

CAUSALES DE AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD PENAL*

A mis interlocutores inmediatos, los estudiantes.

Jaime Sandoval Fernández**

Resumen

Este trabajo se ocupa de las causales de ausencia de responsabilidad penal, especialmente de aquellas que tienen efecto en el injusto. Como subtemas se delimita el concepto de responsabilidad penal y su ausencia. Se estudian las principales teorías acerca de la relación tipicidad-antijuridicidad y su incidencia en el derecho penal colombiano. Por último contiene una propuesta acerca de cómo deberían agruparse las causales del art. 32 C. P/00.

Palabras clave: Responsabilidad penal, tipicidad, antijuridicidad.

Abstract

This article deals with the Causation of Lack of Criminal Responsibility., especially of those ones having effect on the unfair circumstances. As subtopics, the concept of Criminal responsibility and its lacking is delimited, and the main theories about the typification – antilegality and its incidence in the Colombian criminal law. Finally, a proposal about how the article 32 C.P./00 causal should be grouped.

Key words: Criminal responsibility, typification – antilegality.

Fecha de recepción: 28 de enero de 2003

* Tema tratado inicialmente en una ponencia presentada a la Especialización de Derecho Penal de la Universidad Santo Tomás (Bogotá), el año pasado, elaboración que sirvió de base para este escrito.

** Doctor y Magíster en Derecho Penal, Universidad Autónoma de Barcelona. Especializado en Derecho Penal y en Criminología, Universidad Externado de Colombia. Profesor de Derecho Penal y de medio tiempo en investigación en la Universidad del Norte. Profesor invitado a las universidades de Antioquia, Externado de Colombia, Santo Tomás (Bogotá), Caldas, Santiago de Cali, Ibagué y Santander.

PRESENTACIÓN

En este trabajo nos ocuparemos de las causales de ausencia de responsabilidad penal, especialmente de aquellas que tienen efecto en el injusto. Como subtemas se delimitará el concepto de Responsabilidad Penal y su ausencia. Se estudiarán las principales teorías a cerca de la relación tipicidad-antijuridicidad y su incidencia en el derecho penal colombiano. Por último se hará una propuesta acerca de cómo deberían agruparse las causales del art. 32 C.P./00.

1. LA RESPONSABILIDAD PENAL. DELIMITACIÓN

■ La ausencia de responsabilidad

La expresión «responsabilidad» tiene distintas acepciones¹, por lo cual habrá de precisarse sus alcances. Para el derecho penal, «responsable» quiere decir sancionable, dirá el primero de los autores citados. A su vez, su discípulo ha dicho que la responsabilidad jurídica será de carácter penal cuando al autor de una conducta contraria al ordenamiento jurídico penal le es impuesta una sanción prescrita por la ley penal. El profesor Alfonso Reyes había dicho que el término «responsabilidad» debía entenderse como sujeción del agente a las consecuencias jurídicas del hecho punible cometido². En el mismo sentido la Corte Constitucional estima que la Responsabilidad Penal es el compromiso que le cabe al sujeto por la realización de un hecho punible³.

Desde otra perspectiva se habla de la Responsabilidad Penal o Punitiva de la Agencia Jurídica, quien debe evitar que se ejerza sobre la persona criminalizada un poder punitivo intolerablemente irracional⁴.

Para poder considerar a una persona responsable penalmente y, por consiguiente, sometida a sanción penal, deberá cumplirse con unas **condiciones o presupuestos** que integran ese concepto de responsabilidad, los cuales presentan diferencias según se estime al sujeto como imputable o inimputable.

¹ Ver al respecto AGUDELO, Nodier, *Inimputabilidad y Responsabilidad Penal*. Bogotá, Temis, 1984, p. 5; SOTOMAYOR, Juan O., *Inimputabilidad y Sistema Penal*. Bogotá, Temis, 1996, p. 152.

² *Derecho Penal*, P.G, Universidad Externado de Colombia, 10 ed., 1986, p. 254.

³ Ver C-176/93, Alejandro Martínez Caballero.

⁴ Ver ZAFFARONI, Eugenio R., ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal*, P.G, Ediar, p. 357-374.

No existen mayores discrepancias en el derecho penal para determinar cuáles son esas condiciones que se requieren para ser considerado responsable penalmente cuando se trata de imputables. Se considera indispensable que mediante sentencia definitiva se constate la realización de una conducta punible, esto es, una conducta típica, antijurídica y culpable (ver art. 9 C.P./00, 7 C.P.P./00). Así la Corte Constitucional ha estimado que la Pena es la consecuencia de la Responsabilidad Penal de los Imputables, cuando judicialmente se establece que se ha cometido un hecho punible, típico, antijurídico y culpable⁵.

Sin embargo, en el derecho comparado se considera que además de estas condiciones se requiere que la pena impuesta sea necesaria. Así, por ejemplo, Roxin opina que se trata de saber si el sujeto individual merece una pena por el injusto que ha realizado. El presupuesto más importante de la responsabilidad, como es sabido, es la culpabilidad del sujeto. Pero éste no es el único presupuesto sino que debe añadirse además una necesidad preventiva de pena⁶.

Es importante la anterior consideración al provenir de un autor con todos los pergaminos en el derecho penal alemán y de reconocimiento en Colombia. Siguen esa orientación en la doctrina interna Juan O. Sotomayor – Gloria Gallego: la necesidad de pena debe entenderse como una exigencia adicional a los elementos del hecho punible⁷. Y Velásquez Velásquez, aunque no se muestre receptivo al concepto de Responsabilidad Penal como imposición de sanción, estima que además de los requisitos de la conducta punible, la pena debe ser necesaria⁸.

El nuevo código expresamente se refirió a este criterio (ver C.P. /00 Art. 3; 124 parágrafo). La Corte Constitucional en el examen de esta última norma consideró que el juez ha de emprender el análisis particular para el caso sometido a su juzgamiento sobre la necesidad o no de la pena, habida consideración de la finalidades de la misma⁹.

En síntesis, para hablarse de responsabilidad penal de los imputables se exige la realización de una conducta típica, antijurídica y culpable, y además que la pena sea necesaria.

⁵ Ver C-176/93 y C-647/01, Alfredo Beltrán.

⁶ Ver ROXIN, Claus, *Derecho Penal*, P.G, Civitas, 1997, p. 222.

⁷ Ver Las circunstancias agravantes del homicidio imprudente, en *Nuevo Foro Penal* (NFP), N° 61, 1999, p 39.

⁸ Ver *Manual de Derecho Penal*, P.G, Temis, 2002, p. 487-524.

⁹ Ver C-647/01.

En materia de inimputables, en gran medida como resultado de los alcances en nosotros de la escuela clásica, un sector de la doctrina y la jurisprudencia llegó a estimar que éstos no podían ser responsables penalmente, aunque curiosamente aceptaban que les impusieran sanciones penales-medidas de seguridad. Sin embargo, era mayoritaria la opinión que los consideraba responsables¹⁰. Actualmente lo admite la Corte Constitucional: no existe duda alguna de que ésta se predica tanto de los sujetos imputables como de los inimputables¹¹. De igual manera, la doctrina más reciente¹². Parecería también que el C.P. vigente apunta en esa dirección (Art. 9).

Las condiciones exigidas para ser considerado responsable penalmente si se es inimputable varían en relación con el imputable. Será imprescindible que realicen una conducta típica, antijurídica, no exige la culpabilidad¹³ y además que no exista en su favor causales de ausencia de responsabilidad penal. En estas últimas parecería que la expresión legal se refiere es a las causales de inculpabilidad, pues las que tienen su base en el injusto se sobreentiende que si están presentes vuelven inexistente, atípica o justificada la conducta, y obviamente ya no será tal, ni típica, ni antijurídica. No significa ello que no deba estudiárseles también las causales de ausencia de conducta, atipicidad o justificación, sino que la redacción legal implica la existencia de conducta típica y antijurídica; por consiguiente, ya se incluye el que éstas, hecho el estudio pertinente, no resultan aplicables.

Sobre este aspecto el profesor Nodier Agudelo ha opinado que la inimputabilidad obraría de manera residual, esto es, se analiza primero si existen causales de atipicidad, justificación e inculpabilidad, y sólo si no resultan aplicables se pasaría a estudiar si el sujeto es inimputable. De tal manera que las causales de ausencia de responsabilidad cuando están presente se aplican a la persona con prescindencia de considerarle o no inimputable¹⁴.

Quedaría por ver si además debe agregarse la necesidad de la medida de seguridad, por cuanto el Art. 3 del C.P. también la incluye, esto es, la

¹⁰ Ver REYES ECHANDÍA, *Derecho Penal*, P.G, p. 254, y *La inimputabilidad*, 3ª ed. Universidad Externado de Colombia, 1984, p. 274.

¹¹ Ver C-176/93, C-647/01.

¹² SOTOMAYOR, p. 154, GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo, *Constitución, Derechos Fundamentales y Dogmática*. Ediciones Gustavo Ibáñez, 2000 p. 115.

¹³ Ver C-176/93.

¹⁴ Ver *Los Inimputables frente a las causales de justificación e inculpabilidad*, Temis, 1982, p. 79-80; *Embriaguez y Responsabilidad Penal*. Ed. Nuevo Foro, 2001, p. 130 y ss. y también VELÁSQUEZ, Fernando, *Derecho Penal*, P.G., 3ª ed. Temis, p. 552.

medida de seguridad debe cumplir con sus fines en ese caso concreto. De ser así, la expresión legal de no existencia de causales de ausencia de responsabilidad penal ya vista, para poder predicar responsabilidad del imputable comprendería las causales de inculpabilidad y las situaciones de innecesiedad de la medida de seguridad. Véase en tal sentido la decisión del Juzgado 6 Superior de Medellín (doctor Carlos Mejía Escobar, octubre 3/83) en que se destacan los fines de curación tutela y rehabilitación como fundamento de necesidad para que se legitime la imposición de la medida. Resultaría innecesaria si contraría esos fines¹⁵.

Digamos además que cuando se utiliza la expresión causales de ausencia de responsabilidad y se enuncian en el Art. 32 del C.P. sin hacer la distinción que traía el C.P. del 80 de causales de justificación y de inculpabilidad, podría parecer que para la ley ya no importan aquellas diferenciaciones, pues de todas maneras se excluye la responsabilidad. Sin embargo, lo que acontece es que el Código Penal dejó abierto el debate en la doctrina-jurisprudencia, para que fuera allí donde se decidiera a qué condición de la responsabilidad se refiere cada una de esas causales¹⁶.

De igual manera, el Código Penal del 80 tampoco precisó las situaciones o causales de atipicidad, no obstante doctrina y jurisprudencia las delimitaban dentro de controversias. De hecho, ello afectaba también a las causales de justificación, pese a que el Código Penal las había enunciado; inclusive doctrina y jurisprudencia reconocieron la existencia de causales de justificación no expresadas en el Código, por ejemplo, el consentimiento del sujeto pasivo, con lo cual de todas maneras la enunciación de causales no era del todo cerrada e incomodaba para una mayor amplitud en los debates.

Por consiguiente, la inexistencia de conducta, la atipicidad, justificación, inculpabilidad e incluso las situaciones de innecesiedad de la pena, al dejar sin efecto algunas de las condiciones para que exista la responsabilidad penal de imputables: conducta típica, antijurídica, culpable, necesidad de pena; o que no dejan configurar la responsabilidad de inimputables: conducta típica, antijurídica, inexistencia de causales de ausencia de responsabilidad (causales de inculpabilidad e innecesiedad de la medida de seguridad), dan así origen en nuestro ordenamiento jurídico penal a lo que podemos denominar ausencia de responsabilidad penal. Así, las situaciones de ausencia de responsabilidad serán todas aquellas que niegan algunas

¹⁵ Ver NFP N° 25/83, p. 427 y ss.

¹⁶ Ver GÓMEZ PAVAJEAU, p. 107.

de las condiciones imprescindibles para que exista la responsabilidad penal según la estructura propia de imputables o inimputables¹⁷.

Ahora bien, la enunciación de las causales del art. 32 no pueden entenderse como taxativa¹⁸ por cuanto, como se puede deducir, en esa disposición no fueron agrupadas todas las situaciones, ni tampoco se podía, de ausencia de conducta, atipicidad, justificación (proviene de todo el ordenamiento jurídico), inculpabilidad e innecesariedad de la pena o medida de seguridad.

Pero además en el listado de causales de ausencia de responsabilidad, que el C.P. encabeza con la expresión «No habrá lugar a responsabilidad cuando...», se hayan incluidas situaciones que no son tal, por cuanto conllevan responsabilidad penal. Me refiero al 2º inciso del numeral 7 del exceso en los límites propios de las causales consignadas en los numerales 3,4,5,6,7; al numeral 10 en su parte final del error vencible de tipo cuando existe el tipo culposo, y en el 2º inciso de error sobre los elementos que posibilitan un tipo más benigno; el 2º inciso, numeral 11 del error de prohibición vencible; y en el numeral 12 de error invencible sobre una circunstancia que diere lugar a la atenuación punitiva. En todas estas hipótesis el art. 32 prevé la imposición de pena y, por consiguiente, no hay ausencia de responsabilidad.

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

¹⁷ Ver VELÁSQUEZ, Fernando. *Manual...*, p. 225-244; ROXIN, p. 563.

¹⁸ Ver VELÁSQUEZ, *op. cit.*, p. 225.

así no se encuentre la situación expresamente en el art. 32.

Podría generarse alguna confusión entre las causales de ausencia de responsabilidad y las de inculpabilidad, dada la utilización que se acostumbra de estas expresiones en un sector de la doctrina. En efecto, suele identificarse culpabilidad con responsabilidad,¹⁹ y por ello si no se está atento a las implicaciones de esta conceptualización, podría facilitarse la confusión entre los términos arriba mencionados. En un análisis sistemático de la conducta punible se puede llegar a concluir que una vez constatada la culpabilidad de un autor por el injusto cometido hay responsabilidad. Pero habrá de tenerse cuidado cuando se precise a qué condición de la responsabilidad penal se refieren las distintas causales de ausencia de responsabilidad. Si hablamos de causal de inculpabilidad, ésta solamente apunta a que el individuo no actúa con culpabilidad, podríamos decir también que tampoco existe responsabilidad penal por falta de una de las condiciones. No obstante habrá que dejar claro que las causales de ausencia de responsabilidad que inciden sobre el injusto, esto es, de atipicidad y justificación, no quedan incluidas en la expresión causales de inculpabilidad. (conforme al art. 32, estas últimas se originarían en la insuperable coacción ajena, miedo insuperable, error de prohibición).

No hace parte de las causales de ausencia de responsabilidad en nuestro derecho penal la inimputabilidad, pues si bien éstos no actúan con culpabilidad, y desde esa perspectiva usualmente la doctrina correctamente los ubica dentro de las causales de inculpabilidad,²⁰ sí son considerados responsables penalmente, como ya vimos. El art. 32 no los incluye.

2. TEORÍA DE LOS ELEMENTOS NEGATIVOS DEL TIPO, DE LA TIPICIDAD INDICIARIA Y DE LA TIPICIDAD CONGLOBANTE

Dijimos al empezar que nos centraríamos en las causales de ausencia de responsabilidad que tienen su efecto en el injusto. Y para determinar sobre qué condición de la responsabilidad penal incide cada causal, deberá previamente esclarecerse qué sistema de relación entre tipicidad y antijuridicidad, entre norma prohibitiva o de omisión y las reglas de permiso se sigue. De esto dependerá en gran parte la opinión que se tenga sobre dónde se ubican todas y cada unas de las causales de ausencia de

¹⁹ Ver, por ejemplo BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho Penal*, 3 ed. Ariel, p. 371; VELÁSQUEZ, Fernando, *Manual...*, p. 383-409-410; ROXIN, p. 195-227-538.

²⁰ Ver VELÁSQUEZ, Fernando, *Manual...*, p. 397-410.

responsabilidad. Es por ello que nos referiremos a los principales y más usados sistemas de relación.

En la doctrina y jurisprudencia colombiana ha sido mayoritaria la opinión que sigue la teoría de la tipicidad indiciaria, que por demás estaba presente en los autores que guiaron la formación de nuestros maestros y doctrinantes a partir básicamente del neoclasicismo, aunque también del finalismo. Ella se trasladó a los discípulos casi como un dogma de fe, y si en algunos casos se hacía alusión a la teoría de los elementos negativos del tipo, se acompañaba del prejuicio de señalarla como algo teóricamente inadmisibles con el conocimiento dogmático correcto, que era el predominante. Empero la doctrina también tuvo a quienes se orientaron por las conclusiones de la teoría de los elementos negativos del tipo, no obstante seguir un argumento un tanto distinto; así Fernández Carrasquilla, Salazar Marín y quien escribe estas líneas²¹.

Resulta paradójico que la nueva codificación virara grandemente hacia la teoría de los elementos negativos del tipo y demás teorías afines en sus alcances, a pesar de que los miembros de la comisión son partidarios de la teoría de la tipicidad indiciaria²². Ello se reafirma con la ubicación que hace el distinguido comisionado antes citado al manifestar que entre las causales de ausencia de responsabilidad solamente la Legítima defensa y el estado de necesidad son causales de justificación²³. Por consiguiente, la otrora lista de causales de justificación –recuérdese al art. 29 del C.P./80– sería ahora de atipicidad.

Y como otra manifestación de este viraje con relación al error en los presupuestos objetivos de una causal de justificación que usualmente la doctrina, siguiendo los postulados del finalismo, caracterizó como error de prohibición indirecto, el código vigente le da sitio en la regulación del error de tipo. De esto nos ocuparemos en detalle en trabajo posterior.

2.1. Teoría de los Elementos Negativos del Tipo

Fue expuesta por Merkel y a ella se afiliaron distinguidos autores como Frank y Baumgarten, entre otros; convoca a un amplio sector de la doctrina²⁴.

²¹ Ver NFP N° 37, 1987, p. 287.

²² Ver GÓMEZ PAVAJEAU, p. 108.

²³ Exposición en el Seminario sobre la Reforma Penal Barranquilla, Country Club, 22 de octubre de 1999.

²⁴ Ver ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, p 427; MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal*, P.G, 1996, p. 130; ROXIN, p. 283; JESCHECK, Hans Heinrich, *Tratado de Derecho Penal*, P.G, Vol. I, 1981, p. 338 y ss.

Llama la atención que también Binding la sostuvo, aunque con posterioridad defendiera la teoría de la tipicidad indiciaria. En su primera opinión todas las normas se presentan como normas con excepciones (supresiones, autorizaciones, deberes jurídicos). La excepción «selecciona un grupo de acciones del concepto de acción de la norma» y reduce su ámbito de validez al transformarla de una norma incondicionada: ¡no debes matar!, en una condicionada: ¡no debes matar a menos que se den tales o cuales circunstancias que te autoricen o te obliguen a matar! Y luego concluye: «*Todas las causales existentes para hacer desaparecer la antijuridicidad vuelven imposible el juicio que afirma que estamos en este caso frente a un tipo penal objetivo de delito*». ²⁵

Nos apoyaremos en dos connotados autores entre los muchos que explican esta teoría. El profesor Bustos Ramírez lo hará de la siguiente manera: Las reglas de permiso (por ejemplo, se permite matar en legítima defensa) aparecen como simples presupuestos de la norma prohibitiva formulados negativamente (por ejemplo, no se permite matar sino se actúa en legítima defensa). ²⁶

Por su parte, Mir Puig expresa que esta teoría lleva hasta sus últimas consecuencias el planteamiento neokantiano: si el tipo es un juicio de valor, no ha de serlo sólo provisionalmente sino definitivamente. La única forma de conseguirlo es admitir que la tipicidad implica siempre la antijuridicidad y viceversa, la presencia de causas de justificación excluye la tipicidad. Según esto, el tipo consta de dos partes: parte positiva y parte negativa (o tipo positivo y tipo negativo). La parte positiva equivale al tipo en sentido tradicional, esto es, conjunto de elementos que fundamentan positivamente el injusto. La parte negativa añade la exigencia de que no concurren causas de justificación ²⁷.

Los distintos autores cuando explican la teoría de los elementos negativos del tipo exponen que cada tipo penal estará compuesto no sólo por su descripción, sino también por cada una de las causales de justificación al momento que se quiera aplicar el tipo. Así, por ejemplo, el homicidio deberá decir el que matare a otro sin que actué en legítima defensa, en estado de necesidad, etc. De tal manera que cuando concurre la causal de justificación se niega el tipo.

²⁵ Carlos Binding, citado por Armin Kaufmann, *Teoría de las normas*, Depalma, 1977, p. 319-30.

²⁶ *Manual...*, p. 10.

²⁷ MIR PUIG, p.130.

En conclusión, la presencia de una causa de justificación conlleva no solamente carencia de antijuricidad sino atipicidad.

El profesor Bustos Ramírez expone cómo desde una posición monista de las normas se explica esta teoría, aunque no necesariamente habrá que ser partidario del monismo para propender por la teoría de los elementos negativos del tipo. Si para los monistas sólo existen imperativos mandatos y prohibiciones, las reglas de permiso se entenderán dependientes de aquéllos, esto es, crearán los presupuestos para el surgimiento o desaparición de un imperativo²⁸.

Existen en el derecho comparado varios autores que se identifican con la conclusión de atipicidad ante la aplicación de la causal de justificación, aunque argumenten con criterios un tanto distintos a la teoría de los elementos negativos del tipo. Así, por ejemplo, Mir Puig destaca de esa teoría como correcto que el supuesto de hecho antijurídico constituye una unidad con dos partes, una positiva (para nosotros el tipo) y otra negativa (la ausencia de los presupuestos de la situación justificada). Sí cabe decir, en su opinión, que las causales de justificación son elementos negativos del supuesto de hecho. Y más adelante agrega que puede hablarse de «tipo positivo» para referirse al «tipo» fundamentador del injusto, y de «tipo negativo» para designar el conjunto de presupuestos específicos (típicos) de cada causa de justificación. Pero en su entender no significan parte positiva y negativa del tipo sino del supuesto del hecho²⁹.

En Colombia, precursor de esos planteamientos, el profesor Fernández Carrasquilla: *«Las cláusulas limitativas de la parte general restringe el alcance de todas y cada una de las prohibiciones de la parte especial, sin necesidad de estarlo repitiendo expresamente en los tipos prohibitivos; la conducta parece encajar en la prohibición, pero realmente está excluida de ella por un tipo de justificación, lo que ha conducido equivocadamente a pensar que primero recae sobre la conducta un juicio de antijuricidad (indicio de antijuricidad) derivado de la tipicidad, destruido posteriormente por la ocurrencia del tipo permisivo. Debe entenderse que cada tipo de la parte especial prohíbe la conducta en él descrita, sólo a condición de que el hecho realizado no se encuadre en un tipo de justificación; si la antijuricidad pertenece al tipo objetivo de prohibición, las causales de justificación, en cuanto aspecto negativo suyo, lo excluyen, pues que el hecho no concuerda con la prohibición del tipo sino con la permisión de otro. En síntesis, la causal de*

²⁸ Manual..., p. 9-10.

²⁹ Derecho Penal, p. 131-132.

*justificación recorta por vía general el ámbito de la prohibición típica, integra en realidad cada figura delictiva, la delimita negativamente».*³⁰

De igual forma, Salazar Marín, para quien no obstante comentar que si se acepta la teoría de los elementos negativos del tipo hay que admitir también la prohibición y la permisón simultánea, lo que delata una contradicción, considera que el injusto se constituye a través de todos sus elementos, por lo que la justificante tan solo impide la configuración del injusto típico o, más exactamente, limita o recorta el ámbito de la prohibición³¹.

En nuestra opinión, norma prohibitiva (ínsita): si se realiza el comportamiento descrito y demás exigencias típicas, se vulnera el bien jurídico, y mandato (omisión): si no se realiza el comportamiento mandado-deber jurídico, se vulnera el bien jurídico, desde el punto de vista valorativo o de disvalor, y las causas de justificación valoradas positivamente desde la sociedad y el ordenamiento jurídico, o como dicen algunos, aceptadas socialmente, admitidas, socialmente provechosas o al menos que no producen daños socialjurídicos penalmente relevantes, se excluyen entre sí, no puede ser posible adecuar una conducta a ambas. Se adecua al tipo o a la justificación. Por consiguiente, si concurre la causal de justificación, no hay adecuación al tipo, habrá atipicidad; o si se prefiere, se adecua al tipo permisivo, no al prohibitivo o de omisión. Desde el tipo de injusto habrá entonces una parte positiva (tipo) y otra negativa (causal de justificación o tipo permisivo). Si el comportamiento se adecua al segundo, no habrá tipo positivo (atipicidad).

Cabe anotar que no obstante los distintos matices de argumentación, quienes se adscriben a estos planteamientos consideran que un error sobre los presupuestos de una causal de justificación –por ejemplo, se cree agredido sin estarlo– no constituye un error de prohibición, como lo estimaría el finalismo, sino un error de tipo.³²

2.2. Teoría de la Tipicidad Indiciaria

De amplísima aceptación en el derecho penal colombiano, como ya se dijo, considera que la conducta real primero se adecua al tipo, es decir, será típica, para después pasar al estado siguiente de la antijuridicidad, en la

³⁰ *Derecho Penal Fundamental*, Temis, 1982, p. 391-475-477.

³¹ *Autor y Partícipe en el Injusto Penal*. Temis, 1992, p. 31.

³² Ver ROXIN, p. 580; JESCHECK, p. 339; MIR PUIG, p. 418.

cual se estudia otra vez la vulneración del bien jurídico (ya visto en el tipo) y que no existan causales de justificación. De esta manera, la causa de justificación excluye la antijuridicidad, pero deja subsistente el tipo.³³

Según este planteamiento, es posible que la conducta se adecue al tipo prohibitivo o de omisión y a la causa de justificación.

Acerca del anterior parecer de la tipicidad indiciaria que la conducta primero se adecua al tipo (típica) y luego a la causal de justificación, le argumenta Mir Puig, con criterios que compartimos, que ello parte de considerar que se infringe la norma prohibitiva o preceptiva, pero que se haya permitido por una norma permisiva. Agrega que ése no es el sentido con el que suele usarse el concepto de norma, ni el que él utiliza, vista como prohibición o mandato definitivamente dirigida al ciudadano, que surge de la puesta en relación de varios textos legales, entre ellos las justificantes³⁴.

Es importante anotar que una explicación primigenia de este sistema de tipicidad indiciaria se encuentra en la llamada concepción clásica del delito, para la cual la antijuridicidad consiste en la antinormatividad o contradicción con el ordenamiento jurídico; a su vez, la atipicidad se agota en verificar si la conducta se encuadra en la descripción de la ley. Constatada la atipicidad, ello era un indicio de la antijuridicidad-antinormatividad que se confirmaba en la antijuridicidad si no había causales de justificación que se aplicaran a esa situación, y se infirmaba si se aplicaban las justificantes.

El paso del entendimiento de la antijuridicidad material, como dañosidad social, el bien jurídico como centro y no sólo como antijuridicidad formal-antinormatividad, del clasicismo al neokantismo³⁵ pondrá en duda la tipicidad indiciaria y saltará a la escena la teoría de los elementos negativos del tipo. La antijuridicidad será así *rattio essendi* y no sólo *rattio cognocendi-indicio*. Es más, si el tipo es descripción de comportamiento dañoso o vulnerador de bienes jurídicos, la antijuridicidad no puede volver a examinar si hay vulneración al bien jurídico, con lo cual quedaría adscrita simplemente a verificar si se aplican o no causales de justificación. Y es desde aquí que seguir manteniendo la teoría de la tipicidad indiciaria parecería que conlleva contradicciones enormes en el sistema.

³³ Ver REYES ECHANDÍA, *Derecho Penal*, P.G, p. 211-214; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Manual...*, p. 343, y la gran mayoría de autores colombianos.

³⁴ *Derecho Penal*, p. 413.

³⁵ Ver VELÁSQUEZ, Fernando, *Manual...*, p. 213-214-216.

2.3. Teoría de la Tipicidad Conglobante

Zaffaroni habla de la tipicidad conglobante inicialmente en el *Tratado de Derecho Penal P.G.* (Ediar, III, 1981, p. 235-502) y ahora en el *Derecho Penal P.G.*, del que extractamos su concepción. Según este autor, la elaboración dogmática del concepto de tipo, enmarcada en una general empresa reductora del poder punitivo, no puede construir un tipo objetivo al solo efecto de proveer la base para el dolo en el tipo subjetivo. La construcción de la tipicidad objetiva también tiene como función excluir su tipicidad cuando no medie conflictividad. El tipo objetivo imputa es un pragma conflictivo. Para verificar esa conflictividad hay que distinguir dentro del tipo objetivo un tipo que cumpla la referida función reductora: el tipo conglobante.

Mediante la función conglobante del tipo objetivo se establece la existencia misma del conflicto, que para ser tal requiere comprobar tanto su lesividad como su pertenencia a un agente. A su vez, la lesividad se comprueba constatando la afectación (por daño o por peligro) del bien jurídico en forma significativa, pero también constatando que se trata de un bien jurídico, o sea, que su afectación está prohibida por la norma, lo que no sucede cuando otras normas recortan o limitan el alcance prohibitivo de la norma.

Para el tema que nos concierne, opina el autor que sería inadmisibles para la elemental racionalidad de cualquier decisión judicial afirmar que está prohibida una acción que otra norma ordena o considerar que una norma prohíbe lo que otra fomenta³⁶.

Según esta visión conllevan atipicidad: El cumplimiento de un deber y el ejercicio legítimo de autoridad o cargo, en los que un mandato recorta una norma prohibitiva, es decir, prevalece sobre ella³⁷. El consentimiento del sujeto pasivo, pues pretender la tutela de un bien jurídico, más allá de la voluntad de su titular, es un pretexto para penar un pragma no conflictivo. Prefiere llamarle Aquiescencia como género, en el que distingue el Acuerdo, que elimina la tipicidad objetiva sistemática, y el consentimiento, que elimina la tipicidad conglobante³⁸. En cuanto a realizaciones de acciones fomentadas por el derecho, se refiere a la actividad deportiva y la

³⁶ Ver ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, D.P, p. 461-462.

³⁷ Ver *Ibid.*, p. 473 y ss.

³⁸ Ver *Ibid.*, p. 476.

práctica médica, en la que señala la actividad quirúrgica con fin terapéutico³⁹.

2.4. Repercusiones de las diferenciaciones en los sistemas antes vistos en el derecho penal colombiano

- Es indudable que las diferenciaciones habidas entre los sistemas de relación entre tipicidad y antijuridicidad y sus repercusiones en la solución de problemas en nuestro derecho penal, poco a poco han ido cediendo su importancia, toda vez que por obra de sugerencias doctrinarias y cambios legislativos se ha logrado encontrar salidas en conjunto.
- Así, por ejemplo, en lo que concierne a la teoría de los elementos negativos del tipo acerca de la cual hemos manifestado nuestra preferencia, se podrá concluir que en cuanto a su fundamento teórico ya no se acude al monismo imperativista, criticado como exponente autoritario de sistemas sociales en los que el soberano ordena y los súbditos obedecen⁴⁰, sino a criterios propios de sistemas democráticos. De igual manera, tampoco se suele defender ahora el que las causales de justificación estén contenidas en el tipo como aspecto negativo suyo. Se mantiene sí la conclusión de fondo, las causales de justificación conllevan atipicidad del comportamiento.
- Sin embargo, también en este último aspecto se han limado considerablemente las asperezas. Ya se ve lejano el momento en que **al inicio** del proceso penal y **durante toda la investigación** sólo se podían estudiar las causales de atipicidad, mientras que las de justificación e inculpabilidad quedaban para analizar más adelante a partir del cierre de investigación, posición que de manera reiterada mantuvo la Corte Suprema de Justicia y que en su momento fue confrontada por la Doctrina⁴¹.

En tal situación, los alcances de la teoría de los elementos negativos del tipo y demás teorías afines resultaban sugestivos, pues si las causales de justificación también eran de atipicidad, había que estudiarlas obligatoriamente desde el inicio del proceso. En las concepciones que integraban la

³⁹ Ver *Ibid.*, p. 480-481.

⁴⁰ Ver VELÁSQUEZ, Fernando, *Derecho Penal*, P.G., p. 99; ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, *Derecho Penal*, p. 427.

⁴¹ En tal sentido véase Alvaro Orlando Pérez Pinzón, *Estudios de Derecho Procesal Penal* (Librería del Profesional, 1985, p 57 y ss.), quien estimaba correctamente que la cesación de procedimiento era viable respecto de toda causal de no responsabilidad, atipicidad, justificación e inculpabilidad.

culpabilidad al tipo el estudio de las causales de inculpabilidad también debía hacerse dentro de él.

- La legislación dio la razón a que se extendiera el estudio de todas las causales de ausencia de responsabilidad a todo el proceso. El C.P.P. integró en las decisiones inhibitorias y preclusivas el análisis de causales excluyentes de «antijuridicidad o culpabilidad» (Art. 327 y 36), orientación que conservó la ley 600/00.

El art. 39 del C.P.P. vigente establece que la preclusión de investigación cesación de procedimiento se declara «en cualquier momento de la investigación» y «durante la etapa del juicio». Enuncia entre las causales que la «conducta no ha existido o que el sindicado no la ha cometido», expresiones que se asimilan en el orden que proponemos para las causales de ausencia de responsabilidad con la «ausencia de conducta»; en el primer caso, ausencia en general, y en segundo, desde el sujeto concreto que no realiza la conducta.

Prosigue el artículo en mención: «o que es atípica», y luego agrega: «o que está demostrada una causal excluyente de responsabilidad», redacción que aporta la nueva legislación. No obstante en sentido amplio todas ellas son causales de ausencia de responsabilidad, también la ausencia de conducta y la atipicidad. Con esa sola expresión se hubieran comprendido las demás, o tal vez hubiera sido más preciso utilizar la expresión «cualquier otra causal excluyente de responsabilidad».

De igual manera, el art. 327 del C.P.P, Resolución Inhibitoria que enuncia las mismas causales, excepto que el sindicado no lo ha cometido.

- El C.P. /00 en su art. 32, numeral 10 reguló el error en los presupuestos objetivos de una causal que excluya la responsabilidad como si fuera un error de tipo, con lo cual en sus efectos acogió los alcances de la teoría de los elementos negativos del tipo por intermedio de la teoría de la culpabilidad restringida, pero la extendió no sólo a las causales de justificación sino a todas las causales de ausencia de responsabilidad. De esta manera, no obstante el descontento manifiesto en partidarios de la teoría estricta de la culpabilidad, que prefieren tratarlo como error de prohibición indirecto con pena atenuada, por el momento la legislación terció en la controversia .
- Y por último, con la difusión de la teoría de la tipicidad conglobante, que trata con efecto de atipicidad causales que de ordinario se estiman sólo

justificantes, así como el reconocimiento de cada vez más causales de atipicidad en la doctrina, y por supuesto la confesión del comisionado de que sólo la legítima defensa y el estado de necesidad son causales de justificación en el art. 32, deberá reconocerse que queda muy poco por polemizar en este tema, a no ser que se insista en defender con denuedo la pureza de los esquemas dogmáticos .

3. PROPUESTA DE SISTEMATIZACIÓN EN LAS CAUSALES DE AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD

Nos parece que la sistematización presentada por el profesor Carlos Arturo, antes vista, es un importante punto de partida para ordenar las distintas opiniones al respecto. Se reducen grandemente las diferenciaciones con quienes siendo partidarios de la teoría de los elementos negativos del tipo o de las concepciones que si bien presentan una argumentación distinta de todas maneras se identifican en sus alcances, esto es, la causal de justificación conlleva atipicidad del comportamiento. No obstante quedaría como desacuerdo el porqué estas dos causales siguen siendo sólo de justificación. Por el contrario, para quienes continúan sosteniendo que las causales de justificación son todas aquellas que bajo la normatividad del C.P. del 80, art. 29, señalaba la doctrina tradicional, las diferencias son aun mayores.

Si entendemos por atipicidad la no correspondencia o encuadramiento de la conducta real en el tipo penal, es válido ordenar las causales entre aquellas que conllevan **ausencia de conducta** y, por supuesto, nada habría que adecuar al tipo y aquellas que pese a existir conducta no es posible que se adecuen al tipo, llamadas propiamente de **atipicidad**⁴². Aunque en sentido amplio podría decirse que ambas conllevan atipicidad, pues cuestionan el fundamento de ese concepto⁴³.

En nuestra opinión, en el art. 32 conllevan **atipicidad** las siguientes causales: Por **ausencia de conducta** N° 1 **Caso Fortuito**, puesto que el ordenamiento jurídico en una sociedad de aspiraciones democráticas y participativas debe limitar sus prohibiciones y omisiones a los comportamientos antijurídicos previsibles y evitables, o como señala el art. 21 del C.P. vigente, la conducta punible es dolosa, culposa y preterintencional. Quien está por fuera de esa barrera no realiza «conducta» que interese al

⁴² Ver clasificación en BUSTOS RAMÍREZ, *Manual...*, p. 191; VELÁSQUEZ, Fernando, *Manual...*, p. 241-289-316-333.

⁴³ Ver, por ejemplo, Bustos Ramírez, quien utiliza la expresión ausencia de acción entre las causas específicas de atipicidad. *Manual...*, p. 191.

derecho penal. Pero además en el ejemplo clásico que se da del conductor cuyo vehículo queda sin frenos, sencillamente no tiene control volitivo, esto es, no hay conducta⁴⁴.

La Fuerza Mayor, como fuerza irresistible originada, por ejemplo, en la brisa de Bocas de Ceniza que se lleva al paseante y lo arroja sobre otro que está sentado en la orilla, lesionándole; o del corpulento deportista que toma la mano de la viejita y la hace firmar. Tanto el paseante como la anciana no realizan conducta, no tienen control volitivo⁴⁵.

Habrán **atipicidad** por carencia de adecuación típica en las siguientes causales:

Nº 2 Consentimiento del Sujeto Pasivo. En estos casos, lo dispuesto por el titular del bien jurídico no está dentro de la materia contenida en la norma prohibitiva-omisiva; esa relación social-jurídica entre sujetos no está en el ámbito situacional del que se ocupa aquélla, no corresponde a la descripción del «Conflicto» que contiene el tipo. Estas expresiones las utilizamos de manera más amplia a como lo hacen Zaffaroni y Bustos⁴⁶.

Nº 3 El estricto cumplimiento del deber legal. Nº 4 Orden Legítima de Autoridad. Nº 5 En ejercicio de un cargo público.

Si el ordenamiento jurídico lo impone como deber-mandato, no puede, a su vez, prohibirlo. Se trata de la coherencia mínima en los sistemas normativos, quien actúa en el estricto cumplimiento del deber, comportamiento valorado positivamente, no podrá a la vez adecuar su comportamiento a lo disvalorado⁴⁷.

Nº 5 Legítimo ejercicio de derecho o de actividad lícita. Si ello es así, si alguien actúa dentro de su derecho, al no dejar entrar a su casa a los amigos que maizena en mano escogieron su sala para manifestar la alegría carnestoléndica o en los casos más complejos donde más seriamente tropieza

⁴⁴ Fernando Velásquez lo ubica como no conducta (*Manual...*, p. 246); Suárez Sánchez lo ubica dentro de la «ausencia de antijuridicidad» (*Lecciones de Derecho Penal*, P.G, U.Ext.Col, 2002, p. 259).

⁴⁵ Fernando Velásquez la ubica como inexistencia de conducta (*Manual...*, p. 243); Suárez Sánchez de igual manera como «inacción» (*Lecciones...*, p. 259).

⁴⁶ En Fernando Velásquez como atipicidad, atenuación e irrelevancia (*Manual...*, p. 299). Opinión distinta en William Monroy, quien la ubica en veces como atipicidad o justificación (*Lecciones...*, p. 335).

⁴⁷ En Fernando Velásquez se ubican como causales mixtas de atipicidad y justificación (*Manual...*, p. 347-349-360); William Monroy ubica el ejercicio del deber como causal de justificación.

éste con los derechos de otras personas, pero finalmente se llega a reconocer la causal, ese comportamiento no puede a la vez estar prohibido en el tipo, no está en el ámbito de situación o del conflicto descrito en el tipo⁴⁸.

De igual manera, el ejercicio de una actividad lícita. El abogado que orienta a su cliente conforme a la ley para que embargue al sindicato, por el hecho de que aquél sufra perjuicios económicos, no puede decirse que su comportamiento solamente está justificado, sino que no está en el ámbito del tipo. De igual manera, el ejercicio médico o de cualquier otra profesión⁴⁹.

Nº 6 Legítima Defensa.

Nº 7 **Estado de Necesidad.** Al igual que las demás causales, se trata de comportamientos totalmente aceptados, permitidos, tolerados, es decir, están dentro de la franja que los coasociados en su mundo de relación estiman adecuada para convivir. Si, por ejemplo, alguien agrede de manera injusta, actual o inminente a otro, y éste se defiende proporcionalmente, adopta un comportamiento que la sociedad, no sólo a él si no a cualquier otra persona, admite. Por ello no se adecua al tipo, su comportamiento no está valorado negativamente, sino a la permisión⁵⁰.

Nº 10 **Error de tipo.** Si es invencible conlleva atipicidad por carencia de dolo, o falta de conocimiento acerca del elemento del tipo que suscita el error. Si es vencible y no existe el tipo culposo, conllevará igualmente atipicidad. Solamente si está previsto el tipo culposo como tal se responderá con esta pena.

El estudio de esta causal está contenido en el trabajo «Error de Tipo, entre dogmática y política criminal», de próxima publicación.

⁴⁸ En Fernando Velásquez como causante de atipicidad y justificante (*Manual...*, p. 355-356).

⁴⁹ En Fernando Velásquez como causal mixta de atipicidad y justificación (*Manual...*, p. 359).

⁵⁰ Fernando Velásquez ubica la legítima defensa como verdadera causal de justificación; al estado de necesidad como justificante y exculpante (*Manual...*, p. 363).