <https://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/visiuris/article/view/1268>