

**UNIVERSIDAD EAFIT  
ESCUELA DE DERECHO**

**MAESTRÍA EN DERECHO PENAL**

**Principio de culpabilidad en las decisiones de la Corte  
Constitucional y Corte Suprema de Justicia colombianas.  
Imprecisiones dogmáticas que debilitan su función de  
garantía.**

**Por:**

**Juan Carlos Cano Londoño**

**ASESOR: DR. JUAN OBERTO SOTOMAYOR ACOSTA**

**Trabajo de Grado presentado para optar al título de Magister en Derecho  
Penal**

**Medellín,**

**2013**

## **El principio de culpabilidad en las decisiones de la Corte Constitucional y Corte Suprema de Justicia colombianas. Imprecisiones dogmáticas que debilitan su función de garantía.**

### **1. Introducción**

El Estado Constitucional se enfrenta en nuestros días a muy variados e intensos retos que ponen a prueba sus fundamentos y virtudes hasta el punto que, en no pocas ocasiones, llega a dudarse de su capacidad de rendimiento para hacer frente a los desafíos de la sociedad moderna, sociedad que amplía cada vez más el espectro de demandas que el Estado está llamado a atender en cumplimiento del contrato social que le dio origen y en desarrollo del cual los individuos han renunciado al goce absoluto de sus libertades, admitiendo su restricción sujeta a reglas preestablecidas.

Así entonces el Estado asume la obligación de garantizar la pacífica convivencia ciudadana y la realización de los derechos de los asociados, pero al mismo tiempo se le atribuye la facultad de hacer uso, no ilimitado, no incontrolado, de los instrumentos de coacción social que han sido acordados como legítimos.

Poderes e instrumentos que, en el Estado Constitucional, tendrán que ser empleados con quirúrgico cuidado, so pena de socavar los fundamentos del mismo sistema que los autoriza.

Indispensable resulta entonces establecer, dentro de las cláusulas del contrato social, de qué le está permitido al Estado disponer, en qué grado y cómo, y qué es aquello a lo que los ciudadanos no han renunciado, aquello que resulta indisponible frente a aquél.

Uno de los poderes de los que ha sido revestido el Estado lo constituye precisamente el poder punitivo, que se traduce en la facultad que se le atribuye de investigar el delito y sancionar al autor del mismo.

Pero como quiera que en desarrollo del contrato social se ha admitido que en ejercicio de ese poder punitivo, el Estado imponga penas de muy variada naturaleza, ya pecuniarias, privativas de otros derechos e, incluso, la de mayor capacidad aflictiva: la pena de prisión, penas todas que afectan de manera intensa las libertades ciudadanas, es necesario fijar las condiciones en que intervenciones tan invasivas pueden tener lugar. Dicho de otra manera, es absolutamente imperioso establecer los límites, las barreras de contención dentro de los cuales puede y debe ejercerse de manera legítima dicho poder.

En el Estado Constitucional esos límites están fijados, como mandatos dirigidos al legislador (con poder vinculante en el momento de la elaboración de la ley penal) y a los jueces (con poder vinculante en el momento de decidir el “sí”, cuál y cuánta pena imponer), en la carta política, bajo la denominación de derechos o principios fundamentales.

Se enfrenta entonces el Estado Constitucional a una aparente paradoja: proteger aquellos intereses que la sociedad ha estimado como bienes jurídicos, cuya preservación resulta indispensable para su propia subsistencia, haciendo uso para ello del poder punitivo que esa misma sociedad le ha conferido, afectando con ese ejercicio las libertades ciudadanas que constituyen también “bienes jurídicos individuales” que interesan de igual manera a la sociedad.

El problema surge es cuando, como parece estar sucediendo en la actualidad, el Estado acude a su arsenal punitivo y particularmente a su expresión concreta, la pena, como primera o única *ratio* para atender las demandas sociales, muchas veces a sabiendas de la ineficacia y desproporción de ese recurso, sacrificando de manera irracional los derechos y garantías individuales cuyo reconocimiento no ha sido gratuito.

Y si como hemos dicho, los derechos y principios fundamentales plasmados en la constitución representan límites al ejercicio del poder punitivo del Estado y, en cuanto tales, también barreras o “triumfos frente al poder de decisión de las mayorías”,<sup>1</sup> es claro que aquellos puedan apreciarse como un obstáculo en el propósito de responder con “eficiencia” a las nuevas demandas sociales.

Ahora bien, como quiera que la positivización de los principios y derechos fundamentales no garantiza por sí sola su observancia (entre otras cosas porque muchos de ellos, entre los que se cuenta el principio de culpabilidad, poseen una textura ambigua), resulta imperioso estar atentos a fin de poder descubrir de qué contenido se les ha dotado y evitar que sirvan precisamente a fines contrarios a los que originalmente sirvieron: constituir un límite a los excesos del poder y, en consecuencia, garantía del individuo frente a aquél.

Como bien lo expresa el profesor Muñoz Conde,<sup>2</sup> “Para la imposición de una pena, principal consecuencia jurídico penal del delito, no es suficiente con la comisión de un hecho típico y antijurídico. Como se deduce de algunos preceptos del derecho penal vigente en cualquier país civilizado, la comisión de un hecho delictivo, en el sentido de un hecho típico y antijurídico, no acarrea automáticamente la

---

<sup>1</sup> RONALD DWORKIN, *Los derechos en serio*, sexta reimpresión, Barcelona, ed. Ariel S.A., 2007, p. 37.

<sup>2</sup> FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *Teoría general del delito*, 2 ed., Bogotá, ed. Temis S.A., 2008, p. 99.

imposición de una pena al autor de ese hecho. Existen determinados casos en los que el autor de un hecho típico y antijurídico queda exento de la responsabilidad penal. Ello demuestra que junto a la tipicidad y a la antijuridicidad debe darse una *tercera categoría* en la teoría general del delito, cuya presencia es necesaria para imponer una pena. Esta categoría es la *culpabilidad*. Es una categoría cuya función consiste, precisamente, en acoger aquellos elementos que, sin pertenecer al tipo de injusto, determinan la imposición de una pena”.

Como sucede con otros principios del derecho penal, tradicionalmente el principio de culpabilidad se ha entendido de distintas maneras. Por un lado, se le ha asignado un sentido *amplio* que llamaremos *principio de responsabilidad*. Esto para diferenciarlo de su otra acepción: *el principio de culpabilidad en sentido estricto*. En realidad estas dos versiones del mismo principio poseen contenidos diferentes.

El *principio de responsabilidad* estaría comprendido por varios sub-principios, a saber: principio de *personalidad* o de responsabilidad por el acto propio; principio del *acto*, en oposición al derecho penal de autor, conforme con el cual se le castiga al sujeto por lo que hace, no por lo que es; principio de *subjetividad*, que exige que el individuo actúe a título de dolo o culpa; principio de *exigibilidad* que equivaldría a la categoría dogmática del delito o *culpabilidad en sentido estricto*, la misma que constituiría un juicio sobre el sujeto que actúa y que obliga a establecer que se cumplan simultáneamente tres elementos: la imputabilidad, la conciencia de la antijuridicidad y la exigibilidad de otra conducta (este último a fin de determinar si, examinadas las particulares circunstancias de todo tipo que rodean la actuación del sujeto, su concreta e individual situación frente al hecho, podía optar por una conducta conforme a derecho) y, por último, el principio de *presunción de inocencia* en su concepción sustantiva.<sup>3</sup>

El principio de subjetividad (cuyos elementos serían el dolo y la culpa), representa lo que se conoce como el concepto tradicional del principio de culpabilidad, pero que en realidad equivalen, el dolo y la culpa, a elementos subjetivos del tipo y por lo tanto hacen parte del injusto penal, no de la categoría dogmática que hoy conocemos como culpabilidad (principio de culpabilidad en sentido estricto).

---

<sup>3</sup> EMILIANO BORJA JIMÉNEZ, *Algunas reflexiones a raíz de la nueva formulación del principio de culpabilidad en el Anteproyecto de Código penal español de 1992*, en NFP número 57, Bogotá, 1992, pp. 360 y 361.

Como quiera que, dependiendo de la versión que del principio de culpabilidad se adopte, se obtendrán mayores o menores rendimientos en cuanto a las garantías del individuo, nos proponemos dar cuenta sobre cuál de las anteriores acepciones han acogido en sus decisiones la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia o, inclusive, si han acogido un concepto propio o renunciado a él. Pero además, una vez establecido el contenido asignado a dicho principio, necesario es determinar si dicho contenido ofrece algún rendimiento como límite al poder punitivo del Estado o si, por el contrario, ha sido utilizado como fundamento de un mayor poder de incriminación.

## **2. Función del principio de culpabilidad y las tensiones que hoy enfrenta.**

A efectos de poder entrar a evaluar la jurisprudencia de nuestras cortes en lo atinente a los contenidos asignados al principio de culpabilidad, resulta absolutamente necesario consultar la doctrina nacional y extranjera, a fin de dilucidar en este campo cuál es la función que está llamado a cumplir dicho principio, bajo las premisas del Estado Social de Derecho y, en virtud de ello, determinar la capacidad de rendimiento predicable de cada una de las posiciones adoptadas de cara a servir de límite al poder del Estado.

En esta dirección indagaremos en la doctrina, en primer lugar, por la concepción tradicional del principio de culpabilidad (sentido tradicional: atribución del hecho a título de dolo o culpa); pasaremos luego a rastrear su comprensión en sentido amplio (derecho penal de acto, responsabilidad por el hecho propio o de la personalidad y presunción de inocencia en sentido sustancial) y, por último, centraremos nuestra atención en la comprensión del mencionado principio en sentido estricto, es decir, como juicio de exigibilidad de la actuación conforme a derecho.

### **2.1 Sentido tradicional del principio de culpabilidad**

El anterior código penal, decreto 100 de 1980, en su artículo 35, establecía como “formas de la culpabilidad”, el dolo, la culpa y la preterintención. Así entonces, habiéndose hallado que la conducta era típica y antijurídica, faltaba sólo determinar si la misma había sido ejecutada en alguna de aquellas formas para estimar *culpable* a su autor. Así también lo predicaban algunos doctrinantes nacionales.<sup>4</sup> Se inscribía entonces aquél estatuto en la que se conoce como teoría psicológica de la culpabilidad.<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup>Ver: ANTONIO VICENTE ARENAS, *Comentarios al nuevo código penal: decreto 100 de 1980: Parte General*, Bogotá, ed. Temis, 1981, pp. 406 y ss.; ALFONSO REYES ECHANDÍA, *Derecho Penal, Parte General*, Bogotá, 2ª. Reimpresión de la undécima edición, ed. Temis, 1990, pp. 207 y ss.; LUIS CARLOS PÉREZ, *Derecho Penal, Parte General y Especial*, Tomo I, Bogotá, ed. Temis, 1987, pp. 443, 465 y ss.;

El actual código penal, ley 599 de 2000, en su artículo 22, describe el dolo a través de dos elementos que lo constituyen: 1. El conocimiento por parte del agente de los hechos constitutivos de la infracción penal. Se trata de un dolo natural o avalorado, esto es, significa el mero *conocimiento* de lo que se hace u omite, sin requerirse que el agente sea consciente de la ilicitud de su conducta y, 2. El *querer* ejecutar u omitir la acción. Al primero se le conoce como elemento cognoscitivo y al segundo como elemento volitivo del dolo.

El mismo estatuto, en su artículo 23, prescribe que la conducta es culposa (culpa) cuando el resultado típico es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, (culpa sin representación) o, habiéndolo previsto (culpa con representación) confió en poder evitarlo.

El dolo y la culpa constituyen, según el artículo 21 *ídem*, “modalidades de la conducta punible” y, conforme a la teoría normativa de la culpabilidad,<sup>6</sup> dominante en nuestro medio, hacen parte del tipo, más exactamente del tipo subjetivo (no de la culpabilidad) y de ahí que su constatación permita deducir la responsabilidad subjetiva (concepto restringido de la culpabilidad).

Así, por ejemplo, el profesor Fernández Carrasquilla<sup>7</sup> concibe comprendido el dolo (y la culpa) dentro del tipo subjetivo que denomina “tipo de culpabilidad o culpabilidad típica”, el cual estaría integrado, como se verá, por otros elementos propios de la culpabilidad entendida en sentido estricto.

Velásquez Velásquez<sup>8</sup> lo entiende como elemento integrante del tipo subjetivo, no de la culpabilidad, aunque estima que la diferenciación que se hace entre delitos dolosos y culposos para la graduación de la pena, son manifestaciones del subprincipio de proporcionalidad, integrante éste del principio de culpabilidad en un sentido amplio.

---

CARLOS MARIO MOLINA ARRUBLA, *Principios rectores de la ley penal colombiana*, Medellín, ed. Biblioteca Jurídica Dike, 1977, pp. 109 y ss.

<sup>5</sup> Sobre las distintas teorías de la culpabilidad, entre otros ver: FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho Penal, Parte General*, Bogotá D.C., ed. Librería jurídica COMLIBROS, 2009, pp. 620 y ss.

<sup>6</sup>CLAUS ROXIN, *Derecho penal: parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, traducción de la 2ª ed. Alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal, Ed. Civitas, 1997, reimpresión 2006, p. 796

<sup>7</sup> JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Dogmática penal sin reproche de culpabilidad en la hora actual*, en: *Dogmática y criminología: dos visiones complementarias del fenómeno delictivo*. Libro homenaje al doctor Alfonso Reyes Echandía. Bogotá, Ed. Legis, 2005, pp. 139 y ss.

<sup>8</sup> FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho Penal, Parte General*, Cit. pp. 620 y ss.

Sotomayor Acosta<sup>9</sup> indica como la existencia de dolo y culpa serían, en cuanto constataciones obligadas frente a cualquier autor, limitación general de la intervención penal, en atención al subprincipio de responsabilidad subjetiva, es decir, proscripción de la responsabilidad objetiva, en el contexto de una concepción del principio de responsabilidad en sentido amplio. El dolo y la culpa hacen parte del injusto, más concretamente, de la tipicidad, dolo que se entiende como conocimiento de lo que se hace y voluntad de hacerlo, que no requiere de la conciencia de la ilicitud, es decir, se trata de un dolo avalorado.<sup>10</sup>

En la doctrina extranjera puede encontrarse que Roxin<sup>11</sup> lo asume como elemento de la responsabilidad en un sentido amplio, pues el injusto típico, todos sus elementos (entre ellos el dolo y la culpa), son de manera mediata también criterios de la culpabilidad y de la responsabilidad.

El profesor Ferrajoli<sup>12</sup> estima el dolo y la culpa como “formas” de lo que denomina *intencionalidad o culpabilidad en sentido estricto*, tercer elemento integrante del concepto genérico de la culpabilidad.

Borja Jiménez<sup>13</sup>, se inclina por entender que la exigencia de dolo y culpa constituyen una garantía derivada del principio de culpabilidad, según la cual “la pena no debe sobrepasar la medida de la culpabilidad” y, por tanto, no pueden castigarse conductas en las que el sujeto no haya tenido conocimiento o intención, de un lado, o no haya violado el deber de cuidado, de otro. Se correspondería ello con la prohibición de la responsabilidad objetiva.

## **2.2 El principio de culpabilidad en sentido amplio (derecho penal de acto, responsabilidad por el hecho y presunción de inocencia en su expresión sustantiva o material).**

En esta etapa intermedia de nuestra propuesta metodológica parece provechoso adentrarnos, con más detalle, en los planteamientos teóricos de la doctrina, lo que nos permitirá no sólo precisar el *si* y el *cómo* se asume el concepto de culpabilidad en sentido amplio, sino también auscultar de mejor manera la asunción de la

---

<sup>9</sup> JUAN OBERTO SOTOMAYOR ACOSTA, *Imputabilidad y sistema penal*, Santa Fe de Bogotá, 1996, ed. Temis S.A., p. 242.

<sup>10</sup> *Ibid.*, p. 253 y 254.

<sup>11</sup> CLAUDIUS ROXIN, *Derecho penal: parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Cit. p. 798.

<sup>12</sup> LUIGI FERRAJOLI, *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*, Madrid, 2000, ed. Trotta S.A., p. 490

<sup>13</sup> EMILIANO BORJA JIMÉNEZ, *Algunas reflexiones a raíz de la nueva formulación del principio de culpabilidad en el Anteproyecto de Código penal español de 1992*. Cit. pp. 360 y 361.

culpabilidad en sentido restringido e ir descubriendo en ella los contenidos que puedan dar cuenta del tratamiento de dicho principio en sentido estricto.

Por considerarlos bastante claros en relación con lo que puede entenderse como principio de responsabilidad en sentido amplio y las distintas garantías que de éste se derivan, partiremos de lo expuesto por los profesores Borja Jiménez<sup>14</sup> y Sotomayor Acosta.<sup>15</sup>

Definiéndolo como un juicio de reproche personal que se formula al autor de una conducta típica y antijurídica, Borja Jiménez examina cada una de las garantías que, según él, la doctrina mayoritaria entiende comprendidas en el principio de culpabilidad.

En primer lugar alude al *principio de responsabilidad personal o de personalidad*, conforme con el cual sólo es posible atribuirle responsabilidad penal a una persona por sus propios actos u omisiones, nunca por los ajenos.

En segundo lugar refiere al *principio de responsabilidad por el hecho*, según el cual el sujeto responde sólo por el hecho que realiza, no por su forma de ser, su carácter, o por la forma de conducción de su vida. Se refiere entonces al derecho penal de acto en contraposición a un derecho penal de autor que se proscribe.

Como tercera garantía señala el *principio de presunción de inocencia* de contenido material conforme con el cual al legislador le está prohibido establecer tipos penales que se funden en hechos presuntos o en presunciones de culpabilidad.

En cuarto lugar destaca la garantía según la cual “la pena no debe sobrepasar la medida de la culpabilidad”. Cita como contraria a dicho principio la figura de la preterintención y los delitos cualificados por el resultado, y como su confirmación la diferente punibilidad de los delitos dolosos y culposos.

Aludiendo a estas mismas garantías generales como integrantes del principio de responsabilidad o de culpabilidad en sentido amplio, el profesor Sotomayor Acosta agrega a éstas, con mayor énfasis, el *principio de la responsabilidad subjetiva*, conforme con el cual queda proscriba toda forma de responsabilidad objetiva y, en consecuencia, no puede haber responsabilidad penal “por la mera causación física del resultado, esto es, si el acto no ha sido querido o por lo menos evitable”.

Advierte el profesor Sotomayor como estas garantías inherentes al principio de responsabilidad “tienen un carácter general y, por consiguiente, de límite de toda intervención penal del Estado, bien sea que revista la forma de pena o de medida

---

<sup>14</sup> Ibid., pp. 349 y ss.

<sup>15</sup> JUAN OBERTO SOTOMAYOR ACOSTA, *Imputabilidad y sistema penal*. Cit. pp. 241 y ss.

de seguridad”, garantías todas que entiende deducibles del principio Constitucional de la dignidad humana y, por tanto, exigibles frente al Estado siempre que pretenda atribuir relevancia jurídico penal a una conducta determinada. Se trata entonces de requisitos predicables en relación con el injusto (hecho típico y antijurídico), no en relación con el sujeto a quien se le atribuye.

Por su parte el profesor Velásquez Velásquez<sup>16</sup>, distingue entre el “*principio de culpabilidad o de la responsabilidad subjetiva*” y la categoría dogmática de la culpabilidad que entiende derivada de aquél.

El principio de *culpabilidad o de la responsabilidad subjetiva* aludiría a cuatro cosas distintas. “En primer lugar, *posibilita la imputación subjetiva*”, conforme con la cual solo puede hacerse responsable de una conducta a su autor, nunca a terceras personas. Equivaldría a lo que ya hemos denotado como principio de personalidad.

En segundo lugar comprendería el principio según el cual nadie puede ser castigado sin culpabilidad, que implicaría, según el precitado profesor, la exclusión de la responsabilidad objetiva o por el mero resultado, principio del cual entiende derivada la categoría dogmática de la culpabilidad (principio de culpabilidad en sentido escrito), “acorde con la que sólo puede ser punido quien estuviere en posibilidad de gobernar el acontecer lesivo para los bienes jurídicos”.

En tercer lugar, “*la pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad y su imposición se hace con base en el grado de culpabilidad*”, principio conforme con el cual la pena se graduará dependiendo de si la conducta se ejecuta a título de dolo, preterintención o culpa en sus diversas modalidades.

Por último estaría “*la idea de proporcionalidad como pauta surgida del postulado de igualdad para tasar la pena en concreto*” según la cual, si el juzgador pretende imponer una pena justa, debe hacerlo de forma proporcionada, teniendo en cuenta si el autor del presunto delito actuó con dolo, culpa o preterintención pues, conforme al principio de igualdad, “es posible tratar desigualmente lo que es desigual”, dándose operancia de esta manera al “*principio de proporcionalidad o de prohibición de exceso*”.

A efectos de entender la propuesta del profesor Fernández Carrasquilla,<sup>17</sup> tendiente a la eliminación del juicio de reproche de la culpabilidad y el traslado de los elementos que de ésta hacen parte al injusto, integrando lo que denomina “el

---

<sup>16</sup>FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho Penal, Parte General*. Cit. pp. 128 y ss.

<sup>17</sup>JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Dogmática penal sin reproche de culpabilidad en la hora actual*, Cit. pp. 139 y ss.

tipo de culpabilidad” o “culpabilidad típica”, será necesario abordar en algún grado su punto de partida.

Recuerda el doctrinante colombiano como para los clásicos era diáfana la distinción entre un injusto objetivo que se constataba empíricamente en el resultado lesivo sobre el bien jurídico y una culpabilidad subjetiva cuyas formas eran el dolo (para el que no bastaba el nudo conocimiento de los hechos constitutivos de la infracción penal, sino además la conciencia de la antijuridicidad de la conducta) y la culpa, datos que, aunque de contenido psicológico, no por ello irreales o meramente formales.

Precisa como en ese acelerado proceso de “des-psicologización de la culpabilidad”, marca un hito el desplazamiento del dolo y la culpa hacia el tipo, confundándose entonces el injusto con la culpabilidad hasta el punto que ésta ha cedido frente a aquél, dejando un espacio que cada quien (o cada sistema) dota de diversos contenidos conforme a sus particulares intereses.

La culpabilidad deja de ser entonces una categoría constatable para convertirse “en un ente normativo que toma el nombre de reprochabilidad o juicio de reproche”, con contenidos morales, ético sociales, para nada jurídicos, que llegan a traducirse incluso en contenidos políticos, que a su vez sirven de base a la ideológica “razón de Estado”.<sup>18</sup>

Explica como una culpabilidad convertida en juicio de reproche, meramente formal, normativa, desprovista de sus bases ontológicas, deja de ser un “límite irrebalsable”, función que está llamado a cumplir dicho principio, máxime cuando ya no tiene como referente al sujeto concreto, actuante como hombre libre, con capacidad de autogobierno de sus acciones, sino a un “hombre medio” a quien se le atribuye o se le asigna un “poder general de actuar de otro modo”, con “culpabilidad social”<sup>19</sup> y, como tal, susceptible de instrumentalización en pro de la sociedad.

Se mantiene sí el concepto de *culpabilidad*, pero sólo como herramienta de legitimación formal de la actividad legislativa y la decisión judicial. Culpabilidad que como juicio de reproche y, por ello, pasible de ser dotada de contenidos morales, inmateriales, inconstatables, deja de ser límite al poder punitivo del Estado y, por el contrario, abre la puerta por la que se accede a lo más íntimo del sujeto (expresión de un derecho penal de autor).

---

<sup>18</sup> Ibid., p. 141.

<sup>19</sup> Ibid., p. 142.

Como ejemplo de lo anterior cuestiona el autor<sup>20</sup> la teoría funcionalista del profesor Günther Jakobs, para quien la culpabilidad no es más que falta de fidelidad al derecho o, “brevemente”, infidelidad al derecho.<sup>21</sup>

En ese contexto, el autor es *responsable* por la falta de motivación conforme a la norma, por presentar un *déficit* en el deber de obedecerla, déficit que se expresa en el hecho mismo y el cual no puede dejar de pensarse sin que se afecte la confianza general en el orden jurídico.

Aquí el individuo es persona en cuanto construcción social, en cuanto cumple unos roles funcionales al sistema social que le impone, desde antes, unas obligaciones que debe cumplir y que se constituyen en expectativas sociales que no puede defraudar. En una “persona” así concebida, la responsabilidad es una atribución generalmente aceptada, sólo se renuncia a ella o se tolera la falta de motivación, en casos muy extremos, determinados normativamente; su imputabilidad o capacidad de motivación conforme a la norma se supone de antemano y, en consecuencia, es irrelevante el concepto del libre albedrío pues no se trata, según Jakobs, de hacer suposiciones referidas al autor en el momento del hecho.<sup>22</sup> La infidelidad al derecho es también dato determinado normativamente y por ello no requiere de constataciones empíricas.

Esa falta de motivación por atender el orden jurídico, ese déficit de fidelidad al derecho que se manifiesta en el injusto mismo, como transgrede las expectativas sociales, no genera otra cosa que un conflicto de la misma naturaleza, un *conflicto social* el cual es necesario procesar para el mantenimiento del sistema, que cuenta para ello con el derecho penal como instrumento encaminado a la imposición de la pena a través de la cual se ejercita en el reconocimiento del mismo sistema.

A través de la imposición de la sanción penal, se recobra la confianza del conglomerado social en el funcionamiento del sistema. Se trata de comunicar a través de ella, que el sistema sí funciona, que es confiable y por ello debe seguir siendo acatado. Así la culpabilidad (atribución de responsabilidad) o, lo que sería lo mismo, la pena, cumple la exclusiva función de prevención general positiva, de reafirmación del sistema.

Propone entonces el profesor Fernández que, con el propósito de conjurar la arbitraria, amañada y peligrosa utilización de ese juicio de reproche, se le elimine, trasladando entonces todos los elementos psicológicos del delito al injusto, pero

---

<sup>20</sup> Ibid., pp. 171 y ss.

<sup>21</sup> GÜNTHER JAKOBS, *Derecho penal, parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª edición corregida, España, Marcial Pons, 1997, ed. Ediciones Jurídicas, p. 566.

<sup>22</sup> Ibid., p. 584.

integrando el tipo subjetivo, el cual quedaría así identificado con la “culpabilidad”, “palabreja que quizás no convenga, por su recargado sabor moral, conservar en la teoría jurídica del delito.”<sup>23</sup>

Estaría entonces el tipo subjetivo (culpabilidad) compuesto por el dolo (con conciencia de antijuridicidad de la conducta), la culpa, la imputabilidad y los fundamentos de las causas legales de exclusión de la culpabilidad, que no serían otras que las señaladas (las pertinentes) en el artículo 32 del código penal, cuyo sustrato es la *inexigibilidad* de otra conducta. Eso sí, advierte el profesor Fernández, quedan a salvo las funciones tradicionales asignadas al principio de culpabilidad, tales como la de garantizar un derecho penal de acto, responsabilidad personal subjetiva, principio de personalidad, proporcionalidad, humanidad, entre otros,<sup>24</sup> que equivaldrían al concepto de responsabilidad en sentido amplio.

La culpabilidad así concebida, como tipo subjetivo, permitiría entonces redefinir el delito como “injusto típico conminado con pena criminal y jurídicamente imputable a su autor”<sup>25</sup>.

No hay duda entonces que el profesor Fernández Carrasquilla reclama que al principio de culpabilidad se le dote de contenido material, no formal, entendido éste como un todo (subjetivo) integrado por lo que hemos definido como culpabilidad en sentido amplio: responsabilidad por el acto, personalidad, presunción de inocencia, como por el principio de responsabilidad subjetiva: exigencia de dolo y culpa; y por el principio de culpabilidad en sentido estricto: imputabilidad, conciencia de la antijuridicidad y exigibilidad de otra conducta conforme a derecho, elementos todos cuyo escrutinio no puede omitirse si quiere predicarse responsabilidad en el sujeto.

Roxin,<sup>26</sup> por su parte, concibe la responsabilidad penal como la coexistencia cumulativa de culpabilidad (que define como asequibilidad normativa) y necesidad preventiva de pena.

Partiendo de la libertad de actuación del ser humano como una suposición o “aserción normativa”, “una regla social de juego” conforme con la cual al sujeto

---

<sup>23</sup>JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Dogmática penal sin reproche de culpabilidad en la hora actual*. Cit. p. 151.

<sup>24</sup>Ibid., p. 181.

<sup>25</sup>Ibid., p. 161.

<sup>26</sup>CLAUS ROXIN, *Derecho penal: parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Cit. pp. 788 y ss.

actuante, cuya capacidad de autocontrol se encuentra intacta, se le “trata como libre”.<sup>27</sup>

Roxin entiende la culpabilidad “como actuación injusta pese a la existencia de asequibilidad normativa. Con ello se quiere decir que hay que afirmar la culpabilidad de un sujeto cuando el mismo estaba disponible en el momento del hecho para la llamada de la norma, según su estado mental y anímico, cuando (aún) le eran psíquicamente asequibles posibilidades de decisión por una conducta orientada conforme a la norma, cuando la posibilidad (ya sea libre, ya sea determinada) psíquica de control que existe en el adulto sano, en la mayoría de las situaciones existía en el caso concreto.”<sup>28</sup> Y estima que dichas hipótesis son demostrables empíricamente gracias a la psicología y la psiquiatría.

Estima el autor que una culpabilidad dotada de ese contenido material, bastaría, previo el injusto, para la imposición de la pena, incluso por razones preventivas.

Pero Roxin precisa que no siempre que puede verificarse la asequibilidad normativa (culpabilidad) en el sujeto, implica necesariamente la pena, por cuanto en ocasiones, aún dándose la asequibilidad normativa, es decir, aún estando el sujeto en pleno uso de sus facultades psíquicas y anímicas de autocontrol en el momento de actuar, el Estado *renuncia* a la imposición de pena porque no la considera necesaria en función de la prevención general y especial y cita como ejemplo el estado de necesidad exculpante.<sup>29</sup>

Estas observaciones le permiten al precitado profesor construir el concepto de *responsabilidad* como la conjunción o coexistencia de la culpabilidad (asequibilidad normativa) y la necesidad preventiva de la sanción penal.

Ahora, para la responsabilidad penal, como juicio de valor, el autor distingue entre el supuesto de hecho (objeto valorado) en *sentido estricto*, que estaría constituido por aquellos elementos distintos del injusto y que pueden ser en parte objetivos y en parte subjetivos (“como la constitución psíquica del sujeto, su conocimiento real o potencial de la antijuridicidad y la ausencia de situaciones exculpatorias”) y el supuesto de hecho de la responsabilidad en sentido amplio, al cual pertenecería *también*, el injusto típico, “ya que al sujeto se le hace responsable por el conjunto del hecho. Todos los elementos del injusto son por tanto de manera mediata también criterios de culpabilidad y de la responsabilidad.”<sup>30</sup>

---

<sup>27</sup>Ibid., p. 808.

<sup>28</sup>Ibid., p. 807.

<sup>29</sup>Ibid., p. 814. En nuestro medio artículo 32-7 C.P.

<sup>30</sup>Ibid., p. 798.

Así, dolo y culpa, no harían parte de la culpabilidad en sentido estricto pero sí serían “criterios” de ella en sentido amplio. Opta entonces el profesor alemán desde este punto de vista, por un concepto amplio de responsabilidad

Aunque Roxin se esfuerza por afirmar que tal concepción de la responsabilidad, compuesta por la asequibilidad normativa más la necesidad preventiva de sanción penal no mengua los rendimientos del principio de culpabilidad como límite al poder punitivo del Estado, pues “la pena presupone siempre culpabilidad, de modo que ninguna necesidad preventiva de penalización, por muy grande que sea, puede justificar una sanción penal que contradiga el principio de culpabilidad”,<sup>31</sup> lo cierto es que tal afirmación resulta cuestionable.

Si los eventos que conocemos entre nosotros como causas excluyentes de la culpabilidad, entre los que se cuenta el estado de necesidad exculpante, son simples casos de *renuncia* a la pena, de indulgencia del Estado por falta de necesidades de prevención, se tiene entonces que lo que se hace prevalecer son los intereses de la sociedad. No se trataría de un evento en el cual, en realidad, al sujeto no le es exigible otra conducta conforme a derecho, dada la particular situación en que se encuentra, circunstancia que por sí sola tornaría ilegítima e indigna una pena, sino de una generosa concesión estatal.

De esta manera entonces la inexigibilidad de otra conducta en general y, por ejemplo, el estado de necesidad exculpante en particular, no sería garantía de inculpabilidad, pues ello dependería de las necesidades preventivas del momento en una determinada sociedad. Una garantía así relativizada, sin pretensiones de universalidad, no constituiría ningún límite al poder, pues su pleno reconocimiento de éste dependería.

Pero es que aún en casos de falta de asequibilidad normativa, como en el del inimputable por demencia, se predica la responsabilidad del sujeto y se le impone, por razones preventivo-especiales, medida de seguridad, tanto o más aflictiva que la pena, ello demuestra que, teniendo como elemento de la responsabilidad las necesidades preventivas (prevención general o especial), no siempre que se excluya la culpabilidad (en este caso por inimputabilidad), se excluye también la sanción penal.

Podría suceder que en un momento dado el Estado decida desistir de su indulgencia, de su renuncia a la pena, porque así lo aconsejan necesidades preventivas, en los casos de exclusión de responsabilidad del artículo 32 del código penal, imponiendo una pena o medida de seguridad, aún cuando en

---

<sup>31</sup>Ibid., p. 793.

realidad éstas resultan ilegítimas dada la *inexigibilidad* de otra conducta que opera como eje transversal en aquellas circunstancias.

Shünemann<sup>32</sup> concibe al hombre como sujeto responsable, con libertad de acción, con libre albedrío, no considerado éste como un dato bio-físico que tenga que ser demostrado, sino como una “reconstrucción social de la realidad”, como construcción sociocultural (por lo menos en nuestra cultura occidental), que se halla asentada en las estructuras elementales de nuestra comunicación social y, por ello, con una presencia real (no supuesta o presunta) en la sociedad. Es un fenómeno social que hace parte de nuestro lenguaje ordinario y es presupuesto mismo de toda actividad social.<sup>33</sup> El hombre medio en situaciones normales puede entonces, según dicho autor, comportarse conforme a derecho, está en capacidad de atender el llamado de la norma.

Hecha la anterior salvedad (que lo aparta de Roxin para quien el libre albedrío es una suposición, “una aserción normativa”, “una regla social de juego”), acoge “sin reservas”<sup>34</sup> la propuesta de aquél autor de entender la responsabilidad penal como la conjunción de dos categorías: culpabilidad más necesidad preventiva de sanción penal.

Al igual que Roxin, Shünemann estima que “la concreta regulación legal de las causales de exclusión de la culpabilidad solo puede entenderse si se reconoce como fundamento de la *renuncia* a la pena por parte del Estado, además de la imposibilidad de actuar de otro modo, el decaimiento de una necesidad preventivo-general de pena a causa de una intensa reducción de la libertad de acción.”<sup>35</sup>

No obstante puede notarse como este autor antepone la inexigibilidad de otra conducta (imposibilidad de actuar de otro modo) como presupuesto del examen sobre la necesidad preventivo-general de pena, aunque al igual que Roxin, estima que en los casos de exclusión de responsabilidad, el legislador *renuncia* a la pena, pero lo hace porque reconoce además “una intensa reducción de la libertad de acción”. Es decir, la exención de pena no se funda prioritariamente en la “indulgencia” del Estado, sino en razón a las especiales circunstancias en que actúa el sujeto.

Al mismo tiempo precisa que, a más de la justificación global de la pena orientada a la protección de bienes jurídicos por la vía de la prevención general, la pena

---

<sup>32</sup> BERND SHÜNEMANN, *La función del principio de culpabilidad en el derecho penal preventivo*, en: *El sistema moderno del Derecho penal. Cuestiones fundamentales*. Estudios en honor a Claus Roxin 50Avo aniversario. Introducción, traducción y notas de Jesús María Silva Sánchez, Madrid, Ed. Tecnos S.A., 1991, pp. 147 y ss.

<sup>33</sup>Ibid., pp. 154 y ss.

<sup>34</sup>Ibid., p. 159.

<sup>35</sup>Ibid., p. 159.

tiene que justificarse, para que sea legítima, también frente al individuo que la soporta. “En efecto, la pena criminal debe legitimarse de modo que su imposición a un concreto ciudadano, con el a menudo consiguiente aniquilamiento de la existencia social del mismo, aparezca como una medida justa y defendible también frente a él.”<sup>36</sup> Esto aún teniendo la certeza (que no se tiene) de las bondades de la pena, de su eficacia en función de la prevención de los delitos.

Exige entonces Shünemann para la pena un principio autónomo de legitimación, con contenido axiológico, que no puede ser otro, según él, que el principio de culpabilidad, sin cuya efectivización el Estado carecería de legitimidad para imponer la pena, pues no podría reprocharle al sujeto que “él, al actuar, sabía o podía saber qué le esperaba y que, en consecuencia, sólo recibe lo que pudo prever y evitar.”<sup>37</sup>

Se proscribe entonces que el Estado pueda, por puras necesidades preventivas, entrar a imponer una pena por hechos que el sujeto no podía evitar. Es decir, queda deslegitimada una pena sin culpabilidad, así aquella resulte de marcada utilidad funcional de cara a la prevención general o especial. En síntesis, según este autor, no puede sustituirse el principio de culpabilidad o reconducirse a la nuda prevención general.

Ahora, precisa el doctrinante alemán que, partiendo del fin preventivo de la pena en un moderno derecho penal (abandonando la teoría de la retribución), la función que está llamado a cumplir el principio de culpabilidad en el proceso de medición de la pena tendría que reevaluarse.

No podría hablarse de “una pena adecuada (o ajustada) a la culpabilidad” (expresión en la que subyace un marcado acento retribucionista de la pena), conforme con lo cual dicho principio fijaría no sólo el extremo máximo de la pena sino también el extremo mínimo, es decir, no podrían imponerse penas por debajo de esa frontera inferior y, en consecuencia, “aquí el principio de culpabilidad impide una atenuación de la pena, operando de forma indudablemente *perjudicial* para el autor”<sup>38</sup>, lo que según Shünemann, contradice la afirmación de Roxin de que la presunción general del poder “actuar de otro modo” (libre albedrío) opera siempre a favor del autor.

Para dicho autor la culpabilidad marcaría solo el límite superior de la pena.

---

<sup>36</sup>Ibid., pp. 160 y 161.

<sup>37</sup>Ibid., p.162. A nuestro juicio se encuentran contenidos en esta última aserción los principios de personalidad, derecho penal de acto, responsabilidad subjetiva y exigibilidad.

<sup>38</sup>Ibid., p.154.

La medida de la pena en un derecho penal moderno que pretende la protección de bienes jurídicos a través de la prevención, dependería de “la gravedad de la lesión” de esos bienes jurídicos y de “la intensidad de la energía criminal” que se expresa en el hecho.

El principio de culpabilidad estaría llamado a cumplir entonces una función de límite (al igual que en el proceso de fundamentación de la pena), proscribiendo que se tomen en cuenta circunstancias “que no pudo conocer y que, por tanto, no se le pueden reprochar” al autor.

A manera de síntesis, podríamos sostener que, si bien puede afirmarse que Shünemann aboga por un concepto material del principio de culpabilidad, que es posible entender en un sentido amplio que aludiría a los subprincipios de necesidad de dolo y culpa, proscripción del derecho penal de autor, presunción de inocencia, personalidad, capacidad de respuesta a la norma o imputabilidad, conocimiento y evitabilidad de la acción o exigibilidad de otra conducta conforme a derecho, puede llamarse la atención sobre la precariedad garantista que contendrían las causales de exclusión de la responsabilidad si frente a ellas se sigue predicando una renuncia indulgente por parte del legislador y no como situaciones concretas en las que aparece como ilegítima la aplicación de una pena, derivadas del principio de culpabilidad en sentido estricto, de todos modos deducible del postulado de la dignidad humana.

Para Zaffaroni<sup>39</sup>, la culpabilidad se define como “un juicio personalizado que le reprocha al autor su injusto, considerando el ámbito de determinación con que actuó. De ello se sigue que el principio de que *a nadie puede cargársele con un injusto sino ha sido resultado de su libre autodeterminación* y que *no puede hacérselo en medida que supere el ámbito de determinación*, sea un mínimo requisito de racionalidad”.

Estima el autor que el concepto “ámbito de autodeterminación” no refiere al libre albedrío considerado como una ficción “según la cual todos los humanos son igualmente libres”. Aunque admite que todos los seres humanos disponen de un cierto ámbito de decisión, éste no es idéntico ni infinito “en todas las circunstancias”.

Puede entonces advertirse la asunción de un concepto material de culpabilidad fundado sobre bases ontológicas verificables, como quiera que exige atender las específicas y particulares circunstancias en las que el sujeto actúa. No se trata entonces de una culpabilidad meramente formal.

---

<sup>39</sup> EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, ALEJANDRO ALAGIA, ALEJANDRO SLOKAR, *Manual de Derecho Penal: parte general*, Buenos Aires, ed. Ediar-Temis, 1ª. Edición, p. 504.

Después de mostrarse absolutamente contrario a un derecho penal de autor,<sup>40</sup> estima este doctrinante que una culpabilidad así definida, como juicio de culpabilidad por el puro acto, aún no legitima el poder punitivo del Estado, pues ese poder se ejerce de manera “selectiva y discriminatoria” y, por tanto, no ética, habida cuenta que son limitados los recursos con que cuenta dicho Estado (las agencias de derecho en general) para distribuir equitativamente dicho poder.

Advierte como existen personas con un reducido ámbito de autodeterminación y, en consecuencia, se encuentran en una situación de mayor vulnerabilidad frente al sistema penal, que los prioriza dentro de su reducido margen de distribución de su poder punitivo, es decir, los selecciona y por ello los discrimina. Siendo así, el reproche de culpabilidad por el puro acto resulta ilegítimo, pues no tiene en cuenta la situación de estas personas.

Exige entonces el mencionado profesor que en el juicio de culpabilidad se tenga en cuenta esa “vulnerabilidad criminalizante”, es decir, ese mayor peligro que el sistema penal representa para cierto tipo de personas, si quiere predicarse un juicio de reproche ético y legítimo.

Pero dado el casi generalizado deterioro social, la gran mayoría de la población se encuentra en esa situación de vulnerabilidad frente al sistema social y, sin embargo, el poder punitivo se ejerce sólo sobre unos pocos que son seleccionados, según el autor, por haberse ubicado en “una situación de vulnerabilidad” aún más específica que el estado mismo de vulnerabilidad.

Ese estado general de vulnerabilidad no es igual para todos. Algunos parten de un estado de vulnerabilidad muy bajo para ubicarse en esa particular situación en que se concreta sobre ellos el poder punitivo del Estado. Pero la gran mayoría de éstos (criminalizados) parten en realidad de un estado muy elevado de vulnerabilidad frente al sistema penal, es decir, en relación con ellos es muy probable que se concrete el poder criminalizante del Estado, por tanto es escaso el “esfuerzo o contribución personal” que hacen para ubicarse en esa situación. Es el caso de los marginados sociales, “carteros, albañiles, operarios fabriles”.<sup>41</sup>

Exige entonces que, si se pretende un juicio ético de culpabilidad, se tenga en cuenta en el juicio de reproche (“como antítesis reductora”<sup>42</sup>) ese menor esfuerzo que, dada la situación de mayor vulnerabilidad en que se encuentra, tiene que

---

<sup>40</sup>Ibid., p. 505.

<sup>41</sup>Ibid., p. 514.

<sup>42</sup>Ibid., p. 515.

hacer el grueso de la población criminalizada.<sup>43</sup> Así entonces, a mayor vulnerabilidad, menor culpabilidad.

En el modelo garantista de Ferrajoli,<sup>44</sup> el principio de culpabilidad representa “una condición *sine qua non*, esto es, una *garantía jurídica* para la afirmación de la responsabilidad penal y para la aplicación de la pena”<sup>45</sup> que, siendo necesaria, imprescindible, no es suficiente para su imposición. Su presencia no autoriza, ni legitima, ni permite, ni obliga la pena. Por el contrario, cumple una función de *límite*, de deslegitimación del poder punitivo del Estado como quiera que, en su ausencia, o ante su omisión o transgresión, le está prohibida la punición.

Como expresión manifiesta del “axioma” “*nulla actio sine culpa*”, el principio de culpabilidad correspondería al “elemento subjetivo” o “psicológico” del delito que condiciona el concepto de acción a la decisión intencional, o sea, consciente y voluntaria de una persona “capaz de comprender y de querer”.<sup>46</sup>

De aquella noción general de la culpabilidad y con apego, según Ferrajoli, a la moderna dogmática penal, pueden entonces considerarse tres elementos constitutivos de dicho principio.<sup>47</sup>

En primer lugar señala el autor italiano el subprincipio de la *personalidad o suidad* de la acción, que indicaría la posibilidad de adscribir (o no) materialmente el delito a su autor. Se trataría entonces de establecer si existe una *relación de causalidad*, entre la decisión del sujeto, la acción y el resultado lesivo (principio de responsabilidad personal o personalidad).

Como segundo elemento de la culpabilidad estaría “la *imputabilidad o capacidad penal* que, según explica Ferrajoli, consistiría en una condición psicofísica de la persona que, en abstracto, le permitiría entender y querer.

Por último estaría la “*intencionalidad o culpabilidad en sentido estricto*”, que puede asumir la forma de *dolo* o de *culpa*.

Una culpabilidad así entendida conduciría a la proscripción de la responsabilidad objetiva, impersonal, no culpable, y cada uno de sus tres elementos constituiría una “causa subjetiva de exclusión del delito”.<sup>48</sup>

---

<sup>43</sup> En nuestro medio *debe* darse aplicación, por ejemplo, a lo dispuesto en el artículo 56 del Código Penal, cuando a ello haya lugar.

<sup>44</sup> LUIGI FERRAJOLI, *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*, Cit. pp. 487 y ss.

<sup>45</sup> *Ibid.*, p. 92.

<sup>46</sup> *Ibid.*, p. 487.

<sup>47</sup> *Ibid.*, p. 489 y 490.

<sup>48</sup> *Ibid.*, p. 491.

Observado así este planteamiento y continuando con la sistemática propuesta (consistente en diferenciar entre la culpabilidad entendida como la existencia de dolo o culpa; como un conjunto de garantías generales y exigibilidad de otra conducta ajustada a derecho), creemos que no sería desacertado estimarlo como una forma de concebir el principio de culpabilidad en sentido amplio, que de todos modos no sería el único en este modelo, como puede apreciarse más adelante.

### **2.3 El principio de culpabilidad en sentido estricto (juicio de exigibilidad de otra conducta conforme a derecho).**

Como claramente lo expone el profesor Sotomayor Acosta<sup>49</sup>, el juicio de culpabilidad en sentido estricto comporta dos niveles o campos de valoración.

En un primer nivel deberá decidirse sobre la imputabilidad (o inimputabilidad) del sujeto que actúa, a fin de determinar el grado de responsabilidad exigible. En pocas palabras, se trata de definir si se le trata como imputable en cuyo caso habrá, en principio, plena exigibilidad, o como inimputable con una exigibilidad reducida atendiendo a la circunstancia de desigualdad manifiesta. Se fija entonces en este nivel el ámbito de responsabilidad.

En un segundo nivel se trata de definir si el sujeto, imputable o inimputable, (ambos son susceptibles de sanciones penales: penas para los primeros y medidas de seguridad para los últimos), debe o no responder por el injusto que ha realizado, “atendidas las circunstancias particulares de su comportamiento”. Se trata entonces de un juicio concreto sobre las específicas circunstancias de tiempo, modo y lugar en que el sujeto actuó en relación directa con sus condiciones personales: se trata de un juicio *material* de exigibilidad.

Es aquí entonces, advierte el profesor Sotomayor, “donde entran en juego las causales de inexigibilidad (estado de necesidad exculpante, miedo insuperable, insuperable coacción ajena, inexigibilidad de la conciencia de la ilicitud del hecho, etc.), las cuales cumplen idéntica función en los distintos niveles o ámbitos de responsabilidad, (imputables o inimputables) cual es la de excluir la responsabilidad frente al hecho y por tanto la respectiva sanción.”(paréntesis fuera del texto).

Hecha la anterior precisión se tiene que, por ejemplo, el profesor Velásquez Velásquez<sup>50</sup>, al precisar el concepto de culpabilidad como categoría dogmática del delito, opta, al igual que el profesor Sotomayor, por un contenido material del mismo, fundado en el principio de exigibilidad, conforme con el cual no puede imponerse una pena o una medida de seguridad al autor que, dado el contexto

---

<sup>49</sup> JUAN OBERTO SOTOMAYOR ACOSTA, *Imputabilidad y sistema penal*, Cit. p. 264.

<sup>50</sup> FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho Penal, Parte General*, Cit. pp. 798 y ss.

social, cultural e histórico y atendidas las particulares circunstancias en que actúa, no es posible exigirle otra conducta que atienda el orden jurídico, idea de exigibilidad que entiende deducible de los postulados constitucionales de respeto de la dignidad humana en el Estado social y democrático de derecho, que concibe al hombre “como persona, como ser responsable, como ser capaz de autodeterminarse conforme a pautas normativas.”<sup>51</sup> El principio de exigibilidad “opera como verdadero componente tenaza que aglutina todos y cada uno de los elementos del juicio de culpabilidad.”<sup>52</sup>

De esta manera, cuando se hace referencia al error de prohibición, al estado de necesidad exculpante, la insuperable coacción ajena, el miedo insuperable, lo que subyace en ello no es otra cosa que la idea de la inexigibilidad de otra conducta y, en consecuencia, la imposibilidad para el Estado de imponer una sanción penal.

En idéntico sentido Ferrajoli, al precisar los contenidos de la *intencionalidad* como tercer elemento de la culpabilidad y como otra de las “causas subjetivas de exclusión del delito”, explica como ello obligaría a la exclusión de la culpabilidad cuando exista la *inconsciencia involuntaria*, la *fuerza mayor*, el *constreñimiento físico* o los distintos tipos de *error*, situaciones éstas que harían obligatorio el examen de las específicas circunstancias de tiempo, modo, lugar y personales en que el sujeto actúa.

Pero es más claro a este respecto Ferrajoli cuando explica que, como fundamento de la culpabilidad, tiene que mediar la posibilidad material para el sujeto de omitir la acción prohibida, esto es, la posibilidad de elección entre la conducta delictiva y otra conforme a derecho, el “poder actuar de otro modo”, porque de lo contrario al sujeto no le es *exigible* (no tiene el deber de) actuar distinto a como actuó.<sup>53</sup>

Es por ello que este autor concibe las causas de exclusión de la culpabilidad como causas de *no exigibilidad*, “por imposibilidad de que el sujeto actúe de otro modo”, causas entre las que concibe aquellas que excluyen tanto la *causalidad* (hecho de otro y caso fortuito) como la *imputabilidad* (minoría de edad o enfermedad mental) y la *intencionalidad* (inconsciencia, fuerza mayor, coacción física y error).

Finalmente indica que la *exigibilidad* (posibilidad material) constituye además el fundamento de las distintas circunstancias atenuantes o agravantes del delito,

---

<sup>51</sup> En idéntico sentido ver: JESÚS ORLANDO GÓMEZ LÓPEZ, *Teoría del Delito*, Bogotá D.C., ed. Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2003, pp. 831 y ss.

<sup>52</sup> FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho Penal, Parte General*, Cit. p. 826.

<sup>53</sup> LUIGI FERRAJOLI, *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*, Cit. p. 499.

pues ella es graduable dependiendo de las distintas situaciones de hecho y personales que se presentan en su comisión.<sup>54</sup>

Zaffaroni por su parte insiste en que, “Cada vez que el ámbito de autodeterminación no alcance un umbral mínimo, no se le podrá exigir jurídicamente al agente una conducta diferente de la efectivamente realizada. Por ello, *todas las causas de inculpabilidad son supuestos de inexigibilidad de otra conducta adecuada al derecho*, o sea que la inexigibilidad no es una causa de inculpabilidad sino el *común denominar, género o naturaleza, de todas las causas de inculpabilidad*”<sup>55</sup> y cita como tales supuestos: ausencia de comprensión de la antijuridicidad del injusto, estado de necesidad exculpante, la incapacidad psíquica de comprensión de la antijuridicidad de la conducta y de determinación conforme a esa comprensión; circunstancias que pueden concurrir, en cuyo caso, no podría imponerse una medida de internación, por ejemplo, en los eventos del inimputable por demencia cuando ha concurrido otra situación exculpante, de la cual se derivaría necesariamente la absolución por ausencia de culpabilidad.<sup>56</sup>

Privilegia entonces el precitado profesor un concepto material de culpabilidad entendido como límite al poder punitivo del Estado, dotado de contenidos estrictamente orientados a desentrañar las particulares circunstancias en que el sujeto actuó (específico ámbito de autodeterminación), atendida incluso su concreta situación de vulnerabilidad frente al sistema penal.

Cosa diferente no puede desprenderse de la propuesta del profesor Fernández Carrasquilla que, como vimos, aboga por dotar el principio de culpabilidad de contenidos materiales en procura del respeto de la dignidad humana del presunto infractor; que funde el reproche en premisas constatables y no en meros juicios morales o de dudosa marca ética.

Ya se dejó claro que dentro de su concepción del tipo de culpabilidad o culpabilidad típica, tendrá que hacerse el examen sobre la imputabilidad del sujeto, su conciencia de la antijuridicidad y de las causas particulares que excluirían su responsabilidad cuyo sustrato no es otro que el de la inexigibilidad.

Con el reparo hecho en relación con su concepción de las causales de exclusión de la responsabilidad como eventos de renuncia del Estado a imponer la pena, puede igualmente evidenciarse en el planteamiento de Schünemann una apuesta por un principio de culpabilidad de contenido axiológico sin el cual sería imposible legitimar la pena frente al concreto autor y no sólo frente a la sociedad en general.

---

<sup>54</sup> Ibid., p. 501.

<sup>55</sup> EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, ALEJANDRO ALAGIA, ALEJANDRO SLOKAR, *Manual de Derecho Penal: parte general*, Cit. p. 528.

<sup>56</sup> Ibid., pp.529 y 530.

Vimos en apartado anterior como para dicho autor el juicio de reproche debe considerar la evitabilidad o inevitabilidad de la conducta, la posibilidad de “actuar de otro modo”, y ello sólo puede ser posible si se tienen en cuenta las especiales circunstancias en que actúa el sujeto, situaciones dentro de las cuales deberán evaluarse eventuales causas de exclusión de la culpabilidad. No de otra forma puede justificarse la pena frente a él.

De esta manera el principio de culpabilidad podrá seguir cumpliendo la función que tradicionalmente se le ha asignado, la de límite al poder punitivo del Estado, al tiempo que servirá como dique de contención ante probables arremetidas antigarantistas, alentadas por presuntos fines eficientistas y prevencionistas, para las cuales resultaría mucho más *funcional* una pena sin las cortapisas que impone dicho principio.<sup>57</sup>

Concebido de manera análoga el juicio de responsabilidad propuesto por Roxin, creemos que el concepto de culpabilidad, asimilado a asequibilidad normativa, equivaldría al reproche de culpabilidad en sentido estricto, pues en su aplicación, como bien lo precisa el autor y, según lo entendemos, deberá indagarse por sus condiciones psíquicas y anímicas, su conciencia sobre la antijuridicidad de la conducta y las circunstancias específicas que podrían dar lugar a las causas de exclusión de la culpabilidad.

## 2.4 Conclusión

En el contexto del Estado Social y democrático de derecho. que por definición se concibe respetuoso de la dignidad humana, uno de cuyos fines fundamentales consiste en garantizar el pleno goce de los derechos de sus asociados; un Estado en el que la persona debe ser fin y no instrumento, sólo un juicio de culpabilidad que dé cuenta de las específicas circunstancias que rodearon al sujeto en el momento de cometer el ilícito, de sus reales posibilidades de actuación, de su “ámbito concreto de determinación”, puede servir como criterio que limite la intervención punitiva.

Responsabilidad subjetiva entendida como la constatación de dolo o culpa y responsabilidad en sentido amplio, entendida como constatación de los principios de personalidad o *suidad*, derecho penal de acto y presunción de inocencia, si bien constituyen garantías ciudadanas, no lo son más que en un plano general, exigibles frente a toda intervención penal, referidas al sujeto, si se quiere, como ciudadano, como miembro del sistema social, más que como persona en sentido

---

<sup>57</sup> BERND SHÜNEMANN, *La función del principio de culpabilidad en el derecho penal preventivo*, Cit. pp. 163 y 164.

material, con limitaciones, desventajas, debilidades, pasiones, diferentes ámbitos concretos de actuación.

La constatación de dolo y culpa permitirá saber frente a qué clase de delito estamos (si doloso o culposo) a efectos de la determinación de las consecuencias jurídicas; el principio de personalidad nos indicará a quién vamos a atribuirle el hecho; el derecho penal de acto nos permitirá definir qué es lo que se hizo, en qué consistió el hecho o la omisión que se le atribuye al presunto autor y el principio de presunción de inocencia garantizará que nada se presuma en su contra.

Como bien puede concluirse tras el análisis de la doctrina nacional y extranjera más relevante, sólo el principio de culpabilidad en sentido estricto responderá a los siguientes interrogantes: estamos frente a una persona a la cual puede exigírsele de manera plena? (es imputable o inimputable?); estaba el autor en capacidad de comprender la contrariedad de su actuar con el ordenamiento jurídico? (tenía conciencia de la antijuridicidad de su conducta?); le era acaso exigible comportarse de otra manera dadas las concretas circunstancias en que se encontraba? (podía optar por no realizar el hecho o ejecutar lo que le estaba mandado?).

Es obligación del Estado dar respuesta a estas preguntas si es que pretende que la imposición de una sanción penal se estime legítima frente a la sociedad pero sobre todo frente al individuo.

### **3. Expresiones del principio de culpabilidad en las decisiones de la Corte Constitucional y Corte Suprema de Justicia colombianas.**

Como pudo verse, el principio de culpabilidad puede comportar distintos contenidos conceptuales que podríamos clasificar en dos niveles o ámbitos perfectamente diferenciables desde el punto de vista metodológico y, lo que es mucho más importante, desde la perspectiva garantista que a cada uno puede atribuírsele.

En el primer ámbito de garantías se encuentran aquellas categorías que hacen referencia *sólo* al injusto jurídico penalmente desaprobado (injusto típico) y que implicarían entonces la satisfacción de garantías que deben verificarse frente a *todo hecho* jurídico penalmente relevante: constatación de dolo o culpa (subprincipio de responsabilidad subjetiva o de proscripción de la responsabilidad objetiva); personalidad del acto (o responsabilidad por el acto *propio*), derecho penal de *acto* (en oposición al proscrito derecho penal de autor) y principio de presunción de inocencia de contenido material (conforme con el cual nada puede presumirse en disfavor del presunto autor).

Se trata entonces, en este primer nivel, del escrutinio acerca de previsiones garantistas predicables y demandables con carácter general frente a la comisión de cualquier conducta presuntamente delictiva, sin indagarse aún por las particulares y concretas circunstancias en que actúa el sujeto.

En un segundo ámbito o nivel del escrutinio deberá dirigirse la mirada al autor del injusto individualmente considerado, atendiendo a las particulares y específicas circunstancias en las que actúa, a fin de determinar, de acuerdo con ello, si le era a él *exigible*, en el caso concreto, una conducta conforme a derecho.

En últimas, consiste en establecer si, no obstante que al sujeto pueda atribuírsele un hecho (o una omisión) típico y antijurídico, puede legítimamente declarársele culpable y aplicársele, de manera justa, una pena o, por el contrario, si debe absolvérsele por no haber estado en la concreta posibilidad de optar por una conducta ajustada al ordenamiento jurídico.

Es en este segundo nivel donde se expresa, de manera nítida, el principio de culpabilidad, (entendido como *exigibilidad de otra conducta*), como verdadero *límite* a la intervención penal del Estado, que no estaría legitimado para la imposición de una pena, con la mera constatación de las garantías del primer nivel, pues, de hacerlo, realmente estaría imponiendo penas sin culpabilidad, incurriendo en grave injusticia y desatendiendo claros postulados legales<sup>58</sup> y constitucionales.<sup>59</sup>

Pasaremos, en consecuencia, a auscultar de qué manera la Corte Constitucional y Corte Suprema de Justicia han asumido el principio de culpabilidad en sus decisiones y, conforme con ello, determinar si dicha comprensión ha interpretado la función de garantía y límite que está llamado a cumplir dicho principio o si, en sentido opuesto, ha contribuido a la injusta intervención incriminatoria por parte del Estado.

### **3.1 Principio de culpabilidad entendido como la constatación de garantías sólo predicables frente al injusto jurídico penalmente desaprobado.**

Con los profesores Borja Jiménez y Sotomayor Acosta hemos precisado<sup>60</sup> que las exigencias de dolo o culpa, responsabilidad por el acto, principio de personalidad y

---

<sup>58</sup>Código Penal: arts. 1 (principio de dignidad humana); 9 (conducta punible: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad); 12 (exigencia de culpabilidad y proscripción de toda forma de responsabilidad objetiva) y 32 (causas de exclusión de la responsabilidad).

<sup>59</sup> Constitución nacional: preámbulo (principio de justicia); arts. 1 (Estado social de derecho y principio de dignidad humana); 2 (fines del Estado); 4 (primacía de la constitución); 7 (reconocimiento de la diversidad étnica y cultural); 13 (principio de igualdad material); 16 (respeto por el libre desarrollo de la personalidad); 28 (principio de libertad) y 29 (principio de culpabilidad).

presunción de inocencia sustancial, constituyen garantías generales referidas a la conducta típica y antijurídica, es decir, al injusto, que no permiten aún ningún juicio de exigibilidad de una conducta conforme a derecho frente al presunto autor individual y circunstancialmente considerado. En otras palabras, verificadas aquellas garantías (imprescindibles, mas no suficientes), todavía habrá que definirse si resulta *justa* frente al sujeto la imposición de una pena o una medida de seguridad, atendidas las específicas condiciones en que actuó (pues pudo haber actuado en circunstancias tan particulares o apremiantes que no podía optar por otra forma de actuar).

Analizadas de manera conjunta las sentencias de ambas Cortes, pueden de alguna manera distinguirse, a éste nivel, dos clases de decisiones: **a.** Aquellas que aluden al principio de culpabilidad (o por lo menos parecen entender satisfecho dicho principio) como la constatación de dolo y culpa (se encuentran incluso sentencias, especialmente aquellas referidas a los casos de la llamada “parapolítica”,<sup>61</sup> en las que se prescinde de esta categoría dogmática o se admite como un dolo mutilado, conforme con el cual no se hace necesario el elemento volitivo del mismo, es decir, no es requisito establecer que el agente haya *querido* la realización del hecho<sup>62</sup>) y, **b.** Las que entienden dicho principio como la verificación de dolo y culpa y/u otras garantías generales (derecho penal de acto, principio de personalidad y presunción de inocencia).

**a.** En relación con el primer subgrupo de sentencias merecen destacarse inicialmente aquellas proferidas en virtud de los procesos penales adelantados en contra de dirigentes políticos, principalmente congresistas y gobernadores, presuntamente vinculados con grupos paramilitares,<sup>63</sup> decisiones en algunas de las cuales la Corte Suprema de Justicia parece acoger la tesis de lo que se conoce como “autoría mediata, con instrumento fungible, en los aparatos organizados de poder”<sup>64</sup> o “autor tras el autor” para atribuirles a aquellos dirigentes

---

<sup>60</sup> Ver *supra* 2.1 Sentido tradicional del principio de culpabilidad y 2.2. El principio de culpabilidad en sentido amplio.

<sup>61</sup> Así se le conoce en Colombia al recurrente fenómeno de investigaciones penales adelantadas en contra de la dirigencia política por sus nexos con grupos paramilitares.

<sup>62</sup> Y ello no se corresponde para nada con los elementos del dolo de que trata el art. 22 de nuestro código penal.

<sup>63</sup> Entre muchas de las sentencias dictadas por la Corte Suprema de Justicia en desarrollo de los procesos de lo que se conoce en nuestro medio como “la parapolítica”, pueden contarse: 27918 del 21-02-2011 (contra M. U. E.); 26948 del 10-03-2011 (contra C. R. P.); 23802 del 26-01-2010 (contra V. B. S.); 28436 del 11-04-de 2012 (contra J. C. L.); 27941 del 14-12-2009 (contra G. G. A.); 35227 del 12-01-2012 (contra J. M. I. B., J. L. F. C. y J. L. G.); 27032 del 18-03-2010 (contra Á. A. C.); 29200 del 12-05-2010 (contra J. de J. C. P.); 34653 del 27-09-2010 (contra R. D. Q. V.); 26470 de 16-05-2008 (contra M. P. B.).

responsabilidad penal por las acciones criminales perpetradas por dichos grupos.<sup>65</sup>

Ya desde la sentencia del 16 de septiembre de 2009, radicado 29640, en adición de voto presentada por los magistrados María del Rosario González de Lemos, Alfredo Gómez Quintero, Yesid Ramírez Bastidas y Augusto Ibáñez Guzmán, se perfilaba la adopción de dicha teoría por parte de la Corte y se hacía alusión a los presuntos rendimientos prevencionistas<sup>66</sup> y efficientistas que ésta ofrecía<sup>67</sup>.

Con fundamento en igual tesis se dispuso, en decisión del 3 de diciembre de 2009,<sup>68</sup> compulsar copias<sup>69</sup> para que se investigara la conducta de un ex

<sup>64</sup> Puede verse al respecto: CLAUS ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo (trads.), Madrid, ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2007, pp. 269 y ss.

<sup>65</sup> En decisiones anteriores había acogido la tesis de la coautoría impropia por división de trabajo. Ver: C.S.J. Procesos 23825 de 2007 (masacre de machuca atribuida al ELN); 25974 de 2007 (atentado contra el periodista Yamid Amat atribuido a integrantes de las FARC); 24448 de 2007 (masacre de “La Gabarra”, atribuida a un grupo paramilitar).

<sup>66</sup> Ver *supra* 2.3 El principio de culpabilidad en sentido estricto.

<sup>67</sup> C.S.J. proceso 29640-09, pp. 33 y ss.

<sup>68</sup> Sentencia de única instancia, radicado 32672-09. En ella se hizo alusión a las características generales de la organización criminal (aparato organizado de poder) y al “fundamento” de la responsabilidad predicable de sus dirigentes respecto de los crímenes por ésta cometidos: “En ese entorno se puede afirmar que en la estructura de los grupos paramilitares se ha constatado que se dan los siguientes elementos: 1). Existencia de una organización integrada por una pluralidad de personas sustituibles antes o durante el evento criminal las cuales mantienen una relación jerárquica con sus superiores. Aquellas personas pueden o no tener cierta predisposición a la comisión de delitos; 2). Control (dominio) de la organización por parte del hombre de atrás y a través de ella de sus integrantes sustituibles. Dicho control puede manifestarse bajo distintas modalidades: a través de la creación de la organización, el no control del mismo pudiendo hacerlo dada su posición o a través del impulso sostenido de la misma con medidas dirigidas a autorizar sus actuaciones ilícitas. En todos estos supuestos se evidencia, por parte del hombre de atrás, un dominio del riesgo (que es el aparato de poder) de producción de actos ilícitos; y,3). Conocimiento de la organización o aparato de poder y decisión de que sus miembros ejecuten o continúen ejecutando hechos ilícitos penales.

Así las cosas, y de acuerdo con la opinión de la Sala, el aforado hacía parte de una estructura criminal integrada por un número plural de personas articuladas de manera jerárquica y subordinada a una organización criminal, quienes mediante división de tareas y concurrencia de aportes (los cuales pueden consistir en órdenes en secuencia y descendentes) realizan conductas punibles, fenómeno que es factible comprenderlo a través de la metáfora de la cadena.

La solución que se da al fenómeno de la intervención de múltiples sujetos en la acción criminal se aproxima a las respuestas dadas por la Corte a otros asuntos conocidos con anterioridad y que resulta cercana a expresiones recientes de la doctrina y la jurisprudencia foráneas aplicadas a fenómenos similares.

Ello permite avizorar que quien así participó, inclusive valiéndose de su función, también debe responder penalmente por el conjunto de crímenes que se le atribuyen a los comandantes o jefes de los bloques, frentes o unidades que hacían parte de la asociación criminal.”

El fundamento de la responsabilidad que se anuncia (se insiste, en relación con los crímenes cometidos por los integrantes del grupo) consistiría entonces en el mero hecho de pertenecer al grupo paramilitar, (o haberlo creado) conocer de sus actividades y dejar que la misma continúe ejecutando acciones delictivas, circunstancias éstas que, cuando más, darían lugar a la estructuración del dolo (no a la culpabilidad en sentido estricto) en el punible de concierto para delinquir (art. 340 código penal) por el cual se le condenó en esa decisión, pero que serían insuficientes para predicar responsabilidad penal por los crímenes ejecutados por otros miembros de la misma agrupación ilegal.

gobernador del departamento de Sucre, por los crímenes de lesa humanidad cometidos por la organización criminal a la cual presuntamente perteneció.

Pero resulta al respecto muy ilustrativa la sentencia de única instancia del 23 de febrero de 2010, radicado 32805,<sup>70</sup> a través de la cual se condenó a cuarenta (40) años de prisión a un Senador de la República.

Aunque la Corte acepta<sup>71</sup> que en decisión anterior<sup>72</sup> había descartado la posibilidad de atribuir a un congresista los delitos cometidos por el grupo paramilitar del cual había hecho parte, pues habría que probar que “el plan del autor comprendía otras manifestaciones de violencia...”, lo cierto es que en la decisión en comento parece tomar partido por la “autoría mediata con instrumento fungible pero responsable en los aparatos organizados de poder”, conforme con la cual:

(i) para atribuir la realización de un hecho delictivo por dominio de organización no se necesita probar el dominio del hecho concreto, esto es, el control del curso causal del delito cometido (por ejemplo el control directo sobre el desplazamiento o desaparición forzada de personas), sino demostrar el control de la fuente del riesgo, es decir, el aparato de poder; (ii) no se necesita probar la orden directa de cometer los delitos concretos, dado que quien está en la cabeza de la cadena también puede ser imputado por la omisión de controlar el aparato de poder pudiendo y debiendo hacerlo. Y, (iii) tampoco se necesita probar que el hombre de atrás *quiso* que los actos ilícitos se realizaran, porque basta con demostrar que el dirigente conocía el aparato de poder organizado y sus actividades ilícitas y decidió que continuara con ellas.<sup>73</sup>

En consonancia con ello sostuvo que:

(...)

---

<sup>69</sup> Igual cosa se hizo en otras sentencias de la “parapolítica” tales como: 27941 del 14-12-2009 (contra G. G. A.); 27032 del 18-03-2010 (contra Á. A. C.) y 34653 del 27-09-2010 (contra R. D. Q. L.).

<sup>70</sup> En ella se le condena al senador García Romero como autor del delito de concierto para delinquir agravado por su pertenencia a un grupo paramilitar; determinador del delito de peculado por apropiación; determinador de un delito de homicidio simple y, para lo que aquí interesa, como “autor mediato” con instrumento responsable en aparatos organizados de poder de la que se conoce como “masacre de Macayepo”, ocurrida en el mes de octubre de 2000 en la que fueron asesinados varios campesinos por parte de un grupo paramilitar.

<sup>71</sup> C.S.J. proceso 32805-10 nota 55.

<sup>72</sup> C.S.J. Proceso 26470 del 16 de mayo de 2008.

<sup>73</sup> C.S.J. Proceso 32805-10, nota 46, p. 85. *Cursivas nuestras*. Sobre la necesidad de probar la culpabilidad ver: JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho Penal, Parte General. Principios y Categorías Dogmáticas*, Bogotá, ed. Ibáñez, 2011, p. 302.

El procesado controlaba “desde arriba” el aparato de poder, compartiendo el mando con los jefes militares que ejecutaban en el terreno el plan de dominio. Los grupos paramilitares son estructuras organizadas de manera vertical en donde existe compartimentación y las jerarquías superiores trazan los planes generales de acción y un amplio grupo de subalternos está presto a cumplir dichas directrices .

La “masacre de Macayepo” fue una acción ejecutada dentro del decurso “normal” de actividades de la agrupación paramilitar “Bloque Héroes de Montes de María” que conformó, apoyó y asesoró el acusado. La demostrada existencia de sesiones con los jefes militares de la banda y los diálogos cifrados son muestra de cómo se dinamiza el perfeccionamiento de una orden dentro de las organizaciones armadas ilegales.

Los ejecutores materiales de las acciones homicidas eran miembros de la misma organización armada ilegal, aun sin tener relación directa ni inmediata con el procesado<sup>74</sup>.

Como quiera que después de estas reflexiones se pasa a declarar la responsabilidad penal, es claro entonces que la Corte estima culpable al acusado de la “masacre de Macayepo”, por el hecho de haber formado parte de la cúpula de mando; “conocer el aparato de poder organizado y sus actividades ilícitas”, así no haya tenido “relación directa ni inmediata” con los ejecutores materiales, y haber dejado que “continuara con ellas”, o sea, no se requiere siquiera que haya *conocido* y mucho menos *querido* el hecho criminal concreto, es decir, no es necesario siquiera la existencia de dolo, de éste se prescinde. Resulta claro que estamos frente a un evento de responsabilidad objetiva en el que se impuso pena sin culpabilidad (y en el que, por lo demás, tampoco fue necesario que existiese al menos un nexo de causalidad entre la conducta del autor y el resultado lesivo).

Precisamente Shünemann, advirtiendo sobre la probabilidad de penas sin culpabilidad impuestas al amparo de discutibles fines eficientistas y prescindiendo de la prueba, señala:

(...) Así, por ejemplo, en la moderna criminalidad económica (*mutatis mutandi*, también en los casos de la “parapolítica”) que tiene lugar en el marco de las empresas, es preciso advertir la significativa escasez de prueba en lo relativo

---

<sup>74</sup> C.S.J., proceso 32805-10, pp. 99 y ss.

a la constatación de la culpabilidad individual,...En consecuencia, un sistema del Derecho penal formulado únicamente a partir del criterio de la eficacia preventivo-general habría de prever para estos casos necesariamente *penas sin culpabilidad*. De ello se seguirían, sin duda, significativos efectos preventivo generales, puesto que todo el mundo advertiría lo ilusorio de su confianza en una precariedad probatoria en el momento de constatar la culpabilidad, al no tener siquiera que practicarse tal prueba. En casos así, pues, prevención general y principio de culpabilidad conducen a consecuencias absolutamente diferentes. Por ello mismo no puede haber duda alguna acerca de que únicamente un principio de culpabilidad dotado de significado jurídico penal autónomo está en condiciones de erigir una barrera garantística contra la aplicación de penas sin culpabilidad, que en tales casos sería funcional pero carece de legitimación en un Estado de Derecho.<sup>75</sup>

Y, en nuestro medio, el profesor Fernández Carrasquilla advierte que:

Una culpabilidad depurada de motivaciones morales es posible en tanto que no se retroceda en materia de responsabilidad subjetiva y personal y de las conquistas que en este terreno se han logrado contra todas las formas y residuos de las modalidades de responsabilidad objetiva, colectiva, por *versari* y por actuaciones de otros. Para citar un ejemplo de mucha actualidad: la muy de moda “responsabilidad funcional” por pertenencia a un aparato organizado de poder, o militancia en un colectivo ilegal, *no puede prescindir del dolo individual de cada partícipe en cada delito*, ni de la posibilidad de *excesos personales* por parte de los ejecutores materiales, que en muchas ocasiones o algunas ocasiones sobrepujarán las “instrucciones de los mandos” y de hecho se comportarán como “más papistas que el papa”.<sup>76</sup>

Siendo así, en casos como el del senador, no sólo se elude el juicio de exigibilidad en el caso concreto, sino que además se desconocen presupuestos mínimos de imputación subjetiva<sup>77</sup> como el principio del derecho penal de *acto* (en realidad ningún nexo de causalidad se establece entre la masacre y su actuación); principio de *personalidad* del hecho (de los hechos relacionados con la masacre de Macayepo no puede predicarse que son *suyos*, en realidad son hechos ajenos); principio de *responsabilidad subjetiva* (según la decisión de la Corte bastaba con que conociera la organización paramilitar y no era necesario que quisiera los actos que se le imputan).

<sup>75</sup> BERND SHÜNEMANN, *La función del principio de culpabilidad en el derecho penal preventivo*, Cit. p. 165. Cursivas en el texto, paréntesis nuestro.

<sup>76</sup> JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho Penal, Parte General. Principios y categorías dogmáticas*, Cit., pp. 319 y 320. Cursivas intermedias son nuestras.

<sup>77</sup> Ver *supra* 2.2 El principio de culpabilidad en sentido amplio.

Pero a este nivel existen otras sentencias de la Corte Suprema de Justicia que, si bien no prescinden del dolo, de su constatación entiende satisfecho el principio de culpabilidad.

Así, por ejemplo, en decisión del 12 de noviembre de 2009, proceso 29323, M.P. María del Rosario González de Lemos, evento en el que el defensor alegaba falta de motivación en la sentencia como causal de nulidad, argumentando que el fallador de instancia debió pronunciarse sobre si existía o no *error de prohibición*, la Corte no acoge sus planteamientos dando por sentado que tal pronunciamiento sí se había hecho, pues el juzgador hizo referencia a los elementos *cognitivo* y *volitivo* de la conducta que, como se advirtió,<sup>78</sup> constituyen elementos del dolo y, en cuanto tal, solo hacen referencia al elemento subjetivo del tipo, cuya constatación representa sólo un límite mínimo (o “grado mínimo de imputación subjetiva”<sup>79</sup>) al poder punitivo del Estado.

“Párrafos atrás, además, el mismo juzgador se encargó de destacar que en la conducta de este procesado concurrió el elemento *cognoscitivo-volitivo del hecho punible*, en tanto de sus propias declaraciones se puede colegir que *tenía conocimiento* sobre la forma como funcionaba la comercialización del oro y, en este caso, que terceros prestarían el dinero para el pago a los mineros, obteniendo a cambio cuantiosos beneficios en detrimento de los intereses del Estado y particularmente del municipio de Vegachí al recibir una pequeña cantidad de esos recursos, *motivación que descarta la admisión de error alguno sobre la licitud de la conducta emprendida.*”<sup>80</sup>

El error de prohibición es una de las causales de inculpabilidad consagradas en el artículo 32 del código penal<sup>81</sup> y, en consecuencia, es perfectamente posible que habiendo la persona conocido y querido (dolo) lo que hacía, no hubiese tenido conciencia de su ilicitud por error invencible.

Es probable entonces que en este caso se haya condenado injustamente al procesado pues no se hizo un estricto juicio de culpabilidad, ampliándose de esta manera el espectro incriminatorio, pues la exigencia de responsabilidad subjetiva (que es garantía en favor del procesado) pasa a convertirse en el fundamento de la culpabilidad y, por consiguiente, de la pena.

---

<sup>78</sup> Ver *supra* 2.1 Sentido tradicional del principio de culpabilidad.

<sup>79</sup> JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho Penal, Parte General. Principios y categorías dogmáticas*. Cit., p. 307.

<sup>80</sup> C.S.J. Proceso 29323-09. Cursivas nuestras.

<sup>81</sup> Disposición que alude a causas de ausencia de responsabilidad en general.

Pero es que ya la Corte había evidenciado un tratamiento dogmáticamente impreciso del principio de culpabilidad cuando en sentencia del 22 de julio de 2009, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca, proceso 27277,<sup>82</sup> expresó:

La Ley 599 de 2000, en el título dedicado a las normas rectoras, en el artículo 9° prevé que sólo es susceptible de pena la conducta típica, antijurídica y culpable, y perentoriamente advierte que la causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado; en armonía con ese precepto el artículo 12 ídem, consagra el “*principio de culpabilidad*” de acuerdo con el cual no hay lugar a imponer sanción sin *dolo, culpa o preterintención*, erradicando expresamente del ordenamiento jurídico penal colombiano toda forma de responsabilidad objetiva.

(...)

El concepto, implica, entonces, también una garantía ciudadana y un límite inequívoco al *ius puniendi*, ya que sólo se puede ser responsable por un acto cometido dentro de condiciones de *elegibilidad*, vale decir, con *conocimiento y voluntad*, tanto del acto que se ejecuta u omite, como de la posición del sujeto frente a la conducta, esto es, del papel que el Estado o la sociedad le asigne o que él mismo, asume y que, como tal, lo vincula con la sociedad, ante la cual ese comportamiento trasciende.<sup>83</sup>

Nótese como en el primer párrafo citado parece equipararse “el principio de culpabilidad” a la exigencia de dolo, culpa o preterintención, que, como sabemos, responden a la garantía de la responsabilidad subjetiva.

Mientras que en la segunda parte, aunque se admite que es un límite al *ius puniendi*, parece que se quiere hacer alusión al principio entendido en sentido amplio: derecho penal de acto, conocimiento y voluntad (dolo) y “condiciones de elegibilidad” que confunde con estos últimos elementos.

En realidad la Corte no distingue de manera clara en esta decisión los varios contenidos del principio de culpabilidad,<sup>84</sup> indistinción que debilita la función de garantía límite del mismo.

Debe insistirse: conforme con nuestro estatuto penal, artículo 21, dolo, culpa y preterintención son *modalidades de la conducta punible* (por ello radicadas en el

---

<sup>82</sup> Últimas cursivas nuestras. Se trata de un caso de tráfico de estupefacientes en el que el defensor argumentaba insuperable coacción ajena y miedo insuperable (código penal art. 32 numerales 8 y 9) como una sola causal. La corte, después de establecer sus diferencias, no casa el fallo de instancia.

<sup>83</sup> Últimas dos cursivas nuestras. En idéntico sentido proceso 31580 de noviembre 24 de 2010, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

<sup>84</sup> Ver *supra* 1. Introducción.

injusto jurídico penalmente desaprobado: hecho típico y antijurídico) y ya no *formas de la culpabilidad* como lo eran en vigencia del código penal de 1980.<sup>85</sup>

En estas imprecisiones se incurre no obstante que con antelación, en sentencia del 28 de mayo de 2008,<sup>86</sup> había indicado que:

En el artículo 12 de la Ley 599 de 2000, también se estatuye que sólo se “podrá imponer penas por conductas realizadas con culpabilidad”, entendiéndose que las *modalidades subjetivas de la conducta* punible de acuerdo al artículo 21 ejusdem, son las de dolo, culpa o preterintención, de lo cual se deriva de manera complementaria que en nuestro sistema penal y ello también importa para los procesos adelantados conforme a la Ley 906 de 2004, “está proscrita toda forma de responsabilidad objetiva”.

Pero aún como “grado mínimo de imputación subjetiva”, el dolo ha cumplido su función de garantía, bien haciendo que se reduzca la pena por hacer variar la calificación de la conducta o incluso enervando la responsabilidad por error de tipo.<sup>87</sup>

Por ejemplo en sentencia de junio 29 de 2009, M.P. Mauro Solarte Portilla, proceso 20319, en el que se había impuesto medida de seguridad consistente en internamiento por un delito de hurto en modalidad de tentativa, la Corte no encontró probado el dolo de hurtar y, en consecuencia, varió la tipicidad de la conducta estructurando el delito de daño en bien ajeno.

Dejó además en claro la Corte que aún los inimputables pueden actuar con dolo y por tanto también frente a ellos hay que auscultar el presupuesto de la responsabilidad subjetiva y que, de no constatarse la existencia de dolo, ello conduce a declarar la atipicidad de la conducta y por tanto la inexistencia del delito.

Ello fue lo que ocurrió en la sentencia de mayo 8 de 2008, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca, proceso 28984. En este evento la Corte decide precluir una investigación adelantada en contra de un fiscal estimando que, dadas las circunstancias en que actuó, no podía predicarse la existencia del dolo por error de tipo.

---

<sup>85</sup> Ver *supra* 2.1 Sentido tradicional del principio de culpabilidad. También, sobre “el abandono” del dolo, la culpa y la preterintención como “formas de la culpabilidad”, JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho Penal, Parte General. Principios y categorías dogmáticas*, Cit., p. 301.

<sup>86</sup> Proceso 24685-08, M.P. Yesid Ramírez Bastidas. *Cursivas nuestras*.

<sup>87</sup> El error de tipo (que excluye el dolo y, en consecuencia, la tipicidad de la conducta), está consagrado en el artículo 32 del código penal como causal excluyente de la responsabilidad. Art. 32-10: 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. Si el error fuere vencible la conducta será punible cuando la ley la hubiere prevista como culposa. (...).

Precisó la Corte que, no obstante que frente a los funcionarios públicos y con ocasión de sus funciones puede haber un mayor grado de reproche en virtud de la importancia de las labores que les han sido encomendadas, ello no significa que frente a ellos pueda eludirse el test de exigibilidad o presumirse el dolo. Así se expresó:

En este orden de ideas, posturas como las sugeridas por el representante del Ministerio Público, en las que las condiciones particulares de una persona son descartadas en virtud de los deberes funcionales que en razón de su cargo le resultan exigibles, y que llevan a una objetivización del dolo en la medida en que el elemento subjetivo de la conducta se demostraría tan solo por la condición de ser servidor público, no pueden ser aceptadas cuando, de acuerdo con las circunstancias particulares del caso, se llega a la conclusión de que en la conducta emprendida no hubo conocimiento de los elementos que integran el tipo objetivo ni voluntad para realizarlo, como sucedió en este asunto.

**b.** Dentro del subgrupo de aquellas sentencias en que nuestras cortes aluden al principio de culpabilidad como la verificación de dolo o culpa y/u otras garantías generales, tenemos que en sentencia C-626 de noviembre 21 de 1996, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, que declara inexecutable el artículo 9 de la ley 228 de 1995 sobre “contravenciones especiales” que establecía pena de arresto para quien ofreciera o enajenara bienes de procedencia no justificada, la Corte constitucional indicó:

Del artículo 29 de la Constitución resulta que ni el legislador ni los jueces pueden *presumir la culpabilidad* de nadie.”<sup>88</sup>

Tal ocurre con la regla acusada (artículo 9 de la Ley 228 de 1995), que al trasladar al inculpado la carga de la prueba, exigiéndole que demuestre su inocencia, lo supone delincuente desde el principio del proceso.

En efecto, la disposición impugnada contempla sanción para quien, “en lugar público o abierto al público, ofrezca para su enajenación bien mueble usado cuya procedencia no esté justificada” (subraya la Corte), lo que supone necesariamente que el sindicado se entiende responsable, a menos que demuestre la procedencia lícita de lo que pretende vender, en un clásico traslado de la prueba

---

<sup>88</sup> *Cursivas nuestras.*

La culpabilidad es, por tanto, supuesto ineludible y necesario de la responsabilidad y de la imposición de la pena, lo que significa que la actividad punitiva del Estado tiene lugar tan sólo sobre la base de la *responsabilidad subjetiva* de aquéllos sobre quienes recaiga.<sup>89</sup>

Resulta evidente que se trataría de la aplicación del principio de culpabilidad en sentido amplio: exigencia de responsabilidad subjetiva (dolo y culpa) y presunción de inocencia en sentido material. En realidad la sanción penal se impondría presumiéndose un hecho: la procedencia ilícita de los bienes enajenados.

Merece destacarse como una garantía general mínima como la presunción de inocencia en sentido sustantivo,<sup>90</sup> referida sólo al injusto, sirvió para evitar la abrupta intervención penal por parte del Estado y la imposición de penas ilegítimas, fundadas en hechos presuntos.

En sentencia C-239 de mayo 20 de 1997, M.P. Carlos Gaviria Díaz, sobre exequibilidad del artículo 326 del anterior código penal que consagraba el delito de homicidio por piedad (art. 106 del actual), la Corte refiere efectivamente al principio de culpabilidad en sentido amplio, pero además puede encontrarse en ella apartes que aluden (aunque no de manera expresa), a la responsabilidad subjetiva o dolo (conocimiento y voluntad), e incluso a la *exigibilidad* como juicio de reproche que nos vincularía con una concepción de dicho principio en sentido estricto. Sin embargo, ese juicio, que es juicio de evitabilidad, de exigibilidad de otra conducta en el caso particular, no puede estar fincado en el dolo o en la exclusión del derecho penal de autor (principio del acto), pues él debe realizarse en atención a las particulares circunstancias en que se ejecuta la conducta por parte de un sujeto activo concreto, no fundado en la generalidad.

“El artículo 29 de la Constitución, en armonía con la definición del carácter político del Estado como Social de Derecho, y del postulado de respeto a la dignidad de la persona humana, consagra el principio de que no hay delito sin conducta, al establecer que "nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al *acto* que se le imputa". En estos términos, es evidente que el Constituyente optó por un *derecho penal del acto*, en oposición a un *derecho penal del autor*.”<sup>91</sup>

---

<sup>89</sup> Cursivas nuestras.

<sup>90</sup> Ver *supra* 2.2 El principio de culpabilidad en sentido amplio.

<sup>91</sup> Cursivas en el texto.

Se “requiere, entonces, del *conocimiento y de la voluntad* de aquéllos a quienes se dirige, con el propósito de orientarlos o condicionarlos. Lo contrario supondría una responsabilidad por el simple resultado, que es trasunto de un derecho fundado en la *responsabilidad objetiva, pugnante con la dignidad de la persona humana*”.<sup>92</sup>

“Para el derecho penal del acto, uno de los criterios básicos de imposición de la pena es el grado de culpabilidad, de tal manera que a su autor se le impone una sanción, mayor o menor, *atendiendo a la entidad del juicio de exigibilidad*, es decir, la pena debe ser proporcional al grado de culpabilidad”.<sup>93</sup>

Precisamente la Corte consideró ajustado a la Constitución el homicidio por piedad estimando, entre otras razones, que dados los motivos que en la conducta del autor se presentan (poner fin a los intensos sufrimientos de otra persona), es de menor entidad “el juicio de exigibilidad” y de ahí que la pena sea ostensiblemente reducida, lo que no compartía el demandante.

Pero esos motivos especiales que mueven al autor hacen referencia a lo que la doctrina<sup>94</sup> conoce como “elementos subjetivos distintos del dolo” que “se suponen distintos de los elementos de la culpabilidad”<sup>95</sup> y que hacen parte del tipo, es decir, del injusto. Se atenúa la punibilidad en razón de un menor desvalor de la conducta de quien actúa bajo aquellas motivaciones, no de un menor grado de culpabilidad.

Pero aún entendido en sentido amplio (derecho penal de acto, en oposición a un derecho penal de autor; principio de personalidad o de responsabilidad por el hecho propio y principio de presunción de inocencia), es decir, como garantías generales que hacen refieren al injusto jurídico penalmente relevante, el principio de culpabilidad ha cumplido una función reductora del poder punitivo del Estado.

Así pueden citarse, por ejemplo, (aparte de la sentencia C-626-96 arriba comentada), las sentencias C-928 de septiembre 6 de 2005, M.P. Jaime Araujo Rentería y C-179 de marzo 14 de 2007, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

En la primera de ellas la Corte Constitucional acudió al principio de personalidad para declarar la exequibilidad condicionada del inciso 2° del artículo 50 de la ley 418 de 1997, modificado por el 19 de la ley 782 de 2002, que establece indulto

---

<sup>92</sup> Cursivas nuestras.

<sup>93</sup> Cursivas nuestras.

<sup>94</sup> Ver, por ejemplo, JESÚS ORLANDO GÓMEZ LÓPEZ, *Teoría del Delito*, Cit., pp. 293 y ss.

<sup>95</sup> FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho Penal, Parte General*, Cit., pp. 630 y 631.

para desmovilizados de los grupos armados ilegales que lo hagan de manera individual, una vez acreditada su pertenencia a alguno de dichos grupos.

Consideró la Corte que dicha disposición no contrariaba la constitución siempre y cuando el indulto procediera una vez establecida la responsabilidad penal del desmovilizado, no bastando con acreditar su pertenencia al grupo ilegal:

En la época primitiva la responsabilidad por la comisión de los delitos recaía sobre el grupo social al cual pertenecía su autor, es decir, sobre el clan, la tribu o la familia, pero gracias a la evolución del Derecho Penal y particularmente por el influjo de la filosofía liberal a partir del siglo XVIII, la responsabilidad penal devino individual, exclusivamente a cargo de su autor y partícipes, lo cual puede considerarse estrechamente ligado a la exigencia de la culpabilidad, esto es, la voluntad consciente de realizar la conducta, evidentemente en ejercicio de la libertad personal, como componente indispensable para deducir la responsabilidad.

Dicha responsabilidad individual se traduce en el *principio de la personalidad de la pena*, que ocupa un lugar destacado en el Derecho Penal moderno”.<sup>96</sup>

Y en la sentencia C-179-07 el alto tribunal declaró inexecutable la expresión “la personalidad del trasgresor simplemente considerada” contenida en el artículo 223 del decreto ley 1355 de 1970 (código nacional de policía) por considerar que, al estimar la personalidad del trasgresor como criterio para imponer una medida correctiva, se desconocía el principio de respeto a la dignidad humana

...que encuentra fundamento en el artículo 29 de la Constitución, que establece que nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al *acto* que se le imputa. En efecto, nadie podrá ser sancionado por su ser o por sus condiciones psicofísicas, su carácter, su temperamento, o sus sentimientos, considerando que estas condiciones lo hacen peligroso para la sociedad, sino por la conducta cometida, es decir, por el acto externo realizado libre y conscientemente establecidas previamente en la ley como contrarias a bienes fundamentales de la sociedad y de sus miembros, para la cual se ha establecido una sanción.

---

<sup>96</sup> Sin embargo, como vimos en el apartado 3.1, la efectiva aplicación de dicho principio por la Corte Suprema de Justicia resulta bien cuestionable en los casos de la “parapolítica”.

### 3.2. Principio de culpabilidad entendido como exigibilidad de la conducta conforme a derecho (culpabilidad en sentido estricto)

Como lo advertimos con los profesores Sotomayor Acosta y Velásquez Velásquez<sup>97</sup>, en este ámbito se trata de auscultar cuáles fueron las particulares circunstancias que rodearon el comportamiento del autor del injusto y, conforme con ello, determinar si resulta legítima y justa frente a él, la imposición de una pena o una medida de seguridad.

Con tal fin habrá que definirse, en primer lugar, si estamos frente a una persona imputable o inimputable y, en segundo lugar, determinar si actuó en una circunstancia que excluya la exigibilidad de otra conducta, es decir, si estaba en la posibilidad concreta e individual de actuar conforme lo dispone el ordenamiento jurídico. Se trata entonces de un juicio material de exigibilidad.

Pueden, al igual que en el apartado anterior, distinguirse básicamente dos tipos de sentencias: **a.** Aquellas en las que puede predicarse que el principio de culpabilidad tuvo cabal aplicación en sentido estricto por haberse realizado el correspondiente juicio de exigibilidad y, en consecuencia, haber servido de límite al poder punitivo del Estado, absolviéndose o reduciéndose la pena por constatarse una circunstancia atenuante, por ejemplo, ira e intenso dolor<sup>98</sup> y, **b.** Decisiones en las que, no obstante aludirse al principio de culpabilidad, exigibilidad o evitabilidad, no se precisa su contenido; se hace una aproximación retórica al término o se le entremezcla con otras categorías distintas.

**a.** Dentro de este subgrupo de sentencias pueden destacarse varios pronunciamientos, tanto de la Corte Constitucional como de la Corte Suprema de Justicia que indicarían la asunción del principio de culpabilidad como juicio de exigibilidad de otra conducta conforme a derecho, consideradas las específicas circunstancias que rodean la actuación del agente.

Por ejemplo en sentencia C-563 de noviembre 30 1995, M.P. Carlos Gaviria Díaz, que declaró la inexistencia del delito de cobardía contemplado en los artículos 123, 124 y 125 del código penal militar, la Corte estimó ajustadas a la constitución dichas disposiciones, pero una vez hecho un amplio examen sobre la *exigibilidad*, en el caso de los miembros de la fuerza pública, de una conducta valerosa, más no heroica en el desempeño de sus funciones y en virtud a sus deberes constitucionales de protección y garantía de los derechos de los ciudadanos.

---

<sup>97</sup> Ver *supra* 2.3 El principio de culpabilidad en sentido estricto (juicio de exigibilidad de otra conducta conforme a derecho).

<sup>98</sup> Aunque como se verá, la Corte no es coherente al momento de fijar los supuestos bajo los cuales puede reconocerse dicha atenuante.

Se refirió en esta ocasión a conceptos tales como valentía, exigibilidad de la virtud del valor como deber, la cobardía y el temor, argumentos que sin duda demuestran la preocupación de la Corte, en esta decisión, por auscultar el concreto y difícil ámbito en el que actúan militares y policías a quienes, se insistió, no puede en todo caso *exigírseles* conductas heroicas.

A través de las sentencias C-297 de abril 24 de 2002<sup>99</sup> y C-370 de mayo 14 de ese mismo año<sup>100</sup>, ambas con ponencia del doctor Eduardo Montealegre Lynett, la Corte Constitucional enfatiza sobre el tratamiento diferenciado para imputables e inimputables<sup>101</sup> existente en nuestro sistema penal, pero insiste en la necesidad de agotar todo el test de culpabilidad frente a estos últimos ya que, de encontrarse una causal que excluya su responsabilidad en el caso concreto, debe absolvérsele y, en consecuencia, no le es aplicable ninguna medida de seguridad.

Así se expresó en la primera decisión:

(...) Y por ello el estatuto punitivo no exige que el comportamiento sea culpable sino que basta que sea típico, antijurídico, *y que no se haya presentado una causal de exclusión de la responsabilidad*. En tales circunstancias, esta Corte había señalado que en términos estructurales, en el Código Penal había dos tipos de hechos punibles, “esto es, *el hecho punible realizable por el sujeto imputable que surge como conducta típica antijurídica y culpable, y el hecho punible realizable por sujeto inimputable que surge como conducta típica y antijurídica pero no culpable (delito en sentido amplio)*”<sup>102</sup>

Mientras que en el segundo pronunciamiento parte la Corte recordando lo señalado en sentencia C-239 de mayo 20 de 1997<sup>103</sup> ya comentada, concerniente al derecho penal de acto consagrado en la Constitución nacional.

Precisa además el alto tribunal que, en un Estado fundado en el respeto de la dignidad humana (arts. 1 y 5 C.N.); que reconoce y promueve el pluralismo y la

---

<sup>99</sup> Se declara la exequibilidad del artículo 76 del código penal que establece un término máximo de dos (2) años para la medida de seguridad cuando el delito de que se trate no tenga señalada pena privativa de la libertad.

<sup>100</sup> Sobre exequibilidad condicionada de la diversidad sociocultural como condición que genera inimputabilidad, según el artículo 33 del código penal, “bajo los siguientes entendidos: *i*) que la inimputabilidad no se deriva de una incapacidad sino de una cosmovisión diferente, y *ii*) que en casos de error invencible proveniente de esa diversidad cultural, la persona debe ser absuelta y no declarada inimputable, conforme a lo señalado en esta sentencia.”

<sup>101</sup> Ver art. 33 Código Penal.

<sup>102</sup> Las primeras cursivas son nuestras.

<sup>103</sup> Ver *supra* 3.1 Principio de culpabilidad entendido como la constatación de garantías sólo predicables frente al injusto jurídico penalmente desaprobado.

diversidad sociocultural (arts. 7, 8 y 70 *ídem*), ésta no puede criminalizarse y, en consecuencia, no puede sancionarse a una persona por un error derivado de su particular cosmovisión, que le haya impedido comprender la ilicitud de su comportamiento. Según la Corte, el error de prohibición así considerado, tendría raigambre Constitucional; se trataría de un “error de prohibición culturalmente condicionado” y, en cuanto tal, la conducta no sería punible conforme al artículo 32-11 del código penal.

Y en caso de que dicho error de prohibición fuere vencible o que comprendiendo la ilicitud no pudiera el agente determinarse de acuerdo a ello, se le declararía inimputable por diversidad sociocultural, pero no por estimar que se trata de un enfermo o inmaduro, sino por su distinta forma de ver el mundo. Así entonces el juzgador, cuando se trate de un inimputable, debe evaluar primero si concurre una causal excluyente de culpabilidad, en cuyo evento, deberá absolver<sup>104</sup>.

Creemos que son suficientes estas apreciaciones de la Corte para deducir que en su decisión adopta un concepto del principio de culpabilidad en sentido estricto pues insiste, bajo la premisa constitucional de la dignidad humana, en la necesidad de entender la especial condición que tiene el sujeto pasivo de la acción penal, en este evento el diverso sociocultural y, desde esa óptica, proceder al juicio de exigibilidad que tenga en cuenta esa concreta situación. En otros términos, la Corte manda que en estos casos, se haga un juicio de exigibilidad mucho más riguroso.

En sentencia C-355 de mayo 10 de 2005, con ponencia de los magistrados Jaime Araujo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández, que declaró la exequibilidad condicionada del delito de aborto<sup>105</sup> y lo despenalizó en casos de peligro para la vida de la madre, grave malformación del feto y acceso carnal violento o inseminación artificial no consentida (declarando, en consecuencia, la inexecutable total del art. 124 del código penal<sup>106</sup>), la Corte insiste en el juicio de exigibilidad de otra conducta conforme a derecho cuando afirma:

Determinar las hipótesis normativas particulares en las cuales resulta excesivo exigir a la mujer continuar con la gestación porque supone la total anulación de sus derechos fundamentales es una labor que también incumbe al legislador.

---

<sup>104</sup> No obstante, en el evento del error de prohibición vencible, en el juicio sobre tal “vencibilidad”, tendrá que tenerse en cuenta que, en función de los principios de respeto de la dignidad humana, autonomía personal y el propio de la diversidad socio cultural, no se le podrá exigir al diverso en esas circunstancias que haya sido diligente o cuidadoso para aprehender la cultura mayoritaria, pues no estaría obligado a ello.

<sup>105</sup> Art. 122 Código penal.

<sup>106</sup> Que refiere a las circunstancias de atenuación punitiva para este delito.

Así las cosas, podríamos afirmar que el principio de culpabilidad fue abordado en su sentido estricto y limitó de manera importante el poder incriminatorio, teniendo en cuenta que lo que ocurre en los eventos despenalizados, es que resulta ilegítima la imposición de una pena cuando la madre se encuentra en especiales circunstancias que ponen en grave riesgo sus derechos a la vida e integridad personal, al libre desarrollo de su personalidad y dignidad humana, fundamentalmente.

Incluso algunas de esas “extraordinarias condiciones anormales de motivación” habían sido tenidas en cuenta por el mismo legislador para autorizar la exención de pena por parte del juzgador “cuando ella no resulte necesaria en el caso concreto” (parágrafo del art. 124 precitado).

Por su parte la Corte Suprema de Justicia, en algunas de sus decisiones, también ha evidenciado (aunque en algunos casos con manifiesta incoherencia<sup>107</sup>), un entendimiento del principio de culpabilidad como juicio de exigibilidad y límite al poder punitivo del Estado.

En sentencia de noviembre 12 de 1998, proceso 13185, M.P. Carlos Augusto Gálvez Argote, tratándose de un delito de falsedad material e ideológica de empleado oficial en el que se alegaba estado de necesidad como “causal extralegal de inexigibilidad de otra conducta”, aunque la Corte no encuentra acreditada dicha eximente, resulta apreciable la concepción del principio de *exigibilidad* como *sustrato*<sup>108</sup> de las causales que excluyen la culpabilidad y por tanto la pena.

En efecto, si por *inexigibilidad* de otra conducta se entiende toda situación en que la actividad del sujeto agente no es objeto de punibilidad porque *en las circunstancias en que la ejecutó no le era exigible actitud distinta*, debe convenirse que en cada una de las causales de inculpabilidad subyace la no exigencia de comportamiento diverso al que se tuvo, pues para reconocer que alguien ha actuado en condiciones de fuerza mayor o caso fortuito, o bajo insuperable coacción ajena o por razón de una convicción errada e invencible, debe admitirse que en cada una de tales causales al sujeto no le era demandable otra conducta, que al agente no le quedaba más por hacer que vulnerar el bien jurídico tutelado.<sup>109</sup>

---

<sup>107</sup> Ver *infra* comentarios a las sentencias 25387 y 29338 de 2008, pp. 43-45.

<sup>108</sup> En sentido similar, FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho Penal, Parte General*, Cit., pp. 826 y 829.

<sup>109</sup> Cursivas nuestras.

Consecuente con aquella postura resulta la decisión adoptada en julio 13 de 2005, M.P. Herman Galán Castellanos, proceso 20929,<sup>110</sup> a través de la cual se absolvió al procesado por estimarse que, al actuar, no fue consciente de la antijuridicidad de su conducta. Resalta la Corte que

En la actual teoría del delito, pero con énfasis en aquellos delitos en los que en su núcleo sobresale la infracción a un deber, como también en los eventos de omisión pura o simple, siempre existe de por medio una exigencia al sujeto activo de la conducta y, por consiguiente, un reproche si fue incumplida o insatisfecha. *La exigibilidad*, pues, en tales eventos, resulta indispensable, inclusive con asidero constitucional, pues, como muy bien se ha sostenido, tiene su fundamento en la función promocional del Estado, obligado como está a garantizar la prosperidad general haciendo efectivos los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta Fundamental.<sup>111</sup>

Ahora bien, la Sala, que no ha tenido oportunidad de pronunciarse con amplitud al respecto, sin adentrarse ahora en los meandros de la teoría, mas sin desconocer, claro está el estado de la dogmática actual, *reconoce que para poder atribuirle culpabilidad a un sujeto, por un acto a él imputable, deben concurrir tres elementos básicos de la aludida exigibilidad, a saber : la imputabilidad (exigibilidad sistémica), la exigibilidad de otra conducta (estado de necesidad, miedo insuperable) y la exigibilidad de la conciencia de antijuridicidad.*<sup>112</sup>

A pesar del reducido alcance que la Corte parece darle al principio de exigibilidad, casi circunscribiéndolo a los delitos de infracción a un deber y de omisión, merece destacarse que la misma lo “reconoce” como presupuesto de la responsabilidad penal e incluso relaciona sus contenidos generales.

Precisamente una de aquellas circunstancias especiales señaladas por la Corte, el *miedo insuperable*, había sido ya tratada en sentencia de diciembre 12 de 2002 en la que admite que, según la “fase emocional que alcance el sujeto”, el miedo puede convertirse en causal que excluye la culpabilidad, pues no puede exigírsele un comportamiento distinto.<sup>113</sup>

---

<sup>110</sup> Se trata de un delito de prevaricato por acción en el que el defensor sostenía la atipicidad de la conducta por ausencia de dolo.

<sup>111</sup> Resaltado en el texto.

<sup>112</sup> Cursivas nuestras.

<sup>113</sup> C.S.J., proceso 18983-02, M.P. Jorge Aníbal Gómez Gallego. Se trata de un caso de homicidio en el que el defensor deprecaba el reconocimiento del “miedo insuperable” (código penal, art. 32-9) como causal excluyente de la responsabilidad, a cambio de “intenso miedo” (que el tribunal confundió con la circunstancia de ira e intenso dolor que, para la época de los hechos, contemplaba el artículo 60 del código penal, decreto

Pero también ha mostrado sus rendimientos el principio de culpabilidad como concepto reductor de la culpabilidad y, en consecuencia, de la pena.

En sentencia de noviembre 18 de 2004, M.P. Herman Galán Castellanos, proceso 20889<sup>114</sup>, la Corte encuentra que, examinadas las extremas circunstancias emocionales en que actuó el procesado, debe reconocerse que lo hizo en estado de ira e intenso dolor y por ello hay lugar a la reducción de la pena en los términos del artículo 57<sup>115</sup> del estatuto punitivo, contrariando la decisión del tribunal que la había negado acudiendo a un proscrito derecho penal de autor.

“La gravedad y la injusticia de la provocación debe ser estudiada en cada situación, dadas las condiciones particulares de los protagonistas del conflicto y de aquellas en las que se consumó el hecho, como por ejemplo, su situación psicoafectiva, la idiosincrasia, la tolerancia, las circunstancias (tiempo, modo, lugar, oportunidad, tono, expresión corporal y oral, etc.), los sentimientos (honor, dignidad y auto estima), la formación (moral, cultural), el grado de educación, el nivel social y económico.

El Tribunal da por demostrado que el día de los hechos, el 26 de marzo de 1999, el ánimo del interfecto fue pacífico, no realizó ningún acto que pudiese herir la susceptibilidad de FERNANDO MOREIRA, considerando que la acción fue “calculada propia de un deseo de venganza”, no de un estado de ira causado por comportamiento grave e injusto, incurriendo con ello en un equívoco, pues *la ira no descarta la venganza.*”<sup>116</sup>

---

100 de 1980) reconocido por el tribunal como mera atenuante. Hoy, el “temor intenso” constituye una circunstancia de menor punibilidad conforme al art. 55-3 del código penal.

Sobre los fundamentos que justifican el miedo insuperable como causal de inculpabilidad Ver: DANIEL VARONA GÓMEZ, “El miedo insuperable y la “ética del hormiguero”. Reflexiones sobre el papel de las eximentes fundadas en la inexigibilidad de otra conducta”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 12, 2010. “La base del principio de inexigibilidad y, por tanto, el fundamento de la exención de pena en el caso de la eximente de miedo insuperable, es *la preferencia legítima por los propios intereses*. Legítima por que se corresponde con unos valores que, por ser inherentes a la autonomía de la persona, son dignos de protección.”  
Cursivas en el texto.

“El fundamento de la exclusión de pena no radica, pues, en que la persona se encuentra “fuera de sí” fruto del impacto psíquico producido por la situación amenazante, sino al contrario, en que con su actuación demuestra unas preferencias morales (razones) que estimamos no dignas de castigo (KAHAN/NUSSBAUM, 1996:336). La razón relativa al agente es una razón (deontológica) que expresa una determinada valoración normativa.”  
Paréntesis en el texto.

<sup>114</sup> Se hace referencia a hechos en desarrollo de los cuales el sentenciado causó la muerte de su víctima después de haber sostenido con ésta un altercado que tuvo como origen difamaciones deshonrosas que hiciera en su contra. El defensor reclamaba el reconocimiento de ira e intenso dolor como lo había hecho la primera instancia, atenuante que fue revocada por el tribunal. La Corte accede a lo solicitado. También reconoció la misma atenuante en decisión del 30 de noviembre de 2006, M.P. Mauro Solarte Portilla, proceso 22634.

<sup>115</sup> Que alude al estado de ira e intenso dolor como circunstancia de atenuación punitiva.

<sup>116</sup> Cursivas nuestras.

Para la Corte es claro entonces que el sentimiento de venganza no es óbice para el reconocimiento del estado de ira e intenso dolor.

Sin embargo, la Corte cambia de opinión de manera abrupta en sentencia de mayo 9 de 2007, M.P. Jorge Luis Quintero Milanés, proceso 19867,<sup>117</sup> providencia en la que, si bien se exige que para el reconocimiento de esta diminuyente deben analizarse en detalle todas las circunstancias que rodearon al autor en el momento mismo de la comisión del hecho, lo cierto es que ese examen se hizo en este caso atendiendo a aspectos morales y no estrictamente jurídicos, como pasa a observarse:

Por ello, la gravedad y la injusticia de la provocación debe ser estudiada en cada situación, dadas las condiciones particulares de los protagonistas del conflicto y de aquellas en las que se consumó el hecho, como por ejemplo, su situación sicoafectiva, la idiosincrasia, la tolerancia, las circunstancias (tiempo, modo lugar, oportunidad, tono, expresión corporal y oral etc.), los sentimientos (honor, dignidad y auto estima), la formación (moral, cultural), el grado de educación, el nivel social y económico. De lo expuesto se infiere que no toda provocación es grave e injusta y que sólo los estados de ánimos originados por comportamientos con estas últimas connotaciones quedan amparados por la diminuyente de la ira o dolor examinada, siempre que la provocación provenga de quien padece las consecuencias.

(...)

Empero, como lo destaca la Procuraduría, no se puede confundir la reacción tardía, “*producto de un estado de ira, con una actuación posterior inspirada en un innoble sentimiento de venganza*”, como en efecto aquí aconteció.<sup>118</sup>

Pero se evidencia en mayor grado el incoherente tratamiento de esta atenuante por parte de la Corte en procesos 25387 y 29338, de la misma fecha, octubre 8 de 2008, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca y Alfredo Gómez Quintero, respectivamente.

Se dijo en la primera:

El Tribunal, en primer lugar, incurrió en un error de hecho por falso raciocinio al considerar que L. A. H. R. no obró en estado de ira, sino con el ánimo de vengarse, pues con tal razonamiento desconoció que, de acuerdo con las reglas de la experiencia, *quien actúa en estado de ira generalmente lo hace con el ánimo de*

<sup>117</sup>Se decide sobre el reconocimiento de la atenuante consistente en el estado de ira e intenso dolor de que trata el artículo 57 del Código Penal en un caso de homicidio en el que se reconoce que el hecho tuvo su génesis en las constantes muestras de infidelidad de la esposa del sentenciado con una de las víctimas, situaciones que incluso perduraron por más de un año como se señala en el fallo de instancia.

<sup>118</sup> Cursivas en el texto, subrayas nuestras. Ver *infra* nota 123.

*vindicar* el comportamiento ajeno, grave e injusto que suscita la reacción, *estado subjetivo que de ninguna manera es obstáculo para negar la configuración de la atenuante*.<sup>119</sup>

En este orden de ideas, el *ad quem* valoró la acción emprendida por el procesado con base en una *inferencia de tipo moral*, desconocedora que, desde la época del pensamiento penal ilustrado, en todo Estado de derecho que se precie de serlo la aplicación de la ley no puede obedecer a la observancia de buenas costumbres, ni a parámetros de conducta no contemplados en el precepto normativo, ni mucho menos a pautas éticas de corte subjetivista ideadas por los funcionarios encargados de dirimir los conflictos.<sup>120</sup>

Y más adelante expuso:

Por otro lado, la evaluación acerca de la concurrencia de los requisitos del estado de *ira e intenso dolor* depende más que todo de la correcta apreciación de las circunstancias particulares del caso, situadas dentro del contexto de los valores tanto individuales como culturales que imperan en el sector social en el que se produjo la conducta punible, por lo que la desestimación de un estado psíquico en el procesado no puede fundarse en estimaciones generales, abstractas o absolutas que prescindan de tales parámetros, o que desconozcan la realidad del entorno, como afirmar que entre dos hombres que ningún parentesco ostenten entre sí, o que tan solo mantengan una relación de padrinzago, jamás podría suceder que la agresión ajena sufrida por uno desemboque en la reacción emotiva y violenta por parte del otro.

Según esta decisión entonces, para la Corte el sentimiento de venganza no impide el reconocimiento del estado de ira e intenso dolor y le está vedado al juzgador hacer cuestionamientos de tipo moral al enjuiciado.

Con base en estas apreciaciones y como clara expresión del principio de culpabilidad en sentido estricto, pues se evaluaron a fondo las circunstancias en que actuó el procesado, incluso su entorno social y cultural, la Corte decide casar la sentencia reconociendo la diminuyente de pena de que trata el artículo 57 precitado. Cumplió aquí su papel dicho principio: sirvió de límite al poder punitivo del Estado impidiendo que se impusiera una pena desproporcionada.

Sin embargo ese mismo día dijo otra cosa en el segundo pronunciamiento:

Como ya se dijo, ni el comportamiento de la víctima es calificable de “grave e injustificado”, ni la reacción que *tuvo lugar tres días después* de la comunicación censurada como detonante, permiten contemplar en su contexto

---

<sup>119</sup> *Cursivas nuestras.*

<sup>120</sup> *Cursivas nuestras.*

la conducta de la recurrente en un plano distinto al de una *retaliación, desquite o revancha, que hace por consiguiente inaceptable la rebaja punitiva*.<sup>121</sup>

De ahí que bien se haya señalado sobre el particular el imperativo de no confundir una reacción tardía, producto de un estado de ira, con una actuación posterior *inspirada en un innoble sentimiento de venganza*.<sup>122</sup>

Si bien la Corte asume la tarea de examinar las específicas circunstancias en que actuó la procesada, es bien claro que, basándose en juicios morales<sup>123</sup> que había proscrito en la sentencia que se acaba de estudiar, amplía el espectro incriminatorio, incurriendo con ello en graves inconsistencias en el tratamiento de esta causal de atenuación, recurriendo a un derecho penal de autor proscrito por el artículo 29 de la constitución y, de paso, atentando de manera palmaria contra el derecho de igualdad y la seguridad jurídica.

**b.** Pueden citarse además sentencias de la Corte Suprema de Justicia que demuestran como la alta corporación alude de manera retórica al principio de culpabilidad o lo confunde con otras categorías dogmáticas.

Por ejemplo, en la sentencia de octubre 8 de 2003, radicado 19792, M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón, en la que el demandante censuraba que los juzgadores de instancia nada dijeron sobre la *culpabilidad* de los condenados, pues se limitaron a sostener que actuaron con *dolo*, siendo ésta una categoría de la tipicidad, la Corte no casa la sentencia argumentando que:

Con independencia de los postulados estructurales de las muchas escuelas penales, nadie discute que la “culpabilidad” significa, en términos elementales, disposición de ánimo hacia la realización de una conducta definida en la ley como “delictiva” –tipicidad objetiva- y causante de daño o de puesta en peligro, sin justificación alguna –tipicidad, o antijuridicidad material-. Esté el dolo en el tipo, esté en la “culpabilidad” o esté en la acción, lo evidente es que cuando una persona sabe que aquello que hace está prohibido, y voluntariamente hacia allí dispone su conducta, actúa con dolo y, por tanto, merece reproche porque es imputable, se le podía exigir una conducta conforme con el derecho y obra con plena conciencia de ilicitud. Y ocurre lo mismo si se dice que una parte del dolo se halla en la acción típica y la otra en

---

<sup>121</sup> Cursivas nuestras.

<sup>122</sup> Cursivas nuestras.

<sup>123</sup> Acerca de la proscripción de este tipo de juicios, JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho Penal, Parte General. Principios y categorías dogmáticas*, Cit., p. 354: “La culpabilidad por el hecho no es un juicio de reproche sobre los motivos de la voluntad y la actitud interna, el sentimiento o el ánimo del agente frente al derecho, sino la forma y grado de la controlable participación interna del agente y de su evitable intervención externa en el acontecimiento criminoso, por medio de la conciencia y la autodeterminación que aportan los sujetos imputables, que obran en circunstancias ambientales normales, a la realización del injusto típico.”

el juicio de reproche o “culpabilidad”. Al fin y al cabo la fórmula ya casi clásica aún tiene vigencia, pues no ha podido ser derruida: la persona es “culpable” cuando debiendo y pudiendo proceder de acuerdo con el derecho, no lo hace.<sup>124</sup>

Pese a lo ininteligible de la decisión, que entremezcla la más variada gama de elementos del delito: tipicidad objetiva, lesividad, antijuridicidad material, dolo, acción, conciencia de lo prohibido o conciencia de antijuridicidad, merecimiento de reproche, imputabilidad, exigencia de otra conducta conforme a derecho; podemos, con esfuerzo, entender como la Corte, presumiendo la asunción del principio de culpabilidad, recurre al dolo (al parecer entendido con conciencia de la antijuridicidad, al estilo clásico, hoy superado) para estimar acreditada esta categoría: “...actúa con dolo y, por tanto, merece reproche porque es imputable, (se olvida que el inimputable también puede obrar con dolo<sup>125</sup>), se le podía exigir una conducta conforme con el derecho...”.

Entonces el “reproche” de culpabilidad se hace derivar del dolo o, lo que es lo mismo, la Corte concluye que, por haber conocido y querido la ejecución de un hecho, (en ello consiste el dolo), la persona estaba en capacidad de optar por otra conducta. No se hace entonces un juicio estricto de exigibilidad pues solo se escruta sobre el nexo psicológico del autor (cualquier autor) con el hecho y ese examen se hace en sede del injusto, no de la culpabilidad.<sup>126</sup>

Es claro pues que tampoco en casación se supo finalmente si el procesado actuó con culpabilidad o no, pudiéndose haber condenado, con grave injusticia, a un inculpable, ello debido, se insiste, a las evidentes imprecisiones en que incurre la Corte.

Similar tratamiento se dio al principio que estudiamos en sentencia de octubre 12 de 2006, M.P. Marina Pulido de Barón, proceso 25465<sup>127</sup>.

En ella la Corte reconoce de manera explícita que para que se pueda hablar de conducta punible, esta debe “pasar por el tamiz” de la tipicidad, antijuridicidad y la culpabilidad, por así exigirlo el artículo 9 del Código Penal.

Incluso, al caracterizar la tipicidad, ubica bien las modalidades de la conducta, esto es, dolo, culpa y preteintención en el tipo subjetivo.

Sin embargo, al efectuar el juicio de culpabilidad en el caso concreto, expresa:

---

<sup>124</sup> Cursivas nuestras.

<sup>125</sup> Ver *supra* comentarios a sentencia 20319-09.

<sup>126</sup> Ver *supra* 1. Introducción y 2.1 Sentido tradicional del principio de culpabilidad.

<sup>127</sup> Hace referencia a un delito de tráfico de migrantes en el que el censor sostenía que la conducta no lesionaba el bien jurídico de la autonomía personal por cuanto se contó con el consentimiento de las víctimas.

Si además de lo expuesto se encuentra acreditado que *D. G.* voluntariamente acordó con *A. M.* a cambio de diez mil quinientos dólares (U\$10.500) colocar a los pasaportes de éste, su esposa y su hijo los sellos de ingreso al país a fin de que días después pudieran utilizar tales documentos falsos para salir de Colombia e ingresar ilegalmente a Méjico, no hay duda que decidió libremente cometer la citada conducta, esto es, actuó con *culpabilidad*.<sup>128</sup>

Supuestos fácticos de los cuales ya se había valido para establecer la tipicidad de la conducta, como pasa a verse:

Es por ello que sin dificultad se llega a la razonable conclusión de que la conducta realizada por *D. G.*, de registrar el 13 de febrero de 2005 a los colombianos *A. M. C.*, *L. O. A.* y al menor *J. S. M. O.* como extranjeros procedentes de Méjico, en el puesto de inmigración del Departamento Administrativo de Seguridad DAS ubicado en el Aeropuerto El Dorado, con el propósito de que tres días más tarde pudieran superar los controles migratorios y salir de Colombia con destino al mencionado país, de donde fueron devueltos al descubrirse su falsa identidad, *corresponde a un comportamiento típico* (artículo 188 de la Ley 599 de 2000), en cuanto facilitó y colaboró en la salida de tales personas del país sin el cumplimiento de los requisitos legales, con el fin de obtener como beneficio un pago por la suma de diez mil quinientos dólares (U\$10.500).<sup>129</sup>

Si, además de ello, se advierte que el proceder del procesado se produjo de manera consciente y aprovechando para ello su condición de funcionario del mencionado ente administrativo de seguridad, amén de su especial ubicación en el puesto de migración localizado en el referido aeropuerto, no hay duda que su conducta en punto del tipo subjetivo correspondió a un proceder *doloso*.<sup>130</sup>

Aquí la Corte en realidad rehúsa hacer el juicio de culpabilidad en sentido estricto y, lo que es peor, con la tipicidad de la conducta dio por acreditada la culpabilidad, presupuesto de la pena y, en consecuencia, en este evento, lo que se supone debe servir como “límite mínimo”, (la constatación del dolo) pasa a convertirse en la “justificación” de la incriminación.

#### 4. Conclusiones

Si a ambas Cortes corresponde decidir al interior de un Estado Social de derecho, que se proclama respetuoso de la dignidad humana (art. 1° C.N.); que persigue un

---

<sup>128</sup> Cursivas nuestras.

<sup>129</sup> Últimas cursivas nuestras.

<sup>130</sup> Cursivas nuestras.

orden justo (preámbulo); que tiene como uno de sus fines garantizar la efectividad de los principios, derechos y obligaciones consagrados en la constitución (art. 2° C.N.); donde la constitución es norma de normas (art. 4 íd.) que respeta el libre desarrollo de la personalidad (art. 16 id.) y reconoce y protege la diversidad étnica y cultural (art. 7 id. ); que consagra los principios de libertad (art. 28 id.), de culpabilidad (art. 29 id.) y de igualdad material (art.13 id.); donde los funcionarios públicos han jurado cumplir la constitución (art. 122 íd.); donde los jueces están sometidos al imperio de la ley (230 id.), es claro que están en la perentoria obligación de avocar y decidir sobre el juicio de culpabilidad referido al hombre en sus particulares circunstancias y por ello tendrán necesariamente que precisar *si* y *qué tanto* podría exigírsele un actuar diferente antes de proceder a la imposición de una pena o una medida de seguridad.

Sólo si se procede de esa manera podremos predicar que se ha sido consecuente con dicho principio.

Con fundamento en la jurisprudencia examinada podríamos concluir que si bien la Corte Constitucional ha mostrado algún tipo de coherencia y apego al principio de culpabilidad como garantía a favor del individuo, no puede decirse lo mismo, por lo menos no en todos los casos, frente a la Corte Suprema de Justicia.

En efecto, como pudo observarse, ya desde el año 1996, en su sentencia C-626, la Corte Constitucional daba aplicación, por ejemplo, al principio de presunción de inocencia en sentido material, proscribiendo tipos penales o contravencionales que lo desconocían.

En sentencias C-239 de 1997 ya se hacía alusión al principio de exigibilidad como juicio necesario en la determinación de la culpabilidad.

Juicio de exigibilidad que, en nuestro criterio, fundamentó lo resuelto en sentencias C-370 de 2002 y C-355 de 2006, sobre la diversidad socio cultural como motivo de inimputabilidad, la primera, y despenalización del aborto en ciertas circunstancias, la segunda.

Años más tarde, en sentencias C-928 de 2005 y C-179 de 2007 acude nuevamente la Corte al principio de culpabilidad, esta vez en sentido amplio, para dar prevalencia al principio de personalidad de la pena y proscripción del derecho penal de autor, respectivamente.

Pero ya centrada nuestra atención en las decisiones de la Corte Suprema de Justicia encontramos lo siguiente:

Si bien cuando menos desde el año 1998, proceso 13185, ya la Corte se refería a la exigibilidad como sustrato de las distintas causales de inculpabilidad, posición que obligaría a la realización del juicio de culpabilidad en sentido estricto, lo cierto es que algunas decisiones posteriores defraudan esas expectativas.

Por ejemplo, en las sentencias 19792 de 2003 y 29323 de 2009 se dio por acreditada la culpabilidad con la constatación del dolo. Algo idéntico sucedió en la sentencia 25465 de 2006 en la cual la Corte, después de teorizar sobre la necesidad de demostrar las distintas categorías del delito (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), utiliza los mismos argumentos empleados para acreditar la tipicidad en sede de culpabilidad.

Pero como como claro ejemplo de las incoherencias de la Corte pueden citarse las sentencias 25387-08 y 29338-08, ambas de la misma fecha. Como pudo verse, mientras en la primera el ánimo de venganza no es obstáculo para el reconocimiento del estado de ira e intenso dolor, sí lo es en la segunda. Pero aún más, ese ánimo de venganza ya había sido tenido en cuenta para negar dicha atenuante, en la sentencia 22634 de 2007, pero había sido desestimado en la 20889 de 2004 en la que expresamente se dijo que la venganza no descarta la ira.

No obstante, no puede desconocerse que el principio de exigibilidad en el caso concreto se aplicó de manera rigurosa en otras sentencias, como la 22634 de 2008 y 20929 de 2005 en las que dicho principio sirvió para reconocer el estado de ira e intenso dolor en la primera y la absolución en la segunda.

Por su parte, en las sentencias 27277 de 2009 y 31580 de 2010 no se hace una clara distinción entre las varias acepciones del principio de culpabilidad (sentido tradicional o restringido, sentido amplio y sentido estricto), pero en la 24685 de 2008 si se hace clara precisión en cuanto al dolo, la culpa y la preterintención como elementos de la responsabilidad subjetiva.

Precisamente una eficiente aplicación de aquel principio en la sentencia 20319 de 2005, impidió que se criminalizara injustamente a un inimputable que había sido condenado a medida de seguridad por el delito de hurto cuando en realidad sólo se encontraba acreditado el dolo de dañar bienes ajenos.

Pero merece especial atención la sentencia 32805-10 en la que, haciéndose prevalecer presuntos rendimientos preventivo generales, se pulverizan las más caras garantías predicables del principio de culpabilidad y se abre la más amplia compuerta a los desafueros del poder punitivo del Estado.

Ante tan ambiguo, incoherente, inconsistente y, por decir lo menos, impreciso tratamiento dogmático del principio de culpabilidad, obligado es concluir que en sus decisiones, la Corte Suprema de Justicia ha contribuido al debilitamiento de dicho principio como garantía y límite a la intervención punitiva del poder estatal, con grave desmedro de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

## Bibliografía:

ARENAS ANTONIO VICENTE, *Comentarios al nuevo código penal: decreto 100 de 1980: Parte General*, Bogotá, ed. Temis, 1981.

BORJA JIMÉNEZ, EMILIANO, *Algunas reflexiones a raíz de la nueva formulación del principio de culpabilidad en el Anteproyecto de Código penal español de 1992*, en NFP número 57, Bogotá, 1992.

DWORKIN, RONALD, *Los derechos en serio*, sexta reimpresión, Barcelona, ed. Ariel S.A., 2007.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, JUAN, *Derecho Penal, Parte General. Principios y Categorías Dogmáticas*, Bogotá, ed. Ibáñez, 2011.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, JUAN, *Dogmática penal sin reproche de culpabilidad en la hora actual*, en: *Dogmática y criminología: dos visiones complementarias del fenómeno delictivo*. Libro homenaje al doctor Alfonso Reyes Echandía. Bogotá, Ed. Legis, 2005.

FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*, Madrid, ed. Trotta S.A., 2000.

GÓMEZ LÓPEZ, JESÚS ORLANDO, *Teoría del Delito*, Bogotá D.C., ed. Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2003.

JAKOBS, GÜNTHER, *Derecho penal, parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª edición corregida, España, Marcial Pons, 1997, ed. Ediciones Jurídicas.

MOLINA ARRUBLA, CARLOS MARIO, *Principios rectores de la ley penal colombiana*, Medellín, ed. Biblioteca Jurídica Dike, 1997.

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Teoría general del delito*, 2 ed., Bogotá, ed. Temis S.A., 2008.

PÉREZ, LUIS CARLOS, *Derecho Penal, Parte General y Especial*, Tomo I, Bogotá, ed. Temis, 1987.

REYES ECHANDÍA, ALFONSO, *Derecho Penal, Parte General*, Bogotá, 2ª. Reimpresión de la undécima edición, ed. Temis, 1990.

ROXIN, CLAUS, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo (trads.), Madrid, ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2007.

ROXIN, CLAUS, *Derecho penal: parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, traducción de la 2ª ed. Alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, 2007.

SHÜNEMANN, BERND, *La función del principio de culpabilidad en el derecho penal preventivo*, en: *El sistema moderno del Derecho penal. Cuestiones fundamentales*. Estudios en honor a Claus Roxin 50Avo aniversario. Introducción, traducción y notas de Jesús María Silva Sánchez, Madrid, Ed. Tecnos S.A., 1991

SOTOMAYOR ACOSTA, JUAN OBERTO, *Imputabilidad y sistema penal*, Santa Fe de Bogotá, ed. Temis S.A. 1996.

VARONA GÓMEZ, DANIEL, “El miedo insuperable y la “ética del hormiguero”. Reflexiones sobre el papel de las eximentes fundadas en la inexigibilidad de otra conducta”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 12, 2010.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO, *Derecho Penal, Parte General*, Bogotá D.C., ed. Librería jurídica COMLIBROS, 2009.

ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, ALEJANDRO ALAGIA, ALEJANDRO SLOKAR, *Manual de Derecho Penal: parte general*, Buenos Aires, ed. Ediar-Temis, 1ª. Edición.

**Sentencias consultadas:**

**Corte Suprema de Justicia:** 13185-98, 18983-02, 19792-03, 20889-04, 20929-05, 22634-06, 25465-06, 24448-07, 25974-07, 19867-07, 23825-07, 25974-07, 24448-07, 23825-07, 26470-08, 24685-08, 28784-08, 25387-08, 29338-08, 29640-09, 29323-09, 27277-09, 20319-09, 32672-09, 27941-09, 27032-10, 32805-10, 23802-10, 29200-10, 34653-10, 31580-10, 27918-11, 26948-11 y 28436-12, entre otras.

**Corte Constitucional:** C-563-95, C-626-96, C-239-97, C-297-02, C-370-02, C-928-05, C-355-05, C-179-07, entre otras.