

El miedo insuperable un análisis desde la perspectiva constitucional

Autor

ANDRÉS CAMILO PEREA FERNÁNDEZ

División Ciencias Jurídico Políticas

Facultad de Derecho

Universidad Pontificia Bolivariana

Bucaramanga

2016

El miedo insuperable un análisis desde la perspectiva constitucional

Texto presentado como tesis para optar por el título de abogado.

Autor

ANDRÉS CAMILO PEREA FERNÁNDEZ

Director

LUIS ALEJANDRO BECERRA MOJICA

División Ciencias Jurídico Políticas

Facultad de Derecho

Universidad Pontificia Bolivariana

Bucaramanga

2016

Agradecimientos

A mi nona quien ha sido siempre el pilar de mi vida, a quien le debo todos mis triunfos y quien es mi motivo más fuerte para seguir siempre adelante y ser una gran persona de bien.

A mi maestro y amigo el Doctor Luis Alejandro Becerra Mojica un ser humano de cualidades excepcionales, quien siempre me ha sabido guiar con sus consejos y se ha transformado en un ejemplo como profesional y padre de familia

A mi amor, quien llevo siempre en mi alma, mente y corazón.

LSGR.

Tabla de Contenido

Resumen..... ¡Error! Marcador no definido.

Palabras Claves ¡Error! Marcador no definido.

Introducción 8

Capítulo I 9

Dogmática de la culpabilidad..... 9

1.1. Marco legal colombiano de la culpabilidad. 9

1.2. Nociones de la Culpabilidad. 13

1.2.1. La Culpabilidad en las escuelas del derecho 21

1.3. Elementos que componen la Culpabilidad. 28

1.3.1 Imputabilidad..... 29

1.3.2. Error de Prohibición. 31

1.3.3. Conciencia del obrar antijurídico. 31

1.3.4 Exigibilidad de un actuar acorde a derecho..... 33

1.4. Negativos de Culpabilidad. 36

Capitulo II 47

El miedo insuperable..... 47

2.1. Marco Legal del Miedo Insuperable en Colombia.....	49
2.2. Dogmática del Miedo Insuperable	50
2.3. Requisitos del Miedo Insuperable	53
2.4. Desarrollo Jurisprudencial del Miedo Insuperable.....	56
Capítulo III.....	64
Libre Desarrollo de la Personalidad como Derecho Fundamental	64
3.1. Desarrollo Jurisprudencial.....	65
3.2. Doctrina del libre desarrollo de la personalidad.....	79
Conclusiones	81
Referencias Bibliográficas	88

RESUMEN GENERAL DE TRABAJO DE GRADO

TITULO: El miedo insuperable un análisis desde la perspectiva constitucional

AUTOR(ES): Andrés Camilo Perea Fernández

FACULTAD: Facultad de Derecho

DIRECTOR(A): Luis Alejandro Becerra Mojica

RESUMEN

Existe en Colombia un lineamiento jurisprudencial de la Corte suprema de Justicia sala de Casación Penal, que considera como fundamental al momento de resolver sobre la existencia de la eximente de responsabilidad del “miedo insuperable”, el tener como regla de decisión el criterio del hombre común. Así pues, que si la conducta desplegada por el agente acusado, no se enmarca en este criterio de hombre común u hombre medio, no sería procedente concluir en el negativo de la culpabilidad del miedo insuperable. Esta apreciación conceptual de la Corte Suprema de Justicia goza de Constitucionalidad en su aplicación, es contraria a la categoría de la Culpabilidad, pues yerra al permitirle al Juez apreciaciones personales para determinar la existencia del miedo, debido al amplio espectro que tiene este de construir su consideración propia de miedo y hombre común. La culpabilidad es el todo en el juicio de reproche del autor que debe armonizar con la Carta Política. El análisis del comportamiento del sujeto frente a la ley debe tener como base criterios normativos y no subjetivos, pues claramente el concepto del hombre común desconoce principios rectores como la dignidad del hombre, por su conexión inalienable con garantías Fundamentales como el Libre Desarrollo de la personalidad y la Libre Autodeterminación, e impone una carga en el sujeto, que violenta el Derecho Fundamental a la igualdad, igualdad no concebida entre los hombres dado que todos somos seres distintos, sino frente al Estado, pues afecta un juicio justo, en el momento en el que el juez toma parte, atribuyendo su criterio personal y desvirtuando el mandato legal.

PALABRAS CLAVES:

conducta punible, culpabilidad, miedo insuperable, libre desarrollo de la personalidad.

V° B° DIRECTOR DE TRABAJO DE GRADO

GENERAL SUMMARY OF WORK OF GRADE

TITLE: The insurmountable fear an analysis from a constitutional perspective

AUTHOR(S): Andrés Camilo Perea Fernandez

FACULTY: Facultad de Derecho

DIRECTOR: Luis Alejandro Becerra Mojica

ABSTRACT

It exists in Colombia a jurisprudential guidance from the Supreme Court Criminal Court of Cassation, which considers as essential when deciding on the existence of the exemption from liability of "insurmountable fear", having as a rule of decision criteria of the common man . So if the conduct displayed by the accused officer, are not part of this criterion common man or the average man, it would be inappropriate to conclude in the negative guilt insurmountable fear. This conceptual appreciation of the Supreme Court of Justice has Constitutionality in its application, is contrary to the category of guilt, it is wrong to allow the Judge personal assessments to determine the existence of fear, because of the broad spectrum that has this to build your own account of fear and common man. Guilt is all in the trial of reproach of the author who must harmonize with the Constitution. The analysis of the behavior of the subject before the law must be based on regulatory criteria and not subjective, because clearly the concept of the common man known guiding principles such as the dignity of man, his inalienable connection with fundamental guarantees such as the free development of personality and self-determination, and imposes a burden on the subject, which violates the fundamental right to equality, equality not conceived among men because we are all different beings, but against the state, affecting a fair trial, at the time which the judge takes part, attributing his personal judgment and distorting the legal mandate.

KEYWORDS:

punishable behavior, guilt, fear insurmountable , free development of personality.

V° B° DIRECTOR OF GRADUATE WORK

Introducción

De conformidad con la ley 599 del 2000, existen en Colombia causales de exculpación de la responsabilidad penal, que se encuentran finamente entrelazadas con los lineamientos constitucionales, en lo que ha sido una evolución del mundo jurídico penal, más precisamente en los principios rectores del Derecho, irradiadores estos de garantías fundamentales. Por ello se pretende realizar un análisis constitucional de la causal 9ª del artículo 32 del Código Penal colombiano, más exactamente adentrarnos en los elementos y conceptos que existen para determinar la existencia o no del miedo insuperable.

Así entonces poder identificar cual es la apreciación normativa que tienen los jueces al momento de resolver esta causal negativa de culpabilidad, analizando el criterio del hombre medio u hombre común que ha decantado la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia, al intentar justificar en qué casos se puede o no otorgar este eximente de responsabilidad penal. Para finalmente contrastar estos conceptos verificando que sean concordantes y respetuosos con el mandato constitucional con especial atención en el derecho fundamental a la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad y la autonomía del individuo.

Al finalizar este proyecto de grado, el resultado será una base argumentativa y jurídica para otorgar al ejercicio práctico del derecho penal, el conocimiento necesario para determinar los elementos ineludibles y fundamentos constitucionales del miedo insuperable como eximente de responsabilidad penal, además de ser una herramienta de estudio del Derecho Penal en las Universidades.

Capítulo I

Dogmática de la culpabilidad

Lograr entender el concepto de culpabilidad y distinguir sus lineamientos históricos y normativos actuales, resulta preponderante en el desarrollo de esta investigación para poder determinar su vínculo con el problema jurídico planteado. Para ello, daremos inicio anunciando que la culpabilidad es un requisito *sine qua non* de la existencia de la responsabilidad penal, siendo elemento esencial de la conducta punible, ya que sin la existencia de la culpabilidad, o dicho mejor, sin la demostración, con base en la prueba, de la existencia de culpabilidad, sería jurídicamente imposible colegir la responsabilidad penal de una persona, en la consumación de un hecho de características de punible. Esto sin importar si esta ha incurrido en una conducta típica, pues si bien no solo resulta necesario que la conducta desplegada por el agente acusado se encuentre debidamente tipificada en la norma sustantiva, y que esta contravenga una prohibición o mandato legal, generando así una lesión en alguno de los bienes jurídicamente tutelados por un Estado, infringiendo entonces el orden del deber ser jurídicopenal –antijuridicidad material-. Sino que también dicha conducta debe ser examinada con rigor, en el entendido propio de cada caso en particular, de tal suerte que se pueda afirmar que la misma deviene entonces en la punibilidad del hecho. Tal juicio de reproche del injusto se perfecciona en el análisis de la culpabilidad.

1.1. Marco legal colombiano de la culpabilidad.

Como bien se introdujo con anterioridad, para determinar si el comportamiento típico y antijurídico realizado por una persona se constituye en un injusto-típico digno de una pena, debe haberlo realizado con culpabilidad. Para comprender este fenómeno en Colombia, el legislador ha descrito la conducta punible en el artículo noveno del estatuto penal de la siguiente manera:

[...] Artículo 9o. Conducta Punible. Para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable. La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado.

Para que la conducta del inimputable sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y se constate la inexistencia de causales de ausencia de responsabilidad [...]. (Ley 599 del 2000)

Allí se precisan entonces los tres elementos que le son propios a la conducta punible, tipicidad y antijuridicidad en referencia al injusto penal, y por último anuncia que este actuar contrario a derecho debe ser culpable, siendo este último elemento el reproche que se hace ya no de la acción, sino del actuar y de las condiciones propias del sujeto que comete el injusto. La culpabilidad en Colombia tiene su fundamento en el artículo doce de la ley 599 del 2000: [...] Artículo 12. Culpabilidad. Sólo se podrá imponer penas por conductas realizadas con culpabilidad. Queda erradicada toda forma de responsabilidad objetiva [...]

Curiosamente no existe una definición en el estatuto penal que nos permita entender el correcto significado de la culpabilidad. Así entonces, para comprender en mejor medida este principio constitucional y criterio normativo en la legislación colombiana, nos hemos de remitir a los anales de la Ley 599 del 2000 Código Penal, para así intentar dimensionar el alcance que el legislador deseaba otorgarle al instituto de la Culpabilidad. En los debates iniciales de la creación del estatuto penal, en ponencia de primer debate al proyecto de ley número 040 de 1998 Senado, según la Gaceta del Congreso N°280 del 20 de noviembre de 1998 se expresaba lo siguiente:

[...] El principio de culpabilidad se mantiene en toda su extensión. Sólo se agrega una regla importante para su determinación, con lo cual se introduce un mecanismo que

permite un manejo más riguroso e igualitario del principio de culpabilidad, esto es, se evitan decisiones que puedan estar basadas en consideraciones personales ajenas a las propias de la responsabilidad penal, anclando la decisión en exigencias tangibles y demostrables a través del proceso penal. Con ello se brinda un importante instrumento para el manejo del error de prohibición, se da plena cabida al error de derecho bajo condiciones razonables – queda abolida la prohibición de reconocimiento de la ignorancia iuris – y se admite que la llamada conciencia de la antijuridicidad es un presupuesto presente tanto en los delitos dolosos como culposos [...]. (López Morales, 2000, pp 175)

En este primer momento, se estructura la tendencia que se asumirá frente al ejercicio de la ley penal en Colombia, siendo esta de corte finalista, denotando la aceptación del principio de culpabilidad en el pleno de su significado (aclarando que el elemento Culpabilidad como factor normativo no puede confundirse con el principio de Culpabilidad), de igual manera se advierte que el deseo del legislador es conducir al juez a un examen de la prueba penal debatida en el juicio y no a su criterio personal para hallar la existencia o no de responsabilidad penal, esto es conminando a que la consideración de este, no esté basada en su arbitrio personal, en pocas palabras ata al juez a la verdad procesal y no a su deseo o intuición.

De igual manera desde ya el legislador prevé la existencia de unos negativos de la culpabilidad cuando menciona “[...] se da plena cabida al error de derecho bajo condiciones razonables [...]”, los cuales serán tratados con posterioridad en el desarrollo de este capítulo.

Posteriormente en la Gaceta del Congreso N°432 del 11 de noviembre de 1999, en pliego de modificaciones del proyecto de Ley 238 de 1999, en primer debate ante el Senado, se articuló la Culpabilidad de la siguiente forma:

[...] Artículo 12. Culpabilidad. Sólo se podrá imponer penas por conductas realizadas con culpabilidad. Queda erradicada toda forma de responsabilidad objetiva.

Fundamento: Si bien cuando la disposición utiliza la expresión “sólo” se está excluyendo cualquier posibilidad de dar pábulo a interpretaciones que conlleven a la responsabilidad objetiva es obvio que, lejos de perjudicar y por el contrario abunda en garantías, la utilización de la expresión “queda erradicada toda forma de responsabilidad objetiva” resulta un mecanismo adecuado para despejar cualquier duda que sobre tal tópico pueda surgir.

Teniendo en cuenta que se trata del principio de culpabilidad, y no de la categoría dogmática, se traslada la regulación de la conciencia de la antijuridicidad al lugar que le corresponde dogmáticamente, esto es, a la regulación del error de prohibición directo [...]. (López Morales, 2000, pp. 614)

Anotado esto, el legislador en la creación del proyecto de ley que finalmente sería resuelto el día 24 de julio del año 2000, en el Diario Oficial 44.097– Ley 599 del 2000- nos da una delimitación de lo que no se pretende con la culpabilidad más que un carácter definitivo del mismo, pues en este erige dos apreciaciones del instituto jurídico de la culpabilidad, uno primero alejando su apreciación de la antijuridicidad y segundo reiterando la inexistencia de la responsabilidad penal objetiva. Desde ya resulta menester guardar en nuestra mente, para el desarrollo final de este trabajo, el esmero con el cual el legislador imprime ese estudio estricto del principio de culpabilidad, que rechaza la subjetividad del juez y la libre apreciación que este pueda tener de la conducta desplegada por el actor, conduciéndole entonces a un riguroso estudio de los elementos propios de la culpabilidad que debe probar y enlazar con la prueba en el

proceso. Apropiado resulta entonces abordar el presupuesto de responsabilidad penal materia de estudio en la doctrina.

1.2. Nociones de la Culpabilidad.

El instituto Jurídico-Penal de la culpabilidad, a lo largo del tiempo, ha desencadenado un fuerte debate entre los distintos doctrinantes. No existe una postura única que integre una definición irrevocable de la culpabilidad, pues tanto su interpretación, necesidad o elementos varían conforme a la vertiente del derecho que se implemente, tanto que incluso se podrían hallar corrientes que le consideran inútil –conforme a lo que alguna vez fue la teoría del casualismo que impero en el juicio penal-.

Para Claus Roxin,

[...] La responsabilidad designa, tras la antijuridicidad, una valoración ulterior y que por regla general da lugar a la punibilidad, en el marco de la estructura del delito. Mientras que con el predicado de la antijuridicidad se enjuicia el hecho desde la perspectiva de que el mismo infringe el orden del deber ser jurídicopenal y que está prohibido como socialmente dañino, la responsabilidad significa una valoración desde el punto de vista del hacer responsable penalmente al sujeto. Quien cumple los requisitos que hacen aparecer como “responsable” una acción típicamente antijurídica se hace acreedor, desde los parámetros del derecho penal, a una pena. Los presupuestos de la responsabilidad jurídicopenal son, entre otros la culpabilidad, la posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad y la normalidad de la situación en la que se actúa [...]. (1997, pp. 791)

Resaltando que para Claus Roxin:

[...] Según la opinión aquí defendida, la pena presupone siempre culpabilidad, de modo que ninguna necesidad preventiva de penalización, por muy grande que sea, puede justificar una sanción penal que contradiga el principio de culpabilidad [...]. (1997, pp. 793)

[...] También según la concepción que aquí se defiende, la culpabilidad sigue siendo el presupuesto decisivo (aunque no el único) de la responsabilidad jurídicopenal. El hacer depender la punibilidad de la culpabilidad del sujeto tiene como finalidad poner un límite al poder punitivo del Estado (en particular: a las necesidades públicas de prevención). Por qué se ha de preferir esta limitación, por razones derivadas del Estado de Derecho, a una concepción que atienda a la pura finalidad preventiva ha sido expuesto al examinar las teorías de la pena.

Si y hasta qué punto es capaz el principio de culpabilidad de cumplir esta misión depende sin embargo de cómo se defina el contenido del concepto de culpabilidad. El concepto normativo de culpabilidad solo afirma que una conducta punible ha de ser “reprochable”. Pero el mismo es de naturaleza completamente formal y no responde a la cuestión relativa a de que presupuestos materiales depende la reprochabilidad. Se trata de la cuestión del concepto material de la culpabilidad. La misma se contesta de manera diversa incluso por los defensores de un concepto normativo de culpabilidad. A continuación, se examinan las cinco concepciones más importantes [...]

1. La culpabilidad como “poder actuar de otro modo”: siguiendo una larga tradición jurídica y filosófica, el contenido de la culpabilidad se define tradicionalmente “como el poder evitar y consiguiente responsabilidad de la persona por haber

formado antijurídicamente su voluntad”. “La culpabilidad [...] fundamenta el reproche personal contra el sujeto de que no omitió la acción antijurídica, aunque pudo omitirla.” El BGH ha hecho suya también esta concepción: “La culpabilidad es reprochabilidad. Con el juicio de desvalor de la culpabilidad se le reprocha al sujeto que no se haya comportado conforme a Derecho, decidirse por el Derecho. La base interna del reproche de la culpabilidad radica en que el ser humano está revestido de autodeterminación moral libre, responsable y es capaz por ello de decidirse por el Derecho y contra el injusto [...].

2. La culpabilidad como actitud interna jurídicamente desaprobada: según una concepción fundada por Gallas, la culpabilidad es “reprochabilidad del hecho en atención a la actitud interna jurídicamente desaprobada que se manifiesta en él”. La diferencia entre injusto y culpabilidad es según ella la diferencia “entre desvalor de la acción y desvalor de la actitud interna del hecho”. En el ámbito de culpabilidad se emite, “en una contemplación generalizadora, orientada por parámetros valorativos éticosociales”, un juicio de desvalor sobre la “actitud global del sujeto frente a las exigencias del Derecho” actualizada en el hecho concreto [...].
3. La culpabilidad como deber responder por el carácter propio: esta concepción parte, sobre una base determinista, de la idea de que cada cual es responsable sin más de las características o propiedades que le han inducido al hecho, de su “ser así”. Su más importante predecesor en el terreno de la filosofía es Schopenhauer, según el cual todo sujeto sabe que “una acción totalmente distinta [...] era perfecta posible y podría haber sucedido, con tal que él hubiera sido otro: eso es lo

único que ha sido decisivo, A él naturalmente no le era posible ninguna otra acción, porque él es este y no otro, porque él tiene un carácter así y así; pero en sí misma... era posible. La responsabilidad, de la que es consiente, alcanza en primer lugar meramente... al hecho, pero en el fondo a su carácter: por este se siente responsable y por este le hacen también responsable los demás [...].

4. La culpabilidad como atribución según las necesidades preventivo generales: en conexión con las concepciones de la teoría sistemática (Luhmann), Jakobs ha desarrollado un “concepto funcional de culpabilidad”, que entiende la culpabilidad como una atribución preventivogeneral. Para Jakobs la “culpabilidad es funcional”: “Solo el fin dota de contenido al concepto de culpabilidad.” Ve este fin en la prevención general, y concretamente entiende la “prevención general no en el sentido de intimidación, sino de ejercicio en la fidelidad al Derecho”. El “fin rector y determinante de la culpabilidad” es “la estabilización de la confianza en el ordenamiento perturbado por la conducta delictiva”; mediante la atribución de culpabilidad y la punición ligada a ella se confirmaría la “corrección de la confianza en la corrección de una norma”. El delito frustra las expectativas de la comunidad jurídica, y esa “Frustración se compensa interpretando como fallo no la misma, sino la conducta frustrante”, es decir, considerándola culpable y castigándola. “Solo cuando exista la oportunidad de asimilar el conflicto de otra manera puede entrar a discutirse la exculpación [...]”
5. La culpabilidad como actuación injusta pese a la existencia de asequibilidad normativa: desde la posición aquí defendida hay que entender la culpabilidad como actuación injusta pese a la existencia de asequibilidad normativa. Con ello

se quiere decir que hay que afirmar la culpabilidad de un sujeto cuando el mismo estaba disponible en el momento del hecho para la llamada de la norma según su estado mental y anímico, cuando (aun) le eran psíquicamente asequibles “posibilidades de decisión por una conducta orientada conforme a la norma”, cuando la posibilidad (ya sea libre, ya sea determinada) psíquica de control que existe en el adulto sano en la mayoría de las situaciones existía en el caso concreto. No se trata de una hipótesis indemostrable, sino de un fenómeno científico empírico. Pues la psicología y la psiquiatría desarrollan cada vez en mayor medida criterios de enjuiciamiento “con los cuales se pueden constatar empíricamente las restricciones de la capacidad de autocontrol y medir su gravedad [...]”. (1997, pp. 798, 799, 800, 802, 805, 807)

Por su parte Fernando Velasquez Velasquez tiene como concepto:

[...] Es este, sin duda. Otro postulado básico del derecho penal acorde con el que no hay pena sin culpabilidad, pues la sanción criminal debe fundarse en la seguridad de que el hecho puede serle “exigido” al agente e implica, en realidad, cuatro cosas distintas. En primer lugar, posibilita la imputación subjetiva de tal manera que el injusto penal solo puede ser atribuido a la persona que actúa; en este contexto jurídico-cultural, pues, el delito solo es concebible como el hecho de un autor y – como producto de ello- la sanción debe ser individual o estrictamente personal, para alcanzar únicamente a quien transgreda la Ley en su calidad de autor o participe, mas no a terceros, así se hallaren ligados con el sujeto activo del comportamiento punible por vínculos de amistad, credo político o religioso, sangre, afectos, etc.

En segundo lugar, no puede ser castigado quien obra sin culpabilidad, con lo que se excluye la responsabilidad objetiva o responsabilidad por el mero resultado; de aquí dimana la categoría dogmática de la culpabilidad – a veces llamada responsabilidad, pese a las diferencias entre ambos conceptos – en la teoría general del derecho- acorde con la que solo puede ser punido quien estuviere en posibilidad de gobernar el acontecer lesivo para los bienes jurídicos.

En tercer lugar, la pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad, pues hay diversos niveles de responsabilidad que van desde la culpa en sus diversas modalidades, hasta llegar al dolo y, en algunas legislaciones como la colombiana, a figuras complejas que aglutinan ambas formas de conducta punible, como sucede con la polémica e innecesaria construcción de la preterintención.

Así mismo, en cuarto lugar, este axioma impone la idea de proporcionalidad como pauta surgida del postulado de igualdad para tasar la pena en concreto. Cuando el juzgador persigue imponer una pena justa debe hacerlo acorde con el postulado Constitucional de la igualdad, gracias al cual es posible tratar desigualmente lo que es desigual [...]. (2009, pp. 128,129)

Por otra parte Francisco Muños Conde (1996) analiza la culpabilidad como:

[...] Una categoría cuya función consiste, precisamente, en acoger aquellos elementos referidos al autor del delito que, sin pertenecer al tipo ni a la antijuridicidad, son también necesarios para la imposición de una pena.

[...] Pero este concepto de culpabilidad como reproche que se hace a una persona por haber podido actuar de modo distinto a como realmente lo hizo, coloca al penalista ante la

difícil situación de tener que decidirse entre dos extremos igualmente cuestionables: o aceptar la capacidad humana para actuar libremente y aceptar con ello el concepto de culpabilidad o negar esta capacidad, negando con ello, al mismo tiempo, la culpabilidad como elemento o categoría del delito.

[...] La comunicación entre el individuo y los mandatos de la norma solo puede darse si el individuo tiene la capacidad para sentirse motivado por la norma, conoce su contenido o se encuentra en una situación en la que puede regirse, sin grandes esfuerzos por ella [...] (pp. 365, 366, 367)

Mismo doctrinante presenta tres elementos que le son propios a la categoría de la culpabilidad:

- [...] 1. La imputabilidad o capacidad de culpabilidad. Bajo este término se incluyen aquellos supuestos que se refieren a la madurez psíquica y la capacidad del sujeto para motivarse (edad, enfermedades mentales etc)
2. El conocimiento de la antijuridicidad del hecho cometido. La norma penal solo puede motivar al individuo en la medida en que este pueda conocer, a grandes rasgos, el contenido de sus prohibiciones.
3. La exigibilidad de un comportamiento distinto. Normalmente el Derecho exige la realización de comportamientos más o menos incómodos o difíciles, pero no imposibles. El Derecho no puede, sin embargo, exigir comportamientos heroicos; Toda norma jurídica tiene un ámbito de exigencia, fuera del cual no puede exigirse responsabilidad alguna.

Estos tres elementos son elementos graduables y, por eso, las causas que los modifican o desdibujan pueden tener un efecto excluyente o solo un efecto atenuante de la culpabilidad cuando no tienen la entidad suficiente para excluirla totalmente [...]. (Muñoz Conde, 1996, pp. 369, 374, 375)

Finalmente, Santiago Mir Puig considera que el principio de culpabilidad:

[...] Se contrapone al de <inocencia>. En este sentido, bajo la expresión <<Principio de Culpabilidad>> pueden incluirse diferentes límites del *Iuspuniendi*, que tienen de común exigir, como presupuesto de la pena, que pueda <culpase> a quien sufra del hecho que la motiva. Para ello es preciso, en primer lugar, que no se haga responsable al sujeto por delitos ajenos: Principio de personalidad de las penas. En segundo lugar, no pueden castigarse formas de ser, personalidades, puesto que la responsabilidad de su configuración por parte del sujeto es difícil de determinar, sino solo conducta, hechos: Principio de responsabilidad por el hecho, exigencia de un <Derecho penal del hecho>. Más no basta requerir que el hecho sea materialmente causado por el sujeto para que pueda hacerse responsable de él; Es preciso además que el hecho haya sido querido (doloso) o se haya debido a imprudencia: Principio de dolo o culpa. Por último, para que pueda considerarse culpable del hecho doloso o culposo a su autor ha de poder atribuírsele normalmente a este, como producto de una motivación racional normal: Principio de imputación personal (también denominado de culpabilidad en sentido estricto). Ello no sucede cuando el sujeto del delito es inimputable, como lo son, por ejemplo, el menor de edad penal y el enfermo mental [...]. (Mir Puig, 2002, pp 95,96)

Luego de observar estas apreciaciones doctrinales, podemos comprender que la culpabilidad, como instituto jurídico penal, es un elemento determinante al momento de decidir la existencia o no de la responsabilidad penal. Si bien, en el tiempo han variado para cada maestro del derecho los elementos o características que le deberían ser propios a la culpabilidad, existe una constante frente a unos requisitos los cuales son: (i) la posibilidad de imputar un hecho a un sujeto, (ii) que este conozca que su actuar es antijurídico, (iii) y que el sujeto pudiéndose autodeterminar decida consumir el hecho delictivo. Así mismo se observa que la culpabilidad no puede ser separada del estudio previo del injusto penal, y que si bien han existido autores que en su apreciación han disminuido la importancia de este instituto, la realidad es que para garantizar un juicio justo acorde a los presupuestos constitucionales y a la ley en Colombia, se debe otorgar una conexión inalienable del injusto penal y la culpabilidad, esta unión se denomina conducta punible.

1.2.1. La Culpabilidad en las escuelas del derecho

1.2.1.1. Escuela Clásica:

[...] Durante el predominio de la Escuela Clásica (entrado ya el siglo XIX) la idea de culpabilidad estaba imbuida de connotaciones morales, aludiéndose con ella a la maldad del autor de un delito que, pudiendo seguir camino del bien, se inclinó sin embargo por realizar tan negativo hecho. Se consideraba que el hombre, independientemente de su origen o condición social, esta naturalmente dotado para distinguir el bien del mal, es decir, está dotado de libre albedrío. Bajo el amparo de esta fundamentación se han ido sucediendo diversas explicaciones sobre el concepto de culpabilidad, siendo las más relevantes las siguientes:

- Concepto psicológico de culpabilidad: A finales del siglo XIX y durante el primer tercio del siglo XX predominaba una concepción de la culpabilidad que seguía fielmente a los designios del casualismo naturalista, entendiendo que su atribución a un sujeto requería la comprobación de un nexo psíquico con el hecho cometido, es decir, una relación de causa efecto que permitiera hacerle penalmente responsable del mismo – considerarlo suyo -. Se trataba así de trasladar el esquema explicativo de la teoría de la equivalencia de condiciones al ámbito de la culpabilidad. Lo ontológico-naturalista desplazaba por completo cualquier valoración jurídica.
- Concepto normativo de culpabilidad: cuando esa valoración comienza a colorear el sistema (siendo desplazada, por ejemplo, la teoría de la condición por la adecuación), el cambio afecta también a la culpabilidad, aunque sin destronar todavía el apoyo en el libre albedrío. Autores como Mezger o Welzel (con tan diferentes puntos de partida) adoptan un <concepto normativo> de culpabilidad que se sustancia en un reproche dirigido al autor por haber realizado el hecho, reproche que solo tiene sentido si se parte de que ese sujeto podía haberse abstenido de ejecutarlo y, por tanto, de que era libre de hacerlo o no. Pero no se trata ya de una reprobación metafísica, sino basada en la idea de que el ordenamiento jurídico está en condiciones de exigir a los ciudadanos un determinado comportamiento y de que el merecimiento de pena nace por no haberse conducido según lo que jurídicamente era exigible. Así pues, la exigibilidad de una conducta diferente acorde con el Derecho, es el verdadero punto neurálgico de esta concepción de la culpabilidad. Si el autor

es un loco, no se le podía exigir que se comporte de manera diferente a como lo hizo, por su incapacidad; si el autor desconocía que su conducta se hallaba penalizada, tampoco se le podía exigir como a quien, si lo supiera, etc. [...].

(Bustos y Hormazabal, 1999, pp. 241, 242)

1.2.1.2. Escuela Neoclásica:

[...] La teoría Normativa de la Culpabilidad. No sin resistencia, pues las críticas doctrinales contra el objetivismo clásico en la elaboración conceptual del tipo del injusto, terminaron por imponerse. Pero el clasismo dogmático habría de sufrir todavía un embate no menos penetrante y exitoso, dirigido esta vez contra la concepción psicologista de la culpabilidad, según la cual esta se agotaba con el dolo o en la culpa como sus formas, especies o grados. Pronto se estableció que, pese a la existencia del dolo (entendiendo como consciente realización del hecho definido por la ley como delito o amenazada con pena por el tipo de prohibición), se declaraba inculpable al agente en supuestos como la coacción insuperable y el estado de necesidad disculpante, amén del caso fortuito (lo imprevisible o inevitable en el caso concreto para el autor). La subjetivación del injusto, de un lado, y la normativización de la culpabilidad, del otro, patentizaron la dificultad para distinguir de modo concluyente entre injusto y culpabilidad y para separarlos, no solo en su aspecto positivo, sino también en el negativo: causas de justificación y de inculpabilidad [...].

[...] Las críticas de Frank y demás seguidores de la teoría normativa a la concepción clásica de la culpabilidad son en buena medida infundadas, pues se apoyan en atribuirle un reduccionismo psicológico inexistente. Nunca los clásicos redujeron la

culpabilidad a mero asunto psicológico, pues en ella implicaron siempre, ciertamente, la exigencia de una voluntad individual real psicológica como decisión de la realización del hecho, pero también la libertad del sujeto (que es una capacidad psicológica) y el concreto ejercicio de la misma como decisión consiente o racionalmente tomada que desde luego requiere el conocimiento del injusto del hecho. De este modo, lo que hacen los penalistas Neoclásicos, desde la perspectiva neokantiana de la filosofía de valores, es tomar explícitos elementos que en la doctrina clásica estaban implícitos y mostrar estructura de valoración, si bien sin llegar a prescindir del sustrato naturalista psicológico que los clásicos involucraban y distribuían en los conceptos de voluntariedad, imputabilidad y dolo o imprudencia. La concepción llamada psicológica de la culpabilidad, propia de los penalistas clásicos, era tan poco psicologista que solo albergaba en su seno el dolo y la culpa como formas o especies de culpabilidad, de modo que un dolo o una imprudencia no culpables no tenían allí cabida. Si bien los neokantianos convierten la culpabilidad en un juicio de valor negativo – “desvalor de ánimo”, dice Gallas – conocido o concretado como reprochabilidad o juicio de reproche, jamás prescindieron del objeto de valorización como real o externo al juzgador, ni pudieron realmente suponer que los clásicos prescindían del mismo. De esta forma, ni el concepto clásico de culpabilidad es un concepto simple integrado solo por componentes psicológicos, ni el neokantiano lo es en el sentido de puramente normativo. Los neokantianos pueden llamarse “neoclásicos” precisamente porque – haciendo uso de un método distinto, que no es ya el racional deductivo sino el teleológico valorativo – conservan y

desarrollan los elementos fundamentales de la teoría clásica del delito [...].
(Carrasquilla, 2004, pp. 503, 504, 505)

1.2.1.3. Escuela Finalista:

[...] En la teoría del delito, el contenido de la culpabilidad depende, obviamente, del contenido que se les haya asignado previamente a los restantes elementos y el de estos, tácitamente, del que se piense darle al juicio de reproche en el previo diseño mental del esquema. Prácticamente todos están de acuerdo en que el delito se estructura con una acción que consta de elementos objetivos y subjetivos, una calificación legal de esa acción (antijuridicidad) y una calificación legal de su autor (culpable o reprochable), referida desde luego la total conducta a un modelo legal (típica). Hay asimismo un acuerdo muy general en la óptica de que algunos de esos elementos tienen fundamento “ontológico” (componentes materiales y reales de naturaleza objetivo-causal o psicológica) y por tanto en la consideración de los restantes, referidos a los primeros, como axiológicos (tipicidad, antijuridicidad y reprochabilidad) [...] En materia de culpabilidad, como ya se ha indicado, el finalismo aspira a dotar el concepto de una estructura enteramente normativa y despsicologizada, en tanto que, correlativamente, la acción se mira como algo por completo real y desnormativizado (en esto último ciertamente es fundamental de acuerdo con el casualismo). La correlación es verdadera: una concepción completamente valorativa de la culpabilidad como reproche, depende estrictamente de que todo lo “ontológico” se haya asignado previamente a la acción o al injusto típico [...]. (Carrasquilla, 2004, pp. 503, 586, 587, 588)

[...] La teoría finalista de la culpabilidad [...], El finalismo pensó, que al despojar a la culpabilidad de los elementos subjetivos y al crear una teoría puramente normativa de culpabilidad, lo que hizo fue trasladar la finalidad del centro del injusto, al sustraer el dolo y la culpa de su tradicional forma de concebirse como categoría dentro de la teoría del delito, de la culpabilidad. Está cambió, siendo un poco rigurosos en la apreciación no modificó absolutamente nada, porque la culpabilidad se siguió entendiendo como un juicio de reproche que se le debe formular a la persona por haber realizado una conducta antijurídica, y por no haberse comportado conforme al derecho. Igualmente, para la comprensión de esta teoría se debe partir que el individuo debe gozar de libertad, de auto determinación y que además tenga conciencia de la antijuridicidad. Fundamentos que no cambiaron absolutamente en nada a la culpabilidad como la tradición la ha venido conociendo [...]. (Carranza Piña, 2001, pp. 68, 69)

Resulta de gran ilustración la línea histórica del pensamiento de la culpabilidad en las escuelas del derecho, pues más allá de ser un referente para comprender el estado actual de la culpabilidad, su verdadera intención es ese trasfondo que se le ha impreso a su transformación. Se observa claramente ese primer intento en la escuela clásica de dotar al Derecho Penal de un elemento que acompañe al injusto penal, en aras de lograr una garantía de certeza en el juicio de reproche. Así es como se da inicio con un estudio psicológico, un análisis propio de la naturaleza del ser humano. Dado que al afirmar que el hombre por sí mismo, es racional y puede autodeterminarse, su comportamiento adecuado a derecho es vinculante y obligante frente al Estado. Partiendo de la premisa de la existencia del bien y el mal, pues como seres pensantes podemos elegir el resultado de cada una de nuestras acciones, estas nociones de comportamiento

adecuado a Derecho y autodeterminación de la voluntad concluirán mas adelante en la escuela finalista en la existencia de lo que hoy denominamos elemento de la culpabilidad, pero para la época en la que la escuela clásica imperaba en el Derecho Penal, era la teoría del casualismo la que trascendía en el juicio penal, alejando el reproche de las instituciones propias jurídico penales, para dar mayor trascendencia a una simple causa y efecto.

Y he aquí el primer paso al gran cambio en la culpabilidad, pues con la escuela neoclásica se pretender desplazar dicha teoría del casualismo y revestir el juicio penal de un valor normativo mayor, que desplace por completo la subjetividad en el reproche que se le imprime al actor de una conducta antijurídica. Dotando así de nuevos elementos a la culpabilidad en aras de construir un criterio objetivo de decisión, nace entonces el dolo y la culpa, de los cuales se esperaba pudieran medir el grado de intención, conocimiento, capacidad y voluntariedad del actor en el hecho. Pero la importancia de este cambio, no radica en estos nuevos elementos, ¡por el contrario! lo brillante de esta evolución, era, lograr blindar el juicio de subjetividades, pues esto no genera una seguridad jurídica “hablando en términos más actuales” pues con estos criterios unificadores se da inicio a garantías que permitan delimitar el poder punitivo del Estado, bajo el entendido del conocimiento previo que se tiene de la ley y de la administración de justicia.

Es precisamente la razón por la cual resulta inoperante la escuela clásica y neoclásica; esta última aunque buscaba ese distanciamiento de la subjetividad, yerra al pregonar la existencia del dolo y la culpa como elementos propios de la culpabilidad, toda vez que le son propios al estudio de la tipicidad, pues de estos podría pregonarse que son baremos de calidad de participación en una conducta delictiva, y no lo son de capacidad de autodeterminación y conocimiento de la ley. De allí que la escuela finalista logre desligar la subjetividad del estudio

necesario que debe existir al realizar el juzgamiento. Pues bien, cuando se anuncia en la teoría del delito esa calificación de autor, frente al juicio de reproche que se hace del actuar del mismo, ya no debe intervenir apreciación natural o casualista alguna. Atinente entonces resulta que en Colombia la teoría abanderada en materia jurídico penal sea la finalista, pues reviste en ella una cualidad inalienable de un Estado Social de Derecho, una máxima de cumplimiento, que es el deber de cumplimiento de garantías fundamentales, exaltando la Constitución Política como ley de leyes –Toda norma debe guardar estricto cumplimiento en la Constitución y más aún en los Derechos Fundamentales-.

Con la escuela finalista entendemos una justicia democrática, en la cual el Estado tiene la potestad penal, pero la sociedad conoce la norma, el procedimiento y más importante aún, ostenta una seguridad jurídica que es otorgada por el distanciamiento de la subjetividad, en el juicio de reproche del injusto penal. La existencia de excepciones en materia penal, es el resultado de una valoración individual de cada caso propio y la prueba, de circunstancias ajenas a la voluntad propia del sujeto.

1.3. Elementos que componen la Culpabilidad.

En Colombia se ha aceptado el criterio de la escuela finalista en el desarrollo del principio de culpabilidad y de su ejecución normativa, prueba de ello es que en el instante en el cual se debe realizar el juicio de reproche de un acontecer típico y antijurídico, el juez en aras de garantizar un análisis imparcial debe apartar sus criterios personales y ceñirse al cumplimiento de los elementos propios de la culpabilidad:

[...] El principio de culpabilidad significa que la culpabilidad es un presupuesto necesario de la legitimidad de la pena estatal. A su vez, la culpabilidad es el resultado de una

imputación reprobatoria, en el sentido de que la defraudación que se ha producido viene motivada por la voluntad defectuosa de una persona; [...] por lo que correspondería al juez resolver unos interrogantes para lograr determinar si la existencia del injusto penal fue ejecutado bajo la conciencia del obrar antijurídico, y si al sujeto que desplego la conducta se le podría exigir un comportamiento adecuado a derecho, entre otros, y así entonces se podrá saber si resulta o no culpable del injusto penal [...]. (Quinceno Álvarez, s.f., pp. 227)

1.3.1 Imputabilidad.

Según el concepto desarrollado por Jorge Eduardo Carranza menciona:

[...] En el manual de Derecho penal del maestro Reyes encontramos que imputabilidad es: “en sentido gramatical en una condición de la persona frente al derecho penal de la cual se derivan determinadas consecuencias”. La imputabilidad es una condición de una persona o de un sujeto activo, en virtud de la cual, por tener capacidad de comprensión de la ilicitud de su comportamiento y de la capacidad antropológica de autodeterminación en relación con esa comprensión, se le puede imponer un castigo o una pena, como consecuencia de su actuar.

Para ser imputable se requiere que la persona tenga capacidad de comprensión de la ilicitud del comportamiento típico y antijurídico y de determinarse en razón de esa comprensión. Para ser inimputable, basta que no se tenga una de esas categorías o capacidades, porque quien no tenga la capacidad de comprensión de esa ilicitud del comportamiento típico, no es capaz de autorregulación y mucho menos de elegir que

actúa con voluntad viciada. También, quien tenga su esfera afecto-volitiva trastornada o afectada, no puede determinar la dirección de sus actos aun cuando tenga una mente lúcida.

La imputabilidad solo puede estar referida a condiciones y calidades de la persona y no del acto como tal. Es una manera de ser que sólo puede ser predicable de la persona para efectos de naturaleza jurídica, por haber realizado una conducta típica, antijurídica y culpable [...]. (Carranza Piña, 2001, pp. 93, 94)

Desde una perspectiva aún más temprana Mezger (2010) consideraba:

[...] La imputabilidad como la capacidad de cometer culpablemente hechos punibles; la ley presupone la existencia de esa capacidad en los adultos, pero determina ciertas circunstancias en virtud de las cuales no existe esta capacidad “normal”. De ahí se deducen situaciones exactamente delimitadas de la “inimputabilidad”. Dado que esta se relaciona con la total estructura de la personalidad del autor, la teoría de la imputabilidad jurídico-penal se ha convertido, desde hace tiempo, en la puerta de entrada de la investigación moderna de la persona en el derecho penal [...] (pp. 137)

En atención a la época en la cual se desarrolla la teoría de Edmund Mezger (2010) frente al concepto de la imputabilidad, resalta:

[...] En este sentido, imputabilidad no significa “capacidad de acción” como entienden, por ej., Binding, Hippel, Gerland, y, en parte también el Tribunal del Reich: aun los inimputables pueden “actuar”, por cuanto la acción no es solamente la acción imputable. Imputabilidad no significa tampoco “capacidad jurídica del deber” como afirman los que sustentan una antijuridicidad subjetiva, como entre otros, Merkel, Ferneck y Kohlrausch;

en efecto, aun el inimputable puede estar obligado jurídicamente. Finalmente, imputabilidad no significa, lisa y llanamente, “capacidad de pena”, como sostiene Feuerbach, Liszt y Radbruch; en efecto, imputabilidad significa capacidad de culpabilidad y, por consiguiente, debe ser incluida dentro del sistema jurídico-penal [...]. (pp. 137)

1.3.2. Error de Prohibición.

Santiago Mir Puig (2002) considera lo siguiente:

[...] No basta que quien actúa típicamente conozca la situación típica, sino que hace falta, además, saber o poder saber que su actuación se halla prohibida. Es preciso, en otras palabras, el conocimiento, o su posibilidad, de la antijuridicidad del hecho. Cuando tal conocimiento falta se habla de <<error de prohibición>>, en contraposición al <<error de tipo>>. Dicho error será vencible o invencible según haya podido o no evitarse con mayor cuidado [...]. (pp. 561)

1.3.3. Conciencia del obrar antijurídico.

Para Francisco Muñoz Conde la conciencia del obrar antijurídico se encuentra ligada al concepto de Culpabilidad, pues es imprescindible el análisis en conjunto de dichos elementos que integran la Conducta Punible para determinar la responsabilidad penal, de la siguiente manera:

[...] No obstante el conocimiento de la antijuridicidad no es un elemento superfluo de la culpabilidad sino, al contrario, un elemento principal y el que le da su razón de ser. Lógicamente, la atribución que supone la culpabilidad solo tiene sentido frente a quien

conoce que su hacer está prohibido. La función motivadora de la norma penal solo puede su eficacia a nivel individual si el individuo en cuestión, autor de un hecho prohibido por la ley penal (por tanto, típico y antijurídico), tenía conciencia de la prohibición, pues, de lo contrario, este no tendría motivos para abstenerse de hacer lo que hizo.

Este conocimiento de la antijuridicidad no es necesario, sin embargo, que vaya referido al contenido exacto del precepto penal infringido o a la penalidad concreta del hecho; basta con que al autor tenga motivos suficientes para saber que el hecho cometido esta jurídicamente prohibido y que es contrario a las normas más elementales que rigen la convivencia [...]. (1996, pp. 400)

Se concluye entonces que al hablar de la conciencia del obrar antijurídico hacemos referencia al conocimiento que tiene el actor, del hecho delictivo que va a cometer o que ya consumo, esto es el juicio valorativo de si este conocía que su actuar era contrario a derecho. No bastaría sólo con indagarle si conoce que es o no delito (esto en tratándose del conocimiento del tipo penal, dicho de otra forma, si este sabía que la acción desplegada afecta un bien jurídico tutelado por el estado), el conocimiento exigido se extrae de las condiciones propias del sujeto, su nivel de educación, las labores propias a las que habitualmente se dedica, incluso del arraigo que este posea. Ejemplo: Si un extranjero que está habituado a consumir sustancias alucinógenas en su país porque allí es permitido, viene a Colombia, podría direccionar su actuar a lo que él considera correcto en cumplimiento de la normatividad de su Nación, por tanto, si consume dichas sustancias en Colombia se consideraría un delito, pero no le podría ser atribuible a este por el desconocimiento de la norma y a aprobación de dicho actuar de su país nativo.

1.3.4 Exigibilidad de un actuar acorde a derecho.

Este elemento de la culpabilidad tiene un gran componente humano radicado en la autodeterminación de la persona. Al hablar de exigibilidad del comportamiento, se da cabida a que el sujeto pueda libremente optar por el cumplimiento o no de la norma y por consiguiente cabe analizar primero: si el sujeto tiene la capacidad de autodeterminarse; segundo, si pudiendo conducir su comportamiento libremente (esto es sin la intervención de elementos foráneos) decide acatar o no la norma; y tercero analizar, si con la existencia de estos elementos exteriores se genera una causal de exculpabilidad o simplemente de disminución de responsabilidad.

Por su parte Jesús Orlando Gómez López considera:

[...] El principio de autodeterminación libre, reconocido como derecho fundamental en la Constitución Política (arts. 13, 16, 18), origina el reconocimiento que el hombre, en condiciones normales, es un ser que puede no solo autodeterminarse sino ser motivado por estímulos e impulsos, y allí radica uno de los pilares o fundamentos de la responsabilidad penal y moral; Si el hombre no tuviese capacidad o posibilidad de autodeterminarse según sus motivaciones, la responsabilidad jurídico penal sería un imposible. El fundamento de la posibilidad de automotivación se origina en la capacidad síquica del ser humano y en la aptitud de controlar los impulsos que llegan a su mente y tomar opciones en forma voluntaria y racional [...]. (Gómez López, 2001, pp. 577)

En cuanto a la autodeterminación con enfoque en la culpabilidad este doctrinante menciona:

[...] La prohibición de la responsabilidad objetiva (arts. 9, 12 CP.), nos coloca en la necesidad de valorar las circunstancias de conocimiento y ámbito de autodeterminación

del autor para determinar si en estas circunstancias se podía exigir la acción correcta en lugar del injusto [...]. (Gómez López, 2001, pp. 576)

Igualmente menciona el mismo autor:

[...] La culpabilidad reposa sobre el concepto del hombre como persona, o sea como un sujeto que tiene capacidad para decidir la conducta a seguir, es decir, que el presupuesto es la autodeterminación; no puede concebirse la pena en un sujeto incapaz de autodeterminarse, pues en tal caso sería responsabilizar procesos objetivos, sucesos causales y no por actos. Pero además la idea del “hombre como persona”, comporta la afirmación de que todos los hombres, incluido quien ha delinquido, tiene el derecho de ser tratados como personas; El individuo infractor tiene los mismos derechos fundamentales de cualquier ser humano, y por ende no es un “ser diferente” al hombre común, sino por el contrario es un hombre cualquiera que ha vivido especiales circunstancias; para él también el Estado se encuentra obligado a posibilitarle el desarrollo de las facultades personales, pues el hombre no es para el Estado, sino que el Estado es para el hombre.

La autodeterminación –relativa- es una realidad vivencial en el hombre, pues en la práctica existe capacidad de optar hasta cierto punto, capacidad que deviene condicionada por factores internos y externos que llegan a la conciencia del hombre y se transforman dinámicamente en estímulos, como dice Zaffaroni, la autodeterminación entendida como libre albedrio sería una causalidad, y acabaría con el hombre responsable. Todo en el universo está condicionado, nada ocurre sin causas precedentes, y así pasa con el acto humano, por lo tanto, el indeterminismo absoluto o libre albedrio es una necesidad; la

autodeterminación siempre tiene un límite, pues el hombre capaz hasta cierto grado de tomar opción, el determinismo como libre albedrío están fuera de la realidad, la vida social, la educación, el derecho son posibles en cuanto la posibilidad de autodeterminación permite que el hombre se motive en las normas [...]. (Gómez López, 2001, pp. 583, 585)

Ilustrado de este modo, “el actuar bajo un comportamiento adecuado a derecho” es una imposición que recae sobre la humanidad, comportamiento que es dictaminado por un Estado. Se espera que las personas actúen conforme al mandato de la ley, exigibilidad que está dada por la naturaleza del ser humano, siendo un ser racional con la capacidad de autodeterminarse. Esta condición natural supone entonces, un hipotético de buen comportamiento de las personas, en relación a sí mismas, los demás y el mismo Estado, pues siendo seres sociales que convivimos en comunidad, resulta necesario la existencia no sólo de normas positivas, sino de igual manera morales, entre ellas las del respeto y cumplimiento a la ley. Incluso ha resultado de gran relevancia, en mi apreciación personal, el aporte de Jesús Orlando Gómez López, pues entabla una responsabilidad pública por parte de un Estado en su teoría de derecho democrático. Sobre el Estado también recae la responsabilidad de formación y generación de políticas públicas que permitan a las personas que le componen, una formación integral jurídico-moral para sí poder entender cuál es su deber ser como sujetos de derecho.

De este elemento de la culpabilidad, por consiguiente, confluyen tanto factores internos como externos, que conllevan al comportamiento esperado en las personas, unos por convicción propia (credo religioso o político), otros por situaciones personales (estado de salud clínico, educación, oportunidades laborales, poder económico), y finalmente factores inmediatos a la acción (esto es la puesta en peligro, situaciones de supervivencia entre otros). Por supuesto que

el Estado no podría exigir de las personas un comportamiento más allá de sus capacidades y condiciones personales, la ley no obliga a un comportamiento heroico.

Es entonces este ingrediente de la culpabilidad el examen más riguroso que el juez debe realizar, pues del análisis del mismo no se conjetura únicamente en si se comportó o no adecuadamente a derecho, es el ejercicio de observar si existen causales de negativos de culpabilidad, las cuales son el verdadero baremo que tiene el juez para poder responderse esta incógnita.

1.4. Negativos de Culpabilidad.

Como quiera que se ha desarrollado el concepto de culpabilidad, teniendo como crisol ese análisis del comportamiento de cada individuo en particular, en contraposición del injusto penal que ha trasgredido, se puede inferir entonces que este análisis puede conllevar a dos resultados: primero, que a la persona le sea declarado culpable por cuanto era un sujeto al cual se le podía imputar la conducta, tenía el conocimiento de que su actuar era contrario a derecho, y que a pesar de esto decidió voluntariamente desobedecer la imposición de cumplimiento de la ley, y consumir el acto delictivo; o segundo, no se le pueda hallar culpable sea porque desconocía que su actuar era antijurídico, o porque no le podíamos exigir un comportamiento adecuado a derecho. A esta segunda posibilidad se le conoce como negativos de Culpabilidad, causales de inculpabilidad, incluso en el Derecho Español se le ha denominado causas de exculpación penal o exclusión de culpabilidad.

En Colombia estas causales deben encontrarse estipuladas en la ley –taxativas- y se hallan en el estatuto penal Ley 599 del 2000 en el artículo 32 que señala: “[...] Ausencia De

Responsabilidad. No habrá lugar a responsabilidad penal cuando: 1. En los eventos de caso fortuito y fuerza mayor. (Negativo de tipicidad)”

Según la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en su fallo del 6 de marzo de 2013 determino:

[...] El numeral 1 del artículo 32 del Código Penal prevé que no habrá lugar a responsabilidad penal en los eventos de caso fortuito o fuerza mayor. Tanto el caso fortuito como la fuerza mayor están consagrados en el artículo 64 del Código Civil, subrogado por el artículo 1 de la Ley 95 de 1890, ambos como nociones que equivalen al “imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.

Trasladado dicho concepto, propio del derecho privado, a una teoría del delito coherente con la Ley 599 de 2000, que es el actual estatuto punitivo, le asiste la razón al representante del Ministerio Público cuando sostuvo en la sustentación oral del recurso extraordinario que, en materia penal, los casos de fuerza mayor obedecen a situaciones de ausencia de acción.

Así lo reconoció la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal en el fallo de 5 de diciembre de 2007, si bien en relación con el caso fortuito:

[...] Cuando se hace alusión a un caso fortuito y a una fuerza mayor, añade ahora la Sala, lo que se quiere expresar en términos de la teoría de la imputación objetiva es que la lesión o puesta en peligro del bien jurídico no se puede determinar en el ámbito de competencia de persona alguna, entendida ésta como la portadora de un rol socialmente comprensible, o bien la imposibilidad de

establecer la relación entre el sujeto activo y el resultado típico para que se le pueda atribuir al primero como ‘obra suya’ lo segundo. Es decir, el caso fortuito se refiere directamente a circunstancias en las que desde el punto de vista dogmático se presenta una ausencia de acción [...]. (Magistrado Ponente Julio Enrique Socha)

Por su parte el artículo 32 de la Ley 599 de 2000 establece en su numeral segundo: “[...] Se actúe con el consentimiento válidamente emitido por parte del titular del bien jurídico, en los casos en que se puede disponer del mismo (Negativo de tipicidad – antijuridicidad) [...]”. En el numeral tercero establece que: “[...] Se obre en estricto cumplimiento de un deber legal (Antijuridicidad) [...]”.

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, mediante fallo del 17 de marzo de 2011 considero:

[...] Como se sabe, el estricto cumplimiento de un deber legal es una permisión con la que se declara ajustada al derecho la realización de ciertas conductas típicas llevadas a cabo por un agente en cumplimiento de lo dispuesto por el mismo ordenamiento jurídico.

Para que la conducta en cumplimiento de un deber legal se justifique, se requiere:

- La existencia de un deber jurídico que no puede ser de carácter moral sino impuesto por la ley.

El deber tiene que ser estricto, o sea que el agente con su actuación no debe rebasar los límites o la medida en el cumplimiento del deber. Por ello los abusos, los casos de desviación de poder, los excesos que escapen a la competencia del funcionario, no

quedan cobijados por la eximente. Debe mediar necesidad de ejecutar la conducta típica, lo cual se traduce en el hecho de que, si el agente para cumplir con su deber puede abstenerse de ejecutar el comportamiento, no queda cobijado por la justificante. El autor debe actuar con la finalidad de cumplir el deber [...]. (Consejero Ponente Luis Rafael Vergara Quintero)

Seguidamente el artículo 32 de la Ley 599 de 2000 establece en su numeral cuarto cita: “[...] Se obre en cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales (Negativo de antijuridicidad). No se podrá reconocer la obediencia debida cuando se trate de delitos de genocidio, desaparición forzada y tortura [...]”.

El numeral quinto establece lo negativo de antijuridicidad, citando: “[...] Se obre en legítimo ejercicio de un derecho, de una actividad lícita o de un cargo público [...]”. (Ley 599 de 2000). Continúa el numeral sexto, del mismo mandato legal, determinando:

[...] Se obre por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra injusta agresión actual o inminente, siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión. Se presume la legítima defensa en quien rechaza al extraño que, indebidamente, intente penetrar o haya penetrado a su habitación o dependencias inmediatas [...].

En relación a la legítima defensa, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, a través de fallo del diecinueve de febrero del 2009 estableció:

[...] Esta Sala ha venido sosteniendo que la legítima defensa es el derecho que la ley confiere de obrar en orden a proteger un bien jurídico tutelado, propio o ajeno, ante el riesgo en que ha sido puesto por causa de una agresión antijurídica, actual o inminente, de otro, no conjurable racionalmente por vía distinta, siempre que el medio empleado sea

Miedo insuperable

proporcional a la agresión. Requiere por tanto para su configuración, que en el proceso se encuentre acreditado la concurrencia de los siguientes elementos:

a). Que haya una agresión ilegítima, es decir, una acción antijurídica e intencional, de puesta en peligro de algún bien jurídico individual (patrimonio económico, vida, integridad física, libertad). b). Que sea actual o inminente. Es decir, que el ataque al bien jurídico se haya iniciado o inequívocamente vaya a comenzar y que aún haya posibilidad de protegerlo. c). Que la defensa resulte necesaria para impedir que el ataque injusto se materialice. d). Que la entidad de la defensa, sea proporcionada, tanto en especie de bienes y medios, como en medida, a la de la agresión. e). Que la agresión no haya sido intencional y suficientemente provocada. Es decir que, de darse la provocación, ésta no constituya una verdadera agresión ilegítima que justifique la reacción defensiva del provocado.

En oportunidad reciente, la Corte expresó:

La causal de ausencia de responsabilidad del numeral 6° del nuevo Código Penal (Ley 599 de 2000), de la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra injusta agresión actual o inminente, permite a la persona proteger un bien jurídicamente tutelado sea propio o ajeno, siempre que medie proporcionalidad. Los elementos que informan son: i) una agresión ilegítima o antijurídica que ponga en peligro algún bien jurídico individual, ii) el ataque al bien jurídico ha de ser actual o inminente, esto es, que se haya iniciado o sin duda alguna vaya a comenzar y que aún haya posibilidad de protegerlo, iii) la defensa ha de resultar necesaria para impedir que el ataque se haga efectivo, iv) la entidad de la defensa debe ser proporcionada cualitativa y cuantitativamente es decir

respecto de la respuesta y los medios utilizados, v) la agresión no ha de ser intencional o provocada.

La jurisprudencia también ha tratado los requisitos que exige el reconocimiento de la legítima defensa, y en relación con la necesidad de la misma ha sostenido: La necesidad de la defensa es una condición que deviene del análisis de un cúmulo de circunstancias que no es posible identificar de manera genérica, sino en relación con el caso concreto; así, entre otras, el modo, tiempo y lugar que rodearon el hecho, los bienes jurídicos en tensión, la entidad de la agresión e incluso los medios utilizados [...] (Magistrado ponente: Yesid Ramírez Bastidas)

Continuando con el análisis del artículo 32 de la normatividad penal, este determina:

[...]7. Se obre por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, inevitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar. (Negativo de antijuridicidad)

El que exceda los límites propios de las causales consagradas en los numerales 3, 4, 5, 6 y 7 precedentes, incurrirá en una pena no menor de la sexta parte del mínimo ni mayor de la mitad del máximo de la señalada para la respectiva conducta punible.

8. Se obre bajo insuperable coacción ajena. (Negativo de culpabilidad) [...].

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en fallo del fallo del 24 de octubre de 2007, determino:

[...] Como lo ha dicho la jurisprudencia de la Corte, la insuperable coacción ajena como causal de ausencia de responsabilidad prevista por el artículo 32, numeral 8°, de la Ley 599 de 2000 (antes causal de inculpabilidad de acuerdo con el artículo 40 del Decreto 100 de 1980), para que constituya circunstancia eximente de responsabilidad debe consistir en un acto de violencia moral verdaderamente irresistible generada por un tercero, que tenga por causa un hecho absolutamente ajeno a la voluntad del agente, que lo obligue a ejecutar aquello que no quiere, sustentado en el miedo o en el temor y la voluntad de evitarse el daño amenazado.

Dicho de otra manera, la insuperable coacción ajena supone la existencia de una ‘vis compulsiva’, es decir, que la persona no procede, porque es actuada, es perfectamente determinada por esa coacción de la que no puede liberarse y que domina totalmente su voluntad que podría llevarla a actuar de una manera diversa a la que fuera fruto de su propia auto determinación que ha perdido de manera total.

En síntesis, para predicar la existencia de la insuperable coacción ajena deben concurrir los siguientes presupuestos, a saber:

- a) Que haya peligro inminente, es decir, que no sea futuro o incierto, pero sí serio o inevitable por otro medio.
- b) Que se advierta un mal que para el violentado sea de naturaleza más grave que el que puede ocasionar con la comisión del hecho ilícito propuesto.
- c) Que no pueda ser evitado sino realizando ese hecho prohibido por la ley, es decir, que la conducta ilícita no haya sido consentida previamente.

En esas condiciones, la coacción se erige en el empleo de la fuerza física o síquica presente o futura sobre una persona para lograr de ella un comportamiento de acción o de omisión, que en otras circunstancias voluntariamente no realizaría [...]. (Magistrado Ponente Jorge Luis Quintero Milanés).

En palabras de Mezger (2010):

[...] No existe una acción punible “cuando el autor ha sido coaccionado a realizar la acción por una fuerza irresistible o una amenaza que estaba unida a un peligro actual. No evitable de otra manera, para el cuerpo o la vida de él mismo o de un familiar”. Tal como ocurre en la legítima defensa, se distingue también aquí la situación de coacción de la acción determinada por la coacción” [...]. (pp. 182)

Siendo el artículo 32 para esencial de este trabajo, se debe analizar en su totalidad:

[...] 9. Se obre impulsado por miedo insuperable. En atención al objetivo que se tiende, esta causal será desarrollada detalladamente con posterioridad. (Culpabilidad).

10. Se obre con error invencible de que no concurre en su conducta un hecho constitutivo de la descripción típica o de que concurren los presupuestos objetivos de una causal que excluya la responsabilidad. Si el error fuere vencible la conducta será punible cuando la ley la hubiere previsto como culposa. (Negativo de culpabilidad).

Cuando el agente obre en un error sobre los elementos que posibilitarían un tipo penal más benigno, responderá por la realización del supuesto de hecho privilegiado [...].

En dicho sentido, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en fallo del 20 de noviembre de 2013:

[...] Reiterando lo que la Sala ha dicho sobre el tema, cabe anotar que el inciso primero del numeral 10° del precepto transcrito se refiere al error de tipo, es decir, aquel que recaer sobre los elementos que integran el llamado tipo objetivo, que tiene la virtualidad de excluir la tipicidad dolosa y culposa y, por contera, la responsabilidad penal cuando es invencible, vale decir, aquel en el cual se incurre pese a haber aplicado la diligencia debida atendida la situación fáctica concreta y las condiciones personales del autor; en tanto que si a él se llega por negligencia o falta de cuidado, sólo excluye la tipicidad dolosa y subsiste la culposa, luego el autor en estos casos será responsable a título de culpa si la conducta está prevista en la ley bajo esa modalidad.

En el mismo inciso del numeral 10° del artículo 32 de la citada codificación, se consagra el error sobre los aspectos objetivos que posibilitan la existencia de una causal de ausencia de responsabilidad, también conocido como error de tipo permisivo, que no obstante ser una modalidad de error de prohibición indirecto, para efectos punitivos se le asignan las consecuencias del error de tipo, acorde con la teoría limitada de la culpabilidad [...].(Magistrado Ponente Fernando Alberto Castro Caballero)

En el numeral 11 del artículo del estatuto penal que se ha analizado en línea anteriores, se establece que:

[...] Se obre con error invencible de la licitud de su conducta. Si el error fuere vencible la pena se rebajará en la mitad. (Negativo de culpabilidad). Para estimar cumplida la conciencia de la antijuridicidad basta que la persona haya tenido la oportunidad, en términos razonables, de actualizar el conocimiento de lo injusto de su conducta [...]. (Ley 599 de 2000, Artículo 32)

De igual forma, la Corte Suprema de Justicia, expresa en su fallo del 20 de noviembre de 2013 que:

[...] El inciso primero del numeral 11° del referido precepto hace alusión al error de prohibición, es decir, aquel que recae sobre la licitud del comportamiento, comprende tanto el directo como el indirecto, y sus consecuencias dependerán de la modalidad invencible o vencible del error, pues en el primer evento no habrá culpabilidad y consecuentemente tampoco responsabilidad penal, en tanto que en el segundo subsiste la imputación dolosa pero se sanciona con pena atenuada, lo cual se explica, entre otras razones, porque para esa fase de la conducta el autor ya ha realizado el injusto, esto es, la conducta típica y antijurídica.

Finalmente, otro aspecto que influye notablemente en la aplicación del error de prohibición conforme a la legislación vigente, deriva de la adopción de la teoría estricta de la culpabilidad, según la cual el conocimiento o la conciencia de lo antijurídico de la conducta no requiere que sea actual, sino que es suficiente que sea “potencial”, o como lo señala el inciso segundo del numeral 11° de la norma materia de análisis “Para estimar cumplida la conciencia de la Antijuridicidad basta que la persona haya tenido la oportunidad, en términos razonables, de actualizar el conocimiento de lo injusto de su conducta.

Y ello es así, porque la conciencia de la licitud del comportamiento es un juicio valorativo sobre lo permitido y lo prohibido, luego exigir que ese conocimiento sea actual, vale decir, que al momento de realizar la conducta el autor se represente que está obrando contra derecho, resulta un imposible probatorio por tratarse de “un estado

subjetivo diferente que opera en el proceso de la formación de la voluntad del sujeto [...]”; la actualidad del conocimiento sólo puede predicarse de lo que es verdadero o falso en relación con el mundo fenoménico, como acontece con el dolo cuyo conocimiento es actual en tanto recae sobre lo fáctico. Por tal razón, no se demanda que el agente conozca que su conducta es antijurídica, sino que basta que haya tenido la oportunidad de actualizar de manera razonable, esto es, conforme a la situación fáctica concreta y las condiciones personales del autor, lo injusto de su actuar [...].(Magistrado Ponente Fernando Alberto Castro Caballero).

Por último, el numeral 12 del artículo 32 determina: “[...] El error invencible sobre una circunstancia que diere lugar a la atenuación de la punibilidad dará lugar a la aplicación de la disminuyente. (Negativo de culpabilidad) [...]”. (Ley 599 de 2000)

Capítulo II

El miedo insuperable

El miedo es un sentimiento que entre otras especies le es característico al ser humano, y por ende hace parte de un conjunto de elementos afines a la personalidad y de discreción de cada hombre. Su estudio no yace en el mundo jurídico, este estudio le pertenece a las áreas del conocimiento encargadas del desarrollo de la psique humana (psicología, psiquiatría, incluso la medicina, etc.). El miedo como lo puede ser la felicidad, la alegría, la tristeza etc. Es un sentimiento involuntario en el ser Humano, quiere decir esto, no es generado a voluntad propia de cada individuo, sino que existe conforme a la interacción con otras personas o en situaciones particulares. Los sentimientos se generan como una respuesta química en nuestro cuerpo, conforme a la reacción que tenemos ante elementos externos que nos producen, según haya sido nuestra formación cultural, personal o académica, distintas reacciones. Es en el Hipotálamo en donde tiene inicio estas reacciones que denominamos sentimientos, reacciones químicas hacen que nuestro cuerpo genere cambios significativos, tales como fuerza exagerada, velocidad, o parálisis muscular. Así mismo, puede generar respuestas cerebrales distintas a las acostumbradas, debido al corto lapso de tiempo que existe para la toma de decisiones – ante una amenaza inminente el cuerpo genera reacciones inmediatas-.

Dicho esto se puede entonces comprender que el miedo es una respuesta ante fenómenos externos, y su respuesta varía entre cada individuo, debido a las diferencias que existen entre nosotros, sea en materia cultural (es distinta la reacción al miedo que puede tener una cultura indígena que acostumbra a vivir ante un cierto riesgo latente, al miedo de un ciudadano, acostumbrado a un control social.) a nivel de educación (no siente el mismo miedo una persona

entrenada como lo pueden ser los soldados, acostumbrados al control emotivo, al que siente un estudiante o una ama de casa), o puede serlo por diferencias propias a la personalidad.

Por esta razón y dando inicio al desarrollo capitular, se entiende que el miedo insuperable, no es una causal eximente de responsabilidad subjetiva, pues el estudio propio que debe realizarse de fondo, no deviene de una postura personal, sino del análisis del acontecimiento, la situación particular, y los elementos externos que la generaron, así como la reacción involuntaria que genera los elementos externos en la persona, la valoración en conjunto de estos compendios exigen una disertación objetiva, la cual es guiada por la prueba y no por el parecer del fallador.

La Corte Constitucional en la sentencia C-563 de 1995, determina:

[...] Son virtual y claramente diferenciables la cobardía y el temor, aunque en las acciones concretas sometidas a juicio aparezcan, a veces, unidas de modo inconsútil. La cobardía es la contrapartida de una virtud (el valor) y como tal, un vicio, moral y jurídicamente censurable. El temor (o miedo), en cambio es un fenómeno psicológico, una emoción originada en un proceso fisiológico fatal y humanamente inevitable, éticamente neutro. Sería un despropósito (un sinsentido) reprochar a alguien su miedo, pero no lo es reprocharle su cobardía.

Kant ("Antropología en sentido pragmático") distinguió las emociones asténicas, que impulsan a la acción, como la ira, de las asténicas, que sumen en la inacción, en la pasividad, como el dolor. El miedo, emoción derivada de la creencia influir nuestro comportamiento al modo de las unas o de las otras, cuando su intensidad lo hace incontrolable. Puede paralizarnos cuando era el caso de actuar, o impulsarnos a una

acción desbordada cuando era el caso de evitar la actuación imprudente. Pero, de ordinario, no es incompatible con el comportamiento sensato. A menudo, acompaña nuestros actos cotidianos: sentimos miedo de un tratamiento médico doloroso, pero lo afrontamos; sentimos miedo de transitar por una zona donde abundan los bandidos, pero lo hacemos; tememos tomar una decisión de la que se siguen graves consecuencias, pero la tomamos. Es decir, aunque sentimos miedo no actuamos cobardemente [...].
(Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz)

2.1. Marco Legal del Miedo Insuperable en Colombia.

Acto seguido, debemos comprender y hacer un análisis del significado del “miedo insuperable” visto este desde una perspectiva jurídica, por lo cual iniciamos con la enunciación de la norma que prevé tal situación: “[...] Artículo 32. Ausencia De Responsabilidad. No habrá lugar a responsabilidad penal cuando: [...] 9. Se obre impulsado por miedo insuperable [...]” (Ley 599 de 2000)

Como tal la norma no nos otorga una definición del miedo insuperable, pero si se encuentra señalado en el articulado de ausencia de responsabilidad, lo que le prodiga de ser una causal eximente de culpabilidad o exoneración de responsabilidad.

Por ello es importante vislumbrar que desde los inicios del trámite legislativo de lo que hoy por hoy es la ley 599 del 2000, el legislador previo como causal de inculpabilidad el miedo insuperable, tal como constaba en la gaceta del congreso N° 189. Situación que se mantuvo sin controversia, ni comentario alguno en los debates subsiguientes; y al no existir un fondo en la

redacción de la norma, ubicaremos para mayor entendimiento en la dogmática y la jurisprudencia su definición y conceptualización.

No sin antes anotar que la pobreza que existe en el desarrollo del análisis del miedo insuperable en materia legislativa, es con ocasión del modo en el cual se introduce esta eximente, pues en la creación del Código Penal, se sustrajo de la legislación española esta exoneración de responsabilidad penal, entendiéndose la fuerte influencia que ha tenido en Colombia el Derecho ibérico, anunciando que para el Derecho anglosajón le es inexistente esta causal de exculpación penal.

2.2. Dogmática del Miedo Insuperable

Para el desarrollo del tema del miedo insuperable es necesario en primer lugar, entender la conceptualización que diversos autores le han dado a este tema.

[...] El miedo insuperable se ha considerado tradicionalmente como un supuesto de exclusión de la culpabilidad, basándose en la no exigibilidad de otra conducta. Nos encontramos ante un supuesto en el que el sujeto no se puede motivar con normalidad, por que padece de miedo.

No cualquier situación de temor o miedo habilita la apreciación de esta eximente. El miedo debe ser insuperable se basa en lo que pueda resistir un hombre medio en estas circunstancias. No se apreciará miedo insuperable si se trata de una situación perfectamente asumible por un ciudadano medio, pero en la que el sujeto, por su carácter especialmente pusilánime o cobarde, prefiere cometer el delito a tolerar las circunstancias

que padece [...]. (Arroyo Zapatero Berdugo Gómez de la Torre, Ferre Olive, García Rivas, Serrano Piedecabras, 1999, pp. 264, 265)

Por su parte, para Francisco Muñoz Conde (1996) el miedo insuperable puede ser entendido como una causa de inimputabilidad, en palabras textuales este autor expresa:

[...] En principio, esta eximente recuerda a una causa de inimputabilidad o incluso de ausencia de acción, por cuanto el miedo es un estado psíquico que puede llevar incluso a la paralización total del que lo sufre. Sin embargo, el miedo al que aquí se alude es aquel que, aun afectado psíquicamente al que lo sufre, le deja una opción o una posibilidad de actuación (amenaza, situación de peligro para la vida, etc.); ---Insuperable--- quiere decir aquí superior a la exigencia media de soportar males y peligros. La insuperabilidad del miedo es un requisito objetivo y, por lo tanto, en la medida en que el sujeto sea un timorato o muestre una gran cobardía, no podrá apreciarse esta eximente. [...] (pp. 410)

Para Santiago Mir Puig (2002):

[...] La exclusión de la responsabilidad penal no se basa en tal caso en que el sujeto sea distinto al hombre normal al que se dirige la motivación de la norma, sino, al contrario, precisamente en que el sujeto actúa como lo haría cualquier hombre normal. La anormalidad motivacional, fundamento común a toda causa de exclusión de la responsabilidad penal, no procede aquí de una anormalidad en el sujeto –permanente o transitoria-, sino de una anormalidad en la situación. En un Estado social y democrático de Derecho ello puede justificarse acudiendo a la idea de que el Derecho no puede castigar las conductas adecuadas al baremo del ciudadano medio. Un Derecho penal

democrático no quiere ser un derecho de héroes, sino un Derecho a la medida de la gran mayoría. Se llega así a la idea básica que suele verse tras la noción de ---no exigibilidad---: las conductas heroicas ---no son exigibles---.”

[...] Podría decirse perfectamente que el derecho ---exige--- la conducta heroica, aunque no considere ---penalmente responsable--- a quien la omite [...]. (pp. 616, 617)

Para la Doctrina Española el miedo insuperable tiene una fuerte connotación o nexo con un criterio el cual denominan “hombre medio” u “hombre común”. Así, el debate de la existencia o no de esta eximente resulta en un juicio de valor entre lo que debería ser una conducta apropiada por una mayoría y una conducta desplegada por alguien “cobarde”, en donde este último no podría ser objeto de tal eximente de responsabilidad.

Santiago Mir Puig señala que en el Estado Social Democrático, no podría castigarse una conducta que no fuere heroica, esto por su estrecha relación con el desarrollo de garantías fundamentales, en donde el Estado no puede imponer imposibles a la sociedad, y debe generar criterios que le sean acordes a lo que se espera de sus mayorías.

Igualmente se hace menester decir que esta ha sido la solución que se ha enfocado en el Derecho Español al tratar de explicar la manera en la cual debe operar el Miedo Insuperable, sin embargo en el Derecho Colombiano ha sido poco el desarrollo doctrinal que se presenta de esta causal, uno de los pocos maestros que se ha permitido dar un criterio del correcto entendimiento del “hombre común” y que es pertinente traer a colación es el Doctor Luis Alejandro Becerra Mojica (2010) quien nos dice:

[...] Este criterio, el del hombre medio, es el que acogió la jurisprudencia nacional, cuando afirma que “no puede admitirse un miedo insuperable, cuando se está ante una

situación perfectamente controlable por un ciudadano común”, en el mismo sentido en sentencia de 22 de Julio de 2009, en donde se informa que “El miedo ha de ser insuperable, es decir sólo aquel que no deje al sujeto ninguna posibilidad de actuar como lo haría el común de los hombres”, criterio que permite crítica en tanto el hombre medio o el hombre medio en la posición del autor, son criterios vagos, y además “generalizante en una categoría esencialmente individualizadora como es el sujeto responsable y, en particular, la inexigibilidad de otra conducta”

Teniendo como partida la esencia de la categoría de la culpabilidad, esto es, individualizadora, en tanto, entender que la persona realizó la conducta consiente del actuar antijurídico del comportamiento diverso, en efecto la tesis que aplica la Corte Suprema no guarda armonía en la medida que su cartabón generaliza (hombre común – hombre medio) en una categoría que esencialmente busca particularizar para efectos de atribuir responsabilidad [...].

Su importancia como puede observarse nace, de la connotación Constitucional, de esa armonía que debe existir entre la norma y la ley máxima, pues pone en evidencia una gran falencia que en un Estado Social de Derecho es inadmisibles, y es la generalización de un criterio que por su naturaleza es individual y único.

2.3. Requisitos del Miedo Insuperable

Al hablar de los requisitos del miedo insuperables, varios autores se han preocupado por analizarlo y establecerlos así:

[...] En la situación de miedo insuperable, el sujeto se encuentra sometido a la presión que le produce el miedo por la amenaza de un mal. Se trata de determinar en esa situación concreta, en un juicio valorativo ex ante colocándose en la situación de la persona concreta, si el Estado le podía exigir un actuar contrario a sus propios intereses en la resolución del conflicto.

El sujeto ha dado preferencia a sus propios intereses por que valora el conflicto desde su propia posición o perspectiva (es decir, ---desde dentro---). Esta preferencia por los intereses propios es, no obstante, legítima en ciertas ocasiones, porque el mayor peso que una persona confiere a los valores por los que se siente vinculado es, en realidad, un reflejo de nuestra propia manera de ser y actuar: la perspectiva parcial forma parte de lo que somos y como somos. El miedo insuperable se fundamenta, por tanto, en la legítima preferencia por los propios intereses.

La determinación de los requisitos del miedo insuperable ha de partir de la base de que el fundamento de la eximente es normativo y no está vinculado a un planteamiento psicológico sobre sus efectos en las facultades volitivas o intelectivas de la persona. Por tanto, la cuestión de la insuperabilidad del miedo se refiere a las exigencias normativas que son necesarias para que el miedo tenga eficacia eximente de responsabilidad criminal [...].

Los requisitos son los siguientes (Varona, 1999):

- a) La existencia de un miedo, es decir, un determinado estado emocional en el sujeto por el temor del advenimiento de un mal (...) La exigencia legislativa de ---miedo insuperable--- no ha de interpretarse en términos exclusivamente psicológicos de

terror o pánico incapacitador, sino de estado emocional de temor por un hecho desagradable que provoca la reacción del sujeto [...].

- b) El miedo ha de ser además insuperable. La doctrina, en lo que respecta a la insuperabilidad del miedo, ha recurrido normalmente al parámetro normativo del --hombre medio en la posición del autor--- [...].
- c) No causación responsable del peligro. El principio de responsabilidad por los actos propios excluye de quedar amparadas por el miedo insuperable aquellas conductas de defensa que provienen de males amenazantes causados por el propio sujeto [...].
- d) Una cierta entidad del mal. El mal amenazante no puede ser valorado a priori sobre la base de un catálogo cerrado de bienes jurídicos que deberían estar en peligro para que pueda apreciarse el miedo insuperable [...].
- e) Sujeto pasivo del mal amenazante. Desde luego, queda comprendido el supuesto en que la amenaza afecta a los propios bienes del autor [...]. (Bustos Ramírez y Hormazabal Malarée, 1999, pp. 380, 381, 383, 384,385, 386)

Coherente con el análisis anterior, resulta entonces asegurar que la procedibilidad de la eximente de responsabilidad tiene varios elementos que le componen, y que estos tienen una estrecha relación entre sí. Que si bien no se menciona tal cual, la relación existe en una situación en donde el mal amenazante, generador del miedo insuperable, pone al sujeto pasivo en una situación imposible de sobrellevar o superar, sin poner en riesgo o sin causar daño a un bien jurídico tutelado cualquiera, siempre y cuando el sujeto pasivo no haya sido el generador de esta situación de amenaza o peligro. Pero resulta curioso cómo, al hablar de miedo insuperable, se retoma esa importancia del criterio de hombre medio, que en mi parecer pierde fuerza al

mencionar en otro elemento: Una cierta entidad del mal. El mal amenazante no puede ser valorado a priori sobre la base de un catálogo cerrado de bienes jurídicos que deberían estar en peligro para que pueda apreciarse el miedo insuperable, pues en este elemento se esgrime un trasfondo mayor. Si no existe una “lista” de bienes jurídicos puestos en peligro, que representen ser amenazados, se abre la posibilidad, de afirmar que depende del sujeto pasivo o esta encabeza de este, determinar o valorar si la amenaza o mal inmediato afecta sus bienes jurídicos; y por ende esa desigualdad o diferencia que existe para aceptar como amenaza un hecho, también permite inferir que el resultado no puede estar dado por una parcialidad, pues cada sujeto responderá de forma distinta a otro frente al miedo que pueda causarse, contrario sensu al concepto de hombre medio.

2.4. Desarrollo Jurisprudencial del Miedo Insuperable

La jurisprudencia en Colombia ha intentado dar una explicación unificada en cuanto a lo que se debe considerar como miedo insuperable, para que se logre su reconocimiento como un eximente de culpabilidad, y por ende exista la ausencia de responsabilidad penal, aunque cabe destacar que es poco el desarrollo jurisprudencial que ha existido, si se ha mencionado lo siguiente:

La Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, en fallo del 4 de junio de 2014 ha dicho:

[...] sin adentrarse ahora en los meandros de la teoría, mas sin desconocer, claro está el estado de la dogmática actual, reconoce que para poder atribuirle culpabilidad a un sujeto, por un acto a él imputable, deben concurrir tres elementos básicos de la aludida exigibilidad, a saber : la imputabilidad (exigibilidad sistémica), la exigibilidad de otra conducta (estado de necesidad, miedo insuperable) y la exigibilidad de la conciencia de antijuridicidad [...].(Magistrado Ponente Eugenio Fernández Carlier)

Miedo insuperable

Se evidencia entonces que superando la evaluación de que el comportamiento es típico y antijurídico, que son juicios de valor sobre el hecho, el paso siguiente en el estudio de la conducta punible se haya en la culpabilidad, que es el juicio de valor ya no sobre el hecho sino de la persona. Es aquí donde corresponde analizar, en primer lugar, si la persona tiene la condición de ser culpable, esto es, la capacidad de culpabilidad o, dicho de otro modo, la condición de imputable para luego realizar el reproche sobre la base de la conciencia del obrar antijurídico y de la exigibilidad del comportamiento adecuado a Derecho

De esta manera podemos asegurar entonces que la fuente de la cual bebe la existencia del Miedo Insuperable radica en el elemento de la culpabilidad, de exigir un comportamiento adecuado a derecho.

Igualmente la Sala de Casación Penal en el fallo del 17 de agosto de 2011 ha resaltado:

[...] En este sentido, la Sala no ignora las condiciones personales de marginalidad del procesado, sólo que de ellas, conforme lo consignó el fallo, advierte que “no se deriva una compulsión de tal magnitud que le permitiera privilegios de inexigibilidad frente a lo que habría de soportar otro hombre” y continua aduciendo que “Por lo tanto, no puede admitirse un miedo insuperable cuando se está ante una situación perfectamente controlable por un ciudadano común, pero que otro sujeto por su carácter pusilánime no tolera prefiriendo cometer el delito. La insuperabilidad del miedo se constituye entonces en una condición normativa necesaria para que el miedo tenga eficacia como eximente de responsabilidad [...]. (Corte Suprema de Justicia, Magistrado Ponente Alfredo Gómez Quintero)

Miedo insuperable

Con este concepto la Corte Suprema menciona un nuevo elemento de decisión al momento del análisis de la causal del miedo insuperable, y es hablar acerca del hombre medio, comparado con el autor, para analizar si su comportamiento se ajusta o no a esta clase de hombre común y así conocer si se le es atribuible este eximente de responsabilidad. Incluso delimita la comparación a un plano especulativo de que haría el hombre correcto frente a la situación que percibe o vive el implicado o la persona que está siendo juzgada.

Aún más importante resulta ver como la Corte asume una postura normativa en el estudio concreto del Miedo Insuperable, lo que conlleva a anunciar un distanciamiento subjetivo y un apego irrestricto en la norma.

Comprensible es entonces que la observación de la causal de eximente de responsabilidad deba tener más elementos o requisitos, tal como lo ha expresado la Corte Suprema de Justicia en fallo del 12 de mayo de 2012, cita de la siguiente manera:

[...] En relación con el miedo insuperable previsto en el numeral 9° del artículo 32 del cp., la Corte se pronunció sobre su naturaleza y requisitos para que se pueda admitir como eximente de responsabilidad en los siguientes términos:

El miedo, según el Diccionario de la Academia, es la perturbación angustiosa del ánimo por un riesgo o daño real o imaginario; “recelo o aprensión que uno tiene de que le suceda una cosa contraria a lo que se desea”. Esta circunstancia puede afectar la conducta del sujeto dependiendo de su intensidad, del grado que alcance el estado emocional, que según el tratadista Emilio Mira y López comprende seis fases bien caracterizadas, a saber:

Primera fase que se denomina prudencia, en la que el sujeto todavía es previsor, reflexivo, en el plano objetivo no quiere entrar en conflicto; una segunda llamada cautela,

Miedo insuperable

en la que el sujeto está atemorizado pero domina sus respuestas ante la situación, hay exaltación anímica pero controla sus movimientos; la tercera fase denominada alarma en la cual el sujeto ya es consciente de la situación intimidante, hay alarma y gran desconfianza, su conciencia y prospección disminuyen; la cuarta corresponde a la angustia donde definitivamente el individuo pierde el control, está ansioso y angustiado, hay mezcla de temor y furor incontenibles, aparece la cólera; la quinta llamada la fase del pánico, en la que la dirección de la conducta es automática, es decir que el sujeto no obra con conciencia y dominio, pueden presentarse impulsos motores de extraordinaria violencia en los cuales no se puede interferir, el sujeto escasamente se da cuenta de lo que ocurre o realiza; y la sexta, grado máximo de intensidad del miedo desencadena en terror, estado en el que hay una anulación del individuo, quien apenas conserva las actividades neurovegetativas mínimas para subsistir, pero no hay vida psíquica y puede llegar hasta la muerte.

Dependiendo de la fase emocional que alcance el sujeto, la conducta se verá afectada en distintos grados y por consiguiente son diversas las consecuencias jurídicas, según si se encuentra en una situación en la que no puede exigírsele un comportamiento distinto al desplegado, caso en el cual el estado emocional podrá incidir en el ámbito de la culpabilidad, o si definitivamente se altera la capacidad mental, caso en el cual se afectará el ámbito de la imputabilidad.

[...] La legislación colombiana no tiene tradición en la previsión del miedo como causal excluyente de responsabilidad, pero sí como circunstancia atenuante de la punibilidad, así, por ejemplo, el Código Penal de 1936 incluía en el artículo 38-3 como circunstancia de menor peligrosidad “el obrar en estado de pasión excusable, de emoción determinada

Miedo insuperable

por intenso dolor o temor, o en ímpetu de ira provocada injustamente”; por su parte, el artículo 64-3 del decreto 100 de 1980, incluía como circunstancia de atenuación punitiva “el obrar en estado de emoción o pasión excusables, o de temor intenso”, y en el Nuevo Código Penal [Ley 599 de 2000], artículo 55-3, se reitera como circunstancia de menor punibilidad “el obrar en estado de emoción, pasión excusables, o de temor intenso”.

El temor intenso, estado de emoción o pasión excusable, contemplado en nuestra codificación como circunstancia de menor punibilidad (Ley 599 de 2000, artículo 55-3) [...] no puede confundirse con el miedo insuperable, que consagra el Nuevo Código Penal como causal de ausencia de responsabilidad en el artículo 32-9, bajo la fórmula de que no habrá lugar a responsabilidad cuando “se obre impulsado por miedo insuperable”.

La Sala [...] encuentra que para la configuración del miedo como eximente de responsabilidad es necesario que converjan los siguientes presupuestos esenciales:

- a) La existencia de profundo estado emocional en el sujeto por el temor al advenimiento de un mal.
- b) El miedo ha de ser insuperable, es decir sólo aquel que no deje al sujeto ninguna posibilidad de actuar como lo haría el común de los hombres.
- c) El miedo debe ser el resultado de una situación capaz de originar en el ánimo del procesado una situación emocional de tal intensidad que aunque no excluye totalmente la voluntariedad de la acción, sí enerva la fuerza compulsiva necesaria para auto determinarse.

d) El miedo debe ser producto de una serie de estímulos ciertos, graves, inminentes y no justificados [...]. (Magistrado Ponente Yesid Ramírez Bastidas).

Lo que la Corte Suprema de Justicia ha querido precisar por medio de la jurisprudencia, es el correcto entendimiento de lo que debe ser ese juicio de reproche, lo que se debe entonces conocer o tener presente antes de intentar invocar como eximente de responsabilidad el miedo insuperable, resaltando nuevamente que para esta corporación, más allá de esos requisitos que deben presentarse -insuperabilidad del miedo criterio normativo-, su estudio siempre debe estar enmarcado en una comparación del hombre común, u hombre medio -ingrediente subjetivo-.

Con mayor actualidad, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en fallo del 4 de mayo de 2015 detalla una serie de elementos intrínsecos de la eximente de responsabilidad penal, los cuales deben ser valorados a modo de baremos para así llegar a certeza del juez la existencia de una causal de inculpabilidad:

[...] 1.1.- El miedo insuperable del numeral 9°, corresponde a un profundo e imponderable estado emocional ante el temor por el advenimiento de un mal, el cual conduce al agente a obrar.

En (CSJ AP 12 mayo. 2010, rad. 32585) se definió como, «aquél que aun afectando psíquicamente al que lo sufre, no excluye la voluntariedad de la acción, pero si lo priva de la normalidad necesaria para poder atribuirle responsabilidad penal. El término ‘insuperable’ ha de entenderse como ‘aquello superior a la exigencia media de soportar males y peligros’. Por lo tanto, no puede admitirse un miedo insuperable cuando se está ante una situación perfectamente controlable por un ciudadano común, pero que otro sujeto por su carácter pusilánime no tolera, prefiriendo cometer el delito. La

insuperabilidad del miedo se constituye entonces en una condición normativa necesaria para que el miedo tenga eficacia como eximente de responsabilidad».

Por ello, sus elementos estructuradores son:

- i). - Existencia de profundo estado emocional en el agente por el temor al advenimiento de un mal.
- ii). - Miedo insuperable que no le deja ninguna posibilidad de actuar como lo haría el común de los hombres.
- iii). - El miedo ha de ser el resultante de una situación capaz de originar en el ánimo de la persona una situación emocional de tal intensidad que, aunque no excluye totalmente la voluntariedad de la acción, sí enerva la fuerza compulsiva necesaria para auto determinarse.
- iv). - El miedo debe ser producto de estímulos ciertos, graves, inminentes y no justificados.

Tal estado emocional es una consecuencia subjetiva, de ahí que el riesgo o daño pueda ser real o imaginario, y no requiere coacción o intimidación de otra persona porque surge en el ánimo del agente.

Precisamente se diferencia de la insuperable coacción ajena en que en ésta el acto de violencia moral irresistible es generado por otra persona, causado en un hecho verdaderamente ajeno a la voluntad del agente, que lo obliga a ejecutar aquello que no quiere, de ahí que se doblega su voluntad ante la amenaza que alguien le hace de sufrir un

mal contra bienes jurídicos propios o ajenos [...]. (Magistrado Ponente Eugenio Fernández Carlier)

Una de las conclusiones más valiosas y por ende aporte por parte de la Corte, resulta en comprender que el Miedo Insuperable si bien es provocado por una situación externa – amenaza- es el resultado de un acto propio, es decir, la decisión de violentar un bien jurídico radica en el sujeto y no en el agente externo que produce el miedo. Cabe anotar que los elementos que son preponderantes en el análisis del Miedo Insuperable conforme lo dicho por la Corte guardan gran similitud con los presentados por la Doctrina pudiéndose resumir así:

[...] iii). - El miedo ha de ser el resultante de una situación capaz de originar en el ánimo de la persona una situación emocional de tal intensidad que, aunque no excluye totalmente la voluntariedad de la acción, sí enerva la fuerza compulsiva necesaria para auto determinarse [...]. (Corte Suprema de Justicia, 04 de mayo de 2015, Magistrado Ponente Eugenio Fernández Carlier)

Implica que existen diferencias en la apreciación del miedo en la persona, pues asume la intensidad emocional del miedo como un determinante en el sujeto pasivo, sobre quien recae entonces la decisión de afirmar el nivel de la amenaza, dicho de otro modo; El miedo varía dependiendo del sujeto sobre el que recaiga, de allí que la intensidad de la amenaza este dada no por el criterio de la Corte sino del sujeto amenazado o puesto en peligro.

Capítulo III

Libre Desarrollo de la Personalidad como Derecho Fundamental

Debemos entender que el Libre Desarrollo de la Personalidad deviene de una declaración Internacional, con ocasión de la evolución histórica del hombre como sujeto de Derecho, que, haciendo parte de un Estado, espera de este un reconocimiento a su ser y su dignidad. De allí que Colombia, en la Carta Magna, haya decidido introducir en su ordenamiento jurídico el reconocimiento a esta garantía fundamental, en relación a su transformación como Estado Social De Derecho por medio del bloque de Constitucionalidad. Bajo el entendido que toda norma debe estar sujeta y guardar una correlación íntima con las garantías fundamentales, resulta preponderante entender a cabalidad este Derecho Fundamental, y es así como la Declaración Universal de Derechos Humanos define el Libre Desarrollo de la Personalidad:

[...] Artículo 22: Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.

Artículo 29: Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad.

En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las

justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática.

Estos derechos y libertades no podrán, en ningún caso, ser ejercidos en oposición a los propósitos y principios de las Naciones Unidas [...]. (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1948)

3.1. Desarrollo Jurisprudencial

El análisis propio a las garantías fundamentales le corresponde a la Corte Constitucional, la cual ha mencionado acerca de este Derecho Fundamental lo siguiente:

[...] 3.4. Concepto y características del derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Reiteración de jurisprudencia

3.4.1. El derecho al libre desarrollo de la personalidad está contemplado en el artículo 16 de la Constitución Política, de acuerdo con el cual "Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico".

3.4.2. En el marco del derecho internacional, el libre desarrollo de la personalidad tiene origen en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que en su artículo 22 consagra:

"Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada

Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de la personalidad" (negrillas propias).

3.4.3. Estrechamente relacionado con el derecho a la igualdad, el derecho al libre desarrollo de la personalidad ha sido entendido por la jurisprudencia constitucional como el de autonomía personal, que se materializa cuando el individuo conscientemente opta por cualquier alternativa que le ofrece la vida tanto en lo público como lo privado y, en consecuencia, diseña autónomamente el papel que como ser humano pretende desempeñar dentro de la sociedad, pero sin hacer daño a otros y dentro los límites que le imponga el ordenamiento jurídico. En este ámbito se destacan, por ejemplo, la "escogencia de estudios, la integración de una familia, las inclinaciones religiosas, políticas, culturales, sexuales, familiares y profesionales, son parte del desarrollo de la personalidad; como son procesos que la determinan, es la persona la única que tiene el derecho a decidir."

3.4.4. Estos aspectos de autodeterminación del individuo son los que caracterizan el derecho al libre desarrollo de la personalidad, razón por la cual la jurisprudencia ha señalado que se trata de un derecho genérico y omnicompreensivo, en tanto abarca muchos aspectos de la vida del ser humano. En tal sentido, la protección de este bien no se limita únicamente a los derechos especiales de libertad que se encuentran en la Constitución, sino que se amplía a "las restantes manifestaciones bajo la forma de derechos subjetivos de autonomía que ingresen en el campo del libre desarrollo de la personalidad".

3.4.5. Como lo señala expresamente el propio artículo 16 Constitucional, las limitaciones que pueden imponerse a este derecho provienen únicamente de los derechos de los demás y del ordenamiento jurídico. En la sentencia T-542 de 1992, esta Corporación precisó que las restricciones al ejercicio del derecho no pueden desconocer el núcleo esencial del mismo, es decir, el "ámbito necesario e irreductible de conducta que el derecho protege" con independencia de la forma en que este se manifieste. Allí mismo, la Corte sostuvo que la norma superior permitía inferir que, cuando se presentase un conflicto entre este derecho y otro, es necesario resolverlo de acuerdo con las características del caso concreto, bajo un criterio de razonabilidad que concluya en la protección de ambos derechos.

3.4.6. Para precisar el alcance de estos límites, en la sentencia T-067 de 1998, la Corte señaló lo siguiente:

"La Corte Constitucional se ha negado a aceptar que el libre desarrollo de la personalidad, se circunscriba a proteger las acciones del sujeto que no hayan sido previamente limitadas por la ley: "El legislador no puede válidamente establecer más limitaciones que aquéllas que estén en armonía con el espíritu de la Constitución". La condición a la que se sujeta todo límite legal que pretenda restringir válidamente el libre desarrollo de la personalidad, debe en la realidad asegurar un ámbito de autonomía y de posibilidades subjetivas, en términos de competencias y de posiciones jurídicas individuales, adecuado y necesario en "una sociedad personalista, como la que ha pretendido configurar la Carta Política".

No obstante, el derecho al libre desarrollo de la personalidad no se reduce a la pretensión, por cierto, legítima, dirigida a que las limitaciones legales a la libertad personal se ajusten a la Constitución Política. La Corte ha reconocido en el indicado derecho un contenido sustancial que se nutre del concepto de persona sobre el que se erige la Constitución Política. El artículo 16 de la Carta condensa la defensa constitucional de la condición ética de la persona humana, que la hace instancia suprema e irreductible de las decisiones que directamente le incumben en cuanto que gracias a ellas determina y orienta su propio destino como sujeto autónomo, responsable y diferenciado. Ha dicho la Corte: "Cuando el estado resuelve reconocer la autonomía de la persona, lo que ha decidido, ni más ni menos, es constatar el ámbito que le corresponde como sujeto ético: dejarla que decida sobre lo más radicalmente humano, sobre lo bueno y lo malo, en el sentido de su existencia [...]. (Sentencia C-513 de 2013, Magistrado Ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

Como puede observarse, la jurisprudencia constitucional ha establecido que cuando el legislador pretenda imponer límites sobre el derecho al libre desarrollo de la personalidad, debe reservar al individuo la facultad de decidir acerca de lo que considere más conveniente para el desarrollo de su vida como ser humano, ámbito en el cual no tiene injerencia. Sin embargo, también es importante destacar que estas elecciones deben estar en armonía con la vida en sociedad, puesto que como se ha indicado, no pueden violentar los derechos ajenos y tampoco desconocer el ordenamiento jurídico.

Es realmente relevante mencionar que la Corte Constitucional presupone especial protección al reconocimiento de la autonomía del sujeto, siendo este un ser responsable y

diferenciado lo que implica que se deba tener como crisol siempre esa caracterización de la persona, diferenciado pues esto no es más que la aceptación del ser único e irrepetible.

[...] 4.3. La restricción de las libertades, en particular del libre desarrollo de la personalidad, en el Estado Social de Derecho.

4.3.1. El libre desarrollo de la personalidad consagrado en el artículo 16 de la Constitución Política, se ha definido como el derecho de las personas a expresarse de manera autónoma y a trazar su existencia y su plan de vida de acuerdo con su propia visión y expectativas. Por lo anterior, es un tipo de libertad íntimamente relacionada con la dignidad humana y con la autodeterminación. Se ha caracterizado igualmente como un derecho de "estatus activo" porque requiere el despliegue de capacidades individuales sin restricciones ajenas no autorizadas en el ordenamiento jurídico. Asimismo, la Corte ha precisado que este derecho fundamental es de carácter relacional, porque protege las decisiones de las personas frente a algún asunto particular, es decir que, protege la autonomía para decidir respecto de algo.

4.3.2. El derecho al libre desarrollo de la personalidad, así como otros derechos constitucionalmente reconocidos, no es absoluto y se encuentra sometido a algunas restricciones. Tal y como lo ha señalado la Corte, "el hecho de que el libre desarrollo de la personalidad sea uno de los derechos personalísimos más importantes del individuo, no implica que su alcance y efectividad no puedan ser ponderados frente a otros bienes y derechos constitucionales o que existan ámbitos en los cuales este derecho fundamental ostente una eficacia más reducida

que en otros". No obstante, lo anterior, y teniendo en cuenta que se trata de un derecho que protege las opciones de vida de las personas, la Corte ha estimado que su protección es más intensa.

Precisamente, el artículo 95 de la Constitución consagra la obligación de la persona y del ciudadano, de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios. Así, se ha considerado que el ejercicio de todo derecho fundamental no es absoluto y que entraña una serie de deberes y obligaciones.

4.3.3. En este sentido, la Corte ha establecido que las restricciones al libre desarrollo de la personalidad "se formulan en un lenguaje jurídico de contenido abierto, como presupuesto de posibilidad de la construcción del mismo orden jurídico que al mandar, permitir o prohibir difícilmente deja de afectar la libertad. En efecto, las limitaciones que pueden imponerse a este derecho son aquellas que provienen de "los derechos de los demás" y del "orden jurídico".

Claro está que para limitar este derecho no bastan las "simples consideraciones a priori de interés general o de bienestar colectivo, desarrolladas de manera vaga e imprecisa". La jurisprudencia ha entendido que el derecho al libre desarrollo de la personalidad debe armonizarse con el reconocimiento y el respeto de los derechos de terceros de modo que "la protección legítima que el ordenamiento jurídico suministra a estos derechos constituye el límite de ese derecho fundamental". Al proscribir la posibilidad de limitar ciertos derechos y libertades, el constituyente buscó asegurar su ejercicio, pero garantizando la convivencia ciudadana y, de otro lado, pretendió sujetar los poderes públicos para que estos pudieran limitar estos

derechos en las circunstancias previstas en el ordenamiento jurídico, en el respeto a los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

4.3.4. En el caso del libre desarrollo de la personalidad, existen esferas que pueden ser limitadas por el Estado para promover los principios constitucionales y la convivencia entre los ciudadanos. Pero habrá también ámbitos en los que será imposible intervenir y se prohibirá cualquier intromisión. Sin embargo, cuando la persona vive en sociedad y vive en una comunidad, tiene una "condición social", y podrá ejercer sus derechos siempre en armonía con los derechos y libertades ajenos.

4.3.4. De lo anterior se desprende que las restricciones legítimas al libre desarrollo de la personalidad, se reducen a aquellas que efectivamente pretendan proteger los derechos ajenos y el orden jurídico [...]. (Sentencia C-543 de 2013, Magistrado Ponente Mauricio González Cuervo).

Posteriormente la Corte Constitucional, en la sentencia C-336 del 2008, cita:

[...] 5.3. Como consecuencia lógica del respeto por la dignidad de la persona se encuentra el de libre desarrollo de la personalidad, cuyo núcleo esencial protege la libertad general de acción, involucrando el derecho a la propia imagen y la libertad sexual, entre otras manifestaciones de la personalidad merecedoras de protección[3]. En efecto, el Estado social de derecho reconoció el derecho al libre desarrollo de la personalidad (C.Po. art. 16), considerado corolario del pluralismo y la diversidad, valores superiores que actualmente identifican a los Estados liberales y democráticos de derecho, sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico, según el

cual se le permite a la persona escoger y adoptar un plan de comportamiento acorde con su concepción del mundo y de su entorno social.

Derecho al libre desarrollo de la personalidad, conocido también como derecho a la autonomía e identidad personal, que busca proteger la potestad del individuo para autodeterminarse; esto es, la posibilidad de adoptar, sin intromisiones ni presiones de ninguna clase, un modelo de vida acorde con sus propios intereses, convicciones, inclinaciones y deseos, siempre, claro está, que se respeten los derechos ajenos y el orden constitucional. Así, puede afirmarse que este derecho de opción comporta la libertad e independencia del individuo para gobernar su propia existencia y para diseñar un modelo de personalidad conforme a los dictados de su conciencia, con la única limitante de no causar un perjuicio social.

Derecho mencionado que es de status activo y exige el despliegue de las capacidades individuales, sin restricciones ajenas no autorizadas por el ordenamiento jurídico. Por lo que, se configura una vulneración de este derecho cuando a la persona se le impide, de forma arbitraria, alcanzar o perseguir aspiraciones legítimas de vida o valorar y escoger libremente las circunstancias que dan sentido a su existencia. Así, para que una limitación al derecho individual al libre desarrollo de la personalidad sea legítima y, por lo mismo no arbitraria, se requiere que goce de un fundamento jurídico constitucional. No basta que el derecho de otras personas o la facultad de la autoridad se basen en normas jurídicas válidas, sino que en la necesaria ponderación valorativa se respete la jerarquía constitucional del derecho fundamental mencionado.

Esta corporación ha considerado también, que el derecho al libre desarrollo de la personalidad afirma la autonomía de cada ser humano como individuo único e irrepetible, cuyas tendencias y naturales inclinaciones merecen respeto en tanto no impliquen daño a otros o a la colectividad, sin que deba entenderse que, en el ámbito educativo, la búsqueda de realización de la persona resulte aceptable como pretexto para negar efectos a los actos de autoridad lícitos, que son inherentes a la función educativa [...]. (Sentencia C-336 de 2008, Magistrado Ponente Clara Inés Vargas Hernández).

Seguidamente la Corte Constitucional en la sentencia C-387 de 2014 cita:

[...] 7. El libre desarrollo de la personalidad y sus límites constitucionales:

7.1. Un Estado que se predique humanista opta por el mayor grado de respeto por las libertades fundamentales. La Constitución Política y los tratados internacionales de derechos humanos salvaguardan el "libre desarrollo de la personalidad". El artículo 16 superior señala: "Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico." Por su parte, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948, garantiza a toda persona el "desarrollo libre y pleno de la personalidad".

Desde sus albores esta Corte ha edificado una jurisprudencia consolidada en torno a su defensa. Como derecho personalísimo encuentra sustento principal en los principios de dignidad humana y pluralista (art. 1º superior), asiento del Estado social de derecho. De la libertad como valor superior, principio constitucional y derecho fundamental, se sigue el reconocimiento de la persona como un ser con

capacidad de autodeterminación y legitimado para exigir su protección. Su interpretación debe tomar como punto de partida la expresión "libre", en la medida que "corresponde a la propia persona optar por su plan de vida y desarrollar su personalidad conforme a sus intereses, deseos y convicciones, siempre y cuando no afecte derechos de terceros ni vulnere el orden constitucional."

7.2. El núcleo esencial lo comprende "aquellas decisiones que una persona toma durante su existencia y que son consustanciales a la determinación autónoma de un modelo de vida y de una visión de su dignidad. En una sociedad respetuosa de la autonomía y la dignidad, es la propia persona quien define, sin interferencias ajenas, el sentido de su propia existencia y el significado que atribuye a la vida y al universo". El vivir en comunidad y poder experimentar ser iguales y libres respecto a los demás, incluye la posibilidad de actuar y sentir de manera diferente, fijar sus opciones de vida acorde con las propias elecciones y anhelos, en la demanda de respeto de esas decisiones por los demás miembros de la sociedad. De tal manera que involucra la libertad in nuce, porque cualquier tipo de libertad se reduce finalmente a ella, constituyendo el fundamento último de los derechos que tiendan a la protección de las opciones vitales que adopte cada persona de manera autónoma.

Reconocer la autonomía personal es "constatar el ámbito que le corresponde como sujeto ético: dejarla que decida sobre lo más radicalmente humano, sobre lo bueno y lo malo, sobre el sentido de su existencia." De ahí que decidir por cada sujeto es "arrebatarle brutalmente su condición ética, reducirla a objeto, cosificarla,

convertirla en medio para los fines que por fuera de ella se eligen". Ello ha permitido sostener a este Tribunal que "el ámbito que encierra el libre desarrollo de la personalidad, comprende la libertad general de acción, esto es, 'la libertad general de hacer o no hacer lo que se considere conveniente'. La amplitud de su objeto se explica por el propósito del Constituyente de reconocer un derecho completo a la autonomía personal, de suerte que la protección de este bien no se limite a los derechos especiales de libertad que se recogen en el texto constitucional, sino que las restantes manifestaciones bajo la forma de derechos subjetivos de autonomía ingresen en el campo del libre desarrollo de la personalidad. El mencionado derecho representa la cláusula de cierre de la libertad individual".

7.3. Ahora bien, siendo uno de los derechos más importantes del individuo y, por tanto, merecedor de una protección intensa al resguardar las opciones de vida que los individuos acogen en uso de sus facultades de juicio y autodeterminación, no impide que pueda ser ponderado en relación con otros bienes o derechos constitucionales. El enunciado "sin más limitaciones que la que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico", que complementa el artículo 16 superior, permite afirmar que pueden establecerse limitaciones al libre desarrollo de la personalidad, las cuales serán válidas siempre que armonicen plenamente con la Constitución. Disposición que debe apreciarse en correspondencia con el artículo 95.1 de la Constitución, que consagra como deberes de la persona y del ciudadano el "respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios".

Aquellos comportamientos que solo conciernen a la persona y, por ende, son expresiones propias del núcleo básico del derecho al libre desarrollo de la personalidad, no pueden ser restringidos por el legislador. El nexo intenso que tiene con el pluralismo permite aseverar la relevancia de mantener viva esta libertad para que puedan coexistir las más diversas formas de vida humana, respecto a las cuales el Estado debe ser neutral. El llamado "perfeccionismo" o "moralismo jurídico", que considera como deber del ordenamiento jurídico emplear instrumentos coactivos para imponer determinados modelos de virtud o de excelencia humana, está proscrito constitucionalmente. No resultan suficientes para restringir este derecho las simples invocaciones del interés general, de los deberes sociales, de los derechos ajenos de rango legal y de argumentos morales [...].

7.5. En opinión de Rawls, uno de los principios de justicia consiste en que "cada persona ha de tener un derecho igual al más amplio sistema total de libertades básicas, compatible con un sistema similar de libertad para todos". Es en función de la libertad de los demás y solo de ella que se puede restringir mi libertad. El reconocimiento como un ser libre debe ejercerse en el contexto social en que se desenvuelve. Las personas como miembros de la comunidad tienen una "condición social", que constituye un factor a considerar por la ley en la pretensión de "armonizar el despliegue simultáneo de las libertades individuales y la necesaria conjugación de las conductas cuando ello sea necesario para alcanzar fines sociales merecedores de tutela constitucional". Por esta razón, la represión legítima de una opción personal debe tener lugar exclusivamente frente a

circunstancias que generen violaciones reales a los derechos de los demás y comprometa valores objetivos del ordenamiento jurídico, localizados en la zona de penumbra y siempre que superen criterios de razonabilidad y proporcionalidad. Puede, entonces, colegirse que las restricciones legítimas al libre desarrollo de la personalidad se reducen a aquellas que efectivamente pretendan proteger los derechos ajenos y el orden constitucional. No es por tanto un derecho de carácter absoluto. [...]

[...] 8.2. En materia de política criminal el elemento común a cualquier sistema de imputación penal radica en el contenido de injusticia que se atribuye al delito -antijuridicidad-. La Corte ha observado que la puesta en peligro o lesión de un bien jurídico compromete los derechos ajenos y el orden jurídico. De ahí que "el ejercicio responsable de la libertad implique no afectar derechos ajenos y, al tiempo, no desconocer la capacidad reguladora del derecho como instrumento de vida civilizada, en todo aquello que trascienda el ámbito interno de la persona". Luego la tipificación de conductas penales constituye un límite al libre desarrollo de la personalidad, impuesto por el ordenamiento jurídico, que será legítimo si los comportamientos regulados son susceptibles de afectar los derechos de los demás y el orden constitucional, de lo contrario "a la sombra de la penalización de conductas se encontrarían delirios autoritarios". El proceso penal persigue hechos con incidencia jurídica, esto es, aquellos que una vez calificados jurídicamente producen consecuencias imperativas y vinculantes. En esta medida, "sólo resultan apreciables judicialmente los hechos que tienen incidencia para el derecho. La conducta humana sólo es relevante en el proceso penal si puede

calificarse como típica, antijurídica y culpable". De este modo, el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad "no habilita a la persona para la comisión indiscriminada de delitos [...].

[...] 9.13. Según se ha explicado, el mismo artículo 16 de la Constitución reconoce que el libre desarrollo de la personalidad no es un derecho absoluto, al encontrar limitaciones que imponen "los derechos de los demás y el orden jurídico." Precepto que debe mirarse en conjunción con el artículo 95.1, ejusdem, que instituye como deberes de la persona y del ciudadano, "respetar los derechos de los demás y no abusar de los propios." Si bien la Carta Política proscribe el llamado "perfeccionismo" o "moralismo jurídico" al imponer determinados modelos de virtud o de excelencia humana y destierra la doctrina peligrosista porque a una persona no se la puede castigar por lo que posiblemente hará sino por lo que efectivamente hace, cuando ese reconocimiento a la autonomía del individuo entra en conflicto en materia de política criminal con la autonomía ajena o los bienes jurídicos valiosos para la comunidad, resulta legítima su limitación por el legislador siempre que resulte razonable y proporcional. El presupuesto de responsabilidad delictual es la conducta externa de un sujeto que pudiendo obrar de manera distinta y teniendo capacidad de comprender la ilicitud del hecho, incurre en el comportamiento merecedor de reproche punitivo -antijuridicidad-.

El libre desarrollo de la personalidad entendido como la potestad de cada quien para optar por su plan de vida y desarrollar la órbita individual conforme a sus intereses, deseos y convicciones, no puede servir de fundamento para justificar una conducta punible y, por tanto, lesiva de bienes jurídicos tutelados. Es en

función de la libertad de los demás que se puede restringir mi libertad, por lo que la represión legítima de una opción personal solo puede tener cabida respecto de situaciones que generen violaciones reales a los derechos de los demás y comprometa valores del ordenamiento constitucional. La autonomía individual no puede invocarse para desconocer los derechos de otros sujetos, ni los intereses colectivos, mucho menos para limitar la capacidad punitiva del Estado respecto a conductas que han puesto en peligro o lesionado derechos reconocidos a las personas o bienes jurídicos como la salud pública, la seguridad pública, el orden social y económico, entre otros. Luego la tipificación de conductas penales constituye un límite al libre desarrollo de la personalidad. Este derecho fundamental no habilita para la comisión de delitos.

3.2. Doctrina del libre desarrollo de la personalidad.

En palabras de Jesús Orlando Gómez López (2001):

[...] Los convenios internacionales sobre derechos humanos, y la Carta Fundamental democrática plantean como concepto central y fundamento de toda estructura del Estado, el principio de reconocimiento del respeto a la dignidad humana, indicándose que “Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica”, y “al libre desarrollo de su personalidad”. El Estado se concibe como un medio de servicio y realización del progreso y de la convivencia social, siendo el hombre el fin y destinatario de la gestión de la organización política. Esta concepción parte de considerar al hombre y a cada hombre como un ser único, irrepetible, como un ser con libertad, autonomía, que tiene una naturaleza que debe ser respetada por el Estado y la sociedad, y que tiene

derecho a desarrollar sus potencialidades, a vencer sus limitaciones y a proyectarse tal y como el mismo se concibe [...] (pp. 32)

Por su parte Carlos Arturo Gómez Pavajeau (2001):

[...] En el moderno constitucionalismo se ha determinado que la exigencia de culpabilidad viene impuesta por la adopción del concepto de dignidad de la persona. Así también se ha pregonado en nuestro medio y muy especialmente ha reseñado la Corte Constitucional que “la dignidad humana pugna con la exigencia de una responsabilidad objetiva”, agregando posteriormente que en “nuestro sistema jurídico, ha sido proscrita, entonces, la responsabilidad objetiva, de lo cual resulta que el legislador no puede asumir, desde el momento en que consagra el tipo penal, que la sola circunstancia de haber incurrido un individuo en la conducta tipificada apareja la necesaria consecuencia de su responsabilidad y de la consiguiente sanción penal. Esta, al tenor del artículo 29 de la Carta, únicamente puede proceder del presupuesto de que al procesado “se le haya declarado judicialmente culpable”. La culpabilidad es, por tanto, supuesto ineludible y necesario de la responsabilidad y de la imposición de la pena, lo que significa que la actividad punitiva del Estado tiene lugar tan solo sobre la base de la responsabilidad subjetiva de aquellos sobre quienes recaiga [...]. (pp. 88, 89)

Conclusiones

Luego de haber realizado este recorrido jurídico, de los conceptos y teorías que se entrelazan entre la doctrina y jurisprudencia, tenemos el conocimiento necesario para comprender de manera acertada ¿qué es el miedo insuperable?, ¿cuáles son sus elementos?, y ¿cuáles deben ser sus requisitos?

Ahora bien, claro resulta entender que cuando se lleva a cabo el análisis del eximente de responsabilidad penal del Miedo Insuperable, estamos haciendo mención a una condición de exculpación penal, dicho esto, es un paliativo que se enfoca únicamente en ese juicio de reproche que se efectúa en la Culpabilidad. Y es que esta eximente reside precisamente en el análisis de la exigibilidad de un comportamiento adecuado a Derecho, siendo este un elemento propio de la Culpabilidad.

Retomando los conceptos previamente desarrollados, podemos afirmar que la Culpabilidad hace parte integral de la conducta punible bajo la teoría de la escuela finalista, y que este, es el juicio de reproche que se efectúa del autor, mientras que el reproche efectuado del injusto penal (tipicidad y antijuridicidad) se basa en la conducta. La Culpabilidad *per se* debe su naturaleza del desarrollo jurídico, por propender alejar la subjetividad del derecho eliminando la teoría del casualismo, e imprimiendo en el que hacer judicial un hito o máxima la conexión que debe existir entre la tipicidad y el comportamiento de su autor. Así se reconoce a la persona, no como un inferior ante el Estado, sino como un individuo iluminado por la dignidad que le es propia al ser humano – con Derechos inalienables- Derechos que se materializan bajo principios rectores tales como un juicio justo, un debido proceso, *in dubio pro reo*, pero especialmente un fallo en concordancia con la prueba bajo el principio de Inmediación. La importancia de la

prueba frente al análisis de la Culpabilidad radica en este estrecho vínculo que determina las condiciones del autor al momento de desplegar la conducta típica y antijurídica; pues el meandro que debe esclarecer el Juez, concurre en revisar si el sujeto activo de la acción, tiene capacidad de imputable, si este conocía que su actuar era antijurídico, y si le podíamos exigir un comportamiento adecuado a Derecho, estudio este que tiene su asidero en la prueba y no en la subjetividad propia de apreciación del Juez.

Aquí entonces nace una primera incógnita, y es la delimitación que debe hacer el juez para determinar la exigibilidad de un comportamiento, adecuado a Derecho, al sujeto activo de la conducta. Entendiendo de antemano a la “persona” como un ser con capacidad de autodeterminación, voluntad y autonomía pues en este recae la posibilidad de dirigir su comportamiento al cumplimiento o no de la ley, y ante la incapacidad del Estado de gobernar sobre la conciencia de las personas, es que este tiene la potestad de desconocer garantías fundamentales (como la libertad), toda vez que no puede permitir un libre albedrío que afecte el desarrollo social. De allí que el Derecho al Libre Desarrollo de la Personalidad, no pueda ser absoluto, por lo cual existen circunstancias que desconocen libertades de la persona. Circunstancias que se ven delimitadas por imposiciones del Estado. A través de la protección a los bienes jurídicos tutelados por el Estado, los cuales se ven enmarcados principalmente en la ley Penal. Es decir, la libertad de la persona, no puede ir más allá de la ley y trasgredir las libertades y garantías de la sociedad y del Estado mismo. Motivo por el cual, en un primer escenario, el Juez debe sopesar la acción generada por el sujeto activo, frente al daño ocasionado, para así fijar la razón o el motivo por el cual el sujeto desplego dicha conducta.

La necesidad de conocer el motivo por el cual el sujeto realiza una conducta reprochable para el derecho –antijurídica-, se basa en la teoría finalista de la culpabilidad que en síntesis busca desligar el Derecho del análisis natural y psicológico de la acción, para blindarlo bajo criterios normativos, por lo cual el Juez por medio de la prueba deberá verificar la existencia de negativos de culpabilidad, y de esta forma responder esa primera incógnita, sí al sujeto se le puede exigir ese comportamiento adecuado frente a la ley.

El miedo insuperable como ya se ha descrito, es un negativo de la Culpabilidad, que tiene su origen en la imposibilidad de exigir a la persona un comportamiento acorde al mandato de la Ley. Recordemos lo ilustrado por el Código Penal Colombiano en su: “[...] Artículo 32. Ausencia de responsabilidad. No habrá lugar a responsabilidad penal cuando: [...] 9. Se obre impulsado por miedo insuperable [...]”. He aquí la segunda incógnita que se presenta, y es saber qué es el Miedo Insuperable, dado que el legislador solo le menciona, pero no le desarrolla.

Para darle respuesta a esta incógnita, primero debemos precisar que cuando hablamos de miedo hacemos referencia a un componente subjetivo – que le es propio al ser- y al hablar de insuperable es un componente normativo – frente a la Culpabilidad-.

El miedo es un fenómeno natural que tiene su nacimiento en acciones involuntarias por el hombre, producto de procesos orgánicos involuntarios y sustancias químicas producidas en el cuerpo, que tiene diversos efectos en la persona que lo padece unos leves y otros más graves, que comprometen la motricidad y la voluntariedad. Visto en el desarrollo Jurisprudencial, el quantum de miedo que nos es de interés en esta investigación, este se presenta cuando existe una amenaza que provoca de la tercera a la quinta fase, alarma, angustia y pánico, toda vez que en las dos fases primeras, prudencia y cautela, el hombre es capaz de autodeterminarse, y en la última fase,

Miedo insuperable

de terror, el sujeto es incapaz incluso de reaccionar a la amenaza. La eximente de responsabilidad existe por cuanto el sujeto debe realizar una acción que vulnere bienes jurídicos tutelados. Por tanto es en estas fases alarma, angustia y pánico es el momento en el que el hombre sufre una alteración psíquica de tal magnitud, que su autodeterminación y voluntariedad se ven afectadas en plano tal, que su respuesta inmediata no procede en una razón lógica, sino en defensa del mal que se avecina, lo que conlleva a la realización de acciones desesperadas e incontrolables para el sujeto por salvaguardar su integridad y eliminar la amenaza, sin mediar consecuencia alguna.

La insuperabilidad se predica de un negativo válido al comportamiento adecuado a Derecho. La acción que vulnera el bien jurídico tutelado debe ser insuperable, es decir que el sujeto no tenga la posibilidad de desplegar una conducta distinta; Esta insuperabilidad debe ser generada por condiciones externas, siempre y cuando estas condiciones no hayan sido provocadas o fabricadas con antelación por la persona, o puesta en peligro por él mismo.

La razón de la existencia de esta eximente, es en consideración a la naturaleza propia del ser humano, pues el Estado no puede imponer conductas heroicas que pongan en peligro la integridad o bienes jurídicos propios de la persona que se está viendo amenazada. Como no es posible tal imposición, el Estado reconoce que existen circunstancias en las cuales un sujeto pueda y deba comportarse contrario a derecho, pues de otro modo, tal amenaza se materializaría en un daño para este, situación que no se está obligado a resistir ni padecer. De allí que el componente de insuperabilidad sea normativo.

Por lo tanto, al unir los dos componentes tenemos como resultado que el miedo debe ser de tal magnitud, que debido a esa alteración química que se produce en estado de miedo, el

hombre no pueda comportarse como debe, pues su autodeterminación desaparece, se anula y las acciones que han de venir no son producto de su voluntad, sino de la respuesta involuntaria propia de la persona lo que se enmarca en la insuperabilidad de la acción.

Irreversiblemente llegamos a un concepto que, a pesar de lo mencionado con antelación, es pilar fundamental en la decisión de la existencia del Miedo Insuperable como negativo de responsabilidad penal –El Hombre Común u Hombre Medio-, concepto que se evidencia en la Doctrina o en la Jurisprudencia, y es el criterio actualmente usado para lograr determinar si la persona puesta en amenaza actúa o no acorde a Derecho –si el miedo padecido genera una situación de insuperabilidad-. Lo cual quiere decir que para afirmar que existe un miedo insuperable, ha de analizarse si el común de los hombres actuaría de la misma forma que lo hizo el sujeto en cuestión.

Esta medición es un baremo que pone en una balanza a la persona objeto del reproche (Culpabilidad –actuar acorde a Derecho-), en contraposición de los demás hombres o personas. ¿Cuáles? Resulta curioso observar que este criterio es absolutamente general, pues no existe un marco cultural, educativo, de edad o profesión etc., que nos delimite su apreciación, lo que resulta entonces en un examen personalísimo de quien sea el juzgador, pues es este quien va a delimitar según su criterio propio, ¿qué haría el común de los hombres o el hombre medio?”, lo que soslaya de tajo cualquier precepto finalista de la Culpabilidad, pues imprime un criterio subjetivo de tal magnitud, que no tiene respaldo normativo alguno.

Es tal la ambigüedad de este concepto, que olvida la razón propia de ser del Derecho Fundamental al Libre Desarrollo de la Personalidad, que en su naturaleza propia predica la desigualdad infinita que existe entre las personas, de allí su trascendencia, pues lo que busca

proteger es precisamente esa desigualdad como seres autónomos, forjadores de criterios y costumbres propias y personalísimas, a la vez que garantiza, que a pesar de ser todas personas únicas e irrepetibles, somos iguales ante la Ley y el Estado.

A la luz del análisis anterior podremos dar respuesta a la siguiente incógnita: ¿el baremo para determinar si la persona obro en miedo insuperable o no - hombre medio en posición del autor- es acorde a la naturaleza jurídica de la Constitución Política y la categoría de la culpabilidad?

Queda claro entonces que, si bien en la actualidad la apreciación conceptual de la Corte Suprema de Justicia goza de Constitucionalidad en su aplicación, es contraria a la categoría de la Culpabilidad, pues yerra al permitirle al Juez apreciaciones personales para determinar la existencia del miedo, debido al amplio espectro que tiene este de construir su consideración propia de miedo y hombre común. La culpabilidad es el todo en el juicio de reproche del autor que debe armonizar con la Carta Política. El análisis del comportamiento del sujeto frente a la ley debe tener como base criterios normativos y no subjetivos, pues claramente el concepto del hombre común desconoce principios rectores como la dignidad del hombre, por su conexión inalienable con garantías Fundamentales como el Libre Desarrollo de la personalidad y la Libre Autodeterminación, e impone una carga en el sujeto que violenta el Derecho Fundamental a la igualdad, igualdad no concebida entre los hombres dado que todos somos seres distintos, sino frente al Estado, pues afecta un juicio justo, en el momento en el que el juez toma parte, atribuyendo su criterio personal y desvirtuando el mandato legal.

Corolario con lo expuesto anteriormente podremos dar respuesta a la pregunta planteada ¿Cuál es el criterio que debe armonizar con los lineamientos constitucionales y la naturaleza

jurídica de la categoría de la culpabilidad, para resolver la insuperabilidad cuando se actúa en medio de un estado emotivo – miedo-?

Para lograr definir la existencia del miedo insuperable como negativo de reproche penal, se hace menester analizarle no bajo el concepto subjetivo y ambiguo del hombre común el cual detenta nuestra Corte actualmente, por el contrario, la trascendencia se encuentra en la categoría normativa de la eximente de responsabilidad insuperabilidad demostrada no bajo criterios propios del juez, sino con base en la prueba, revistiendo de objetividad el análisis del fallador.

Entendiendo que como seres únicos y diferentes reaccionamos distinto con ocasión del desarrollo propio de nuestra personalidad, ante una amenaza o peligro, se hace necesario por ende probar que la amenaza inminente que produce el miedo, lo eleve a las categorías de alarma, angustia y pánico, pues cualquier reacción que se produzca allí y afecte derechos de terceros se deben considerar como involuntarios. La involuntariedad en la acción desplegada converge entonces en la imposibilidad de un comportamiento adecuado a Derecho, por lo que se hace imposible el juicio de reproche al actor en la categoría de la culpabilidad, concluyendo así en un eximente de responsabilidad penal.

Dedución esta que nos permita afirmar que el criterio que debe existir al momento de resolver la eximente novena del artículo 32 del Código Penal Colombiano, es un concepto normativo, dado por la insuperabilidad de la acción, con base en la prueba surgida y puesta en contradicción en el juicio en cumplimiento irrestricto de la categoría de la Culpabilidad, que permita inferir la existencia de un miedo, de magnitud tal, que sea generador de involuntariedad y anule por completo la autodeterminación del sujeto.

Referencias Bibliográficas

- Arroyo Zapatero, L.; Berdugo Gomez de la Torre, I.; Ferre Olive, J.C.; García Rivas, N. y Serrano Piedecosas, J.R. (1999). Lecciones de Derecho Penal, Parte General. (2da Ed.) Ciudad de México, México D.F.: Editorial Praxis.
- Becerra Mojica, L.A. (2010). Miedo Insuperable: causal de ausencia de responsabilidad critica a la valoración del hombre medio. *Revista Dixi, Volumen 12, ISSN: 0124-7255*.
- Bustos Ramírez, J.J. y Hormazabal Malarée, H. (1999) Lecciones de Derecho Penal. (Vol. II) (pp. 241, 242, 380, 381, 383, 384,385, 386) Madrid, España: Editorial Trotta.
- Carranza Piña, J.E. (2001) La inculpabilidad y la inimputabilidad social en el nuevo código penal. (pp. 68,69, 93, 94) Bogotá D.C., Colombia: Editorial Leyer.
- Carrasquilla, J.F. (2004) Derecho Penal Fundamental I. (3ra Ed.) (pp. 503 504, 505, 586, 587, 588) Medellín, Colombia: Editorial Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contención Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. Fallo del 17 de marzo de 2011. Radicado: 25000-23-25-000-2005-01043-01(284-08) (Consejero Ponente Luis Rafael Vergara Quintero).
- Corte Constitucional. Sentencia C-563 de 1995. (Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz; 30 de noviembre de 1995).
- Corte Constitucional. Sentencia C-336 de 2008. (Magistrado Ponente Clara Inés Vargas Hernández; 16 de abril de 2008).

Corte Constitucional. Sentencia C-513 de 2013. (Magistrado Ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; 31 de julio de 2013).

Corte Constitucional. Sentencia C-543 de 2013. (Magistrado Ponente Mauricio González Cuervo; 10 de julio de 2013).

Corte Constitucional. Sentencia C-387 de 2014. (Magistrado Ponente Jorge Iván Palacio Palacio; 25 de julio de 2014).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Fallo del 24 de octubre de 2007. Proceso No. 22005 (Magistrado Ponente Jorge Luis Quintero Milanés).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Fallo del 19 de febrero de 2009. Proceso No. 30794 (Magistrado Ponente Yesid Ramírez Bastidas).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Fallo del 17 de agosto de 2011. Proceso No. 32614 (Magistrado Ponente Alfredo Gómez Quintero).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Fallo del 12 de mayo de 2010. Radicado No. 32585 (Magistrado Ponente Yesid Ramírez Bastidas).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Fallo del 6 de marzo de 2013. Radicado 39559 (Magistrado Ponente Julio Enrique Socha).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Fallo del 20 de noviembre de 2013. Radicado 42537 (Magistrado Ponente Fernando Alberto Castro Caballero).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Fallo del 5 de junio de 2014. Radicado 35113 (Magistrado Ponente Eugenio Fernández Carlier).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Fallo del 4 de marzo de 2015. Radicado 38635 (Magistrado Ponente Eugenio Fernández Carlier).

Gómez López, J.O. (2001) Tratado de Derecho Penal, Parte General. (Tomo I) (pp. 32, 576, 577, 583, 585) Bogotá D.C., Colombia: Editorial Doctrina y Ley Ltda.

Gómez Pavajeau, C.A. (2001) Constitución, Derechos Fundamentales y Dogmática Penal. (pp. 88, 89) Medellín, Colombia: Editorial Gustavo Ibáñez.

Ley 599 de 2000. Por la cual se expide el Código Penal. 24 de julio de 2000. Artículo 9,12, 32. Diario Oficial 44097.

López Morales, J. (2000) Antecedentes del Nuevo Código Penal. (pp. 175, 614) Bogotá D.C., Colombia: Ediciones Doctrina y Ley.

Mezger, E. (2010) Derecho Penal, Parte General. (Tomo I) (pp. 137, 182) Madrid, España: Editorial Tirant lo Blanch.

Mir Puig, S. (2002). Derecho Penal, Parte General. (5ta Ed.) (pp. 95, 96, 616, 617) Barcelona, España: Editorial Corregrafic

Muñoz Conde, F. (1996). Derecho Penal, Parte General. (pp. 365, 366, 367, 369, 374, 375 410) Madrid, España: Editorial Tirant lo Blanch.

Quinceno Álvarez, F. (s.f.). El concurso de delitos la culpabilidad, estudio de Derecho Penal General. (pp. 227) Bogotá D.C., Colombia: Editorial Jurídica Bolivariana.

Resolución 217ª (III). Declaración Universal de los Derechos Humanos. Artículo 22, 29. 10 de diciembre de 1948.

Roxin, C. (1997) Derecho Penal Parte General, Fundamentos de la estructura de la teoría del delito. (pp. 791, 793, 798, 799, 800, 802, 805, 807) Madrid, España: Editorial Aranzadi.

Velásquez Velásquez, F. (2009) Derecho Penal, Parte General. (pp. 128,129) Medellín, Colombia: Editorial Comlibros