

RESPONSABILIDAD PENAL A PARTIR DE LA CONVENCIÓN DE 2006 SOBRE DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD*

*Manuel Fernando Moya Vargas**
Víctor Manuel Cáceres Tovar****

Resumen: El derecho penal distingue entre personas imputables e inimputables. La Convención de 2006 sobre Derechos de las Personas con Discapacidad excluye cualquier tipo de discriminación basada en la discapacidad, lo cual conviene a eliminar la figura de los inimputables. Aparentemente esto cambia la estructura del derecho penal e impone hacer profundos cambios legislativos.

-
- * El artículo presenta resultados parciales obtenidos en el interior de los procesos de investigación que los autores adelantan sobre la temática de la responsabilidad penal en los grupos de investigación Derecho Penal Contemporáneo de la Universidad La Gran Colombia y Red Internacional de Política Criminal Sistémica “Extrema Ratio” UN de la Universidad Nacional de Colombia (2023). Fecha de recepción: 24 de agosto de 2023. Fecha de aceptación: 5 de julio de 2024. Para citar el artículo: Moya Vargas, Manuel Fernando y Cáceres Tovar, Víctor Manuel. “Responsabilidad penal a partir de la Convención de 2006 sobre Derechos de las Personas con Discapacidad”, *Revista Derecho Penal y Criminología*, vol. 46, n.º 120 (enero-junio de 2025), pp. 153-187.
doi: <https://doi.org/10.18601/01210483.v46n120.06>
- ** Posdoctor en Derecho por la Universidad de Buenos Aires. Investigador del Grupo de Investigación Derecho Penal Contemporáneo (Universidad La Gran Colombia). ORCID: 0000-0003-4969-9310. Correo electrónico: manuel.moya@ugc.edu.co.
- *** Doctor en Derecho por la Universidad Nacional de Colombia con Estancia Posdoctoral en la Universidad de Valencia (España). Investigador del Grupo de Investigación Red Internacional de Política Criminal Sistémica “Extrema Ratio” UN de la Universidad Nacional de Colombia. ORCID: 0000-0003-2869-713X. Correo electrónico: vmacerest@unal.edu.co.

Aquí se plantea que no es así, que los modelos de responsabilidad penal son compatibles con la Convención y que se requiere de una política judicial y criminal orientadora más que cambios legislativos al proceso y al sistema penal.

Palabras clave: Convención de 2006 sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, discapacidad, responsabilidad penal.

CRIMINAL RESPONSIBILITY BASED ON 2006 CONVENTION ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES

Abstract: Criminal law distinguishes between legal chargeable and unchargeable people. The 2006 Convention on the Rights of Persons with Disabilities excludes any type of discrimination based on disability, which should eliminate the figure of the legal unchargeable person. This apparently changes the structure of criminal law and requires profound legislative changes. Here it is argued that this is not the case, that models of criminal responsibility are compatible with the Convention and that a guiding judicial and criminal policy is required rather than legislative changes to criminal process and system.

Keywords: 2006 Convention on the Rights of Persons with Disabilities, disability, criminal responsibility.

INTRODUCCIÓN

El derecho penal distingue a las personas sobre quienes se ejerce el poder punitivo del Estado, entre imputables e inimputables. Esta división ha comprometido efectos fundamentales como la necesidad de ajustar la definición de *delito*.

Si bien es un encasillamiento jurídico de las personas, tiene una explicación lógica que surgió articulada al modelo de responsabilidad subjetiva, cuyo fundamento es el juicio de culpabilidad. Para el derecho penal ese modelo fue formulado por Kant a finales del siglo XVIII¹, y ha venido predominando, pese a algunas apropiaciones a instancia de importantes juristas que sobrevinieron.

La oposición fundamental entre personas imputables y personas inimputables puede abstraerse como un derecho penal diferencial, dado que, sobre la base de clasificar a las personas, no sólo distingue –al menos– dos conceptos de *delito*, sino que involucra dos tratamientos desiguales de la responsabilidad, como también en cuanto a las consecuencias, pues ha debido tipificarlas cualitativamente, según se apliquen a unas u otras personas, como penas o medidas de protección, respectivamente.

1 Kant, Immanuel, *La metafísica de las costumbres* (Bogotá: Rei Andes, 1995), p. 166.

En sus fundamentos yace un enfoque de responsabilidad que entronca con la capacidad jurídica, siguiendo un criterio semejante al que identificó el derecho civil desde que forjó la división entre personas en capaces e incapaces. Con base en tal criterio se distinguieron las consecuencias de sus actos, considerada su situación en comparación con las personas plenamente capaces.

Si bien el derecho civil ha sostenido la división desde el llamado “derecho arcaico”, históricamente obedeció a un cierto tipo de organización social donde no se reconocía la personalidad jurídica a todos los seres humanos, como tampoco plenamente a todas las personas capaces.

En materia penal se viene practicando regularmente a partir de la recepción de la responsabilidad subjetiva, es decir, desde hace dos siglos y medio aproximadamente.

Sin embargo, iniciando el siglo XXI sobrevino la necesidad de implementar un cambio que compromete todo el sistema jurídico, tanto en lo civil como en lo penal. Y es la ocasión de revisar los fundamentos sobre los cuales se edificó la diferenciación.

Los países miembros de Naciones Unidas que suscribieron la Convención de 2006 sobre Derechos de las Personas con Discapacidad se han encontrado en una especie de encrucijada, pues la mayor parte responde legislativamente al modelo de responsabilidad subjetiva, y distinguen el tratamiento penal de personas imputables por oposición al de las personas inimputables. Mientras que la Convención les impuso la obligación de ajustar los sistemas jurídicos internos, de tal suerte que debe desaparecer cualquier forma de distinción de las personas, tanto en materia de responsabilidad como también del tratamiento procesal, es decir, debe haber correspondencia u homogeneidad. Esto sobre la base del principio de convencionalidad, que, en este caso, implica pragmáticamente la obligación de reconocer a todos la misma capacidad jurídica.

Ser titulares de los mismos derechos y susceptibles de las mismas obligaciones es el efecto de acoger un modelo de responsabilidad que no diferencia a las personas sobre la base de criterios ontológicos.

En un momento dado inquietó el que no existiera en el instrumento internacional distinción expresa que permitiera sostener claramente su aplicabilidad al derecho público en general, con ello al penal específicamente. Sin embargo, ya existen manifestaciones claras de tener que hacer los ajustes necesarios tanto en materia de derecho privado como también en derecho público, involucrando al penal.

En consecuencia, deriva de la Convención, como efecto contundente en contra de la diferencia entre imputables e inimputables, que la principal fuente de inimputabilidad es la discapacidad cognitiva. Consecuencia de lo cual, las personas que por esta causa puedan no entender la ilicitud de su conducta o, pudiendo comprender no puedan

ajustar su comportamiento de conformidad a dicha comprensión, no podrán tener un tratamiento penal diferencial respecto de quienes sí pueden entenderlo y ajustar su conducta. De hecho, algunos países, como el Reino Unido, implementaron ajustes consistentes en haber dispuesto que los procesos penales contra personas “inimputables” por discapacidad estarían tramitados conforme con el enfoque restaurativo².

Ante la urgencia de implementar los ajustes necesarios dentro de los sistemas normativos, parece inevitable acudir a reformas legislativas en materia penal. No obstante, esa recursión –acudida en materia procesal– no es efecto de una reconsideración dispuesta a revisar los fundamentos sustantivos. Con lo cual queremos significar que la Convención es la ocasión para examinar el derecho penal diferencial desde la concepción misma de la responsabilidad, en busca una posibilidad de ajuste más sólida.

Al hacerlo se ha encontrado que la supresión de la inimputabilidad no es siquiera incompatible con las estructuras de responsabilidad existentes. Más que de reformas legislativas profundas, se precisa de una política penal, criminal y judicial debidamente orientada.

Metodológicamente, la investigación se informó de la semiótica jurídica. De tal suerte, se tomó la responsabilidad como expresión sígnica del sistema jurídico, es decir, una construcción con vocación comunicativa. Al efecto, se aplicó el método retroductivo³, distinguido por indagar en torno a los fundamentos en que se manifiesta la estructura lógica, en este caso de la responsabilidad penal que, a su vez, explicaría la inimputabilidad como consecuencia, de cara a revisar las posibilidades que registra el derecho penal no diferencial, es decir, la supresión general de la institución de la inimputabilidad.

Consecuencia de lo cual es una investigación basada en la complejidad, de enfoque connotativo y cualitativo, de fuente teórica con fines pragmáticos. La guía metodológica se dirige a servir favorablemente al modelo de justicia penal que resulte mejor ajustado a la Convención de 2006 para una persona con discapacidad.

Con criterio deductivo se precisaron inicialmente las principales implicancias comunicativas que involucran distintos usos de la responsabilidad, descubriendo dos proyecciones: una lega y otra técnica. También emergió en el mismo horizonte una sinapsis concretada en el sentido social de justicia.

2 Minkowitz, Tina, “El artículo 12 de la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Consideraciones para su implementación”, *SSRN* (2010).

3 Pensadores como Peirce lo aplicaron con resultados considerablemente importantes en materia de semiótica, indagando por los presupuestos sobre los cuales descansan las premisas de un silogismo. Pierce, Charles, *Escritos lógicos* (trad. Pilar Castrillo Criado, Madrid: Alianza, 1968).

Sobre esta base se revisó la configuración general de la responsabilidad, así como la manera que permitió darle versión científica a la responsabilidad propiamente penal.

Sucedáneamente se encuentra que a partir de la responsabilidad subjetiva se constituyó la figura de inimputabilidad, conforme con la versión más acabada con que se cuenta.

Y habiendo precisado sus lineamientos generales, se dio paso a revisar la trascendencia de la Convención de 2006 sobre la inimputabilidad penal, para retornar a los enfoques o modelos de responsabilidad penal, y demostrar que no son incompatibles con la supresión de la figura.

I. CARACTERIZACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD JURÍDICA

La construcción de la responsabilidad es de tal importancia que bien puede ser el estatuto científico del derecho o, al menos, uno de sus más distinguidos compromisos sociales.

Pese a su trascendencia científica para el derecho, la responsabilidad es experimentada como vivencia social, manifiesta a través de una pragmática revelada en actos de habla donde no siempre es claro si se trata de la consideración jurídica o de otra legítima, en la medida en que tienen diferencias, pero también coincidencias profundas.

El enunciado es recurrentemente utilizado en diversas operaciones comunicativas por personas expertas y legas. La diferencia más evidente implica el adjetivo significativo de la virtud socialmente estimada como muy positiva, asociada a la asunción diligente de las obligaciones propias, como presupuesto de evitar tener que “responder”.

Luego “ser responsable” socialmente puede ser el extremo opuesto de “ser responsable” jurídicamente.

Otras diferencias consisten en que la práctica social de la responsabilidad no necesariamente compromete personas⁴. Se halló que en ocasiones ser responsable en los usos sociales puede hacerse pesar sobre los hombros de alguien, orientado a satisfacer alguna expectativa, pero sin que medie algún tipo de contraprestación⁵.

Tanto en el caso del derecho como de las prácticas sociales, no es difícil advertir que la responsabilidad es una condición adquirida, que coloca a alguien o algo en una

4 British Broadcasting Corporation (BBC), *Qué es el nuevo coronavirus responsable de una misteriosa neumonía en China y por qué preocupa el primer caso detectado fuera del país* (Londres: Broadcasting House, 2020a).

5 British Broadcasting Corporation (BBC), *Los jóvenes somos responsables del cambio* (Londres: Broadcasting House, 2010).

cierta situación con respecto a alguien más. Se trata de un señalamiento que deriva en unas ciertas posibilidades.

Ciertamente, coinciden en el uso como sustantivo, el mismo designativo de quien está llamado a “responder”⁶.

Mientras la negación informada como “irresponsable” es representada como cualidad negativa, que sugiere –pero no siempre afirma– la condición de ser quien algo puede serle exigido⁷. Punto de discrepancia considerable, pues en derecho la negación de ser responsable implica estar libre de cualquier tipo de exigencia, prestación o consecuencia jurídica.

Es preciso agregar que existe la práctica comunicativa de homogenizar como sinónimos las enunciaciones *responsable* y *culpable*. Más aún, se tiende a preferir usar el segundo enunciado⁸. Si bien *responsabilidad* se emplea más a nivel técnico, no por ello es paralelo a los usos sociales o legos de la palabra *culpable*, tal y como sucede con el acostumbrado veredicto de *culpable* o *inocente*. Acto de habla que no es exclusivo del jurado de conciencia, sino que también a usanza de los jueces expresa la orientación de la decisión incorporada en sus sentencias. Pese a que técnicamente sería más preciso predicar *responsable* o *no responsable*, lo cierto es que desde su concepto básico la responsabilidad no está condicionada a clasificar a las personas en capaces o imputables, e incapaces o inimputables.

La oscilación entre los usos legos y el experto de la responsabilidad no es algo menor. De hecho, se trataría de una especie de capital sígnico compartido en los escenarios correspondientes, conforme una dinámica históricamente ininterrumpida. Que además sugiere el uso o práctica social como condicionante de la institución jurídica, particularmente manifiesta en la actuación judicial.

La interacción es rastreable desde varias perspectivas. El término –común a la versión técnica y a la lega– tendría origen en el latín *responsum* o *respondere*, integrado por el prefijo *re*, tradicionalmente implica una especie de iteración, aun cuando pudiera estar asociado también a *rei* –cosa–. Y en todo caso el sufijo *spondere* corresponde al

6 British Broadcasting Corporation (BBC), *Coronavirus y China: ¿se le puede pedir responsabilidad a Pekín por la pandemia de covid-19?* (Londres: Broadcasting House, 2020b).

7 British Broadcasting Corporation (BBC), *Llevamos 36 años muriendo: las dramáticas consecuencias de los residuos tóxicos abandonados por Suecia en Chile hace tres décadas* (Londres: Broadcasting House, 2021a); y British Broadcasting Corporation (BBC), *Covid-19: Cómo la teoría del origen de coronavirus en un laboratorio de Wuhan pasó de “conspiración” a ser investigada* (Londres: Broadcasting House, 2021b).

8 British Broadcasting Corporation (BBC), *Coronavirus en Reino Unido: el mea culpa de Boris Johnson el día en que Reino Unido superó los 100.000 muertos por covid-19* (Londres: Broadcasting House, 2021c).

mismo contrato *sponsio* –tan familiar en la historia del derecho–, una forma explícita, formal y predominantemente recurrida para comprometerse a algo.

Es decir, originalmente la palabra *responsabilidad* expresa el efecto de haber adquirido una cierta condición con respecto a alguien más, específicamente la de ser a quien puede exigirse algo. De donde *obligación* y *responsabilidad* son términos interdependientes. Ser responsable proviene de una asignación, una constitución signífica vinculada al hecho lícito y al ilícito, eventualmente a la ley, es decir, a las tradicionales fuentes de las obligaciones.

Habiendo una práctica social y otra técnica o jurídica de la responsabilidad, con algunas coincidencias manifiestas, la segunda habría derivado de la social, por supuesto adquiriendo una versión más acabada –en términos técnicos–. La importancia de esta relación, contigua o discontinua, es que permite ver un cierto sentido de justicia que parte de lo social y puede o no resultar acogido en la vivencia técnica de derecho judicial⁹.

A. Constitución de la versión técnica de la responsabilidad

La presencia de elementos claramente metajurídicos –sociales en todo caso– en la historia de la institución de la responsabilidad deja cuando menos sugerido que la versión jurídica ha estado profundamente asociada a la *lega*, por un tipo de relación –que no es precisamente causal– correspondiente a una cierta pragmática de justicia. Ser tenido por responsable no es incidental pero tampoco efecto de una operación precisa, sino de correspondencia con un sentido de justicia indicativo, por ejemplo, de no ser siempre el deudor quien está llamado a responder consecencial a su incumplimiento.

El precedente más remoto indica que los griegos clasificaron los comportamientos mediante recursiones del tipo negligencia o dolo¹⁰, aún antes de haberse institucionalizado la culpabilidad. Lo cual sirvió para formular una especie de evolución

9 “Sentido de justicia” se emplea conforme a la teoría del sentido formulada por Manuel Fernando Moya Vargas, entendiéndolo por tal una cierta experiencia compartida por una comunidad acerca de lo que es justo o de lo que no lo es. Experiencia que sitúa a esa misma comunidad en una condición de hábitud que se desatará en alguna forma de acción. Por ejemplo, las sentencias judiciales mediante las cuales los jueces logran expresar –aun contra *legem*– ese sentido social de justicia. El concepto fundamental de *sentido* puede consultarse en Moya Vargas, Manuel Fernando, “Acerca del sentido en la comunicación”, en *Logos: Revista de Lingüística, Filosofía y Literatura*, 34 (1), pp. 309-331, <https://doi.org/10.15443/RL3413>.

10 Aedo Barrena, Cristian, “Raíces griegas de la noción romana de culpa”, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* (Valparaíso, Chile: Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2013), pp. 39-80.

iniciada con la mancilla y el pecado, para concluir en la culpabilidad, conforme con la versión actualmente conocida¹¹.

Posiblemente ese precedente se proyectó en los juristas clásicos, lo cual explicaría haber asociado el tratamiento de la culpabilidad con la mora del deudor¹². No manejan una oposición entre dolo y culpa sino otra entre dolo y buena fe, y esto se advierte incluso en el derecho posclásico al referir la llamada “culpa en abstracto”¹³.

En materia penal se distinguió entre delito o ilícito civil del *crimen* o ilícito público¹⁴, lo cual condujo que a los delitos se les aplicase la responsabilidad desarrollada en derecho civil, aun cuando fuera tan confusa. No así a los crímenes, razón por la cual algunos investigadores, como Mommsen, tuvieron que admitir la incursión de elementos predominantemente metajurídicos¹⁵, como la equidad, trascendental incluso en el derecho penal medieval¹⁶ y que de una u otra forma sigue teniendo algún tipo de consideración bajo criterios como *sentimiento del derecho*, *precomprensión* del derecho técnico¹⁷ o el *sentido de la justicia* o *equilibrio reflexivo*¹⁸, e incluso *intuicionismo moral*¹⁹.

Lo cierto es que no existía un modelo de responsabilidad jurídica para los crímenes, pues si fue deficitario para derecho civil, tanto más para el penal, aún en época del derecho clásico muy discretamente desarrollado²⁰. En cuanto a los delitos, las

11 Ricoeur, Paul, *Finitud y culpabilidad* (trad. Cristina de Peretti, Julio Díaz Galán y Carolina Meloni. Madrid: Editorial Trotta, 2011).

12 Álvarez Correa, Eduardo, *Curso de Derecho Romano* (Bogotá: Editorial Pluma, 1979), pp. 494-495.

13 Arango Ruiz, Vincenzo, *Instituciones de Derecho Romano* (trad. José M. Caramés Ferro. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1953), pp. 423-431; y Espitia Garzón, Fabio, *Historia del Derecho Romano* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004), pp. 211-212.

14 Los juristas clásicos no se dieron a intentar un modelo de responsabilidad penal. Del *furtum* e *iniuria* se sabe que lo condicionaron a la demostración del *dolus malus*, del *damnum iniuria datum* hubo también responsabilidad objetiva conforme a Labeón y Ulpiano. Shulz, Fritz, *Derecho Romano Clásico* (trad. José Santa Cruz Teigeiro. Barcelona: Editorial Bosch, 1951), pp. 564-583.

15 Mommsen, Theodoro, *Derecho Penal Romano*, 2.^a ed., (trad. P. Dorado. Bogotá: Editorial Temis, 1999), pp. 62-65.

16 Grossi, Paolo, *El orden jurídico medieval* (trad. Francisco Tomás y Valiente y Clara Álvarez. Madrid: Marcial Pons, 1996), pp. 180-181.

17 Kaufmann, Arthur, *Filosofía del Derecho* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999), 126; y Radbruch, Gustav, *Filosofía del Derecho* (Madrid: Revista de Derecho Privado, 1952).

18 Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio* (Madrid: Ariel, 1955), p. 243.

19 Rawls, John, *La justicia como equidad. Una reformulación* (Barcelona: Paidós, 2002), p. 55.

20 Shulz, Fritz, *Derecho Romano Clásico* (trad. José Santa Cruz Teigeiro. Barcelona: Editorial Bosch, 1951), p. 548.

ambigüedades fueron considerables²¹, al igual que con el derecho civil, particularmente en lo que tuvo que ver con el tratamiento de la culpa²².

Completaba este medio ambiente jurídico la distinción civil de personas entre capaces e incapaces. Pero la explicación es metajurídica dada la institucionalización y funcionalidad de un tratamiento desigual conforme prescribe una sociedad tan draconiana como brahmánica, en la que se actuó la presencia de seres superiores y seres inferiores²³. Estructura prejurídica incorporada al derecho en su versión de la *personalidad*, de conformidad con ese *performance* jurídico que proyectó personas con capacidad jurídica, personas sin capacidad y seres humanos que no son personas. Incluso, siendo persona capaz, podía variar su intensidad, pues por mucho tiempo la voluntad fue una especie de monopolio²⁴.

En el recorrido historiográfico se descubre una amplia tipología de exclusiones, desde las más absolutas hasta otras que podríamos considerar relativas. Se verifica una distinción entre seres humanos y seres no humanos que, aun cuando vivos, han alcanzado en su proyección jurídica, considerada su mejor posibilidad, la condición de objetos de protección, por oposición a la posibilidad de ser titulares de derechos.

La intangibilidad del polisigno de la persona²⁵ conlleva su indivisibilidad, de forma semejante a como suele serlo la prestación en la teoría de las obligaciones. La persona no es fraccionable, puesto que no se puede ser medio, o un cuarto, o una tercera parte persona, y lo restante otra cosa. Estrictamente, se es o no se es persona. Pero si lo primero, no hay más posibilidad que ser una persona plena, es decir, capaz y responsable.

Esto fue una aporía jurídica, pues el derecho no podía permitirse fraccionar la persona, pero la sociedad de hecho lo tenía practicado. Sin embargo, tras la falacia de poder ser una persona disminuida, la aparente fragmentación ha proveído a una práctica de exclusiones manifiestas. En efecto, entre los seres humanos, sólo algunos

21 Shulz, Fritz, *Derecho Romano Clásico* (trad. José Santa Cruz Teigeiro. Barcelona: Bosch, 1951), p. 435.

22 Gayo, *Instituciones Jurídicas de Gayo* (trad. Francisco Samper. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2000), pp. 301-305.

23 Grimal, Pierre, *La civilización romana: vida, costumbres, leyes, artes* (Barcelona: Paidós, 1999), p. 100.

24 Iglesias, Juan, *Derecho Romano: historia e instituciones* (Barcelona: Ariel, 11.ª ed., 1993), pp. 136-143.

25 Son entendidos como signos de cierta complejidad, como podría ser un signo que involucra otros, por ejemplo, el semáforo. Consideramos la persona un polisigno dentro del sistema sígnico del derecho, porque involucra posibilidades múltiples de significación. Así, en la tradición hay personas naturales y jurídicas, pero se ha integrado las personas biológicas no humanas, como los animales, y otras, como el medio ambiente, los ríos, etc. De todas emerge la significación más abstracta de ser titulares de derechos. Albizu, Edgardo, "Metamorfosis del genio maligno", *Revista de Filosofía Arete*, vol. 7, n.º 2 (1995): pp. 245-263.

son personas. Otros, bajo la apariencia de una condición disminuida, en verdad son otra cosa establecida, sin embargo, en perspectiva del ser o no persona.

Hubo quienes alcanzaron esa condición en su única modalidad, es decir, la plenitud. Pero a otros, por el contrario, no les fue reconocido dicho estatus, bien valiéndose de una abierta y total negación, cuando no mediante una relativización que terminó siendo una variable de “semipersonas”, que en realidad es otra forma de no serlo. Por ejemplo, los esclavos o los extranjeros en la época del “derecho arcaico”, los nativos en América del Sur por la época de la Conquista, los judíos en tiempos del nacionalsocialismo y más recientemente los migrantes, equiparados a un cierto tipo de estado permanente de ilicitud, bastante próximo al de delincuente, que, conforme a modelos teóricos como el del derecho penal del enemigo, no son titulares de muchos de los derechos y garantías tradicionales, a lo sumo, objetos de protección²⁶.

Las oscilaciones han existido, indudablemente; al fin y al cabo, la aparición de la prohibición de la esclavitud sugiere un cambio importante. Pero no han implicado una transformación integral del poder ser persona plena sin que exista otra posibilidad.

Existen fragmentaciones que, de hecho, se traducen en francas negaciones establecidas mediante asignaciones de condición disminuida. Se trata de una especie de semiosis de personas a medias. Lo cual resulta ser, en sí mismo, una contradicción, pues, como se dijo, se es o no persona.

Durante el Medioevo las cosas no cambiaron mayormente, aun cuando es previsible que el predominio del discurso humanitario haya resultado propicio a acoger un modelo de responsabilidad compatible con un criterio de *persona* menos restrictivo. Fue este el presupuesto heredado para la primera versión de la responsabilidad penal.

De tal suerte, el derecho declara actualmente a todo ser humano su condición de ser persona. Pero no a todos les reconoce la capacidad –cuando menos plena–. Consecuencia de ello es que no toda persona es responsable por sus actos o por sus omisiones. Y cuando se enfrenta a alguien sin responsabilidad, no es mayormente distinto que cuando se enfrenta a quien no es persona.

Podría sintetizarse en que la institución jurídica de la persona ha sido utilizada como un mecanismo de negación, fruto de un entramado social, político, económico e ideológico, conforme con el cual no todo ser humano es necesariamente persona, o al menos personas plenas²⁷.

26 Fortunat Stagal, Jakob, “De cómo el hombre llegó a ser persona: Los orígenes de un concepto jurídico-filosófico en el derecho romano”, *Revista de Derecho*, n.º 45 (2015): pp. 373-401.

27 Corral Talciani, Hernán, “El concepto jurídico de persona y su relevancia para la protección del derecho a la vida”, *Revista Ius et Praxis*, vol. 11, n.º 1 (2016): pp. 37-53.

B. Configuración técnica de la responsabilidad penal

Tal vez las sospechas suscitadas con ocasión del fenómeno de la inquisición manifestaron el peligro de la ausencia de un auténtico derecho penal. Feuerbach en su momento cifró su investigación sobre las sanciones, las clasificó y sistematizó conformando un modelo de comprensión aún vigente²⁸, mientras que Beccaria fue auténtico crítico de las prácticas punitivas, anticipando lo que sería el devenir de la criminología²⁹.

Al respecto, nada mejor que un modelo de responsabilidad penal resultaba eficaz para transitar de la monstruosidad del castigo compositivo e irrestricto hacia la construcción de un poder punitivo controlado. Fue Kant, precisamente, quien germinó el primer modelo de responsabilidad penal, y con ello la original resolución del desorden jurídico hasta ahora existente³⁰.

Su fórmula es de base aristotélica, nutrida evidentemente por el trabajo conspicuo de los juristas clásicos y, pese a la difuminación histórica del pasado más bien remoto, supo el filósofo alemán trascender los devaneos epistemológicos de aquéllos, hasta alcanzar una fórmula depurada que caracterizaría desde entonces a la ciencia penal.

Su criterio consistió en formular la culpabilidad como fundamento de la responsabilidad penal, sobre la base de un cierto sentido de lo que llamó *maldad interior*, expresas bajo las alternativas de dolo y culpa.

Procedió dogmáticamente en cuanto trascendió los límites hermenéuticos característicos, y hasta él, hegemónicos en el derecho. Abrió la criba jurídica a la opción dogmática mediante la metafísica de las costumbres. Con su prescripción filosófica de los imperativos categóricos en que se basa la responsabilidad jurídico-penal se inauguró la ciencia del derecho penal³¹.

La concepción pragmática de Kant fue fundamento para la formulación de la responsabilidad subjetiva. Sobre esa base es preciso considerar su enunciación de la maldad interior que define los límites o intensidad del dolo. La acción humana se estima tanto en su consideración ética como en la jurídica, aspectos interdependientes que dinamizan la relación individuo-sociedad: “La legislación ética es la que no

28 Feuerbach, Paul, *Tratado de derecho penal: comúnmente vigente en Alemania* (Buenos Aires: Hamurabi, 1989), pp. 104-118.

29 Beccaria, Cesare, *De los delitos y las penas* (Madrid: Editorial Universidad Carlos III, 2015), pp. 87-89.

30 Moya Vargas, Manuel, “Kant, El primer sistematizador para el derecho penal”, *Revista Novum Jus*, vol. 4, n.º 2 (2010): pp. 77-94.

31 Kant, Immanuel, *La metafísica de las costumbres*, cit., p. 107.

puede ser exterior –aunque los deberes pueden también ser exteriores–; la jurídica es la que también puede ser exterior”³².

Y se completa conforme con una cierta denotación moral. Es decir, la acción individual puede trascender hacia el universo judicial en tanto constituya un complejo ético, moral y jurídico. Para poder ser sujeto a un “*juicio* por medio del cual alguien es considerado como autor (*causa libera*) de una acción, que entonces se llama *acto* (*factum*), y está sometida a leyes; si el juicio lleva consigo a la vez las consecuencias jurídicas del acto, es una imputación judicial (*imputatio iudiciaria s. valida*), en caso contrario, sólo una imputación dictaminatoria”³³.

A la complejidad de la acción agregó ser efectivamente la causa del efecto del cual depende la imputación penal. El aspecto determinante de esta condición causal es que la persona que actuó haya sabido de la ilicitud de su comportamiento³⁴.

Hay unidad causal constituida por el sujeto y su acción. La acción no es una simple intervención del ser humano en la realidad social, necesariamente exterior, sino que además tiene que surgir cualificada, como consecuencia de su conocimiento de la antijuridicidad, lo cual depende del ejercicio de su libre albedrío.

Violentar una prohibición meramente ética o moral corresponde a un nivel superficial de imputabilidad, mientras que el obstáculo conformado por una prohibición penal es un obstáculo mayor, así que violar la norma penal implica una *imputabilitas* correspondiente³⁵. Lo cual expone la importancia atribuida por Kant al conocimiento y a la voluntad sobre la base de la libertad.

Únicamente cuando la persona dispone actuar de forma incorrecta, habiendo podido optar libremente por todo lo contrario, está llamada a responder, puesto que solo en ese evento hay propiamente una transgresión del orden jurídico. Kant acentuó la libertad de acción como condición de responsabilidad. De esa forma la intencionalidad incorporada a la acción determina el carácter de la responsabilidad dolosa o culposa, “Una transgresión *no intencionada* que, sin embargo, puede imputarse, se llama *culpa*. Una *intencionada* (es decir, la que está ligada a la conciencia de ser una transgresión) se llama *delito* (*dolus*)”³⁶.

Lo cual se articula con su concepción general del derecho. Al fin y al cabo, terminaría siendo un régimen para el ejercicio de la libertad. El derecho es en sí una regulación

32 Ibid., 25.

33 Ibid., 35.

34 Ibid., 30.

35 Ibid., 36.

36 Ibid., 30.

del ejercicio de la libertad. Una acción es conforme a derecho cuando permite o cuya máxima permite a la libertad del arbitrio de cada uno coexistir con la libertad de todos según una ley universal³⁷.

A Kant le fue repulsiva cualquier posibilidad de instrumentalización del ser humano, culpable o no; de esta forma la medida de la responsabilidad proviene de la culpabilidad: tanta más culpa, es decir, dolo, mayormente responsable³⁸.

El grado de maldad interna determina la intensidad del castigo³⁹, puesto que es lo que manifiesta la determinación de violar el deber prescrito en la ley⁴⁰.

Esta teoría de la responsabilidad penal fue la primera, y ha servido de fundamento a los modelos teóricos comúnmente conocidos como escuelas, positivista, clásica y finalista. Algunos de los aportantes a esta última –precisamente aquellos que la llevaron hasta sus últimas consecuencias– han sido designados “neokantianos”, queriendo significar la apertura a otra concepción de la responsabilidad penal.

Ese *alter* germinó de la fórmula hegeliana cuya particularidad resulta profundamente distinta a la precedente. Postuló que lo jurídico se informa por una objetividad epistemológica incompatible con lo moral. Por una parte, la ley no tiene por qué consultar individualidades sino comunidades⁴¹. Por otra, el delito, al ser objetivamente discernido, resulta ser en sí mismo una violencia, pero no porque causalmente sea capaz de producir algún efecto, entre otros porque un derecho constituido y la voluntad que lo complementa no son vulnerables por el hecho del delito⁴². De tal suerte, un derecho adquiere una expresión objetiva y otra subjetiva. La primera se manifiesta como la materialidad en que se concreta, como corresponde el objeto al derecho de propiedad. Mientras que la subjetiva expresa la voluntad materializada y aportada a ese mismo objeto. Así, en el objeto del derecho de propiedad se manifiesta también una cierta voluntad de poseer como propietario.

El delito es en sí mismo un daño⁴³, pero no por las afectaciones individuales que pueda causar, sino porque expresa un *maximum* de injusticia al orientarse contra el derecho y contra la voluntad en él involucrada; “La auténtica injusticia es el delito,

37 *Ibíd.*, 39.

38 *Ibíd.*, 166.

39 *Ibíd.*, 169.

40 *Ibíd.*, 23.

41 *Ibíd.*, 181.

42 *Ibíd.*, 183.

43 *Ibíd.*, 182.

en el cual no se respeta el derecho ni en sí como se me aparece a mí, con lo que se lesionan ambos lados, el objetivo y el subjetivo”⁴⁴.

No es preciso condicionar el surgimiento de la responsabilidad penal a la evidencia de un daño sobre los derechos, puesto que, si se complementan con la voluntad, ella misma no es por sí vulnerable más que por el hecho de no ser reconocida por quien tiene la competencia de hacerlo, es decir, el Estado. Lo cual conviene a una concepción en que el único capaz de afectar la voluntad de las personas es esta institución⁴⁵, considerada por Hegel la más distinguida construcción alcanzada por el hombre⁴⁶.

La racionalidad intrínseca al delito expresa ser en sí un atentado contra un cierto orden establecido, manifiesto en orientarse hacia una pretendida afectación de un derecho particularmente considerado. Ese orden, que es objetivo, existe contra toda subjetividad y, en consecuencia, le resulta invulnerable. Pero sí se erige en daño en tanto en cuanto no se restituya mediante el castigo. Si el delito representa la negación del orden establecido, sin consideración a la subjetividad del agresor, éste debe ser negado en favor de ese orden, que es en sí mismo superior; “En esta discusión lo único que importa es que el delito debe ser eliminado no como la producción de un perjuicio, sino como lesión del derecho en cuanto derecho. Esta existencia es el verdadero perjuicio que hay que hacer desaparecer, y determinar dónde se encuentra es el punto esencial”⁴⁷.

Hace parte de ese derecho, de ese orden, que el Estado pueda negar los derechos del agresor para reivindicarse frente al acontecimiento del delito⁴⁸. Como consecuencia, la sanción penal es lo que opera la negación de la negación, para afirmar al Estado y con ello también a la persona del delincuente. La pena penal rescata al delincuente de su indignidad⁴⁹.

Sobre la base de esta concepción, Hegel propuso un modelo de responsabilidad caracterizado por no depender del conocimiento ni de la intención de la persona, sino de su situación específica en la sociedad civil. Al modelo precedente lo había designado *derecho de la intención*, el cual condiciona la responsabilidad a lo que haya podido saber el sujeto agente y a su voluntad. Mientras que a la propuesta de Hegel, a partir de la cual estructuró su modelo de responsabilidad, la autodesignó *derecho de la acción objetiva*, cuya cualidad implica considerar lo que puede exigirse

44 Hegel, Friedrich, *Principios de la filosofía del derecho o derecho natural y ciencia política* (trad. Juan Luis Vermal. Barcelona: Edhasa, 1999), p. 179.

45 *Ibíd.*, 180.

46 *Ibíd.*, 17.

47 *Ibíd.*, 186.

48 *Ibíd.*, 187-188.

49 *Ibíd.*, 188.

objetivamente al sujeto, es decir, saber lo que tiene que saber por ser pensante, en consideración a sus obligaciones dentro de la organización civil o Estado.

Dadas las específicas obligaciones que, a su turno, impone observar cierto tipo de comportamiento, el no hacerlo o hacer algo distinto a lo que le corresponde, se erige en presupuesto básico de su responsabilidad, en la medida en que la acción u omisión corresponda objetivamente con lo descrito en un tipo penal. La consideración no se basa en qué tanto sabía o quería, sino en lo que le era exigible: “El *derecho de la intención* es que la cualidad *universal* de la acción no es sólo *en sí*, sino además *sabida* por el agente, y por lo tanto puesta en su voluntad subjetiva. Inversamente, el derecho de la *objetividad* de la acción, como puede ser llamado, es que se le afirme como sabida y querida por el sujeto en cuanto éste es un ser *pensante*”⁵⁰.

En este modelo o enfoque de responsabilidad, el dolo y la culpa no son más que alternativas trascendentales en cuanto una norma las determina. Es desde las normas como se proyectan hacia y sobre el sujeto, y no lo contrario, tal y como lo previó Kant. El dolo y la culpa son epistemológicamente objetivas pues definen algo igualmente objetivo, como es la punibilidad. Como consecuencia, la funcionalidad del dolo y la culpa no fue otra que servir de criterio objetivo de punibilidad.

II. DEL SIGLO XIX A LA ACTUALIDAD

De la responsabilidad subjetiva tendrían que desprenderse que las personas deficientes en su capacidad de comprender y/o de orientación voluntaria de sus actos no encajan dentro del esquema de responsabilidad penal. Es decir, resultarían incapaces de ser responsables. Y se agrega que el principio de personalidad de las penas conforme derivó la sistematización de Feuerbach impide absolutamente la solución del derecho civil, al no permitir una reinstalación de la responsabilidad en otras personas, como los descendientes o los representantes legales.

En el modelo de responsabilidad correspondiente al derecho de la acción objetiva, la inquietud recaerá en torno a lo que puede ser exigido a la persona. Desde luego, si adolece de condiciones que le limitan, la exigibilidad queda contraída, quizás anulada. Es decir, bajo este enfoque la discapacidad no hace necesariamente a persona alguna incapaz de ser responsable. En el caso más extremo, la haría no responsable. Incluso, el principio de personalidad de las penas es menos impediendo, dado que es perfectamente posible que, por ejemplo, a un representante legal sí pueda serle exigido impedir algún cierto tipo de comportamiento de la persona representada, o al menos propender en esa dirección.

50 *Ibíd.*, 51.

En concreto, la inimputabilidad es efecto de una cierta organización de los elementos de la responsabilidad subjetiva, particularmente orientada por una concepción causal absoluta. No así de la segunda alternativa. Y efectivamente los kantistas se dieron a un desarrollo distinguido en que quedó involucrado como inevitable la existencia de personas inimputables. Mientras que en un momento dado los estructural-funcionalistas no excluyeron la figura, prefirieron adoptarla en cuanto no disputa con los presupuestos en que se fundamenta la responsabilidad por objetividad de la acción.

La “solución” final, procedente de las escuelas de tradición kantiana, fue suprimir el elemento culpabilidad de la estructura de responsabilidad de los inimputables. Lo cual no deja de ser antinomia, puesto que la cualidad de la responsabilidad subjetiva es justamente la culpabilidad. Por suerte, al liberar al juez del juicio de culpabilidad en que se debía fundamentar la responsabilidad, lógicamente no queda sino la responsabilidad objetiva.

La respuesta fue que, habiendo dejado el dolo y la culpa como elementos subjetivos del tipo, en consecuencia, identificar la culpabilidad con la imputabilidad, el juicio del inimputable concluiría con la verificación de antijuridicidad. Pero, en la medida en que se le derivan consecuencias penales, como son las llamadas “medidas de seguridad” o “de protección”, la antinomia no cambió más que en sus términos.

La institucionalización de la inimputabilidad

Desprendió del modelo kantiano la inimputabilidad para alterar o eliminar la responsabilidad. En el hegeliano, pese no serle necesaria, los estructural-funcionalistas la mantuvieron.

Los kantistas intentaron configurarla⁵¹, sobre la antijuridicidad de la conducta⁵². Las más importantes aportaciones se sirvieron del psicoanálisis, lo cual condujo a sustituir culpabilidad por imputabilidad, una reorganización molecular del delito⁵³, ya fijados contenidos psicológicos al dolo y a la culpa⁵⁴. Desde este punto de vista, en la obra de Beling emergió una precisión en términos de asociación que resignificó los hechos como actos antijurídicos⁵⁵.

51 Luzón Domingo, Manuel, *Tratado de la culpabilidad y de la culpa penal. Primera parte* (Barcelona: Editorial Hispano-Europea, 1960), pp. 177-230.

52 Carrara, Francesco, *Programa de derecho criminal* (Bogotá: Editorial Temis, 1971), pp. 38-39.

53 Von Liszt, Franz, *Tratado de derecho penal* (Madrid: Reus, 1929).

54 Radbruch, Gustav, *Historia de la criminalidad. Ensayo de una criminología histórica* (Barcelona: Bosch, 1955).

55 Beling, Ernst, *Die lehre vom verbrechen* (Deutschland: Adegí Graphics LLC Elibron Classics, 2011).

Goldschmidt sobrepuso algunos cuestionamientos a esta postura, identificando el dolo como un desacato deliberado de la norma, y la culpa como infracción al deber objetivo de cuidado⁵⁶. En cambio, Mezger propuso identificar la culpabilidad con la desaprobación social⁵⁷, manteniendo la condición eminentemente jurídica de la imputabilidad y de la inimputabilidad⁵⁸.

Se abrió paso la doctrina relativista del dolo y la culpa⁵⁹. De ahora en adelante dolo y culpa fueron elemento subjetivo del tipo⁶⁰. Lo psicológico de la culpabilidad mantuvo la exigencia kantiana de autocontrol, como indicó Kaufmann⁶¹, pero fue Wolff quien erigió la culpabilidad en principio del derecho penal.

La demostración de la imputabilidad sucedánea siguió siendo problemática⁶². Se buscó en el derecho penal de la objetividad de la acción⁶³, erigiendo la culpabilidad en límite para alcanzar la punibilidad⁶⁴. Jakobs revivió la norma como único fundamento de punibilidad⁶⁵, el dolo y la culpa serían sino extremaduras normativas⁶⁶, y se ha practicado⁶⁷.

Pero la adopción de lo psicológico conspiró en favor de la diferenciación⁶⁸, por suerte la inimputabilidad es cercana al concepto de *patología*, disfunciones fruto

-
- 56 Goldschmidt, James, *La concepción normativa de la culpabilidad* (Buenos Aires: Editorial Depalma, 1943).
- 57 Mezger, Edmundo, *Tratado de derecho penal*, vol. 1 (Madrid: Derecho Privado, 1957).
- 58 Navarrete, José María "La imputabilidad en el pensamiento de Edmundo Mezger", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, n.º 1 (1959): pp. 39-52.
- 59 Welzel, Hans, *Derecho penal alemán. Parte general*, 4.ª ed. castellana (trad. Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Santiago de Chile: Editorial jurídica de Chile, 1997), pp. 166-167.
- 60 Zaczek, Rainer, *Libertad, derecho y fundamentación de la pena* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010).
- 61 Kaufmann, Arthur, *Derecho, moral e historicidad* (Madrid: Marcial Pons, 2000).
- 62 Hirsch, Hans, *La posición de la justificación y la exculpabilidad en la teoría del delito, desde la perspectiva alemana* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996); y Ragués i Valles, Ramon, *El dolo y su prueba en el proceso penal* (Bogotá-Barcelona: Universidad Externado de Colombia y José María Bosch, 2002).
- 63 Jescheck, Hans Heinrich, "Evolución del concepto jurídico de culpabilidad en Alemania y Austria", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, vol. 5, n.º 1 (2003): pp. 1-16.
- 64 Roxin, Claus, *Culpabilidad y prevención en derecho penal* (Madrid: Reus, 1981).
- 65 Jakobs, Gunter, *Culpabilidad en el derecho penal: dos cuestiones fundamentales* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003).
- 66 Fernández Carrasquilla, Juan, *Conceptos y límites del derecho penal* (Bogotá: Temis, 2.ª ed., 1994), p. 139.
- 67 Sentencia BVerfGE 20, 323 (331).
- 68 Wolfgang, Frisch, *Comportamiento típico e imputación del resultado* (Madrid: Marcial Pons, 2004).

de lesiones o enfermedades⁶⁹, hasta la *locura*⁷⁰. Y aún ahora se sigue acudiendo a presupuestos semejantes⁷¹.

La responsabilidad subjetiva mantiene la inimputabilidad⁷², o el derecho penal diferencial⁷³, el daño antijurídico como explicación a la responsabilidad del inimputable⁷⁴ no resuelve la antinomia culpabilidad-inimputabilidad⁷⁵. La condición de la responsabilidad subjetiva es la imputabilidad, aun implantando consecuencias especiales⁷⁶.

Si los presupuestos de responsabilidad del imputable registran algún tipo de incertidumbre⁷⁷, particularmente probatoria⁷⁸, los de un inimputable son peores⁷⁹, pues el peligro aparece latente en el sitio que para los imputables ocupa la culpabilidad⁸⁰.

El enfoque reconocido como imputación objetiva tomó para sí la figura de la inimputabilidad⁸¹, lo que no deja de ser indicativo de la percepción social, un cierto sentido de justicia⁸², que reconoce *incapaces sanos y capaces enfermos*⁸³, la agudiza⁸⁴ y la justifica⁸⁵.

69 Urruela Mora, Asier, *Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica: la capacidad de culpabilidad penal a la luz de los modernos avances en psiquiatría y genética* (Bilbao: Comares, 2004).

70 Carrara, Francesco, *Programa de Derecho Criminal* (Bogotá: Editorial Temis, 1971), p. 179.

71 Muñoz Conde, Francisco, "La imputabilidad desde el punto de vista médico y jurídico penal", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, vol. 10, n.º 35 (1998): pp. 27-37.

72 Mezger, Edmundo, "La imputabilidad", *Revista Facetas Penales*, n.º 55 (2006): pp. 7-17.

73 Muñoz Conde, Francisco, *Teoría general del delito* (Bogotá: Editorial Temis, 2013), pp. 27-37.

74 Reyes Echandía, Alfonso, *Derecho penal* (Bogotá: Editorial Temis, 2000), p. 192.

75 Fernández Carrasquilla, Juan, *Conceptos y límites del derecho penal* (Bogotá: Temis, 1994), p. 141.

76 Incluso para Von Liszt, Franz, *Tratado de derecho penal* (Madrid: Reus, 1929).

77 Muñoz Conde, Francisco, "La imputabilidad desde el punto de vista médico y jurídico penal", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, vol. 10, n.º 35 (1998): pp. 119-126.

78 Mora Narváez, Maribel, "El impacto de la neurociencia sobre el derecho: El caso de la responsabilidad subjetiva", *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, n.º 15 (2012): pp. 195-230.

79 Fernández Carrasquilla, Juan, *Derecho penal fundamental* (Bogotá: Editorial Temis, 2.ª ed., 1995), pp. 198-199.

80 Roxin, Claus, *Culpabilidad y prevención en derecho penal* (Madrid: Reus, 1981).

81 Reyes Alvarado, Yesid, *Imputación objetiva* (Bogotá: Editorial Temis, 2005).

82 Zaffaroni, Raúl Eugenio, *Derecho penal parte general*, 2.ª ed. (Buenos Aires: Editorial Sociedad Anónima Editora, 2002), p. 875; y Ospina Ramírez, Mario Andrés, "Discapacidad y sociedad democrática", *Revista Derecho del Estado*, n.º 24 (2010): pp. 143-164.

83 Estrada Saltos, Galo, *El trastorno mental del infractor y su inimputabilidad en el derecho penal* (Ibarra: Universidad Autónoma de Los Andes, 2014).

84 Zaffaroni, Raúl Eugenio, *Derecho penal parte general*, 2.ª ed. (Buenos Aires: Editorial Sociedad Anónima Editora, 2002), p. 707.

85 Muñoz Conde, Francisco, "La imputabilidad desde el punto de vista médico y jurídico penal", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, vol. 10, n.º 35 (2013): p. 123.

Pero la culpabilidad enraíza en lo social y no en el saber científico, es contingente, como lo evidencian las explicaciones. Su demostración procesal suele emboscar al juez en el redil de la cognición, poniendo en entredicho la certeza de principios como la indagación o la presunción de inocencia⁸⁶. Al fin y al cabo, la condicionalidad de muchos delitos hace improbable verificarlo⁸⁷. Sumada la inexistencia de canales procesales convenientes al sentido social⁸⁸, los jueces corren siempre el riesgo de abastecerse en alternativas que ejemplifican prácticas del proceso penal del enemigo⁸⁹.

La imputabilidad, sustituto histórico de la culpabilidad, es una condición jurídica incluyente, condicionante de la posibilidad de derivar o atribuir responsabilidad. Mientras la inimputabilidad es excluyente, pero no elimina necesariamente la punibilidad. Lo cual no deja de ser antinomia para el enfoque de responsabilidad subjetiva en relación con los inimputables.

Sin embargo, la antinomia ha sido propicia a elucidar que la culpabilidad puede cumplir dos funciones sistémicas importantes, que no tienen siempre por qué coincidir. Por un lado, ser fundamento de responsabilidad, tal y como ha sido enunciado en la base de configuración para la responsabilidad subjetiva. Por otro lado, puede ser un presupuesto de punibilidad, que permite asignar la pena del tipo doloso o culposo, sin emanarlo de la persona, sino todo lo contrario, asignarlo a ella.

En el primer caso el dolo y la culpa son predicados del sujeto. Como se dijo en un momento dado, del comportamiento interior del sujeto agente. Kant empleó la expresión *maldad interior* para significarlo⁹⁰.

En la responsabilidad subjetiva el dolo y la culpa siguen siendo la causa original del daño y, por ello mismo, condición de responsabilidad. De allí que no trascienda mayormente discernir entre imputabilidad y tipo subjetivo, puesto que la función que cumplen el dolo y la culpa sigue siendo la misma, es decir, de causalidad.

86 Foucault, Michel, *La verdad y las formas jurídicas* (trad. Enrique Lynch. Barcelona: Gedisa, 3.ª ed., 1996), pp. 9-27.

87 Moya Vargas, Manuel, *Los fallos penales por inasistencia alimentaria. Un desfase entre la ley y la práctica judicial* (Bogotá: Universidad Santo Tomás, 2007), pp. 50-92.

88 Moya Vargas, Manuel, "El principio de congruencia en los procesos penales. Una reconsideración basada en la semiótica jurídica", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, vol. 40, n.º 109 (2020): pp. 13-76.

89 Contreras Portilla, Guillermo, "Fundamentos teóricos del derecho penal y procesal penal del enemigo", *Revista Jueces para la Democracia*, n.º 49 (2004): pp. 43-50.

90 Moya Vargas, Manuel, "Kant, El primer sistematizador para el derecho penal", *Revista Novum Jus*, vol. 4, n.º 2 (2010): pp. 77-94.

Es muy distinto cuando desprendiéndose de la función causal, pasa a ser sustituida por la atribución normativa de designación –objetiva– de la pena. En el modelo derivado de la propuesta hegeliana, la responsabilidad no se circunstancia mediante la existencia de una condición de causalidad, conforme se haya así demostrado.

Al no requerirse de la cualidad causante, se puede asignar objetivamente por defecto del comportamiento. Si la persona hizo lo que le correspondía hacer, con independencia de qué tan malo haya podido ser lo ocurrido en su interior, no procede imputación alguna.

Por el contrario, prescindiendo igualmente de lo malo o bueno de sus interioridades, si no actuó de conformidad con la pauta social que le correspondía, habiendo creado un riesgo antijurídico, está llamado a responder. Se insiste, no porque causalmente haya provocado un cierto resultado antijurídico, sino porque se le adjudica su producción.

La aplicación de la pena del tipo doloso o culposo depende de criterios objetivos –epistemológicamente considerados–, como haber podido o no evitar el resultado y si en efecto lo hizo o, cuando menos, lo intentó.

Esas dos operaciones jurídicas que puede cumplir la culpabilidad en el sistema normativo convienen a que la figura de la inimputabilidad no es estructurante de la responsabilidad por imputación objetiva de la acción.

Por supuesto, la inquietud se cierne sobre la responsabilidad subjetiva. Es decir, ¿puede hacerse un juicio de responsabilidad a una persona que no puede comprender la ilicitud de su comportamiento o que no puede ajustar su comportamiento a su comprensión, de forma no diferencial con quienes sí tienen esa capacidad?

III. LA ELIMINACIÓN DE LA FIGURA DE LA INIMPUTABILIDAD

La Convención de 2006 sobre Derechos de las Personas con Discapacidad resignificó a la persona natural, jurídicamente considerada⁹¹, al acabar con la tradición milenaria que clasifica entre capaces e incapaces⁹², cuando menos en relación con las personas con discapacidad. Al efecto los Estados nacionales deben hacer ajustes

91 Parreño, María José Alonso y de Araoz Sánchez-Dopico, Inés, *El impacto de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en la legislación educativa española* (Madrid: Ediciones Cinca, Cermi, 2011).

92 San José Gil, Amparo, “El primer tratado de derechos humanos del siglo XXI: la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 13 (2007): pp. 1-26.

necesarios a toda su estructura institucional⁹³, particularmente la jurídica⁹⁴, incluyendo una semántica compartida a nivel internacional⁹⁵.

La Convención realiza el propósito de restablecer en su plenitud a las personas con discapacidad, reconociendo su autonomía, su independencia, su libertad para tomar decisiones propias⁹⁶. Es importante señalar que no pretende homogenizar a todas las personas, pues reconoce el derecho a la diferencia⁹⁷, pero prescribe el derecho a crear las condiciones de máxima independencia, capacidad, inclusión y participación⁹⁸.

Otro derecho fundamental que reconoce es la personalidad jurídica plena⁹⁹, en todos los aspectos¹⁰⁰. Deslegitima así cualquier tipo de tratamiento diferencial basado en la discapacidad, lo cual se refleja inevitablemente en la responsabilidad jurídica en general y la penal en particular¹⁰¹.

La resignificación de las personas con discapacidad, mediante el reconocimiento de sus derechos, su personalidad, su capacidad y, con ello, su responsabilidad¹⁰², es incompatible con cualquier discriminación, incluso justificada en aparentes razones nobles de protección¹⁰³.

-
- 93 Palacios Rizzo, Agustina, *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* (Madrid: Ediciones Cinca, Cerme, 2008).
- 94 Parreño, María José Alonso y de Araoz Sánchez-Dopico, Inés, *El impacto de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en la legislación educativa española* (Madrid: Ediciones Cinca, Cerme, 2011).
- 95 Dhanda, Amita, "Constructing a new human rights lexicon: Convention on the rights of persons with disabilities", *Revista Internacional de Derechos Humanos*, vol. 5, n.º 8 (2008): pp. 42-59.
- 96 ONU, Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad (13 de diciembre de 2006), preámbulo.
- 97 Campoy Cervera, Ignacio, *Los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas* (Madrid: Dykinson, 2005).
- 98 Palacios Rizzo, Agustina y Bariffi, Francisco, *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* (Madrid: Ediciones Cinca, Cerme, 2014).
- 99 ONU, Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad (13 de diciembre de 2006), art. 12 n.1.
- 100 ONU, Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad (13 de diciembre de 2006), art. 12 n.2.
- 101 Bariffi, Francisco José, "Capacidad jurídica y capacidad de obrar de las personas con discapacidad a la luz de la Convención de la ONU", en Sastre Campo, Ana (ed.), *Hacia un derecho de la discapacidad: Estudios en homenaje al profesor Rafael de Lorenzo* (Cizur Menor, Aranzadi, 2009), pp. 353-390.
- 102 Padilla-Muñoz, Andrea, "Discapacidad: contexto, concepto y modelos", *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, n.º 16 (2010): pp. 381-414.
- 103 Wendell, Susan, *The Social Construction of Disability* (2015).

Es inevitable concluir que la oposición tradicional de imputabilidad-inimputabilidad perdió legitimidad y vigencia, pero la revisión de la historia de la responsabilidad jurídica permite considerar, por un lado, que la inimputabilidad no es condicionante para el derecho penal.

No obstante, hay quien ha considerado que las reformas jurídicas tienen que ser profundas, aun cuando admiten que deben acompasarse a otras de tipo político¹⁰⁴.

Habría una inevitable tensión penal y lógica entre la Convención y el tratamiento penal de personas con discapacidad, “necesitamos un espacio de *mediación* entre dos lógicas que si bien responden a distintas dinámicas están llamadas a entenderse”¹⁰⁵.

Al fin y al cabo, la respuesta penal contra las personas inimputables se basa en la peligrosidad. Así, por ejemplo, en España en casi un 70% de los casos la discapacidad cognitiva se evidencia cuando las personas han sido condenadas y llevadas a prisión. La pauta sigue siendo la negación social, con un agravante crítico y es que el sistema penal y el penitenciario no están hechos para personas con discapacidad cognitiva.

Minkowitz, en un texto presentado ante el Committee on the Rights of Persons with Disabilities, el 21 de octubre de 2009, mantuvo “La capacidad jurídica implica asumir la responsabilidad por las decisiones propias. Esto incluye tanto la responsabilidad de asumir tanto las obligaciones tomadas por propia voluntad como las impuestas por la sociedad. La equidad en la determinación por responsabilidades por incumplimiento de las obligaciones debe basarse en los principios de diseño universal, accesibilidad, ajustes razonables y medidas afirmativas. E incluir tanto las responsabilidades civiles como las penales”¹⁰⁶.

Análisis que condujo a la autora a concluir que “El diseño universal también se aplica a las leyes que tratan sobre la determinación de responsabilidades y la imposición de penas. En el contexto penal esto significa trabajar con un modelo de justicia restaurativa, no punitivo, a la vez que eliminar las exclusiones de responsabilidad en base a la discapacidad”¹⁰⁷.

Pese a morigerar las diferencias entre imputables e inimputables, al cabo termina manteniéndolas pues el modelo de justicia restaurativa se aplicaría a ellos como

104 Goñi, Luis, “Los derechos de las personas con discapacidad: necesidad de una nueva mirada jurídico-política al derecho argentino”, *Revista Síndrome de Down*, n.º 106 (2010): pp. 105-111.

105 Goñi, Luis, “Los derechos de las personas con discapacidad: necesidad de una nueva mirada jurídico-política al derecho argentino”, *Revista Síndrome de Down*, n.º 106 (2010): p. 108.

106 Minkowitz, Tina, “El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Consideraciones para su implementación”, *SSRN* (2010): p. 2.

107 Minkowitz, Tina, “El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Consideraciones para su implementación”, *SSRN* (2010): p. 6.

algo estandarizado, más no así para los imputables. Pero ese modelo no punitivo, restaurativo, no debe ser exclusivo para las personas con discapacidad pues, paradójicamente, ello compromete conservar la distinción.

También se ha propuesto cambiar las penas para los inimputables. Pero si la imputabilidad es una condición de la culpabilidad, que a su turno es una condición de la responsabilidad penal, y si no debe haber distingo entre personas imputables e inimputables, la distinción debería considerar únicamente el tipo de agresiones penalmente tipificadas. Por consiguiente, no es opción propiciar penas penales especiales para personas con discapacidad cognitiva¹⁰⁸. Mantener penas distintas implica la diferenciación.

Este tipo de medida se caracteriza por no haber involucrado el modelo de responsabilidad. Buscaron salidas con proyección procesal, pero sin proveer a los jueces de una fundamentación segura, basada en presupuestos jurídicos sólidos que puedan implementar en sus decisiones.

IV. POSIBILIDADES DE IMPLEMENTACIÓN PENAL A PARTIR DE LOS MODELOS DE RESPONSABILIDAD

La responsabilidad hace parte del sistema sónico del derecho. Tiene elementos de tipo conceptual, puesto que es representada mediante su concepto, y una función de indexicalidad, en cuanto permite hacer unas vinculaciones que se resuelven en poder designar a alguien como responsable¹⁰⁹.

Esa singularidad sónica es propicia a usos sociales, manifiestos en operaciones comunicativas, lo cual, a su turno, es propicio a expectativas sociales en cuanto a qué tanto una decisión judicial es convergente al sentido social de justicia. Particularmente evidenciable respecto del tratamiento judicial de delitos, por ejemplo, los sexuales y los políticos en casos en que, normalmente por incursión de los medios de comunicación masivos, han concitado la atención de comunidades¹¹⁰.

Pese a la laboriosa tarea de los juristas, nunca ha sido opción explicar la culpabilidad, y nada que de ella desprenda, prescindiendo de importantes contenidos culturales¹¹¹,

108 Rodríguez Vásquez, Julio y Morales Nakandakari, Pamela, *Penas para personas con discapacidad intelectual: un análisis basado en el modelo social de discapacidad* (2016).

109 Peirce, Charles, *La ciencia de la semiótica* (Buenos Aires: Ediciones Nueva Visión, 1974).

110 British Broadcasting Corporation (BBC), *Harvey Weinstein: declaran culpable de violación y delito sexual al poderoso exproductor de Hollywood en un caso clave para el movimiento #MeToo* (Londres: Broadcasting House, 2020c).

111 Hassemer, Winfried, *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal* (trad. Francisco Muñoz Conde y María del Mar Díaz Pita, Bogotá: Editorial Temis, 1999), pp. 89-90.

afines a un cierto sentido de justicia que localiza las formas jurídicas¹¹², aun cuando implique un lugar en la estructura del silogismo en que se nuclea la lógica del derecho¹¹³.

La responsabilidad en general informa acerca de qué es lo que una comunidad se propone corregir, castigar, negar, reprimir, prevenir, etc., a través de derecho penal. La fórmula social es el hecho bruto a partir del cual se constituye el hecho institucional o signo jurídico¹¹⁴.

Es decir, el mismo sentido social que tiende a incluir y no a excluir por razones de género, raza, cultura, política, religión, orientación sexual, ideología, etc., dejó de excluir a las personas con ocasión de alguna situación discapacitante.

La Convención de 2006 es indicativa de haber sobrevenido una nueva representación social de la persona en que su discapacidad no la ubica dentro de la anormalidad, sino que hace parte de su individualidad ordinaria, de forma semejante como resultaron ser la orientación sexual, la raza o la cultura, a partir de un cierto momento.

El modelo de responsabilidad subjetiva tiene prescrito que para poder ser responsable es preciso tener libre albedrío, lo cual se traduce en actuar la capacidad de poder saber el carácter social y antijurídico que adquieren las acciones, así como poder sincronizarse voluntariamente hacia un cierto tipo de decisión.

Pareciera lógico concluir que quien carezca de dichas condiciones no puede ocupar el lugar del responsable. Pero la inquietud sobrevenida tiene que ver con la influencia de la discapacidad sobre la determinación social de castigo, dictaminado por un sentido social de justicia que, por ejemplo, ni aún a una persona con discapacidad le ampara ser excluido con ocasión de una agresión sexual. La situación discapacitante no niega, sino que modula la responsabilidad. La posibilidad conforme al entronque lógico implicado en el hecho institucional o signo de la responsabilidad reconocería la condición de discapacidad y su influencia sobre la acción.

De la misma forma como un cierto sentido de justicia precedente permitió arribar a que la personas que preordenan su inimputabilidad, es decir, que alteran su capacidad de discernimiento o de intencionalidad, para “ser capaces” de cometer un delito, o pretender excusarse de responder, son susceptibles del juicio de responsabilidad. De igual forma como corresponde a quien actuó con ira y/o dolor suficiente, los

112 Geertz, Clifford, *Conocimiento local. Ensayo sobre la interpretación de las culturas* (trad. Alberto López Bargados. Barcelona: Paidós, 1994).

113 Kindhäuser, Urs y Mañalich, Juan, *Penal y culpabilidad en el Estado democrático de derecho* (Buenos Aires, Montevideo: BdeF, 2011).

114 Searle, Jhon, *La construcción social de la realidad* (Barcelona: Paidós, 1997).

cuales, pese a la influencia sobre el discernimiento y la intencionalidad, dejaron de imposibilitar ser responsables, sin que para ello haya sido posible siquiera alterar la culpabilidad.

Puede resolverse en la imputación, porque el sentido social de justicia no exime completamente de tener que saber (comprender) y actuar conforme a la expectativa social.

Sin desatender la posibilidad de imputación a título de culpa, cuando la forma normativa así lo contempla, hay lugar a la imposibilidad de imputación penal, formulada sobre la base de un sentido social de justicia que no abriga al tipo de persona con la discapacidad particularmente determinada.

En otros términos, no le es contingente sino más bien lógico dentro del silogismo fundamental de la responsabilidad subjetiva, el hecho de tener que modular el conocimiento y la voluntad informantes de la acción individual, por comprensión social en sustitución de razón y volición individuales y absolutas, tal y como terminaría reconociendo Habermas en términos de imágenes del mundo, donde pesan más las creencias practicadas socialmente¹¹⁵, precursoras del *entendimiento*, auténtica fuente de la acción, y efecto del encuentro entre lo social y lo individual¹¹⁶.

En el modelo de responsabilidad basado en la objetividad de la acción, lo primero que debe reconocerse es que la inimputabilidad no le es connatural. Una persona cualquiera tiene un cierta situación o condición social, de la cual haciendo parte su discapacidad, podrá generar la expectativa social de actuar conforme a cierto modelo regulativo de conducta.

De forma que la discapacidad, como situación real, la podrá ubicar dentro de ciertos entornos sociales concretos, lo que a su vez pueda excluirle de otros. De la misma forma como unas personas dadas ciertas condiciones son incluidas o excluidas de algún campo¹¹⁷.

La discapacidad puede, por ejemplo, excluir a la persona de un cierto campo, pero no implica necesariamente ser excluida de todos los campos sociales.

Si es así, conforme la regulación del campo al que pertenezca, le será exigible algún tipo de comportamiento, de cuya observación dependa constituirse el riesgo antijurídico, y si habiéndolo constituido podía o no evitar el resultado.

115 Habermas, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa. Racionalidad de la acción*, tomo 1 (Madrid: Trotta, 2010), p. 97.

116 Habermas, Jürgen, *Verdad y justificación* (Madrid: Trotta, 2011), p. 113.

117 Bourdieu, Pierre y Teubner, Gunther, *La fuerza del Derecho* (Bogotá: Ediciones Uniandes, 2000).

La dificultad particular provendría de ser la condición discapacitante tal que no pueda caber en campo social alguno o, que, correspondiendo a alguno, a causa de la condición discapacitante haya actuado en algún otro generando un riesgo antijurídico.

La pregunta fundamental estaría en términos de si podía o no exigírsele actuar de forma diversa a como lo hizo u omitió. Pero la completitud de la respuesta estaría dada por qué tan evitable le fue el resultado. Lo cual no riñe con la exigencia que corresponda a las autoridades encargadas de proveer a las personas que se encuentran en la condición discapacitante, particularmente, en materia de ajustes implicados a partir de la Convención de 2006.

En consecuencia, cualquiera sea el enfoque de responsabilidad acogido, a ninguno le resulta incompatible la condición discapacitante. Lo que debe ajustarse es la comprensión judicial de la situación en que se hallen las personas. Así que aplicar la Convención no está sujeto a ingresar cambios legislativos.

Incluso, si bien la discapacidad no es la única fuente de inimputabilidad, ello justifica que no tengan por qué derogarse necesariamente las disposiciones positivas, dejando desueto lo que no puede seguir siendo aplicado efectivamente.

Se requiere de una política judicial en correspondencia con una política criminal clara¹¹⁸, que oriente a los jueces en particular y a los abogados en general a contemplar la condición discapacitante como algo objetivamente normal, correspondiente a la individualidad de quien la vive.

De hecho, una opción transversal, asociada a los dos enfoques de responsabilidad, consiste en mantener vinculada la condición discapacitante nada más que con proyección sobre la punibilidad. De tal suerte no sea resolutive de la imputabilidad sino directamente de la responsabilidad. Es tanto como predicar que al “ex inimputable”, se le haga un juicio de culpabilidad ordinario.

Conduciría a integrar la discapacidad como un factor de determinación de la pena, hacia la correspondiente en el tipo doloso o el tipo culposo y, dentro de ellos, al extremo o medio correspondiente, conforme la derivación de responsabilidad haya permitido una u otra imputación, en el caso de la responsabilidad subjetiva.

Mientras conforme con el modelo de responsabilidad por objetividad de la acción, en los eventos donde la condición discapacitante no excluya la exigibilidad del comportamiento no observado, servirá para la imputación del tipo doloso o culposo conforme haya podido o no evitarse el resultado.

118 Cáceres Tovar, Víctor, *Fundamentación teórica de una política criminal constitucional para los delitos sexuales con menores de 14 años en Colombia* (Bogotá: Editorial Ibáñez, 2019), p. 178.

De cualquier forma, en atención al enfoque procesal adoptado, la demostración objetiva de la condición discapacitante así como su proyección social e individual hacen parte de la acción social de la persona, y permiten actuar criterios precisos.

El modelo de responsabilidad subjetiva es aplicable a las personas con discapacidad, sin necesidad de impostar cualquier forma de discriminación que mantenga o encubra la distinción entre personas imputables e inimputables. Al efecto debe el juez estar en disposición de hacer juicios de culpabilidad, sobre la base de adoptar el sentido social de justicia conforme al cual debe modularse la comprensión y la intencionalidad.

La discapacidad, cualquiera que sea, no es más que otra condición que el juez debe considerar, asumiendo que sus efectos sobre el juicio de responsabilidad no son anticipadamente excluyentes.

Como la Convención prohíbe prácticas discriminatorias, las sanciones no podrían ser materialmente distintas a las que una persona sin discapacidad pueda sufrir. Los jueces pueden asistirse de los subrogados, así como por parte de los acusadores viabilizar salidas alternas, como el criterio de oportunidad, que implica mecanismos restaurativos para las víctimas, medidas preventivas o de evitación de revictimización.

En el modelo de responsabilidad por objetividad de la acción compete al juez establecer lo que objetivamente –epistemológicamente– puede serle exigido a la persona en su comportamiento social, dada la condición de discapacidad. Lo cual involucra si alguna otra persona natural o jurídica haya debido intervenir para hacer ajustes necesarios. Significando que compete a las partes indagar acerca de lo que socialmente le es exigible. Si no obstante la discapacidad la conclusión es que era exigible evitar la creación del riesgo o impedir los resultados antijurídicos este, la persona es susceptible de ser declarada responsable. Y la pena en concreto va a depender del juicio que permita atribuirle el tipo doloso o culposo, conforme haya podido o no evitar el resultado, considerada la discapacidad en concreto.

Es igualmente importante fortalecer la viabilidad de salidas alternas y de concesión de subrogados, teniendo en cuenta la discapacidad como condición importante y no causalmente determinante de la decisión que corresponda.

Este tipo de criterio no es de estirpe legislativa, sino política que integra lo penal, lo criminal y lo judicial. Son estos contenidos los que deben impactarse para operar el principio de convencionalidad comprometido en los ajustes necesarios informados por la Convención de 2006.

Incluso, es previsible que la presencia de reformas judiciales dispuestas a vehicular los ajustes necesarios resulte nugatoria en ausencia de las modulaciones penales mediadas por programas específicos de política penal, criminal y judicial.

Los modelos de responsabilidad permiten operar medidas como las manifestadas, lo cual depende más de los operadores jurídicos en general, que de reformular las leyes vigentes. Se evitarían las demoras, lo farragoso y errático de los procesos legislativos y, necesariamente, postergar la inmediatez que reclama la eficacia de derechos humanos involucrados en instrumentos como la Convención de 2006.

CONCLUSIONES

Es claro que el efecto inmediato de la Convención no puede ser otro que un derecho penal in-diferencial. Sobre este presupuesto, se ha sugerido una desventaja respecto de las personas con discapacidad, una incompatibilidad considerable con la estructura jurídico-penal y, en consecuencia, ante la inamovilidad del instrumento internacional, las inevitables reformas legislativas como único mecanismo para atender las obligaciones contraídas. Pero pueda ser la ocasión de considerar las posibilidades de un derecho penal menos retributivo y más restaurativo, incluso transitivo hacia condiciones de paz, convivencia y concordia.

Considerando los modelos de responsabilidad penal de cara a la Convención, la incompatibilidad cuando menos tiende a desvanecerse, o cambia la envergadura hasta ahora asignada. Se encuentra que el modelo predominante se basa en la culpabilidad, permite la imposición de sanciones tradicionales como la prisión, con un carácter propiamente preventivo-general y retributivo. Y fue la ocasión para generar el criterio de inimputabilidad penal. Sin embargo, no le es incompatible la posibilidad de declarar responsables a personas con discapacidad, siempre y cuando los acusadores y los juzgadores se permitan establecer la incidencia de esa condición sobre la libertad que tuvo la persona para elegir el comportamiento observado, no como criterio de exclusión sino todo lo contrario.

El segundo modelo de responsabilidad, definido por Hegel como de objetividad de la acción, considera la situación social que desempeña la persona. Y la discapacidad puede incidir en la exigibilidad en concreto, pero no es eliminatoria de responsabilidad. De tal suerte, si no obstante la discapacidad era exigible no crear el riesgo antijurídico o evitar el resultado, la persona está llamada responder y, como consecuencia, le será impuesto el tipo doloso o culposo.

Estas opciones tienen en común estar informadas y admitir, a nivel judicial, que existe un sentido social de justicia, con el cual no riñe, sino que es atendido. Ese sentido social tiene por contenido las representaciones sociales de lo que es justo y lo que es injusto. Un sentido que revalúa la comprensión de lo que es lo volitivo e intencional, por un entendimiento basado en las representaciones sociales. El mismo que no excluye de poder ser responsables a las personas con discapacidad sino, todo lo contrario, los entiende tan capaces como cualquier otra persona natural. Pero es importante que los jueces lo puedan reconocer y practicar, y no negar o disputar.

Otra solución asociada al mismo sentido de justicia es vincular la culpabilidad exclusivamente a la punibilidad. En el caso de la responsabilidad subjetiva, las personas con discapacidad dejan de ser inimputables; por consiguiente, les es viable el juicio asociado al tipo subjetivo, lo cual conviene a que el dolo y la culpa son definitorios de la pena. Teniendo en consideración que tradicionalmente se trata de juicios que se hacen sobre el comportamiento de la persona, el juez hace estimativos basados igualmente en el sentido social de justicia, entendiendo que la situación discapacitante por sí misma no impide el dolo ni la culpa, sino que se trata de reconocer el entendimiento y la intencionalidad como modulaciones sociales del comportamiento individual.

Esta posibilidad o cualquier otra de fondo no requieren de reformas legislativas, tanto como de criterios de política criminal, penal y judicial, orientados a proveer a los jueces de poder considerar la responsabilidad como signo jurídico, ciertamente, pero también social. Es decir, sus contenidos no son meramente técnicos, pero el juez puede atender también a esa dimensión, permitiendo circular naturalmente el sentido social de justicia subyacente a las causas que dirime.

Seguramente los operadores judiciales se encuentren con que deban compensar la función retributiva de las sanciones, con mecanismos mejor dispuestos a la práctica del efecto restaurativo, como oficiar las salidas alternas y considerar la condición de discapacidad para la concesión de subrogados.

Una forma de afianzarlo es disponiendo de criterios orientadores que claramente le indiquen la dirección. Por ejemplo, la discapacidad es una condición normal que no contrae las posibilidades de las personas. Debe ser objetivamente considerada para establecer la manera como los condiciona.

En suma, la mejor e inmediata posibilidad de contemporizar el derecho penal conforme con la Convención de 2006, y cualquier otro instrumento fuente de derechos y garantías fundamentales se encuentra en la jurisprudencia. Los ajustes necesarios no solo pueden y deben ser implementados sino emerger a partir de la actividad jurisprudencial, pues, como puede apreciarse, las posibilidades son en sí opciones interpretativas de carácter hermenéutico, dogmático, sociológico y semiótico.

BIBLIOGRAFÍA

Aedo Barrera, Cristian, “Raíces griegas de la noción romana de culpa”, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* (Valparaíso, Chile: Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2013).

Albizu, Edgardo, “Metamorfosis del genio maligno”, *Revista de Filosofía Arete*, vol. 7, n.º 2 (1995).

Álvarez Correa, Eduardo, *Curso de Derecho Romano* (Bogotá: Editorial Pluma, 1979).

Arango Ruiz, Vincenzo, *Instituciones de Derecho Romano* (trad. José M. Caramés Ferro. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1953).

Bariffi, Francisco, *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* (Madrid: Ediciones Cinca, Cermi, 2008).

Bariffi, Francisco José, “Capacidad jurídica y capacidad de obrar de las personas con discapacidad a la luz de la Convención de la ONU”, en Sastre Campo, Ana (ed.), *Hacia un derecho de la discapacidad: Estudios en homenaje al profesor Rafael de Lorenzo* (Cizur Menor, Aranzadi, 2009).

British Broadcasting Corporation (BBC), *Los jóvenes somos responsables del cambio* (Londres: Broadcasting House, 2010). Disponible en <https://bbc.in/3BtaT11> (consultado: 14 de julio de 2021).

British Broadcasting Corporation (BBC), *Qué es el nuevo coronavirus responsable de una misteriosa neumonía en China y por qué preocupa el primer caso detectado fuera del país* (Londres: Broadcasting House, 2020a). Disponible en <https://bbc.in/3zd0gRk> (consultado: 14 de julio de 2021).

British Broadcasting Corporation (BBC), *Coronavirus y China: ¿se le puede pedir responsabilidad a Pekín por la pandemia de covid-19?* (Londres: Broadcasting House, 2020b). Disponible en <https://bbc.in/2Uxvh3H> (consultado: 14 de julio de 2021).

British Broadcasting Corporation (BBC), *Harvey Weinstein: declaran culpable de violación y delito sexual al poderoso exproductor de Hollywood en un caso clave para el movimiento #MeToo* (Londres: Broadcasting House, 2020c). Disponible en <https://bbc.in/3wUEpwt> (consultado: 14 de julio de 2021).

British Broadcasting Corporation (BBC), *Llevamos 36 años muriendo: las dramáticas consecuencias de los residuos tóxicos abandonados por Suecia en Chile hace tres décadas* (Londres: Broadcasting House, 2021a). Disponible en <https://bbc.in/3zkK0xx> (consultado: 14 de julio de 2021).

British Broadcasting Corporation (BBC), *Covid-19: Cómo la teoría del origen de coronavirus en un laboratorio de Wuhan pasó de “conspiración” a ser investigada* (Londres: Broadcasting House, 2021b). Disponible en <https://bbc.in/3wWf4C4> (consultado: 14 de julio de 2021).

British Broadcasting Corporation (BBC), *Coronavirus en Reino Unido: el mea culpa de Boris Johnson el día en que Reino Unido superó los 100.000 muertos por covid-19* (Londres: Broadcasting House, 2021c). Disponible en <https://bbc.in/3rpp4Tm> (consultado: 14 de julio de 2021).

Beccaria, Cesare, *De los delitos y las penas* (Madrid: Universidad Carlos III, 2015).

Beling, Ernst, *Die lehre vom verbrechen* (Deutschland: Adegí Graphics LLC Elibron Classics, 2011).

Bourdieu, Pierre y Teubner, Gunther, *La fuerza del Derecho* (Bogotá: Ediciones Uniandes, 2000).

Cáceres Tovar, Víctor, *Fundamentación teórica de una política criminal constitucional para los delitos sexuales con menores de 14 años en Colombia* (Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2019).

Campoy Cervera, Ignacio, *Los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas* (Madrid: Dykinson, 2005).

Carrara, Francesco, *Programa de Derecho Criminal* (Bogotá: Editorial Temis, 1971).

Contreras Portilla, Guillermo, “Fundamentos teóricos del derecho penal y procesal penal del enemigo”, *Revista Jueces para la Democracia*, n.º 49 (2004).

Corral Talciani, Hernán, “El concepto jurídico de persona y su relevancia para la protección del derecho a la vida”, *Revista Ius et Praxis*, vol. 11, n.º 1 (2016).

Dhanda, Amita, “Constructing a new human rights lexicon: Convention on the rights of persons with disabilities”, *Revista Internacional de Direitos Humanos*, vol. 5, n.º 8 (2008).

Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio* (Madrid: Ariel, 1955).

Espitia Garzón, Fabio, *Historia del Derecho Romano* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004).

Estrada Saltos, Galo, *El trastorno mental del infractor y su inimputabilidad en el derecho penal* (Ibarra: Universidad Autónoma de Los Andes, 2014).

Fernández Carrasquilla, Juan, *Conceptos y límites del derecho penal*, 2.ª edición (Bogotá: Temis, 1994).

Fernández Carrasquilla, Juan, *Derecho penal fundamental*, 2.ª edición (Bogotá: Temis, 1995).

Feuerbach, Paul, *Tratado de derecho penal: comúnmente vigente en Alemania* (Buenos Aires: Hammurabi, 1989).

Fortunat Stagal, Jakob, “De cómo el hombre llegó a ser persona: Los orígenes de un concepto jurídico-filosófico en el derecho romano”, *Revista de Derecho*, n.º 45 (2015).

Foucault, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, 3.ª edición (trad. Enrique Lynch. Barcelona: Gedisa, 1996).

Gayo, *Instituciones Jurídicas de Gayo* (trad. Francisco Samper. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2000).

Geertz, Clifford, *Conocimiento local. Ensayo sobre la interpretación de las culturas* (trad. Alberto López Bargados. Barcelona: Paidós, 1994).

Goldschmidt, James, *La concepción normativa de la culpabilidad* (Buenos Aires: Editorial Depalma, 1943).

Goñi, Luis, “Los derechos de las personas con discapacidad: necesidad de una nueva mirada jurídico-política al derecho argentino”, *Revista Síndrome de Down*, n.º 106 (2010).

Grimal, Pierre, *La civilización romana: vida, costumbres, leyes, artes* (Barcelona: Paidós, 1999).

Grossi, Paolo, *El orden jurídico medieval* (trad. Francisco Tomás y Valiente y Clara Álvarez. Madrid: Marcial Pons, 1996).

Habermas, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa. Racionalidad de la acción*, tomo I (Madrid: Trotta, 2010).

Habermas, Jürgen, *Verdad y justificación* (Madrid: Trotta, 2011).

Hassemer, Winfried, *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal* (trad. Francisco Muñoz Conde y María del Mar Díaz Pita. Bogotá: Editorial Temis, 1999).

Hegel, Friedrich, *Principios de la filosofía del derecho o derecho natural y ciencia política* (trad. Juan Luis Vermal. Barcelona: Edhasa, 1999).

Hirsch, Hans, *La posición de la justificación y la exculpabilidad en la teoría del delito, desde la perspectiva alemana* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996).

Iglesias, Juan, *Derecho Romano: historia e instituciones*, 11.ª edición (Barcelona: Ariel, 1993).

Jakobs, Gunter, *Culpabilidad en el derecho penal: dos cuestiones fundamentales* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003).

Jescheck, Hans Heinrich, “Evolución del concepto jurídico de culpabilidad en Alemania y Austria”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, vol. 5, n.º 1 (2003).

Kant, Immanuel, *La metafísica de las costumbres* (Bogotá: Rei Andes, 1995).

Kaufmann, Arthur, *Filosofía del Derecho* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999).

Kaufmann, Arthur, *Derecho, moral e historicidad* (Madrid: Marcial Pons, 2000).

Kindhäuser, Urs y Mañalich, Juan, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho* (Buenos Aires, Montevideo: BdeF, 2011).

Luzón Domingo, Manuel, *Tratado de la culpabilidad y de la culpa penal. Primera parte* (Barcelona: Editorial Hispano-Europea, 1960).

Mezger, Edmundo, *Tratado de derecho penal*, vol. 1 (Madrid: Derecho Privado, 1957).

Mezger, Edmundo, “La imputabilidad”, *Revista Facetas Penales*, n.º 55 (2006).

Minkowitz, Tina, “El artículo 12 de la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad-consideraciones para su implementación”, *SSRN* (2010). Disponible en <https://bit.ly/3wSjWZ3> (consultado: 29 de marzo de 2019).

Mommsen, Theodoro, *Derecho Penal Romano*, 2.ª edición (trad. P. Dorado. Bogotá: Editorial Temis, 1999).

Mora Narváez, Maribel, “El impacto de la neurociencia sobre el derecho: El caso de la responsabilidad subjetiva”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, n.º 15 (2012).

Moya Vargas, Manuel, *Los fallos penales por inasistencia alimentaria. Un desfase entre la ley y la práctica judicial* (Bogotá: Universidad Santo Tomás, 2007).

Moya Vargas, Manuel, “Kant, El primer sistematizador para el derecho penal”, en *Revista Novum Jus*, vol. 4, n.º 2 (2010).

Moya Vargas, Manuel, “El principio de congruencia en los procesos penales. Una reconsideración basada en la semiótica jurídica”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, vol. 40, n.º 109 (2020).

Moya Vargas, Manuel, “Acerca del sentido en la comunicación”, *Logos: Revista de Lingüística, Filosofía y Literatura*, 34(1) (2024), pp. 309-331.

Muñoz Conde, Francisco, “La imputabilidad desde el punto de vista médico y jurídico penal”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, vol. 10, n.º 35 (1998).

Muñoz Conde, Francisco, *Teoría general del delito* (Bogotá: Editorial Temis, 2013).

Navarrete, José María “La imputabilidad en el pensamiento de Edmundo Mezger”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, n.º 1 (1959).

ONU, Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad (2006).

Ospina Ramírez, Mario Andrés, “Discapacidad y sociedad democrática”, *Revista Derecho del Estado*, n.º 24 (2010).

Padilla-Muñoz, Andrea, “Discapacidad: contexto, concepto y modelos”, *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, n.º 16 (2010).

Palacios Rizzo, Agustina, *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* (Madrid: Ediciones Cinca, Cermi, 2008).

Palacios Rizzo, Agustina y Bariffi, Francisco, *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* (Madrid: Ediciones Cinca, Cermi, 2014).

Parreño, María José Alonso y de Araoz Sánchez-Dopico, Inés, *El impacto de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en la legislación educativa española* (Madrid: Ediciones Cinca, Cermi, 2011).

Pierce, Charles, *Escritos lógicos* (trad. Pilar Castrillo Criado. Madrid: Alianza, 1968).

Peirce, Charles, *La ciencia de la semiótica* (Buenos Aires: Nueva Visión, 1974).

Radbruch, Gustav, *Filosofía del Derecho* (Madrid: Revista Derecho Privado, 1952).

Radbruch, Gustav, *Historia de la criminalidad. Ensayo de una criminología histórica* (Barcelona: Bosch, 1955).

Ragués i Valles, Ramon, *El dolo y su prueba en el proceso penal* (Bogotá, Barcelona: Universidad Externado de Colombia y José María Bosch, 2002).

Rawls, John, *La justicia como equidad. Una reformulación* (Barcelona: Paidós, 2002).

- Reyes Alvarado, Yesid, *Imputación objetiva* (Bogotá: Editorial Temis, 2005).
- Reyes Echandía, Alfonso, *Derecho penal* (Bogotá: Editorial Temis, 2000).
- Rocoeur, Paul, *Finitud y culpabilidad* (trad. Cristina de Peretti, Julio Díaz Galán y Carolina Meloni. Madrid: Editorial Trotta, 2011).
- Rodríguez Vásquez, Julio y Morales Nakandakari, Pamela, *Penas para personas con discapacidad intelectual: un análisis basado en el modelo social de discapacidad* (2016). Disponible en <https://bit.ly/3xXw64b> (consultado: 12 de febrero de 2020).
- Roxin, Claus, *Culpabilidad y prevención en derecho penal* (Madrid: Reus, 1981).
- San José Gil, Amparo, “El primer tratado de derechos humanos del siglo XXI: la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 13 (2007).
- Searle, Jhon, *La construcción social de la realidad* (Barcelona: Paidós, 1997).
- Sentencia BVerfGE 20, 323 (331).
- Shulz, Fritz, *Derecho Romano Clásico* (trad. José Santa Cruz Teigeiro. Barcelona: Editorial Bosch, 1951).
- Urruela Mora, Asier, *Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica: la capacidad de culpabilidad penal a la luz de los modernos avances en psiquiatría y genética* (Bilbao: Editorial Comares, 2004).
- Von Liszt, Franz, *Tratado de derecho penal* (Madrid: Reus, 1929).
- Welzel, Hans, *Derecho penal alemán. Parte general*, 4.ª ed. (trad. Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997).
- Wendell, Susan, *The Social Construction of Disability* (2015). Disponible en <https://bit.ly/36Ro0hS> (consultado: 25 de julio de 2019).
- Wolfgang, Frisch, *Comportamiento típico e imputación del resultado* (Madrid: Marcial Pons, 2004).
- Zaczyk, Rainer, *Libertad, derecho y fundamentación de la pena* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010).
- Zaffaroni, Raúl Eugenio, *Derecho penal parte general*, 2.ª edición (Buenos Aires: Editorial Sociedad Anónima Editora, 2002).