

Sobre la responsabilidad penal

Rodolfo Mantilla Jácome

SOBRE LA RESPONSABILIDAD PENAL

AUTOR: Rodolfo Mantilla Jácome
FECHA DE RECEPCIÓN: Octubre 4 de 2010
DIRECCIÓN: romaja@hotmail.com

RESUMEN: La presente ponencia es producto de la investigación terminada titulada "Estudio jurisprudencial y doctrinal: sobre la responsabilidad penal" del grupo de hermenéutica jurídica y ha sido presentada y expuesta en el PROGRAMA DE MAESTRÍA EN DERECHO DE FAMILIA, de la FACULTAD DE DERECHO de la UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BUCARAMANGA, el día 23 de abril de 2010.

PALABRAS CLAVES: Derecho penal, Responsabilidad penal, Culpabilismo, Dogmática jurídica, Imputabilidad, Inimputabilidad.

ABSTRACT: The present paper is an investigation's product entitled "Study jurisprudence and doctrine: on the criminal responsibility" from the group of hermeneutics, and this paper have been present and expose on the FAMILY LAW MAGISTER PROGRAM, from the UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BUCARAMANGA LAW SCHOOL, the 23 april of 2010.

KEY WORDS: Criminal law, Criminal responsibility, Guilt, Legal dogmatics, Imputability.

Sobre la responsabilidad penal

Rodolfo Mantilla Jácome

NOCIONES GENERALES

La responsabilidad penal es el compromiso que le cabe a una persona por la realización de una conducta punible. Esto significa que el Estado ejerce el IUS PUNIENDI sobre quien infringe la ley penal previa declaración de su responsabilidad en relación con un concreto comportamiento delictivo.

Se trata de una responsabilidad jurídica lo cual indica que debe estar necesariamente soportada en las normativas constitucional y legal vigentes, las cuales las deben dotar de contenido y señalar sus límites.

Cuando se indaga sobre el significado lingüístico del término –responsabilidad- se encuentra que este es un predicado que alude al estar en cabeza de alguien algo que le genera un compromiso que puede ser una posición (Ha sido designado responsable de contener la epidemia), o una función (Es el responsable de garantizar que no prospere la delincuencia en la región) o una actuación (Tiene la responsabilidad de ordenar el ataque al enemigo) o una obligación (debe pagar los dineros que le fueron prestados), o una consecuencia causal (debe pagar los daños ocasionados con la realización de la actividad peligrosa).

También es usado el término responsabilidad para expresar una característica del sujeto, ya sea en forma de atributo (es una persona responsable en el cumplimiento de sus deberes u obligaciones, que atiende rigurosamente sus compromisos y realiza las tareas a su cargo de manera cuidadosa y puntual) o de defecto (es un irresponsable, no cumple sus compromisos).

Paradójicamente, en derecho estas acepciones últimas tienen un sentido contrario a su significado social, cuando desde el punto de vista jurídico se afirma que la persona es responsable, se está indicando que sobre ella recae un compromiso, si, por el contrario, se afirma que es irresponsable, se le está exonerando de un compromiso. En materia penal la responsabilidad es entonces la afirmación contra el sujeto de merecer reproche penal por la realización de un comportamiento punible y la irresponsabilidad del sujeto es la inexistencia de compromiso en la realización de un acto delictivo y, por ende, ausencia de reproche penal.

ETAPAS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

La construcción conceptual de la responsabilidad penal ha sido un proceso lento, difícil, lleno de contenido y significación dialéctica, desarrollado durante mucho tiempo, que aún no culmina, por lo que no podemos afirmar que es esta una institución plenamente elaborada y de pacífica aceptación. Por ello nos parece necesario precisar las diferentes etapas por las que ha transcurrido la construcción conceptual de la responsabilidad penal.

1. ETAPA PRIMITIVA

Nos referimos a los estadios sociales pre estatales en los que no existía vestigio siquiera de legalidad y en los que el castigo desproporcionado e indiscriminado era aplicado por la víctima, sus parientes o miembros de su grupo, pero no es esa nota de barbarie la que nos interesa resaltar en este momento. Nos interesa sí, enfocarnos en la forma como se asumía o se daba por demostrada la responsabilidad del autor de la conducta estimada dañina.

Es preciso convenir que para el hombre primitivo no existían garantías jurídicas preestablecidas, ni reglas lógicas que le exigieran y permitieran la construcción racional de una responsabilidad del sujeto por el acto. Por el contrario, imperaba al dirimir el conflicto el pensamiento mágico, irracional, cuya característica fundamental era su arbitrariedad, puesto que no exigía ni siquiera una ligazón causal objetiva y lejos estaba de tener la más mínima referencia al contenido de la voluntad del supuesto agresor. **“El hombre es un juguete en manos de una fuerza exterior, privado de toda libertad y espontaneidad”¹**

La no exigencia de una relación causal objetiva como sería en el homicidio la comprobación del acto físico de matar realizado por el agresor, al golpear con una piedra o disparar una flecha, dejaba la cuestión en el plano del pensamiento mágico, que permitía seleccionar al autor y responsabilizarlo por medios irracionales, creencias, opiniones de brujos, oráculos y pruebas de Dios.

De esta etapa que con razón se denomina primitiva, se conocen las reconstrucciones históricas que se han logrado realizar y que asombran por el grado de irracionalidad imperante en los vestigios del derecho penal; así, en ocasiones se llegó a realizar procesos penales para edificar responsabilidad en los animales o en las cosas inanimadas.

Estas hipótesis nos permiten reflexionar sobre la génesis de esta forma de responsabilidad penal que bien podemos denominar responsabilidad penal por el acaecer. El acaso, entendido como el suceso inmotivado e inexplicado, es la forma más primitiva de responsabilidad penal establecida a partir de un acontecer negativo

1 EL DELITO Y LA PENA EN LA HISTORIA DE LA FILOSOFÍA, COSTA FAUSTO, UTEHA, México, página 8.

o perjudicial proveniente de la ira de Dios o de fuerzas superiores que infringían castigos a una persona o grupo de personas.

Se trata entonces de una responsabilidad penal que no se establece siquiera a partir de un nexo causal, por el contrario, le basta una asociación irracional del suceso dañino con la persona, cosa o animal que se estima la causa de la ira sobrenatural.

“Dijo luego Yavé Dios a la serpiente: - Por haber hecho esto, maldita serás entre todos los ganados y entre todas las bestias del campo, te arrastrarás sobre tu pecho y comerás el polvo todo el tiempo de tu vida”-. Génesis 3.

“La justicia de épocas más primitivas no renunciaba a sus rígidas exigencias de retribución aunque el malhechor escapara. Se aplicaba la sentencia in efigie. Si el delincuente había sido condenado a muerte, se fabricaba un muñeco de paja; el artefacto era transportado a la plaza principal de la ciudad, donde se armaba el patíbulo. Allí en presencia de la efigie, se leía solemnemente la sentencia; y luego se ordenaba al verdugo que cumpliera su deber. Sin olvidar una sola de las exigentes normas de su oficio, el verdugo ahorcaba al “condenado”. Únicamente omitían llamar a un médico para que certificara la muerte.”²

Una muestra de los procesos contra objetos inanimados lo relata también Paul Tabori:

“El 8 de abril de 1648, la muchedumbre florentina, que se había revelado contra Savonarola, saqueó el monasterio de San Marcos. Uno de los adeptos del gran reformador echó a vuelo las campanas. Al oír la señal, la gente del monasterio se reunió y resistió un tiempo; al fin la turba triunfó. El resto es historia bien conocida. Pero poca gente sabe que la horrible muerte de Savonarola en la hoguera no satisfizo el espíritu de venganza del partido victorioso. También la campana debía ser castigada. Ese mismo verano los prohombres de la ciudad dieron su fallo. La campana fue retirada de la torre y, arrastrada por asnos, fue paseada por toda la ciudad, mientras el verdugo la azotaba...lo mismo, precisamente, que hicieron los esbirros de Jerjes con el Helesponto.”³

2. ETAPA INCIPIENTE DE LA CAUSALIDAD MATERIAL

En esta etapa de la evolución penal la posibilidad de responsabilizar a algo o a alguien por un suceso negativo o dañino, presenta un notable progreso en el pensamiento humano, en cuanto exige para ello la constatación de un nexo causal material entre el acontecer y aquello que lo produce.

² TABORI, PAUL. Historia de la Estupidez Humana, Ediciones Siglo XX, Buenos Aires, página 144.

³ TABORI, PAUL. Historia de la Estupidez Humana, Ediciones Siglo XX, Buenos Aires, página 146.

Sigue siendo, esta concepción de la responsabilidad penal, propia de un pensamiento primitivo en la medida en que se satisface con la simple ligazón material con lo causado sin realizar ninguna valoración del acto o fenómeno causante que entonces podía provenir de una persona, de un animal o de la naturaleza misma.

El progreso significativo consiste en que en esta etapa se desecha el pensamiento mágico que atribuye el suceso a la ira de fuerzas sobrenaturales para edificar la responsabilidad penal a partir de la verificación de un nexo causal material, la bestia que embistió y mató a alguien, o la piedra que rodó destruyendo una habitación o el hombre que empujó con su cuerpo una tapia derribándola o al perder el equilibrio cae sobre otro lesionándolo.

A pesar de ser un incipiente proceso causal el utilizado para la sustentación de la responsabilidad penal, significa un adelanto en el proceso lógico conceptual del hombre, que si bien aun no distinguía, entre el animal, la cosa o el ser humano causante del evento dañino o negativo, ya exigía la presencia de un hilo conductor, que permitía excluir a aquellos, animales, cosas o personas que no tenían relación material con el suceso.

3. ETAPA DE LA CAUSALIDAD MATERIAL DEL ACTO HUMANO

La distinción entre la actividad proveniente del animal, de la cosa y del ser humano, sólo se pudo realizar a partir de la conquista de conceptos diferenciales tales como la racionalidad y la irracionalidad, que empezaron a marcar una diferencia en la valoración de los comportamientos del hombre y los animales, o lo inanimado para excluir del ámbito del comportamiento los sucesos acaecidos a partir de las cosas.

Esta notable evolución conceptual llevó al pensamiento penal a excluir a los animales y las cosas del mundo de la responsabilidad criminal lo cual si bien hoy nos parece anecdótico, es un histórico logro que sirve como importante referente en la evolución conceptual, para afirmar que a partir de entonces, sólo el hombre fue considerado sujeto capaz de infringir las normas penales y, por tanto, la responsabilidad penal que seguía siendo objetiva en cuanto le bastaba el incipiente nexo de causalidad material, entendida como la simple ligazón entre el comportamiento y el resultado causado, sólo podía recaer sobre el ser humano.

El nexo de causalidad material entre el acto y su resultado, sobre el cual se soportaba la responsabilidad penal del ser humano era un nexo de causalidad físico, plano, objetivo y sin mayor sustancia que la de ser un precario hilo conductor entre el suceso y el resultado, pero sin elementos importantes que permitieran elaborar una teoría del acto ni una revisión del fenómeno causal.

Dicho en forma más clara, no era preocupación del pensamiento penal en esta etapa de su evolución, la libertad del hombre, ni distinguir entre el comportamiento realizado con finalidad, con intención dañina o sin ella, o lo fortuito como el simple acto reflejo del epiléptico, o lo que obedecía a fuerza invencible, el acto del loco o del

inmaduro, o el causado bajo los efectos de fenómenos pasionales o por miedo, para señalar algunos asuntos de interés posterior.

4. ETAPA DEL DESCUBRIMIENTO DEL NEXO SUBJETIVO

La adquisición de conceptos diferenciales por parte del pensamiento filosófico reseñado en la etapa anterior como lo racional, lo irracional y lo inanimado, necesariamente contenía el germen de la concepción del acto humano construido sobre la idea de la libertad y la voluntad, lo cual permitió enriquecer el nexo de causalidad con elementos subjetivos. Al respecto recuerda FAUSTO COSTA, que “El concepto subjetivo de responsabilidad, no bien definido todavía por Platón, comienza a delinearse en Aristóteles merced al sutil análisis que hace de las llamadas facultades del alma”.⁴

El concepto del alma construido, entre otros, por el principio de la racionalidad dentro de la cual están precisamente la libertad y la voluntad, y aunque para el filósofo griego el significado de estos términos era un tanto diferente del que tenemos en la actualidad, puesto que por voluntad entendía más espontaneidad y por libertad a la preelección, le permitieron concebir la idea de la libertad del hombre como algo que se puede lograr obedeciendo a la inclinación natural y permitiendo que la racionalidad domine lo sensible.

Conceptos tales como libertad, determinación, valoraciones del acto humano entre lo rectum y lo honestum, indican que el pensamiento penal ya había logrado desechar la mera responsabilidad objetiva del delito, para iniciar su construcción sobre la idea de la libertad del hombre y su voluntad. Por ello los romanos distinguieron la culpa del hecho físico y en CICERÓN encontramos la máxima que contiene la responsabilidad subjetiva: *nihil indignus esse quam eum qui culpa careat supplicio non carere*⁵ allí está la refinada referencia a lo interno y espiritual del delito, con lo cual desecharon la responsabilidad colectiva.

5. ETAPA DEL OSCURANTISMO MEDIEVAL

Las importantes construcciones conceptuales de los griegos y romanos terminaron eclipsadas por la teoría de delegación divina, construida bajo los auspicios del poder temporal de la iglesia romana, institución que tuvo en AGUSTÍN y TOMÁS DE AQUINO los dos más significativos exponentes de la filosofía cristiana, cuyo pensamiento enmarca el comienzo y el final de la denominada Edad Media.

“Para tener una idea de lo que llegó a ser entonces el derecho penal –sostiene FAUSTO COSTA- basta recordar los juicios terribles en los cuales la crueldad y la

⁴ *EL DELITO Y LA PENA EN LA HISTORIA DE LA FILOSOFÍA*, COSTA FAUSTO, UTEHA, México, página 15.

⁵ CICERÓN, *De Inventione*, II, 33

superstición se daban la mano. Las sabias reglas del derecho romano, sepultadas entre los incendios con los viejos códigos; olvidada la equidad de los antiguos jurisconsultos, invocada sólo la religión para cohonestar las ferocidades más inauditas; todo acto del proceso dirigido hacia el fin de justificar la prevención y de impedir que la disculpa hiciese posible al acusado escapar de la pena. En las ordalías, el prevenido debía agarrar un hierro candente o caminar con los pies desnudos sobre carbones encendidos, o sumergirse en un baño a temperatura elevadísima, por lo que es muy fácil comprender que muy raramente lograba probar su inocencia. Tanto más cuanto que en el caso, poco verosímil, de que superase la prueba, eran interpretados en contra suya ciertos efectos que el experimento producía inexorablemente. Triunfaron los usos más bárbaros. Volvió a tener vigor la venganza privada, resurgieron formas de responsabilidad colectiva y objetiva y fue ampliamente establecido el Talión por los edictos penales, en su significación rigurosa y material.⁶

Al final del medioevo los aportes de TOMÁS DE AQUINO sobre el libre arbitrio y la voluntariedad van a permitir, superada la oscura noche del medioevo por el renacimiento retomar el camino del humanismo penal y de la responsabilidad subjetiva.

6. ETAPA HUMANISTA

El Renacimiento permitió retomar la lucha por los derechos humanos y la construcción del concepto de la dignidad humana los cuales tuvieron importante desarrollo durante el siglo XVIII, tendencia que tuvo notables efectos en el desarrollo de la justicia penal y en la construcción de nuevas estructuras jurídicas que excluyeron los procedimientos crueles e inhumanos y se establecieron garantías para los procesados entre las cuales estaba la posibilidad de defenderse.

7. IMPLANTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL SUBJETIVA

A partir del rechazo a la responsabilidad penal objetiva y la implantación de la responsabilidad subjetiva por parte del derecho penal, lo llevaron a exigir además del nexo de causalidad objetiva, la constatación de los aspectos subjetivos de la acción humana, que le permiten predicar del hombre que delinque, la pertenencia de su comportamiento teleológicamente dirigido, en cuanto obra suya como expresión de su personalidad, la conciencia de la ilicitud de su acción y la exigibilidad como ser social de un comportamiento conforme a derecho. Para FRANCISCO CARRARA la responsabilidad penal es esencialmente responsabilidad moral sustentada en el concepto del libre albedrío; en esas condiciones el hombre responde penalmente en la medida en que actúe contrariamente a derecho, cuando podía y debía actuar conforme a derecho. En ese concepto carrariano se encuentran involucrados

6 *EL DELITO Y LA PENA EN LA HISTORIA DE LA FILOSOFÍA*, COSTA FAUSTO, UTEHA, México, página 49.

elementos fundantes del nuevo derecho penal como la libertad del hombre, que debe tener la opción de ajustar o no su comportamiento al derecho, porque conoce las reglas imperantes y hace ejercicio de su voluntad para actuar.

8. LA DOGMÁTICA JURÍDICA PENAL

Por ello al derecho penal moderno se le conoce como un derecho penal subjetivo o culpabilista y desde la perspectiva dogmática construye el concepto de conducta humana como la acción típica, antijurídica, culpable y punible. Esta estructura delictiva, se mantiene independientemente del contenido de cada uno de sus elementos, lo cual ha sido el escenario de lucha de las diferentes tendencias del derecho penal en los últimos cien años, dogmática clásica, neoclásica, finalista, corrientes estructuralistas y funcionalistas, que han disputado sus aciertos en cuanto a la acción penal y los contenidos del tipo, la antijuridicidad, la imputabilidad y la culpabilidad, dando lugar a interesantes planteamientos sobre la acción, la omisión, los delitos dolosos, la imprudencia, la ubicación del dolo y de la culpa, el tratamiento diferencial del error de tipo y del error de prohibición, la posición de garante en los delitos omisivos y su posibilidad en los de acción, la ubicación de la imputabilidad y los contenidos y límites de la culpabilidad penal entre otros.

9. CONSECUENCIAS DEL CULPABILISMO PENAL EN LA ESTRUCTURA DEL DELITO

Independientemente de estos profundos debates suscitados en la dogmática penal, debe recordarse que a partir de la aceptación del culpabilismo el derecho penal hubo de reconocer la existencia de dos categorías de personas que resultan incursas en su ámbito por la realización de comportamientos penalmente relevantes, lo cual también lleva a esta disciplina jurídica a reconocer dos formas estructuralmente diversas de delitos.

El derecho penal distingue entonces para dar pleno desarrollo al principio de la responsabilidad penal subjetiva entre personas imputables y personas inimputables y por lo mismo tiene también necesidad de reconocer dos formas delictivas con diversa estructura, como son el delito de los imputables y el delito de los inimputables.

10. IMPUTABLES E INIMPUTABLES

Si el derecho penal se soportara en criterios de responsabilidad objetiva, no hubiese tenido necesidad de distinguir entre imputables e inimputables, porque entonces no tendría la exigencia del reproche de culpabilidad para soportar la declaratoria de responsabilidad penal, siendo claro que para que pueda hablarse de culpabilidad penal y especialmente de reproche de culpabilidad el sujeto activo del delito en el momento de la realización del mismo debe poseer la condición personal de

imputable, que se concreta para ese momento de realización delictiva en la capacidad para comprender la ilicitud de su conducta y para determinarse de acuerdo con esa comprensión.

11. EL DELITO DE LOS IMPUTABLES Y EL DELITO DE LOS INIMPUTABLES

Al distinguir entre personas imputables e inimputables, también debió reconocer diferencias entre el delito cometido por unos y otros, por cuanto el delito de los imputables es conducta típica, antijurídica, culpable, que tiene como sanción una pena, como consecuencia del reproche penal que le cabe al delincuente por haber actuado contrariamente al derecho, cuando debía y podía actuar conforme a derecho o, lo que es lo mismo, actuó con conciencia de la antijuridicidad de su conducta y le era exigible un comportamiento adecuado a derecho; mientras que el delito de los inimputables es conducta típica y antijurídica que tiene como sanción una medida de seguridad, en razón de que sobre este sujeto no puede recaer juicio de culpabilidad, en cuanto su condición personal en el momento de la realización de su conducta delictiva le impedía comprender la ilicitud de la misma o determinarse de acuerdo con esa comprensión, razón por la cual no puede ser reprochado ni castigado; sólo por motivos de peligrosidad social se le somete a una medida de seguridad para curarlo cuando ello es posible, hacerlo socialmente inocuo cuando no es posible curarlo o rehabilitarlo o socializarlo según el caso.

12. LA POLÍTICA CRIMINAL Y LOS INIMPUTABLES

La necesidad de distinguir entre sujetos imputables e inimputables hubiese podido ser manejada de una manera sencilla y práctica por el derecho penal, si por política criminal se hubiese decidido la exclusión de los inimputables de su ámbito de acción, una vez comprobada su condición personal frente a la conducta realizada.

Esta posición la planteó el maestro CARRARA que consideró en su maravillosa exposición doctrinal, que el derecho penal sólo se ocupa de las personas normales, derivando el manejo de las anormales, entiéndase inimputables, a las autoridades administrativas. Esta postura obedecía al rigor lógico del planteamiento carrariano, que encontraba al anormal ausente de libertad para actuar.⁷

Desde la perspectiva de la política criminal se ha preferido mantener a los inimputables en el ámbito del derecho penal como regla general con alguna o algunas excepciones, como ocurre en el derecho penal colombiano que excluye de su control a los menores de catorce años, quienes no pueden ser judicializados y de

7 REYES ECHANDÍA, ALFONSO. Derecho Penal .Parte General. Editorial UEC. 1980 página 22 “Los anteriores presupuestos llevan a la conclusión, aceptada y preconizada por la escuela, de que los enfermos de la mente y los menores de edad, no poseyendo la capacidad de valorar la licitud o ilicitud de su conducta, son irresponsables y de que las medidas asegurativas que puedan aplicárseles, siendo de naturaleza policial, no forman parte del derecho penal.”

su comportamiento irregular debe ocuparse administrativamente el Instituto Colombiano del Bienestar Familiar.

13. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS INIMPUTABLES

Al primar la decisión de mantener a los inimputables en el derecho penal e imponer su judicialización y la posibilidad de sancionarlos penalmente, el derecho penal enfrenta dos grandes problemas, uno es el relativo a la responsabilidad y otro es el concepto de acción de su conducta delictiva.

“El término responsabilidad, debe entenderse como sujeción del agente a las consecuencias jurídicas del hecho punible cometido; una persona es penalmente responsable cuando ha realizado hecho delictivo o contravencional; ahora bien, si tal sujeto es imputable se impondrá pena y si es inimputable, se le aplicará medida de seguridad. Dedúcese de este planteamiento que en nuestro derecho positivo, imputables e inimputables son penalmente responsables, pues que ambos están sujetos a las consecuencias legales del hecho punible cometido”.⁸

En cuanto a la responsabilidad penal de los inimputables, se tiene que esta sigue siendo responsabilidad penal objetiva, soportada en criterios peligrosistas, por cuanto ya se ha señalado que las personas inimputables no pueden recibir el juicio de reproche penal derivado de un actuar con culpabilidad.

Los inimputables no tienen capacidad de actuar con culpabilidad, su condición personal en el momento de realizar su conducta delictiva, les impide comprender la ilicitud de su comportamiento o el poderse determinar de acuerdo con esa comprensión, por lo que no es posible reprocharles el que hayan actuado contrariamente a derecho, porque dada su anormalidad no podían actuar conforme a éste.

14. INCONSTITUCIONALIDAD DEL TRATAMIENTO PENAL DE LOS INIMPUTABLES

Desde la perspectiva de la responsabilidad penal la situación de los inimputables en el ámbito de la justicia penal presenta dificultades, a nuestro juicio insalvables, frente a la normativa constitucional colombiana que en nuestra opinión termina excluyéndolos de la misma.

Los redactores de la ley 599 de 2000, código penal colombiano, aceptan con claridad y realismo la consideración de que los inimputables son responsables penalmente, aceptan también que la conducta punible de estos está conformada por un comportamiento típico y antijurídico, o, lo que es lo mismo, que actúan sin culpabilidad, pero con la posibilidad de reconocimiento en su actuar, de las causales

⁸ REYES ECHANDÍA, ALFONSO. Derecho Penal .Parte General. Editorial UEC. 1980 pagina 254

de ausencia de responsabilidad, siempre y cuando agregamos nosotros que la presencia de ellas no obedezca a la dolencia misma, como sería el caso del “error” del paranoico que cree ver por causa de su dolencia un ataque feroz, cuando se trata del paso apurado de un inofensivo e inerte ciudadano.

Reconoce también el código penal la naturaleza punible de las medidas de seguridad, cuando en el inciso segundo de la novena norma rectora, no tiene dificultad alguna en reconocer que **“Para que la conducta del inimputable sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y se constate la inexistencia de causales de ausencia de responsabilidad.”**

Sostenemos la inconstitucionalidad de las disposiciones reguladoras del tratamiento de los inimputables dentro del código penal, y particularmente lo previsto en la novena norma rectora, soportados en el artículo 29 de la Constitución Nacional, exactamente en su inciso tercero que dispone que **toda persona se presume inocente mientras no se le declare judicialmente culpable**, disposición que establece el rango constitucional, de la responsabilidad penal culpabilista, o del principio de culpabilidad.

Siendo claro que la responsabilidad penal en Colombia es un compromiso que le surge al sujeto por la realización con culpabilidad de un comportamiento violatorio de la ley penal, o como muy bien lo explica el autor español BACIGALUPO: “La realización de una acción típica y antijurídica no es suficiente para generar responsabilidad penal”⁹. Posteriormente reafirma su planteamiento en forma más contundente señalando que “La comprobación de la realización de una conducta típica, antijurídica y atribuible no es suficiente para responsabilizar penalmente a su autor. La responsabilidad penal o responsabilidad criminal depende de que el autor haya obrado culpablemente”¹⁰.

Por ello, a pesar de que el código penal exprese en su segunda norma rectora que queda erradicada toda forma de responsabilidad penal objetiva, el manejo de los inimputables es una muestra inobjetable de responsabilidad penal objetiva, normativa que además resulta contraria a la norma constitucional citada, por lo cual se debe imponer su exclusión del sistema jurídico, lo cual nos llevaría a que el manejo y tratamiento de los inimputables sea un tema de autoridades administrativas y no judiciales, pero desafortunadamente para el derecho penal y para la justicia penal, el rango constitucional del principio de culpabilidad a pesar de ser una de las conquistas del constitucionalismo colombiano a partir de 1991, parece no haber sido incorporado a la realidad, ni por los jueces constitucionales, no por los redactores del código penal, ni por los aplicadores del derecho, ni por sus comentaristas, para desarrollarlo desde el punto de vista de sus consecuencias prácticas fundamentales y para determinar el contenido de cada una de ellas.

9 BACIGALUPO, ENRIQUE. Manual de Derecho Penal, Editorial Temis, Bogotá, 1994, página 89

10 BACIGALUPO, ENRIQUE. Manual de Derecho Penal, Editorial Temis, Bogotá, 1994, página 147

15. LA ACCIÓN PENAL DE LOS INIMPUTABLES

Hemos catalogado este aspecto de la determinación de la acción penal de los inimputables, como el otro problema que junto con el de la responsabilidad penal de estos sujetos, complican la decisión de política criminal de mantener a los inimputables en el ámbito del derecho penal.

Debe recordarse que la evolución doctrinal del derecho penal moderno a partir de la introducción de la dogmática jurídica ha girado en torno al contenido de la acción humana con trascendencia jurídica penal.

Importante resaltar en este debate sobre la acción, en primer término, porque lo demás también es trascendente, **el cometido limitador del concepto de acción “de excluir todo lo que, de antemano e independientemente de la configuración cambiante de los tipos, no se toma en consideración para un enjuiciamiento jurídico penal: así, sucesos causados por animales, actos de personas jurídicas, meros pensamientos y actitudes internas, pero también modificaciones del mundo exterior no sometidas al control y dirección del aparato psíquico, como sucede con los ataques convulsivos, los delirios, etc.”¹¹**

Este significado limitador del concepto de acción, esto es, lo que no es acción penalmente relevante, va a gravitar con mucha importancia en la precisión del concepto de la acción penal de los inimputables, pero antes de adentrarnos en ello debemos recordar los momentos más importantes en la evolución del concepto de acción en materia penal.

Los alemanes, siguiendo a HEGEL reconstruyen el concepto de acción sobre la idea de que el delito es acción, y posteriormente inician la labor de distinción conceptual entre los diferentes elementos estructurales de la conducta punible como la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, pero necesariamente la acción constituye la espina dorsal del delito, dando paso al concepto natural de acción que construyen como la actividad dirigida por la voluntad humana transformadora del mundo exterior. Este concepto natural fue censurado, como lo explica ROXIN -por no ser suficiente frente a reacciones espontáneas, acciones automatizadas o hechos pasionales o bajo embriaguez- también es notoria su insuficiencia frente a la omisión.

La dogmática clásica, a partir de su concepto natural de acción, construyó un concepto de hecho punible en el que lo objetivo estaba en el tipo y en la antijuridicidad, mientras que lo subjetivo se encontraba en el ámbito de la culpabilidad penal manejando de este elemento una concepción psicologista, estudiando el dolo y la culpa en ese estadio subjetivo del delito. La culpabilidad penal tenía como presupuesto en esta construcción dogmática la imputabilidad del sujeto.

Los planteamientos de la dogmática clásica empezaron a tener fisuras por las críticas de lo que posteriormente se ha denominado la dogmática neoclásica que

¹¹ ROXIN, CLAUS. Derecho Penal. Parte General. Editorial CIVITAS. España

censuró la incapacidad de esta tendencia para resolver los problemas de la omisión punible y demostró además que no podía negarse la existencia de ingredientes subjetivos en el tipo penal y referentes subjetivos en la antijuridicidad y particularmente en las causales de justificación del hecho típico, con lo cual no podía ya hablarse en términos absolutos de la separación tajante entre lo objetivo y lo subjetivo en la conducta punible.

Las críticas al concepto natural de acción dieron paso al concepto final de acción que según explica su creador el profesor HANS WELZEL, se basa en “que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever en cierta medida las posibles consecuencias de su actuación, fijarse por ello diversos objetivos y dirigir planificadamente su actuación a la consecución de esos objetivos”.

El finalismo introdujo cambios importantísimos en los contenidos de los elementos estructurales de la concepción dogmática del delito, por cuanto recompuso la tajante división entre lo objetivo y lo subjetivo que había planteado la dogmática clásica, advirtiendo que el injusto penal, esto es la tipicidad y la antijuridicidad tienen componentes objetivos y subjetivos, por lo que reubicaron en forma lógica el dolo, la culpa y los ingredientes subjetivos en el tipo penal y reconocieron las determinaciones subjetivas en la antijuridicidad penal y particularmente en las causales de justificación y construyeron la idea de la culpabilidad no como una teoría psicologista, sino normativa sustentándola en un juicio de reproche que se realiza después de comprobar en el sujeto su imputabilidad, el conocimiento de la antijuridicidad y la exigibilidad de la conducta conforme a derecho, que son los tres elementos que contiene el concepto de culpabilidad para esta tendencia dogmática.

Pero el finalismo también tuvo falencias que terminaron por demostrar su incapacidad para resolver los problemas de la omisión y dificultades para mantener un concepto final de acción unitario, frente a la imprudencia inconsciente. Incluso en algunas formas de delitos comisivos, el concepto final de acción parece no ser suficiente para sustentar algunas modalidades de estos como ocurre en las llamadas acciones automatizadas, de común ocurrencia en los delitos de circulación, que son indudablemente acciones, pero en ellas falta un control consciente..¹²

Por ello le asiste razón a ROXIN cuando señala la necesidad de manejar un concepto de acción que logre ser sustento de todas las formas delictivas (acción, omisión, dolosas e imprudentes) y además que permita establecer también aquello que no es acción relevante para el derecho penal, por lo que este autor la entiende como **manifestación de la personalidad**, (como centro anímico-espiritual de acción) para indicar que es acción todo aquello que se le puede atribuir a un ser humano como obra suya.¹³

12 Las notas relativas el concepto de acción encuentran su fundamento en ROXIN, obra citada 236 a 242.

13 ROXIN, Claus, obra citada. Página 252

16. CONDUCTAS PENALMENTE NO RELEVANTES DE LOS INIMPUTABLES

Solo se puede precisar la imputabilidad en cada caso concreto, cuando se haya demostrado la existencia de una acción que manifestando la personalidad del autor sea penalmente relevante; si la conclusión es contraria, el asunto debe resolverse por la vía de la atipicidad penal, sin que en tal hipótesis sea menester profundizar el contenido de los restantes elementos de la estructura delictiva.

Pero además de ello la solución del asunto por la vía de la atipicidad por ausencia de acción típica o por la vía de la inimputabilidad por incapacidad la ilicitud de la conducta o de determinarse conforme a esa comprensión, depende del concepto de acción que se adopte, por lo que deben ser diferentes las soluciones que se dan desde la perspectiva de la dogmática clásica, de la neoclásica, de la finalista o de la pos-finalista, presentándose interesantes cuestiones cuya solución debe procurarse.

17. ATIPICIDAD DE ALGUNOS CASOS RELATIVOS AL COMPORTAMIENTO DE LOS INIMPUTABLES DENTRO DEL CAUSALISMO CLÁSICO

Por no pertenecerle como expresión de su personalidad, bajo la perspectiva de la dogmática clásica se excluyen por atipicidad los asuntos ubicados en el ámbito de lo fortuito y aquellos en que se constate que estos no son objeto de su propia decisión como los supuestos de actividad muscular no dependiente de la corteza cerebral y en los casos de involuntariedad.

No existe, por el contrario, dificultad alguna para entender que son expresión de la personalidad del sujeto los actos realizados por una persona inmadura psicológica, trastornada mental o socioculturalmente diversa; pero es dudoso afirmar que algunos de los actos provenientes de una persona trastornada mental sean el fruto de su propia decisión, como ocurre con el sonambulismo en el cual el sujeto actúa por razones de su dolencia en forma automática en condiciones de absoluta involuntariedad, situación que entonces tendrá que ser resuelta no por la vía de la inimputabilidad penal, sino en sede de atipicidad penal por ausencia de acción, a pesar de que se trate de un fenómeno tradicionalmente entendido como generante de inimputabilidad.

Sin embargo, los casos que deben resolverse por la vía de la atipicidad penal, relativos a la ausencia de la propia decisión del sujeto son residuales, porque en la mayoría de las hipótesis el inmaduro psicológico, teniendo problemas de comprensión o de determinación, cuando actúa en el ámbito del derecho penal, lo suele hacer con decisión propia; lo mismo dígase de la persona con dificultades provenientes de diversidad socio cultural y de la mayoría de los casos de personas con trastorno mental, como ocurre con el esquizofrénico, que seguro de ser enviado de Dios y creyendo cumplir sus órdenes da muerte a los pecadores. En estos casos, existe una decisión propia, motivada ya sea por incapacidad, por enfermedad

mental, o por diversidad socio cultural, pero la acción como tal, desde la perspectiva de la dogmática clásica surge plena y suficiente, para satisfacer el requerimiento de un acto humano penalmente relevante, porque además las referencias típicas a determinada subjetividad son resueltas por la dogmática clásica como elementos propios de la culpabilidad.

Mayor grado de dificultad presenta el manejo de los comportamientos omisivos (omisión propia y comisión por omisión) desde la perspectiva de la dogmática clásica cuyo concepto de acción (acto voluntario transformador del mundo exterior) parece no tener los suficientes elementos para fundamentar la no acción (con relevancia penal) del sujeto incluso en las personas imputables, por lo que tratándose de la conducta punible omisiva de los inimputables la cuestión se torna más problemática, de ahí que algunas de estas hipótesis deban resolverse en sede de atipicidad penal por ausencia de acción penal relevante, porque en tales circunstancias no puede afirmarse que este comportamiento obedece a la propia decisión del sujeto que actúa en condiciones de inimputabilidad por no tener la capacidad para comprender o para determinarse, como ocurre en el caso del guarda vías, que en el preciso instante en que debe actuar para evitar el choque de las máquinas, está sufriendo un proceso alucinatorio, o padece una laguna propia de la embriaguez patológica, casos en los que no podemos afirmar que se trata de un acto voluntario, esto es, que se trata de su propia decisión, precisamente cuando es evidente que el sujeto omite el hacer al que estaba obligado, por su ruptura patológica con la realidad y no por su propia decisión; como tampoco puede considerarse acción penalmente relevante, por las mismas razones expuestas, el comportamiento de la madre que sufriendo un trastorno severo de memoria, desconoce a su hijo recién nacido, no asumiendo su obligación de alimentarlo por lo que éste muere.

El concepto de acción de la dogmática clásica ha tenido dificultades para resolver lo relativo a la tentativa como dispositivo amplificador del tipo penal, por cuanto para manejar lo concerniente a la tipicidad de la conducta, le basta precisar el aspecto puramente objetivo de la misma, dejando para posterior estudio en sede de culpabilidad, lo relativo al contenido de la voluntad del sujeto en donde revisa lo pertinente al dolo y a la culpa. Esta estructura así planteada por la dogmática clásica, plantea enormes dificultades frente a la tentativa, por cuanto si, por ejemplo, el sujeto disparó sobre su víctima errando el disparo, con los elementos suministrados por la dogmática clásica es evidente que al realizar el ejercicio de adecuación típica, no se sabría donde ubicarlo, si en un acto de amedrentamiento, en una tentativa de lesiones o de homicidio, y para poderlo hacer el operador que actúe dentro de esta concepción dogmática, tendrá que ir primero al mundo conceptual de la culpabilidad, para escudriñar el contenido de la voluntad del sujeto y saber de esa manera qué era lo que éste se proponía, si asustar, lesionar y matar y con ese conocimiento si realizar el proceso de adecuación típica. Este procedimiento intelectual del operador que realiza la adecuación típica si bien resulta un poco aparatoso, es posible realizarlo y de hecho es así como se realiza cuando se maneja esta concepción dogmática, siempre y cuando se trate de un sujeto imputable, pero si se trata de un sujeto inimputable, este ejercicio de averiguar el contenido de la voluntad del sujeto

en sede de culpabilidad, es conceptualmente imposible, por cuanto los inimputables no actúan con culpabilidad y dentro de la dogmática clásica tampoco actúan con dolo ni culpa; por lo que para esta concepción dogmática la tentativa del inimputable solo puede resolverse por la vía de la atipicidad penal, por no contar el interprete con los datos necesarios sobre la acción del sujeto para realizar correctamente la adecuación típica.

18. ATIPICIDAD DE ALGUNOS CASOS RELATIVOS AL COMPORTAMIENTO DE LOS INIMPUTABLES DENTRO DEL CAUSALISMO NEOCLÁSICO

Debemos recordar que las críticas a la dogmática clásica partieron de los denominados neoclásicos, que si bien mantuvieron en lo esencial el sistema anterior, formularon observaciones que significaron grietas al sistema que anunciaron su derrumbe, tarea que le había de corresponder al finalismo penal.

Como lo hemos señalado anteriormente, todas las revisiones dogmáticas, partieron de la revisión del concepto de acción penalmente relevante, así los neoclásicos empezaron por advertir la insuficiencia del concepto natural de acción de los clásicos, frente a los ingredientes subjetivos del tipo penal y los factores determinantes de esa misma naturaleza en la construcción de la antijuridicidad penal, lo cual significó la negación de la naturaleza absolutamente objetiva de la acción en el ámbito del injusto penal (tipicidad y antijuridicidad).

Estos hallazgos realizados por los neoclásicos plantean también dificultades para la consideración de las conductas de los inimputables; expliquemos por qué:

Como se sabe, los denominados ingredientes subjetivos del tipo penal están conformados por aquellas referencias de naturaleza psíquica, que deben acompañar como motivación del acto al sujeto en la realización de su comportamiento y que expresan una intencionalidad relevante para la necesaria integración del tipo penal, tal como lo exige el mismo legislador para cumplir a cabalidad el requisito de seguridad jurídica exigido por el principio de legalidad en la descripción de los tipos penales. Son ejemplos de estos ingredientes subjetivos, el ánimo de lucrarse que aparece en los delitos de los proxenetas, en el hurto, en la extorsión, en las defraudaciones, etc.

Los ingredientes subjetivos no hacen parte del dolo, sino que constituyen una referencia subjetiva o motivación relevante que empuja o incita a la acción.

En algunos casos los ingredientes subjetivos integran el tipo básico y en otros cumplen tareas de agravación o atenuación punitiva, por lo que en los casos en que el ingrediente subjetivo se requiera para la integración del tipo básico, su ausencia hará la conducta atípica; si se trata de hipótesis en las que juega papel agravante o atenuante, su ausencia mantendrá la tipicidad básica pero hará imposible el reconocimiento de la agravante o atenuante.

Nos parece que en relación con los tipos penales que exigen la comprobada motivación del sujeto o un propósito específico como única forma de realización de la conducta típica y antijurídica, o, lo que es lo mismo, el cumplimiento del injusto penal, existe dificultad en algunos casos para admitir su plena adecuación por la inexistencia del ingrediente subjetivo o, por lo menos, su difícil comprobación cuando se trata de un sujeto inimputable. Un ejemplo nos puede servir para explicar esta situación: si un sujeto paranoico le arrebató el reloj a una persona con la idea de que se trata de un peligroso artefacto con el que su propietario logra controlar la voluntad de las personas e imponerse de sus pensamientos e ideas, caso en el cual la conducta surge atípica, por la comprobada inexistencia del ingrediente subjetivo que se refiere al propósito de obtener un provecho; pero, además, en muchos casos no es posible siquiera establecer la motivación, cualquiera que ella sea, dado el caos psíquico de un trastornado mental, como el caso del retardado mental que al ingresar a un gran almacén ve un objeto que le atrae y lo toma para sí, es indudable que desde el punto de la concepción neoclásica habrá realizado una acción en cuanto inervación muscular, pero no con la motivación requerida, por lo que su comportamiento no puede surgir típico en razón a que el ingrediente subjetivo, esto es, el propósito de obtener un provecho ilícito, es una motivación psicológica que necesariamente ha debido ser aprendida, lo cual no ha podido hacer el retardado mental, quien seguramente toma para sí el objeto, obedeciendo más a una punición fisiológica de origen tisular, por lo que es imposible afirmar que éste realizó su comportamiento con la intelectualidad y la voluntad requerida para tener el propósito de obtener un provecho ilícito. Por ello, en un caso como estos el asunto debe resolverse por la vía de la atipicidad y no de la inimputabilidad.

Además existen ingredientes subjetivos que exigen una mayor elaboración mental y una mejor conceptualización del quehacer criminal, que difícilmente pueden llegar a cumplir en general las personas inimputables. Como ejemplo de estos sofisticados ingredientes subjetivos, encontramos **el propósito de alterar las condiciones del mercado**, en el daño de productos agrícolas, materias primas o industriales.

19. ATIPICIDAD DE ALGUNOS CASOS RELATIVOS AL COMPORTAMIENTO DE LOS INIMPUTABLES DENTRO DEL FINALISMO

El proceso de revisión de la dogmática clásica fue culminado por el finalismo tal y como ya lo señalamos anteriormente, al platearse la acción final, que se construye sobre el presupuesto del saber causal del sujeto y la adecuada escogencia de la finalidad de su actuación y de los medios para lograrlo, llevaron a los finalistas a revisar el contenido de los elementos estructurales de la conducta punible para hablar de aspectos objetivos y subjetivos en el injusto penal (tipicidad y antijuridicidad de la conducta) por lo que construyeron conceptos hoy vigentes como el del tipo objetivo y el tipo subjetivo; dentro de este último incluyen como parte de la tipicidad el dolo, la culpa y los ingredientes subjetivos del tipo penal.

Dentro del finalismo y frente al comportamiento de los sujetos inimputables siguen existiendo dificultades en la delimitación entre incapacidad de acción y la

incapacidad de culpabilidad o inimputabilidad. Como lo reconoce CLAUS ROXIN, “la distinción no es fácil de hallar, particularmente en los supuestos de estados pasionales intensos y de embriaguez sin sentido, pero tampoco en los de estados hipnóticos y poshipnóticos y dependen también de qué concepto de acción se adopte.

Además existen algunas formas dolosas que exigen por parte del sujeto elaboradas conceptualizaciones y conocimientos específicos, además de un manejo adecuado y riguroso del curso causal del comportamiento que excluyen la realización del mismo por personas inimputables. La misma dificultad se encuentra en la realización de comportamientos culposos de los sujetos inimputables dentro del esquema finalista; así, un retardado mental, cuyos niveles intelectuales se encuentran muy por debajo de los considerados normales, viendo el accionar del arma por su padre, realiza posteriormente, imitándolo, un disparo con el que da muerte a un vecino. Este comportamiento, desde la perspectiva del finalismo, creemos que debe ser considerado atípico por ausencia en el sujeto retardado mental del necesario conocimiento de la acción que desarrolla y de los riesgos que ella implica.

Como puede observarse, son muchas las dificultades que en general plantea el manejo de los inimputables por el derecho penal.

BIBLIOGRAFÍA

BACIGALUPO, ENRIQUE. Manual de Derecho Penal, Editorial Temis, Bogotá, 1994.

CICERÓN, De Inventione, II, 33.

COSTAFAUSTO, El delito y la pena en la historia de la filosofía, UTEHA, México.

REYES ECHANDÍA, ALFONSO. Derecho Penal .Parte General. Editorial UEC. 1980.

ROXIN, CLAUS. Derecho Penal. Parte General. Editorial CIVITAS. España.

TABORI, PAUL. Historia de la Estupidez Humana, Ediciones Siglo XX, Buenos Aires.