

Harold Vega Arrieta**

Aspectos dogmáticos y políticos criminales de la estructura general del delito en el sistema penal colombiano*

Dogmatic aspects and political criminals of the general structure of the crime in the penal Colombian system

Recibido: 20 de diciembre de 2014 / Aceptado: 2 de marzo de 2015

<http://doi.org/10.17081/just.3.27.320>

Palabras clave:

La dogmática, Política criminal y Sistema penal.

Resumen

Un fenómeno complejo y sistemático como lo es el delito, presenta en cada uno de los escenarios que lo componen una serie de problemas jurídicos que tiene repercusiones en la libertad del ciudadano. Es por ello que resulta menesteroso precisar cuál es la postura político criminal del Estado colombiano a cada una de esas preguntas problema. Necesitándose por ende, inferir cuáles son las soluciones dogmáticas contenidas en la Ley 599 de 2000 producto de esa política criminal. Entendiéndose que al determinar esa necesidad de construir un marco teórico como cierto, se reitera de inmediato lo ya sabido: que el Derecho Penal como ciencia, es decir como dogmática, al igual que la prueba son herramientas imprescindibles en un proceso penal.

Key words:

Dogmatic, Criminal policy, Criminal system.

Abstract

A complex and systematic phenomenon as the crime. The crime compose legal problems damage and harm the liberty of the citizen. It's therefore is needy and difficult identify criminal policy position or ideology of the Colombian State to each one problems questions. In this moments is important infer the answer dogmatic in Law 599 of 2000, result of criminal policy and to find the need to build a theoretical framework as some, it's reiterative what is know: Criminal Law as a science, in other words as dogmatic, as proof are essential in the criminal process.

Referencia de este artículo (APA): Vega, H. (2015). Aspectos dogmáticos y políticos criminales de la estructura general del delito en el sistema penal colombiano. En *Justicia*, 27, 42-72. <http://doi.org/10.17081/just.3.27.320>

* El presente artículo hace parte de los resultados del proyecto de investigación terminado "Estudio de la teoría del delito en el sistema penal colombiano", que se adelantó por el autor dentro de la Universidad de la Costa, CUC.

** Abogado. Docente de la Universidad de la Costa. Facultad de Derecho. haroldvegaarrieta@hotmail.com; hvega2@cuc.edu.co

INTRODUCCIÓN

Con entrada en vigencia de la Ley 906 de 2004, se ha pretendido de manera irresponsable por algunos que ostentan ciertas dignidades en la academia y la judicatura de afirmar y difundir que el estudio de la dogmática dentro del proceso penal ya no es aplicable. Es entendible este tipo de posiciones pusilánimes cuando la dogmática ha sido un campo para estos personajes imposible de entender, ya que esta ciencia requiere de estudio y disciplina.

Algunas casandras, como las denominó el maestro Nodier Agudelo Betancur (2013) en el prólogo de la cuarta edición de su libro *Curso de Derecho Penal* (esquemas del delito), advertían que con el advenimiento del nuevo Sistema Procesal Penal solo se iba a hablar de pruebas, y entonces la teoría del delito quedaría totalmente obsoleta. Una apreciación de tan mayúscula ignorancia no tiene ningún asidero, porque cuando en un proceso penal se pretende establecer la ocurrencia de los hechos, estos lógicamente deben ser probados; pero luego de probados, los hechos deben ser valorados.

No es suficiente probar la mera descripción de la realidad, porque de ser suficiente se cometerían graves injusticias en el campo de la igualdad formal y material con la previa o posterior violación del principio de proporcionalidad del acto. Porque no es lo mismo que se hable de un coautor que de un cómplice, o de un cómplice que de un encubridor, ni de un delito consumado que de un delito tentado, o de un delito doloso que de un delito culposo.

No son los distintos operadores judiciales

al interior de un proceso los que construyen de manera pragmática e improvisada el establecimiento de diferencias entre los hechos, es tarea de la cual se encarga precisamente la dogmática a través de un marco teórico donde deben ser encuadrados los hechos que han sido probados para que en una justa proporción jurídica se coloque la respectiva pena o la exoneración de responsabilidad.

Si se pretende alegar una causal de ausencia de responsabilidad penal como la legítima defensa o el estado de necesidad, por ejemplo se debe probar unos hechos que encuadren con los requisitos dogmáticos que se exigen.

No se pretende con la defensa de la dogmática afirmar que esta sea el único escenario de discusión, porque también indefectible de estudio es el escenario de la prueba, siendo hora de abogar por una teoría exacta y precisa de la prueba, no solo en lo que ya es de suma urgencia y preocupación como lo es la construcción de un marco teórico completo en lo que hemos denominado la parte general de la prueba, que a su vez debe nutrirse de parámetros calculables, como por ejemplo en el fenómeno de las inferencias que se hacen de los hechos conocidos con la aplicación de una correcta teoría de la argumentación, diferenciando esta denominada parte general de la prueba de la parte especial, entendiéndose aquella como toda la construcción teórica en que la prueba sea un fenómeno jurídico complejo del cual solo haya dos clases de prueba, la prueba directa y la prueba indirecta y que la parte especial esté compuesta por los llamados medios de prueba como el testimonio, el documento, el

peritazgo, etc., sino que también propendemos con lo denominado por nosotros como materia procesal de la prueba, como por ejemplo en lo que respecta a los descubrimientos probatorios necesarios en la audiencia preliminar de solicitud de medida de aseguramiento, donde se exige por el artículo 308 de la Ley 906 de 2004 una inferencia razonable de autoría o participación, inferencia esta, que al igual que otra inferencia correcta en una democracia civilizada, solo se puede hacer a partir de un hecho conocido, es decir de un hecho probado. Imposible entonces que hagamos inferencias a partir de hechos no conocidos o sea de hechos no probados. Por ende, este ejercicio de inferencia razonable lo debe hacer el fiscal en audiencia pública con elementos materiales que sean descubiertos y que puedan ser objeto de contradicción, al igual que objeto de contradicción debe ser la capacidad de rendimiento que se les pretenda dar a los mismos.

Sin perjuicio que en un próximo artículo se hará referencia a la dinámica de la teoría del delito en el Proceso Penal Acusatorio colombiano (Ley 906/04), se aludirá tangencialmente a esta discusión sin siquiera hacer mención al juicio oral donde las implicaciones dogmáticas son obvias, lo cual haría muy fácil el ejercicio de acreditar nuestra tesis en comento, para ello entonces tomaremos como elemento del ejercicio demostrativo de nuestra posición la denominada audiencia de formulación de imputación como pequeño ejemplo de las implicaciones dogmáticas en nuestro sistema penal.

Se ha sostenido jurisprudencialmente que la audiencia de formulación de imputación es un acto de mera comunicación, pero ese acto de mera comunicación no se puede entender como un mecanismo irresponsable y desleal en el cual no hay que hacer ningún esfuerzo por parte del titular de la acción penal, así tampoco se puede entender que dicho “acto de mera comunicación” no cuenta con el control legal y constitucional del juez de control de garantías. Antes por el contrario, si entendemos que la comunicación al interior de una democracia civilizada tiene que ser asertiva y clara, implica necesariamente que la imputación de cargos está compuesta por dos dimensiones fundamentales, necesarias e insoslayables en que el fiscal se debe hacer entender en esta audiencia preliminar so pena que no supere el control de legalidad y constitucionalidad de la misma por parte del juez de control de garantías.

Por un lado está una primera dimensión denominada imputación fáctica y por otro lado y sumada a aquella hay una segunda dimensión denominada la imputación jurídica.

La imputación fáctica es aquella en la que se debe hacer claridad de las circunstancias de tiempo, modo o lugar de los hechos que la Fiscalía cree que ocurrieron y son motivos de investigación, es decir una descripción de la realidad.

Pero además de lo anterior es indefectible que se haga una clara imputación jurídica, es decir una valoración de la realidad con sus consecuencias punitivas, porque entre otras cosas, la imputación jurídica también tiene que ser clara

para que el ciudadano al que se pretende imputarla entienda, en razón de que esa persona a la que se le imputan cargos debe tener la posibilidad de aceptarlos y eso tiene lógicas repercusiones en la pena o de no aceptarlos saber de manera concreta de qué es lo que se va a defender y si el delito que se le está imputando es o no susceptible de medida de aseguramiento.

Por tanto, si no se cumple con estas dos dimensiones de manera satisfactoria, el juez de control de garantías debe decretar la ilegalidad de la imputación y si la persona está privada de la libertad la consecuencia inmediata es la liberación del que sigue siendo indiciado porque nunca alcanzó la calidad de imputado y la captura aunque previamente se haya decretado legal ya no es eficaz porque no hay cargos por los cuales deba seguir castrándose el ejercicio de la libertad.

Así por ejemplo si a una persona le imputan unos hechos, pero que analizados jurídicamente pueden dar cuenta de un abuso de confianza en la mente del defensor, resulta entonces siempre adicional y necesario escuchar por parte del fiscal la imputación jurídica que puede ser muy distinta a lo que el imputado o su defensor están pensando a la luz de los hechos que el fiscal está narrando y decir entonces el ente acusador que en esos hechos se está ante un hurto calificado por la confianza, lo que de inmediato tiene repercusiones por un lado en la pena y por otro trae como consecuencia que esta imputación jurídica de hurto calificado por la confianza sí es susceptible de solicitud de medida de aseguramiento, situación esta, que no hubiera sido po-

sible si la imputación jurídica hubiese sido por abuso de confianza.

Por otra parte, la correcta o incorrecta imputación jurídica en la formulación de la imputación tiene repercusiones directas en el fenómeno jurídico de extinción de la acción penal denominado prescripción la interrupción de la prescripción de la acción penal.

Por un lado si se decreta la ilegalidad de la imputación el término de prescripción jamás se habrá interrumpido porque recuérdese que es la formulación de imputación legalmente hecha la que interrumpe el término de prescripción de la acción penal, y por otro lado, según sea la imputación jurídica por uno u otro tipo penal o que se haga una imputación de una circunstancia específica o genérica de agravación o atenuación, o la imputación del grado de autoría o participación tendrá repercusiones en el término de la prescripción.

Es por todo lo anterior entre muchas otras razones, que no es este el escenario para sustentarlas todas, que nos oponemos de manera categórica y contundente a afirmaciones de la inaplicabilidad de la dogmática en el Proceso Penal Acusatorio colombiano porque inclusive, es una obviedad decir que con la Ley 906/04 no se refutaron los principios que trae la Ley 599/00 cuando esta misma ley en su artículo 13 afirma:

Las normas rectoras contenidas en este código constituyen la esencia y orientación del sistema penal. Prevalen sobre las demás e informan su orientación.

Obsérvese que el Código Penal Sustantivo Ley 599/00 en el mencionado artículo ni siquiera

ra dice que las normas rectoras de ese estatuto constituyen la esencia y orientación de ese código, sino que esas normas rectoras constituyen la esencia y orientación de todo el sistema penal. Concluyéndose que estas normas permean además de la parte sustantiva, el proceso penal y muchas otras instituciones penales caras para la democracia y el ejercicio de la libertad del ciudadano otras cómo lo es por ejemplo la extradición.

Obsérvese que por no tener en cuenta los principios rectores de la Ley 599/00 se realizó una gran injusticia en contra de los ciudadanos que dieron muerte en Bogotá a un funcionario de la DEA. Estos ciudadanos fueron extraditados a Estados Unidos, a un país extraño, un idioma diferente, lejos de sus familias y sin recursos económicos. En ese caso concreto no era procedente la extradición. No porque ellos no hayan realizado delito, sino porque si bien el Estado está facultado y a la vez obligado con otros países a través de tratados de extradición para extraditar ciudadanos colombianos, esa facultad no es absoluta, el Estado tiene límites materiales y formales a la hora de ejercitar esa facultad, obsérvese que la norma rectora consignada en el artículo 12 del Código Penal así lo prohíbe “*Queda erradicada toda forma de responsabilidad objetiva*”. Es cierto que estas personas mataron a un funcionario de la DEA, con eso se cumpliría con el elemento objetivo de una conducta objeto de extradición. Pero, ¿sabían ellos a quien mataban? Objetivamente dieron muerte a un sujeto de especial protección internacional

lo que en principio hace posible la extradición¹. Pero lo que sí hay que entender es que la extradición también está supeditada al principio rector de responsabilidad subjetiva consignado en la norma rectora del reiterado artículo 12 del Código Penal. Principio que como ya se dijo en el presente caso no fue tenido en cuenta. El artículo 12 CP contiene un principio rector, que según el artículo 13 CP no solo constituye al lado de los demás principios rectores de la Ley 599 de 2000 la esencia y orientación del sistema penal, sino que los principios rectores contenidos en esas 13 normas rectoras prevalecen sobre las demás normas e informan su interpretación. Por tanto el principio de culpabilidad también es un obstáculo a la facultad que se le ha dado al Estado de extraditar compatriotas.

El necesario estudio de la dogmática tampoco va en perjuicio del aprendizaje y enseñanza de las técnicas del juicio oral. Las técnicas del interrogatorio cruzado, tales como saber hacer un interrogatorio directo o redirecto, saber cómo incorporar un elemento probatorio al juicio para que sea tenido en cuenta para decidir, saber cómo hacer un contrainterrogatorio o recontra interrogatorio que permita desacreditar un testimonio o testigo adverso, saber cómo confeccionar un alegato de inicio o de conclusión, saber cómo construir una objeción y que esta sea oportuna, son hoy conocimientos y competencias imprescindibles en el ejercicio profesional.

¹ Cfr. Información en el periódico *El Tiempo*, en la sección de Justicia del 1 de julio de 2014. <http://www.eltiempo.com/politica/justicia/extradicion-de-vinculados-a-la-muerte-del-agente-de-ladea/14191376>

Ante la evidente necesidad de trabajar la dogmática en nuestro Derecho Penal, en este trabajo nos ocuparemos de algunos problemas jurídicos que subyacen al interior de la estructura general del delito y procuramos tomar posición para dar solución a esos eventos dogmáticos y político-criminales.

1. Precisión inicial ¿delito o conducta punible?

La Ley 599 de 2000, actual Código Penal Sustantivo colombiano, al definir lo que es delito, lo trata como una especie de un gran género llamado conducta punible, y este gran género llamado conducta punible a su vez abarca otra especie llamada la contravención, tal como lo predica el artículo 19 del Código Penal:

Las conductas punibles se dividen en delitos y contravenciones.

A su vez el artículo 9° del Código Penal define la conducta punible así:

Para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable (...).

Al practicar un ejercicio de integración entre las normas citadas, se logra inferir de manera inequívoca que al igual que en el delito también en materia de contravención es indefectible un estudio sistemático de las categorías dogmáticas que componen el concepto de conducta punible. Esto implica que para que una conducta del mundo real tenga el apelativo de contravención, debe ser típica, antijurídica y culpable, lo que nos llevaría a concluir una obviedad que no es

tal en la práctica², que en materia de contravención hay también una carga para el Estado de probar las categorías dogmáticas de conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad para entonces sí poder tener legitimidad de imponer una sanción al ciudadano. Luego entonces en materia de contravenciones también se regirá por ejemplo, entre otros, por el principio de proscripción de responsabilidad objetiva, principio de culpabilidad o principio de responsabilidad subjetiva, es decir que habrá que demostrarle al ciudadano además del aspecto objetivo del comportamiento, su aspecto subjetivo como el dolo, la culpa, el ingrediente especial subjetivo del tipo contravencional y/o la conciencia de ilicitud, llevando consigo que el Estado también en materia contravencional debe descartar la presencia de causales de ausencia de responsabilidad como el error de tipo, error de prohibición, miedo insuperable, entre muchas otras, que ya no serán exclusivas a la hora de excluir cualquier categoría dogmática que excluya el delito sino que también podrán excluir una contravención; como cuando un ciudadano en materia contravencional actúa amparado por un estado de necesidad, una insuperable coacción ajena, entre otras, se le reconocerá la causal de ausencia de responsabilidad.

2. Estructura de la responsabilidad penal en Colombia

La responsabilidad penal en Colombia es

² Esto obedece a que en materia de contravenciones no se administra justicia por funcionarios judiciales sino por funcionarios administrativos o de policía.

una responsabilidad penal binaria. Es decir en Colombia tanto imputables como inimputables pueden ser responsables penalmente (C. Const. C-176/93, C-647/01, C.S.J. Casación Penal 27/86 & Sala Plena 8/89). A los imputables se les colocan penas y a los inimputables, medidas de seguridad pero cuando se ha demostrado que son penalmente responsables.

Antes de entrar a establecer una posición respecto a la responsabilidad penal de uno u otro, precisemos el concepto de inimputabilidad que trae nuestro Código Penal.

3. Concepto de inimputabilidad

El artículo 33 del Código Penal colombiano define al inimputable de la siguiente manera:

INIMPUTABILIDAD. Es inimputable quien al momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica, trastorno mental, diversidad socio cultural o estados similares (...).

De semejante norma se podrían inferir unos elementos o requisitos que son todos indispensables para predicar la inimputabilidad de un ciudadano, observándose que en Colombia en materia de inimputables se utiliza el denominado sistema mixto (causa y efecto) de inimputabilidad que es la suma del sistema psicológico (efecto) con el sistema biológico o psiquiátrico de inimputabilidad (causa), es decir que la no capacidad de comprender el injusto o de no poder auto-determinarse en caso de comprenderlo (sistema psicológico) debe ser producto o con-

secuencia de un trastorno mental (transitorio o permanente), inmadurez psicológica, diversidad socio cultural o estados similares (sistema biológico o psiquiátrico).

3.1. Elementos del concepto de inimputabilidad

A continuación enunciamos los elementos que se deben probar para poder acreditar la inimputabilidad:

3.1.1. La realización del injusto: Obsérvese que el punto de partida es que el sujeto haya realizado un injusto cuando el artículo 33 dice:

Es inimputable quien al momento de realizar la conducta típica y antijurídica (...).

Entonces solo cuando se han probado las categorías dogmáticas de conducta, tipicidad y antijuridicidad, o cuando se han descartado que existen causales de ausencia de responsabilidad que excluyan el injusto, como lo son las causales de ausencia de conducta, las causales de atipicidad y las causales de justificación es que se puede entrar a determinar con los elementos teóricos que enunciaremos a continuación si el sujeto es imputable o inimputable.

Es de advertir, como lo demostraremos más adelante, que el predicar que un sujeto al ser calificado como imputable o inimputable no necesariamente es responsable penalmente, porque para serlo se requeriría además, en uno u otro, no solo el análisis de la culpabilidad sino también el de necesidad de pena en los imputables y la necesidad de la medida de seguridad en inimputables. Por consiguiente la mera declaratoria

de inimputabilidad no es *conditio sine qua non* de medida de seguridad.

3.1.2. Incapacidad de comprender la ilicitud del acto o de determinarse de acuerdo a esa comprensión

Este elemento sería el denominado sistema psicológico de inimputabilidad que la doctrina identifica como el efecto y que algunas legislaciones lo utilizan como requisito suficiente de inimputabilidad sin aludir a la causa (sistema biológico), caso contrario a nuestro Código Penal que sí exige la causa y no solo el efecto, cuando manifiesta que esta situación de incapacidad de comprensión o autodeterminación con respecto a la comprensión debe obedecer a ciertas situaciones concretas como la inmadurez psicológica, trastorno mental, diversidad socio cultural y estados similares (sistema biológico) tal como se infiere claramente del artículo 33 del CP de 2000:

Es inimputable quien al momento de realizar la conducta típica y antijurídica no tuviere la capacidad de comprender o determinarse de acuerdo con esa comprensión, por (...). (Subrayado fuera de texto).

3.1.3. La inmadurez psicológica, trastorno mental, diversidad socio cultural o estados similares

Este es el elemento denominado biológico o psiquiátrico que también algunos códigos penales lo identifican con la inimputabilidad misma, pero que en nuestra legislación penal es solo uno de los requisitos de la inimputabilidad y que

debe ser la causa o razón de la no comprensión de la ilicitud del acto o la no autodeterminación de acuerdo a esa comprensión.

3.1.4. Debe haber un nexo entre el elemento biológico y el psicológico

Como ya se ha podido prevenir en la explicación de los anteriores elementos, la no comprensión de la ilicitud tiene que ser necesariamente fruto de un trastorno mental, de la inmadurez psicológica, diversidad socio cultural o estados similares para que el sujeto pueda ser denominado inimputable tal como se infiere de la lectura del artículo 33 en análisis. Entendiéndose entonces que de faltar cualquiera de estos elementos en comento el sujeto será tratado como imputable.

3.2. Los menores de 18 años y la inimputabilidad

Esta es otra problemática que según el maestro Nodier Agudelo Betancur (2002, p. 91) es una excepción a los anteriores requisitos enunciados en el artículo 33 de la Ley 599 de 2000, porque los menores de edad según el ilustre autor siempre son inimputables, ya que en el menor de edad no se utiliza el sistema mixto de inimputabilidad, basta con acreditar la minoría de dieciocho (18) años para estimar la inimputabilidad, concluyéndose por Agudelo Betancur que en el menor solo se utiliza el sistema biológico o psiquiátrico, entendiéndose según este autor que el sistema psicológico, es decir la falta de capacidad de comprender la ilicitud o la falta de autodeterminación ante la posible

comprensión no resulta menesterosa de análisis en el menor de edad, porque está implícita en una ficción legislativa que lógicamente no habría que acreditar.

Nuestra opinión podría concordar con lo anterior en el sentido que en el menor de edad podría decirse que existe una imputabilidad disminuida y por ende, el juicio de reproche o de exigibilidad por parte del Estado debe ser inferior y no solo por factores propios de la madurez que pueda tener un ser humano a esta edad, sino al trato diferencial que en razón de esa inmadurez presunta el Estado hace en muchos aspectos al limitar algunas posibilidades al menor, como cuando por ejemplo el derecho de poder decidir en escoger a sus gobernantes y legisladores, el poder tener capacidad de legislar, el acceso a trabajo digno, etc.; sin embargo la situación del menor de 18 años en materia de inimputabilidad requiere que observemos la normatividad que parecería contradecir esta posición.

Un primer aspecto lo encontramos en principio en el artículo 33. Parece que dicho artículo no trata al menor por ser menor necesariamente como inimputable al decir lo siguiente:

Los menores de dieciocho (18) años estarán sometidos al sistema de responsabilidad penal juvenil.

Y un segundo aspecto se encuentra en tratar de determinar algunas precisiones en la Ley 1098 de 2006, el Código de Infancia y Adolescencia, por ejemplo cuando dice que el menor de 14 años no es responsable penalmente:

Art. 142 (...) Las personas menores de catorce (14) años no serán juzgadas, ni declaradas res-

ponsables penalmente, privadas de libertad, bajo denuncia o sindicación de haber cometido una conducta punible.

Entonces a la luz de este artículo de la Ley de Infancia y Adolescencia podríamos decir que la minoría de 14 años es una causal de ausencia de responsabilidad penal. Esto último podría concatenar en cierta forma con el dicho del maestro Agudelo pero en el entendido que la ley considera que en este menor de 14 años el juicio de reproche es totalmente negativo por falta de capacidad de comprensión que no requeriría comprobación empírica ya que el legislador la fijó en una ficción, trayendo como consecuencia en primer lugar que no admite prueba en contrario y en segundo lugar que dicha inimputabilidad no requiere medida de seguridad.

Continuando con la lectura del precitado artículo encontramos lo siguiente:

(...) tampoco serán juzgadas, declaradas penalmente responsables ni sometidas a sanciones penales las personas mayores de catorce (14) y menores de dieciocho (18) años con discapacidad psíquico o mental, pero se les aplicará la respectiva medida de seguridad. Estas situaciones deben probarse debidamente en el proceso, siempre y cuando la conducta punible guarde relación con la discapacidad.

Obsérvese que cuando un mayor de catorce (14) y menor de dieciocho (18) años tiene discapacidad psíquica o mental y esta discapacidad es determinante en la realización de la conducta punible que el menor realiza, este no será responsable penalmente. Atendiendo lo anterior al principio de proporcionalidad, en el entendido

que si bien al menor de edad que es mayor de catorce (14) tiene un trato diferente en lo punitivo con respecto a los mayores de dieciocho (18), lo que trae entonces que también entre los menores de dieciocho (18) existirían diferencias lógicas entre uno que tenga una disminución de la capacidad psíquica o mental para ejercitar su libertad y otro que no tenga esa disminución. Lo que lleva en ese caso en concreto a un trato diferente por parte del Estado en las consecuencias punitivas, haciéndose en este caso una doble consideración, por un lado que es menor de dieciocho (18) y por otro lado sumado a lo anterior, su enfermedad mental; pero obsérvese que se utiliza en el presente caso un sistema mixto para excluir de responsabilidad a ese menor, que últimas parece una seria contradicción con el concepto de ausencia de responsabilidad penal porque terminan colocándole una medida de seguridad.

En lo que respecta a los menores de dieciocho (18) años y mayores de catorce (14) que pertenezcan a grupos indígenas y demás grupos étnicos observemos el artículo 156 de la ley de infancia y adolescencia 1098 de 2006.

Art. 156. Adolescentes indígenas y demás grupos étnicos. Los adolescentes pertenecientes a las comunidades indígenas serán juzgados según las normas y procedimientos de sus propias comunidades conforme en la legislación especial indígena consagrada en el artículo 246 de la Constitución Política, los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia y la ley. Siempre y cuando la sanción impuesta no sea

contraria a su dignidad, tampoco se permitirá que sea sometido a maltrato ni a vejaciones y se informará a la autoridad judicial sobre la actuación o procedimiento a seguir por parte de la comunidad frente a la medida que sea tomada.

PAR- los niños, las niñas y los adolescentes que se encuentren fuera del ámbito de su comunidad y que cometan delitos, serán sometidos al sistema de responsabilidad penal para adolescentes, sino quieren retornar a sus comunidades de origen.

En este aspecto también el legislador hace un trato diferencial entre los menores de dieciocho (18) años, al permitirles a los adolescentes indígenas de escoger jurisdicción que los juzgue, trayendo como consecuencia que al decidirse por su comunidad para que los castigue, esta tendrá serios límites materiales al ejercicio del *ius puniendi*, lo que puede traer como consecuencia la ausencia de sanción, dado a que las sanciones que acostumbran a imponer los indígenas podrían ir en contra de estos principios.

3.3. *Inimputables e injusto penal*

El injusto en Colombia es el mismo para inimputables e imputables por cuanto la calificación de inimputabilidad o imputabilidad es posterior a la comprobación del injusto tal como se infiere del Art. 33 CP:

Es inimputable quien al momento de realizar la conducta típica y antijurídica no tuviere la capacidad de comprender o determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica, trastorno mental, diversidad socio cultural o estados similares (...). (Subrayado nuestro).

No está demás dejar constancia de la obviedad que los inimputables al igual que los imputables realizan injusto penal.

4. El injusto penal y su concepto

Se entiende que hay injusto penal cuando la conducta del ciudadano logra ser calificada como típica y antijurídica. Pero también hay otra perspectiva para entender el injusto penal, que es cuando se acredita tanto el desvalor de acto como el desvalor de resultado.

En esta última forma de comprender el injusto penal nosotros entendemos por desvalor de acto, una pura infracción normativa. Es decir habrá desvalor de acto cuando se realice una conducta típica y formalmente antijurídica, o en otras palabras habrá desvalor de acto cuando no haya causal de justificación a favor del ciudadano que realiza la conducta típica.

En cuanto al desvalor de resultado es según nuestra posición única y exclusivamente cuando se lesiona o se pone en peligro el bien jurídico tutelado por la ley penal. Por consiguiente, si un ciudadano mata a otra persona en legítima defensa, habrá en ese ejemplo siempre desvalor de resultado porque se lesionó un bien jurídico tutelado por la ley penal, pero entonces no habrá injusto al no haber desvalor de acto, porque su actuación la realizó acorde al ordenamiento jurídico. Incluso apelamos que el desvalor de acto para ser tal debe ser un desvalor de acto complejo en nuestro ordenamiento penal, situación que acreditaremos más adelante, pero por lo pronto entonces sin tomar posición analicemos por ejemplo si un ciudadano realiza una

conducta típica de homicidio, actuando dentro de los presupuestos objetivos de la legítima defensa pero sin ánimo de defensa, es decir le falta el elemento especial subjetivo de esa causal de justificación, sostendremos que en esa situación habrá desvalor de resultado por haber lesionado el bien jurídico y habrá desvalor de acto o no dependiendo de si para la exclusión del desvalor del acto se requiere que además de los presupuestos objetivos de la legítima defensa se obre con el elemento especial subjetivo de la causal de justificación “Ánimo de defensa”.

La doctrina dominante sostiene que en el anterior ejemplo no hay desvalor de resultado sino valor de resultado, a lo mejor partiendo de que salvo un bien jurídico propio o de un tercero. Nosotros sostenemos que al obrar dentro de los presupuestos objetivos de la causal de justificación habrá valor de acto pero siempre y cuando no se exija el ánimo de defensa en ese ordenamiento penal, pero que en esa situación siempre habrá desvalor de resultado.

El valor de resultado según nuestra posición no depende de que cuando se dañe un bien jurídico ajeno se salve uno propio o de un tercero. El valor de resultado depende de que no haya daño a un bien jurídico en cualquier situación, sea que no haya lesión o que no haya peligro efectivo para el bien jurídico.

4.1. Función del injusto

Es de suma importancia determinar la situación teórica del injusto ya que el injusto es una manifestación de igualdad en sentido formal, es decir todos somos iguales ante la ley. Por ejem-

plo cualquiera que mate a otro dolosamente tendrá una pena entre 13 y 25 años de cárcel³. Por consiguiente el injusto será el fundamento de la pena; a mayor grado de injusto mayor será la pena, a menor grado de injusto menor será la pena; en el caso del delito culposo se determina entonces que tendrá una menor pena porque en abstracto se entiende menos peligroso para el bien jurídico un posicionamiento subjetivo culposo que uno doloso; obsérvese que en ambos, tanto en el delito doloso como culposo el desvalor de resultado es igual, pero el desvalor de acto en el delito culposo es menor; así que para el mayor o menor injusto dependerá del mayor o menor grado de desvalor de acto o de resultado. En la tentativa de homicidio y el homicidio consumado por ejemplo, el desvalor de acto podría ser igual, pero el desvalor de resultado es diferente; en el escenario de la tentativa el desvalor del resultado consistió en poner en peligro efectivo el bien jurídico, en cambio en el homicidio consumado el desvalor de resultado consistió en la lesión al bien jurídico que es más grave.

La mayor gravedad del injusto no podrá depender de fenómenos como la moral, ya que el fundamento constitucional del injusto penal se encuentra en el artículo 16 de la Constitución Política colombiana en el cual el libre desarrollo de la personalidad tiene como límites el derecho de los demás y el orden jurídico, infiriéndose entonces los componentes del injusto: desvalor de resultado (derechos de los demás) y desvalor de acto (orden jurídico) (Pavageau, 2005, p. 255).

El Código Penal trae ciertas normas que agravan el injusto y por consiguiente la pena que pareciera no tiene fundamento en la carga axiológica de la Constitución colombiana. Es decir, el Código Penal enuncia como circunstancias de agravación del homicidio doloso situaciones que pareciera no tienen fundamento en el desvalor de resultado o de acto, como por ejemplo cuando se agrava el homicidio doloso por ánimo de lucro, precio, motivo abyecto o fútil (Código Penal colombiano, 2000, Art. 103, #4), dando la impresión que estas circunstancias de agravación fueran obedientes a un fundamento meramente moral y con el grave inconveniente que si en gracia de discusión la moral fuera fundamento del injusto, también en ese contexto esas circunstancias de agravación serían inaplicables por ser el ánimo de lucro, el precio, la promesa remuneratoria, circunstancias propias de la moral imperante en nuestra sociedad. Por tanto no habría legitimidad legislativa y judicial para desvalorar a quien obrara a la luz de esos móviles por ser estos inconstitucionales.

4.2. El injusto en los tipos de peligro

En los tipos de peligro para que se pueda configurar el injusto es menester no solo probar el peligro en abstracto, es decir el peligro que está presunto en la norma, aquel peligro que el legislador en su discrecional decidió consignar en un tipo penal. Sino que además de acreditar el peligro en abstracto hay que probar el peligro efectivo, concreto o real para el bien jurídico y esta carga de probar el peligro efectivo le corresponde al Estado. Es decir el Estado con ele-

3 Penas incrementadas por la Ley 890 de 2004.

mentos materiales probatorios obtenidos legal y lícitamente deberá demostrar el peligro efectivo, pero no a través de conjeturas, presunciones judiciales, suspicacias, sospechas e intrigas. En razón de lo anterior no compartimos de ninguna manera la posición de Carrasquilla (2011, p. 262) cuando afirma que los delitos de peligro son una presunción legal que aceptan prueba en contrario dando a entender entonces que el peligro efectivo tiene que desvirtuarlo el ciudadano, como si el sujeto pasivo de la acción penal tuviera que plantear una defensa afirmativa para negar algo que el Estado no ha probado, siendo que es ese ente jurídico el obligado a demostrar cada una de las categorías dogmáticas que conforman el concepto de delito y entre ellas la categoría dogmática de la antijuridicidad y dentro de esta, la antijuridicidad material.

Pero más preocupante aún es que se hable de peligro abstracto cuando el artículo 11 CP dice de manera clara y sin lugar a equívocos que el peligro para el bien jurídico tiene que ser efectivo, observemos:

(...) ponga efectivamente en peligro sin justa causa el bien jurídicamente tutelado por la ley penal.

Sin embargo el autor antes referenciado manifiesta que no necesariamente cuando la norma habla de poner efectivamente en peligro el bien jurídico se descarte tal oración como manifestación del peligro abstracto (Carrasquilla, 2011, p. 262).

A las manifestaciones del anterior doctrinante y a las reiteradas sentencias de la Corte Suprema de Justicia, con todo respeto hay que decirles una y otra vez, hasta que sea necesario,

que delitos de peligro abstracto no hay en Colombia, a todos los delitos de peligro para ser tal hay que demostrar además del peligro abstracto el peligro efectivo tal como lo dice la norma rectora consignada en el Art. 11 CP. Ley 599/00 y el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad consignado en el Art. 16 CN en el que se observa que el orden jurídico no es suficiente para limitar tal derecho fundamental del ejercicio de la libertad de una persona, sino que dice la Norma de Normas que debe confluir a la contrariedad con el ordenamiento jurídico un perjuicio a un derecho ajeno. Es decir, el injusto no se conforma por la mera infracción normativa hay que afectar un valor tutelado por la ley penal.

Nos parece ingenuamente macabra e infantilmente falaz la afirmación que solo algunos delitos son de peligro concreto, con el argumento que solo algunos tipos penales exigen de manera expresa el peligro concreto en la redacción del supuesto de hecho típico, como por ejemplo entre muchos otros:

Art. 350. “El que con peligro común prenda fuego en cosa mueble (...)” (Subrayado nuestro).

Art. 330. “El que con incumplimiento de la normatividad existente, introduzca, manipule, experimente, inocule, o propague, microorganismos, moléculas, sustancias o elementos que pongan en peligro la salud o la existencia de los recursos fáunicos, florísticos, o hidrobiológicos o alteren perjudicialmente sus poblaciones (...)” (Subrayado es nuestro).

Sostener semejante afirmación es como si también dijéramos que solo algunos delitos se

pueden descartar por la presencia de causales de justificación ya que solo algunos tipos en su redacción las enuncian, por ejemplo:

Art. 131. El que omitiere sin justa causa, auxiliar a una persona cuya vida o salud se encuentra en grave peligro (...) (Subrayado es nuestro).

Art. 233. El que se sustraiga sin justa causa a la prestación de alimentos legalmente debidos a sus ascendientes, descendientes, adoptantes, adoptivos, cónyuge o compañero o compañera permanente (...) (Subrayado es nuestro).

El hecho que un tipo penal no contenga en su redacción el peligro concreto, real o efectivo no es óbice para exigirle al Estado su prueba.

Obsérvese que el artículo 11 CP de 2000 que es una norma rectora dice:

Para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal.

Es en esta norma donde se hace el correctivo político criminal de exigirle al Estado el peligro efectivo cuando este ente jurídico quiera hablar de delitos de peligro, independiente que el tipo penal haga alusión a él o no, así como es este artículo 11 CP el que exige la causal de justificación para excluir la antijuridicidad, independiente que el tipo penal como en los ejemplos antes citados enuncie la justa causa o no.

El porte ilegal de armas, Art. 365 CP, el concierto para delinquir, Art. 340 CP y la inasistencia alimentaria, Art. 233 CP de 2000, entre otras, que no incluyen en la redacción de su supuesto de hecho el peligro concreto, no son de ninguna manera delitos de peligro abstracto, que por

cierto en Colombia no existen, porque el peligro efectivo es de obligatorio estudio y prueba en todos los delitos de peligro para ser tal como lo exige el Art. 11 CP del mismo año.

4.3. La exclusión del injusto penal

Lo justo o injusto de un comportamiento es igual para todos los ciudadanos, otra cosa es que un injusto sea más grave o menos grave que otro, así que para fundamentar la configuración del injusto en su parte formal o desvalor de acto se requeriría de que se dé además del aspecto objetivo del injusto, aspectos subjetivos como el dolo o la culpa y en veces elementos o ingredientes especiales subjetivos del tipo. Pero para su exclusión, entre otras situaciones, es suficiente con que falte el aspecto objetivo del injusto, es decir una persona que se comporta objetivamente de acuerdo al ordenamiento jurídico, su comportamiento no será injusto cuando concurren en su conducta los presupuestos objetivos de una causal de justificación, pero no concurre el ánimo o el conocimiento que se está en esa causal de justificación por parte del sujeto.

Recordando el ejemplo antes mencionado en el cual un ciudadano mata a otro en legítima defensa pero sin saber que está en dicha causal de ausencia de responsabilidad penal, tendríamos que manifestar según nuestras propias premisas, que en ese caso hay desvalor de resultado porque hubo lesión al bien jurídico, pero no desvalor de acto, porque este último, es decir el desvalor de acto es en nuestro ordenamiento penal de naturaleza compleja, o sea tiene requisitos objetivos y subjetivos, y si falta cualquiera de

esos requisitos no habrá desvalor de acto y por consiguiente no habrá injusto penal.

Entonces al adecuar en el ejemplo la conducta a los aspectos objetivos de la norma de permiso como lo es la legítima defensa, el acto es objetivamente correcto, no está desvalorado objetivamente por el ordenamiento jurídico.

A esas conclusiones se llega en razón de los siguientes fundamentos:

1º) El Estado adquiere legitimidad para indagar el fuero interno de un ciudadano cuando aquel ha demostrado que este objetivamente ha defraudado al ordenamiento jurídico. En consecuencia si una persona adecúa su comportamiento a los presupuestos objetivos de una causal de justificación no habrá defraudado el ordenamiento jurídico, por ende, el Estado no tiene legitimidad para indagar el aspecto subjetivo de ese ciudadano.

De hecho, solo se podrá indagar con legitimidad el aspecto subjetivo del comportamiento cuando el Estado logre acreditar que una persona ha defraudado objetivamente el ordenamiento jurídico. Pero esa indagación en lo subjetivo de la conducta es con motivo a la obligación que tiene el Estado de acreditar los aspectos subjetivos del comportamiento como el dolo, la culpa y/o el ingrediente especial subjetivo del tipo para poder afirmar que se configura el injusto no solo con la mera infracción objetiva del mismo. La carga en cabeza del Estado de acreditar el aspecto subjetivo del injusto penal constituye entonces por un lado, una limitación al poder punitivo del Estado y por otro, una importante garantía que tiene el ciudadano de no responder

por la mera responsabilidad objetiva, la cual está repudiada por nuestro ordenamiento penal en todas sus manifestaciones tal como lo predica el artículo 12 CP de 2000:

Solo se podrán imponer penas a conductas realizadas con culpabilidad. Queda erradicada toda forma de responsabilidad objetiva.

Así que si un ciudadano se ha comportado de acuerdo a las expectativas del ordenamiento jurídico, como cuando se ha probado los elementos objetivos de la causal de justificación en su comportamiento, el Estado no adquiere legitimidad para indagar por el aspecto interno y anímico. Por cuanto si se exigiera además de los elementos objetivos de la justificante un elemento subjetivo para justificar un comportamiento típico estaríamos castigando simplemente a la persona por su aspecto interno y estaríamos ya no en un derecho penal de acto sino en uno de ánimo. Violándose el aforismo moderno anti-medieval y anti-oscurantista *Cogitationis poenam nemo patitur*.

2º) Desafortunada nos parece la solución que trae Fernando Velázquez Velázquez (2007, pp. 362-363) al problema jurídico de ausencia del elemento especial subjetivo de la causal de justificación en el comportamiento de un ciudadano, cuando dice que esta situación no excluye el injusto y aunque disminuido el injusto este debe tratarse con la pena que trae el artículo 32 # 7 inciso 2, del CP de 2000.

El que exceda los límites propios de las causales consagradas en los numerales 3º, 4, 5, 6, 7 precedentes, incurrirá en una pena no menor de la sexta parte del mínimo ni mayor de la mitad del

máximo de la señalada para la respectiva conducta punible.

Observemos lo que dice Fernando Velázquez Velázquez (2007, pp. 362-363) al respecto:

Por tanto, si en el caso concreto se configuran los elementos objetivos de las justificantes, pero falta el elemento subjetivo, la conducta típica es anti-jurídica, aunque no por tal razón deba recibir el mismo tratamiento que la realizada por el agente sin la concurrencia de ninguno de los elementos objetivos y subjetivos. Esa es la razón por la que la doctrina se inclina por aplicar en estos casos las reglas correspondientes a la tentativa o la exceso en las causales de justificación, y reconoce —cómo debe hacerse— la existencia de un grado reducido de injusto que se traduce en una punición menor, de *lege data* parece, sin embargo, más conducente desde el punto de vista político criminal acudir a la fórmula del exceso (artículo 32, numeral 7, inciso 2) para tratar estos casos, que bien podrían denominarse de defecto.

Semejante afirmación no es más que hacer analogía en mala parte, acrobacia esta, repudiada por la norma rectora del artículo 6° inciso 3° del Código Penal colombiano:

La analogía solo se aplicará en materia permisiva.

A este tipo de conclusiones como la anterior, es posible que se llegue por aferrarse a la creencia de la pureza de los esquemas dogmáticos sin tener en cuenta la dogmática que en concreto trae nuestro ordenamiento penal, aberración que se evidencia cuando incluso se quiere afirmar la exigencia de los elementos subjetivos de la causal de justificación por interpretaciones exegéticas y aisladas de las frases “por la necesidad”

situación que es refutada de manera categórica por Carrasquilla (2011, p. 500). Veamos:

(...) El argumento meramente lexicográfico (“por la necesidad”, son las expresiones de nuestra ley al regular la legítima defensa y el estado de necesidad) es bastante dudoso, en todo caso insuficiente. Pero aunque se concluyera que algunas causales legales de justificación requieren la presencia de un elemento cognitivo al lado o cómo contracara de las circunstancias objetivas en que se fundan, no por esto la justificación devendría subjetiva, ni perdería su fundamento objetivo; en efecto para que esto ocurriera sería menester que, según la ley, el ánimo por si solo llegara a justificar el hecho, caso en el cual las justificantes putativas se convertirían en el prototipo de las causales legales de justificación.

3°) Se explica además la no exigencia del elemento especial subjetivo para reconocer la causal de justificación y excluir en consecuencia el injusto, el que en una situación contraria, es decir, en una situación en la que no se da el aspecto objetivo de la causal pero si se da el aspecto subjetivo como lo es aquella situación en la cual un ciudadano no actúa dentro de los presupuestos objetivos de la norma de permiso, que justificaría su comportamiento, pero cree de manera invencible que su comportamiento está justificado, él cree que está actuando en los presupuestos objetivos de la causal, el ordenamiento penal lo exime de responsabilidad según se observa en el Art. 32 #10 Inc. 1°, del CP de 2000. Veamos:

Art. 32. No habrá responsabilidad penal cuando:
(...) #10. Se obre con error invencible de que no

concorre en su conducta un hecho constitutivo de la descripción típica o de concurren los presupuestos objetivos de una causal que excluya la responsabilidad (Subrayado nuestro) Si el error fuere vencible la conducta será punible cuando la ley la hubiere prevista como culposa (...).

Es decir, en esta situación señalada por el Código Penal, denominada error en los presupuestos objetivos de una causal de ausencia de responsabilidad, basta que se dé el aspecto subjetivo de la causal de ausencia de responsabilidad para excluirse la responsabilidad. Obsérvese entonces que se excluye la responsabilidad concluyendo que no hay injusto y más concretamente no hay ni siquiera tipicidad, porque como se puede observar en el Código Penal al error en los presupuestos objetivos de la causal de ausencia de responsabilidad es tratado como error de tipo, acogiendo la teoría limitada o restringida de la culpabilidad.

Esto tiene como consecuencia que este error excluye el injusto, más concretamente la categoría dogmática de la tipicidad. Entonces cuando la persona se ha comportado de manera incorrecta objetivamente, pero subjetivamente lo ha hecho de forma correcta, el Estado dice que no hay injusto. Lo que nos llevaría a reiterar que hay que concluir que para condenar, el Estado tiene que demostrar fundamentalmente el aspecto objetivo y subjetivo del injusto y si faltase cualquiera de los dos tendrá que eximir. Entonces al estar una persona dentro de los presupuestos objetivos de la causal de justificación, se está excluyendo el aspecto objetivo del injusto y por ende, el Estado tiene que exonerar. Por otro lado, en

el caso contrario, si el comportamiento de la persona no encaja en los presupuestos objetivos de la norma eximente de responsabilidad pero cree invenciblemente estarlo, no se excluiría el aspecto objetivo del injusto pero sí se excluiría su aspecto subjetivo, por ende al faltar el aspecto subjetivo del injusto no habrá pena.

El error en los presupuestos objetivos de una causal de ausencia de responsabilidad se trabaja entonces en el Código Penal como error de tipo, pero hay quienes, motivados por su esclavitud a ciertos esquemas del delito se resisten a tal decisión político-criminal del Código y piden que el error en los presupuestos objetivos de la causal de ausencia de responsabilidad penal se estudie como error de prohibición, es decir como causal de inculpabilidad y no de atipicidad, pero conservando las consecuencias del error de tipo. La anterior propuesta es en razón del afán de algunos tratadistas de ver edificada la teoría finalista del delito, pero tal propuesta de ser aplicada traería de inmediato problemas de garantías en el tema de los partícipes, porque, como se sabe, el principio de accesoriedad que rige la relación entre partícipes y autores en nuestro Código Penal es la accesoriedad limitada tal como se infiere de la lectura del artículo 30 CP de 2000. Veamos:

Art. 30. Son partícipes el determinador y el cómplice.

Quien determine a otro a realizar la conducta antijurídica incurrirá en la pena prevista para la infracción.

Obsérvese que el artículo 30 de la Ley 599 de 2000 en el caso de la figura jurídica del determi-

nador, no habla de que el individuo que sea determinado tenga que realizar conducta punible, es decir conducta típica, antijurídica y culpable, sino que habla solamente que ese ciudadano que fue determinado realice por lo menos conducta antijurídica para que el determinador se haga acreedor a una pena.

Lo mismo podemos observar en una de las dos modalidades de complicidad que trae el Art. 30, Inc. 2° del CP de 2000. Veamos:

Quien contribuya a la realización de la conducta antijurídica o (...).

Obsérvese que también en esta modalidad de la complicidad por parte del Código Penal se exige que se contribuya en la conducta antijurídica de otro, pero no en la conducta punible de otro.

Es decir, basta que a ese otro al cual se le determina o se le da un aporte con la importancia o entidad de cómplice haya realizado el injusto aun sin culpabilidad para que subsista la responsabilidad del partícipe.

Entonces una persona que obre en este error en los presupuestos objetivos de una causal que excluya la responsabilidad y se le diga que este error no le excluye el injusto, como lo dice el Código, pero que será eximido de responsabilidad por carecer su comportamiento de la categoría dogmática de culpabilidad al haber un partícipe acompañándolo en esa situación, este será condenado, porque ese que fue determinado o que recibió un aporte de cómplice alcanzó a realizar una conducta antijurídica; problema que no se presenta si el error en los presupuestos objetivos de la causal de ausencia de responsabi-

lidad penal es trabajado como error de tipo, porque entonces la conducta de la persona no llega siquiera a ser típica, por ende no hay injusto y en ese caso de haber un partícipe en esa situación, la conducta de este último será impune al no haber realizado el individuo determinado o beneficiario del aporte del cómplice ni siquiera conducta antijurídica que en la solución del artículo 32 #10 Inc. 1° del Código Penal colombiano de 2000 ni siquiera es típica.

La estratificación de esta causal de ausencia de responsabilidad penal tiene repercusiones inmediatas y distintas si se trata como causal de atipicidad o como causal de inculpabilidad. De acogerse la propuesta de trabajar el error en los presupuestos objetivos como causal de inculpabilidad, no solo sería inconveniente por lo antes resaltado, sino que esta estratificación sería inocua y no valdría la pena semejante sacrificio de garantías por una filigrana académica que por ejemplo en el caso del error en los presupuestos objetivos de una causal de ausencia de responsabilidad vencible en una tentativa de homicidio, no tendría relevancia alguna la escogencia de trabajarlo como excluyente de una u otra categoría dogmática porque siempre se llegaría a conclusiones de impunidad por no admitirse la culpa en la tentativa. Además en ambas ubicaciones, como causal de atipicidad o de inculpabilidad, subsistirá en el ejemplo la incoherencia académica de que en el caso de ser un error de tipo vencible el Código determina que la conducta es culposa, cuando en realidad la conducta fácticamente ha sido siempre dolosa.

4°) Concatenando con el anterior numeral es menester entonces hacer alusión un poco más allá de lo tangencial en la estructura del dolo que trae el Código Penal colombiano, porque cuando una persona está en un error en los presupuestos objetivos de causal de ausencia de responsabilidad, se excluye el injusto y no solo porque alegremente digamos que se acoge la teoría limitada de la culpabilidad, sino porque se excluye el dolo que es un elemento del tipo subjetivo y en el caso de faltar hace atípica de inmediato la conducta.

Obsérvese que el artículo 22 del Código Penal de 2000 define el dolo así:

La conducta será dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización.

Este dolo contiene un aspecto conocimiento y otro llamado voluntad. El aspecto conocimiento implica el conocimiento de los hechos relatados en la descripción típica sumado al conocimiento de los hechos conformantes de todo el injusto. De ninguna manera estamos diciendo que la conciencia de la antijuridicidad está en el dolo, no estamos hablando que la persona en el dolo se le estudie el conocimiento de lo injusto de los hechos, lo que queremos decir claramente es que en el dolo que trae el Código Penal colombiano el sujeto conoce los hechos del injusto, no lo injusto de los hechos tal y como lo dice el mismo artículo 22 CP. Veamos:

La conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización.

Se puede observar que en la definición de dolo citada por el Código Penal no se habla de conocimiento de hechos constitutivos de la descripción típica sino de conocimiento de los hechos constitutivos de la infracción penal.

Es por eso que en el reverso de la norma del artículo 22 del CP que es el artículo 32 #10 Inc. 1° se lee:

Se obre con error invencible de que no concurre en su conducta un hecho constitutivo de la descripción típica.

Obsérvese que este artículo 32 #10 Inc. 1° no dice conocimiento de los hechos constitutivos de la infracción penal como en el artículo 22 CP, sino, desconocimiento de la descripción típica.

Retomemos la lectura del artículo 32 #10 Inc. 1°:

Se obre con error invencible de que no concurre en su conducta un hecho constitutivo de la descripción típica o de que concurren los presupuestos objetivos de una causal que excluya la responsabilidad penal.

Entonces cuando una persona, por ejemplo, cree que está obrando dentro de un elemento objetivo de una causal de justificación pero esto no ocurre en la realidad, se le excluye el dolo porque en este caso el sujeto agente quiere la realización de los hechos constitutivos de una conducta típica justificada, dado que el artículo 22 del Código Penal precitado, exige que para que la conducta sea dolosa el sujeto agente debe querer la realización de los hechos constitutivos de un injusto penal, esto es, de una conducta típica sin justificación.

Pareciera que Claus Roxin (1992) ratificara nuestras conclusiones al respecto de la definición de dolo cuando en su obra *Política Criminal y Estructura del Delito* enseña lo siguiente:

“Cuando, por ejemplo, se tiene la tarea de definir el concepto de dolo, entonces hay que producir del siguiente modo, conforme al punto de vista que se sostiene: como doloso hay que definir un comportamiento para el cual es adecuado la pena para el dolo; qué características tiene que mostrar un tal comportamiento; hay que fijarlas sobre la base de decisiones valorativas político criminales. Pero la teoría de la acción penal determina el dolo completamente de otra forma, esto es, sobre la base de una estructura de finalidad aceptada ontológicamente que independiente del derecho penal debe tener validez cómo Ley del ser y a la cual está ligado todo legislador”.

Es claro que solo en el caso de este último procedimiento señalado pueden separarse concepto y consecuencia jurídica, de modo que, por ejemplo en un error sobre los presupuestos materiales de una causa de justificación (como en el caso de la defensa putativa), una opinión muy extendida en la actualidad en Alemania admite ciertamente un hecho doloso, pero a pesar de ello quiere castigar al autor solo conforme al marco penal del correspondiente delito culposo (en el caso que este exista). Según el autor, tal construcción conceptual es equivocada; pues un dolo que no atrae hacia sí la pena por dolo es carente de valor para la aplicación del derecho.

Dado que en el caso de una defensa putativa, por las razones ya expuestas, es inadecuado una pena por dolo, el concepto de dolo tiene que estar de-

terminado desde el principio de tal forma que el error sobre los presupuestos materiales de una causa de justificación excluya el dolo (pp. 43-44) (El subrayado es nuestro).

5°) Adicional a lo anterior, hay que decir que la exigencia del elemento subjetivo para poder reconocer la causal de justificación es de países en los que se pune la tentativa inidónea, situación ajena a Colombia que en sus artículos 11 y 27 no permiten la punibilidad de ese tipo de tentativas, posición compartida por Carrasquilla (2011, p. 501):

Mucho depende, por tanto, de lo que se piensa que ocurre cuando falta el elemento subjetivo de justificación o se le supone erróneamente. Aquí las soluciones dogmáticas son muy dispares: que hay consumación sin atenuantes dicen los finalistas (pues para ellos no importa en realidad el desvalor de resultado y en el supuesto se aprecia desvalor de la intención manifestada); la mayoría de la doctrina germana apunta a tentativa acabada, o que la tentativa es inidónea sostienen otros, o que se trata de un delito putativo, los demás. Ninguna solución de tentativa punible se compagina con nuestro derecho positivo porque el artículo 27 del CP expresamente exige para ella, no solo el dolo determinado de consumación, sino también la ejecución de “actos idóneos”; para la cabal realización del tipo de injusto –tentado o consumado–, falta aquí de modo sobresaliente la “ausencia de causas de justificación” –aspecto negativo de la antijuridicidad–, pues solo estaría presente “el elemento subjetivo” (del tipo de prohibición) pero faltaría el objetivo (porque objetivamente sí están dados los presupuestos de la justificación, aunque

el agente lo ignore). En nuestro derecho no es punible la tentativa inidónea. Por consiguiente, nos inclinamos por la existencia de un delito imposible o tentativa inidoneaputativa, que es impunible en virtud de la regla de que el pensamiento no puede suplir las exigencias fáctico-objetivas de la ley, cuando el sujeto actúa sin el conocimiento de la situación objetiva de justificación.

La relación que existe entre el problema jurídico de ausencia de elemento subjetivo en la causal de justificación y la tentativa inidónea en su estructura y por ende, en sus consecuencias punitivas se explica porque cuando una persona realiza una tentativa inidónea, objetivamente actúa de manera correcta, porque materialmente jamás pone en peligro efectivo el bien jurídicamente tutelado por la ley penal, pese a que subjetivamente sí actuó de manera incorrecta al querer dañar el bien jurídico.

Entonces, al realizar una conducta sin capacidad de vulneración, pese a que se da el aspecto subjetivo dolo no hay injusto por faltar su aspecto objetivo.

Igual pasa en el caso de quien adecúa objetivamente su comportamiento a una norma de permiso, pese a que subjetivamente no se haya determinado conforme a ella también diremos que objetivamente actuó correctamente. Por ende tampoco hay injusto, dado que no hay desvalor de acto.

6°) Si hubiese resistencia a los argumentos anteriores acudiendo al argumento minusválido de invocar a la Corte Suprema de Justicia que en este tema afirma que para reconocer la legi-

tima defensa, por ejemplo, además de los presupuestos objetivos debe concurrir el ánimo de defensa; hay que advertir que las jurisprudencias hoy existentes que tratan el problema jurídico en comento, son reproducción fidedigna y sucesiva de una primera jurisprudencia que se hizo a la luz del Código de 1936, de corte peligrosista que sí punía la tentativa inidónea.

4.4. Relación tipicidad-antijuridicidad en el Código Penal

Cuando observamos el artículo 11 del Código Penal colombiano de 2000 que dice:

Para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro sin justa causa el bien jurídicamente tutelado por la ley penal.

Este artículo resiste tanto la interpretación que concluye que esta norma es una manifestación de la teoría de los elementos negativos del tipo como la interpretación que concluye que este artículo es una oración gramatical de la que se puede inferir que se admite la teoría de la tipicidad indiciaria o la teoría del tipo total.

Cuando la norma habla de que a la conducta típica para que sea punible (ojo, no dice para que sea antijurídica) debe dañar el bien jurídico sin justa causa. De inmediato se observa que la norma incluye dos elementos, uno que es la antijuridicidad formal, cuando dice sin justa causa, es decir que no tenga causal de justificación a su favor y otro es la antijuridicidad material cuando habla de lesión o peligro efectivo para el bien jurídico. De lo anterior podríamos concluir que

la norma está definiendo tipicidad incluyendo la antijuridicidad, acercándose a una forma propia de la teoría de los elementos negativos del tipo.

Incluso se podría pensar en una forma de tipo total a partir de esa norma rectora del artículo 11 CP porque cuando dice la norma en mención:

Para que la conducta típica sea punible.

Hay que tener presente que la conducta punible además de adecuación típica exige antijuridicidad y culpabilidad, infiriéndose inmediatamente que no solo en la norma se hace referencia a la tipicidad y la antijuridicidad, sino también la culpabilidad formando el famoso tipo de garantía. Porque obsérvese además que el Código Penal no define ni la tipicidad ni la culpabilidad como categorías dogmáticas, solo lo hace como principios, porque ha podido involucrar en los artículos 10° y 12° del CP que hablan de tipicidad y culpabilidad respectivamente, los dos aspectos, como principio rector y como categoría dogmática, como sí lo hizo en el artículo 11 CP, que contiene la categoría dogmática de la antijuridicidad y el principio rector o límite material al *ius puniendi* de lesividad. Recuérdese que el artículo 9° CP define la conducta punible como conducta típica, antijurídica y culpable.

Por otro lado se dice que la relación tipicidad-antijuridicidad reinante en el Código es la tipicidad indiciaria no solo porque se puede inferir de la norma cuando dice que primero la conducta es típica y luego se analiza el problema de la causal de justificación y del bien jurídico sino porque es el espíritu confeso de los comisionados redactores del Código.

5. La categoría dogmática de la culpabilidad en imputables e inimputables

El injusto es un juicio que se hace sobre el acto y sus efectos, por ende una manifestación fundamental de la igualdad formal, que de ninguna forma es suficiente para predicar responsabilidad penal, por cuanto los seres humanos nos desdoblamos en circunstancias individualmente distintas. Es por eso que es menester para la imposición de pena estudiar no solo el injusto, sino también el estudio de una manifestación de igualdad material como lo es la culpabilidad, que no es más que un juicio que se hace ya no sobre el acto sino sobre el autor, para precisar si el ciudadano en las circunstancias concretas en que desarrolló su comportamiento injusto pudo abstenerse de realizarlo, trayendo como consecuencia que la culpabilidad como categoría dogmática, es por un lado un obstáculo adicional que debe ser superado por el Estado para imponer una pena y por otro, una garantía para el sujeto pasivo de la acción penal indistintamente que sea imputable o inimputable.

Las categorías dogmáticas como son conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad son verdaderos obstáculos para la imposición de penas o medidas de seguridad por parte del Estado, y a su vez son garantías para el ciudadano ya que cada una de las categorías dogmáticas se convierten en escenarios de discusión diferentes, fundamentales y necesarios que deben ser demostrados por el Estado utilizando la evidencia física o elementos materiales probatorios incorporados debidamente al juicio, descubiertos en forma oportuna y eficaz, recaudados de acuerdo

a la ley, sin violar derechos fundamentales y que tengan la capacidad de probar hechos indicadores de los cuales se hagan inferencias razonables acordes a la teoría de la argumentación a partir de un análisis detallado, en forma individual y luego en conjunto. De tal forma que la construcción dogmática de la estructura de la responsabilidad penal debe hacerse no buscando la coherencia y pureza sistemática en la cual todos las estructuras del delito como casualistas, finalistas y funcionalistas han fracasado, sino indagando que la propuesta dogmática que se haga de la estructura de la responsabilidad penal tanto de imputables como inimputables la coherencia dependa de su subordinación a la teoría de los derechos fundamentales y la carga axiológica que trae nuestra Constitución en su catálogo de libertades y garantías al hablar de igualdad y dignidad de los sujetos pasivos de la acción penal.

Obsérvese que el Código Penal en su Art. 9° Inc. 1° se refiere a las cuatro categorías dogmáticas, cuando hace alusión al imputable, veamos:

Para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable (...).

Pero cuando se lee la norma en el siguiente párrafo o inciso al referirse al inimputable se ve que de forma expresa no aparece enunciada la categoría dogmática de la culpabilidad.

Art. 9°-Inc. 2° (...) 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.

Pero al leer el 2° Inc. Art. 9° CP y analizarlo integralmente con el artículo 32 CP podríamos concluir que al igual que a los imputables a los

inimputables también hay que estudiarles las categorías dogmáticas de conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, porque al decirse que en materia de inimputables hay que descartar la inexistencia de causales de ausencia de responsabilidad penal para predicar de ellos responsabilidad penal y siendo las causales de ausencia de responsabilidad que estén o no en el artículo 32 del Código Penal un género donde se agrupan enunciativamente y sin estratificación causales de ausencia de conducta, causales de atipicidad, de justificación y de inculpabilidad (Sandoval, 2007), en últimas se le está haciendo a los inimputables, además del juicio de tipicidad y antijuridicidad, el juicio de culpabilidad (Agudelo, 2002), porque al estar obligado el operador judicial de estudiar en los inimputables además de las causales que excluyen el injusto (Causales de atipicidad o de justificación) también las causales que excluyen la culpabilidad⁴, en últimas al estudiarles al inimputable las causales de inculpabilidad se le está estudiando la culpabilidad misma, porque las causales de inculpabilidad como por ejemplo la insuperable coacción ajena o el error de prohibición son manifestaciones del juicio de reproche negativo que excluyen la culpabilidad.

Toda esa edificación del Código en materia de inimputable sobreviene por lo siguiente:

- 1) Al no acoger el Código ninguna escuela

⁴ Es preocupante la sentencia de la C.S.J., Casación Penal, mayo 30 de 2002 (Rad. 9988 M.P. Edgar Lombana Trujillo) en la que se desconoce la exigencia del Art. 9° de estudiar además de las causales que excluyen el injusto las causales de inculpabilidad en materia de inimputables violando el principio de legalidad.

dogmática y al no hacer una estratificación de las causales de ausencia de responsabilidad penal, la clasificación de las causales de ausencia de conducta, de atipicidad, de justificación y de inculpabilidad quedan en realidad sujetas a discrecionalidad de la formación dogmática y democrática del administrador de justicia el que las califique como perteneciente a la parte negativa del injusto o de la culpabilidad; se podría presentar entonces, que el operador judicial, que por ejemplo tenga una concepción causalista (dogmática clásica o neoclásica) del delito, podría ubicar el dolo en la culpabilidad, y así, aunque el inimputable actuase sin este elemento del tipo, concretamente en error de tipo, no se le tendría en cuenta esa causal de ausencia de responsabilidad penal, que él como inferencia de sus presupuestos la denominaría como causal de inculpabilidad, categoría que no estaría obligado a estudiar de no ser por la redacción que trae el Código.

2) La redacción del Inc. 2° del Art. 9°, no es más que la oposición a la histórica responsabilidad objetiva que han padecido los inimputables a los cuales no se les hacía juicio de culpabilidad en los diversos esquemas del delito, a estos solo se le juzgaba por la comisión del injusto cometido, por ser la imputabilidad un presupuesto de la culpabilidad (clásicos) o por el contrario un elemento de esta (neoclásicos y finalistas), trayendo como consecuencia la castración de una garantía como la categoría dogmática de la culpabilidad.

3) Cuando el Código Penal colombiano de 2000 define la inimputabilidad como si este su-

jeto no tuviese capacidad de comprensión. Veamos:

Artículo 33. Es inimputable quien en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica, trastorno mental, diversidad socio cultural o estados similares⁵ (Subrayado nuestro).

De esta definición legal de inimputabilidad y al ser concatenada con la teoría del conocimiento se podría inferir entonces una verdadera incoherencia en nuestro planteamiento de concluir que el Código le exige al operador judicial el estudio de la categoría dogmática de la culpabilidad al inimputable, porque en realidad la aparente incoherencia nuestra, salta a la vista cuando se analiza con detenimiento la definición que el estatuto penal trae de inimputable como un incapaz de comprender, lo que consecuentemente lo imposibilita de actuar con culpabilidad, porque al no comprender no se está en posibilidades de respetar el ordenamiento jurídico o de comportarse de acuerdo a derecho.

Pero tal conclusión asumida de nuestra parte es hija o producto de una incoherencia inicial planteada por el mismo ordenamiento penal al afirmar que el inimputable es responsable penalmente, cuando la consecuencia lógica que debió asumir el ordenamiento penal al afirmar que el sujeto inimputable está imposibilitado de actuar conforme a derecho sería que la inimputabilidad

⁵ Obsérvese que en el Código Penal ni en el Inc. 2° del Art. 9° ni en el Art. 33 del CP hace alusión de manera directa a la culpabilidad.

fuera una manifestación del juicio de reproche negativo, por ende una causal de ausencia de responsabilidad penal que excluya la culpabilidad. Es decir la inimputabilidad debió ser considerada una causal de inculpabilidad, concluyéndose que si un ciudadano realiza un injusto y este es inimputable lo lógico es que fuera eximido de responsabilidad penal.

Esta filigrana jurídica (2° Art. 9° CP) en materia de inimputabilidad que termina imponiendo el estudio de la culpabilidad en materia de inimputables parece que paga parte de la deuda histórica que se tenía en esta temática, terminando de ratificar que el Código Penal es un límite al poder punitivo del Estado y la culpabilidad, tanto como principio rector como categoría dogmática, se convierte en una garantía para la libertad del ciudadano que no se puede ignorar, incluso en materia de inimputables. Aunque el legislador lo ha podido decir de manera directa y económica⁶ que los mismos requisitos para conducta punible de los imputables lo son para los inimputables.

4) El inimputable es responsable penalmente porque así lo determina el artículo 9° CP y la doctrina constitucional, y no por el hecho que el artículo 32 de ese mismo estatuto no mencione la inimputabilidad como causal de ausencia de responsabilidad penal como pareciera decir el maestro Jaime Sandoval Fernández (2007):

“(…) De todas maneras los inimputables si son considerados responsables penalmente, como ya vimos el artículo 32 no los incluye ” (p. 27).

Esta aseveración daría a entender que solo son causales de ausencia de responsabilidad las reguladas por el artículo 32 porque de ser así, estaríamos diciendo que este artículo es taxativo, característica que no es de su esencia y que sabemos que el citado maestro no dio a entender semejante idea cuando ya había explicado en páginas anteriores que este artículo no es taxativo tal y como se observa:

(…) de tal manera que el artículo 32 debería entenderse como un importante instrumento que ayuda a comprender cuando hay ausencia de responsabilidad penal, sin llegar a extremar que ahí está regulada toda la materia. Por consiguiente, habrá ausencia de responsabilidad penal en todas las situaciones que conlleven ausencia de conducta, atipicidad, justificación, inculpabilidad e innecesaridad de la pena, así no se encuentren señalados expresamente en las causales del artículo 32. Piénsese por ejemplo en todas las situaciones que producen atipicidad por cuanto la conducta del mundo real no encaja en el tipo: no se da la calidad de los sujetos; no existen o no se dan las condiciones del objeto material o de la vulneración significativa al bien jurídico; no se cumplen exigencias de la conducta, de las denominadas usualmente circunstancias de modo, tiempo y lugar, las exigencias de circunstancias específicas de agravación o atenuación de pena o genéricas con base en el injusto; o de las llamadas estructuras típicas; no hay resultado o no se puede imputar objetivamente a la conducta del autor. En

6 Pareciera que se imitó a Beccaria cuando se propuso la norma de esa forma, camuflando su contenido garantista de los esclavos de los sistemas dogmáticos o de los paranoicos peligrosos que merodeaban la redacción del Código.

conclusión, al no cumplirse con los elementos del tipo habrá atipicidad, así no se encuentre expresamente la situación en el artículo 32 (Sandoval, 2007, p. 25).

5) La diferencia entre inimputables e imputables cobra relevancia al momento de impartir sanción ya que a los primeros se les impone medidas de seguridad y a los segundos, pena, pero la diferenciación entre uno y otro solo se establece luego de corroborado el injusto, pero no indica necesariamente esta diferenciación de inmediato responsabilidad penal porque luego de corroborar si estamos en presencia de un imputable o un inimputable hay que estudiar la culpabilidad en uno y otro, y después la necesidad de pena en imputables y la necesidad de medida de seguridad en inimputables.

6. La necesidad de pena

La conducta punible no es la única razón para la imposición de pena, ni la pena es una consecuencia inmediata de la conducta punible, el juez además de corroborar la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad de la conducta sometida a su juzgamiento, debe demostrar suficientemente que la pena es necesaria.

Resulta relevante que el esquema de responsabilidad penal o de las condiciones indispensables para predicarlas se cierre con el criterio de necesidad de pena (Sandoval, 2007, p. 19).

La necesidad de pena debe entenderse como una exigencia adicional a los elementos del hecho punible (...) (Sotomayor & Gallego, 1999, p. 39).

Dicho análisis no se limita solo a los delitos culposos, también hay que hacerlo a los dolosos

y preterintencionales, a los de acción y de omisión, a los de resultado y los de mera conducta, en fin a cualquier estructura típica, pese a que el Inc. 2° del artículo 34 CP dice:

(...) En los eventos de los delitos culposos o con penas no privativas de la libertad, cuando las consecuencias de la conducta han alcanzado exclusivamente al autor o sus ascendientes, descendientes, cónyuge o compañero o compañera permanente, hermano, adoptante o adoptivo, o pariente hasta el segundo grado de afinidad, se podrá prescindir de la imposición de la sanción penal cuando ella no resulte necesaria (Subrayado nuestro).

La lectura aislada y no sistemática de este artículo podría hacer caer en el error que la necesidad de la pena solo se exige para los delitos culposos, pero jamás en este artículo 34 se puede considerar agotada la temática de la necesidad de pena ya que la categoría de la necesidad de la pena está regida suficientemente por **la norma rectora** del Art. 3° CP. Veamos:

La imposición de la pena o de la medida de seguridad responderá a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad (...). (Subrayado nuestro).

Obsérvese que este artículo tercero en primera medida no hace distinción entre delitos dolosos, culposos o preterintencionales para su aplicación y como norma rectora que es, no solo prevalece sobre el artículo 34 y las demás normas, sino que también informa su interpretación permeando todo el sistema penal como se infiere de la lectura del artículo 13 CP. Veamos:

Las normas rectoras contenidas en este Código constituyen la esencia y orientación del sistema penal. Prevalecen sobre las demás e informan su interpretación.

Entonces podemos inferir que la necesidad de la pena es una categoría autónoma en donde es obligatorio por parte del juez analizar luego de constatada que la conducta es típica, antijurídica y culpable que se cumplan con los fines de la pena en el caso concreto.

Es menester distinguir entre necesidad de pena y el merecimiento de pena, siendo esta última una situación que depende de la presencia o ausencia de alguna categoría dogmática como lo son la conducta, la tipicidad, la antijuridicidad o la culpabilidad, lo que trae como consecuencia que de faltar alguna categoría dogmática no habrá imposición de pena por falta de merecimiento de pena que sería el término correcto. Ya que la necesidad de pena es un análisis posterior a la comprobación de que concurren todas las categorías dogmáticas en el comportamiento de una persona.

Dicha confusión entre necesidad y merecimiento de pena se presentaba cuando se analizaba el desaparecido parágrafo del artículo 124 que decía:

En los eventos del inciso anterior, cuando se realice el aborto en extraordinarias condiciones anormales de motivación, el funcionario judicial podrá prescindir de la pena cuando ella no resulte necesaria en el caso concreto. (Subrayado es nuestro).

En que se concluía que ese era un caso de necesidad de pena, cuando en realidad era un

verdadero caso de ausencia de culpabilidad, por cuanto en circunstancias anormales de motivación hacían inexigible un comportamiento diverso, y al no haber culpabilidad ni siquiera hay conducta punible y por ende, lógicamente no se puede imponer sanción.

En rigor este parágrafo parecía referirse más a una situación de inculpabilidad que de innecesidad de la pena (Sandoval, 2007, p. 20).

Nuestro celo en esta falta de precisión, terminología en lo que respecta a cada uno de los ítem de la responsabilidad penal, no es el morbo por una simple acrobacia jurídica, sino que este obedece a que las consecuencias a las que se llega en una u otra postura es de gran relevancia para el ejercicio del *ius puniendi* en la limitación de la libertad del ciudadano, pues al darle autonomía a la necesidad de pena se convierte esta en otro escenario más de discusión que obstaculiza la imposición de sanción.

Obsérvese que la Corte Constitucional en el caso del aborto se pronunció respecto a algunas causales de ausencia de responsabilidad en las cuales puede actuar una mujer, entendiéndose que tiene derecho a abortar cuando está en peligro la vida de la mujer, la mujer ha sido violada o hay malformaciones para el que está por nacer (C. Const. C-355/2006).

Con respecto a esa pronunciación del Tribunal Constitucional tendríamos que concluir varias cosas:

1) Esas situaciones manifestadas por la Corte Constitucional no son las únicas causales de ausencia de responsabilidad penal en las cuales una mujer puede abortar, ya que puede actuar en

razón de un error de tipo (artículo 32 #10 Inc. 1°):

No habrá responsabilidad penal cuando: (...) #10. Se obre con error invencible de que no concurre en su conducta un hecho constitutivo de la descripción típica o de concurren los presupuestos objetivos de una causal que excluya la responsabilidad.

Si el error fuere vencible la conducta será punible cuando la ley la hubiere prevista como culposa (...)

O puede actuar amparada por un error de prohibición (artículo 32 #11):

No habrá responsabilidad penal cuando: (...) #11. Se obre con error invencible de la licitud de su conducta. Si el error fuere vencible la pena se rebajará en la mitad.

O puede actuar amparada en una insuperable coacción ajena (Art. 32 #8), miedo insuperable (Art. 32 #9), entre otras, por tanto la manifestación de la Corte es enunciativa más no taxativa.

2) En el caso de la práctica del aborto cuando hay peligro para la mujer, la ley penal ya había regulado esa situación con la causal de ausencia de responsabilidad penal consagrada en el artículo 32 #7 denominada estado de necesidad:

Art. 32. No habrá responsabilidad penal cuando: (...) #7. Se obre por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, inevitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar (...).

Pero es importante que la Corte haya llovido sobre escenarios ya mojados en razón de la re-

sistencia de ciertos sectores que quieren fomentar valores morales a través del Derecho Penal y no menos peligrosos que los que son arbitrarios por ignorancia que confunden la conducta típica de aborto con el delito de aborto.

3) En el caso enunciado por la Corte en que dice que la práctica del aborto cuando una mujer es violada no constituye delito, no era necesario que la Corte Constitucional se pronunciara en ese aspecto por cuanto cuando una mujer es violada esta actúa en circunstancias anormales de motivación, que no requieren comprobación empírica, lo que trae como consecuencia que la mujer no pueda comportarse de acuerdo al ordenamiento jurídico, infiriéndose entonces que el juicio de reproche en esa situación concreta es negativo y por ende, se está en una situación que excluye la categoría dogmática de la culpabilidad. Argumentos conservadores como que la mujer tiene la posibilidad de no abortar y de dar en adopción, solo cosifica a la mujer volviéndola un instrumento aniquilando su dignidad e ignorando que es un fin en sí mismo y no puede ser instrumento de nada ni nadie.

4) El pronunciamiento de la Corte no solo tiene el mérito de darle más fuerza a derechos que ya tenía la mujer (abortar en caso de violación o de estar ella en peligro) sino que el desgaste de dicha corporación hidrató terrenos que eran vírgenes como lo es cuando consagra el derecho a abortar cuando hay malformaciones en el feto.

5) Los titulares de las causales de ausencia de responsabilidad penal no tienen la obligación de rogarlas para ser concedidas a estos. Así que

los casos de mujeres esperando ser atendidas por su EPS para que se les practique el aborto cuando han sido objeto de una violación, o están en peligro sus vidas no requieren autorización para practicárselo por su propia cuenta. Otra cosa es el escenario probatorio cuando se quiera plantear en el juicio oral una teoría del caso en que la defensa manifiesta de manera afirmativa de este tipo de causales de ausencia de responsabilidad penal ante la acusación por una conducta típica de aborto, se requerirán entonces por lógica elementos materiales probatorios para acreditar dicha causal de exoneración en el proceso penal.

CONCLUSIONES

1. El procedimiento penal consagrado en la Ley 906 de 2004 no puede carecer del estudio de la teoría del delito por cuanto no solamente se prueban los elementos descriptivos del hecho sino los juicios de valor sobre ellos.
2. El estudio de la teoría del delito es fundamental e imprescindible, pero nunca va en perjuicio del estudio de la teoría de la prueba, ni del proceso como tal y mucho menos de las técnicas del juicio oral, ni justifica su no estudio o subestimación.
3. Las normas rectoras consignadas en el Código Penal sustantivo colombiano determinan los límites no solo de la capacidad punitiva del Estado en lo que respecta a la teoría del delito sino todo el sistema penal incluyendo entre otras instituciones el procedimiento penal.
4. Las categorías dogmáticas de conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad se requieren para acreditar la existencia de delito, pero también para acreditar la existencia de contravención.
5. El injusto se compone por desvalor de acto y de resultado, pero comprendiendo que el desvalor de acto se compone por una conducta que contraría el mandato o la prohibición contenido en el tipo y que no tiene a su favor una norma de permiso o causal de justificación alguna, por ende para que exista desvalor de acto se debe acreditar que con la conducta se contrarió el ordenamiento jurídico objetiva y subjetivamente.
6. Se entiende que hay desvalor de resultado cuando hay lesión o peligro efectivo al bien jurídico, aunque con ese daño al bien jurídico se haya salvado otro bien jurídico como en el caso de la legítima defensa.
7. El injusto para imputables e inimputables es igual.
8. Las causales de justificación para ser reconocidas basta con que se acredite la existencia de los presupuestos objetivos de la misma sin menester de que concurra el elemento especial subjetivo de la causal de justificación.
9. El dolo en el Código Penal colombiano Ley 599 de 2000 contiene en su parte cognitiva como objeto de estudio no solo los hechos descritos en el tipo sino todos los hechos del injusto.
10. En Colombia no hay delitos de peligro abstracto, para que se pueda configurar el injusto de un delito de peligro es menester que

además del peligro abstracto se acredite el peligro efectivo tal y como lo exige la norma rectora contenida en el artículo 11 del Código Penal Ley 599 de 2000.

11. La culpabilidad como categoría dogmática es una garantía que es obligatorio estudiarla tanto a imputables como a inimputables.
12. Para poder sancionar al imputable con medida de seguridad hay que excluir la posibilidad de existencia de causales de ausencia de responsabilidad penal. Estas son las causales de ausencia de conducta, las causales de atipicidad, las causales de justificación, las causales de inculpabilidad y las causales de la innecesidad de la medida de seguridad.
13. La necesidad de pena y la necesidad de la medida de seguridad se aplica a todas las estructuras típicas, es decir, es de *numerus apertus* como lo afirma el artículo 3° y no de *numerus clausus* como lo da a entender el Art. 34°.
14. Las circunstancias que trae la sentencia C-355 de mayo 10 de 2006 en la que se exonera de responsabilidad penal a una mujer cuando se practica un aborto no son taxativas, son meramente enunciativas.
15. Establecer qué es coherencia en la dogmática, depende de que las soluciones a las que se llegue de cada uno de los problemas jurídicos que subyacen en la teoría del delito, que tienen consecuentes repercusiones en la pena o su exoneración, se haga en armonía con la teoría de los derechos fundamentales.

(Redacción Justicia. *El Tiempo*, 2014)

REFERENCIAS

- Agudelo Betancur, N. (2002). *Error sobre las circunstancias atenuantes/Inimputabilidad*. Bogotá: Procuraduría General de la Nación.
- Agudelo Betancur, N. (2013). *Curso de derecho penal (esquemas del delito)*. Medellín: Nuevo Foro Penal.
- Carrasquilla, J. F. (2011). *Derecho Penal parte general. Principios y categorías dogmáticas*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- Pavageau, C. G. (2005). *Estudios de dogmática en el nuevo Código Penal*. Bogotá D.C.: Giro Editores Ltda.
- Pavageau, C. A. (2008). *Módulo teoría del injusto. Maestría en Derecho Penal y Criminología*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, Colombia.
- Roxin, C. (1992). *Política criminal y estructura del delito* (Vol. 2). Buenos Aires: Editorial Hammurabi.
- Sandoval Fernández, J. (2007). *Causales de ausencia de responsabilidad penal*. Bogotá: Procuraduría General de la Nación.
- Sotomayor Acosta, J. O. & Gallego García, G. (1999). *Las circunstancias agravantes del homicidio imprudente*. Nuevo Foro Penal.
- Velázquez Velázquez, F. (2007). *Manual de Derecho Penal parte general*. Comlibros.
- Yáñez Meza, D. A. (2012). Las fuentes del derecho en la Constitución Política de 1991: una teoría que plantea la existencia de dos jueces distintos. (D. Clavijo Cáceres, Ed.). *Revista Academia & Derecho*, 3(5).

Jurisprudencia

- Colombia. Consejo Superior de la Judicatura. Casación Penal. Sentencia. Octubre 27 de 1986, Rad. 278. M.P Lisandro Martínez Zúñiga. Consejo Superior de la Judicatura. Sala Plena. Sentencia. Junio 8/89.
- Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sentencia C-17693. Mayo seis (6) de mil novecientos noventa y tres (1993). M.P. sustanciador Alejandro Martínez Caballero.
- Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sentencia C-647/01. Bogotá, D.C., veinte (20) de junio dos mil uno (2001). M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra.
- Colombia. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-355/06. Bogotá, D.C., diez (10) de mayo de dos mil seis (2006). Magistrados ponentes: Dr. Jaime Araújo Rentería. Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

Legislación Nacional

- Colombia. Constitución Política Nacional de 1991. Bogotá: Leyer.
- Colombia. Ley 599 de 2000. Código Penal colombiano. Bogotá: Leyer.
- Constitución. Ley 1098 de 2006. Código de la Infancia y Adolescencia.
- Constitución. Ley 906 de 2004. Código de Procedimiento Penal.

Prensa

- Periódico *on-line*. (2014, 1 de julio). *Claves de la extradición de vinculados en muerte de agente de la DEA. ¿Por qué fueron enviados a EEUU los siete colombianos por el 'paseo millonario'?* En el periódico *El Tiempo*. Recuperado de <http://www.eltiempo.com/politica/justicia/extradicion-de-vinculados-a-la-muerte-del-agente-de-la-dea/14191376>