

Imputabilidad, culpabilidad y responsabilidad*

Jesús Bernal Pinzón

A) *La imputabilidad*. Noción. 1) La imputabilidad en la estructura del delito. Diversas opiniones. 2) La imputabilidad en el sistema de los clásicos. 3) Libre albedrío y pena retributiva. Crítica. 4) La imputabilidad según la Escuela Positiva. Principio de la defensa social.

B) *La culpabilidad*. Noción. 1) Culpabilidad *psicológica* y culpabilidad *normativa*. 2) Tesis que confunde la culpabilidad con la responsabilidad. Crítica. 3) Breve referencia a la teoría de la *antijuridicidad objetiva* y sus aplicaciones. Crítica.

C) *La responsabilidad penal*. Noción. 1) Diferencias con la imputabilidad y la culpabilidad. 2) La tesis de MAGGIORE. Crítica.

D) *La responsabilidad legal*. Noción. 1) Responsabilidad *legal* y responsabilidad *objetiva*. Diferencias, ejemplos.

E) *Conclusiones*. 1) El art. 11 sí consagró la responsabilidad legal. 2) Examen del elemento psicológico en la acción del inimputable. 3) La imputabilidad en el Código colombiano funciona como capacidad para la pena.

1) Imputabilidad, viene del verbo latino *imputare*, que significa atribuir algo a alguien, hacer cargo de algo a alguien, siempre en el sentido de atribuir un mal. El significado más largo y general de imputabilidad, es el de atribuibilidad.

El acto de imputar, de atribuir, se denomina *imputación*. Se habla de *imputabilidad de la acción o del hecho*, y de *imputabilidad del agente*. Esta diferencia es muy clara en el Código Penal toscano. Disponía este Código en su art. 34 que "las violaciones de la ley penal no son *imputables*,

* *Rev. Cátedra Jurídica* núm. 1, Bogotá, Ed. Diario Jurídico, 1956.

cuando quien las ha cometido no tenía conciencia de sus propios actos y libertad de elección". Se refiere esta disposición a la atribuibilidad de la acción, del hecho al agente desde el punto de vista moral.

El art. 36 de dicho Código disponía: "Los niños que no han cumplido los doce años *no son imputables*", es decir, que a ellos no se les puede atribuir los efectos criminosos de sus actos. Aquí se toma la imputabilidad, no ya como atribuibilidad, sino como un modo de ser, o un estado del sujeto agente.

CARRARA¹ toma la expresión imputabilidad, en su primer significado o sea, como atribuibilidad del hecho. Para el insigne maestro de Pisa, "imputar significa poner alguna cosa a la cuenta de alguien. La imputabilidad es el juicio que se forma de un hecho futuro previsto como meramente posible, la *imputación* es el juicio de un hecho realizado (*avvenuto*). La primera es la contemplación de una idea, la segunda es el examen de un hecho concreto".

Tomando la imputabilidad como sinónimo de atribuibilidad, los clásicos distinguieron la imputabilidad en *física, moral, política o jurídica* y según la naturaleza de la relación a la cual se refería la imputabilidad².

La *imputabilidad física*, se agota en la atribución del resultado al agente como a su causa física; indica en otros términos, una mera relación de casualidad material. La *imputabilidad moral*, expresa la relación de naturaleza psicológica que se extiende entre el autor y el hecho. Significa también imputabilidad desde el punto de vista moral "según los principios del libre albedrío" para decirlo con CARRARA. En el sistema carrariano, esta especie de imputabilidad se designa como "fuerza moral del delito", o como "moralidad de la acción". La *imputabilidad política, legal o jurídica*, es aquella que indica la presencia de una norma que contiene la prohibición del hecho mismo.

La doctrina moderna toma la expresión imputabilidad no en el sentido de atribuibilidad, sino en el que se expresa como estado o modo de ser del agente al momento de realizar el delito. Sobre el particular hay unidad de criterio entre los autores. Si la imputabilidad no se puede considerar como atribuibilidad de la acción o del hecho, la palabra, para designar el fenómeno de una situación personal del agente, no corresponde a su significado literal. De ahí que haya sido propuesto por ANTOLISEI³ que se cambie la expresión "imputabilidad" por la de "capacidad mental". Estas son las razones que expone el insigne jurista: "Imputar significa, atribuir y el adjetivo correspondiente (imputable) se adopta mejor a los resultados exteriores de la acción, cuando se trata de establecer si pueden o no cargarse al autor de la acción misma. Cuando se habla de *no imputabilidad* de un hombre literalmente se dice que él no puede ser imputado de un hecho, pero esto no corresponde al estado actual de la evolución jurídica, porque también a las personas mentalmente incapaces (inmaduras y enfermas de mente) se atribuyen los hechos

cometidos y en consecuencia se aplican sanciones jurídicas, esto es las medidas de seguridad".

La imputabilidad, la define MANZINI⁴ como "el complejo de condiciones físicas y psíquicas, puestas por la ley para que una persona capaz de derecho penal pueda ser considerada como causa eficiente de la violación de un precepto penal".

Para el código de ZANARDELLI, la imputabilidad representaba también un estado o modo de ser del agente, solo que allí se le concedía un alcance superior al que modernamente se le confiere a la imputabilidad. Así que, el Código italiano consideraba como causas de exclusión de la imputabilidad aquellas que hoy se consideran más técnicamente como causas de exclusión de la antijuridicidad (legítima defensa, estado de necesidad, etc.), distinguiéndolas lógicamente de las causas que excluyen la culpabilidad (caso fortuito, fuerza mayor, error esencial).

Para los autores modernos, la imputabilidad es considerada desde diversos ángulos de vista en relación con su función en la estructura del reato. Para algunos autores, con BINDING a la cabeza, la imputabilidad es *capacidad de acción*; para la gran mayoría de los juristas modernos, la imputabilidad, siempre considerada como un estado o modo de ser del agente, es *presupuesto de la culpabilidad*, de manera que la culpabilidad, en sus formas de dolo y culpa solamente se encuentra en las acciones de los imputables. Para algunos, la imputabilidad ya no sería presupuesto solamente de la culpabilidad, sino del reato. Finalmente hay quienes sostienen que la *imputabilidad es la capacidad del sujeto para ser sometido a una pena*. Esta teoría, que a nuestro modesto parecer encuentra muy firmes razones para ser sostenida en el sistema del Código Penal colombiano, como lo veremos adelante, ha sido afirmada recientemente en Italia por juristas de mucha valía (ANTOLISEI, GRISPIGNI, RANIERI, GALLO, etc.) y en Alemania por su creador FEUERBACH y RADBRUCH.

2) En el sistema clásico, imputabilidad es sinónimo de libertad. Según la doctrina del libre albedrío, expone CUELLO CALÓN⁵ para que un individuo sea imputable y responsable de sus acciones, deben concurrir estas dos condiciones: 1° Que al momento del hecho posea la inteligencia y el discernimiento de sus actos; 2° Que goce de la libertad de su voluntad, de su libre albedrío, es decir, de la facultad de poder escoger entre los diversos motivos de conducta que se presentan ante su espíritu y de determinarse libremente mediante la potencia de su voluntad".

La doctrina del libre albedrío que constituye el pilar sobre el cual se edifica la Escuela Clásica, se remonta a la naturaleza reconocida al derecho de castigar y consecuentemente al carácter eminentemente retributivo de la pena.

Según GIUSEPPE MAGGIORE⁶, uno de los representantes modernos de las tendencias clásicas en derecho penal, "Todo hombre ha recibido de Dios la libertad, o sea la posibilidad de autodeterminación para el bien o para el mal; y esa libertad cuando se la emplea mal, quebrantando el orden ético y divino, engendra el pecado y el delito".

¹ CARRARA, *Programa del curso di diritto criminale*, vol. I, parte generale, Lucca, 1887, pág. 39.

² CARRARA, ob. cit.

³ ANTOLISEI, *Diritto penale*, 1955, pág. 420 nota 1.

⁴ V. MANZINI, *Tratado di diritto penale*, vol. I, 1955, pág. 627.

⁵ E. CUELLO CALÓN, *Derecho penal*, vol. I, Madrid, 1943, pág. 314.

⁶ G. MAGGIORE, *Derecho penal*, vol. I, Edit. Temis, 1957, pág. 468.

Para CARRARA⁷ "El derecho de castigar en la autoridad civil emana de la ley eterna del orden aplicada a la humanidad; que es lo mismo que decir que emana de la ley natural. Existe una ley eterna absoluta constituida por el complejo de preceptos directivos de la conducta exterior del hombre: promulgada por Dios a la humanidad mediante la pura razón".

Sobre el tema concreto del libre albedrío expresa el gran maestro: "Yo no me ocupo de dicusiones filosóficas: presupongo aceptada la doctrina del libre albedrío y de la imputabilidad moral del hombre, y sobre esta base edificada la ciencia criminal, que mal se construiría sin aquellas"⁸.

De acuerdo con la doctrina del libre albedrío, para que al hombre se le puedan atribuir como suyos los efectos de sus actos, es indispensable que al momento de la acción haya gozado de la libertad, del poder de elegir entre una y otra cosa, mejor dicho, debe existir la imputabilidad moral. Mas precisamente afirma MAGGIORE⁹ que "sin libertad no hay imputabilidad moral; sin imputabilidad moral, no hay imputabilidad jurídica; y sin imputabilidad jurídica no hay derecho penal".

Sobre la base de la aceptación de la doctrina del libre albedrío es que la pena toma su naturaleza retributiva. "Solamente reconociendo que el hombre puede obrar con libertad —afirma enfáticamente G. BETTIOL¹⁰— se puede dar una justificación a la pena. La pena se la merece el hombre en cuanto ha obrado con libertad". Y así continúa: "Si en derecho penal se quieren mantener firmes las nociones de culpabilidad y pena-castigo, no puede prescindirse de la noción de libertad, entendida como libertad psicológica del sujeto de actuar en un determinado sentido más bien que en otro".

Consecuencia inmediata de la doctrina del libre albedrío y de la pena retributiva es la de que el derecho penal termina en donde termina la imputabilidad moral. Así que, quienes al momento de cometer la acción delictuosa, no gozaban de libertad, de autodeterminación, del poder de elegir, quedan fuera del alcance del precepto penal. Contra ellos no cabe el reproche moral de haber operado contrariamente a como manda el derecho, por lo tanto a ellos no se les puede sancionar con una pena que es retribución por el mal ocasionado libremente. Los menores, los enfermos de la mente y en general quienes sufren de una perturbación que pueda impedir ese proceso libre de autodeterminación, no están obligados a sufrir la disminución de su patrimonio jurídico.

Entre los autores modernos, se ha tratado de la afirmación de la doctrina del libre albedrío, con argumentos de otro orden. Así por ejemplo B. PETROCELLI¹¹ sobre la base de la naturaleza o carácter imperativista del derecho penal sostiene la tesis de la imputabilidad moral o libre albedrío, en la parte de los destinatarios del

precepto, afirmando que "el individuo humano, desprovisto (*sfornito*) de voluntad capaz no es destinatario sino objeto del mandato jurídico; es el mandato jurídico que va dirigido a otro sujeto y a él no dirigido sino aplicado. Este (el incapaz) es considerado no como sujeto "queriente" sino como un hecho cualquiera que el derecho trata de influenciar, en un sentido o en otro, para la tutela de la convivencia social. El loco que debe ser recluso en el manicomio, el enfermo contagioso que debe ser aislado, el menor para intemar en el manicomio judicial, el alcoholizado que debe ser recluso en la casa de cura, y así sucesivamente, son objetos, no destinatarios del precepto jurídico; son el hecho que el derecho valora como necesariamente regulables a los fines de la tutela de los intereses humanos que pueden ser influenciados, no la voluntad que el derecho guía o impulsa a la tutela misma; y menos, por lo tanto, la voluntad de la cual puede partir la violación del derecho".

En esta forma, se pretende afirmar, que las acciones de los incapaces no son antijurídicas. De diverso parecer se muestra MAGGIORE¹². A estos y parecidos argumentos, contesta GRISPIGNI que "cuando el Estado impone: no matar, tal mandato es absoluto, dirigido a todos, porque precisamente la necesidad de garantizar el bien de la vida de los coasociados es una necesidad que no viene a menos si el ofensor es un enfermo de mente".

3) La teoría del libre albedrío y de la imputabilidad moral, es generalmente aceptada por la doctrina, como ajena a la investigación penal. Veamos que dicen los autores. Expone SILVIO RANIERI¹³: "La culpabilidad si bien tiene su fundamento en un acto de la voluntad, es independiente de las cuestiones sobre la libertad del querer. Al derecho penal le es suficiente la constatación de la existencia de una relación de carácter psicológica entre la personalidad del sujeto y el hecho antijurídico, y no tiene necesidad para sus fines, de averiguar si el sujeto ha obrado libremente o si su conducta está sometida como todo hecho natural a las leyes de la causalidad". Por otra parte, hay que considerar que el juicio sobre la culpabilidad es de naturaleza jurídica y no ética, para convencerse de que las cuestiones sobre la libertad del querer son ajenas a esta investigación.

Quienes aún propugnan por la existencia de la doctrina del libre albedrío a los fines del derecho, confunden, como acertadamente afirma ANTOLISEI¹⁴, la culpa moral con la culpa jurídica, sin considerar que entre las dos especies de culpa corre la fundamental diferencia de que en tratándose de culpa moral se exige que el agente conozca el precepto moral, para poder calificar su conducta como contraria, mientras en la culpa jurídica tal exigencia falta, porque la ignorancia de la ley no excusa.

Para MEZGER¹⁵ "la culpabilidad jurídico-penal no es culpabilidad en sentido ético, sino jurídico. Por tal causa es independiente de la controversia en torno a la libertad del querer".

⁷ CARRARA, *Programa...*, vol. II, pág. 64.

⁸ CARRARA, *op. cit.*, pág. 38, nota 2.

⁹ MAGGIORE, *op. cit.*, pág. 492.

¹⁰ G. BETTIOL, *Diritto penale*, Palermo, 1955, pág. 312.

¹¹ B. PETROCELLI, *L'Antigiuridicità*, Padova, 1951, págs. 42 y ss.

¹² MAGGIORE, *op. cit.*, pág. 42.

¹³ SILVIO RANIERI, *Manuale di diritto*, vol. I, Padova, Cedam, 1952, pág. 248.

¹⁴ ANTOLISEI, *op. cit.*, pág. 231.

¹⁵ E. MEZGER, *Tratado de derecho penal*, vol. II, pág. 89.

En el mismo sentido se pronuncia SEBASTIÁN SOLER¹⁶ afirmando que “toda la cuestión referente al libre albedrío queda descartada, porque no se trata aquí de fundar la responsabilidad moral”. Para este autor, la responsabilidad jurídica no depende de la libertad del querer, sino de “la existencia de relaciones normativas entre los hombres”.

Pero si aún hay quienes consideran que situándose el jurista en el campo puramente católico, es decir, mezclando la cuestión de credo religioso con la cuestión eminentemente científica, no puede menos que reconocer la libertad del querer y elevarla a presupuesto de la culpabilidad y consiguientemente de la responsabilidad penal. Transcribimos a continuación las palabras del padre AGOSTINO GEMELLI¹⁷, quien por sus profundos conocimientos sobre psicología y psiquiatría, es considerado como uno de los científicos de mayores dotes en el viejo continente. En un reciente estudio sobre la materia, ha expresado el padre GEMELLI, lo siguiente:

“La libertad humana significa independencia externa e interna; libertad humana quiere decir ser libres de todo ligamen costrictivo de las leyes de la naturaleza. El admitir que en el hombre hay una autodeterminación voluntaria, *no quiere decir admitir la libertad humana* (subrayo). Autodeterminación voluntaria quiere decir que el hombre posee, él solo, entre todos los seres, la capacidad de tener en sí mismo la causa de su determinación”.

“Pero repito, porque no se ha insistido suficientemente sobre este punto fundamental, al afirmar el carácter de la voluntad como autodeterminación *no se reconoce que la voluntad humana es independiente de las condiciones psíquicas individuales, y de los factores de ella: constitución, carácter, disposiciones hereditarias, son factores que como los factores ambientales influyen sobre las situaciones psíquicas y aun las determina o mejor, las provocan*. La voluntad humana está muy lejos de ser independiente de ellos; por el contrario se puede decir que ella se ejercita y actúa en las situaciones psíquicas determinadas por ellas. Con la psicología no se podrá decir jamás si existe o no la libertad humana. La prueba para demostrar que el hombre es libre hay necesidad de pedírsela a la filosofía”. (Subrayo).

Pero ni aun por las consecuencias prácticas que representa la aceptación de la teoría del libre albedrío, es decir, por la aceptación de la naturaleza eminentemente retributiva de la pena, la tesis resiste un análisis profundo. Oigamos los argumentos fundamentales de ALFREDO DE MARSICO¹⁸. Dice este jurista: “Si fuera verdad que la pena significa y no puede significar más que retribución, la pena no podría tener otro término de medida que el reato, o aun, si se quiere la culpa contenida en el hecho que se castiga.

El límite inderogable de la retribución debería estar en el hecho concreto que se castiga, visto en su objetividad o aún en la culpa que él realiza. Si esto fuera así,

entonces, la pena de muerte, que se funda toda sobre la intimidación y que alimenta en el fin de ella la función de la retribución, no podría tener ninguna justificación; la agravación de la pena por la reincidencia, por la habitualidad, por la profesionalidad, fundada sobre la defensa social, representaría una violación del principio por exceso, inicuo aunque sí autorizado, o impuesto por la ley; y, por el contrario, la suspensión de la pena, el perdón judicial, la libertad condicional, fundados sobre la inutilidad de una defensa social efectiva y sobre la enmienda, representarían otras tantas violaciones del principio por defecto o por renuncia, inicuos igualmente”.

Repitamos ahora con VON HIPPEL, que no ya un único fin, la retribución o la prevención, pueden atribuirse a la pena, sino *todos* los fines que, de conformidad con la experiencia, pueden ser alcanzados, *deben* ser fines de la pena.

Finalmente se ha dicho contra la teoría del libre albedrío, que en los casos de semienfermedad, o en los casos de desarrollo incompleto de las facultades mentales, no es propio hablar como lo hicieron los criminalistas clásicos de una libertad disminuida, de una libertad parcial, porque la libertad de elegir, la libre determinación de la voluntad, o existe o no existe, no admitiendo por lo tanto términos medios.

4) La cuestión de la imputabilidad para la Escuela Positiva, se presenta con características esencialmente diversas y con cualidades suyas propias. Sabido es que la diferencia fundamental que separa a las dos escuelas de derecho penal, la clásica y la positiva, atañe esencial y principalmente a la aplicación del método de investigación. Mientras los clásicos se sirvieron del método *deductivo*, de lógica abstracta, tomando como objeto de la investigación el delito como entidad jurídica, los positivistas se sirvieron del método *inductivo* o experimental y tomando como objeto de la investigación del delincuente como sujeto más o menos peligroso, peligrosidad que encuentra su fuente inmediata en la realización del reato y en las circunstancias que lo acompañaron. Sobre esta diferencia se elevaron los principios directores de las dos escuelas. La aplicación del método deductivo llevó a los criminalistas clásicos, y si se quiere por razones eminentemente políticas, a la determinación casi matemática del concepto de acción abstractamente considerada; pues solamente cuando las características de la acción penalmente relevante han sido bien determinadas, entonces el ciudadano puede encontrar seguridad contra el arbitrio de los ejecutores de la ley. El divorcio con la realidad, con los datos de la experiencia jurídica, caracteriza las investigaciones de los juristas clásicos. Oigamos a CARRARA¹⁹. Sobre los modernos, dice el maestro, frecuentemente influye la reverencia a las legislaciones positivas que los gobiernan. Por lo tanto hay necesidad constantemente de andar cautos en la valuación de las doctrinas; y no aceptar como principio científico aquello que no es más que la deducción de una ley positiva viciosa”.

Para los juristas clásicos, el delito es la violación “consciente y voluntaria de la norma penal”. El reato viene a ser “un ente jurídico”. Si el reato es un ente jurídico, la pena es la reacción del ordenamiento jurídico mismo. Negación de una negación en el sistema de HEGEL.

La aplicación por los positivistas del método galileano de observación experimental sobre el hombre delincuente, mostró a los investigadores que el delito como

¹⁶ SEBASTIÁN SOLER, *Derecho penal argentino*, vol. II, 1955, pág. 45.

¹⁷ AGOSTINO GEMELLI, *La personalità del delincente nei suoi fondamenti biologici e psicologici*, Milano, 1948, págs. 196 a 199.

¹⁸ A. DE MARSICO, en *Revista di Diritto Penitenziario*, 1935, pág. 108.

¹⁹ CARRARA, *Grado della forza fisica del delitto*, Opuscoli 1, nota 438.

acto de la voluntad del agente, no se podía considerar como producto de su libre autodeterminación. Se afirmó que el delito siendo la culminación de un complejo proceso psíquico, no era ajeno a las influencias de factores sobre los cuales no tenía ninguna influencia la voluntad. Ese proceso psíquico que desemboca en el delito no estaría fuera de las leyes de causalidad que rigen los fenómenos del mundo físico. De esta manera se llegó fácilmente a lo que se llama el determinismo psíquico.

Los positivistas orientaron sus investigaciones principalmente hacia la etiología del delito. La búsqueda de las causas del delito que fueron ajenas a los clásicos, condujeron primero a LOMBROSO a crear la teoría del criminal nato que ha sido el filón inagotable para los enemigos de esta escuela, convencidos que de LOMBROSO a hoy, la tesis de la Escuela Positiva no han progresado una pulgada.

La aplicación del método experimental al estudio del delincuente, hemos dicho, condujo a la negación del libre albedrío como fundamento de la imputabilidad penal. Este hecho capital en la historia del desarrollo del derecho penal, lo expuso ENRICO FERRI en su famosa tesis de grado que intituló precisamente "La teoría de la imputabilidad y la negación del libre albedrío" tesis escrita y publicada en el año 1878; allí se sostuvo que el derecho penal no podía fundarse sobre bases filosóficas como eran las del libre albedrío y la imputabilidad moral. En los trabajos sucesivos, continuaron las críticas a la Escuela Clásica y se llegó a la teoría de la peligrosidad que es uno de los basamentos de esta nueva corriente. De manera que para la graduación de la pena no importa tanto la gravedad del reato cuanto la personalidad del agente.

Excluida del campo penal, la cuestión de la imputabilidad moral y el libre albedrío, se llegó a la conclusión de que a los fines del derecho bastaba la simple actividad psicofísica del reo para hacerlo acreedor a una sanción penal. Si el reato es ajeno a la libertad del querer, no hay ninguna razón para que el Estado, y por su conducto, la sociedad, permanezcan inactivos frente a acciones delictuosas en las que para los clásicos falta la libertad de querer. Nace entonces el criterio de la defensa social como fundamento del derecho penal. El hombre dice FERRI, es responsable siempre de todo acto que realice, solo porque y en cuanto vive en sociedad²⁰.

Esta responsabilidad fue la que calificó FERRI como responsabilidad social o responsabilidad legal y que será objeto de un detenido examen en otra parte del presente trabajo.

Una cosa hay que tener presente, y es que si bien en sus comienzos la escuela positiva negó rotundamente la teoría del libre albedrío, los modernos representantes de esta escuela, asumen frente a este punto, una actitud menos beligerante o menos exagerada. Bástenos citar las palabras del maestro GRISPIGNI, uno de los representantes más autorizados de esta tendencia. Dice como sigue este autor: "La pena defensiva no excluye en manera alguna la posibilidad de concebir la misma también como retribución moral pero a condición de retribución moral *objetiva*, que nosotros

preferimos llamar *jurídico social*, consistente esta en la constatación de la contrariedad de la conducta a las normas de la moral, y que tiene además por efecto someter al reo a una restricción de su esfera jurídica, conforme a su menor valor social, independientemente del examen de si —dada la naturaleza de la psiquis al momento del hecho— el agente habría podido reaccionar en forma diversa y especialmente con independencia del examen de si la formación de la psiquis así como se presenta al momento del hecho, deba ser atribuida a culpa exclusiva del agente mismo en su vida anterior, o si hayan influido causas extrañas a él"²¹.

Frente al problema concreto del libre albedrío, se expresa así, el ilustre maestro: "Indudablemente la Escuela Positiva, en sus orígenes partió de la base de la negación del libre albedrío, afirmando el determinismo. Sin embargo, tal posición inicial no hay ninguna razón para que deba ser mantenida, desde el momento que para negar la legitimidad del sistema clásico y de la retribución moral subjetiva como fin de la pena, no es necesario negar el libre albedrío, sino que basta solamente negar, de una parte, las antinomias que en el campo especulativo presenta tal afirmación, las pruebas numerosas que se aducen contra ella para poner en duda la verdad y consiguientemente la fragilidad de fundamento sobre la cual se exigiría una tan terrible función estatal, como es aquella penal, donde se quiera basar solamente sobre tan discutida y discutible base del libre albedrío; de otra parte basta demostrar —que aunque donde existiera el libre albedrío— la averiguación en el caso particular y en relación con el reo en concreto, y especialmente el grado de tal libertad en cada volición particular, es una tarea tan difícil que resulta imposible para que sea resuelta por la mente humana".

"Afirmando que el libre albedrío es concepto inadecuado para servir de base a la represión penal, y que por lo tanto se debe prescindir de él, no se está en manera alguna obligados a negar la libertad del querer; como también afirmando que la pena debe limitarse a ser retribución moral objetiva o jurídico-social, no se niega en manera alguna la distinción entre personas moralmente imputables y aquellas no imputables, como no se niega la posibilidad de toda retribución moral subjetiva, sino que se afirma que esta no es tarea del juez penal".

Muchos encontrarán extrañas estas palabras en boca de un representante de la Escuela Positiva, pero se olvidan que esta tendencia que todas las corrientes del pensamiento científico evolucionan. Pero para quienes aún no salgan de la extrañeza, contestamos con el mismo GRISPIGNI, quien respondía a sus adversarios que ellos "no podían concebir a un representante de esta tendencia sino en el acto de medir cráneos y analizar crines..."²².

Resumiendo tenemos: que frente a las afirmaciones de la Escuela Positiva, puede darse responsabilidad jurídica frente a los imputables como frente a los inimputables; sin embargo se trata de una responsabilidad diversa, porque mientras la res-

²¹ F. GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, vol. I, 1952, pág. 107.

²² F. GRISPIGNI, *op. cit.*, vol. II, prólogo XIII.

²⁰ E. FERRI, *Principios de derecho criminal*, Madrid, 1933.

reponsabilidad de los imputables consiste en el deber de someterse a una pena, en cambio la responsabilidad de los inimputables consiste en el deber de someterse a una medida de seguridad. Esto exactamente es lo que establece nuestro Código Penal, como lo probaremos adelante.

B) *Concepto de la culpabilidad.* Hemos visto lo relativo a la imputabilidad, veamos ahora aquello que concierne en términos muy generales a la culpabilidad. La culpabilidad, dice FRANCESCO ALIMENA²³, es referibilidad psíquica, pertenencia espiritual, del hecho al agente, es participación psicológica del agente al hecho. La culpabilidad representa el elemento subjetivo del ilícito penal. Para que un determinado comportamiento humano se pueda calificar como culpable, es necesario que el agente se ponga como causa moral del hecho mismo, en otras palabras, es necesario que la acción inculpada, se le pueda atribuir, imputar, como *suya*, como algo que le pertenece psicológicamente. Esta es la culpabilidad.

Desde el punto de vista subjetivo, afirma MUSOTTO²⁴, se atribuye al hombre aquello que él ha querido, como desde el punto de vista objetivo se le atribuye solamente aquello que él ha causado. Se habla comúnmente en materia de culpabilidad de una causalidad psíquica, para diferenciarla de la causalidad física, sin embargo es preferible designar este elemento como culpabilidad o como elemento psicológico del delito. En español, el término "culpable" entre las gentes poco versadas en estas materias adquiere el mismo significado de "responsable", pero no pueden ser términos sinónimos, por lo menos desde el punto de vista del derecho, ya que culpabilidad y responsabilidad no son jamás la misma cosa.

En cuanto culpabilidad, son dos las teorías que se disputan el campo: una la llamada teoría *tradicional o psicológica*, según la cual para haber culpabilidad, basta el simple nexo de naturaleza psicológica entre el agente y el hecho, sin agregar a ese nexo nada más. Probado o establecido ese nexo, queda constatada la culpabilidad. Recientemente ha nacido en Alemania otra teoría, la llamada *concepción normativa* de la culpabilidad. Se ha dicho por sus sostenedores que la culpabilidad implica una *valuación*, un juicio de valor, y no solo una *constatación*. De manera que la culpabilidad no sería el mero nexo psíquico, sino que lleva implícitos conceptos de reprochabilidad, de contrariedad al deber; la culpabilidad no sería el mero nexo psicológico, sino el producto de la valuación de este nexo.

Entre las dos teorías fugazmente enunciadas, corren diferencias abismales ricas en consecuencias prácticas. Los límites del presente escrito no nos permiten hacer un análisis más detenido de esas consecuencias. Para nuestros fines, basta afirmar que aceptando la teoría de la culpabilidad normativa, se presenta mucho más lógica la posición de la imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad, aunque como veremos, no es exacta en todas sus consecuencias. G. BETTIOL²⁵, uno de los tantos juristas italianos seguidores de la teoría normativa de la culpabilidad afirma: "El

juicio de *reprochabilidad* (en el que se funda la esencia de la culpabilidad) supone la libertad de actuar, pues no es lógicamente posible reprochar a alguien de haber cometido un determinado hecho si era necesitado a cumplirlo".

2) Estamos ahora en capacidad de rechazar la tesis de quienes pretenden confundir la culpabilidad con la responsabilidad o dando por lo menos a los dos términos un valor igual. Resulta impropia como dice PETROCELLI²⁶ la expresión corriente de *responsabilidad* por dolo, por culpa o por delito preterintencional. "El dolo y la culpa son formas de culpabilidad, no de responsabilidad. Responsabilidad, de *respondere*, no puede referirse en particular a este o aquel aspecto del ilícito, sino que indica en sentido propio aquello que está a cargo del agente y deriva de *todo* el ilícito, cuando resultan establecidos los elementos que lo constituyen".

En un reciente estudio realizado por los doctores JORGE E. GUTIÉRREZ ANZOLA y BERNARDO GAITÁN MAHECHA²⁷ y el cual será objeto de un examen más detenido, en otra parte del presente escrito, han pretendido que culpabilidad (dolo y culpa) es igual a responsabilidad. Las palabras de estos dos eminentes juristas son estas:

"Significa lo anterior, en síntesis, que los sujetos inimputables no pueden ser llamados a *responder en juicio*, porque en esta etapa del proceso, probados previamente los elementos objetivos del delito, se resuelve únicamente el problema de la responsabilidad o sea *la existencia del dolo o de la culpa*". (Subrayo).

Que contra los inimputables no puede dictarse jamás auto de enjuiciamiento porque "su infracción no puede ser ni intencional ni culposa según el art. 12 del Código Penal *y estos fenómenos son los que se resuelven en el juicio exclusivamente*" (subrayo). Más adelante ratifican sus afirmaciones así: "afirmando que para la aplicación de las medidas de seguridad, basta con demostrar los elementos objetivos y las circunstancias que requiere el art. 29' sin ponerse a averiguar nada más, porque esto por sí solo excluye la posibilidad de un juicio *para resolver sobre responsabilidad que se refiera al dolo y a la culpa*" (subrayo).

De suerte que como lo sostienen estos dos insignes juristas no cabe diferencia substancial entre culpabilidad y responsabilidad. *Nosotros no no sentimos de adherir* a estas tesis. Ya hemos dicho y ahora lo afirmamos que culpabilidad y responsabilidad no son términos sinónimos, ni por lo consiguiente, se refieren a los mismos aspectos del delito. La culpabilidad es un elemento del delito constituida por el dolo, la culpa y la preterintención, la responsabilidad se refiere a la totalidad de los elementos que entran a componer la economía del ilícito penal.

De otra parte, no creemos que estén en lo cierto estos dos ilustres juristas, cuando afirman que en el juicio se resuelve únicamente lo relativo al elemento psicológico, que ellos llaman responsabilidad. En el juicio, creemos nosotros, además del elemento psicológico (dolo, culpa y preterintención) o sea la culpabilidad, se van a discutir otros problemas no menos esenciales que pueden necesariamente

²³ F. ALIMENA, *La colpa nella teoria generale del reato*, 1947, pág. 153.

²⁴ G. MUSOTTO, *Diritto penale*. P. 6, 1953, pág. 137.

²⁵ G. BETTIOL, *op. cit.*, pág. 309.

²⁶ B. PETROCELLI, *La colpevolezza*, pág. 7.

²⁷ J. E. GUTIÉRREZ A. y BERNARDO GAITÁN, *La responsabilidad frente al Código Penal colombiano*, Rev. Instituto Ciencias Penales, 1954, págs. 57 y ss.

modificar la *responsabilidad* del reo, cuales son la autoría, las circunstancias agravantes y atenuantes, las causas de justificación, etc. Y finalmente, y este es el punto más interesante para nosotros, en el juicio se va a discutir sobre la naturaleza de la sanción que se debe aplicar al reo. Pena o medida de seguridad. Ya trataremos más a fondo este problema.

3) La mayor parte de los modernos autores de derecho penal, sostienen que la imputabilidad funciona como *presupuesto* de la culpabilidad, extrayendo como consecuencia práctica importantísima la de que los sujetos inimputables, no pueden obrar con culpabilidad. A continuación citamos a los más destacados defensores de esta tesis. Dice G. BETTIOL²⁸ "La imputabilidad es un elemento sobre el cual se basa el juicio de culpabilidad (teoría normativa), por cuanto para mover a alguien reproche por el hecho lesivo perpetrado ocurre que este sea capaz de entender y de querer". De la misma opinión se muestra MEZGER²⁹ para quien "la imputabilidad es capacidad de culpabilidad". Por su parte afirma G. MUSSOTTO³⁰ que "para que pueda considerarse realizado culpablemente un hecho antijurídico se requiere, primero que todo, la imputabilidad del sujeto agente. Sin imputabilidad no hay culpabilidad".

De la misma opinión son entre otros S. SOLER³¹, PETROCELLI³², SCARANO³³, PANNAIN³⁴ y otros.

Una especial consideración merecen en este punto algunos autores seguidores irrestrictos de la teoría normativa de la culpabilidad, quienes consideran la imputabilidad no ya como un *presupuesto* sino como un *elemento* encerrando dentro del juicio de culpabilidad también la imputabilidad, viniendo a ser esta un concepto complejo, formado por el dolo y la culpa y también por la imputabilidad como por las circunstancias específicas que han servido de ambiente a la realización del hecho, o sea lo que FRANK llamó "el proceso normal de motivación". Estas tesis son seguidas en la actualidad por la mayor parte de los escritores alemanes, y han sido criticadas justamente por SOLER³⁵ quien afirma con sobra de razón que "si dentro del concepto de culpabilidad se colocan en identidad de rango a pesar de su heterogeneidad evidente, la imputabilidad, el dolo y la culpa, como lo hace la teoría normativa, resulta que no se podrá señalar claramente la diferencia que media entre una causa de exclusión de la imputabilidad y una causa de exclusión de la culpabilidad.

Esto precisamente es lo que sucede con autores como MAGGIORE³⁶ y MANZINI³⁷ quienes incluyen dentro de las causas de exclusión de la imputabilidad el caso fortuito,

la fuerza mayor y el error, que son más técnicamente, causas de exclusión de la culpabilidad. Detengámonos a considerar las afirmaciones de MAGGIORE. Dice este autor³⁸ "¿En qué relación está la imputabilidad y la culpabilidad?" Y responde: "Esta (la imputabilidad) es el *supuesto* de aquella. El hombre no puede ser llamado culpable, si antes no es imputable". Esta afirmación categórica, parece que no la profesa este autor con mucha seguridad, ya que a pág. 499 del mismo volumen I, afirma lo que sigue: "Peca, pues, de imprecisión la opinión común a muchos autores de que la imputabilidad *constituye el presupuesto* de la culpabilidad" (subrayo), la contradicción es evidentiísima. Por otra parte, consideramos que hay impropiedad de terminología y por lo tanto de consecuencias, cuando afirma a pág. 452: "¿Qué quiere decir que sin culpabilidad no hay delito? Quiere decir que no existe delito sin que la acción pueda imputarse a un sujeto (*que se convierte en sujeto imputable*) (subrayo). En otras palabras —continúa— para que pueda hablarse de delito es preciso que la simple *imputabilidad se transforme en culpabilidad* (subrayo). Y esto sucede en virtud de un juicio de reprobación".

Nos deja verdaderamente perplejos la afirmación según la cual la imputabilidad se convierta en culpabilidad, y que por lo tanto, mediante esta transformación, se le pueda reprochar al agente por tener una cierta personalidad, por sufrir de ciertas anomalías que como hemos visto constituyen el *estado o modo de ser* del agente, que se llama imputabilidad. Se llega por este camino que escogió MAGGIORE a la tesis de la "culpa de autor" que él mismo condena. Por otra parte afirmamos que la culpabilidad, es algo activo, es conducta que se exterioriza, conducta que es siempre atribuible a la voluntad del agente, y el estado psicofísico que determina la inimputabilidad o la imputabilidad, no es nunca atribuible a la voluntad del sujeto, por lo menos en los casos de sordomudismo, de minoría, y en general de perturbaciones mentales. Pese a que nuestro Código Penal no ofrece suficientes bases para sostener estas tesis, ellas han sido afirmadas por los doctores GUTIÉRREZ y GAITÁN en los apartes antes transcritos. La única base que ofrece el Código Penal colombiano es la del art. 12, ya veremos sin embargo cuáles fueron las causas que originaron la redacción un poco caprichosa de dicho artículo.

En Italia, una buena parte de los autores, con argumentos traídos de las disposiciones del Código vigente, sustentan la tesis según la cual no se puede considerar a la luz de dicho Código la imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad.

Para orientar mejor los argumentos de quienes tal cosa afirman, transcribimos para mayor comprensión, las disposiciones del Código Penal italiano que se refieren a la imputabilidad.

Dice el art. 85, que está colocado en el título IV que se denomina *Del reo y de la persona ofendida con el reato*: "Nadie puede ser sancionado por un hecho previsto por la ley como reato, si al momento de cometerlo no era imputable. Es imputable el que tiene la capacidad de entender y de querer". El Código acoge el concepto de imputabilidad, como estado o modo de ser del agente al momento de la

³⁸ MAGGIORE, *op. cit.*, pág. 452.

²⁸ BETTIOL, *op. cit.*, pág. 313.

²⁹ MEZGER, *op. cit.*, pág. 87.

³⁰ MUSSOTTO, *op. cit.*, pág. 137.

³¹ SOLER, *op. cit.*, pág. 44.

³² PETROCELLI, *op. cit.*, págs. 72 y ss.

³³ L. SCARANO, *Libera volontà e libero arbitrio nel diritto penale*, 1937.

³⁴ R. PANNAIN, *Diritto penale*, 1950, pág. 570.

³⁵ S. SOLER, *op. cit.*, pág. 19.

³⁶ MAGGIORE, *op. cit.*, pág. 508.

³⁷ MANZINI, *op. cit.*, II, págs. 1 y ss.

comisión del ilícito. La interpretación de esta disposición ha dado origen a muchas e interesantes discusiones entre los juristas italianos. Ya hemos visto las tesis sostenidas por BETTIOL, MAGGIORE, MUSSOTTO, PANNAIN, SCARANO, MANZINI, etc.

Otro grupo de juristas, entre los que se cuentan ANTOLISEI³⁹, GRISPIGNI⁴⁰, RANIERI⁴¹, GALLO⁴², PIACENZA⁴³, VACCARO⁴⁴, etc., afirman que no se puede decir que la imputabilidad pueda considerarse como presupuesto de la culpabilidad, pudiendo darse por lo tanto una acción con todas las características del reato aunque sí realizada por un sujeto inimputable.

Los argumentos propuestos por estos autores se pueden sintetizar así: Se ha dicho primeramente, que la colocación sistemática de la imputabilidad en el capítulo que hace relación al *reo*, y no al *reato*, es rica en consecuencias prácticas. Si esto es así, la imputabilidad pertenece a la *teoría del reo* y no a la *teoría del reato*, de suerte que no existirían tan estrechas relaciones entre una y otra, tanto que puede darse reato sin imputabilidad.

En segundo lugar, se ha afirmado interpretando artículos del Código Penal italiano, que la duración de las medidas de seguridad no se puede establecer independientemente de la consideración de la naturaleza del elemento psicológico que acompañó la acción delictuosa. Estos argumentos son traídos directamente de los que disponen los artículos 222 y 224. El art. 222 se refiere a los casos en que el agente cometió el delito, en estado de enfermedad psíquica, intoxicación crónica producida por el alcohol o por sustancias estupefacientes o por sordomudismo, etc., ordenando en estos casos "la reclusión en un manicomio judicial por un tiempo no inferior a dos años, salvo que se trate de contravenciones o delitos culposos".

A su turno, el art. 224 que se refiere a los "menores no imputables", dispone que cuando un menor de 14 años cometa un hecho considerado por la ley como reato, "el juez teniendo especialmente cuenta de la *gravedad del hecho* y de las condiciones morales de la familia" etc., aplicará la sanción correspondiente. Ahora bien, la *gravedad del hecho* a la cual se refiere claramente este artículo, se establece especialmente considerando lo que dispone el art. 133 que en su parte pertinente dice, que la gravedad del hecho se valora "por la intensidad del dolo y el grado de la culpa" (ordinal 3°).

Finalmente se ha sostenido que las normas que en el Código Penal italiano (arts. 42, 45, 46 y 47) se refieren al elemento psicológico y a las causas que lo excluyen, deben necesariamente aplicarse también a los sujetos no imputables, ya que como ha sido dicho con mucha autoridad, no es posible aplicar una medida de seguridad a un inimputable, que ha realizado el hecho por caso fortuito o fuerza mayor, o por error esencial de hecho.

¿Acaso un muchacho de trece años, se pregunta ANTOLISEI⁴⁵, no puede herir a un compañero con intención? ¿Acaso no puede herirlo por imprudencia manejando por ejemplo un revólver cargado? ¿Quién querrá de otra parte, continúa el eximio escritor, sostener que no hay diferencia entre el hecho de un paranoico que mata deliberadamente a su presunto perseguidor, y el del alcoholizado que, guiando su automóvil, determina sin quererlo la muerte de un peatón?

Algunos autores interpretando las disposiciones del Código Penal italiano conforme a sus puntos de vista, hablan de estos casos de un "pseudodolo y de una pseudoculpa", por ejemplo PETROCELLI⁴⁶ para quien además reconociendo capacidad de culpabilidad a los no imputables, se confundirían la visión naturalística con la visión normativa de los dos fenómenos.

Asimismo SOLER⁴⁷ para quien "decir que el inimputable, el incapaz es capaz de dolo, importa una *contradictio in adjecto*"; será capaz de querer de hecho, pero ese querer que da contenido al pretendido dolo, es irrelevante para el derecho. El loco es incapaz de voluntad jurídicamente relevante, aunque la psicología demuestre, científicamente que, determinado acto de él sea voluntario". Esta posición frente a la aceptación de la teoría psicológica de la culpabilidad, difícilmente se puede defender. ¿En qué momento se debe asertar o excluir la presencia del elemento psicológico? Para SOLER⁴⁸ "resulta torpe, después de concluir que el sujeto es imputable averiguar si ha obrado con dolo o con culpa, análisis lícito solo después de verificar las condiciones del sujeto". Para F. ALIMENA⁴⁹, por el contrario, "es del todo erróneo pensar que se pueda valorar el estado mental de un individuo, sin ver primero si existe el nexo psíquico y las formas concretas de este dolo, culpa, etc.". Una cuestión bastante difícil, es querer negar el carácter jurídico o las medidas de seguridad. Veremos ahora cuáles tesis se han creado para salvar el inconveniente.

4) La doctrina ha tomado una vía nueva para justificar la aplicación de las medidas de seguridad sin entrar a examinar el elemento de la culpabilidad. Para estos fines se ha creado, la llamada *antijuricidad objetiva*, que serviría además para resolver algunos puntos dudosos de la teoría general del reato, como por ejemplo, los casos de la intervención de un inimputable en la comisión del reato, la participación de un reato propio, las causas de justificación aplicadas frente a las acciones de los no imputables y finalmente, lo ya dicho: la aplicación de las medidas de seguridad.

Examinemos brevemente los fundamentos jurídicos de esta nueva creación de la doctrina alemana. Bien se sabe que en la actualidad, son dos las teorías que dominan en cuanto a la estructura del reato: una, la teoría tradicional, que afirma que a componer el reato, no entran sino elementos, el elemento *objetivo* y el elemento

³⁹ F. ANTOLISEI, *L'analisi del reato*, Riv. italiana Dir. Pen., 1940.

⁴⁰ F. GRISPIGNI, *Diritto penale*, vol. II, prólogo.

⁴¹ S. RANIERI, *Diritto penale*, vol. I, pág. 470.

⁴² M. GALLO, *L'errore del non imputabile*, Scuola Positiva, 1949, pág. 34.

⁴³ S. PIACENZA, *L'errore nel reato del non imputabile*, S. Pos., 1948, pág. 446.

⁴⁴ VACCARO, *Il reato del non imputabile*, Scuola Positiva, 1948, pág. 1.

⁴⁵ ANTOLISEI, *op. cit.*, pág. 231.

⁴⁶ PETROCELLI, *La colpevolezza*, pág. 19.

⁴⁷ S. SOLER, *op. cit.*, pág. 18.

⁴⁸ S. SOLER, *op. cit.*, pág. 18.

⁴⁹ F. ALIMENA, *La colpa*, ed. cit. pág. 49.

subjetivo. Es la teoría de las fuerzas de CARRARA, la fuerza física y la fuerza psíquica o moral. De otra parte están quienes aseguran que la estructura del reato, su contenido, está integrado, no ya por dos elementos, sino por tres: el hecho, como suma de los elementos objetivos, la culpabilidad y la antijuridicidad, como contrariedad a la norma. Es la llamada teoría de la tripartición en contraposición a la teoría de la bipartición. En este sistema de la tripartición se coloca lógicamente como elemento autónomo e independiente la *antijuridicidad*; siendo diferente de la antijuridicidad de la culpabilidad, y obrando separadamente, aquella (la antijuridicidad) se resuelve en un *juicio objetivo* que se expresa por la contradicción entre el hecho y la norma objetiva de derecho penal. La distinción entre aquella que es *antijurídico* y aquello que es culpable, tiene su fundamento en el reconocimiento de una doble función del derecho: una función *valutativa* y una función *dispositiva* o *imperativa*. A esta diferente función de las normas, corresponde la clasificación de normas de *valuación* o valoración y normas de *disposición* o de comando. Unas, las de valuación, referibles a todos los coasociados, como base de una valoración objetiva de aquello que es favorable o desfavorable al interés jurídicamente tutelado; y las otras, las normas de comando dirigidas solamente a los destinatarios de la obligación y que constituyen la base para el juicio de culpabilidad. La antijuridicidad entendida objetivamente importaría la contradicción del hecho con las normas de valuación. La antijuridicidad afirma por ejemplo BETTIOL⁵⁰ “se resuelve en un juicio acerca de la lesividad del hecho perpetrado. Ella tiene pues carácter objetivo”. Y luego dice: “Si es verdad que aquello que principalmente cuenta en el reato es el de ser este el desconocimiento de un valor, esto quiere decir que también en la norma penal el momento de la valoración (valuación) debe tener una autonomía conceptual y funcional respecto de aquella de comando. Esto quiere decir que la antijuridicidad se manifiesta en un juicio de desaprobación del hecho perpetrado *sin que en línea de principio este juicio sea dependiente de la desaprobación que hace relación al elemento psicológico del reato, es decir la culpabilidad*” (subrayo). Y MEZGER⁵¹ indica: “Se admite la legítima defensa contra el ataque de un inimputable pues la legítima defensa exige, en verdad un ataque antijurídico —y el inimputable puede actuar antijurídica— según la teoría de la antijuridicidad objetiva— pero no un ataque culpable”.

No es objeto del presente trabajo hacer la crítica de esta teoría, que ya ha sido realizada magistralmente por PETROCELLI en el estudio tantas veces citado de la “Colpevolezza”.

Parece que entre nosotros la teoría de la antijuridicidad objetiva haya encontrado en los doctores GUTIÉRREZ y GAITÁN sus sostenedores, precisamente en tema de aplicación de las medidas de seguridad a los inimputables. Sostienen estos dos autores, en el escrito citando anteriormente, que para “determinar si es el caso de aplicar la medida de seguridad *basta con probar la existencia del elemento objetivo constitutivo del daño*, etc. (pág. 57) (subrayo). Esto precisamente es lo que afirman

los partidarios de la teoría de la antijuridicidad objetiva. Una diferencia hallamos entre los autores extranjeros y los comentaristas de esta parte del Código Penal colombiano y es esta: mientras los autores extranjeros se remontan a cuestiones de teoría general del derecho para concluir con el juicio objetivo de la antijuridicidad, los autores colombianos parten de la consideración de que en el Código Penal colombiano quedó consignada la teoría de la responsabilidad legal, de la cual tienen los citados autores un concepto muy personal, respetabilísimo desde luego, pero inaceptable para nosotros. Contra la tesis de la antijuridicidad objetiva se ha dicho, que admitiendo que el hecho del inimputable sea antijurídico, no se está admitiendo con ello la antijuridicidad objetiva, porque no es cierto que en el caso del incapaz, la conducta venga en consideración solamente por el aspecto objetivo, y no también por el subjetivo.

De otra parte, aun en el caso del hecho del incapaz es necesario acertar la existencia de un nexo de naturaleza psicológica entre el autor y ese hecho. La voluntad aunque inmadura, ha dicho ANTOLISEI⁵² debe haber intervenido de manera que se pueda considerar como propia del agente la conducta que realiza el hecho delictuoso. Esta tesis ha sido sostenida con brillo singular por GRISPIGNI, en la monografía intitulada “La responsabilidad jurídica de los llamados inimputables” publicada en la Escuela Positiva en el año de 1920.

C) *La responsabilidad penal*. ROMAGNOSI distinguió con las siguientes palabras, la imputabilidad de la responsabilidad: “Una cosa es la imputabilidad y otra cosa es la responsabilidad. Con la primera se le atribuye a alguien un determinado efecto como causa productiva del mismo. Con la segunda se pretende obligar a alguien a resarcir un daño y a sufrir una pena con motivo de aquel dado efecto. La imputabilidad es cosa de hecho, la responsabilidad es cosa de derecho”. La responsabilidad, dicho con palabras más simples, es la obligación de sufrir las consecuencias jurídicas del reato. Por eso hemos dicho en otro lugar, que se responde por *todo* el reato. Para MAGGIORE⁵³ no se puede hacer distinción substancial entre la imputabilidad y la responsabilidad. Nosotros, por razones ya expuestas, preferimos con la gran mayoría de la doctrina hacerla, para distinguir entre causas de exclusión de la imputabilidad y aquellas que excluyen el reato.

D) *La responsabilidad legal*. La doctrina de la responsabilidad legal, creación de la Escuela Positiva, se elevó por primera vez a disposición penal positiva, en el Proyecto Ferri de 1921, que en su art. 18 disponía: “Los autores y partícipes de un delito son siempre legalmente responsables, excepto los casos de justificación del hecho”. “La razón jurídica fundamental, dice FERRI⁵⁴, de esta que yo llamé, en el campo teórico responsabilidad ‘social’ (es decir frente a la sociedad) y en el campo práctico responsabilidad ‘legal’, cuando se concreta en una norma de ley, como por ejemplo en el art. 18 de nuestro proyecto, se resume en estas palabras mías: El hombre es responsable siempre de todo acto que realice, solo porque y en

⁵⁰ BETTIOL, *op. cit.*, págs. 201, 203.

⁵¹ MEZGER, *op. cit.*, pág. 89.

⁵² ANTOLISEI, *L'analisi del reato*, ed. cit., pág. 30.

⁵³ MAGGIORE, *op. cit.*, pág. 484.

⁵⁴ E. FERRI, *Principios de derecho criminal*, 1933, pág. 225.

tanto vive en sociedad". El principio de la responsabilidad legal admite, si no una valuación ética o religiosa de la culpa en el sentido tradicional, si una valuación psicológica y social según las circunstancias reales y personales de cada delito. No se produce, por lo tanto una nivelación jurídica de la materialidad exterior de los actos delictivos, pero sí una *diversidad de tratamiento* (legal, judicial, ejecutivo) que no ofende y antes bien satisface el sentir común. Cuando se afirma, como lo hace la Escuela Positiva, que a la norma general por la cual todo delincuente es siempre responsable del delito cometido, va siempre unida inseparablemente la otra norma general de que "la sanción represiva debe adaptarse a la responsabilidad (fisiopsíquica y social) de cada delincuente en referencia al delito que se le imputa". Basten estas someras explicaciones para dejar sin firmeza objeciones del siguiente tenor: "los positivistas quieren poner a un mismo nivel, el acto del imbecil, del niño, del sano de mente y del adulto, suprimiendo desde el punto de vista teórico lo que realmente se da en la naturaleza". A estos y parecidos argumentos, responde el mismo FERRI⁵⁵ "nosotros, en cambio, queremos que sean tratados diversamente el niño y el sano de mente, y por ello hacemos destacar y en mayor grado, por cierto, las diferencias de sus respectivas personalidades".

En el Proyecto Ferri de 1921, afirma categóricamente GRISPIGNI⁵⁶ la existencia del hecho en sus dos elementos objetivo y subjetivo, era solamente uno de los requisitos para la aplicación de aquellas que el Proyecto llamaba sanciones criminales. Pero eso no era suficiente, porque para aplicar una sanción más bien que otra, era necesario acertar la sanidad o madurez mental, para aplicar algunas sanciones como la reclusión, la multa, etc., mientras era necesario que se tratara de un enfermo de mente peligroso para aplicar la segregación en un manicomio, es decir que la *imputabilidad en el Proyecto Ferri funcionaba como criterio para diferenciar los reos y la naturaleza de la sanción, en el mismo idéntico modo, como hoy proponen los retribucionistas*" (subrayo). Por eso no aceptamos observaciones como esta de SOLER⁵⁷ según la cual "dentro de un código positivista hipotético, existe la *diferencia cuidadosamente ocultada* (subrayo) entre imputables y no imputables, entre culpables y no culpables, entre penas y medidas de seguridad.

Esto que afirma GRISPIGNI del Proyecto Ferri, es exactamente lo que sucede en el Código Penal colombiano, hecho sobre las bases del citado Proyecto Ferri. En verdad, ¿qué diferencia esencial corre entre el art. 18 del Proyecto y el art. 11 del Código colombiano vigente? Y ¿qué diferencia corre entre el art. 29 del Código colombiano y el art. 33 del Proyecto, que disponía "El delincuente que sin ser alienado se halle en estado de intoxicación crónica producida por el alcohol o por otra substancia venenosa, o en estado de grave anomalía psíquica, será segregado, etc.?" Nos haríamos interminables en las citas de comparación.

⁵⁵ E. FERRI, *Principios de derecho criminal*, pág. 232 en nota.

⁵⁶ F. GRISPIGNI, *op. cit.*, vol. II, prólogo (nota).

⁵⁷ S. SOLER, *op. cit.*, vol. II, pág. 458, nota 7.

Se ha pretendido afirmar que existe una contradicción entre lo dispuesto por el art. 11 y el 12, ya que el art. 11 no habla de un elemento psicológico propio, mientras el 12 sí. De suerte que la responsabilidad legal, se niega precisamente porque el art. 11 no hace mención expresa ninguna sobre el elemento psicológico. Esta tesis ha sido planteada entre nosotros por los doctores GUTIÉRREZ ANZOLA y GAITÁN MAHECHA, en el escrito citado. Los argumentos propuestos por estos dos juristas, son los siguientes:

"Pero se afirma que nuestro Código consagra la llamada responsabilidad legal, y que por virtud de esta *incierta y absurda figura doctrinaria* (subrayo), los sujetos y personas de que habla el art. 29 del Código son responsables porque han infringido la ley. Quienes sostienen que el Código Penal colombiano establece la responsabilidad meramente legal en el art. 11 incurrir en un error funesto, ya que allí únicamente se afirma la *responsabilidad por la infracción penal* (subrayo), y si como hemos visto, solamente puede en derecho penal concebirse la infracción en cuanto concurren todos y cada uno de los elementos señalados en la norma penal en referencia, el género de responsabilidad que en la citada norma se establece es el de la *concepción jurídica* (subrayo), o sea, atribución de la consecuencia punitiva *derivada de la acción dolosa o culposa* (subrayo) (pág. 51). Más adelante se afirma lo siguiente: "la llamada responsabilidad legal es un concepto sin *respaldo jurídico alguno*, y una *entelequia carente de realidad*; mejor dicho no existe. Existe simplemente la *responsabilidad penal* (subrayo)... Quien actúa careciendo de la *capacidad de acción* (subrayo) por vía de dolo o culpa, es apenas un inimputable... etc."

Se afirma asimismo por estos dos eminentes juristas, que un auto de proceder dictado contra un inimputable "es nulo de nulidad absoluta, porque versa sobre materia que *no le corresponde resolver al jurado en conciencia, ni al juez en derecho...*" y porque para colocar al agente en el art. 29 se *requiere previamente la prueba de la anormalidad* (permanente o transitoria) y se sabe entonces de antemano que es inimputable y *por ende no responsable penalmente* (subrayo). En un reciente, denso volumen, el profesor GUTIÉRREZ ANZOLA⁵⁸ ha hecho afirmaciones muy interesantes sobre el tema que nos ocupa, apartándose en ciertos puntos de sus anteriores opiniones y sosteniéndolas resueltamente en otras partes de su obra. Dice como sigue el eximio jurista, refiriéndose al Código Penal: "Afirmaron los autores de esta obra trascendental en su tiempo, que hay un grupo de personas, comprendidas en el art. 29, las cuales no son imputables por ser anormales, y su *responsabilidad* (subrayo) es puramente social o legal como lo expresaron en la exposición de motivos. Dicha *responsabilidad* (subrayo) los hace acreedores a una sanción que es la medida de seguridad la cual tiene como fundamento la defensa social"⁵⁹. En estos apartes, se muestra el autor un poco lejano de sus primitivas afirmaciones que fueron transcritas en otro lugar de este trabajo.

⁵⁸ J. E. GUTIÉRREZ ANZOLA, *Doctrina y práctica del Estado peligroso en Colombia*, Bogotá, Ed. Diario Jurídico, 1956.

⁵⁹ J. E. GUTIÉRREZ ANZOLA, *op. cit.*, pág. 15.

Afirma, sin embargo a página 171 de su obra, el profesor GUTIÉRREZ lo que sigue: “No se escapa a nadie que el decreto 0014 está imbuido de un marcado sentido positivista, mediante la simple responsabilidad *legal* u *objetiva* (subrayo), en donde no entra en juego ese elemento culpabilidad que presupone capacidad de entender y de querer, de determinarse voluntariamente”.

“Nuestro estatuto penal modelado en principio de conformidad con tales fundamentos —los positivistas— *limitó* (subrayo) las medidas de seguridad para los sujetos de que habla el art. 29 del C. P., pero *sin sustraerlos de la denominada responsabilidad legal u objetiva*” (subrayo).

Con las anteriores transcripciones consideramos que se pueda apreciar fácilmente el pensamiento de estos dos autores. Nuestra opinión sobre el particular es la que sigue.

Ante todo, creemos firmemente que se hace una confusión lamentable entre lo que se llama *responsabilidad legal* y la llamada *responsabilidad objetiva*. Solamente cuando se haga el deslinde entre estas dos formas o especies de responsabilidad, se tendrán claras las nociones de responsabilidad legal. Hemos afirmado, y ahora lo repetimos, que la responsabilidad legal es una doctrina que se creó, como contraposición a la teoría de la responsabilidad moral.

La responsabilidad *objetiva* se refiere al *hecho*, al *evento* o resultado que viene puesto a cargo de un sujeto *independientemente* del examen sobre el elemento psicológico, en cambio la responsabilidad *legal*, se refiere al *sujeto*. Con la responsabilidad *legal*, se mira propiamente a buscar un elemento psíquico en el hecho aunque sí ha sido realizado por un sujeto imputable.

En otras palabras, con la *responsabilidad objetiva*, se pone a cargo del agente un determinado resultado o evento, teniendo en cuenta *exclusivamente* la relación de causalidad que va entre su acción y ese resultado o evento, *independientemente* como hemos dicho del examen sobre la culpabilidad. Casos de responsabilidad objetiva, se encuentran en nuestro Código, muchos, desgraciadamente. Piénsese por ejemplo en el régimen de las contravenciones tipificado en el art. 13 del C. P. y que a la letra dice: “En las contravenciones *la simple acción u omisión* hace responsable al agente”. ¿Qué significa esto? Pues sencilla y llanamente que en tratándose de contravenciones no hay necesidad de hacer ningún examen sobre la culpabilidad del agente, es decir, que aquí nace la responsabilidad por el simple nexo de causalidad. Esta es la responsabilidad objetiva.

En el caso del delito preterintencional, ¿a qué título subjetivo se le atribuye el resultado más grave al agente? No podrá ser a título de dolo, como se ha pretendido afirmar entre nosotros, porque entonces por qué preterintención? Ni a título de culpa, porque contrariamente a lo que se piensa, sí es posible la coexistencia de los dos fenómenos psíquicos (dolo y culpa) en una misma acción, por la muy simple razón de que estamos frente a dos *eventos*, a dos *resultados* diferentes. La culpa no se puede admitir, porque en el homicidio preterintencional, que es el único delito que se puede cometer con este elemento psicológico, no se encuentra ni imprudencia ni negligencia, ni impericia, que como se sabe dan origen a la culpa.

El Código en el art. 385 no habla para nada de culpa. De suerte que conforme a la mejor doctrina, nosotros creemos que en este caso, el resultado muerte en el homicidio preterintencional, se le debe cargar al agente a título de responsabilidad objetiva. En la práctica habrá que probar que la acción que tendía a la lesión fue la causa del resultado más grave; es decir, hay que establecer el nexo de causalidad física.

Responsabilidad *objetiva*, es la que se presenta en relación a los delitos que la doctrina extranjera llama *calificados* o *agravados* por el evento. Medítese por ejemplo el caso del art. 318 que dice: “Si los actos ejecutados obre la víctima *le ocasionaren la muerte o grave daño en su salud*, la pena... etc.”, se refiere este art. al caso de la violencia carnal agravada por la muerte de la víctima. ¿A qué título le viene el evento muerte a cargo del agente? A título de dolo, entonces ¿estaríamos en presencia de un homicidio doloso conforme al art. 362; a título de culpa? Y ¿qué clase de culpa? ¿Y por qué culpa? Es clarísimo que aquí estamos frente a un caso de *responsabilidad objetiva*, basta establecer la relación de causalidad entre los actos violentos y la muerte, y eso es suficiente para que la pena sea agravada y el agente responda por lo tanto del resultado más grave.

Reflexiónese, para no hacernos más largos en las citas, en los arts. 206, 258, 263, 396 del Código Penal.

La responsabilidad *legal*, por el contrario, no prescinde de la consideración del elemento psicológico del reato. Aun en el caso de que el reato haya sido cometido por persona inimputable, es preciso averiguar la culpabilidad, porque para nosotros, la culpabilidad no es en el Código Penal colombiano, presupuesto de la imputabilidad, como lo sostienen estos dos ilustres penalistas. Los redactores del Código sí tuvieron una idea muy clara de lo que es la responsabilidad *legal*, bástenos citar estas palabras terminantes del doctor RAFAEL ESCALLÓN⁶⁰ pronunciadas precisamente cuando se discutía el art. 11 del Código que consagró la responsabilidad legal. Dijo en esa ocasión el eximio jurista en relación con una constancia que dejara el doctor CÁRDENAS y contenida en los siguientes términos: “El doctor Cárdenas deja la siguiente constancia: Que en principio y por el curso de la discusión del art. 11 *ha aceptado como base de la imputabilidad penal la responsabilidad legal* (subrayo), y la ha aceptado porque desde la comisión anterior aceptó la responsabilidad social, pero le quedan algunas dudas acerca de la necesidad de *consignar expresamente algún elemento subjetivo*, de manera especial en lo que respecta a los delincuentes normales. El doctor ESCALLÓN manifiesta que de la configuración de la *responsabilidad legal* y de la de cada delito en particular, *surge necesariamente el estudio de los elementos subjetivos* (subrayo) y que por tanto el art. puede considerarse como comprensivo de *toda clase de elementos*. Sin embargo, para despejar toda duda, podría aceptarse una fórmula que dejara absolutamente satisfechos a todos los miembros de la comisión”.

⁶⁰ Trabajos preparatorios del nuevo Código Penal, acta núm. 20, vol. I, págs. 73, 74.

Las dudas del doctor CÁRDENAS quedaron consignadas en el actual art. 12. No queda la menor duda por lo consiguiente que en tratándose de responsabilidad legal, no se excluye en manera alguna el examen sobre el elemento psicológico que acompañó la acción delictuosa. El texto del art. que se discutía, estaba concebido en los siguientes términos: "Todo el que incurra en una infracción prevista por la ley penal es responsable, salvo los casos expresamente exceptuados en este Código". Esta disposición es esencialmente igual al vigente art. 11, con la sola diferencia de que se cambió la palabra "incurra" por la palabra "cometa", la preposición "por la ley", por la preposición "en la ley" y el verbo ser que estaba en presente (es) se puso en futuro (será). De otra parte, para negar que el Código Penal consagró en el art. 11 la responsabilidad legal, no basta con hacer afirmaciones apriori, sino que es necesario dar razones jurídicas ya que es un asunto de esa naturaleza el que se discute.

No es tampoco cierto ni menos lógico, afirmar que la responsabilidad legal "no excluye a los inimputables" ya que como lo hemos visto, para cobijar a los inimputables fue para lo que se creó la responsabilidad legal, de suerte que no podía dejarlos fuera de su acción. Finalmente ¿cómo se puede afirmar que no es al juez de derecho, ni al juez en conciencia a quien corresponde decidir sobre la imputabilidad o inimputabilidad del agente? Si no es al juez, ¿entonces a quién? Y si no es en el juicio, entonces ¿en cuál fase del proceso?

Ni vale decir que para llamar a juicio a un sujeto hay necesidad de establecer su "responsabilidad penal", como si la responsabilidad legal no fuera también penal. Lo es, por la sencilla razón de que el art. 11 que la consagra hace parte del Código de los delitos y de las penas.

Contra la teoría que ahora criticamos, existen argumentos textuales de la misma ley. Por ejemplo, el art. 63 habla de que "el manicomio criminal se destina para recluir a los alienados que *cometan delitos* para los cuales se señalan penas de presidio... etc.". El art. 1º de la ley 83 de 1946 "Orgánica de la defensa del niño", utiliza en relación con las acciones delictuosas cometidas por menores, expresiones totalmente inequívocas. El art. 1º habla de la infracción penal como condición para aplicar las medidas consignadas en la misma ley; el art. 12 habla del caso de que un menor "sea sorprendido en flagrante *delito*"; el art. 21 se refiere a la *culpabilidad del menor*"; el art. 25 se refiere a la "calificación legal del *delito* cometido por el menor", etc., etc.

Nosotros sostenemos que el Código Penal colombiano acogió la teoría de la *responsabilidad legal* y que quedó consignada en el art. 11 del Código actualmente en vigencia. Afirmamos asimismo que a nuestro modesto parecer, tal teoría no peca contra ningún principio de orden ético-religioso. Afirmamos también, que en el Código Penal colombiano, la imputabilidad no es presupuesto de la culpabilidad, y que por lo tanto, el juez al graduar la duración de las medidas de seguridad para los inimputables, debe necesariamente tener en cuenta la gravedad del delito cometido, para cuyo juicio tendrá especialmente en cuenta la naturaleza del elemento psicológico (dolo o culpa) que acompañó la acción criminal. Afirmamos, que en el

Código Penal colombiano, la *imputabilidad*, entendida como modo de ser o estado del agente al momento de cometer el reato, funciona como *presupuesto para la pena*, en sentido estricto.

Las conclusiones anteriores, encuentran un sólido respaldo en la jurisprudencia constante tanto del Tribunal como de la Corte Suprema de Justicia. Citamos los fallos más recientes:

El H. Tribunal de Bogotá, dijo en reciente sentencia al fallar sobre un asunto penal en el que intervenían unos menores:

"El robo, les es imputable como coautores, a XX y NN, y de él son ambos penalmente responsables porque de acuerdo con lo previsto en el art. 11 de nuestro Código Penal *que consagró la responsabilidad legal* (subrayo) "todo el que cometa... etc.". La presunta anomalía psíquica de que hubieren podido padecer en el momento de cometer el delito, *no hace desaparecer la responsabilidad*. Estas anomalías en el caso de existir y de ser graves *solo inciden en la aplicación de las sanciones*" (subrayo)⁶¹.

Y la H. Corte Suprema ha dicho varias veces: "Todo el que cometa una infracción de la ley penal es responsable, bien se trate de sujetos normales o anormales, cualesquiera que sean sus condiciones personales y las objetivas que hayan rodeado el hecho. El concepto de responsabilidad moral que prevalecía en el C. P. abrogado *desapareció por completo de la nueva ley* (subrayo). De consiguiente, la responsabilidad se predica de todo el que infrinja la ley penal. *La única diferencia que se establece se relaciona con las consecuencias, pues si el sujeto es normal ha de sufrir la condenación a una pena, si es anormal será sometido a la medida de seguridad que individualmente parezca más adaptable a su personalidad*. Las penas y las medidas de seguridad tienen un denominador común que es la defensa de la sociedad y que constituyen el medio de lucha contra el delito más directo porque obran una vez que se haya manifestado la peligrosidad del sujeto criminal"⁶².

De suerte que, el principio debe ser el siguiente: La distinción entre capaces e incapaces hace relación al momento último de la relación procesal, de la aplicación de la sanción. A los imputables: penas, a los inimputables: medidas de seguridad.

⁶¹ Justicia, núms. 165 y 166. Enero a diciembre de 1954, pág. 167.

⁶² ORTEGA TORRES, Código Penal, pág. 25.