



LA INSTRUMENTALIZACIÓN DEL INDIVIDUO EN LA CONCEPCIÓN DE
CULPABILIDAD PLANTEADA POR GÜNTER JAKOBS: UN ANÁLISIS DE
COMPATIBILIDAD CON EL PRINCIPIO DE DIGNIDAD HUMANA

The instrumentalization of the individual in the concept of guilt proposed by Günter
Jakobs: an analysis of compatibility with the principle of human dignity

JUAN FELIPE CARDONA VELÁSQUEZ

Monografía presentada para optar al título de
Magister en Derecho Penal

Asesor:

Juan Carlos Álvarez Álvarez

UNIVERSIDAD EAFIT
Facultad de Derecho
Maestría en Derecho Penal

Medellín

2024

Dedicatoria

*A mi familia, ya que han estado a mi lado brindándome su apoyo incondicional.
Sin su confianza y sacrificio esta meta no hubiera sido posible.*

Agradecimientos

A mi director de tesis, el doctor Juan Carlos Álvarez Álvarez, total gratitud por su guía experta y paciencia en orientarme durante todo este proceso.

A mi gran amigo y compañero de maestría Esteban Valencia Giraldo, gratitud por incentivarme a seguir creciendo como persona y como profesional.

CONTENIDO

	Pág.
RESUMEN.....	8
ABSTRACT.....	9
INTRODUCCIÓN	10
1. CONCEPCIONES DEL UTILITARISMO Y SU INSTRUMENTALIZACIÓN	24
1.1. EL CONCEPTO DE UTILITARISMO	24
1.2. IMPLICACIONES Y POSIBLES INTERACCIONES DEL UTILITARISMO CON LA TEORÍA DE LA CULPABILIDAD DE JAKOBS.....	28
2. EL CONCEPTO DE CULPABILIDAD DE JAKOBS Y LA INSTRUMENTALIZACIÓN DEL INDIVIDUO PARA ALCANZAR FINES ESPECÍFICOS EN EL SISTEMA JURÍDICO PENAL.....	31
2.1. CONEXIONES	31
2.2. TENSIONES	35
3. EL PRINCIPIO DE LA DIGNIDAD HUMANA DESDE LA PERSPECTIVA ÉTICA Y LEGAL.....	39
3.1. COMPONENTES ESENCIALES DEL PRINCIPIO DE LA DIGNIDAD HUMANA	39
3.2. RELEVANCIA DEL PRINCIPIO DE LA DIGNIDAD HUMANA EN EL CONTEXTO DE LA TEORÍA DE CULPABILIDAD PROPUESTA POR JAKOBS	41
3.3. INCOMPATIBILIDAD DEL UTILITARISMO DE JAKOBS CON EL PRINCIPIO RECTOR DE DIGNIDAD HUMANA.....	45
4. CONSIDERACIONES PARA UNA POSIBLE SUSTITUCIÓN DEL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD	47
4.1. CULPABILIDAD EN LA TEORÍA DE JAKOBS.....	47
4.2. CULPABILIDAD Y DIGNIDAD HUMANA EN EL ÁMBITO DEL DERECHO PENAL	48

4.3. CULPABILIDAD Y LOS PRINCIPIOS ÉTICOS FUNDAMENTALES EN EL ÁMBITO DEL DERECHO PENAL	49
CONCLUSIONES	50
BIBLIOGRAFÍA.....	51

LISTA DE TABLAS

	Pág.
Tabla 1. Tipos de utilitarismo	25
Tabla 2. Posturas críticas a la culpabilidad funcional de Jakobs.....	36

LISTA DE FIGURAS

	Pág.
Figura 1. Formulaciones del imperativo categórico	26
Figura 2. Elementos o requisitos positivos de la culpabilidad según Jakobs	29

RESUMEN

El presente estudio tiene por objeto analizar la concepción de culpabilidad propuesta por Günther Jakobs frente al principio fundamental de dignidad humana; para ello, se plantea una investigación basada en un enfoque cualitativo y en un método analítico, la cual parte del reconocimiento crítico de las concepciones del utilitarismo, identificando sus implicaciones y posibles interacciones con la teoría de la culpabilidad de Jakobs, evaluando su incompatibilidad con el principio rector de dignidad humana; así mismo, se determina la existencia de posibles conexiones entre la concepción de culpabilidad de Jakobs y la práctica de instrumentalizar al individuo para alcanzar fines específicos en el sistema jurídico penal; de igual manera, se examina el principio de dignidad humana desde perspectivas éticas y legales, identificando sus componentes esenciales y su relevancia en el contexto de la teoría de culpabilidad propuesta por Jakobs; y por último, se plantean las consideraciones para una posible sustitución del principio de culpabilidad que promueva una mayor coherencia entre la teoría de culpabilidad de Jakobs, la dignidad humana y los principios éticos fundamentales en el ámbito del derecho penal.

Palabras clave: culpabilidad, de dignidad humana, derecho penal, principios éticos, utilitarismo.

ABSTRACT

The present study aims to analyze the conception of guilt proposed by Günther Jakobs against the fundamental principle of human dignity. To this end, a research is proposed based on a qualitative approach and an analytical method, which is based on the critical recognition of the conceptions of utilitarianism, identifying its implications and possible interactions with Jakobs' theory of guilt, evaluating its incompatibility with the guiding principle of human dignity; likewise, the existence of possible connections between Jakobs' conception of guilt and the practice of instrumentalizing the individual to achieve specific ends in the criminal legal system is determined; similarly, the principle of human dignity is examined from ethical and legal perspectives, identifying its essential components and its relevance in the context of the theory of guilt proposed by Jakobs; finally, considerations are raised for a possible replacement of the principle of guilt that promotes greater coherence between Jakobs' theory of guilt, human dignity and the fundamental ethical principles in the field of criminal law.

Keywords: guilt, human dignity, criminal law, ethical principles, utilitarianism.

INTRODUCCIÓN

Las corrientes doctrinales en el ámbito del derecho penal, como el clásico, el neoclásico, el finalista y el funcionalismo moderado y radical, han contribuido significativamente a la ciencia del derecho mediante la formulación de diversos esquemas para la estructuración y configuración del concepto jurídico de delito. Estas escuelas, influenciadas y motivadas por sus visiones filosóficas y perspectivas metodológicas y las realidades sociales que las circundan, abordan de manera distinta cada una de las categorías dogmáticas y sus respectivos conceptos.

Cada modelo propuesto presenta una perspectiva distinta sobre la naturaleza del delito, estableciendo diferencias tanto en su definición como en su interpretación. Estas divergencias se originan en las distintas filosofías y vertientes que subyacen a cada escuela doctrinal, influyendo en su comprensión de conceptos fundamentales en la dogmática penal., como es el caso del utilitarismo.

En términos generales, la mayoría de las corrientes conciben la estructura del delito a través de un injusto culpable. El primero compuesto por tipicidad y antijuridicidad referido al hecho, mientras que el segundo recae sobre el sujeto; no obstante, las divergencias en el contenido y conceptualización de cada elemento son notables, según el modelo en cuestión. Como señalan Peláez & Quintero (2022), “si deseáramos señalar quizás una característica común a todos los doctrinantes y pensadores de la 'teoría del delito', seguramente coincidiríamos en afirmar que 'no existe acuerdo sobre nada'” (p. 462).

Ante este panorama, resolver un caso en forma unánime, clara y sin lugar a equívocos en el terreno de la ciencia del derecho penal, parece casi imposible; en consecuencia, la dogmática jurídica podría compararse con un “cubo de Rubik”, donde cada jugador le da una vuelta desde su propia óptica; no obstante, todas estas escuelas han realizado aportes significativos que contribuyen a la definición científica y

conceptualización de los elementos constitutivos de la conducta punible, su contenido y su ubicación dentro de la estructura.

Al respecto, Gimbernat (2009) señala que la dogmática se refiere a aquello que enseña lo que es debido en base al derecho, es decir, indaga por lo que dice expresamente el derecho, de tal suerte que sobre la dogmática jurídico penal se refiere en los siguientes términos:

Averigua el contenido del Derecho penal, cuáles son los presupuestos que han de darse para que entre en juego un tipo penal, qué es lo que distingue un tipo de otro, dónde acaba el comportamiento impune y dónde empieza el punible. Hace posible, por consiguiente, al señalar límites y definir conceptos, una aplicación segura y calculable del Derecho penal, hace posible sustraerle a la irracionalidad, a la arbitrariedad y a la improvisación. Cuanto menos desarrollada esté una dogmática, más imprevisible será la decisión de los tribunales más dependerán del azar y de factores incontrolables la condena o la absolución (p. 9).

Por lo anterior, el presente trabajo se centra en la culpabilidad desde la perspectiva de Günter Jakobs, quien considera que este concepto debe desempeñar el papel de caracterizar la motivación no conforme a derecho del autor como un motivo de conflicto.

En presencia de un déficit en la motivación jurídica, se justifica castigar al autor. Este jurista alemán argumenta que la sanción tiene como finalidad mantener la confianza general en la norma, al ejercitar la pena y así fomentar el reconocimiento general de la misma; la culpabilidad, entonces, desempeña un papel crucial en la estabilización del ordenamiento jurídico y refuerza las expectativas normativas que han sido defraudadas por la conducta del autor.

En el enfoque de Jakobs, el concepto de culpabilidad está estrechamente vinculado a los fines de la pena, específicamente al concepto de prevención general positiva. Así las cosas, la pena tiene como finalidad restablecer la confianza a través de la reafirmación del derecho, previniendo principalmente los efectos negativos que pueden derivarse del delito para el sistema social. La prevención ya no se centra exclusivamente en los efectos sobre conductas individuales; más bien, los efectos preventivos de la pena están dirigidos hacia dinámicas sociales y colectivas, ya que los efectos preventivos no están dirigidos al individuo.

El delito es entendido como defraudación de expectativas del sistema social y la pena tiene el significado de mantener dichas expectativas, es decir, la vigencia de la norma; frente a ello, Jakobs manifiesta que el bien jurídico no debe entenderse en términos materiales ni como un objeto físico, sino como una norma, esto es, como una expectativa garantizada, de ahí que el derecho penal no garantiza la protección de bienes jurídicos, sino sólo la protección de la norma (la norma es el bien jurídico); de este modo, la imposición de la pena es la forma que tiene el sistema social de tratar las defraudaciones a costa del infractor. Justo a esta función de estabilización, el mal que se impone con la pena tiene que ver con su fin preventivo general, esto es, asegurar la probabilidad de seguimiento de la norma.

En este sentido, este trabajo se propondrá analizar en qué medida el individuo es instrumentalizado para lograr esa prevención general positiva, como ejercicio en la fidelidad al derecho y, a la hora de sancionar a un infractor, estará enfocado y dirigido a que en forma directa se envíe un mensaje de aprendizaje a la generalidad para mantener esa fidelidad al ordenamiento como una actitud que se espera. Por ello, el mal que supone la pena queda determinado por las necesidades para que en la generalidad se reafirme la confianza en el derecho y la fidelidad hacia el mismo y tiene un peso específico con significado funcional, más no como retribución.

El sufrimiento que representa toda pena tiene que ver con lo cognitivamente necesario para mantener la fidelidad normativa de la generalidad, deslizándose la

prevención general positiva hasta la prevención general negativa o intimidatoria, porque precisamente la sanción tiene por objeto la disuasión de una conducta. La prevención general negativa se caracteriza porque concibe la pena como un mecanismo de coacción psicológica, mediante el cual se “motiva” a los ciudadanos a no lesionar bienes jurídicamente protegidos.

Lo anterior evidencia que estos planteamientos sobre el concepto de culpabilidad para Jakobs son concebidos desde una base funcional sistémica, de la cual se sirve el sistema normativo para mantener sus expectativas y su vigencia y, ante quebrantos o negaciones, la conminación será la pena, con el fin de enviar un mensaje social destinado a prevenir posteriores infracciones de la norma y mantener el sistema social, conminación que debe ser entendida como una forma de correctivo propio de las teorías relativas de la pena.

El delito niega la vigencia de la norma y, por ende, la pena se opone a la infracción que repele la validez de esta; por tanto, el efecto del rechazo de la falta es la permanencia -contra fáctica- de la disposición como regla que orienta el comportamiento socialmente admitido. Dado que el delito es una infracción a la norma y la culpabilidad queda contenida en esta labor comunicativa.

Teniendo en cuenta lo anterior, se realizará una exposición de la evolución de la categoría dogmática de la culpabilidad; de igual manera, se hará referencia a los presupuestos conceptuales de la culpabilidad funcional desarrollada por Günter Jakobs; y se abordarán una serie de observaciones críticas a esta teoría, en clave de los efectos adversos para la imposición de una pena.

Precisamente, la conceptualización de la culpabilidad que propone Jakobs puede considerarse como preventiva, pues persigue un fin, que es el mantenimiento de la fidelidad a la norma; también es general, porque dicho fin va dirigido a la generalidad social; y es positiva, ya que no se busca intimidación. Ello se torna contradictorio, pero el mismo Jakobs ha considerado que la prevención general negativa se encuentra

inmersa en la prevención general positiva; también considera que para que el hecho delictivo no se convierta en un problema general, hace falta la pena como dolor o sufrimiento.

Con este concepto instrumental, la pena ya no es proporcional a la lesividad social o gravedad del hecho por sí mismo, sino a lo necesario para producir fidelidad normativa. Con estas concepciones, según Miró & Bautista (2013), se acude a un concepto de pena para *inocuidar*, incapacitar y disuadir (en términos de evitación), como instrumento para lograr y mantener esa fidelidad normativa y un sistema social, a diferencia de Roxin (1997b), quien considera que el derecho penal fue concebido para la protección de bienes jurídicos y que debe vincularse a la política criminal; por ello enuncia lo siguiente:

Las finalidades rectoras que constituyen el sistema de derecho penal solo pueden ser de tipo políticocriminal, ya que naturalmente los presupuestos de la punibilidad han de orientarse a los fines del derecho penal. Desde ese punto de vista, las categorías básicas del sistema tradicional se presentan como instrumentos de valoración político criminal, por lo que como tales también son irrenunciables para un sistema teleológico (Roxin, 1997b, p. 217-218).

De ese modo la responsabilidad se presenta en el campo de las determinaciones de la punibilidad como la realización dogmática de la teoría políticocriminal de los fines de la pena y por regla general como una prescripción dirigida al juez para que imponga una sanción. Dentro de esa categoría la concepción básica políticocriminal no se aplica al hecho (en sentido de su necesidad abstracta de pena o de su prohibición concreta), sino al delincuente, en cuando que se pregunta por su necesidad individual de penal (Roxin, (1997b, p. 22-223).

Jakobs considera que este fue edificado para mantener la vigencia de la norma; considera, además, que la elaboración de las categorías dogmáticas no puede hacerse

a partir de datos ontológicos y, por lo tanto, el injusto y la culpabilidad no se deducen de estructuras lógico-objetivas, categorías lógico objetivas propias del esquema finalista de Hans Welzel (1976), sino de los fines y funciones que cumpla el derecho, consistentes en garantizar la identidad de una sociedad.

Son conceptos normativos edificados con total independencia de la naturaleza de las cosas. Es así como la estructura social y la finalidad de la pena serán los instrumentos a partir de los cuales se le va a dar contenido a las categorías centrales de la teoría del delito. Con base en ello, elimina (o pretende hacerlo) la distinción entre el suceso perturbador valorado negativamente (injusto) y el sujeto responsable de tal hecho (culpabilidad). La configuración fundamental de la sociedad se produce a través del Derecho, entonces lo que hace el Derecho Penal es mantener esa configuración estable.

Para García (2000), la teoría de la pena de Jakobs se enmarca en la denominada teoría de la prevención general positiva; ello se hace a través de una nueva lectura de Hegel por medio de la concepción de los sistemas sociales de Niklas Luhmann y, por ende, la finalidad de la pena será mantener la vigencia de la norma como modelo de contacto social. Con su comportamiento, el infractor quebranta unas expectativas normativas y la pena tiene como función demostrar que la sociedad, a pesar de la desautorización de la norma, puede seguir confiando en la vigencia de estas.

Las expectativas normativas, que serían las que se tienen ante el Derecho, es decir, la vigencia y cumplimiento de la norma, aun cuando sea defraudada por el delito, por ejemplo, se mantienen gracias a la restauración de estas con un mal como la pena. Como crítica a esta concepción, se le ha atribuido una peligrosa ambigüedad en sus presupuestos que se presta para poder ser instrumentalizadas por modelos de Estados autoritarios que, de acuerdo con Silva (2012), anula poco a poco las garantías de un Estado de Derecho.

Eliminar la separación entre el “injusto” y la “culpabilidad” igualmente es criticado, porque el primero cumple una función comunicativa dirigida a todos los ciudadanos informando las prohibiciones penales, mientras que la “culpabilidad” justifica la imposición de la pena en el caso concreto, en donde, de acuerdo con Luzón (2012), la función del tipo penal no solo debe ser legal y garantista, sino también motivadora; por tanto, es fundamental aclarar si la culpabilidad es la que justifica la imposición de la pena o es requisito para imponer la pena.

Asignar al derecho penal como finalidad el reforzamiento de las expectativas normativas es una verdad latente, pues es obvio que las leyes se hicieron para cumplirse y que por eso se asignan consecuencias jurídicas antes su incumplimiento.

Ahora, desde la óptica del principio de dignidad humana, entendido como la base del Estado de Derecho y el respeto debido a uno mismo y a los demás como seres humanos, el sistema jurídico penal en los sistemas democráticos, se ha experimentado una constante evolución a lo largo de la historia, buscando un equilibrio entre la protección de la sociedad y el respeto a los derechos fundamentales del individuo. De acuerdo con esto, la dignidad humana se erige como un principio fundamental que actúa como límite infranqueable al poder punitivo que ejerce el Estado.

Desde una perspectiva dogmática jurídico-penal, la dignidad humana adquiere importancia como factor determinante en la configuración y aplicación de las sanciones penales. En este sentido, Sotomayor & Tamayo (2017) plantean que la dignidad humana constituye un límite a la actividad punitiva estatal y en ese sentido desempeña un papel dual. En primer lugar, actúa como una restricción a las capacidades de intervención del Estado, manifestándose como una libertad negativa que prohíbe la intromisión estatal en áreas no controlables por los individuos o reservadas exclusivamente a su esfera personal. Este ámbito abarca aspectos como las garantías de exigencia de responsabilidad, la no discriminación, la no interferencia en la libre autodeterminación del individuo y la intangibilidad de las esferas física y moral.

Por otro lado, la dignidad humana también asume un papel positivo o de prestación, relacionado con la mejora de las condiciones de vida. Sin embargo, es crucial reconocer que la definición de la dignidad humana ha sido utilizada para crear espacios de indignidad, identificando a ciertos individuos como indignos o inhumanos, condición que, de acuerdo con Sotomayor & Tamayo (2017), es una manera de intensificar la intervención penal frente a algunos delincuentes y, en general, frente a cualquiera que incurra en un delito. Esta perspectiva ha intensificado la intervención penal, especialmente hacia ciertos delincuentes, construyendo una segregación basada en una negación de la dignidad humana; de este modo, los delincuentes son considerados sujetos indignos, excluidos de la protección estatal. Sin embargo, en la concepción de Jakobs, en el fin de mantener las expectativas normativas y un orden social, los individuos servirán de medio; no obstante, Jakobs no lo admite expresamente.

Según lo dispuesto por la Corte Constitucional en la Sentencia T-571 de 1992, la dignidad es un derecho inalienable y su garantía fundamental implica la prohibición de discriminación e instrumentalización. Incluso aquellos que han cometido graves atrocidades conservan su derecho a un trato humano y digno. En tales circunstancias, el principio de dignidad humana adquiere una importancia crucial, como límite al poder punitivo del estado para evitar que instrumentalice al individuo para auto legitimarse en mantenerse vigente en términos normativos.

Dado que el concepto constitucional de dignidad humana no presupone la existencia de sujetos indignos o inhumanos, se deben rechazar todas las justificaciones expansivas de la intervención penal basadas en la diferenciación entre ciudadanos “buenos” y “malos” y como medio para lograr fines. Desde esta perspectiva, el principio opera no como un elemento positivo de criminalización, sino siempre como un elemento negativo de restricción, ya que no existen seres humanos sin dignidad ni seres no humanos.

Se evidencian vínculos notables entre la dignidad humana y principios como culpabilidad e igualdad, considerados como garantías constitucionales derivadas del respeto a la dignidad humana, de ahí que Ferrajoli (1995) advierta que el principio de culpabilidad hace parte del ámbito de la dignidad humana, la cual sirve de centro referencial en la atribución de derechos que evitan la subordinación del individuo, conecta una red de derechos constitucionales frente al poder penal del Estado. Esto podría explicar por qué los preceptos sobre la dignidad humana encabezan el ordenamiento constitucional, penal y procesal penal.

El principio de culpabilidad se interpreta en diversos sentidos, incluyendo la prohibición de la responsabilidad objetiva, la exigencia de responsabilidad personal y la posibilidad de actuar conforme a derecho (Luzón, 2012; Mir, 2006; Velásquez, 2009a; y Sotomayor, 1996). El principio de culpabilidad supone que nadie puede ser castigado por una acción u omisión llevada a cabo sin la presencia de dolo o imprudencia y que la pena debe ser proporcional al grado de exigibilidad de una conducta lícita. La necesidad de una imputación subjetiva de la conducta y la responsabilidad personal, con la consiguiente exclusión de la responsabilidad objetiva o por hechos ajenos, surge del reconocimiento de que el ser humano es esencialmente un ser viviente condicionado por un entorno físico y social que a menudo escapa a su control, por ello, en la hora de realizar un juicio de reproche a quien realiza un injusto, deberá basarse en su conducta, valga decir, siempre y cuando esa conducta se pueda imputar objetiva y subjetivamente, y no pretender aplicarle la aflicción de una pena, solo para enviar un mensaje social de que ante la negación del derecho la retribución es una pena.

Sostener que un individuo solo puede ser responsable de actos dañosos atribuibles a su actuación dolosa o culposa implica reconocer que el daño a terceros no es el único factor necesario para justificar un castigo. La dignidad humana exige que no se castigue la mera casualidad, es decir, que habrán de valorarse los hechos no controlables por el individuo. Imponer responsabilidad penal sin dolo o culpa, o por el mero acto de otro, equivaldría a sancionar, entre otros, resultados inevitablemente

ligados a la condición humana, siendo inaceptable desde la perspectiva no solo de un trato digno, sino incluso de un trato meramente humano.

Aunque la prohibición de la responsabilidad objetiva se suele argumentar también por razones preventivas, tal y como lo expone Roxin (1997), la cuestión fundamental persiste en si es conforme a la dignidad humana atribuir responsabilidad por eventos que el individuo no podía evitar en la situación específica, demandándole comportarse más allá de lo humanamente posible como lo explica Escobar (2015). En un sistema penal que respeta la dignidad humana, tanto la exigencia de dolo o culpa como la de responsabilidad personal limitan la intervención penal, independientemente de las posibles justificaciones preventivas que puedan respaldarla.

Bajo esta lógica, la culpabilidad como posibilidad exigible de actuar conforme a derecho encuentra su fundamento en la dignidad humana. El derecho debe reconocer al ser humano como un centro de imputación condicionado por su entorno, aceptando, según Schünemann (1991), la existencia de situaciones que restringen su capacidad de autodeterminación; debe también admitir que las circunstancias específicas de una persona pueden eximirle de reproche penal, ya que estas circunstancias, de acuerdo con Zaffaroni (1982), Ferrajoli (1995) y Varona (2001), son siempre particulares y lo que puede justificar una pena legítima en un caso puede considerarse como una instrumentalización del individuo en otro.

La inclusión del contexto en el que el individuo actúa es esencial para fundamentar el juicio de exigibilidad individual, presuponiendo la existencia de una corresponsabilidad social y estatal como elemento esencial de la culpabilidad penal. La exigencia de un trato digno impide instrumentalizar a un sujeto que actúa bajo condiciones particulares argumentando necesidades de prevención. No se trata solo de si, por razones preventivas, sería conveniente imponer una pena al sujeto por sus acciones, sino de si realmente la merece debido a las circunstancias en las que actuó, considerando lo que razonablemente se le podría exigir en la situación específica. Esto implica reconocer, por un lado, eventos en los que no es posible exigir al sujeto una

actuación conforme a derecho, como cuando carece de la capacidad suficiente de adecuar su conducta a las normas (lo que aborda la imputabilidad como elemento de la culpabilidad penal) o cuando, teniendo la capacidad, no puede hacerlo (por falta de comprensión de la ilicitud del acto).

Por otro lado, implica reconocer que hay circunstancias en las que no es que no se pueda, sino que no se debe exigir al sujeto una conducta conforme a derecho, ya que sería desproporcionado, injusto o, en última instancia, inhumano, como lo reflejan las eximentes de responsabilidad, como el estado de necesidad exculpante (artículo 32-7 del Código Penal), la insuperable coacción ajena (artículo 32-8 del Código Penal), el miedo insuperable (artículo 32-9 del Código Penal).

Por otra parte, desde otra óptica de la ética Kantiana, el principio fundamental de la dignidad humana sostiene que cada individuo debe ser tratado con respeto y consideración inherentes a su condición como ser humano. Este principio se deriva de diversas corrientes éticas y filosóficas, donde se argumenta que los seres humanos poseen un valor intrínseco y deben ser tratados como fines en sí mismos, no simplemente como medios para lograr fines de otros, como se plantea en el caso en análisis, fines normativos y sociales.

Hay varias razones por las cuales se considera que el individuo debe ser tratado como un fin y no como un medio. Según la perspectiva del valor intrínseco, cada persona tiene un valor en sí misma, independientemente de su utilidad para otros fines. Cada ser humano es único y posee dignidad inherente. La autonomía y la capacidad de tomar decisiones propias son aspectos fundamentales de la dignidad humana. Cuando se trata a las personas como un medio para alcanzar ciertos fines, existe el riesgo de instrumentalización y considerar a los individuos como fines en sí mismos implica evitar su instrumentalización.

En general, considerar al individuo como un fin en sí mismo, desde el principio fundamental de la dignidad humana, es esencial para construir una ética que respete la

autonomía, la igualdad y la dignidad inherente de cada ser humano. Este enfoque busca asegurar que las acciones y decisiones éticas se centren en el respeto y la promoción de la humanidad de cada persona.

A partir de las ideas expuestas anteriormente, el objetivo de este trabajo consiste en analizar en qué medida la concepción de culpabilidad de Jakobs es compatible con el principio de dignidad humana, argumentando que esta concepción utiliza al ser humano como un medio para alcanzar objetivos normativos y sociales, sin realizar un verdadero juicio de reproche personal, el cual se fundamenta en necesidades de estabilización normativa que trascienden al individuo concreto a quien se le formula ese reproche. Se centra en buscar la fidelidad a las expectativas normativas, sirviéndose de la culpabilidad como una forma de coacción psicológica y social para mantener un sistema sin considerar adecuadamente la dimensión individual y la salvaguarda del principio de dignidad humana, coacción que no se trata de prevención general negativa.

Se busca esclarecer posibles tensiones e incompatibilidades que puedan surgir en este contexto, con el fin de determinar si existe una prevalencia de las necesidades preventivas sobre los derechos individuales; además, se indaga sobre la posibilidad de concebir y proponer una reformulación de este concepto que esté en consonancia con el principio de dignidad humana, considerado como el principio constitucional y rector del sistema jurídico penal.

Para abordar esta problemática, se llevará a cabo un análisis detallado de los elementos centrales de la teoría de culpabilidad propuesta por Jakobs; se explorarán sus fundamentos y aplicaciones en el contexto del derecho penal, haciendo hincapié en la idea de prevención asociada al utilitarismo, basado en la teoría sistémica de Luhmann y la filosofía del derecho de Hegel, de las cuales Jakobs se vale en su tesis. Este enfoque permitirá examinar de manera crítica cómo estos elementos influyen en la concepción de culpabilidad y su posible impacto en la dignidad humana.

El problema central que se plantea en este trabajo es el siguiente: ¿Cuáles son los alcances de la concepción de culpabilidad propuesta por Günther Jakobs frente al principio fundamental de dignidad humana?

El abordaje de la concepción de culpabilidad propuesta por Günther Jakobs frente al principio fundamental de dignidad humana implica un análisis del concepto de culpabilidad, pero, a su vez, conlleva el estudio de categorías de análisis como el funcionalismo normativista, la teoría de los sistemas de Luhmann, la noción de individuo de Kant, el concepto de instrumentalización basado en el utilitarismo de Bentham y Ferrajoli, así como el principio de dignidad humana que, a su vez, refleja diferentes posturas sobre los fines de la pena en el derecho contemporáneo.

Este trabajo se enfoca principalmente en la culpabilidad como elemento que integra y estructura el delito, con especial atención en el análisis de la concepción y tratamiento que Günther Jakobs, en el contexto del funcionalismo radical, otorga a la culpabilidad; el propósito de este análisis es explorar la relación entre la concepción de culpabilidad de Jakobs y su compatibilidad con el principio de dignidad humana; se busca identificar posibles tensiones e incompatibilidades con dicho principio, ya que en el marco de su teoría se vislumbra que se instrumentaliza al individuo para alcanzar objetivos normativos. Con ello se propone examinar críticamente las implicaciones éticas y jurídicas de la teoría de Jakobs.

Precisamente, en la visión de Jakobs, la culpabilidad se define como la falta de fidelidad al derecho, expresada de manera sucinta como la infidelidad al mismo; por tanto, el autor de un acto antijurídico adquiere culpabilidad no solo cuando su actuación indica una ausencia de motivación jurídica dominante, sino también cuando es responsable de dicha carencia; esta responsabilidad surge cuando falta la disposición para motivarse conforme a la norma correspondiente y este déficit no puede explicarse sin afectar la confianza general en la norma.

Este es un tema que amerita la concreción de unos objetivos que están orientados hacia una investigación que no solo analiza la teoría de culpabilidad desde una perspectiva doctrinal, sino que también busca aplicar sus conclusiones a casos concretos en la jurisprudencia colombiana, proporcionando así un enfoque práctico y relevante. En este sentido, se buscará determinar la compatibilidad de esta doctrina con el principio de dignidad humana, destacando posibles conflictos éticos y jurídicos que puedan surgir en su aplicación práctica.

La investigación se pretende realizar a partir de fuentes documentales que permitan evidenciar el actual estado de la cuestión en torno al concepto de culpabilidad de Jakobs, abordaje desarrollado a partir de fuentes y autores contemporáneos sobre los cuales se realiza una lectura desde la óptica de la filosofía del derecho, todo ello con miras a adoptar una postura que exponga los aciertos y desaciertos de la teoría Jakobs, todo ello con una finalidad pragmática que sirva a los intereses de un derecho penal moderno, el cual debe anteponer la dignidad humana por encima de la instrumentalización del individuo.

1. CONCEPCIONES DEL UTILITARISMO Y SU INSTRUMENTALIZACIÓN

1.1. EL CONCEPTO DE UTILITARISMO

Bentham (2008) define la utilidad como “aquel principio que aprueba o desaprueba cualquier acción de que se trate, según la tendencia que parece tender a aumentar o disminuir la felicidad de la parte cuyo interés está en juego, en otras palabras, promover u oponerse a ella” (p. 12). En el plano jurídico, señala que cada hombre busca su propia felicidad y, desde esta perspectiva, el legislador tiene como propósito armonizar los intereses privados con los intereses colectivos, de tal suerte que una persona que no cometa un delito favorece el interés público, aun cuando el delito pueda constituirse en un interés particular del delincuente bajo la condición de que no existe una ley penal totalmente segura y eficiente; por lo tanto, la ley penal es simplemente un método que sirve para que coincidan los intereses individuales con los intereses colectivos, es decir, castiga con el propósito de prevenir el delito y no precisamente porque se odie al criminal.

Es en este sentido que Bentham (2008) sostiene que lo más importante es la seguridad del castigo, esto es, que exista la seguridad de que se va a sancionar y no tanto su severidad, posición que lo llevó a luchar por la abolición de sanciones como la pena de muerte, exceptuándola para aquellos casos de delitos muy graves. Precisamente este tipo de posiciones fueron adoptadas en la legislación penal inglesa, lo que permitió la mitigación de ciertas medidas punitivas.

El utilitarismo es una escuela filosófica de base moral desarrollada a finales del siglo XVII por el pensador Jeremy Bentham, el cual se encuentra fundamentado en el principio según el cual es necesaria la máxima felicidad posible para el mayor número posible de personas. De acuerdo con la obra de Reale & Antiseri (1995), una importante idea de este filósofo es que las leyes no se promulgan en un solo momento y para siempre, sino que son susceptibles de modificación y perfectibilidad, por lo que

es necesario esforzarse de manera continua para alcanzar una legislación que, efectivamente, permita promover “la máxima felicidad para la mayor cantidad posible de personas”.

El utilitarismo, por tanto, admite diversas tipologías. De acuerdo con Polo (2022), en la filosofía pueden identificarse hasta cinco tipos de utilitarismo.

Tabla 1. *Tipos de utilitarismo*

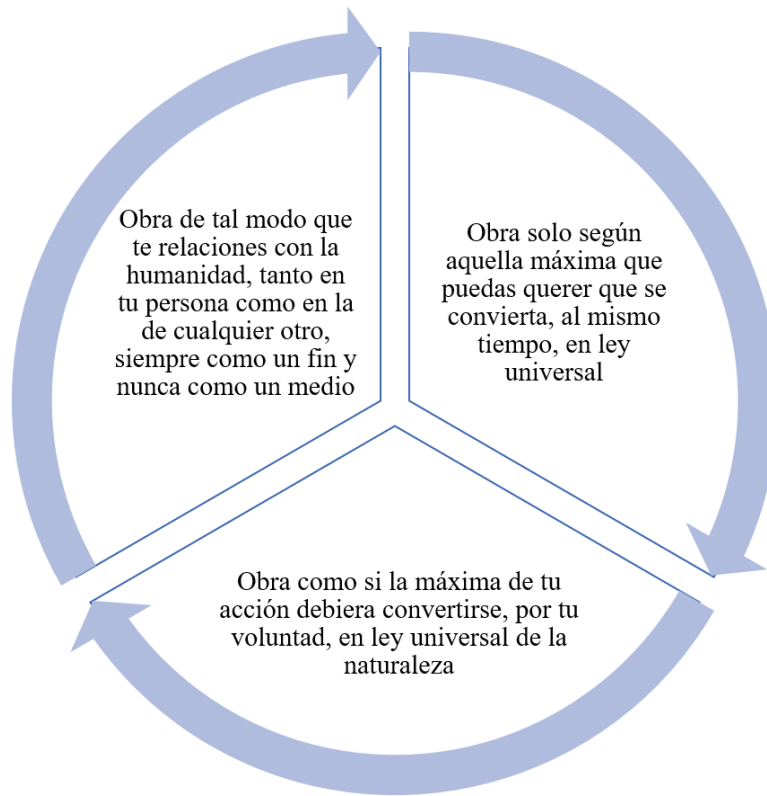
Tipo	Definición
Utilitarismo de la regla	Permite considerar las mejores consecuencias de acuerdo con cada situación en el momento de elegir una regla.
Utilitarismo del acto	Conlleva el juicio que permite determinar cuál es la acción mejor de acuerdo con la mayor utilidad.
Utilitarismo de la preferencia	Implica que los actos pasan por el filtro de la lógica y de los hechos permitiendo determinar cuáles son los actos racionales que preferimos.
Utilitarismo de los deseos informados y saneados	Concibe que las personas son felices no por sus estados mentales, sino por sus deseos informados.
Utilitarismo de la felicidad	Una persona es feliz según el consejo que reciba de otra.

Fuente: elaboración propia a partir de Polo (2022).

En cierta medida, el utilitarismo coincide con los presupuestos Kantianos, en el sentido en que es útil todo aquello que permite determinar que el hombre se entiende como un fin en sí mismo. Para Jiménez (2013), fin es aquello que ya no es medio, tanto en sentido relativo como absoluto; por tanto, el hombre entendido como fin en sí mismo implica que no es algo de lo que otro pueda disponer como una cosa; no es un medio, ni un instrumento del que otro se pueda servir, sino que es un fin, no un fin relativo, sino un fin absoluto; en términos utilitaristas, el hombre se presume como fin en sí mismo debido a la felicidad que busque para sí.

Para González (2005), la comprensión del hombre como fin en sí mismo se encuentra regida por las tres formulaciones del imperativo categórico, que básicamente se constituye en el fundamento del principio supremo de la moralidad, en el sentido en que la propia ley moral es la que les da validez a todos los seres racionales en general, cuyo propósito es alcanzar lo único bueno sin restricciones.

Figura 1. *Formulaciones del imperativo categórico*



Fuente: elaboración propia a partir de González (2005).

En términos generales, lo característico del utilitarismo de Bentham, explica Araújo (2000), es que permite refinar la argumentación de la moral y la política, reelaborándose a partir de una filosofía y una psicología basadas en un programa práctico y concreto que establece el principio de la mayor felicidad, entendida como la única finalidad justa, adecuada y universalmente deseable.

En el ámbito punitivo, agrega Araújo (2000), debe partirse del hecho de que la aplicación de una sanción penal no solamente implica dolor para quien sufre la pena, sino también costos para toda la comunidad, por lo que significa aplicar y realizar la punición; esto sería justificable si los beneficios que obtiene la sociedad superan estos costos y si la sociedad realmente está obteniendo placer o felicidad de esa punición.

En términos de Tasset (2021), el utilitarismo de Bentham comprende, por tanto, una ética del ser que trasciende a una ética del deber ser, esto es, que pasa del placer individual al interés colectivo, en donde la pena no deberá tener por objeto ofrecer placer a la comunidad y dolor al delincuente, sino buscar el mejor interés colectivo. En este sentido, explica Farrell (2015), desde una perspectiva utilitarista, la finalidad del castigo no debe ser la satisfacción de la justicia, sino, sobre todo, la prevención del delito, justificación que no se encuentra fundada en la culpa del ofensor, sino en la necesidad de impedir la repetición del delito.

El propio Bentham (1967), en su introducción a los principios de la moral y la legislación, señala que hay cuatro situaciones en las cuales el castigo no puede aplicarse: 1) cuando el castigo no tiene fundamento, ya que el acto no es maligno; 2) cuando el castigo resulte ineficaz, en la medida en que no puede impedir el mal que pretende evitar; 3) cuando el castigo es demasiado costoso, debido a que el mal que produce es mayor que el que previene; y 4) cuando el castigo resulta innecesario, ya que el mal puede impedirse sin este.

En el mismo sentido, Bentham (1967) señala que también hay situaciones en las cuales el castigo puede aplicarse y debe estar subordinado al principio de utilidad: 1) el principal objetivo del castigo debe ser el de impedir todo tipo de delitos; 2) si una persona necesita cometer un delito se le deberá inducir a que cometa un delito menos maligno; 3) al delincuente se le debe incitar a que no cause más daño que el necesario para su propósito; y 4) se debe impedir el mal al menor costo posible.

El pragmatismo de Bentham (1981) concibe, por tanto, que el objetivo principal de una pena es prevenir el delito, entendiendo que el castigo solo se justifica porque minimiza el dolor futuro basado en una teoría disuasoria de la sanción penal, justificándose moralmente con ello el castigo.

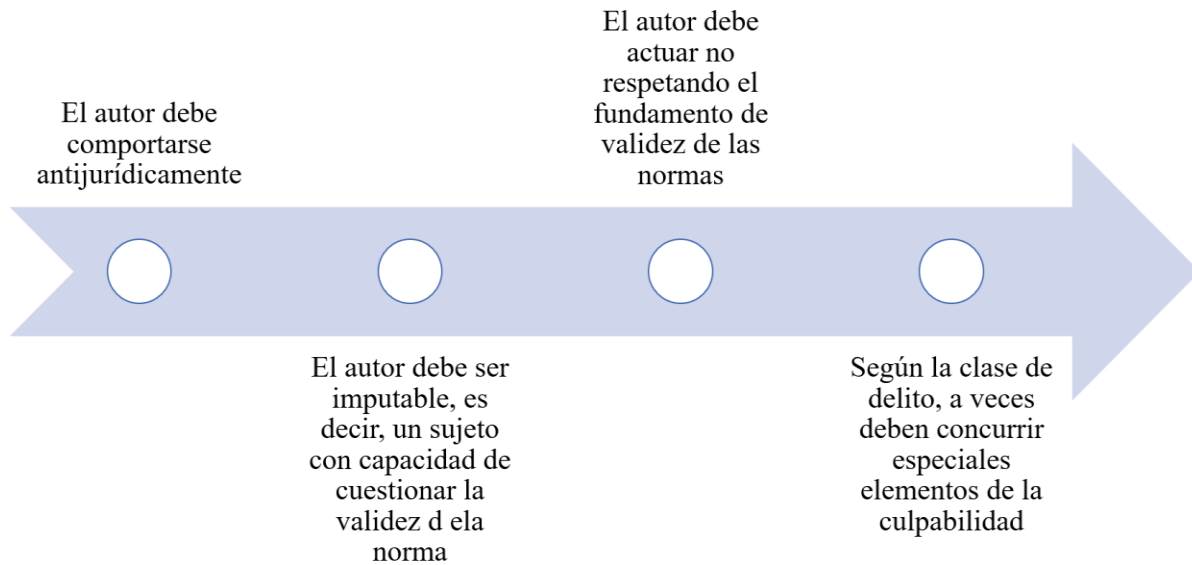
1.2. IMPLICACIONES Y POSIBLES INTERACCIONES DEL UTILITARISMO CON LA TEORÍA DE LA CULPABILIDAD DE JAKOBS

Para poder comprender las implicaciones y posibles interacciones del utilitarismo con la teoría de la culpabilidad de Jakobs es necesario reconocer el concepto mismo de culpabilidad en la propuesta de este autor, noción que se identifica en su texto cumbre titulado “Derecho penal: fundamentos y teoría de la imputación”, que data de la década del noventa.

El apartado 17 de esta obra lo dedica a realizar una descripción de la teoría de la culpabilidad, señalando que “el autor de un hecho antijurídico tiene culpabilidad cuando dicha acción antijurídica no solo indica una falta de motivación jurídica dominante -por eso es antijurídica-, sino cuando el autor es responsable de esa falta” (Jakobs, 1997, p. 566); dicha responsabilidad se presenta cuando el motivo de una falta se da por un déficit normativo, afectándose la confianza general en la norma; por tanto, esa responsabilidad por un déficit de motivación jurídica dominante obedece al concepto de culpabilidad.

Jakobs (1997) asimila la culpabilidad como la falta de fidelidad al derecho, o lo que es lo mismo como infidelidad al derecho, la cual genera responsabilidad; dicha infidelidad al derecho es un concepto que se determina normativamente, de tal suerte que, mientras que el injusto constituye la realización de un tipo de falta, la culpabilidad implicaría la realización de un tipo de culpabilidad con ausencia de un contexto exculpante (p. 567); por tanto, para que exista culpabilidad deben presentarse una serie de elementos o requisitos necesarios para su configuración.

Figura 2. *Elementos o requisitos positivos de la culpabilidad según Jakobs*



Fuente: elaboración propia a partir de Jakobs (1997).

La culpabilidad es, por tanto, un presupuesto necesario de la legitimidad de la pena; también es el resultado de una imputación de reprobación, en la medida en que la defraudación de la norma se fundamenta por un defecto en la voluntad del individuo; la culpabilidad es reprochabilidad, lo que en lenguaje coloquial se reconoce como tener la culpa. A pesar de que el derecho penal que está orientado al resultado no es posible derivar ninguna teoría de la culpabilidad a partir del fin de la pena, existen otros factores que determinan la naturaleza de la culpabilidad.

Podría decirse que la teoría de la culpabilidad de Jakobs (1997), de corte funcionalista, en cierta medida recurre a elementos propios del utilitarismo, en la medida en que entiende la culpabilidad bajo una apreciación de falta de fidelidad al derecho, es decir, en términos de Ruiz (2021), el autor de un delito responde penalmente por el acto típico e ilícito realizado con culpa por trastornar expectativas que jurídicamente están garantizadas, ya que son ellas las que permiten la existencia de la sociedad.

De esta manera, mientras que desde el utilitarismo se castiga con el propósito de prevenir el delito y no precisamente porque se odie al criminal, desde la teoría de

Jakobs (1997) la culpabilidad contribuye a estabilizar el ordenamiento jurídico mediante la imposición de una pena; en ambas posturas las conductas típicas se sancionan precisamente con un ánimo netamente preventivo, interpretado ello como un ejercicio de fidelidad al derecho, al ser este el medio idóneo para comunicar la validez de una disposición, a pesar de su vulneración.

Lo que hace Jakobs (1997) es formular o proponer una normativización absoluta del derecho penal, lo cual implica separar completamente aquellos conceptos que provienen de fuera del sistema jurídico; en este sentido, tal y como lo plantea Cruz (2011), se hace necesaria una redefinición de cada concepto de acuerdo con las condiciones de utilidad para el derecho penal, aun cuando ello no coincida con otras concepciones que ya se hayan asumido como verdaderas. Esta postura es una manifestación del neokantismo en su máxima expresión, pero recurriendo a la teoría sistemática del derecho penal.

2. EL CONCEPTO DE CULPABILIDAD DE JAKOBS Y LA INSTRUMENTALIZACIÓN DEL INDIVIDUO PARA ALCANZAR FINES ESPECÍFICOS EN EL SISTEMA JURÍDICO PENAL

2.1. CONEXIONES

Para hacer referencia al concepto de culpabilidad de Jakobs y la forma como este instrumentaliza al individuo para alcanzar fines específicos en el sistema jurídico penal es necesario realizar un acercamiento a los orígenes de la culpabilidad, entendida esta como principio. De acuerdo con Velásquez (2009a), se trata de una noción que surge en el ámbito del derecho penal hacia el siglo XVII, siendo Pufendorf el primero en denominarla como la acción libre que se reputa como perteneciente al autor, en la que se reconoce la responsabilidad como *imputatio*, esto es, el fundamento subjetivo de la punibilidad, de tal forma que hacía alusión a la relación de una conducta punible con una determinada voluntad de un autor contraria a la ley penal (imputación) y el estado de una persona para poderle imputar un hecho (imputabilidad); por tanto, la imputación determina la culpabilidad.

No obstante lo anterior, agrega Velásquez (2009a), ha sido el positivismo normativista la escuela que introdujo la categoría de culpabilidad en el sistema jurídico-penal gracias a las propuestas de Merkel, quien expresó el término, el cual lo usaba también como imputabilidad, entendida como un presupuesto del injusto; a ello le seguirían otros autores como Von Jhering, quien concibió la culpabilidad desde la óptica del derecho civil, con el cual se refería a todo caso del injusto; mientras que Binding empleó el concepto dentro de un sistema penal cerrado, reconociendo la culpabilidad del sujeto como aquello que es necesario en todo crimen, tanto en el dolo como en la imprudencia, nociones en las cuales se descompone el concepto de culpabilidad.

Este concepto de culpabilidad varía con la propuesta de Jakobs (1997), quien señala que “el autor de un hecho antijurídico tiene culpabilidad cuando dicha acción antijurídica no solo indica una falta de motivación jurídica dominante -por eso es antijurídica-, sino cuando el autor es responsable de esa falta” (p. 566). La responsabilidad a la que alude el autor se da por una ausencia de disposición a reconocer la norma y ese déficit solo puede comprenderse sin que se afecte la confianza general en la norma; se trata de un déficit de motivación jurídica que da lugar a que la conducta sea calificada como antijurídica, lo cual significa la culpabilidad, que no es más que la falta de fidelidad al derecho o, lo que es lo mismo, infidelidad al derecho, lo que se traduce en el hecho de que se trata de un concepto que solo puede determinarse desde una óptica normativa.

Jakobs (1997) reconoce cuatro requisitos necesarios positivos de la culpabilidad:

a) El autor debe comportarse antijurídicamente; b) debe ser imputable, es decir, un sujeto con capacidad de cuestionar la validez de la norma; c) debe actuar no respetando el fundamento de validez de las normas; d) según la clase de delito, a veces deben concurrir especiales elementos de la culpabilidad (p. 567).

Frente a estos elementos, Jakobs (1997) se cuestiona sobre qué dimensión, según el contexto de cada situación, habrá de fijarse la necesaria disposición a obedecer la norma y cuando se puede aclarar la falta de disposición dejando al margen del autor, situación que depende del fin de la pena, esto es, de los requisitos para el ejercicio del reconocimiento general de la norma. En un derecho penal resultadista sería demasiado subjetivo partir de la simple motivación o de la conformidad a derecho sería demasiado objetivista; por tanto, a partir del fin de la pena no es posible construir ninguna teoría de la culpabilidad, ya que esa dependencia de la culpabilidad del fin de la pena es un asunto bastante discutido (concepto funcional de culpabilidad), lo mismo que basarlo en la simple valoración del objeto de la culpabilidad (concepto normativo de culpabilidad).

Estas posiciones tienen como factor común reconocer la culpabilidad simplemente como una especie de etapa de la imputación, es decir, como un elemento de enlace entre el sujeto y la acción, lo cual es una perspectiva bastante simplista de la culpabilidad, pues ello puede dar lugar a que el concepto fracase en términos prácticos, ya que existen casos en los que la ley disculpa a pesar de haber existido dolo o imprudencia; es la teoría del finalismo la que ha intentado resolver esta disyuntiva entre dolo e imprudencia, aunque no ofrece una solución completa, en el sentido en que la culpabilidad solo estaría limitada a su resolución en un juicio.

Es necesario entender, por tanto, el concepto de culpabilidad en razón de su función, en donde se depende de la estructura de la sociedad en el mismo sentido en que la existencia del injusto depende de ella, ya que la culpabilidad se deriva de concreciones que solo son posibles respecto de un sistema social perfilado, es decir, se configura funcionalmente como una noción que rinde un fruto de regulación conforme a ciertos principios que rigen a una sociedad de estructura determinada, en donde la pena tendrá una finalidad general preventiva, más no se simple coacción o escarmiento.

Para comprender el contexto de la culpabilidad resulta importante traer a colación el relato titulado *El Etíope* de Ferdinand Von Schirach (2011), en donde se narra la historia de un hombre alemán, quien, tras una infortunada vida en su país natal, sueña con viajar a Etiopía, pero no tiene recursos para comprarse un pasaje de avión, por lo que decide asaltar un banco y con ello lograr su propósito; ya en el país africano el hombre termina enfermo de malaria y es atendido por personas de la comunidad, quienes lo curan y este, en retribución, ayuda a los campesinos de la zona transformando la producción del campo en algo digno; allí conoce una mujer de la que se enamora y con quien tiene un hijo; años más tarde el hombre decide viajar y, en un control de pasaportes, es aprehendido y repatriado a su país de origen, en donde fue enjuiciado y llevado a la cárcel.

Tras recobrar su libertad y volverse a ver sin recursos y sin saber qué hacer, intenta robar nuevamente un banco para volver a Etiopía, pero es aprehendido de inmediato; ya en el nuevo juicio cambian las figuras procesales y se advierte el estado de necesidad del hombre, por lo que se le da una condena menor, pues en el peritaje se logró determinar que, al momento del robo, tenía disminuida su capacidad de raciocinio, además de que era evidente que se trataba de un hombre golpeado por la vida.

Lo que muestra el anterior relato es que el protagonista de la historia no es un delincuente habitual, por el contrario, es una persona normal cuyas circunstancias lo indujeron a cometer un delito, lo cual implica reflexionar sobre el sentido del castigo del delito, entendido ello como una reivindicación de un derecho real de autor, pues es la condición humana la que debería juzgarse y no únicamente el delito: “nuestro derecho penal se basa en el criterio de que no hay pena sin culpabilidad. Imponemos una pena según la culpabilidad de una persona; nos preguntamos hasta qué punto podemos hacerla responsable de sus actos”. (Von Schirach, 2011, p. 186).

Como puede verse, la teoría de la culpabilidad tiene que exponer los presupuestos por los cuales se le reprocha al autor de la conducta antijurídica, asunto que destaca Welzel (1976), quien señala que no solo se sanciona la antijuridicidad de un acto, sino el contexto en el cual se materializa la culpa, de tal forma que el reproche de dicha culpabilidad no es otra cosa que la voluntad, es decir, el reproche descansa sobre la voluntad, elemento que puede hacer valer y justificar el hecho de que haya menor reproche sobre las conductas culposas.

En el mismo sentido, Mir (2006) señala que desde que se diferencian culpabilidad y antijuridicidad, la noción de injusto ha evolucionado, de tal forma que puede entenderse no solo como parte objeto del hecho punible, sino como forma de introducción de los componentes subjetivos de la acción.

En general, el concepto de culpabilidad de Jakobs ha sido objeto de preocupación de la dogmática del derecho penal y de la teoría del delito, identificando su propuesta como una manifestación propia del funcionalismo radical, la cual, en términos de Cruz (2011), es una propuesta criticada por muchos y aceptada por otros, en el sentido en que desarrolla un esquema netamente funcional de la teoría del delito bajo el entendido que el derecho penal tiene solo una función simbólica, que consiste en mantener la vigencia de la norma penal, no es un sentido formal, sino mantener las expectativas normativas.

2.2. TENSIONES

De acuerdo con la teoría de Jakobs, cuando un individuo incurre en una conducta sancionada por la ley penal, este le está haciendo una propuesta a la sociedad según la cual la norma no está vigente, con lo que defrauda las expectativas sociales; por tanto, la función del derecho penal se centra en aplicar la pena y, por ende, demostrar que la norma se encuentra vigente, pues es una manifestación abierta de lo que la sociedad quiere, es decir, la norma queda “estabilizada” para el conglomerado.

Para Cruz (2011), la exigencia de la ley penal es ser fiel al derecho, porque se trata de un deber, de ahí que el derecho penal no gira en torno a la protección de bienes jurídicos, sino frente al incumplimiento de deberes, postura paradigmática en sí misma, pues básicamente plantea una renormativización absoluta del derecho penal, lo que significa que se presenta una escisión total de los conceptos que provienen de fuera del sistema jurídico; por ello el factor tensionante en la postura de Jakobs es que redefine cada concepto según el grado de utilidad para el derecho penal, aun cuando ello no coincida con lo que es verdadero, lo que es defendido y aceptado por otros doctrinantes.

A pesar de estas posturas y de las duras críticas que se establecen en torno a la tesis de Jakobs y su funcionalismo radical, lo cierto es que su concepto de culpabilidad

puede resultar útil, posición propia de un funcionalismo radical que ha tenido gran aceptación, sobre todo en los países de habla hispana.

Hoy en día, de acuerdo con Velásquez (2020), la discusión se centra en si el principio de culpabilidad se deriva del de legalidad o si ocurre todo lo contrario; incluso, se debate si emana del postulado del Estado de Derecho o del de dignidad de la persona humana, axioma este último que significa que “no existe pena sin culpabilidad”, ya que la sanción criminal solo debe estar sustentada en la seguridad de que el hecho puede ser exigido al agente, lo cual implica cuatro situaciones que son generadoras de tensiones: 1) posibilita la imputación subjetiva, de tal forma que el injusto penal solo puede ser atribuido a la persona que actúa; 2) se excluye la responsabilidad objetiva o por el mero resultado; 3) la sanción no puede sobrepasar la medida de culpabilidad, por lo que su imposición solo se hace atendiendo al grado de culpabilidad; y 4) impone la idea de proporcionalidad como pauta que surge del postulado de igualdad para tasar la pena completamente.

Según Ruiz (2021), existen distintas posturas críticas a la culpabilidad funcional de Jakobs, ya que se trata de una posición que presuntamente atenta contra la dignidad humana de toda persona que realiza un acto típico e ilícito, pues desconoce al Estado de Derecho y viola las reglas penales que permiten la individualización judicial del castigo; es por ello preciso hacer la relación de los diversos doctrinales que critican dicho concepto y que evidencian las tensiones que genera este doctrinante.

Tabla 2. *Posturas críticas a la culpabilidad funcional de Jakobs*

Doctrinante	Observación crítica
Jescheck	Critica a Jakobs por la fusión que hace entre culpabilidad y el papel preventivo de la pena, ya que entiende que la culpabilidad se da por el delito realizado, lo que hace que el sistema responda a dos lógicas distintas: si el injusto puede ser o no reprochado al autor y si la pesquisa responde positivamente. Para el autor, la concepción de culpabilidad de Jakobs le otorga demasiada

	<p>preponderancia a la prevención general por encima de la compensación de culpabilidad por el delito mismo, lo que lleva a que se desvanezca la justicia individual orientándola hacia la responsabilidad personal por su acción, como si se tratara de una pesquisa de una respuesta positiva.</p>
Hirsch	<p>Ya que Jakobs deriva la culpabilidad de la prevención general, termina desindividualizando el concepto mismo de culpabilidad, permitiendo con ello que el papel preventivo de la pena termine sobrepasando la responsabilidad del autor.</p>
Greco	<p>Mezclar lo injusto con la culpabilidad para informar a la sociedad que la oposición a una norma sigue vigente no es una forma adecuada de diferenciar el quebrantamiento de la ley penal, como por ejemplo un escándalo en la vía pública.</p>
Roxin	<p>Plantea que es necesario rechazar el concepto de culpabilidad de Jakobs, porque atenta contra el decoro humano, pues ubica al individuo por fuera de su modo de ser al simplificarlo como una cosa que solo sirve a intereses sociales.</p>
Schünemann	<p>Jakobs no castiga al autor del injusto, ya que la expectativa normativa lesionada no sufre disminución en su validez y, por ende, no aclara cuando el déficit de capacidad o competencia fiel al derecho no afecta la confianza general en la norma. Jakobs propone no castigar al autor del injusto en los casos en los cuales la expectativa normativa lesionada no sufre disminución en su validez, pero no aclara cuándo el déficit de capacidad o competencia fiel al derecho no afecta la confianza general en la norma.</p>
Pérez Manzano	<p>Procesar el conflicto según Jakobs es un criterio difuso y vago, ya que la culpabilidad funcional es una noción que no goza de un componente fáctico del individuo cuando penaliza, pues no permite conocer las relaciones del castigo; además, no incorpora el principio de igualdad material, pues para el Jakobs no son</p>

relevantes las circunstancias concretas individuales del autor de un delito, las cuales podrían constatarse con la ayuda de peritos.

Fuente: elaboración propia.

En términos generales, el concepto de culpabilidad de Jakobs resulta criticable y debatible, pues solo se centra en el papel de la prevención general positiva de la pena, con el propósito de comunicar a la sociedad que las normas quebrantadas siguen siendo válidas y vigentes, lo cual resulta contrario a la dignidad humana del autor de un ilícito, en el sentido en que lo instrumentaliza para garantizar y legitimar el sistema, todo bajo el único propósito de lograr la confianza y fidelidad al derecho.

3. EL PRINCIPIO DE LA DIGNIDAD HUMANA DESDE LA PERSPECTIVA ÉTICA Y LEGAL

3.1. COMPONENTES ESENCIALES DEL PRINCIPIO DE LA DIGNIDAD HUMANA

El concepto de dignidad, según el diccionario de la Real Academia Española (2023), proviene del latín *dignitas*, que hace referencia a la cualidad de digno, esto es, merecedor o acreedor de algo; sin embargo, esta noción etimológica está lejos de referirse a lo que realmente implica el concepto de dignidad, pues es un término complejo que implica la suma de lo digno con lo humano.

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana (Sentencia T-881 de 2002), la dignidad humana se resume en tres atribuciones específicas: la autonomía individual, la intangibilidad de la integridad moral y física y las condiciones básicas de existencia; se trata de una caracterización general que se centra en la noción de atribución de lo digno que deja en un segundo plano la referencia a lo humano, planteado ello en términos de reconocimiento de las limitaciones del actuar humano y la no diferenciación entre individuos de la especie humana.

Aunque la Corte no ha realizado un desarrollo específico de estos últimos dos aspectos, es claro que la construcción jurisprudencial del concepto de dignidad humana tiene como punto de partida a un ser humano inserto en un mundo físico y en una realidad social que lo condiciona, la cual el individuo no siempre está en capacidad de superar y, por ende, no se le puede exigir que lo haga. Es precisamente esa referencia a lo humano la que conduce a la exigencia de responsabilidad como presupuesto ineludible de cualquier poder sancionador que, en el campo del derecho penal, se reconoce como principio de culpabilidad. Ello se concreta en una serie de garantías que

limitan la responsabilidad penal solo a los actos que el ser humano está en capacidad y le es exigible evitar.

La dignidad humana sirve de límite a las posibilidades de actuación del Estado, como libertad negativa que impide la intervención estatal en ámbitos no dominables por los individuos de la especie humana o reservados de manera exclusiva a su esfera individual. De acuerdo con Sotomayor & Tamayo (2017), aquí pertenecen las garantías de exigencia de responsabilidad, la no discriminación, la no interferencia en la libre autodeterminación del sujeto y la intangibilidad de las esferas física y moral.

Por otra, este papel atribuido a la dignidad humana es lo que ha permitido la optimización de las condiciones de vida, lo cual ha procurado la revaluación de la finalidad inocuidadora de la pena, la reapertura del debate sobre la posibilidad del uso de la tortura, la promoción de la autodefensa violenta de los intereses sociales y, en definitiva, la ampliación del uso de la pena, escondiendo la indignidad inherente a la punición y en particular al encarcelamiento detrás de ideologías que, en últimas, solo buscan negar cualquier derecho a quienes se encuentran sometidos al poder punitivo estatal.

Todas estas ideologías son, sin embargo, contrarias al texto constitucional, conforme al cual nadie puede considerarse no merecedor de dignidad, pues, en opinión de la Corte Constitucional, se trata de un derecho inalienable que tiene como una de sus garantías básicas la exigencia de no discriminación (Sentencias T-136 de 2006, C-595 de 2012 y T-909 de 2011). Luego, ni siquiera aquellos que han cometido las más graves atrocidades contra el género humano pierden su derecho a ser merecedores de un trato humano y digno; es más, es precisamente en tales casos que dicho principio cobra toda su relevancia, al encargarse de recordar cómo proceder aún en las situaciones límite.

Dado que el concepto constitucional de dignidad humana no supone como contrapartida la existencia de sujetos indignos o inhumanos, deben rechazarse

entonces todas las justificaciones expansivas de la intervención penal basadas en la diferenciación entre los buenos y malos ciudadanos, pues así entendido el principio no puede operar como elemento positivo de criminalización, sino siempre como un elemento negativo de restricción, por el simple hecho de no existir humanos sin dignidad o no humanos.

3.2. RELEVANCIA DEL PRINCIPIO DE LA DIGNIDAD HUMANA EN EL CONTEXTO DE LA TEORÍA DE CULPABILIDAD PROPUESTA POR JAKOBS

Son particularmente evidentes los vínculos existentes entre dignidad humana y, entre otros, los principios de culpabilidad e igualdad, que desde este punto de vista deben ser entendidos, inclusive, como garantías constitucionales derivadas del respeto a la dignidad humana.

Aún más, podría decirse que la dignidad humana como centro referencial en la atribución al ser humano de derechos que impidan su mediatización es el principio base que conecta toda una red de derechos que se atribuyen constitucionalmente al individuo frente al poder penal del Estado, lo cual quizá explique que sean los preceptos sobre la dignidad humana los que encabezan el ordenamiento constitucional, penal y procesal penal.

Una cosa es que el principio de respeto a la dignidad humana contribuya a la fundamentación de otros principios limitadores del derecho penal y otra que se confunda con estos. Por ejemplo, aunque la no instrumentalización del individuo desempeñe también un papel esencial en la fundamentación del principio de legalidad, este último encuentra sus bases en razones independientes.

Por ello, debe rechazarse cualquier intento de convertir la dignidad humana en un supraprincipio que todo lo limita, pues defender un principio *collage* tendría el efecto de vaciarlo de contenido; resulta más aconsejable delimitar debidamente las

posibilidades de garantía de la norma rectora del artículo 1 del Código Penal, así ello implique una disminución de sus expectativas limitadores concretas

En términos de Jakobs (1997), aunque se ha delimitado ya la dignidad humana en una serie de garantías específicas que condicionan los poderes públicos, cabe reconocer que, por las razones ya indicadas, el mantenimiento de ciertas condiciones materiales de existencia inherente a la garantía de respeto a la dignidad humana resulta incompatible con los medios penales.

En rigor, hacer sufrir (que es en lo que consiste la pena) no puede ser visto como un derecho sino como un poder (Zaffaroni, 1992; Sotomayor, 1996); luego, no existe un derecho a castigar y mucho menos un deber constitucional en tal sentido. Si se requiere que el Estado intervenga para mejorar las condiciones materiales de existencia acorde con las exigencias de una vida digna, lo procedente no es crear un delito sino la realización de una acción fáctica positiva y en últimas la implementación de una política social adecuada, intervención que en el Estado constitucional se encuentra garantizada a través de las normas que protegen los derechos sociales (Ferrajoli, 1995).

El principio de culpabilidad suele entenderse en varios sentidos, entre ellos, el de prohibición de la responsabilidad objetiva, exigencia de responsabilidad personal y de posibilidad de actuación conforme a derecho (Luzón, 2012; Mir, 2006; Velásquez, 2009b; Sotomayor, 1996.). La exigencia de una imputación subjetiva de la conducta y la responsabilidad personal, con sus consecuentes prohibiciones de la responsabilidad objetiva o por hechos ajenos, son producto del reconocimiento de que el ser humano es, primero que todo, un ser viviente condicionado por un mundo físico y social que con frecuencia lo desborda.

Afirmar que el ciudadano solo puede responder por actos dañosos a terceros que puedan atribuírsele a su actuación dolosa o culposa (principios de responsabilidad personal y responsabilidad subjetiva) implica el reconocimiento de que el daño a

terceros no es el único elemento necesario o suficiente para castigar, pues la dignidad humana exige que no se castigue la mera casualidad. Una responsabilidad penal sin dolo o culpa o por el mero acto de otro supondría un castigo por resultados inevitables para un ser humano, y por ello resulta inaceptable desde el punto de vista ya no de un trato digno sino de un trato meramente humano. De ahí que, si bien la prohibición de la responsabilidad objetiva suele ser excluida también por razones preventivas; lo cierto, según Roxin (1997), es que inclusive si se argumentara en sentido contrario, esto es, por ejemplo, que las personas que se dedicasen a cierta actividad serían más cuidadosas precisamente porque sabrían que esta clase de actividad se rige por normas de responsabilidad objetiva.

El problema de fondo seguiría siendo si resulta conforme a la dignidad humana atribuir responsabilidad a alguien por eventos que no estaba en posibilidad real de evitar en la situación concreta, que sería tanto como exigirle que se comportara más allá de lo humanamente posible (Escobar, 2015). En un derecho penal respetuoso de la dignidad humana, tanto la exigencia de dolo o culpa como la de responsabilidad personal limitan la intervención penal, independiente de las posibles exigencias preventivas que la respalden.

Bajo este mismo razonamiento, también la culpabilidad como posibilidad exigible de la actuación conforme a derecho encuentra su fundamento en la dignidad humana, por cuanto el derecho debe reconocer en el ser humano un centro de imputación condicionado por su entorno y admitir la existencia de eventos en los que dicha autodeterminación se encuentra particularmente restringida (Schünemann, 1991). Asimismo, debe aceptar también que las circunstancias específicas de una persona pueden dejarlo libre de reproche penal, pues tales circunstancias son siempre particulares y lo que en un caso puede suponer una pena legítima en otro puede aparecer como una instrumentalización del individuo (Zaffaroni, 1982; Ferrajoli, 1995; Varona, 2001).

La inclusión del marco en el que el individuo actúa es necesario como fundamento del juicio de exigibilidad individual, y por tanto presupone la existencia de una corresponsabilidad (Zaffaroni, 1982; Bustos, 1995; Sotomayor, 1996) social y estatal como elemento esencial de la culpabilidad penal, en la medida en que la exigencia de un trato digno impide que a un sujeto que actúa particularmente condicionado se le instrumentalice argumentando necesidades de prevención.

No se trata, por tanto, de si por razones preventivas conviene imponerle una pena al sujeto por lo que hizo, sino de si la merece a causa de las circunstancias en las que actuó, teniendo en cuenta lo que podía razonablemente exigírsele a dicho sujeto en la situación concreta. Ello significa el reconocimiento, por una parte, de eventos en los que no es posible exigirle al sujeto una actuación conforme a derecho, como cuando carece de la capacidad suficiente de adecuación de su conducta a las exigencias normativas (de lo que da cuenta la imputabilidad como elemento de la culpabilidad penal) o cuando teniendo la capacidad no se encuentra en posibilidad de hacerlo (por falta de comprensión de la ilicitud del acto). Y, por otra, el reconocimiento de que también hay circunstancias en las que no es que no se pueda sino que no debe exigírsele al sujeto la conducta conforme a derecho, por cuanto ello resultaría desproporcionado, injusto o, lo que es lo mismo, inhumano, de lo cual dan cuenta las eximentes de responsabilidad, como el estado de necesidad exculpante (artículo 32-7 del Código Penal), la insuperable coacción ajena (artículo 32-8 del Código Penal), el miedo insuperable (artículo 32-9 del Código Penal).

En un Estado de derecho, sin embargo, la pena solo es aceptable como un medio para la prevención tanto de los delitos como de los castigos arbitrarios y por ello su distribución no puede ir más allá del merecimiento del autor, en atención a la gravedad del hecho y a su culpabilidad.

3.3. INCOMPATIBILIDAD DEL UTILITARISMO DE JAKOBS CON EL PRINCIPIO RECTOR DE DIGNIDAD HUMANA

Uno de los puntos más controversiales en la propuesta utilitarista de Jakobs tiene que ver con el hecho de que su dogmática del derecho penal no pone a la dignidad humana en la base de su sistema jurídico, es decir, por encima de protección de valores y principios encarnados en cada ser humano y de bienes constitutivos de posibilidad de realizarse como sujeto portador de una innata dignidad, se encuentran otros elementos de mayor raigambre justificados por su prestación para el mantenimiento del todo social.

Así, según García (2000), el valor supremo es entonces la libertad individual, entendida como máxima expresión de la dignidad inherente al ser humano, esto es, la clave de toda legitimación de lo social, lo que implica que el individuo es constitutivamente anterior a lo social; por tanto, la propuesta de Jakobs pone a la sociedad política como fin en sí misma para que sea el derecho legítimo el encargado de proteger lo colectivo antes que lo individual y solo puede protegerlo en lo que sirva a la plenitud de los intereses colectivos.

Agrega García (2000) que no es extraño que Jakobs insista constantemente en que si al individuo no se le inserta en una sociedad no es nada muy distinto de un animal y, por ende, no puede desplegar ninguna capacidad que lo diferencie de otros seres naturales; por tanto, el individuo solo puede llegar a ser y desarrollarse según los caracteres que adopte de la sociedad. Es por ello por lo que el utilitarismo de Jakobs resulta incompatible con el principio rector de la dignidad humana, pues emplea la dogmática del derecho penal para castigar y con ello prevenir el delito, más no porque desconozca que el individuo no goce de dignidad humana; sin embargo, dicha dignidad queda cosificada, prácticamente instrumentalizada y al servicio del ordenamiento jurídico, siempre en procura de observar fidelidad al derecho, aspecto que ha sido objeto de crítica y tensiones en la postura de Jakobs y es esa forma de cosificación de

la dignidad humana, pues lleva este concepto, en términos prácticos, a un segundo plano.

4. CONSIDERACIONES PARA UNA POSIBLE SUSTITUCIÓN DEL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

4.1. CULPABILIDAD EN LA TEORÍA DE JAKOBS

La culpabilidad como concepto deja de tener una relación con el injusto para convertirse en un término completamente funcional a las necesidades de estabilización de la conciencia jurídica, la cual, históricamente, ha cumplido con una labor de efectivizar la sanción penal y legitimar también el derecho penal, pero de igual manera se ha encargado de limitarla para que exista una justa individualización de la sanción del autor por haber incurrido en el quebrantamiento específico de la ley de una manera particular, situación que racionaliza el porqué de una condena. En consonancia con ello, explica Ruiz (2021), la sanción que se impone por una conducta antijurídica nunca podrá sobrepasar el grado de culpabilidad, de ahí que en el puente entre delito y punición siempre habrá de ser la culpabilidad del autor por el acto realizado.

No obstante lo anterior, el concepto de culpabilidad funcional de Jakobs traspasa todos los criterios que a lo largo de la historia han permitido ponderar la sanción penal, ya que fusiona la culpabilidad con elementos propios de una política criminal que tiene por objeto la prevención general del delito; por tanto, la culpabilidad-castigo se termina constituyendo en un simple acto de comunicación que deja de tener como punto de referencia al autor para centrarse en la comunidad, pues el castigo es el medio a través del cual se informa a los miembros de esa comunidad que el delito -entendido como daño de una expectativa normativa garantizada con una sanción- en suma, se constituye en un evento asilado en el cual incurrió un sujeto que no guardó fidelidad al derecho y que, por ende, valida la vigencia de una disposición.

En este sentido, la culpabilidad, en los términos de Jakobs (1997), obedece a una punición impuesta, la cual se refuerza por la observancia de la ciudadanía a ley, de tal forma que la norma quebrantada será el referente para que la comunidad siga

acatándola y así evitar la sanción; por tanto, para determinar la culpabilidad habrán de señalarse los diferentes fundamentos motivadores de la acción antijurídica que permiten responsabilizar al autor, ya que si no se quiere que por la infracción de la norma termine resentida la expectativa de que la norma es vinculante en general.

4.2. CULPABILIDAD Y DIGNIDAD HUMANA EN EL ÁMBITO DEL DERECHO PENAL

Una de las principales problemáticas que tiene el concepto de culpabilidad funcional de Jakobs tiene que ver con el hecho de justificar una política criminal que podría resultar violatoria de los derechos humanos, incluida la dignidad humana, lo cual se puede presentar cuando se utiliza dicho sistema para sustentar propuestas basadas en un modelo que busca aumentar de forma indiscriminada los montos de las sanciones penales, todo ello con el único propósito de lograr mayor fidelidad de las personas al ordenamiento jurídico. En este sentido, es importante precisar los efectos que ello podría tener.

En un Estado Democrático y de Derecho, asumir al infractor como un enemigo, cosificarlo bajo la excusa en que no hay otra manera de lograr calmar en el público la sed de venganza o retribución social para compensar la ofensa generada por el traidor del pacto con obra ilegal, regresando a través de esta categoría a la justicia propia de los Estados absolutos (Ruiz, 2021, p. 43).

En consecuencia, la culpabilidad así entendida perdería su rol de contener al *ius puniendi*, ya que la acción penal desbordada puede ir en contra de la dignidad humana como máximo valor-derecho-principio del ser humano, lo que es totalmente contrario a la manera como se concibe hoy en día la pena, la cual trasciende el simple hecho sancionatorio e identifica en el individuo las cualidades, aptitudes y capacidades de reconocer la afrenta a la sociedad y, sobre todo, de resocializarse y reinsertarse activamente en el pleno de la comunidad.

4.3. CULPABILIDAD Y LOS PRINCIPIOS ÉTICOS FUNDAMENTALES EN EL ÁMBITO DEL DERECHO PENAL

Hoy en día, el derecho penal enfrenta una serie de desafíos por cuenta de un acelerado proceso de cambio derivado, en gran medida, de los intereses político-criminales de seguridad, en donde la noción misma de culpabilidad se vuelve obsoleta, ya que el delincuente es catalogado como tal en virtud de su peligrosidad para los intereses de unas mayorías que gozan de todas sus libertades; esa atención a la peligrosidad se ha debido, especialmente, a la propuesta de Jakobs, lo cual ha generado una represión legislativa de las distintas formas de criminalidad, sobre todo la ocasionada por el crimen organizado, los delincuentes que atentan contra las libertades económicas, los individuos que incurrir en delitos sexuales graves y el accionar de grupos de terrorismo internacional, lo cual ha llevado a que el crimen y el criminal en general se hayan convertido en factores que han sido abstraídos de la posibilidad de reconocimiento de los principios éticos fundamentales.

Para Günter (2007), esto ha dado lugar a que el derecho penal haya quedado relegado a un papel subordinado en una estructura de seguridad estatal nacional que, inclusive, cuenta con medidas militares, de intromisión en lo más íntimo en la privacidad de las personas y de herramientas de prevención policial que en la práctica se constituyen en una afrenta a la dignidad humana. Se trata de un derecho penal orientado a la posprevención y limitado por el principio de culpabilidad, en donde el delito se previene mediante la sanción, excluyéndose con ello al delincuente de la posibilidad de que se le reconozca su capacidad de comprensión del delito y de conducción de su proceso de resocialización.

CONCLUSIONES

La culpabilidad entendida como infidelidad al derecho planteada por Jakobs es una noción que, en términos prácticos, ha resultado en cierta medida dañina para la dogmática del derecho penal, por la manera como ha entendido la finalidad de las penas; paradójicamente, esta idea de culpabilidad, sujeta a un sinnúmero de críticas y debates por parte de doctrinantes del derecho penal, se constituye en el paradigma dominante, el cual ha servido hoy de guía y sustento a las políticas criminales de los Estados modernos, sobre todo en el hemisferio occidental y, particularmente, en países de habla hispana como Colombia.

Esta investigación reconoce la posibilidad de considerar una posible sustitución del principio de culpabilidad como el elemento central y único de la dogmática penal contemporánea; de hecho, esta es una discusión que se ha venido dando y ha tenido especial incidencia, particularmente en el derecho penitenciario y carcelario, pero se trata de un debate que no ha trascendido lo meramente doctrinal, ya que en la práctica el concepto de culpabilidad se encuentra arraigado en el penalismo del derecho contemporáneo, lo cual hace dificultoso poder vislumbrar una perspectiva distinta a la de la necesaria fidelidad al derecho como único medio para una posterior prevención del crimen.

En la doctrina se evidencian las críticas a la propuesta de Jakobs, pero es clara la necesidad de trascender de lo teórico a lo pragmático, en donde se logre un verdadero reconocimiento del papel que debería jugar el concepto de dignidad humana, ya que este principio-valor-derecho es el elemento referencial para una política criminal basada en el individuo y no solo en el cumplimiento de la ley penal, máxime si se tiene en cuenta que la ley positiva es un constructo social al servicio del hombre, más no es el hombre quien debe estar al servicio de la ley positiva.

BIBLIOGRAFÍA

- Alcácer G., R. (1998). Los fines del derecho penal. Una aproximación desde la filosofía política. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 51, 365-587.
- Araújo, C. (2000). Bentham: el utilitarismo y la filosofía política moderna. En A. Boron (Ed.), *La filosofía política moderna. De Hobbes a Marx* (pp. 269-288). Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales.
- Barrios de la C., C., Criado de D., M., Estupiñán A., L., Leiva R., E., Novoa M., M., Pabón M., A.... (2021). *Manual de metodología de investigación jurídica para la práctica judicial en la Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla"*. Consejo Superior de la Judicatura - Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla".
- Bentham, J. (1967). *Una introducción a los principios de la moral y la legislación*. Basil Blackwell.
- Bentham, J. (1981). *Tratados de legislación civil y penal*. Editora Nacional.
- Bentham, J. (2008). *Los principios de la moral y la legislación*. Claridad.
- Bustos R., J. (1995). *Prevención y teoría de la pena*. Jurídica ConoSur.
- Canal Editorial Ediar. (2020). *Lineamientos del derecho penal: el normativismo funcionalista de Jakobs*. <http://www.youtube.com/watch?v=NynkW3Sc4o0>
- Congreso de la República. (2000, 24 de julio). *Por la cual se expide el Código Penal [Ley 599 de 2000]*. DO: 44.097.

Corte Constitucional. (1992, 26 de octubre). *Sentencia T-571* [MP. Jaime Sanín Greiffenstein].

Corte Constitucional. (2002, 17 de octubre). *Sentencia T-881* [MP. Eduardo Montealegre Lynett].

Corte Constitucional. (2006, 23 de febrero). *Sentencia T-136* [MP. Marco Gerardo Monroy Cabra].

Corte Constitucional. (2011, 1 de diciembre). *Sentencia T-909* [MP. Juan Carlos Henao Pérez].

Corte Constitucional. (2012, 27 de julio). *Sentencia C-595* [MP. Nilson Pinilla Pinilla].

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. (2023, 22 de febrero). *Radicado 62542* [MP. Myriam Ávila Roldán].

Cruz B., L. (2011). Lección 12: Transformación del método dogmático. En J. Urbano, G. Barbosa, C. Ruiz, S. Castro, H. Barreto, A. Suárez... (Cols.), *Lecciones de derecho penal. Parte general* (pp. 205-220). Universidad Externado de Colombia.

Duque P., A. (2002). *Funcionalismo y derecho penal en Colombia. Análisis desde la teoría de los sistemas sociales*. Tirant Lo Blanch – Universidad Pontificia Bolivariana.

Escobar T., J. (2015). Defensa de la diversidad y de la dignidad humana en la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO. *Revista Colombiana de Bioética*, 7(2), 57-67.

Farrell, M. (2015). El utilitarismo en la filosofía del derecho. *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, 3, 1720-1734.

- Feijoo S., B. (2006). Prevención general positiva. Una reflexión en torno a la teoría de la pena de Günter Jakobs. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 59, 111-134.
- Ferrajoli, L. (1995). *Teoría y razón. Teoría del garantismo penal*. Trotta.
- Ferrajoli, L. (2008). La teoría del derecho en el sistema de los saberes jurídicos. En L. Ferrajoli, J. Moreso & M. Atienza (Eds.), *La teoría del derecho en el paradigma constitucional* (pp. 117-132). Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- García E., J. (2000). ¿Dogmática penal sistémica? Sobre la influencia de Luhmann en la teoría penal. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (23), 233-264.
- Gimbernat O., E. (2009). *¿Tiene un futuro la dogmática jurídico penal?* ARA Editores.
- González V., M. (2005). El hombre como fin en sí mismo en el pensamiento de Robert Spaemann. *Revista de Humanidades*, 11, 59-70.
- Guibourg, R. (1998). Luigi Ferrajoli y el utilitarismo penal reformado. *Analisi e Diritto*, 115-130.
- Günter, K. (2007). El desafío naturalista para el derecho penal de la culpabilidad. *Revista de Ciencias Penales de Costa Rica*, (25), 1-25.
- Ippolito, D. (2011). La filosofía penal de las luces entre utilitarismo y retribucionismo. *Revista Nuevo Foto Penal*, 7(77), 116-129.
- Jakobs, G. (1997). *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Marcial Pons – Ediciones Jurídicas S.A.

- Jakobs, G. (2006). *Moderna dogmática penal. Estudios compilados*. Porrúa.
- Jiménez R., M. (2013). El hombre como fin en sí: una aproximación kantiana a la idea de persona. *Teorder*, (13), 14-33.
- Luzón P., D. (2012). *Lecciones de Derecho penal, Parte general*. Tirant Lo Blanch.
- Mesa V., J. (2008). *Funcionalismo radical de Jakobs en Colombia*. Universidad la Gran Colombia.
- Mir P., S. (2006). *Derecho penal, parte general*. Reppertor.
- Miró L., F., & Bautista O., R. (2013). *¿Por qué cumplimos las normas penales? Sobre disuasión en materia de seguridad vial*. Universidad Miguel Hernández de Elche.
- Moledo, F. (2019). El concepto kantiano de la dignidad humana y la respuesta de Kant a la acusación de formalismo. En A. Bavaresco, E. Pontel & J. Tauchen, (Coords.), *De Kant a Hegel: leituras e actualizacoes* (pp. 77-89). Fi.
- Peláez M., J. & Quintero J., R. (2022). *Esquemas del delito. Requisitos para la existencia de una conducta punible*. Tirant lo Blanch.
- Polaino N., M. (2005). Dimensiones básicas del funcionalismo jurídico-penal: algunas consideraciones críticas. *Derecho Penal y Criminología*, 26(79), 33-45.
- Polo B., C. (2022). *El utilitarismo*. Universidad de Cartagena.
- Ramírez L., E. (2015). *Configuraciones del derecho penal en Colombia*. Universidad Libre.
- Real Academia Española. (2023). *Diccionario de la Lengua Española*. <https://dle.rae.es>

- Reale, G., & Antiseri, D. (1995). *Historia del pensamiento filosófico y científico. Tomo tercero. Del romanticismo hasta hoy*. Herder.
- Roxin, C. (1997a). *Política criminal y nuevo derecho penal*. J.M. Bosch Editor.
- Roxin, C. (1997b). *Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Civitas.
- Roxin, C. (2010). De la dictadura a la democracia: tendencias de desarrollo en el Derecho penal y procesal penal alemán. *Cuadernos de política criminal*, (100), 7-28.
- Ruiz M., A. (2013). Ferrajoli y la democracia. *Anuario de Filosofía del Derecho*, (29), 193-213.
- Ruiz, C. (2021). Descripción de la crítica penal al concepto de culpabilidad funcional de Günter Jakobs. *UNACiencia: Revista de Estudios e Investigaciones*, 14(26), 36-46.
- Schünemann, B. (1991). *Sistema moderno de derecho penal*. Tecnos.
- Silva S., J. (2012). *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. B de F.
- Sotomayor A., J. (1996). Consideraciones sobre el principio de culpabilidad y la responsabilidad penal del inimputable. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, (93), 108–121.
- Sotomayor A., J. (2023). *Teoría de la culpabilidad penal. El concepto de culpabilidad y su evolución*. Universidad Eafit.

- Sotomayor A., J., & Tamayo A., F. (2017). Dignidad humana y derecho penal: una difícil convergencia. Aproximación al contenido constitucional de la norma rectora del artículo 1 del Código Penal colombiano. *Revista de Derecho*, (48), 21-53.
- Tasset C., J. (2021). La ética utilitarista de Jeremy Bentham: del ser al deber ser. *Télos: Revista Iberoamericana de Estudios Utilitaristas*, 24(1-2), 1-14.
- Varona G., D. (2001). El miedo insuperable ¿Una eximente necesaria? Reconstrucción de la eximente desde una teoría de la justicia. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (7), 139-176.
- Velásquez V., F. (2009a). *Derecho penal: parte general*. Librería Jurídica Comlibros.
- Velásquez V., F. (2009b). Del funcionalismo normativista al derecho penal de la integración. *Cuadernos de Derecho Penal*, (1), 7-34.
- Velásquez V., F. (2020). *Fundamentos de derecho penal. Parte general*. Tirant Lo Blanch.
- Von Schirach, F. (2011). *El etíope*. Salamandra.
- Welzel, H. (1976). *Derecho penal alemán*. Jurídica de Chile.
- Zaffaroni, E. (1982). *Tratado de derecho penal*. Ediar.