
LA “IMPRUDENCIA EVENTUAL” EN LAS SOCIEDADES DE RIESGO. EPISTEMOLOGÍA DE LA INCERTIDUMBRE Y “VERDAD SUBJETIVA” DE LA IMPRUDENCIA,

GABRIELE CIVELLO

P. LUIGI CORNACCHIA, UNIVERSITÀ DEL SALENTO
TRADUCCIÓN: BEATRIZ ROMERO FLORES

¿Se puede proponer en el siglo XXI una reconstrucción de la imprudencia penal fundamentándonos en el *verum* metafísico de la tradición filosófica realista-conceptualista?

El libro en cuestión tiene como objetivo sugerir soluciones dogmáticas, respecto a la fundación de la responsabilidad imprudente, forjadas en la *adaequatio ad rem* del pensamiento clásico: un proyecto que pretende recuperar las instancias fundamentales de lo que hoy, de manera polémica, e incluso con verdadero sarcasmo, se califica como “pensamiento fuerte”.

En primer lugar, la obra comienza con una consideración muy crítica del *derecho penal del riesgo post-moderno*.

En concreto, *post-moderna* es la idea según la cual los conceptos jurídicos no tendrían ningún contenido veritativo, sino que no serían más que meras construcciones artificiales funcionales para exigencias situacionales. Por ejemplo, la distribución de la responsabilidad, el hecho de encontrar a los culpables, a cualquier precio, frente a sucesos que impactan emotivamente a la colectividad, también a través de la amplificación realizada por los medios de comunicación (resultado de un proceso de conversión de la realidad de la justicia penal- así como de otras muchas- en un puro reality, respecto al cual establecer quién es el responsable se convierte en una cuestión puramente “escénica”).

De manera polémica con el proceso de progresivo empobrecimiento del contenido de la imprudencia, en especial de sus rasgos más personales, se denuncia la excesiva normativización de la imprudencia- reducida a un puro incumplimiento del deber de cuidado- y la consiguiente depreciación de su dimensión subjetiva esencial.

Estas interpretaciones no solo tienen un significado dogmático, sino que representan uno de los aspectos de la connotación general, marcadamente instrumental, de las categorías “personales”, a las que el sistema atribuiría un sentido, construyéndolo en razón de la implementación de intereses extrajurídicos. Por ejemplo, la necesidad política de legitimar la justicia penal frente a la sociedad, y en especial a las víctimas y los entes exponenciales que se hacen portadores de sus intereses.

De hecho, la imprudencia penal tiende cada vez más a confundirse con la civil, derivada del ámbito de los seguros o indemnizaciones (o de pura distribución de la res-

ponsabilidad)- y a derivar, incluso, en modelos de “gestión político-administrativa del riesgo (*erga omnes* y...“aleatorio”.... según las palabras del Autor).

No se trata únicamente de distorsiones aplicativas de la praxis de los Tribunales, sino que nos encontramos ante una verdadera *mutación genética de la imprudencia*, llevada a cabo por la *law in action*, en virtud de la cual el riesgo modifica la dimensión cualitativa de la misma imprudencia.

2. Lo que el Autor califica como “imprudencia eventual” consiste en un paradigma de responsabilidad, que surge de la evolución jurisprudencial de los últimos tres decenios, centrado en el riesgo, verdadero fulcro del comportamiento ilícito.

Imprudencia eventual (es decir, sin ningún contenido de voluntariedad, paralelo al dolo eventual, reducida a una mera conexión pseudo-intelectual con un dato estocástico: frente a sucesos catastróficos (también desplazados espacial y temporalmente más allá de cualquier relación de contigüidad con el agente), no sería necesaria la previsibilidad del resultado *hic et nunc*, de cara al juicio de responsabilidad penal, sino que sería suficiente la previsibilidad del riesgo o más bien la *imposibilidad de excluir la verificación de cualquier resultado de daño*, incluso si no se puede prever en ese caso concreto, cuando el mismo “no poder excluir” se sitúe en un nivel puramente virtual.

Para el reproche es suficiente la mera yuxtaposición de causalidad material y violación preventiva: cuando la causalidad se declina en *sentido estadístico-epistemológico*; y las normas de cuidado que ponen en evidencia son *reglas de pura contención del riesgo, idóneas para reducir la probabilidad y la frecuencia*.

Una concepción difundida por la lógica del *principio de precaución* – arraigada en la *epistemología de la incertidumbre* – respecto a resultados dañosos aunque no sean ciertos científicamente ni se puedan individualizar de manera preventiva y específica, que sirve – en modo más o menos explícito- para colmar presuntas lagunas de tutela.

Come subraya con acierto el Autor, sólo el poder legislativo y ejecutivo puede seleccionar con decisión política *erga omnes*, cuál de entre los diferentes comportamientos alternativos, con una peligrosidad igualmente dudosa, es obligatorio. En el caso de que falte esta determinación normativa explícita, debido a una carencia generalizada de conocimientos fiables, no se puede atribuir de manera generalizada la responsabilidad jurídica por consecuencias no previsibles, porque si no “se descargaría patológicamente en el desafortunado sujeto toda la □carga□ de incertidumbre y de *déficit cognoscitivo* (*déficit* que, sin embargo, debería cargar fisiológicamente sobre toda la humanidad)”.

La aplicación de la lógica de la precaución a la responsabilidad penal implica el riesgo de violación del principio de legalidad y responsabilidad penal, y también, y en primer lugar, del principio de *igualdad*: la responsabilidad se convierte, entonces, en una lotería por la cual, de manera discriminatoria, y sobre la base del *versari* (en sentido literal: el “hallarse allí”) se le imputa a alguien un suceso fortuito o el producto de la responsabilidad difundida de muchos.

3. La “imprudencia eventual” surge como expresión emblemática de un verdadero *neo-moralismo anti-ético*, para el cual no tiene relevancia la indiferencia hacia los valores tutelados, sino que se pretende atribuir cualquier elección de la cual deriven consecuencias cuyo riesgo no podía excluirse completamente.

De hecho se asume como responsable una persona por la simple razón de que el acto haya originado consecuencias perjudiciales: no se castiga una conducta injusta, sino una conducta centro de imputación de consecuencias lesivas, mediante una atribución extrínseca de consecuencias a la persona, pero más allá de la ilicitud del acto. La conducta se considera ilícita precisamente por las consecuencias, por las que se individualiza un “chivo expiatorio”. La lógica de la precaución funciona como un instrumento de atribución *formal* de sucesos a quién se encuentra “en el lugar equivocado en el momento equivocado” o desempeña determinados cargos, de manera que la teoría de las posiciones de garantía funciona como mecanismo de legitimación de una responsabilidad de posición pura.

En definitiva, la moderna escisión entre acto ilícito jurídico y moral produce en la realidad aplicativa una extensión indebida del primero más allá de los límites del segundo. En nombre de una exigencia de autonomía, que responde a la lógica de la *ultima ratio*, en el sentido de considerar jurídicamente ilícito solo un segmento de lo que podría serlo moralmente (reservando a la responsabilidad penal un segmento aún más corto), se convierte el reproche penal en un estigma moral ampliado, en función preventiva, por tanto de instrumentalización del hombre (en función disuasiva, o de satisfacción promocionada de las expectativas de las víctimas, a menudo instrumentalizadas, por las lógicas del control social).

4. En concreto, el examen crítico toma en consideración, sobre todo, el proceso de “procedimentalización” del deber de cuidado, especialmente en sectores hoy en día especialmente neurálgicos, como el de la seguridad del trabajo, donde a menudo se confunde con las *reglas organizativas, de gestión y procedimiento* no dirigidas a la prevención de resultados determinados.

Además, se censura la praxis jurisprudencial que reduce el incumplimiento del deber de cuidado al mero *error o carencia de valoración del riesgo*, con la consecuencia de incriminar al garante (por ej. el empresario) por *su modo de ser*, por *no haber estado a la altura* de la posición de garantía recubierta, con el riesgo de deslizarse en el derecho penal de autor.

Por lo tanto, la imprudencia se extiende a la falta de previsión de clases de resultados que no son ni siquiera imaginables en el momento de la conducta (sucede así en la jurisprudencia en tema de responsabilidad por exposición al amianto).

De tal modo, el *juicio de concretización del riesgo en el resultado*, por *criterios de delimitación de la punibilidad*, se convierte en *puramente discrecional*, con resultados negativos incluso en el plano de la prevención, dado que, de hecho, el agente tiene que aplicar el deber de cuidado “a ciegas”, sin tener claro ni siquiera cuál es el resultado que debe evitar ni

las modalidades que debe adoptar para evitarlo.

Por otra parte, la incertidumbre cognoscitiva resulta ontológicamente incompatible con una función disuasiva. Esto explica la *ineficacia desde el punto de vista de la prevención general y especial de la pena en los ámbitos más delicados de la sociedad del riesgo*.

Y las normas de cuidado pueden ocasionar, frecuentemente, males peores de los que pretende prevenir, dado que, en situaciones de incertidumbre ninguno puede prever si la norma de cuidado se revelará *ex post* preventiva o, incluso, contraproducente (por ejemplo, la evacuación en caso de posible terremoto o inundación).

Por el contrario, el Autor observa correctamente que, por un lado, la previsibilidad abstracta no puede compensar la ausencia de concreción del riesgo (come ya se ha demostrado por la teoría de la imputación objetiva); por otra parte, la presencia de concreción del riesgo no es suficiente para considerar *in re ipsa* la previsibilidad en concreto del resultado. Además, se rechaza de manera firme la *tendencia a una superposición indebida entre dimensión subjetiva de la previsibilidad y dimensión objetiva de la concreción del riesgo*, que, de otra manera, se transforma en una categoría proteiforme y, por tanto, fácilmente manipulable en vía interpretativa.

5. La segunda parte está dedicada a la consideración de la parábola interpretativa de la “previsibilidad del resultado” en la jurisprudencia, que una vez que ha abandonado la perspectiva psicológica de la previsibilidad del resultado *hic et nunc*, considera suficiente la mera *previsibilidad de la “clase” o del “género” de resultados*, o incluso la “*imposibilidad de excluir un resultado*”, o la “*previsibilidad del resultado límite o del resultado catástrofe*” (según el *worst-case analysis*) o *previsibilidad de un riesgo genérico de (cualquier) resultado*.

Esta es la “*imprudencia eventual*”, caracterizada por la “*transmutación del resultado en el riesgo*”, resultado de la consideración de la epistemología de la incertidumbre como base de la responsabilidad.

6. En la tercera parte el Autor ofrece una interpretación de la causalidad de la imprudencia en términos probabilísticos de mero aumento del riesgo; así como interpretación subjetiva de la exigibilidad de la conducta alternativa diligente, con consideraciones relativas a la falta de adecuación del criterio del *homo eiusdem conditionis et professionis*.

En concreto, más adelante, se pone de manifiesto la imposibilidad de fundar dogmáticamente la evitabilidad de un riesgo, en vez de un resultado. A diferencia del peligro, que se puede aprehender empíricamente como entidad, aunque sea potencial, el riesgo no es otro que “*el resultado de una valoración estadística*”, por lo tanto, puede ser objeto de apreciación mental (por tanto, de previsibilidad abstracta), pero no puede ser “*materiale e inmediatamente evitado*”, en la medida en que no se puede prevenir un porcentaje, una tasa.

Por lo que las medidas adecuadas para “*disminuir el riesgo*” no siempre valen para impedirlo: el principio de precaución, si se utiliza como criterio de imputación, se convierte en funcional para incriminar comportamientos cuando ya se han verificado, en

contraste con los principios de materialidad y responsabilidad personal, en cuanto se le atribuye al sujeto un suceso *fortuito* (además de con los principios de presunción de inocencia, defensa, *nemo tenetur se detegere*).

7. En la *pars costruens* de la obra, se sugiere la recuperación total de la justa dimensión subjetiva de la imprudencia, reconstruida en términos de *voluntad carente, inadecuada, desordenada respecto a las expectativas normativamente tuteladas en vista de la protección de la relación jurídica inter-subjetiva*.

La perspectiva, por tanto, es la de un examen ontológico sobre la naturaleza real de la imprudencia como *vicio de la voluntad*.

A la pérdida objetiva de control sobre factores de riesgo – conocida también en el pensamiento clásico, en la forma de la *akrasia* aristotélica (incontinencia) – siempre se debe unir *una debilidad, o bien, un desorden de la voluntad*, sobre el presupuesto imprescindible del libre arbitrio, de manera manifieste una *indiferencia* por el bien de los demás.

Concebida de esta manera, la imprudencia aflora como desorden e “incongruidad proyectual” de la persona agente respecto al bien de la relación, como vicio del poder, si bien sobre la base normativa de la violación del deber.

Se trata de la *sollicitudo* o *debita diligentia* del pensamiento tomista (v. S. Tomás, STh II-II q 64 a 8c), como obligación de observar toda obligación de cuidado requerido por las circunstancias por la regla áurea para evitar causar perjuicios a otros como efecto colateral de elecciones que podrían ser, en caso contrario, razonables.

El concepto de voluntad, asumido como cardinal en la reconstrucción ontológica de la imprudencia, remite a la distinción- ya aristotélica- entre lo que es *voluntario* – es decir, lo que depende del sujeto porque encuentra en él la causa- y lo que es *intencional* en el sentido de actuación de una deliberación.

Pero para encontrar en el agente la misma causa, el principio de fundación del acto voluntario presupone el conocimiento previo de la realidad, la irrenunciable *raíz cognoscitiva*, que CIVELLO, siguiendo la tradición del pensamiento clásico, considera el verdadero fulcro de la acción. No, por tanto, el conocimiento de cualquier norma de cuidado hipotizable, sino de las “circunstancias concretas en las que se actúa la acción”. Y al agente también le vienen reconducidas causalmente (en el sentido dicho) los actos reflejos, instintivos, automáticos y habituales, aunque carezcan de un sustrato psicológico actual, con tal de que estén soportados por la voluntariedad. Esta última hay que entenderla como un *quid* no reducible a la mera *suitas*, en cuanto está relacionado con base de conocimiento del que dispone el agente.

Imprudencia como *desorden personal del querer*, cuya raíz no es psicológica, sino de conocimiento (y por tanto teórica).

El modelo de imprudencia fundamentado de este modo aparece totalmente incompatible con la institución post-moderna de la “imprudencia eventual”, en la que el resulta-

do no es voluntario, debiéndose reconducir a una ignorancia que no tiene nada que ver con el sujeto, ni con las circunstancias que él conoce o podría conocer (ajena respecto a la “*diánoia* consustancial al sujeto”) sino que, en su caso, se vincula con la *extensión virtualmente infinita de aquellas circunstancias que el agente “no podía excluir”*, por tanto con un dato apofático, indefinido *ex ante*: aristotélicamente leíble como una especie de “vicio no voluntario” deforme, de responsabilidad sin culpabilidad.

Pero el nexo entre conocimiento y acción es imprescindible para que se pueda hablar de reproche. Claramente no se puede considerar que el agente haya manifestado desprecio (dolo) o indiferencia (imprudencia) por el bien protegido, si ni siquiera ha podido “imaginar la puesta en peligro y, por tanto, no era capaz de evitar la lesión”.

8. La crítica a las consecuencias negativas originadas por el hiper-normativismo, de las que parte la lectura ontológica de la imprudencia no cae en el exceso opuesto. El Autor reconoce que, en todo caso, es irrenunciable la dimensión normativa del deber de cuidado, baluarte contra el *psicologismo*, así como contra los resultados intuicionistas e irracionales de la responsabilidad de *tipo de autor*.

Pero según el Autor, la imprudencia normativa es un mero punto de arranque: la violación del deber de cuidado no es más que una *species* del *genus* “negligencia” – mucho más fecunda semánticamente del mero desplazamiento de un estándar preventivo-concepto que se tiene que entender en su verdadero significado como “*voluntad culpable en cuanto defectiva, desordenada, no extendida suficientemente al bien y no adecuada al ser del hombre y de las cosas*”. Además, asume mucho más significado la idea de la resocialización de quien no esté simplemente alejado de un deber de cuidado estándar, sino que haya manifestado claramente un defecto de la voluntad que manifiesta querer colmar..

En definitiva, la concepción ontológica-normativa no reniega de la dimensión deontológica de la imprudencia, sino que la sobrepasa dialécticamente, recuperando el imprescindible nexo realista con el conocimiento, como fundamento de la voluntad, y por tanto, de la acción. Basándose en la superación de la supuesta fractura entre *Sein* y *Sollen*, herencia del kantismo, tal concepción adopta, en cambio, el principio opuesto, siguiendo directamente a Josef Pieper, de la “información del deber por parte del ser”, este último comprensivo de la realidad tanto del sujeto como del objeto (con una separación definitiva de la dualidad cartesiana o generalmente nominalista, entre *res cogitans* y *res extensa*, así como de la dicotomía moderna entre ser y deber ser, entre razón y razón práctica, buscando una soldadura entre dimensión volitiva y veritativa de la imprudencia).

9. La imprudencia como “*incongruencia* del actuar respecto al reconocimiento de la *relacionalidad*” en cuanto vicio o desorden del querer, o bien defectividad intrínsecamente antropológica y, además, orientada a limitar la punibilidad, lleva a cabo, pues, una función eminentemente garantista, confirmada, por otra parte, por la total adherencia-diferencia de los modelos criticados- a los principios constitucionales de legalidad, personalidad, materialidad, ofensividad, reeducación, etc.

10. Imprudencia de riesgo o hiper-normativa del derecho penal post-moderno e nominalista (*culpa nominalis*) versus imprudencia ontológica como vicio de la voluntad (*culpa universalis*).

La perspectiva seguida por el libro es, por tanto, la de redescubrir un modelo de imprudencia ética o natural, que sea el sustrato de la imprudencia jurídica (y que presupone necesariamente la *libertad del querer*): dos momentos que se tienen que distinguir, en cuanto el primero hace referencia al acto posterior, el segundo al significado social de la conducta.

La obra objeto de análisis representa no solo una contribución importante en la perspectiva de poner freno a distorsiones o, incluso, orientaciones desviadas de nuestra jurisprudencia, sino también indica vías de análisis en buena parte aún no exploradas y métodos que podrían utilizarse de manera útil en el estudio de otras instituciones sujetas a una curvatura objetiva análoga, en sentido funcional.

La solución se obtiene desde una óptica realista- por tanto anti-nominalista- de “conjugación *derecho y realidad*” (y de “*servir subsidiariamente a la persona humana*”).

De hecho, se tiene que observar que, a pesar de un perjuicio bastante difundido y superficial, está apareciendo en la actualidad *un renovado realismo de vanguardia*. Más allá del ámbito de la ciencia jurídica, la onda creciente del variado movimiento del nuevo realismo ontológico (Ferraris, Severino, Hilary Putnam, Markus Gabriel) denuncia desde hace ya tiempo sin temor, las implicaciones “deshumanas” del post-modernismo y de la revolución (en realidad anti-) copernicana operada por el relativismo: desde la instrumentalización mediática del espacio público en función del control social, hasta la construcción de paradigmas tan teóricos como fraseológicos, fácilmente manipulables para objetivos hegemónicos análogos, a la sustitución del real con el “realismo”), etc.

Mientras los juristas más sensibles a instancias garantistas, a menudo cegados por las construcciones conceptuales connotadas por la más absoluta desconexión con la realidad (y a veces frágiles frente a las adulaciones de la jurisprudencia que las aplica, en aparente respeto a los trabajos de la doctrina académica), parecen hoy en día reticentes a tomar en consideración las potencialidades abiertas de una dogmática de tipo realista de “pensamiento fuerte”.

En este sentido, el libro de CIVELLO abre perspectivas verdaderamente iconoclastas que, aun manteniéndose en la línea de los principios constitucionales, se muestran idóneas para desmontar pésimas concreciones interpretativas depositadas desde hace ya tiempo.