

Formato para la elaboración del informe académico final de investigación

El Informe final, debe enviarse vía correo electrónico al coordinador de investigación de la Facultad, al líder del grupo de investigación, al decano de la Facultad y Centro de Investigación.

Contenido del informe final del proceso investigativo

Información general de proyecto

Código Interno	(no es necesario diligenciar este espacio)	Supervisor/ Director Centro de Investigación	Nhory Esther TORREGROSA
Nombre del proyecto de investigación	LA NUEVA CONCEPCIÓN DE DISCAPACIDAD: SUS EFECTOS SOBRE EL ESQUEMA DE RESPONSABILIDAD JURÍDICA EN COLOMBIA	Fecha de inicio del proyecto.	ENERO DE 2017
Nombre del Investigador principal	MANUEL FERNANDO MOYA VARGAS	Fecha de finalización del proyecto.	DICIEMBRE DE 2017
Nombre de los co- investigadores		Fecha de presentación del informe de avance.	23/08/2017
Nombre de los auxiliares de investigación /estudiantes de semillero vinculados		Fecha de presentación del informe de cierre	30/10/2017
Grupo de Investigación/Semillero	Derecho Público Francisco de Vitoria	Centro de costos asignado	(no es necesario diligenciar este espacio)
Nombre de la línea activa de investigación	Derecho Penal	Facultad y programa	Derecho

LA NUEVA CONCEPCIÓN DE DISCAPACIDAD: SUS EFECTOS SOBRE EL ESQUEMA DE RESPONSABILIDAD JURÍDICA EN COLOMBIA

Resumen

La investigación reconoce la existencia de dos realidades que hasta el momento han sido paralelas. La primera, que existe un régimen de responsabilidad jurídica que apareja un tratamiento diferencial a las personas con discapacidad. La segunda que, a partir de la Convención de 2006 de la ONU sobre personas con discapacidad, se prohíbe el trato diferencial. La investigación se orienta a verificar los efectos que tiene la Convención sobre el régimen de responsabilidad, y las obligaciones que adquirió el Estado colombiano en el sentido de ajustar lo uno a lo otro.

Se logró a través del proyecto:

Un artículo postulado a la Revista Chilena de Derecho, Scopus (Q2), en proceso de evaluación por pares.

Un capítulo de libro

Una tesis doctoral

Palabras Clave

Discapacidad, Persona, Responsabilidad

Marco Teórico y Estado del Arte

La historia jurídica de la persona ha sido particularmente inhumana. Entre sus características hallamos una construcción institucional de base tríada: persona-capacidad-responsabilidad, en la cual los tres signos se combinan en términos negativos y positivos, de tal suerte que no toda persona es un ser humano así como no todo ser humano es persona. Dela misma forma no toda persona es necesariamente capaz. Y no toda persona capaz es inevitablemente responsable.



Este basamento ha servido muy particularmente para construir más que exclusiones sociales, negación de la condición de personas, manifiestas en el desconocimiento de los derechos de otros seres vivos, como también en la disminución de la condición jurídica de algunos seres humanos, cuando no en desconocimientos totales de la condición de “persona”, tal y como sucedió con los extranjeros en la época del Derecho Arcaico, con los nativos en Latinoamérica en época de la conquista, con los judíos en tiempos del nacional socialismo, y más recientemente con cierto tipo de delincuente conforme a modelos teóricos como el del derecho penal de enemigo.

Ahora bien, de cara al derecho se puede ser persona pero no por ello se es capaz o, plenamente capaz. En consecuencia, no toda persona es responsable por sus actos u omisiones. Es por ello que pese haberse adquirido la condición de persona, no se asegura la capacidad ni la responsabilidad, pues no necesariamente se alcanzan o se conservan.

Podríamos sintetizar en que la institución jurídica de la persona es un mecanismo escalonado de negación, fruto de un entramado social, político, económico e ideológico, conforme con el cual no todo ser humano es necesariamente persona, cuando menos, personas plenas.

Frente a la rudeza del sistema jurídico heredado y practicado, se ha venido consolidando un piso jurídico alterno, tras largas y muy dolorosas conquistas sociales, manifiesto principalmente en instrumentos internacionales cuya inicial manifestación habría sido la Declaración de Derechos del Hombre, dispuestos entre otras cosas a morigerar el mecanismo de negación.

El proceso incesante de transformación de esta situación -quizás sea más preciso hablar de la lucha histórica en favor de la humanización del derecho, se manifiesta en la disminución de las brechas entre distintos seres humanos –incluso también respecto de otros seres vivos, por lo cual la demanda apunta hacia la apertura del concepto, la extensión de la capacidad y, la reafirmación de la responsabilidad que a cada quien corresponda con ocasión de sus acciones y omisiones cuando ello tiene efectos de antijuridicidad.

Si como se deriva de la semiótica del derecho “persona” es un signo jurídico que no puede ni debe ser confundida con la unidad óptica del ser humano, su *humanitas* depende de su dimensión representativa, es decir, en la medida que represente más seres tanto más noble y humana resulta.



De esa forma el sentido de justicia en el cual se ha empeñado la sociedad ha venido siendo alcanzar su máximo reconocimiento como persona.

Pero no se ha alcanzado aún, y por ello mismo es que acontecen sucesos como la Convención de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad, a partir de los cuales se pueden dar pasos significativos en el proceso de humanización del derecho, pues cuestiona lo que antes nunca había sido cuestionado a la ortodoxia jurídica hegemónica, y es el reconocimiento pleno de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Si bien este instrumento trata en general de la discapacidad, para efectos de esta investigación nos focalizamos en la discapacidad cognitiva, por ser la que más impacta la capacidad jurídica.

La inquietud se formula como una pregunta muy específica. Dado que la Convención tiene como eje central eliminar cualquier tipo de discriminación contra la personas con discapacidad cognitiva, lo cual en su letra se manifiesta como que la capacidad jurídica de las personas con discapacidad es exactamente igual a la de todos los demás, ¿qué implicancias trae sobre el tratamiento de la responsabilidad penal, cuya tradición vigente discierne entre personas imputables e inimputables, para justificar un tratamiento profundamente diferencial, sobre la base de que el inimputable no es capaz de ser culpable como en cambio sí lo son las personas imputables?

El dilema sugiere que mientras el derecho penal relativiza la capacidad de las personas con discapacidad cognitiva, la Convención ordena lo contrario. Desde luego, la Convención es un instrumento internacional que al momento de gestarse esta investigación, no contaba con más de diez años de existencia, en tanto el derecho penal, al menos en su versión dogmática actual, se ha consolidado durante no menos de dos siglos. Pero se trata de dos corrientes distintas, pues mientras el derecho penal mana de la misma fuente que consolidó la negación en el tratamiento de la persona, la Convención es fruto de la tendencia opuesta.

Ahora bien, la metodología de base es la semiótica, por cuanto las opciones de respuesta ofrecidas por otros métodos, no parece que desaten el fondo del problema, y antes bien lo encubren para reafirmar el estado de cosas que mediante la Convención quiere modificarse. En efecto una respuesta típicamente hermenéutica diría algo así como, lo que sucede es que no toda persona con discapacidad cognitiva es inimputable, únicamente los que no pueden comprender la ilicitud de sus actos o, pudiendo hacerlo no puedan en cambio adecuar su



comportamiento a dicha comprensión.¹ A lo cual diríamos sí, pero entonces las personas con discapacidad cognitiva que son para el derecho penal imputables no son el problema, y si aquellos otros que no pueden entender o comportarse de conformidad siguen siendo inimputables, respecto de ellos el problema no está resuelto. Y es así porque el discernimiento del derecho penal persiste, en todo caso, así sea respecto de un grupo menos numerosos de personas.

La dogmática por su parte seguramente tendría, como suele tenerlo, el as constitucional y se pronunciaría afirmando que en punto de derechos fundamentales, las personas con discapacidad cognitiva participan de las mismas posibilidades, por ejemplo tienen los mismos derechos a la vida, a la honra, a la salud, a la educación, a la integridad física, a la libertad sexual, etc., y a las garantías que conllevan su protección, lo cual implicaría que en ello, es decir, en lo jurídicamente fundamental, son iguales.

Pero la verdad es que las medidas de seguridad dispuestas a la protección y no a la represión –que son las “penas” penales para inimputables, son tan distintas a las penas en su acepción tradicional, como las funciones que cumplen unas y otras, y esa diferencia paradójicamente se ha resuelto en una condición social más violenta contra los inimputables. Lo cual desemboca en que sigan existiendo diferencias en cuanto a la capacidad jurídica, pese a ser titulares de los mismos derechos fundamentales.

Lo que planteamos es que se precisa más que de una mirada distinta, un trasfondo alterativo sobre el cual proyectar esa mirada distinta. Esa opción que formulamos en términos metodológicos y de fundamentación epistemológica, es justamente la basada en la semiótica. Por esta vía se señala que es común a la hermenéutica y a la dogmática partir del supuesto conforme al cual, mediante la Convención las personas con discapacidad son beneficiadas mediante una pseudo-aproximación a las personas sin discapacidad. Mientras que la vía elegida para esta investigación señala todo lo contrario, es decir que realmente resultan más beneficiados éstos por aproximarse a aquéllos por la vía de la Convención.

¹ Como consecuencia solamente cierto tipo de discapacidad conlleva a la inimputabilidad, precisamente la que compromete seriamente la capacidad de comprensión. COLLANTES, Tàlia González; VILANOVA, María Sánchez. (2014) Trastornos de personalidad, in/imputabilidad penal y medidas de seguridad. Estudios Penales y Criminológicos, vol. 34. (España: Universidad de Santiago de Compostella): pp.: 438.



Nuestra hipótesis es que la persona es un signo, al igual que la capacidad y la responsabilidad. Que los procesos comunicativos que pueden hacerse con esos signos dependen del sentido de justicia subyacente, y que siendo el sentido vigente el de redimir a las personas víctimas de la negación jurídica, el modelo de capacidad y responsabilidad penal tiene que ajustarse en favor a la estandarización de un derecho penal no retributivo.

Por suerte que al reconocerse la capacidad homogénea de las personas consideradas imputables con la de quienes tienen condiciones de discapacidad cognitiva, éstas últimas le abren a las primeras la posibilidad de un derecho penal más humano, antes reservado frente a casos específicos, situaciones coyunturales y procesos de transformación urgidos no tanto por la necesidad de transformar el derecho hegemónico, como alcanzar condiciones políticas que hagan posible lo que ese derecho impide.

A tal efecto procederemos en el siguiente orden, en primer lugar se describirá una semiótica de la persona, en segundo lugar se expondrá en líneas generales la situación penal que implica la negación de las personas mediante el signo pseudoprotector de los inimputables, en tercer lugar lo que indica la Convención de 2006, y finalmente el encuentro de los tres para formular unas conclusiones concretas.

En el Palimpsesto de Verona se encuentra que para Gaius, (...) *Todo el derecho del que nos servimos se refiere o a las personas, o bien a las cosas, o bien a las acciones (...)*,² lo cual la verdad sea dicha en la proyección jurídica derivada del derecho clásico no ha cambiado mayormente, y por supuesto comprende la mayor parte de la historia del derecho de América Latina.

Ahora bien, suele asociarse la persona en sus orígenes a la máscara usada en el teatro griego. Fuera del encuentro sintáctico que parece indudable, el semántico ya no es tan claro, salvo en cuanto tiene que ver con la función de representar algo en una comunidad de hablantes. Si la máscara contribuía en el teatro a la representación de un cierto personaje, es visible que la persona sirve a que un ser humano represente jurídicamente algo dentro de la sociedad. Claro está puede ser algo positivo o negativo, como una persona plenamente capaz representa

² I: 2,8



a un ser humano jurídicamente “completo”, al tiempo que un condenado por un juez penal mediante la respectiva sentencia, representa a un ser humano responsable de un delito.

No es coincidente que al referirse técnicamente al derecho de las personas, así como al derecho de los bienes o de las obligaciones, se utilice la expresión *instituciones*.³ Así que la persona desde la perspectiva jurídica es un hecho institucional, pues se encuentra el rastro de lo que Searle llama precisamente así, *hecho institucional*, a todo fenómeno que satisface la ecuación *X vale como Y en C*. Se aprecia sin dificultad que sucede con la persona, más precisamente con la institución jurídica de la persona, porque un ser humano (X) vale como una persona (Y), en un contexto jurídico específico (C).

Como lo dijo Gaius la institución jurídica de la persona se dimensiona por los derechos que le son atribuidos, dadas ciertas condiciones de hecho y de derecho. Por ello desde los orígenes de la institución no todo ser humano es necesariamente una persona en sentido jurídico, en cuanto no le es atribuible esa condición jurídica.

Si la persona surge en tanto le hayan sido atribuidos unos ciertos derechos, se define por esos mismos derechos, de donde la distinción entre animales y personas se da porque originalmente los primeros carecieron de todo derecho, mientras que el ser humano resulta ser más persona en tanto tuviera más derechos reconocidos.

Si la persona es una definición integrada por unos derechos en cuanto reúna unos ciertos requisitos, podemos sostener que dentro del sistema sónico del derecho hacen parte de lo que comúnmente se distingue como *signo conceptual*. Otro tanto se predica de la responsabilidad y la capacidad, es decir, se trata de definiciones que, aplicadas a ciertas criaturas, dan lugar al fenómeno jurídico de la persona. Su unidad óptica se manifiesta mediante ideas conceptualmente decantadas. En ausencia del concepto sencillamente no existirían.⁴

³ No obstante debeos señalar que al menos en el sentido romano clásico por instituciones de derecho, por ejemplo, de las personas, se entiende un manual de enseñanza de esta área del derecho. De ahí que hayamos heredado la titulación “instituciones de derechos...” para identificar los manuales básicos del área especializada de la cual trata. Ello no riñe en todo caso con la resignificación implicada en los hechos institucionales, pues reafirma esa entidad.

⁴ Como es sabido suele asociarse ser humano con persona, de hecho en el lenguaje corriente se utilizan como sinónimos para señalar a la misma criatura. Dicha asociación puede generar resistencia a la identificación sónica, pero como hemos sido insistentes, aquí utilizamos persona en su concepción técnica, es decir, jurídica y lo que hallamos es que se trata de un concepto. Es muy recurrente en el derecho hallar signos conceptuales, incluso en sus propios fundamentos. Si nos detenemos a pensar un sujeto de derechos, que es el sinónimo jurídico de persona y quizás su primera expresión sintagmática, carece de expresión óptica, justamente porque se trata de un constructo conceptual. Así, es imposible ver un sujeto de derecho,



Dentro de las reglas jurídicas diríamos adicionalmente que se trata de una regla constitutiva, ya que conforme con la distinción entre reglas constitutivas y reglas regulativas, las primeras son del tipo cuya aplicación es indispensable para el surgimiento del fenómeno; mientras que las segundas son las que se ocupan de fenómenos que las preexisten. La persona en tanto regla es del tipo constitutivo, entre otras porque la comunidad de hablantes en derecho está integrada por personas, luego sin personas no se tendría quién hablara el derecho y, por cuanto junto con la justicia es inevitablemente hablado, sencillamente sería imposible.

A ello se suma que, tal y como lo dijera Gaius, el derecho finalmente de lo que se ocupa es de la titularidad de derechos específicos sobre cosas tangibles o intangibles. Luego es inevitable para hablar jurídicamente referirse a derechos y ello compromete a sus titulares, pues el derecho y el titular del mismo son dos extremos inevitablemente interdependientes, de ahí la incomodidad que produce la idea de “bien mostrenco”, pues un bien es algo sobre lo cual alguien tiene un derecho. El concepto de persona precisamente aporta este elemento, sin él consecuentemente, no sería posible afirmar derechos, por lo que la persona es necesaria para poder crear el horizonte de juridicidad, esto es, la *iusphera*.

Por ello predicamos que la persona es una regla constitutiva del derecho, y es de donde surge su trascendencia, por lo mismo es que no es posible un sistema jurídico sin un basamento en una teoría de la persona.

Como se sabe, el régimen jurídico latinoamericano tiene un lejano origen romano, y un relativamente más cercano referente germano y francés. De donde la teoría de la persona en que se fundamenta participa de la misma estructura. Por ello el Código Civil colombiano discierne dos tipos de personas: naturales y jurídicas.⁵

Se aprecia sin mayor dificultad que el propio Código Civil sugiere que todo ser humano es plenamente una persona.⁶ Pero esa identidad se desdibuja cuando se verifica el origen de

pero sí es posible abstraerlo. No es muy distante con cualquier otro concepto, como por ejemplo con la obligación, toda una institución jurídica que no existe sino en el campo de las abstracciones pero la creencia social en ella nos sugiere que existe del modo como existe un árbol o una montaña. Pero, ¿es posible sentir una obligación? ¿O su vida no sucede más que al nivel de la mente humana? Seguramente Searle diría que con la persona y con la obligación sucede exactamente lo mismo que con el dinero, es decir, son hechos institucionales. Signos, más precisamente.

⁵ Las personas son naturales o jurídicas, indica el artículo 73 del Cód. Civil, norma a partir de la cual se desarrolla la institución de las personas.

⁶ ARTICULO 74. PERSONAS NATURALES. Son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición.



donde proviene la institución.⁷ Los esclavos ni siquiera eran sujetos de derecho. Y en su versión original la persona capaz debía ante todo existir, es decir, habiendo nacido era preciso haberse desprendido de la madre.⁸ Lo cual comprometía haber dado señales de vida, no cualquier por cierto.⁹ También debía haber sido gestado por un tiempo no inferior a seis meses.¹⁰ La forma humana era determinante, de tal suerte que las afecciones morfológicas lo negaban respecto de la definición básica.¹¹ Además, y era quizás lo más complejo, precisaba haber nacido libre, ciudadano romano y, *pater familias*.¹²

En sus orígenes la falta de cualquiera de las condiciones señaladas conllevaba no ser persona, pese a que algunas podían verse menos reducidas respecto de otras, como las mujeres en relación a los extranjeros no *deditici*.¹³

Según el Código Civil colombiano es persona todo individuo de la especie humana, que habiéndose separado completamente de la madre, ha sobrevivido al menos por un instante.¹⁴ Pero si bien todo ser humano puede ser definido jurídicamente como persona, hay personas con deficiencias de capacidad y de responsabilidad, exactamente igual que en los orígenes de la institución, tal y como sucede muy acentuadamente con el que está por nacer, pues pese a que puede ser objeto de protección (arts. 91-93) definitivamente no es personas, y ello se proyecta en la distinción entre aborto y homicidio, pese a que en ambos se quita la vida a una criatura. Otro tanto ocurre con los hijos no emancipados respecto de sus padres.¹⁵ A todo lo anterior se agrega un desarrollo legal que respecto de, *aquellos que no pueden dirigirse a sí mismos, o administrar competentemente sus negocios, y que no se hallen bajo potestad de padre o marido, que pueda darles la protección debida (...)*.¹⁶

⁷ Gaius. I: 1,3,9-10.

⁸ D. 25.4.1.1.

⁹ C.6.29.3.

¹⁰ D.1.5.12.

¹¹ D.1.5.14.

¹² De algunos derechos participarían los filiusfamilias como lo atinente a los peculios, pero la plena capacidad sólo la tenía el pater.

¹³ Gaius I: 1.V.14.

¹⁴ ARTICULO 90. <EXISTENCIA LEGAL DE LAS PERSONAS>. La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre.

La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás.

¹⁵ Artículos 288-316 del Código Civil.

¹⁶ Artículo 428 del Código Civil.

El sentido de justicia subyacente a esta institución no es sencillo. Por un lado se halla que al menos en la versión predominante -históricamente hablando, la justicia jurídica sólo se predica de unos ciertos seres humanos, es decir que sólo ellos tienen las condiciones para ser titulares de derechos, como consecuencia únicamente ese mismo tipo de seres pueden afectar los derechos de sus “semejantes”, y sólo a ellos se les aplican las consecuencias de sus actos. Este panorama sirve a una versión completamente negativa de la justicia, pues se hace manifiesta en sus quebrantos. Esto conlleva el relieve de la justicia judicial, y con ello la identificación entre el campo jurídico y el espacio judicial como una sola cosa, tal y como se desprende de la propuesta de Bourdieu.¹⁷

Con ello el imaginario social conforme con el cual la justicia es cosa de técnicos, es decir de abogados. Consecuencia de lo cual los legos, que son por cierto mucho más numerosos, pese a ser los más de ellos personas plenas, poco o nada participan en su construcción.

El sentido de justicia es de esta forma débil, surge de una fuente remota, y aparece como algo impuesto, muchas veces en oposición a lo que una comunidad siente que es verdaderamente. En el caso de las personas con discapacidad cognitiva, ese sentido de justicia conlleva a considerarlos seres especiales, persona a medias, que por su situación especial deben ser tratados de forma semejante a como el derecho trata a los niños, debido a que sus actos jurídicos y antijurídicos, no son fruto de la bondad o de la maldad sino de la inocencia, que es más bien una inconciencia proveniente de una voluntad deficitaria, o de no poder conocer lo que mínimamente se precisa para el mismo fin.

Como víctimas que son de la naturaleza, sobre la sociedad pesa la obligación de cuidarlas y la necesidad de cuidarse de ellos, pues son al tiempo víctimas y victimarios así sea apenas potencialmente. Son frágiles pero su propia fragilidad puede incrementar el riesgo latente, pues por sobre todo son peligrosos. Ese peligro se afloja evidentemente al hacerles perder la condición de personas plenas, pues ello facilita intervenirlos legalmente sin las consideraciones que se exigen respecto de los plenamente capaces, por ejemplo imponiéndoles medidas de seguridad irredimibles o al menos, sujetas al criterio no

¹⁷ Al respecto nos remitimos al estudio incluido sobre esta asociación en MOYA V. Manuel Fernando (2007) Los fallos penales por inasistencia alimentaria. Un desfase entre la ley y la práctica judicial: (Capítulo I, Bogotá: Universidad Santo Tomás).



necesariamente objetivo del juez, y a disminución inevitable del ser personas los hace blancos menos difíciles de procedimientos ilegales, muchos de ellos mecanismos de “justicia” autocompositiva.¹⁸

Este sentido de justicia produce que la sociedad no debe reaccionar como suele hacerlo respecto de sus actos antijurídicos, en cambio es exigida a “hacer algo con ellos” y para poderlo hacer lo primero es desconocerles su capacidad jurídica. Lo segundo, poderlos intervenir para protegerse de ellos con el pretexto de protegerlos.¹⁹

La persona, como sostuvimos es un signo incardinado en un sistema dentro del cual se pueden hacer construcciones narrativas de cierta envergadura.²⁰ Junto con la capacidad y la responsabilidad, son signos conceptuales edificados a partir de una supuesta lectura de la realidad. Pero como hemos podido evidenciarlo, más bien se trata de una cierta construcción social motivada por el principio de negación: no todos deben ser personas, tal condición se reserva para quienes puedan tener una cierta representatividad social, la cual no depende necesariamente de criterios exclusivamente jurídicos.²¹

Ahora bien, la Convención de 2006 es fruto de otro sentido de justicia. Alcanzado este punto y para poder seguir avanzando, es preciso una aclaración que nos permite acentuar la conexión entre el presente y el anterior segmento, dispuesta a proporcionar el elemento del nuevo sentido de justicia que se ha venido gestando, dentro del cual se incardina la nueva concepción de la persona con discapacidad cognitiva. Un nuevo sentido que a diferencia del anterior –aquel que hemos estado intentando describir, es inaprehensible por los métodos que en cambio le vienen tan cómodos al anterior, es decir la hermenéutica y la dogmática.

¹⁸ EL TIEMPO, (2016): Bogotá se enfrenta a complejo reto de la indigencia. <http://www.eltiempo.com/bogota/problemas-en-bogota-por-habitante-de-la-calle/16678893>

¹⁹ PRATS, Jaime, (2014) ¿Enfermos mentales y presos para siempre? (Madrid: El País) Consultado el 15/11/2016 a las 9:00 am., en http://sociedad.elpais.com/sociedad/2014/04/06/actualidad/1396816993_322595.html. Respecto de los menores, seres bastante próximos pues son también considerados normalmente incapaces, existe reconocidos en su tratamiento penal el principio de protección integral. Pero en la práctica todo se invierte, así por ejemplo sabemos que en Colombia los jueces penales de menores apoyados por los defensores de familia, prefieren ordinariamente privarlos de la libertad, pese a que las normas internacionales y las internas predicen que esa opción es absolutamente extrema, con el pretexto de protegerlos. Pese no disponer de datos estadísticos de soporte, podemos deducir que es un síntoma generalizado, pues al fin y al cabo las normas internacionales erigieron en principio que los menores penalmente tratados no pueden recibir un trato que de haber sido adultos resultase más beneficioso a sus derechos.

²⁰ KEVELSON, Roberta (2011): *The Law as a System of Signs*. (New York: Editorial Springer). Cfr. HUTTON, Christopher (2009): *Meaning, Time and the Law: Ex Post and Ex Ante Perspectives*. *International Journal for the Semiotics of Law*. Volme 22, Issue 3: pp. 279-292.

²¹ Cfr. FOUCAULT, Michel, (1993) *Enfermedad mental y personalidad* (Barcelona: Paidós). (1976) *Historia de la locura* (segunda edición, México: Fondo de Cultura Económica)



Pues bien, la justicia es semióticamente sentido de justicia, pero sólo es posible la producción de dicho sentido así como la práctica de sus precursores, bajo una condición ambiental muy particular, que hemos llamado “instinto de juridicidad”. La cual converge con las ideas incorporadas en lo que Searle llamó “trasfondo”,²² y Luhmann “entorno”.²³ Lo identificamos como el horizonte social en el cual germina la justicia, es la *iusphera* que por definición corresponde al *conjunto de capacidades antepredicativas que hacen posibles los estados intencionales de función jurídica*.²⁴

Como ya lo habíamos mencionado es la *iusphera*, es decir ese ambiente social en el que se hace posible que una comunidad vincule algo con sus metarepresentaciones para hacer emerger su propio sentido de justicia e injusticia.

Que una sociedad lea como justo o injusto que el responsable de un delito sea perdonado y se le condone o minimice el carácter represivo y retributivo comprometido en el castigo, hace parte de ese sentido cultivado por su propio instinto de juridicidad.

El mismo que hace posible asociar objetivamente la responsabilidad a través de mecanismos de imputación del resultado, fruto de la creación del riesgo antijurídico. Pues ninguna sociedad cuyo sentido de justicia le permita vincular de esta forma la responsabilidad de quien “no hizo nada”, traerá como efecto la inaplicación de este tipo de institución, o el

²² El filósofo lo ejemplificó así, “Estoy dispuesto a reírme con determinados chistes, pero no con otros; estoy dispuesto a hablar alto hasta cierto punto, pero no hasta cierto otro; estoy dispuesto a mantenerme a cierta distancia de la gente cuando hablo con ellos, pero no a cierta otra distancia. Llamo a todo esto manifestaciones del trasfondo.” SEARLE, John (1997): pp. 148.

²³ LUHMANN, Niklas (2007). La sociedad de la sociedad. (México: Herder): pp. 40-55, 737, 762-763.

²⁴ El concepto es desarrollado en un texto que no es posible citar por cuanto no se encuentra publicado, pero podemos decir que se sirve de la definición que trae Searle sobre trasfondo, para significar que el cumplimiento de las funciones jurídicas, que son comunicativas, como cualquier otra función comunicativa, precisa de la existencia de unas condiciones en cuya ausencia no sería posible la comunicación, y que se caracterizan por ser antepredicativas, es decir no reclaman conciencia ni actitudes intencionales sobre su existencia, simplemente se las da por presentes, pero están porque de otro modo la comunicación sería improbable. Sus deficiencias revelarían deficiencias de dichas condiciones, como cuando uno de los locutores atiende a un sentido totalmente opuesto al que intenta el otro o los otros. Tal vez dichas condiciones sean en grado sumo desconocidas, pero algunas son reveladoras, por ejemplo, la capacidad de escuchar, entender, valorar, etc. Por ejemplo, no sería posible una comunicación mediante la que un locutor se propone incomodar a otro mediante un insulto, si ese otro no puede sentirse insultado con lo dicho por el anterior. Por ejemplo, si el insulto es manifestado en un idioma que desconoce completamente el pretendidamente insultado, y tampoco logra asociar la intención de quien habla a través de las expresiones de su rostro, su cuerpo en general, ni del contexto en que se hallan. El instinto de juridicidad apunta a la existencia de unas condiciones que permiten a los hablantes catalogar de justo o injusto, jurídico o antijurídico, el referente de la comunicación. La intangibilidad de su existencia no ha impedido la sugerencia de su presencia, pues se advierte sin mayor dificultad que, por ejemplo, cuando alguien sube a un taxi debe pagar como contraprestación una cierta suma y, que no hacerlo está “mal”. Con todo no precisa para ello saber absolutamente nada acerca de los contratos sinalagmáticos, ni de las características del contrato de transporte. Así como cuando se hace daño en el cuerpo de otro, poco o nada se precisa saber del delito de lesiones o de homicidio, para “intuir” algo injusto o todo lo contrario si se experimenta como defensa legítima.

moldeamiento que semióticamente designamos *transvaloración*, de suerte que la institución responda a la expectativa comprometida en el instinto de juridicidad.

En suma, el instinto de juridicidad es una condición social que permite que la comunidad de hablantes construya un sentido propio de justicia, y que con base en él actúe en la construcción de las narrativas jurídicas en que se hace manifiesto, al tiempo que genere una serie de expectativas en donde las narrativas son construidas por los técnicos, pero sobre cuyas producciones las expectativas señaladas tienen el efecto de direccionar las decisiones que en términos de justicia se valoren.²⁵

Es del instinto de juridicidad y del sentido de justicia derivado de donde provienen las representaciones que encuentran como justo que personas del mismo género puedan contraer el mismo tipo de nupcias que existe entre heterosexuales, o el reconocimiento de seres vivos no humanos como personas, o la resignificación del medio ambiente como titular de derechos y no un mero objeto de protección. Fenómenos todos que evidencian la participación determinante en la producción del sentido de justicia por parte de legos con tanta o más fuerza que los expertos.

Toda institución jurídica pasa por el cedazo del sentido social de justicia y con ello los procesos de transvaloración, como todo hecho institucional depende de la creencia social en ellas.²⁶ Creencia que trasciende mucho más de lo que permiten lo evidente e inmediato, pues

²⁵ Precisamente, al considerar con esta perspectiva el fenómeno del dos de octubre de 2016 en que Colombia por referéndum se pronunció en contra de un acuerdo de paz entre el gobierno y las fuerzas armadas revolucionarias, la mirada cambia significativamente, pues suele ser visto como algo completamente absurdo que una sociedad que ha sufrido los peores vejámenes conocidos hasta el momento con ocasión de un conflicto interno, no quiera desesperadamente concluirlo desaprovechando la primera oportunidad que en no menos de diez lustros se le presenta. Sí, la conclusión hermenéutica y dogmática del fenómeno es de ese perfil. Pero la semiótica indaga por el sentido de justicia que estaba ahí comprometido, y que entenderlo puede contribuir decididamente a entender el fenómeno de la violencia como forma de vida. En efecto, hay un sentido de justicia que asocia justicia con castigo, cuanto más doloroso sea el castigo más justicia hay, así lo reclama una sociedad cuyas representaciones de poder le indican que poder someter a otros a la voluntad propia sobre la imposición de “es mejor así”, hace parte de una metarrepresentación proveniente de las prácticas de las clases sociales poderosas, las cuales les indica que ser así es signo de eso, de poder. Y entender así mismo fenómeno como el de los narcotraficantes, guerrilleros, paramilitares, bandas criminales, entre los más visibles, no sea sino la materialización de esas metarrepresentaciones. De alguna forma en la sociedad colombiana existe la expectativa de poder hacer lo que se quiera, castigar con su propia mano al delincuente, al corrupto, al que deshace la sociedad, cuando hacerlo implica volverse delincuente, corrupto, decadente, en fin una dialéctica en que la justicia es algo que tiene que ver con el temor y con la fuerza, y que tanto más alguien sea temido por la fuerza de su poder, es precisamente más próximo a un ideal diseñado por quienes haciéndolo marcaron una pauta a una sociedad, seguramente sin proponérselo, ni mucho menos calcular las consecuencias.

²⁶ BASTIDA, Xavier (2000): *El Derecho Como Creencia*. (Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia).



auscultarla exige una mirada dispuesta a no imponer racionalidades ajenas a los fenómenos, a no violentarlos de forma alguna, sino aceptarlos tal y como son.

Esto es algo tradicionalmente resbaladizo a la hermenéutica y a la dogmática jurídica, las cuales responden muy bien a la concepción del derecho técnico y a la teoría de la justicia como un modelo intelectual del cual poco o nada participan los legos. Gustosos como son los hermeneutas y dogmatistas del derecho en reducir la sociedad a un nudo “destinatario”, como si sus propias instituciones no sirvieran de pulmones jurídicos, sino de respiradores artificiales que reivindican el oficio del abogado como servir de ortopedista social de la justicia.

En tanto la semiótica del derecho se da a la muy difícil tarea de reconocer a la sociedad su carácter genitivo en materia de justicia, para ella es su autor, y por ello en sus expresiones busca su sentido.²⁷ Es por lo mismo que en esta investigación se busca el sentido de justicia que subyace al reconocimiento de la capacidad plena de las personas con discapacidad cognitiva, y las tensiones que surgen con las expresiones del derecho inconsulto de la realidad social. De donde deba considerar expresiones -icónicas, simbólicas, indiciarias, conceptuales, etc.- basadas en el instinto de juridicidad y animadas por el sentido de justicia que no depende de los técnicos, sino de las sociedades democráticamente entendidas.

Luego no busca el sentido de justicia tan sólo en las instituciones jurídicas, ni en los sistemas, sino también en las metarepresentaciones sociales que se actualizan con ocasión del sentido de justicia. La semiótica jurídica fuerza a reconocer el papel no de “destinatario”, sino de “creador” que desempeñan tanto legos como expertos en la producción de la *iusphera*, ambiente creado con ocasión de la generación y transmisión del sentido de justicia.²⁸

²⁷ Ya hicimos alguna referencia a que hemos preferido la designación “semiótica de la justicia”. Y tal propuesta tiene su propia racionalidad, pues a partir de la constatación de la existencia de un trasfondo, habitus o entorno jurídico, que ha preferido designar “instinto de juridicidad”, se ha hallado que el ser humano cuenta con una condición antepredicativa que le permite suscitar estados de conciencia de la función jurídica. Por ello todo ser humano con un estándar ordinario de conciencia puede saber, por ejemplo, que quitarle la vida a alguien más es un delito, pese no saber discernir la teoría general de delito. Lo mismo que sucede cuando recibe una cosa a cambio de un precio, sabe o intuye que debe pagar el precio justo, sin que ello implique un conocimiento previo de los contratos sinalagmáticos. Dicha condición, verificable en éstos y muchos más aspectos jurídicos, es el fundamento de la existencia de la justicia como parte del elemento de la vida social humana, es patrimonio de la conciencia, no de la ciencia, y por lo mismo la semiótica debe considerarla como esencial a la existencia del derecho. Mientras que “semiótica jurídica” o “semiótica del derecho”, al menos sugieren un contenido técnico que sólo considera a los técnicos como precursores de la justicia. MOYA, Manuel (2007): Los Fallos Penales por el Delito de Inasistencia Alimentaria. Un desfase entre la ley y la práctica judicial. (Bogotá: Ediciones Universidad Santo Tomás).

²⁸ No deja de suscitar alguna sospecha de identidad con la sociología jurídica. No disputamos que así como hay sinapsis y espacios secantes con la dogmática y la hermenéutica, también los hay entre semiótica y sociología del derecho. Pero ésta

En suma, los presupuestos metodológicos sobre los cuales descansa la semiótica del derecho comprende tres condiciones:

- a. El derecho como *sistema de signos*;
- b. Un sistema de signos que posibilitan unos especiales *procesos comunicativos*;
- c. Un Sistema de signos que sirve a unos especiales procesos comunicativos a través de los cuales se crea y se transmite un cierto *sentido de justicia*.

Como toda obra jurídica manifiesta en textos, instituciones, normas, etc., la correspondiente al tratamiento jurídico de las personas reducidas a condición de inimputables por el derecho penal, puede rastrearse incluso desde los fundamentos de sus orígenes, no sólo para una mejor comprensión de su dinámica, sino para realzar que se trata de un signo jurídico e manera alguna de una institución de derecho natural.

En efecto, ese origen lo encontramos en la propuesta kantiana de responsabilidad penal. Hemos hallamos que de la magnífica obra jurídica de Kant surgió para la concepción sistémica más completa del derecho hasta ahora conocida, la base dogmática de la responsabilidad subjetiva.²⁹ Desde sus fundamentos se presentó como imperativo categórico, se trataba de la existencia de una condición antepredicativa, a partir de la cual se erigía toda opción de derivación de la responsabilidad, consistente en lo que el filósofo denominó como *libertad*.³⁰

persiste en el derecho como algo meramente técnico, por ejemplo, BOURDIEU y TEUBNER (2000): La Fuerza del Derecho. (Bogotá: Ediciones Uniandes). Al igual que la sociología en general, se ha empeñado en considerar como opciones extremas los fenómenos sociales como fruto de conflictos –como en FERRARI, Vincenzo (2002): Acción Jurídica y Sistema Normativo. Introducción a la sociología del derecho. (Madrid: Dykinson), o como elementos que funcionan o disfuncionan dentro de un sistema –como en LUHMANN, Niklas (2005): El Derecho de la Sociedad. (México: Editorial Herder). En ambos casos la sociedad aparece como una metonimia, pues unos mandan y otros son mandados, caso en el cual los primeros disponen lo que es el derecho y la justicia o, las personas son operadores dentro de la estructura y todo lo que les pasa en su interior es cuestión de psicología, lo cual queda al margen de la iusphera. O en cambio se formulan las acciones comunicativas como una excepción que raya en lo más improbable, es decir, lo que queda más allá de las acciones estratégicas e instrumentalizadoras –como en HABERMAS, Jürgen (2002): Acción Comunicativa y Razón sin Trascendencia. (Barcelona: Paidós). Mientras que los presupuestos semióticos atienden a hablantes que pueden ciertamente negarse, pero también autoafirmarse a través de una vida social, pues entiende que sea en los conflictos o sea en los sistemas, intentan crear su propia versión de sí creando la sociedad a la cual pertenecen.

²⁹ KANT, Immanuel (1995). La Metafísica de las Costumbres (Bogotá: Rei Andes). No desconocemos que a nivel del derecho civil el modelo de imputación subjetiva tendría raíz clásica, pero a este mismo nivel histórico no creemos que pueda hablarse del derecho como sistema que integre todas las expresiones, muy particularmente deficiente fue la construcción del derecho penal. Atribuimos a Kant haber formulado todo un modelo de responsabilidad satisfactorio a cualquier expresión jurídica, osntruido a partir del principio de culpabilidad.

³⁰ No se trata de una construcción sencilla y resulta mucho más aprehensible entenderla por oposición al idea que con la misma nominación poco después Hegel construyera los cimientos de lo que terminaría siendo la responsabilidad por imputación objetiva. Así, mientras Kant estimaba el derecho como una obra suprahumana, señalaba sus fundamentos como



Postuló al respecto que para poder ser declarado responsable una persona precisa ser previamente libre, entendida la libertad como una condición *ex ante*, constituida por el poder entender y, la voluntad de optar con base en dicho entendimiento.³¹

Los presupuestos en que descansa la libertad así entendida, surgen de la posibilidad real de comprender lo perverso o bondadoso del actuar, lo cual se proyecta en un trasfondo que revela lo jurídico por oposición a lo antijurídico.

El segundo presupuesto es la condición de tener dominio de sí, entendiendo por ello que las acciones u omisiones correspondan a la voluntad de obrar mal o bien, jurídica o antijurídicamente.³²

Por consiguiente, la libertad es el efecto del encuentro entre la conciencia y la voluntad, de modo que sólo pueden ser responsables las personas libres. De aquí surgió la compleja episteme en materia de responsabilidad que enfocó la necesidad de vincular la sique de las personas a sus actos, de tal suerte que sólo cuando ese vínculo surgiera dispondría el juez del baremo para establecer no sólo la responsabilidad sino también su intensidad; y con ello la consecuencia jurídica. De ahí proviene la estandarización del dolo en los tipos penales, y el excepcional vínculo en términos de culpabilidad culposa y, en su momento, preterintencional. Lo que en todo caso apareja problemas seguramente no pensados por Kant ni por los grandes teóricos, que de hecho hace muy difícil la funcionalidad de una demostración.³³

Sin duda es el modelo que más ha predominado, al menos en el mundo informado por el derecho romano clásico y su sucedáneo procedente del llamado *usus modernus pandectarum*.³⁴

algo dado, preestablecido por un orden supremo frente al cual el hombre podría subvertirlo pero no replantearlo. Por suerte que mientras para Kant la libertad es *ex ante* el derecho, para Hegel es *ex post*, entendiendo que la libertad es el efecto der social e integrarse a una estructura que para ser en sí demanda adecuar la conducta de sus integrantes a un sistema de reglas lógicamente explicables. La libertad vista así es construida, es constituyente. Mientras que vista de la otra forma, es más bien una condición constitutiva a partir de la cual y para sí, explica la existencia de un ordo jurídico. Lo cierto es que en la *iusphera* la libertad siempre ha ocupado un sitio importante, aun cuando hoy día sigue siendo conceptualmente aceptada, pero ópticamente cuestionada.

³¹ SELMINI, Rossella (1998): **I Confini Della Responsabilità**. (Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane)

³² SCALISI, Vincenzo (1998): **Il Negozio Giuridico Tra Scienza e Diritto Positivo: Teoria, manifestazione- astrazione ineficacia**. (Milano: Dott A., Giuffrè Editore).

³³ RAGUÉS I VALLES, Román (2002): **El dolo y su prueba en el proceso penal**. (Bogotá- Barcelona: Universidad Externado de Colombia y José María Bosch).

³⁴ Al respecto es ilustrativa la obra de Emilio Betti, particularmente, BETTI, Emilio (2015): **La estructura de la obligación romana y el problema de su génesis**. (Bogotá: Universidad Externado de Colombia); BETTI, Emilio (2001): **Teoría**



En materia penal, lo que más inquietaba a Kant era precisamente la diversificación de las penas, particularmente ahí donde la equivalencia asociada por una especie de ley del talión, poco o nada contribuyera a asociar racionalmente del delito y la sanción. Cuanta más conciencia y voluntad, lo que Kant llamó *maldad interior*, mayor debía ser la sanción, pues no resultaba jurídico desproporcionar los dos extremos de la ecuación de la responsabilidad.³⁵

Heredera de la filosofía kantiana la llamada Escuela clásica edificó una concepción que asociaba la idea del dolo con la perversidad en términos morales y políticos. Así, según Carrara para que una acción pueda ser objeto de reproche (...) no basta que lo sea desde el punto de vista moral, ni que sea en sí malvado, según el precepto moral. Es menester, además, que el acto moralmente imputable a alguno como malo, sea políticamente dañoso. Esto se sigue del principio según el cual el derecho de prohibir ciertas acciones y declararlas delito, se atribuye a la autoridad social como medio de mera defensa del orden externo, y no para conseguir el perfeccionamiento interno (...) Además, el daño acarrea la acción perversa del hombre debe ser un daño social, es decir, de tal naturaleza que no se pueda con otros medios, salvo sometiéndolo a la represión de la ley, proveer la defensa del orden externo. Si el daño se limita al individuo, o si es reparable mediante una acción directa, el legislador excederá sus facultades si declara delito el acto que fue su causa (...).³⁶

A la discapacidad mental la designó “locura” distinguiéndola como una condición patológica que resta a la persona comprender la relación de su comportamiento con los mandado por la norma, por lo que pueden violarla incluso sin habérselo propuesto.³⁷

Como ya lo hemos sostenido quizás el diseño del modelo de responsabilidad subjetiva no haya sido ingeniado por el filósofo alemán,³⁸ -al menos las referencias de los juristas clásicos

general del negocio jurídico. 4 estudios fundamentales. (Lima: Ara Editores); BETTI, Emilio (2000): **Teoría general del negocio jurídico.** (Granada: Editorial Comares); BETTI, Emilio (1999): **Le categorie civilistiche dell' interpretazione. Edizione ad uso degli studenti.** (Milano: Dott A. Giuffrè Editore), BETTI, Emilio (1970): **Teoría general de las obligaciones.** (trad. José Luis de Los Mozos. Madrid: Revista de Derecho Privado); BETTI, Emilio (1967): **Análisis del sistema jurídico alemán; principales ideas directrices.** (Bogotá: Revista de la Universidad Externado de Colombia. Vol. 8, no. 2-Sep., 1967): pp 297 -317; BETTI, Emilio (1965): **Cours di droit civil comparé II : etude d'un système juridique, système du code civil Allemand.** (Milano: Dott A. Giuffrè Editore).

³⁵ LUZÓN DOMINGO, Manuel (2004): **Tratado de la culpabilidad y de la culpa penal.** (Bogotá: Revista de Derecho Penal, No. 40. Dic. 2003- Ene. 2004).

³⁶ CARRARA, Francesco (1971) Programa de derecho criminal, (Bogotá: Editorial Temis): pp: 38-39.

³⁷ CARRARA, Francesco (1971) Programa de derecho criminal, (Bogotá: Editorial Temis): pp.: 179.

³⁸ STOLFI, Giuseppe (1959): **Teoría del Negocio Jurídico,** (trad. Santos Briz Jaime. Madrid: Revista de Derecho Privado. Monografías Fundamentales de Derecho Privado y Público. Vol. XXXIX).

vinculadas al derecho privado así lo sugieren,³⁹ pero sí le debemos haberle otorgado entidad dogmática y con ello, estructural al sistema normativo.⁴⁰ Cuanto hace al derecho penal, fue Kant quien puso las cosas en el orden y claridad que antes no había sido alcanzado.⁴¹

Sin lugar a dudas a partir de la *Metafísica de las Costumbres* se consolidó el modelo de responsabilidad subjetiva, con base en el cual las personas con cierto tipo de deficiencia en su capacidad de entender y de querer o bien quedan negadas en tanto tales o, al menos radicaban la responsabilidad en otros.⁴² Este es el fondo teórico en que se sustenta y justifica la representación jurídica del “culpable”, por ello el incapaz o inimputable no es culpable, y de ahí la incomodidad que constituye para la teoría kantiana del derecho penal, resuelta finalmente de forma tan adversa que la reducción que sufren de su condición de persona surge de hecho por la selectiva indiferencia del derecho.

En efecto, sobre la base de poder negar la condición de persona o radicar en otros la responsabilidad,⁴³ es de donde proviene el discernimiento entre personas capaces e incapaces o, imputables e inimputables.⁴⁴

Dijo Reyes que la responsabilidad consiste en la (...) sujeción del agente a las consecuencias jurídicas del hecho punible cometido; una persona es penalmente responsable cuando ha realizado (un) hecho delictivo o contravencional; ahora bien, si tal sujeto es imputable se le impondrá pena y si es inimputable, se le aplicará la medida de seguridad. Dedúcese de este planteamiento que en nuestro derecho positivo imputables e inimputables son penalmente responsables, puesto que ambos están sujetos a las consecuencias legales del hecho punible cometido, no importa que el primer caso se les aplique pena y en el segundo medida

³⁹ BONFANTE, Pietro (1929): *Instituciones de Derecho Privado*. (Madrid: Editorial Reus).

⁴⁰ LEÓN HURTADO, Avelino (1952): **La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos**. (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile).

⁴¹ En derecho privado extrañamente no es habitual que se refiera a Kant, pues como dijimos si bien no lo formuló, se le debe la versión dogmática, sistémica e integral, antes nada clara tal y como lo evidenciaron entre otros GROSSO Giuseppe, (2011) *Las obligaciones. Contenido y requisitos de la prestación*. (Bogotá: Universidad Externado de Colombia). Cfr. **LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo (1994): El negocio jurídico**. (Lima: Editora Jurídica Grisley).

⁴² GORDILLO CAÑAS, Antonio (1986): **Capacidad, Incapacidad y estabilidad de los contratos**. (Madrid: Editorial Tecnos).

⁴³ Lo cual corresponde con la vicisitud procesal que facultaba la producción de sentencias con transposición de personas. Según esto uno era el demandado, pero otro era el condenado. Por ejemplo, cuando un esclavo hacía un daño, el demandante lo refería en la fórmula, pero requería la condena del dueño.

⁴⁴ WOLFGANG, Frisch (2004): **Comportamiento típico e imputación del resultado**. (Madrid : Marcial Pons).



asegurativa. Resulta así evidente que responsabilidad e imputabilidad son fenómenos diversos que no se excluyen entre sí (...).⁴⁵

La distinción entre imputables e inimputables no compromete el que puedan ser responsables, pero sí las consecuencias de dicha responsabilidad, la incapacidad de comprender estar yendo contra la norma es lo que hace de una persona inimputable.

En apoyo afirma Fernández (...) A nadie resulta extraño, tampoco, en el actual estado de la teoría del delito, que los inimputables sean capaces de realizar un tipo de injusto, es decir, sean capaces de acción, capaces de tipo (como diría el Dr. CARLOS JARAMILLO “realizadores del tipo”) y capaces de antijuricidad. Las acciones de los inimputables pueden ser injustas; prueba evidentiísima de ello es que contra la acción de un inimputable (enajenado mental, menor de edad), cabe la legítima defensa y la legítima defensa no cabe sino contra una agresión injusta; luego, si los inimputables no actuaran antijurídicamente, contra sus actos no habría posibilidad de legítima defensa. Porque si se llegara a la conclusión de que solo la conducta de los imputables importa, entonces los inimputables quedaría por fuera del derecho penal. ¿Con base en que se someten, entonces, a una medida de seguridad? Claro que en la comisión, en la realización, dice muy técnicamente el código, *de una acción* o una omisión prevista como punible, es decir, de un delito o una contravención. Para eludir la responsabilidad objetiva de los inimputables, los alemanes, que definieron la imputabilidad como capacidad de culpabilidad y excluyeron a los inimputables de la culpabilidad, se inventaron la teoría del *dolus naturalis*, el dolo natural, el dolo sin la consecuencia de la ilicitud (...).⁴⁶

Así, la teoría penal de cuño kantiano erigió la capacidad como condición de imputabilidad,⁴⁷ por suerte que quien se encuentre al momento de cometer su acto ilícito en incapacidad de comprender su ilicitud o, entendiéndola no pueda adecuar su comportamiento, es considerado incapaz, con ello inimputable y por lo mismo, no es susceptible de un juicio de culpabilidad,⁴⁸

⁴⁵ (REYES ECHANDÍA, Alfonso (2000) Derecho Penal (Bogotá: Editorial Temis): pp.: 192.

⁴⁶ FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan (1994): Conceptos y límites del derecho penal, (segunda edición, Bogotá: Editorial Temis s.a.), pp.: 143-144”

⁴⁷ WEEZEL, Alex Van (2011) **Límites de la imputación penal: estudios 2000-2010**. (Bogotá : Universidad Externado de Colombia).

⁴⁸ En derecho civil se genera la trasposición de personas, FEDELE, Alfredo (1943): **La invalidita del negozio giuridico di diritto privato** (Torino: G. Giappichelli Editore).

o como suele decirse en derecho penal la persona es *inimputable*.⁴⁹ Las consecuencias de su actuar típico y antijurídico son sustancialmente distintas a las de imputables, pues serán merecedores de medidas de seguridad.⁵⁰

En esta versión, culpabilidad y voluntad son términos interdependientes, por suerte que sólo quienes la poseen pueden ser culpables.⁵¹

En criterio de Velásquez la culpabilidad implica que libre y voluntariamente el individuo se disponga hacia la realización de una conducta punible, de donde surja la facultad por parte del Estado de sancionar al transgresor.⁵²

Según Muñoz en la culpabilidad (...) se encuentran las facultades psíquicas del autor (la llamada imputabilidad o capacidad de culpabilidad), el conocimiento por parte del autor del carácter prohibido de su acción u omisión y la exigibilidad de un comportamiento distinto (...).⁵³

Agrega Fernández, (...) La diferencia, pues, entre imputables e inimputables, que a nivel ontológico es de grado (y si no fuera de grado sería de esencia y si fuera de esencia tendríamos que concluir que los inimputables no son seres humanos, porque su esencia sería distinta a la nuestra), estriba en que, cuando se trata de penas, exige el código que el sujeto tenga la *plena* capacidad de esa advertencia y cuando se trata de medidas de seguridad se contesta con una *deficiente* capacidad de comprensión. Esto nos indica que inimputabilidad no es, en este articulado, presupuesto de la culpabilidad, sino de la pena (...).⁵⁴

El autor acierta a señalar cómo la existencia de una doble definición de delito, conforme con las cuales para inimputables se trata de un comportamiento típico, antijurídico y culpable, mientras que para imputables no es sino conducta típica y antijurídica, no fundamenta realmente una base de responsabilidad, sino el pretexto penal para intervenir a la persona, es

⁴⁹ FEUERBACH, Paul Johann Ansel Ritter von (1989): *Tratado de derecho penal: común vigente en Alemania*. (trad. Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Hammurabi).

⁵⁰ Incluso para von LISZT, Franz (1929) *Tratado de derecho penal*. (Madrid: Reus), la ausencia de imputabilidad impiden la culpabilidad y el delito.

⁵¹ WELZEL, Hans (1997) *Derecho Penal Alemán. Parte general*, (11ª ed., 4ª ed. Castellana. Traductores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Santiago de Chile: Editorial jurídica de Chile): pp.: 166-167)

⁵² VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando (2014) *Manual de derecho penal parte general*, (Bogotá: Editorial Andrés Morales) pp.: 519-520.

⁵³ MUÑOZ CONDE, Francisco (2013), *Teoría General del Delito* (Bogotá: Editorial Temis): pp.: 2013, pp.: 123.

⁵⁴ FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan (1994): *Conceptos y límites del derecho penal*, (segunda edición, Bogotá: Editorial Temis s.a.): pp.: 139.

decir se trata de poderlo castigar sin satisfacer el concepto de responsabilidad. El cambio la nominación *medida de seguridad* por *penas*, lejos de protegerlos en términos reales no logra sino agudizar el sentido represivo y retributivo del derecho penal, (...) Decir que las medidas de seguridad son un recurso administrativo, no resuelve el problema. Porque los recursos administrativos, aunque sean dispensados por el juez penal, también son recursos jurídicos y representan sanciones jurídicas para los responsables. Claro que la mejor manera de eliminar la responsabilidad objetiva de los inimputables, es eliminar la responsabilidad penal de los inimputables. Pero como esto no fue lo que hizo el código y como está prohibida la responsabilidad objetiva, no queda otra salida que admitir la responsabilidad subjetiva de los inimputables. Responsabilidad subjetiva y culpabilidad son exactamente lo mismo. Responsabilidad subjetiva o por la culpabilidad, es un concepto que resiste los dos tipos de responsabilidad: por los hechos de autor imputable y reprochable, y por los del que no es imputable (...).⁵⁵

Como es comúnmente reconocido, una de las fuentes de inimputabilidad más señaladas son las disfunciones físicas, psíquicas o mentales, fruto de lesiones o enfermedades.⁵⁶

Luego podemos afirmar que la situación de discapacidad que apareja los efectos anotados jurídicamente implican la incapacidad o inimputabilidad,⁵⁷ y con ello un tratamiento jurídico diferencial, cuya orientación declarada está dirigida más hacia la protección de la persona que a una discriminación, pero paradójicamente para poder lograr ese efecto de lo primero que se valieron fue de la negación misma de la persona,⁵⁸ consiste en la disminución de la condición de persona y con ello, una menos exigente demanda de exactitud y demostración de responsabilidad, como consecuencia castigos penales que como se sabe resultan mucho más agresivos en la práctica.⁵⁹

⁵⁵ FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan (1994): *Conceptos y límites del derecho penal*, (segunda edición, Bogotá: Editorial Temis s.a.): pp.: 141.

⁵⁶ URRUELA MORA, Asier (2004): **Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica: la capacidad de culpabilidad penal a la luz de los modernos avances en psiquiatría y genética**. (Bilbao: Editorial Comares)

⁵⁷ MEZGER, Edmundo (2006): **La inimputabilidad**. (Bogotá: Facetas Penales, No. 55 -Jul./ Ago. 2006) : pp. 7-17

⁵⁸ Resaltamos que a nuestro juicio el derecho penal no excluye a las personas con discapacidad, sino que les reduce su condición de persona.

⁵⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco (1988): **La inimputabilidad desde el punto de vista médico y jurídico penal**. (Bogotá: *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Vol. 10, no. 35, May. - Ago. 1988): pp. 27-37.

Ahora bien, la opción kantiana evidencia unas ventajas importantes, bastante satisfactorias al tipo de representación social que discierne entre personas buenas y personas malas, siendo éstas las que merecen que el estado se cierna sobre ellas de forma más violenta. Y con respecto a los inimputables, no es menos correspondiente, pues le sirve a la sociedad para no verse a sí misma cruel, sino por el contrario acogedora con los desprotegidos y hasta dadivosa con quienes precisan de su piedad.

(...) También fuera del derecho penal se emplean expresiones como “tener la culpa”, “echar la culpa”, “sentirse culpable”, etc., que reflejan un sentido parecido, aunque con distinta terminología, al que se da al concepto de “culpabilidad” en derecho penal. Efectivamente, cuando se dice que “alguien tiene la culpa” o que es “culpable de algo” se está aludiendo a la responsabilidad por la realización de un hecho desaprobado. Incluso psicológicamente, la “culpa” como sentimiento es siempre muestra de un pesar por el mal cometido. Antes que la culpa, objetiva o subjetiva, hay, pues, una desaprobación previa de algo que se ha realizado y que no se debería haber realizado, o de algo que no se ha realizado, debiendo haberse realizado. En derecho penal se emplea la expresión “culpabilidad” como el conjunto de condiciones que permite declarar a alguien como culpable o responsable de un delito”.⁶⁰

⁶⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco (2013), *Teoría General del Delito* (Bogotá: Editorial Temis), 2013, pp.: 119.



Pero la teoría kantiana a un nivel praxiológico no es tan clara,⁶¹ al punto es difícil no sólo una satisfactoria demostración del dolo,⁶² sino el ser o no capaz de entender y adecuar el comportamiento a dicha comprensión, lo cual se resuelve en tramitarlo como algo que opera por cognición más que por indagación, por lo que la demostración termina siendo minimizada y la deducción a instancia del juez o, a quien corresponda declarar la condición de inimputable, maximizada en sustitución de lo que la ciencia difícilmente puede acreditar de forma verificable.⁶³

(...) los problemas sistemáticos que plantea la responsabilidad penal de los inimputables, es decir, deja a la teoría jurídica de las medidas de seguridad por fuera del sistema teórico del delito, con algo de candor, como si no existieran, o como si sus problemas se pudieran

⁶¹ (...) La norma penal se dirige a individuos capaces de motivarse en su comportamiento por los mandatos normativos. Lo importante no es que el individuo pueda elegir entre varios haceres posibles; lo importante es que la norma penal le motiva con sus mandatos y prohibiciones para que se abstenga de realizar uno de esos varios haceres posibles, que es precisamente el que la norma prohíbe con la amenaza de una pena. A partir de un determinado desarrollo mental, biológico y cultural del individuo, se espera que este pueda motivarse por los mandatos normativos. La evolución cultural y los conocimientos sociológicos, psicológicos y biológicos han permitido fijar en la legislación unos criterios para determinar los casos en los que, a partir de un determinado grado de desarrollo biológico, psíquico y cultural, es posible atribuir al individuo el hecho cometido y hacerle responsable del mismo. El fundamento común a estos criterios que englobamos en el concepto de culpabilidad se encuentra, por tanto, en aquellas facultades que permiten al ser humano participar con sus semejantes, en condiciones de igualdad, en una vida en común pacífica y justamente organizada. La “motivabilidad”, la capacidad para reaccionar frente a las exigencias normativas es, según creemos, la facultad humana fundamental que, unida a otras (inteligencia, afectividad, etc.), permite la atribución de una acción a un sujeto y, en consecuencia, la exigencia de responsabilidad por la acción por él cometida. Cualquier alteración importante de esa facultad –cualquiera que sea el origen de la misma– deberá determinar la exclusión o, si no es tan importante, la atenuación de la culpabilidad. En estos casos, la tarea del Estado social y democrático de derecho no consiste en castigar a los que no están en posición de poder participar en condiciones de igualdad en la configuración de la vida social, sino en promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica y social (art. 9.2 de la Constitución). En una democracia que aspira a ser verdadera y real es necesario desarrollar también un concepto de culpabilidad material, y no puramente formal. Igual que no es suficiente el reconocimiento formal de unos derechos fundamentales si estos careen de contenido (si la mayoría de la población es analfabeta, ¿de qué le sirve el derecho a la información?), tampoco puede ser suficiente, para constatar la culpabilidad de un individuo por el hecho cometido que este haya podido obrar en teoría de una manera distinta a como lo hizo, si no se analizan las razones para entender por qué actuó de una determinada manera y no de otra (...) MUÑOZ CONDE, Francisco (2013), *Teoría General del Delito* (Bogotá: Editorial Temis): pp.: 125 y 126).

⁶² MORA, Maribel Narváez (2012) El impacto de la neurociencia sobre el derecho: El caso de la responsabilidad subjetiva. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, 2012, no 15, p. 195-230. http://www.antonioacasella.eu/dnlaw/Narvaez-Mora_2012.pdf.

⁶³ Al respecto citamos de nuevo a RAGUÉS I VALLES, Román (2002): *El dolo y su prueba en el proceso penal*. (Bogotá-Barcelona: Universidad Externado de Colombia y José María Bosch). En la investigación también ya referida MOYA VARGAS, Manuel Fernando (2007) *Los fallos penales por inasistencia alimentaria. Un desfase entre la ley y la práctica judicial* (Bogotá: Universidad Santo Tomás), se halló que en los procesos por el delito de inasistencia familiar, los acusadores no demuestran el dolo, sino que lo deducen apriorísticamente. Y para mayor sorpresa los jueces no exigen como condición de condena la respectiva demostración. Es decir, al respecto no opera el principio de indagación sino el de cognición, lo cual se acomoda bastante bien a las representaciones sociales de los buenos y malos padres, y al sentido de justicia que señala la necesidad de reprender al padre que aun sin comprender la naturaleza de sus obligaciones, no paga alimentos a sus acreedores alimentarios, pese a que en la mayor parte de casos ni siquiera se demostró la capacidad de pago del deudor, e incluso hubo casos en que se demostraba la incapacidad de pago y no obstante había condena.



resolver intuitivamente y caso por caso en un plano pre-dogmático y por ende inseguro y movedizo. Esa primera vía no logra resolver armónicamente la responsabilidad subjetiva de los inimputables, escamoteando el problema con la exigencia de una acusación síquica entre la enfermedad y el delito (...) causación que de existir, en el mejor de los casos es indemostrable; presuponiendo una separación ontológica entre imputables e inimputables, de tal alcance que los primeros, y solamente ellos, pueden ser culpables, porque únicamente a ellos les es dado vivir en el reino histórico de la libertad, en tanto que los segundos serían, como dice BETTIOL, “fragmentos de la naturaleza tarada” (...) entes marginados de la historia, privados de la libertad, carentes de voluntad final, incapaces de toda valoración, inidóneos para cometer delitos. (...).⁶⁴

Dicha fundamentación no es la única que sirve de piso a una cierta versión de la responsabilidad jurídica, como lo sostuvimos, y sus deficiencias han entreabierto la puerta en favor de la opción paralela que fue precisamente la pensada por Hegel, en donde el conocimiento y la voluntad, es decir el dolo y la culpa no son más que condiciones normativas que sirven para concretarla imputación, mientras que cuanto tiene que ver con las personas, dado su rol social, se atiende que tanto se atuvieron a las reglas que lo regulan, y si crearon un riesgo antijurídico controlable o no, y si ello se concretó en un daño penalmente relevante.⁶⁵ Tendencia que resulta al menos teóricamente más favorable al tender a atenuar el paralelismo entre personas imputables e inimputables, pues al reconocer la discapacidad cognitiva, los roles atribuidos deben ser correspondientes, lo que no conlleva a que sean menos importantes socialmente hablando, y el resquebrajamiento de las expectativas sociales respectivas, implican o pueden implicar la responsabilidad sin importar otro tipo de consideración.⁶⁶ De donde la capacidad de controlarse a sí mismo sea el elemento de la culpabilidad.⁶⁷

⁶⁴ FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan (1995): Derecho penal fundamental, (segunda edición, Bogotá: Editorial Temis s.a.): pp.: 198-199).

⁶⁵ REYES ALVARADO, Yesid (2005): Imputación Objetiva. (Bogotá: Editorial Temis).

⁶⁶ OSPINA RAMÍREZ, Mario Andrés (2010): **Discapacidad y sociedad democrática** (Bogotá: Revista Derecho del Estado, No. 24, Jul., 2010): pp. 143-164.

⁶⁷ ROXIN, Claus (1981) Culpabilidad y prevención en derecho penal (Madrid: Reus).



Al fin y al cabo el inimputable es entendido como construcción social y con ello las consecuencias de sus actos.⁶⁸

Habiendo (...) incapaces sanos y capaces enfermos”, sólo cuando la incapacidad es de tal envergadura que inhabilita la incursión de la agencia judicial, hay propiamente inimputabilidad.⁶⁹

No pondríamos en entre dicho que la culpabilidad en tanto concepto es una creación jurídica, así como también los son la responsabilidad, la imputabilidad y la inimputabilidad. Es decir, son signos, hechos institucionales. (...) La culpabilidad no es un fenómeno individual sino social. No es una cualidad de la conducta sino una característica que se le atribuye para poder imputársela a alguien como su autor y hacerle responder por ella. Es, pues, la sociedad o mejor su Estado representante, producto de la correlación de fuerzas sociales existentes en un momento histórico determinado, quien define los límites de lo culpable y de lo no culpable, de la libertad y de la no libertad. De ahí se deriva que el concepto de culpabilidad tiene un fundamento social, antes que psicológico, y que no es una categoría abstracta o ahistórica al margen o incluso, como algunos creen, contraria a las finalidades preventivas del derecho penal, sino la culminación de todo un proceso de elaboración conceptual destinado a explicar por qué y para qué, en un momento histórico determinado, se recurre a un medio defensivo de la sociedad tan grave como la pena y en qué medida debe hacerse uso de ese medio (...).⁷⁰

Pero que se trate de signos no puede hacer perder de vista que en tanto hechos institucionales, *son* a condición de la vigencia de la creencia social en que descansan. Es decir, la representatividad propia del signo no se satisface porque el derecho penal los declare como tal, aquí no tienen lugar las transferencias en cuanto a la entidad de verdad del signo. Es aquí

⁶⁸ (...) comprobada la existencia de un delito, corresponde requerir de la agencia judicial la habilitación de cierto poder punitivo sobre la persona identificada como su sujeto activo. Frente a este requerimiento la agencia tiene la posibilidad de proporcionar una respuesta punitiva (posibilidad de responder o responsabilidad). Al responder con la habilitación del poder punitivo, la agencia judicial se hace responsable por la criminalización del agente. En la perspectiva reductora que se viene desarrollando, se produce una inversión del planteo de responsabilidad: responsable es el estado que, a través de la agencia judicial, responde habilitando poder punitivo y por ende, en términos jurídicos que presuponen los correspondientes límites éticos que le impiden habilitar un poder punitivo intolerablemente irracional es responsables por esta habilitación (...). ZAFARONI, Raúl Eugenio (2002) Derecho Penal Parte General, (segunda edición, Buenos Aires: Editorial Sociedad Anónima Editora, Comercial Industrial y Financiera): pp.: 875.

⁶⁹ ZAFARONI, Raúl Eugenio (2002) Derecho Penal Parte General, (segunda edición, Buenos Aires: Editorial Sociedad Anónima Editora, Comercial Industrial y Financiera): pp.:707.

⁷⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco (2013), Teoría General del Delito (Bogotá: Editorial Temis): 2013, pp.: 123.

en donde juega un papel determinante la sociedad, pues lo que Searle llamó *creencia social*, que es lo que llamamos nosotros *sentido de justicia*, tiene que sostener el signo, y lo que deducimos es que el derecho penal a través de la construcción sintagmática de los inimputables, lo que hace es otorgarle entidad institucional a un cierto sentido social de justicia que señala la necesidad de reducir la condición de persona a quienes tiene discapacidad cognitiva, para poderlos intervenir con mayor violencia, sobre la base aparente de protegerlos, lo que hace es realmente protegerse de ellos, y trae rabiosamente todos aquellos casos en que no pudo reducirlos por la vía penal, como eventos de verdaderas bestias, en otro tiempo bárbaros, respecto de quienes no queda otra vía que la autocomposición.⁷¹

Consecución de objetivos y resultados

Colombia hace parte de la Convención de Naciones Unidas *Sobre los derechos de personas con discapacidad* del año 2006. Fue incorporada como legislación interna mediante la Ley 1346 de 2009 y, junto con la Ley Estatutaria 1618 de 2013 y las Leyes 1616 de 2013 y 1306 del mismo año, conforman el marco normativo más importante en relación con personas con discapacidad, sus derechos, libertades, garantías, principios, etc.

De dicho marco surge la reafirmación del principio de igualdad, de lo cual se ha desprendido el reconocimiento de la capacidad jurídica de quienes satisfacen la definición legal de *discapacidad*. Esto significaría que en materia de capacidad jurídica no tendría que haber distinción originada con la condición que implica la discapacidad. Entendido así parece que es inevitable concluir en la existencia de una ruptura respecto de la tradición jurídica –por cierto de más de veinticinco siglos, puesto que dentro de la regulación ordinaria en materia de capacidad jurídica, se mantuvo que cuando la discapacidad compromete la capacidad de comprensión o de adecuación de la voluntad a dicha comprensión, la persona es jurídicamente incapaz, lo cual conlleva la nulidad de sus actos cuando no han sido autorizados o convalidados por su representante legal (ZANNONI, 1986).

⁷¹ <http://www.eltiempo.com/politica/justicia/victimas-que-garavito-no-confeso/16535290>.



En materia penal se ha venido hablando de inimputabilidad, lo cual implica un régimen de responsabilidad paralelo al de las personas conocidas como plenamente capaces o imputables.

Sin embargo no es claro que este sea necesariamente el efecto de la nueva legislación, o lo que se propusieron los creadores, pues homogeneizar a las personas sin consideración a sus características individuales, algunas de las cuales son precisamente las que la definen como *discapacitada*, apareja una desprotección significativa, lo cual contradice otros principios que emanan de la misma legislación.

Lo que justifica esta investigación es la inaplazable necesidad de establecer, por una parte, qué fue lo que quiso producirse mediante la nueva legislación. Y si la respuesta es efectivamente homologar al discapacitado con la persona plenamente capaz, cuál es el sentido y la cobertura de tal efecto. De lo contrario, en qué mejoró la situación de las personas discapacitadas.

En tanto esto no sea claro, a la ambigüedad jurídica se suma la incertidumbre respecto de la validez de sus actos jurídicos, sean o no lícitos, como también los efectos que tendrían sobre las personas que participan en la realización de dichos actos y, la competencia de las autoridades con respecto a los mismos.

La pregunta de investigación en la cual se comprime el nudo problemático que busca resolverse mediante este proceso, puede formularse en los siguientes términos, *¿Qué impacto tiene la nueva legislación sobre personas discapacitadas sobre el régimen de responsabilidad civil y penal vigente?*

El estudio adelantado con ocasión de la formulación de este proyecto, sobre los trabajos preparatorios a la Convención de 2006, así como sobre las exposiciones de motivos de las leyes internas, permiten postular como probable respuesta la siguiente alternativa: ciertamente se buscó mejorar su situación sin dejar a las personas discapacitadas sujetas a un régimen de responsabilidad que las exija como si su discapacidad no existiese. No obstante, al reconocérseles derechos individuales que antes eran exclusivos de las personas plenamente capaces, como la autonomía, la personalidad, la dignidad, la capacidad jurídica, entre los más importantes, surge la obligación de los Estados parte de la Convención de proceder a realizar un *ajuste razonable* respecto del régimen de responsabilidad, a partir del cual se pueda

determinar cuáles de los derechos de las personas discapacitadas son disponibles por sí mismas y, cuáles no, debiendo hacerlo mediante figuras como el representante legal. Por supuesto ese ajuste razonable impacta así mismo la responsabilidad de los representantes legales, tanto como la relación con el incapaz quien, por ejemplo, de ahora en adelante, podría per sé revocar la representación.

De tal manera que logramos demostrar que como consecuencia de la legislación sobreviniente acerca de personas discapacitadas, particularmente la Convención de Naciones Unidas del año 2006, el Estado colombiano adquirió la obligación de hacer un ajuste razonable a su régimen de responsabilidad civil y penal.

Ese ajuste razonable se alcanza:

1. Es necesario modificar las normas sobre responsabilidad, y nuestra propuesta es el ingreso del Derecho Compensatorio, el cual pudimos ejemplificar frente al derecho penal, que es el más gravemente afectado.
2. 2. Ingresar una línea interpretativa conforme con la cual siempre que una persona con discapacidad cognitiva realice un ilícito, puede ser penal, no es viable la imputación subjetiva. Tal alternativa es riesgosa pues pareciera más una autorización para cometer ilícitos sin mayores consecuencias. Y resultan ser las víctimas los más gravemente afectados, no pudiendo más que acudir al Estado, por vía consensual o litigiosa, para exigir sus derechos.

A tal efecto se logró específicamente

- a. Deducir el impacto de la nueva legislación sobre personas discapacitadas en relación con el régimen de responsabilidad general en materia civil y penal que se encuentra vigente en Colombia. Pues es inevitable modificar profundamente el esquema de responsabilidad.
- b. Establecer las compatibilidades e incompatibilidades que adquirió el régimen general civil y penal de responsabilidad, respecto de la nueva legislación sobre personas discapacitadas. En efecto pudimos evidenciar que el esquema de responsabilidad es incompatible con la Convención.



- c. Formular las modificaciones que tendría que promover el Estado colombiano en calidad de ajuste razonable, al régimen general de responsabilidad civil y penal respecto de personas discapacitadas. En efecto cubrimos dos alternativas, pero optamos por la primera que implica el ingreso del derecho compensatorio.

Como ya lo hemos expuesto la Convención de 2006 sobre derechos de las personas con discapacidad, formula una episteme jurídica muy diversa a la que acabamos de describir.⁷² Pues claramente ordena no distinguir a las personas ni categorizarlas jurídicamente en razón de su capacidad derivada de la discapacidad, lo cual se ubica dentro de una concepción basada en el desarrollo de los derechos humanos.⁷³

Pero la teoría de respaldo del derecho penal diferencia las personas entre imputables e inimputables, pudiendo quedar cobijadas por ésta última categoría las personas con discapacidad.

El derecho penal podría oponer que estrictamente la distinción no tiene por fundamento, la condición de discapacidad, sino otra muy distinta consistente en que la persona no pueda entender la ilicitud de sus actos o, entendiéndolo no pueda adecuar su conducta a dicha comprensión.

Pero la mediación formulada no desmiente la discriminación. En efecto lo que se encuentra es que la discapacidad es una de las posibles fuentes de inimputabilidad, significando que si bien no toda persona discapacitada es por esa condición necesariamente inimputable, sí pueden serlo en todo caso cuando la discapacidad se manifiesta en su capacidad de comprensión o de adecuación de la conducta a dicha comprensión. Entonces, pese no contar con datos estadísticos que puedan cuantificar el número de personas así discriminadas, lo cierto es que existe una distinción a instancia del derecho penal, de las personas en razón de su capacidad proveniente de la discapacidad. Y claramente es una discriminación que reduce los derechos de estas personas, al distinguir su situación respecto de quienes son estimados plenamente capaces o imputables.

⁷² PARREÑO, María José Alonso; DE ARAOZ SÁNCHEZ-DOPICO, Inés. El impacto de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en la legislación educativa española. CERMI, 2011.

⁷³ GIL, Amparo Sanjosé. El primer tratado de derechos humanos del siglo XXI: la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Revista electrónica de estudios internacionales (REEI), 2007, no 13, p. 8.



El impacto compromete, entre otros, hacer ajustes necesarios al modelo de derecho apropiado a contemporizar con esta nueva concepción de la persona y, muy específicamente, de la persona en situación de discapacidad.⁷⁴

Ahora bien, es preciso comprender que la Convención no sólo dispuso un cambio orientado a que no puede haber discriminación jurídica alguna vinculada a la discapacidad, sino que adicionalmente constituyó todo un metacódigo con asociaciones sintácticas y semánticas.⁷⁵

Luego el instrumento internacional es en sí misma toda una resignificación que impacta la totalidad el universo jurídico, pero muy especialmente el derecho penal.⁷⁶

De esta forma hallamos en primer lugar que distingue la discapacidad como una condición mutante por razones históricas, culturales, geográficas, científicas, cronológicas, sociales, etc., lo cual implica que los ajustes necesarios que se adopten no son para siempre sino que precisan estar siendo revisados y adecuados a los cambios verificados.⁷⁷

De la misma forma la situación discapacidad es contemplada con criterio diferencial, lo cual conlleva a considerar no sólo la diversidad de discapacidades sino también las distintas variables que adquieren de persona en persona,⁷⁸ a cuyo efecto uno de los principales criterios de distinción es la intensidad del apoyo que requieren de otras personas.⁷⁹

La Convención realza que las personas discapacitadas son titulares de todo un entramado de derechos fundamentales,⁸⁰ lo cual confluye en que son precisamente *personas plenas*, entre los cuales se desatacan su autonomía, su independencia, su libertad para tomar decisiones propias.⁸¹ Precisión de derechos concebida en perspectiva de género.⁸²

La concepción semántica de la Convención indica que por *personas con discapacidad* se entiende, todas aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales

⁷⁴ PARREÑO, María José Alonso; DE ARAOZ SÁNCHEZ-DOPICO, Inés (2011) El impacto de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en la legislación educativa española. CERMI.

⁷⁵ PALACIOS RIZZO, Agustina; BARIFFI, Francisco José (2014) La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

⁷⁶ DHANDA, Amita (2008) Constructing a new Human Rights lexicon: Convention on the Rights of Persons with Disabilities. Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos, 2008, vol. 5, no 8, p. 42-59.

⁷⁷ Convención de la ONU de 2006, sobre derechos de las personas con discapacidad: preámbulo, l. e.

⁷⁸ Convención de la ONU de 2006, sobre derechos de las personas con discapacidad: preámbulo, l. i.

⁷⁹ Convención de la ONU de 2006, sobre derechos de las personas con discapacidad: preámbulo, l. j.

⁸⁰ PALACIOS, Agustina. El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Cerami, 2008.

⁸¹ Convención de la ONU de 2006, sobre derechos de las personas con discapacidad: preámbulo, l. n.

⁸² Convención de la ONU de 2006, sobre derechos de las personas con discapacidad: preámbulo, l. s.



a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.⁸³

Como se aprecia, la Convención de alguna manera tropieza con lo que parece querer superar, es decir, define a las personas con discapacidad a partir de una relación negativa con las demás personas. Lo que evidencia la dificultad de abandonar una distinción odiosa, profundamente arraigada en las representaciones sociales que centran en las diferencias no tanto una ocasión de crecimiento de la humanidad, sino algo que fuerza a ver unos más o menos necesitados de los otros.⁸⁴

Como novedad trae la Convención un importante modulador consistente en el derecho de las personas en condición de discapacidad a que los Estados realicen los *ajustes razonables a su condición*,⁸⁵ en cuya ausencia se presenta la más clara discriminación que pueden padecer.⁸⁶

Por tal *definieron (...) las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requiera en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con los demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales (...)*.⁸⁷

La Convención no homogeneiza a las personas con discapacidad, pues les reconoce su derecho a la diferencia,⁸⁸ (...) *El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas (...)*.⁸⁹ Pero al tiempo que reconoce la diferencia, la instrumentaliza no en favor de formalizar tratamientos diferenciales, sino todo lo contrario, al punto que erige en derecho crear las condiciones de máxima independencia, capacidad, inclusión y participación, a cuya finalidad es obligación de los Estados garantizarlo mediante la organización de programas, y optimización de los existentes (...) *Art. 26 1. Los Estados Partes adoptarán medidas efectivas y pertinentes,*

⁸³ Convención de la ONU de 2006, sobre derechos de las personas con discapacidad: art. 1.

⁸⁴ DUSSAN, Carlos Parra. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: antecedentes y sus nuevos enfoques. *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 2010, vol. 8, no 16.

⁸⁵ NAVAS MACHO, Patricia, et al. Derechos de las personas con discapacidad intelectual: Implicaciones de la Convención de Naciones Unidas. *Siglo Cero: Revista Española sobre Discapacidad Intelectual*, 2012.

⁸⁶ Convención de la ONU de 2006, sobre derechos de las personas con discapacidad: art. 2.

⁸⁷ Convención de la ONU de 2006, sobre derechos de las personas con discapacidad: art. 2, párrafo 4.

⁸⁸ CAMPOY CERVERA, Ignacio (2004) Los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas.

⁸⁹ Convención de la ONU de 2006, sobre derechos de las personas con discapacidad: art. 3, l. d.



*incluso mediante el apoyo de personas que se hallen en las mismas circunstancias, para que las personas con discapacidad puedan lograr y mantener la máxima independencia, capacidad física, mental, social y vocacional, y la inclusión y participación plena en todos los aspectos de la vida. A tal fin, los Estados Partes organizarán, intensificarán y ampliarán servicios y programas generales de habilitación y rehabilitación, en particular en los ámbitos de la salud, el empleo, la educación y los servicios sociales, de forma que esos servicios y programas. (...).*⁹⁰

La personalidad jurídica y su plenitud es un derecho fundamental, por lo cual los Estados tienen que reconocerla.⁹¹ De donde surge que las características individuales de su condición no incide en la plenitud del reconocimiento de la capacidad jurídica en igualdad de condiciones respecto de las demás personas en todos los aspectos de la vida.⁹²

El reconocimiento de la capacidad jurídica plena sin distinción respecto de las demás personas, trae efectos tales como el que la discapacidad no resulte ser pretexto que se refleje en un tratamiento diferencial frente a la responsabilidad jurídica en general y la penal en particular. No obstante indica la Convención que deben proporcionarse salvaguardias especiales que impidan los abusos en contra de los derechos humanos de las personas con discapacidad, asegurándose que los derechos, la voluntad y las preferencias de éstas personas no sea objeto de conflicto de intereses o de influencia indebida, debiendo proporcionarse y adaptarse a las necesidades de la persona en particular, lo cual deberá ser verificado por un órgano judicial competente especializado en el tema:

(...) Art. 14.4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén

⁹⁰ Convención de la ONU de 2006, sobre derechos de las personas con discapacidad: art. 26, l.

⁹¹ Convención de la ONU de 2006, sobre derechos de las personas con discapacidad: art. 12, n. 1.

⁹² Convención de la ONU de 2006, sobre derechos de las personas con discapacidad: art. 12, n. 2)

sujetas a exámenes periódicos, por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas. (ONU, 2006: art. 12, n. 4).

Este enfoque trae como consecuencia una resignificación absoluta de las personas con discapacidad.⁹³ Ya no corresponde con la idea de seres desvalidos respecto de los cuales son válidos los más visibles comportamientos de conmiseración dispuestos en esta concepción lamentable, a paliar de alguna forma su situación de inferioridad. Sin duda, la representación contra la cual se opone la Convención es la de personas a medias, seres inferiores, que más que derechos precisan de ser objetos de la piedad y el lamento por ser quienes son. El instrumento internacional es favorable a unas representaciones sociales completamente opuestas, pues su situación específica los hace titulares indiscutibles de unos derechos que no son otros que adecuar las instituciones a su condición, de tal suerte que el sistema jurídico no discrimine a las personas por esa diferencia, sino que haga de ella la fuente de producción jurídica de unos derechos que, al cabo, es más bien una adaptación de los existentes para todos sin distingo alguno.

Se trata de un sentido de justicia que no inferioriza a las personas con discapacidad, sino que realza su condición de personas plenas, reconoce su voluntad, su libre albedrío, su libertad de elección y, de la misma forma le atribuye las obligaciones y responsabilidades que tal condición compromete.⁹⁴

Desde este punto de vista la discapacidad pasa a ser una condición cualquiera, semejante a las que pueden deducirse del color de la piel, de los credos, o de las creencias en que se basan las distintas culturas. Hay diferencias pero no implican categorizar a las personas.

La Convención le abre la puerta a un sentido de justicia que revalúa aquel otro que desecha a unos seres reduciendo su condición de persona, amplía el ámbito de cobertura del signo conceptual de la persona, pues de ahora en adelante las diferencias no conllevan las

⁹³ WENDELL, Susan. (2015) The social construction of disability.

⁹⁴ BARIFFI, Francisco José. Capacidad jurídica y capacidad de obrar de las personas con discapacidad a la luz de la Convención de la ONU. En Hacia un derecho de la discapacidad: estudios en homenaje al profesor Rafael de Lorenzo. 2009. p. 353-390.



negaciones, sino el fortalecimiento de los derechos existentes. Desde este punto de vista, es una ocasión para el crecimiento del derecho.⁹⁵

Hay un panorama jurídico remozado si se estima que la historia del derecho es la historia de la concepción de la persona. La apertura de ese concepto suscitada mediante la Convención es el destino inevitable de la institución, así como en su momento lo fue la eliminación de la esclavitud, o la discriminación de las personas por su género, su raza o su credo.⁹⁶

El trabajo legislativo -como las leyes colombianas 1145 de 2007 y la 1616 de 2013, constituyen avances en tal sentido y muy especialmente la Ley 1618 de 2013, estatutaria de los derechos con personas con discapacidad.⁹⁷ Ley que en todo caso se queda bastante corta respecto de la Convención, pues a lo único que no hizo mención fue a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, lo cual es el más importante desarrollo del texto internacional. Tampoco hizo mención específica al desarrollo de los ajustes razonables, lo cual hace que la Ley en sí misma poco o nada contribuya a la reivindicación social y jurídica, explícitas en la Convención.

Por consiguiente, la expectativa de desarrollo se cifra actualmente más en la jurisprudencia como fuente de derecho, que en otras fuentes formales como la ley.⁹⁸

Podemos afirmar que el derecho penal es tributario de un modelo jurídico que clasifica a las personas en capaces e incapaces o, de acuerdo con la terminología tradicional corresponden a imputables e inimputables. El punto de distinción implica que mientras los primeros son susceptibles de juicio de culpabilidad, los segundos no, pero pueden ser penalmente intervenidos sobre el presupuesto del derecho que tiene la sociedad a defenderse de sus acciones antijurídicas, pese a que no fueron asistidas de la decisión libre y voluntaria de infringir la ley.

En la práctica no es tan sencillo establecer el umbral para poder establecer a partir de qué punto una persona es auténticamente un inimputable, puesto que esa es una categoría, un

⁹⁵ PADILLA-MUÑOZ, Andrea (2010): **Discapacidad: contexto, concepto y modelos.** (Bogotá: International Law: revista Colombiana de Derecho Internacional, No. 16, Ene. - Jun. 2010): pp. 381-414.

⁹⁶ DEFENSORÍA DEL PUEBLO (2010): **Reflexiones sobre la política pública para la garantía de los derechos de las personas con discapacidad desde la perspectiva de los derechos humanos** (Bogotá: Imprenta Nacional).

⁹⁷ Colombia incorporó la Convención al sistema normativo interno mediante la Ley 1346 de 2009.

⁹⁸ CORREA-MONTOYA, Lucas (2009): **Panorama de la protección jurisprudencial a los derechos humanos de las personas con discapacidad en Colombia.** (Bogotá: Universitas, No. 118, Ene. - Jun. 2009): pp. 115-139.



signo conceptual inventado por y para el derecho penal. La dificultad asoma particularmente en materia probatoria y, si bien a los inimputables que infringen la ley penal supuestamente el derecho penal ordena protegerlos, frecuentemente se ven comprometidos en efectos punitivos que en nada los beneficia, y antes bien ahonda su situación de discapacidad.

La Convención, por el contrario, lapidariamente reconoce la plenitud de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad cognitiva, entre otros, al tiempo que proscribe formular distinciones que disminuyan su condición de personas y, ordena adoptar ajustes razonables apropiados para que no surjan discriminaciones y, las instituciones jurídicas se adapten a su realidad.⁹⁹

Lo primero que debemos considerar es que no es atendible conciliar las dos opciones, debido a su oposición es de tal entidad que la una es ni más ni menos que la negación de la otra. Luego lo que se precisa es considerar en términos de extensionalidad lo que queda a cubierto de la función retributiva que cumple el control penal, y la apertura de otra función que hemos preferido llamar *compensatoria*, conforme con la cual no se propicia “resolver” un conflicto jurídico mediante una respuesta caracterizada por la aflicción, sino entendiendo la tensión jurídica como algo que sucede en la lógica de las relaciones sociales, buscar la reafirmación de la individualidad de las personas comprometidas suscitando la comprensión mutua, el perdón y el arrepentimiento, sobre la base de propiciar alternativas distintas a las que caben dentro de la cobertura del derecho penal en su acepción tradicional.

Por supuesto esto es algo que se proyecta inevitablemente sobre la concepción tradicional de la responsabilidad penal, no sólo en la versión kantiana sino en cualquier otra hasta el momento conocida.

Ahora lo que es preciso estimar, es qué es lo que debe deconstruirse para revelar la que llamamos función compensatoria del derecho penal.

Y al respecto encontramos que lo más característico del derecho penal ordinario es haber acogido hasta identificarse con la función retributiva de la pena, lo cual de una u otra forma

⁹⁹ En el caso de Colombia se han hecho avances en materia jurídica bastante discretos, pero particularmente en el área penal son inexistentes. Lo cual curiosamente aunado a la situación histórica tan particular por la cual pasa este país, en que surgió la posibilidad de transitar de la situación crítica del peor conflicto interno conocido, hacia una situación de convivencia pacífica, parece ser la ocasión de pensar en la necesidad de un derecho penal diferente, inspirado en el que se precisa para realizar los derechos de las personas con discapacidad.



resulta ser la contracara del humanismo. Se trata de un diseño punitivo pensado muy efectivamente para la negación de derechos del declarado como responsable, es la racionalización de la venganza, la institucionalización de la aflicción como método de intervención de las personas, entendiendo el sufrimiento como contraprestación por la que fue la negación de los derechos de quien sufrió las consecuencias del delito.¹⁰⁰

Como lo dijera Hegel si a una negación agregamos otra, producimos algo positivo, pues se recobra la representación social de orden jurídico. En general a esta lógica atendería el derecho penal que se practica en Colombia, y es precisamente lo que hay que entrar a reconsiderar, puesto que si se reduce esta tendencia tendrá acogida una concepción que identifique jurídicamente a las personas, desintegrando la odiosa distinción entre imputables e inimputables.

La relación penal predominante implica que la declaración de la responsabilidad penal autoriza al Estado a intervenir sobre los derechos del responsable para afectarlos -se insiste negativamente, es decir minarlos, suspenderlos y hasta suprimirlos, entendiendo que las sociedades interpretan que castigar a los responsables siempre es bueno, deseable y, en fin, positivo.

No obstante, las penas cumplen otras funciones, pero la que resulta eidética al tipo de derecho penal acogido es la retributiva. Lo cual no es aventurado sino que se respalda en un complejo de representaciones sociales animadas por el Estado en favor de la retribución.

Acercas de la forma como se construyó el complejo signico en el cual descansa la negación de las personas asimiladas al concepto de inimputables por derecho penal, entre los cuales se hallan la sanción y el condenado -como persona susceptible de ser negada, encontramos que inicialmente Feuerbach fue quien se propuso sistematizar los modelos punitivos, acentuando la prevención general como efecto proveniente del castigo, cuya intensidad consideraba al sujeto como parte del hecho castigable.¹⁰¹

Poco después Kant erigió la culpabilidad en el fundamento de la punibilidad, y desde entonces el denuedo de los teóricos está orientado en favor de una correlación científica entre

¹⁰⁰ HEGEL, George Wilhelm Friedrich (1993) Fundamentos de la filosofía del derecho. (Madrid: Libertarias).

¹⁰¹ von FEUERBACH, Paul Johan Anselm Ritter (1989). Tratado de Derecho Penal: Comúnmente vigente en Alemania. Buenos Aires: Hammurabi.



los dos extremos, es decir, estimada la intensidad del daño debe corresponder una pena equivalente.

La concepción psicológica de la culpabilidad se manifestó poco después en las obras de von Liszt, quien identificó la culpabilidad con la imputabilidad del autor precisamente.¹⁰² En la misma tónica Radbruch entendió el dolo y la culpa como condiciones psicológicas del sujeto agente.¹⁰³ Y también participó de esta línea Beling para quien la culpabilidad es una relación psicológica del sujeto con el hecho.¹⁰⁴

Sin lugar a dudas quien mejor y más claramente lo ha expresado fue Kant, es decir, la intensidad del castigo penal proviene de la maldad interior, al sujeto condenado se lo castiga presuntamente por lo que sabía y por haberlo querido. No obstante lo cuestionable es que eso difícilmente logra demostrarse, y siendo así lo que permite construir la condena en términos de retribución, es simplemente, al no haber razón que demuestre la inimputabilidad, no hay más remedio que deducir por cognición que sabía todo lo que tenía que saber y quería todo lo que tenía que querer para merecer ser castigado.

Se han intentado otras explicaciones –que no son por cierto soluciones, fue así como Goldschmidt intentó superar las manifiestas deficiencias del vínculo psicológico, pero prefirió no invocarlo al señalar que el fundamento del castigo penal en la infracción normativa, esto es, en el desconocimiento o, la no atención a la norma, por lo que para los delitos dolosos era derivado directamente del desacatar la norma penal, mientras que para los culposos en la infracción al deber objetivo de cuidado, significando la violación al acatamiento de normas no penales, incluso tipificaciones sociales.¹⁰⁵

Mientras que Mezger planteó la culpabilidad como una desaprobación social de la personalidad adquirida, normativamente manifiesta.¹⁰⁶ Sin perder eso sí de vista que la imputabilidad y la inimputabilidad son significaciones de estricto contenido jurídico.¹⁰⁷

¹⁰² von LISZT, Franz (1929). Tratado de Derecho Penal. Madrid: Reus.

¹⁰³ RADBRUCH, Gustav. (1955). Historia de la Criminalidad (Ensayo de una criminología histórica). Barcelona: Bosch.

¹⁰⁴ BELING, Ernst (2011). Die Lehre vom Verbrechen. Deutschland: Adeg Graphics LLC; Elibron Classics.

¹⁰⁵ GOLDSCHMIDT, James. (1943). La Concepción Normativa de la Culpabilidad. Buenos Aires: De Palma.

¹⁰⁶ MEZGER, Edmund. (1957). Tratado de Derecho Penal. Madrid: Revista de Derecho Privado.

¹⁰⁷ MEZGER, Edmund. (2006). La imputabilidad. Revista Facetas Penales, N° 55 julio-agosto (Bogotá: Facetas Penales): pp.: 7-17.

Welzel completó la visión normativa de la culpabilidad, por cuanto la conciencia de antijuridicidad y la conducta exigible, esto es, la adecuada a la norma, pasaron a ser elementos del tipo objetivo, y en la culpabilidad no quedó sino la responsabilidad por la comisión del delito.¹⁰⁸ Por suerte que la culpabilidad permaneció en el terreno psicológico de la decisión por autocontrol de delinquir -por consiguiente para ser culpable, es decir para ser responsable se precisa que la persona pueda autocontrolarse.¹⁰⁹

Sean las unas o sean las otras, de la obra de Kaufmann se desprende que todas estas concepciones se basan en el modelo kantiano de libertad y de maldad interior.¹¹⁰ Y fue Wolff quien lo restauró en el Siglo XX como imperativo categórico.¹¹¹

El dilema se encuentra en que científicamente no ha sido posible demostrar que cerebralmente exista la función de decidir libremente.

Con todo sigue siendo la *experiencia* -falsa o real- *de libertad*, lo que justifica ideológicamente la función preventiva de la pena, tal y como lo reconocen entre otros Hirsch.¹¹²

La tendencia cobró caudal hegeliano con la obra de Jakobs, para quien el fundamento del castigo penal no proviene del autor, sino de la norma de la prevención general, por suerte que se justifica en la reafirmación de la vigencia de la norma.¹¹³

Entre tanto el planteamiento de Roxin está orientado a identificar la culpabilidad como un *máximo* o límite superior que sirve a fijar el máximo de determinación de la pena con fines preventivos, en función compensatoria de la consciencia del autor en cuanto a la ilicitud de su conducta.¹¹⁴

¹⁰⁸ Así, en Colombia las modalidades de la conducta punible por lo que antes eran formas de culpabilidad (art. 21 L 599/00), implica que la pena se vincula a la forma normativa, hay una pena para el dolo, otra para la culpa y otra para la preterintención. La culpabilidad se integra al principio *nulla poena sine legem*.

¹⁰⁹ WELZEL, Hans. (Octubre-Noviembre de 2000). La Culpabilidad. *Revista de Derecho Penal*(21), 5-24.

¹¹⁰ KAUFMANN, Arthur. (2000). *Derecho, Moral e Historicidad*. Madrid: Marcial Pons.

¹¹¹ ZACZYK, Rainer. (2010). *Libertad, Derecho y Fundamentación de la Pena*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia

¹¹² HIRSCH, Hans Joachim (1996). *La Posición de la Justificación y la Exculpabilidad en la Teoría del Delito, desde la perspectiva alemana*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

¹¹³ JAKOBS, Gunter. (2003). *Culpabilidad en el Derecho Penal: Dos cuestiones fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

¹¹⁴ ROXIN, Claus. (1981). *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*. Madrid: Reus.



Según Jescheck, hay una tendencia hegeliana extrema hacia la negación total de la culpabilidad, lo cual informa una reconcepción misma de la teoría del delito.¹¹⁵

Lo cierto es que en la actualidad se sigue al Tribunal Constitucional Federal (Alemania) el cual dedujo que la relación culpa con intensidad de la pena es un principio constitucional derivado del modelo Estado Social Democrático y de Derecho.¹¹⁶⁻ⁱ

Conviene tener en cuenta que la intensidad de la pena en la mayor parte de Estados no se mide sino por extensión temporal de la pena de prisión. Pues se trata de la pena predominante y, pese a que las normas de Naciones Unidas por el sistema progresivo admite niveles, en países como Colombia está muy lejos de atenderse.¹¹⁷ Lo cierto es que en la prisión se experimentan las mismas consecuencias sea largo o corto el tiempo de duración, y se sabe que el momento más crítico de ese daño sucede cuando comienza la ejecución de la pena, que es el inicio de la negación del sujeto confinado. Es decir, en días, semanas o años en la prisión se sufren los mismos efectos, pues suprimir los primeros días es un imposible, con el paso del tiempo la persona tiende a acomodarse a las nuevas condiciones, por lo que siempre se experimenta el rigor del castigo.

De esta verificación es que surge la hipótesis conforme con la cual la única opción que tiene la Convención de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad, es alterar los fundamentos del derecho penal, no sólo para las personas con discapacidad, sino también para los demás, partiendo de la base de la improcedencia de las distinciones. La oposición tradicional de imputabilidad-inimputabilidad, conforme con la cual para que haya responsabilidad debe haber habido imputabilidad del responsable durante la ejecución del hecho típico, es significativamente connatural al derecho penal que tenemos y practicamos.¹¹⁸

De donde no hay opción distinta a replantear el modelo de responsabilidad, y demás está reafirmar que la única forma de atender a los lineamientos fundamentales de la Convención

¹¹⁵ JESCHECK, Hans Heinrich. (05 de Enero de 2003). Evolución del Concepto Jurídico de Culpabilidad en Alemania y Austria. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 1-16.

¹¹⁶ Bundesverfassungsgericht. (2006). 20, 323, 331. Mainz.

¹¹⁷ MOYA VARGAS, Manuel Fernando (2009) Análisis jurídico del tratamiento penitenciario. <http://extension.upbbga.edu.co/inpec2009/Estudiosprimeraparte/areasdisciplinarias/DERECHO.pdf>.

¹¹⁸ ESTRADA SALTOS, Galo Marcelo (2014) El trastorno mental del infractor y su inimputabilidad en el derecho penal. 2014. <http://186.3.45.37/bitstream/123456789/2639/1/TUIAB047-2014.pdf>

de 2006 sobre derechos de las personas con discapacidad, es creando ese modelo no como diferencial sino como generalizado.

Ciertamente para GOÑI,¹¹⁹ quien piensa en el derecho argentino -que poco o nada dista del latinoamericano en general, la modificación tiene que ser profunda, si siquiera estrictamente jurídica, sino también política.¹²⁰

Agregó respecto de la tensión lógica penal y lógica de la intervención social que surge frente al tratamiento penal de personas con discapacidad (...) necesitamos un espacio de “mediación” entre dos lógicas que si bien responden a distintas dinámicas están llamadas a entenderse (...).¹²¹ Este autor evoca respecto de las personas con discapacidad que la respuesta penal fue la peligrosidad en España. Casi un 70% de los casos la discapacidad intelectual se evidencia cuando las personas han sido condenadas y llevadas a prisión. La pauta sigue siendo la negación social, con un agravante crítico y es que el sistema penal y el penitenciario no están hechos para personas con discapacidad intelectual.¹²²

Razones que llevan a cuestionar que diversificar las responsabilidades conlleva necesariamente a distinguir entre los definidos como incapaces quienes lo son penalmente hablando, y quiénes no, lo cual no es sino trasladar el problema pero en manera alguna resolverlo.

Ciertamente para MINKOWITZ,¹²³ en un texto presentado ante el Comité on the Rights of Persons with Disabilities, el 21 de octubre de 2009. (...) 4. La capacidad jurídica implica asumir la responsabilidad por las decisiones propias. Esto incluye tanto la responsabilidad de asumir tanto las obligaciones tomadas por propia voluntad como las impuestas por la sociedad. La equidad en la determinación por responsabilidades por incumplimiento de las

¹¹⁹ GOÑI, Luis G. Bulit (2010) Los derechos de las personas con discapacidad: necesidad de una nueva mirada jurídico-política al Derecho argentino. Revista Síndrome de Down: Revista española de investigación e información sobre el Síndrome de Down, no 106, p. 105-111.

¹²⁰ No lo es menos en España, cuyo afamado código penal de 1994 fue uno de los más importantes referentes para la producción de la Ley 599 de 2000. Cfr. GÓMEZ, Patricia Cuenca (2010) Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el Ordenamiento Jurídico Español. (España: Dykinson).

¹²¹ Página 3 de GOÑI, Luis G. Bulit (2010) Los derechos de las personas con discapacidad: necesidad de una nueva mirada jurídico-política al Derecho argentino. Revista Síndrome de Down: Revista española de investigación e información sobre el Síndrome de Down, 2010, no 106, p. 105-111.

¹²² Cfr. Se evidencia cómo el sistema penal y particularmente penitenciario respecto de las personas con discapacidad cognitiva tratadas como inimputables, en Ecuador es completamente violatorio de sus derechos fundamentales.¹²²

¹²³ MINKOWITZ, Tina (2010) El Artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad- Consideraciones para su Implementación. Available at SSRN 2037464, 2010



obligaciones debe basarse en los principios de diseño universal, accesibilidad, ajustes razonables y medidas afirmativas. E incluir tanto las responsabilidades civiles como las penales (...).¹²⁴

Análisis que si bien compartimos en algunos aspectos ha llevado a esta autora a una conclusión muy atractiva pero que registra inconvenientes al parecer no considerados. Es así como dice, (...) El diseño universal también se aplica a las leyes que tratan sobre la determinación de responsabilidades y la imposición de penas. En el contexto penal esto significa trabajar con un modelo de justicia restaurativa, no punitivo, a la vez que eliminar las exclusiones de responsabilidad en base a la discapacidad (...).¹²⁵

No es difícil apreciar que pese morigerar las diferencias entre imputables e inimputables, al cabo termina manteniéndolas pues el modelo de justicia restaurativa se aplicaría a ellos como algo estandarizado, más no así para los imputables. Lo que no compartimos es que ese modelo no punitivo, restaurativo, que a nuestro juicio debe ser no retributivo o, como lo denominamos *compensatorio*, no debe ser exclusivo para las personas con discapacidad pues, paradójicamente, ello compromete conservar una distinción que en definitiva riñe con la Convención.

También se ha propuesto cambiar las penas para los inimputables. A ello objetamos que si la imputabilidad es una condición de la culpabilidad que a su turno es una condición de la responsabilidad penal, y si no debe haber distingo entre personas imputables e inimputables conforme con la Convención, la distinción debería considerar únicamente el tipo de agresiones penalmente tipificadas. Por consiguiente, no es opción propiciar penas penales especiales para personas con discapacidad cognitiva.¹²⁶ Mantener penas distintas implica al igual que la propuesta de MINKOWITZ, mantener la discriminación.

Para eliminar totalmente la negación practicada por el derecho penal a las personas que reduce por el signo conceptual del inimputable, hallamos como fundamento de la función compensatoria del derecho penal, que la representación social ejecutada mediante los roles

¹²⁴ Página 2.

¹²⁵ Página 6.

¹²⁶ RODRÍGUEZ VÁSQUEZ, Julio Alberto; MORALES NAKANDAKARI, Pamela Midori (2016) Penas para personas con discapacidad intelectual: un análisis basado en el modelo social de discapacidad. <http://repositoriocdpd.net:8080/handle/123456789/1016>.



que cada quien cumple, resulte ser apropiada a las condiciones que individualizan ónticamente a cada persona. Conforme se desprende de la Convención de 2006, esto es válido respecto de las personas con discapacidad cognitiva, pues su actividad social debe corresponder con su condición, al fin y al cabo el que no existan distingos en punto de la capacidad jurídica no conlleva a homogeinizarlos arbitrariamente a todos los demás.

Luego, sólo se puede responder por el incumplimiento de los roles sociales que a su turno propician decepcionar las expectativas creadas en relación con el cumplimiento esperado.

Con base en la misma Convención de 2006, surge respecto de las personas con discapacidad cognitiva, el principio de corresponsabilidad, a cuya cubierta quedan las situaciones de las personas con obligación de protección en concreto y, de quienes adquieren condición de garantía, pues pueden verse involucrados en su responsabilidad por omisión, lo cual no desmiente necesariamente la responsabilidad de la persona con representación, a no ser que haya dependido el resultado totalmente de la omisión.

Luego la base de la responsabilidad no indaga tanto por lo que ocurrió como por si, pudo no haber ocurrido, y qué tanto esta opción dependía de la persona cuya acción u omisión creó el riesgo antijurídico que se concretó en el resultado.

Pero la responsabilidad siempre debe demostrarse en los términos previstos en la ley penal vigente. La modificación, la esencia compensatoria, surge es de la función que va a cumplir la declaratoria de responsabilidad.

Ante todo, la violación a la ley penal compromete necesariamente la interrupción relativa de la vigencia de la norma, pero así mismo toda norma se asocia a la protección de un bien jurídico. Debiendo con fines compensatorios determinar los Estados qué bienes jurídicos ni por vía de la compensación pueden resarcirse, por ejemplo aquellos correspondientes a delitos contra el DIH.

La esencia del derecho penal compensatorio es propiciar mediante el conocimiento mutuo, que las personas involucradas en el ilícito en condición de víctimas y victimarios, generen condiciones de perdón y arrepentimiento, sea o no necesaria la participación de un mediador, lo cual en todo caso debe producir obligaciones de no repetición.

Es válido tanto para los bienes jurídicos personales, como los restantes e, incluso, en los eventos en que se vean tanto personas privadas como públicas involucradas.

Lo importante a tener en cuenta es que se busca sobre la base del conocimiento mutuo, evitar la repetición del resultado.

Si surge la necesidad de resarcimiento económico se buscará la vía civil, cuando la penal compensatoria no haya solucionado las necesidades surgidas a ese respecto.

En los casos de reincidencia se deben estimar las deficiencias en que se haya incurrido durante los casos precedentes, y sólo cuando se logre demostrar la total inoperancia de la función compensatoria dar paso a la retributiva.

Conclusiones

El derecho penal mediante la aplicación de unos signos apropiados al producción de cierto tipo de procesos comunicativo, que concluye con la asignación de un cierto sentido, contribuye a la producción social de los culpables, los inocentes, los condenados y los absueltos.

En su lógica, es acentuada la llamada función retributiva, distinguida por la capacidad de afligir a aquel sobre quien se cierne. Dicha aflicción es una negación de derechos que, respecto de las personas que según el derecho penal ortodoxo son inimputables, se manifiesta adicionalmente en una muy significativa reducción de su condición de persona.

Esta ha sido una característica del derecho en general que, sin duda, en la actualidad el derecho penal permite llevar a su máximo efecto, que evoca sin mayor dificultad la situación de las personas que sufrieron la negación de su condición a instancias del derecho vigente.

Hay sin embargo un movimiento favorable a la humanización del derecho que, en su expresión manifiesta en la Convención de 2006 sobre derechos de las personas con discapacidad, se proyecta en el derecho penal, forzándolo a reconsiderar definitivamente la distinción entre personas imputables e inimputables fruto de la discapacidad cognitiva.

Mientras el derecho penal clasifica a las personas, inferioriza y niega a los que llama inimputables. En cambio la Convención prohíbe este tipo de distinción.

La mejor opción hallada para contemporizar el derecho penal respecto de la Convención, es lo que postulamos como función compensatoria del derecho penal, dispuesta al diseño de un



modelo general de responsabilidad penal, conforme con el cual y dada la naturaleza de los bienes jurídicos afectados, no toda conducta tipificada que haya dado lugar al delito, pueda generar reducir al responsable a un tratamiento retributivo.

Por suerte que coexistirían el modelo vigente con el modelo compensatorio, que se aplicarían a todas las personas conforme a criterios de política penal que distingan en qué eventos antijurídicos proceden. De tal suerte que únicamente los bienes jurídicos y el tipo de daño causado, justifique la intervención penal con fines retributivos. Ninguno de los dos modelos distingue entre personas capaces e incapaces, estimados estos últimos como consecuencia de la discapacidad cognitiva. Se trata de una estructura en que convergen el derecho penal retributivo y el compensatorio como un modelo de justicia penal diferenciado.

Ese modelo en su variable compensatoria implica como condición de la intervención penal, la aproximación entre víctimas y victimarios, lo cual precedido del conocimiento de la historia de vida del otro, dará paso a aproximaciones para un mejor conocimiento personal.

Si no basta para los efectos de perdón habrá lugar a la búsqueda de los términos de un consenso, entendiendo por ello fijar las condiciones en que cada uno puede seguir siendo él, sin afectar al otro. De no lograrse, habría lugar a la participación de un mediador que adopte la determinación final no punitiva.

Socialmente, conforme se desprende de la Convención, a las personas con discapacidad cognitiva le deben ser asignados roles sociales compatibles con su condición. Adicionalmente opera el principio de corresponsabilidad de tal suerte que cabe la responsabilidad por protección en concreto y en posición de garantía.

La base de la declaración de la responsabilidad sigue siendo la misma, es decir la función compensatoria surge con ocasión de la declaración de responsabilidad. Si semióticamente culpable es quien satisface la representación social de quien debe ser castigado, también puede haber un derecho penal propicio al responsable que sin ser castigado puede propiciar unos efectos más deseables que simplemente la negación de sus derechos.

Todas las personas quedan vinculadas por las mismas reglas, pero una cosa es cumplir las reglas y otro muy distinto seguirlas. Al derecho penal con fines compensatorios le interesa más que demostrar si alguien no cumplió las reglas, establecer las condiciones bajo las cuales

no las siguió y ser propicio a un cambio dirigido en el sentido de seguir las, más que cumplirlas sin otra consideración.

Referencias

BARIFFI, Francisco José (2009): Capacidad jurídica y capacidad de obrar de las personas con discapacidad a la luz de la Convención de la ONU. (En Hacia un derecho de la discapacidad: estudios en homenaje al profesor Rafael de Lorenzo).

BASTIDA, Xavier (2000): El Derecho Como Creencia. (Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia).

BELING, Ernst (2011): Die Lehre vom Verbrechen. Deutschland: Adeg Graphics LLC; Elibron Classics.

BETTI, Emilio (2015): La estructura de la obligación romana y el problema de su génesis. (Bogotá: Universidad Externado de Colombia).

BETTI, Emilio (2001): Teoría general del negocio jurídico. 4 estudios fundamentales. (Lima: Ara Editores).

BETTI, Emilio (2000): Teoría general del negocio jurídico. (Granada: Editorial Comares).

BETTI, Emilio (1999): Le categorie civilistiche dell' interpretazione. Edizione ad uso degli studenti. (Milano: Dott A. Giuffrè Editore).

BETTI, Emilio (1970): Teoría general de las obligaciones. (trad. José Luis de Los Mozos. Madrid: Revista de Derecho Privado).

BETTI, Emilio (1967): Análisis del sistema jurídico alemán; principales ideas directrices. (Bogotá: Revista de la Universidad Externado de Colombia. Vol. 8, no. 2-Sep., 1967): pp 297 -317.

BETTI, Emilio (1965): Cours de droit civil comparé II : etude d'un système juridique, système du code civil Allemand. (Milano: Dott A. Giuffrè Editore).

BONFANTE, Pietro (1929): Instituciones de Derecho Privado. (Madrid: Editorial Reus).

BOURDIEU y TEUBNER (2000): La Fuerza del Derecho. (Bogotá: Ediciones Uniandes).

CAMPOY CERVERA, Ignacio (2004): Los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas.



CARRARA, Francesco (1971) Programa de derecho criminal, (Bogotá: Editorial Temis).

COLOMBIA, CÓDIGO CIVIL.

COLOMBIA, DEFENSORÍA DEL PUEBLO (2010): Reflexiones sobre la política pública para la garantía de los derechos de las personas con discapacidad desde la perspectiva de los derechos humanos (Bogotá: Imprenta Nacional).

CORREA-MONTOYA, Lucas (2009): Panorama de la protección jurisprudencial a los derechos humanos de las personas con discapacidad en Colombia. (Bogotá: Universitas, No. 118, Ene. - Jun. 2009).

DEUTSCHLAND. Bundesverfassungsgericht. (2006). 20, 323, 331. Mainz.

DHANDA, Amita (2008): Constructing a new Human Rights lexicon: Convention on the Rights of Persons with Disabilities. Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos, 2008, vol. 5, no 8, p. 42-59.

DUSSAN, Carlos Parra. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: antecedentes y sus nuevos enfoques. International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional, 2010, vol. 8, no 16.

EL TIEMPO, (2016): Bogotá se enfrenta a complejo reto de la indigencia. <http://www.eltiempo.com/bogota/problemas-en-bogota-por-habitante-de-la-calle/16678893>

EL TIEMPO. <http://www.eltiempo.com/politica/justicia/victimas-que-garavito-no-confeso/16535290>.

ESTRADA SALTOS, Galo Marcelo (2014): El trastorno mental del infractor y su inimputabilidad en el derecho penal. 2014. <http://186.3.45.37/bitstream/123456789/2639/1/TUIAB047-2014.pdf>

FEDELE, Alfredo (1943): La inavaldita del negozio giuridico di diritto privato (Torino: G. Giappichelli Editore).

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan (1995): Derecho penal fundamental, (segunda edición, Bogotá: Editorial Temis s.a.).

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan (1994): Conceptos y límites del derecho penal, (segunda edición, Bogotá: Editorial Temis s.a.)

FERRARI, Vincenzo (2002): Acción Jurídica y Sistema Normativo. Introducción a la sociología del derecho. (Madrid: Dykinson).

- von FEUERBACH, Paul Johan Anselm Ritter (1989): Tratado de Derecho Penal: Comúnmente vigente en Alemania. (Buenos Aires: Hammurabi).
- FOUCAULT, Michel, (1993): Enfermedad mental y personalidad (Barcelona: Paidós).
- FOUCAULT, Michel (1976): Historia de la locura (segunda edición, México: Fondo de Cultura Económica).
- GIL, Amparo Sanjosé (2007): El primer tratado de derechos humanos del siglo XXI: la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Revista electrónica de estudios internacionales (REEDI), 2007, no 13.
- GOLDSCHMIDT, James. (1943). La Concepción Normativa de la Culpabilidad. (Buenos Aires: De Palma).
- GOÑI, Luis G. Bulit (2010): Los derechos de las personas con discapacidad: necesidad de una nueva mirada jurídico-política al Derecho argentino. Revista Síndrome de Down: Revista española de investigación e información sobre el Síndrome de Down, no 106, p. 105-111.
- GÓMEZ, Patricia Cuenca (2010): Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el Ordenamiento Jurídico Español. (España: Dykinson).
- GORDILLO CAÑAS, Antonio (1986): Capacidad, Incapacidad y estabilidad de los contratos. (Madrid: Editorial Tecnos).
- GROSSO, Giuseppe, (2011): Las obligaciones. Contenido y requisitos de la prestación. (Bogotá: Universidad Externado de Colombia).
- HABERMAS, Jürgen (2002): Acción Comunicativa y Razón sin Trascendencia. (Barcelona: Paidós).
- HEGEL, George Wilhelm Friedrich (1993): Fundamentos de la filosofía del derecho. (Madrid: Libertarias).
- HIRSCH, Hans Joachim (1996): La Posición de la Justificación y la Exculpabilidad en al Teoría del Delito, desde la perspectiva alemana. (Bogotá: Uniersidad Externado de Colombia).
- HUTTON, Christopher (2009): Meaning, Time and the Law: Ex Post and Ex Ante Perspectives. International Journal for the Semiotics of Law. Volme 22, Issue 3: pp. 279-292.

- JAKOBS, Gunter. (2003): Culpabilidad en el Derecho Penal: Dos cuestiones fundamntales. (Bogotá: Universidad Externado de Colombia).
- JESCHECK, Hans Heinrich. (05 de Enero de 2003). Evolución del Concepto Jurídico de Culpabilidad en Alemania y Austria. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 1-16.
- KANT, Immanuelle (1995). *La Metafísica de las Costumbres* (Bogotá: Rei Andes).
- KAUFMANN, Arthur (2000): *Derecho, Moral e Historicidad*. (Madrid: Marcial Pons).
- KEVELSON, Roberta (2011): *The Law as a System of Signs*.(New York: Editorial Springer).
- LEÓN HURTADO, Avelino (1952): *La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos*. (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile).
- von LISZT, Franz (1929). *Tratado de Derecho Penal*. (Madrid: Reus).
- LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo (1994): *El negocio jurídico*. (Lima: Editora Jurídica Grisley).
- LUHMANN, Niklas (2007). *La sociedad de la sociedad*. (México: Herder).
- LUHMANN, Niklas (2005): *El Derecho de la Sociedad*. (México: Editorial Herder).
- LUZÓN DOMINGO, Manuel (2004): *Tratado de la culpabilidad y de la culpa penal*. (Bogotá: *Revista de Derecho Penal*, No. 40. Dic. 2003- Ene. 2004).
- MEZGER, Edmundo (2006): *La imputabilidad*. (Bogotá: *Facetas Penales*, No. 55 -Jul./ Ago. 2006).
- MEZGER, Edmund. (1957). *Tratado de Derecho Penal*. (Madrid: *Revista de Derecho Privado*).
- MINKOWITZ, Tina (2010): *El Artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad-Consideraciones para su Implementación*. Available at SSRN 2037464.
- MORA, Maribel Narváez (2012): *El impacto de la neurociencia sobre el derecho: El caso de la responsabilidad subjetiva*. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, 2012, no 15, p. 195-230. http://www.antonioacasella.eu/dnlaw/Narvaez-Mora_2012.pdf.

MOYA VARGAS, Manuel Fernando (2009): Análisis jurídico del tratamiento penitenciario. <http://extension.upbbga.edu.co/inpec2009/Estudiosprimeraparte/areasdisciplinarias/DEREC HO.pdf>.

MOYA VARGAS, Manuel Fernando (2007): Los fallos penales por inasistencia alimentaria. Un desfase entre la ley y la práctica judicial: (Capítulo I, Bogotá: Universidad Santo Tomás).

MUÑOZ CONDE, Francisco (2013), Teoría General del Delito (Bogotá: Editorial Temis)

MUÑOZ CONDE, Francisco (1988): La imputabilidad desde el punto de vista médico y jurídico penal. (Bogotá: Revista de Derecho Penal y Criminología, Vol. 10, no. 35, May. - Ago. 1988).

NAVAS MACHO, Patricia, et al. (2012): Derechos de las personas con discapacidad intelectual: Implicaciones de la Convención de Naciones Unidas. Siglo Cero: Revista Española sobre Discapacidad Intelectual.

ONU (2006): Convención de 2006, sobre derechos de las personas con discapacidad

OSPINA RAMÍREZ, Mario Andrés (2010): Discapacidad y sociedad democrática (Bogotá: Revista Derecho del Estado, No. 24, Jul., 2010).

PADILLA-MUÑOZ, Andrea (2010): Discapacidad: contexto, concepto y modelos. (Bogotá: International Law: revista Colombiana de Derecho Internacional, No. 16, Ene. - Jun. 2010).

PALACIOS RIZZO, Agustina (2008): El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (Cermi).

PALACIOS RIZZO, Agustina; BARRIFFI, Francisco José (2014): La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

PARREÑO, María José Alonso; DE ARAOZ SÁNCHEZ-DOPICO, Inés (2011): El impacto de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en la legislación educativa española. CERMI.

PRATS, Jaime, (2014) ¿Enfermos mentales y presos para siempre? (Madrid: El País)

Consulado el 15/11/2016 a las 9:00 am., en http://sociedad.elpais.com/sociedad/2014/04/06/actualidad/1396816993_322595.html.



- RADBRUCH, Gustav. (1955). *Historia de la Criminalidad. Ensayo de una criminología histórica.* (Barcelona: Bosch).
- RAGUÉS I VALLES, Román (2002): *El dolo y su prueba en el proceso penal.* (Bogotá-Barcelona: Universidad Externado de Colombia y José María Bosch).
- REYES ALVARADO, Yesid (2005): *Imputación Objetiva.* (Bogotá: Editorial Temis).
- REYES ECHANDÍA, Alfonso (2000): *Derecho Penal* (Bogotá: Editorial Temis): pp.: 192.
- RODRÍGUEZ VÁSQUEZ, Julio Alberto; MORALES NAKANDAKARI, Pamela Midori (2016): *Penas para personas con discapacidad intelectual: un análisis basado en el modelo social de discapacidad.* <http://repositoriocdpd.net:8080/handle/123456789/1016>.
- ROXIN, Claus. (1981): *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal.* (Madrid: Reus).
- SCALISI, Vincenzo (1998): *Il Negozio Giuridico Tra Scienza e Diritto Positivo: Teoria, manifestazione-astrazione ineficacia.* (Milano: Dott A., Giuffrè Editore).
- SELMINI, Rossella (1998): *I Confini Della Responsabilità.* (Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane).
- STOLFI, Giuseppe (1959): *Teoría del Negocio Jurídico*, (trad. Santos Briz Jaime. Madrid: Revista de Derecho Privado. Monografías Fundamentales de Derecho Privado y Público. Vol. XXXIX).
- URRUELA MORA, Asier (2004): *Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica: la capacidad de culpabilidad penal a la luz de los modernos avances en psiquiatría y genética.* (Bilbao: Editorial Comares).
- VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando (2014) *Manual de derecho penal parte general*, (Bogotá: Editorial Andrés Morales).
- WEEZEL, Alex Van (2011): *Límites de la imputación penal: estudios 2000-2010.* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia).
- WELZEL, Hans. (Octubre-Noviembre de 2000): *La Culpabilidad.* *Revista de Derecho Penal*(21), 5-24.
- WELZEL, Hans (1997) *Derecho Penal Alemán. Parte general*, (11ª ed., 4ª ed. Castellana. Traductores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Santiago de Chile: Editorial jurídica de Chile).
- WENDELL, Susan. (2015): *The social construction of disability.*

WOLFGANG, Frisch (2004): Comportamiento típico e imputación del resultado. (Madrid : Marcial Pons).

ZACZYK, Rainer. (2010): Libertad, Derecho y Fundamentación de la Pena. (Bogotá: Universidad Externado de Colombia).

ZAFARONI, Raúl Eugenio (2002) Derecho Penal Parte General, (segunda edición, Buenos Aires: Editorial Sociedad Anónima Editora, Comercial Industrial y Financiera).

ZAFARONI, Raúl Eugenio (2002) Derecho Penal Parte General, (segunda edición, Buenos Aires: Editorial Sociedad Anónima Editora, Comercial Industrial y Financiera).

Se debe diligenciar la siguiente tabla de relación de productos y relacionar los anexos correspondientes:

Tipo de producto (Artículo, ponencia, evento, libro, capítulo de libro, etc.)	Nombre de producto (Indique título del artículo, ponencia, evento, libro, capítulo de libro, etc.)	Fecha de revisión, publicación o presentación (Indique fechas de publicación, revisión o presentación en evento del producto. Si aún no se tiene el producto final, indique la fecha de entrega)	Nombre de la revista/libro o evento en que se presenta el producto. (Si el producto no se ha finalizado indicar el medio en el que se proyecta la publicación o divulgación)	Modo de verificación (ISSN, ISBN, página web, etc. Si el producto no se ha finalizado, escribir “no se ha finalizado” en esta columna.)	Número de anexo (Incluya en los anexos, de manera ordenada el soporte escaneado que demuestre la existencia del producto o el envío a revisión –asigne un número a cada anexo y relaciónelo en esta columna. Si el producto no se ha finalizado, escribir “no se ha finalizado” en esta columna)
Artículo	El derecho penal frente a la Convención de 2006 sobre derechos de las personas con discapacidad	Agosto de 2017	Revista Chilena de Derecho	http://rchd.alerta.cl/index.php/RChD/author/submissionReview/993	Anexo 1
Tesis doctoral (se sustituye el libro, no obstante con los textos del artículo y el capítulo, se estudia la posibilidad	Justicia constitucional diferencial indígena. Una respuesta al estado de cosas inconstitucionales desde los planes de salvaguarda de las comunidades indígenas Emberá Chami y Aiwá	Enero de 2017	Repositorio Universidad Santo Tomás Bogotá	Acta de sustentación	Anexo 2



de producir un libro, pero cuando hayan sido publicado el artículo para evitar problemas de ineditud)	UNIPA y CAMAWARI de Nariño				
Capítulo de libro (este capítulo sustituye la ponencia, debido a que no se concretó la participación en un congreso internacional)	LA SEMIÓTICA DE LA JUSTICIA COMO MÉTODO APLICABLE AL ESTUDIO DE LA PAZ Y LA JUSTICIA	Octubre de 2017	Por definirse	El libro se encuentra en proceso de edición	Anexo 3

Horas nómina	Investigador	Número de horas asignadas	Escalafón
	MANUEL FERNANDO MOYA VARGAS	40	5
Otros rubros	Especifique el concepto	Describa el concepto	Valor del concepto ejecutado



ANEXO 1

The screenshot shows a web browser window with the URL `rchd.alerta.cl/index.php/RCHD/author/submissionReview/993`. The page is titled "#993 Revisión" and contains the following sections:

- Navigation:** "Resumen", "Revisión", "Edición".
- Envío:** A table with the following data:

Autores/as	MANUEL FERNANDO MOYA VARGAS
Título	EL DERECHO PENAL FRENTE A LA CONVENCIÓN DE 2006 SOBRE DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD
Sección	ESTUDIOS
Editor/a	Cristóbal García-Huidobro (Revisión) Constanza Richards
- Evaluación por pares:** "Ronda 1".

Versión de la revisión	9932017-2 RV-DCCX	2017-10-23
Iniciado		2017-10-23
Modificado por última vez		2017-10-23
Archivo cargado		Ninguno
- Decisión del editor/a:**

Decisión	—
Notificar al editor/a	<input type="checkbox"/> Registro de correo electrónico del editor/a o autor/a <input type="checkbox"/> Ningún comentario
Versión del editor/a	9932017-1 RV-DCCX 2017-10-23
Versión del autor/a	Ninguno
Subir versión de autor/a	<input type="text" value="Seleccionar archivo"/> <input type="text" value="Ningún archivo seleccionado"/> <input type="button" value="Cargar"/>

At the bottom of the page, there is a footer with the text "Pontificia Universidad Católica de Chile" and the email "mfoermerhd@uc.cl". The Windows taskbar at the bottom shows the date and time as "12:40 p.m. 30/10/2017".



ANEXO 2

PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO
DOCTORADO EN DERECHO
VOTACIÓN DEFENSA DE TESIS DOCTORAL EN DERECHO

Ciudad	Fecha	Lugar	Hora
Bogotá	Martes 31 de enero de 2017	Auditorio Menor, Edificio Doctor Angélico (Carrera 9 N° 72-90), Universidad Santo Tomás	9:00 a.m.

Candidato (a) **ÁLVARO HERNANDO RAMÍREZ MONTUFAR**
 Director de Tesis **Dr. MANUEL FERNANDO MOYA VARGAS**

Título de la tesis **"Justicia Constitucional Diferencial Indígena, una respuesta al Estado de cosas Inconstitucionales desde los planes de salvaguarda de las comunidades indígenas EMBERA, CHAMI y AWÁ organización UNIPA y CAMAWARI de Nariño"**

Criterios de evaluación (Art. 39 Reglamento General de Posgrado)	Descripción	Resultado
Cum Laude	Quando el investigador en su tesis doctoral hace aportes novedosos y originales a las ciencias jurídicas y demuestra sobresalientes conocimientos en el área de su investigación, evidencia un manejo excelente de la conceptualización, la metodología y de las técnicas empleadas en la investigación, y la disertación así lo amerita.	
Meritoria	Quando la tesis reúne condiciones notables en la investigación, aporte nuevos conocimientos, tratamientos innovadores y demuestre amplios conocimientos de las áreas examinadas.	X
Aprobada	Quando se considera que la tesis y la sustentación cumplen con los requisitos básicos exigidos por el programa de Doctorado en Derecho de la USTA para este tipo de trabajos.	
Aplazada	Quando la tesis presente vacíos o inconsistencias, tanto en su desarrollo como en la sustentación que sean susceptibles de ser corregidos. El estudiante podrá volver a sustentar la tesis doctoral después de dos (2) meses, tiempo durante el cual deberá incorporar las correcciones y modificaciones propuestas por los jurados. Si volviere a ser aplazado, se considerará para todos los efectos que la tesis ha sido rechazada.	
Rechazada	El estudiante podrá volver a sustentar la tesis doctoral después de dos (2) meses, tiempo durante el cual deberá incorporar las correcciones y modificaciones propuestas por los jurados. Si volviere a ser aplazado, se considerará para todos los efectos que la tesis ha sido rechazada y deberá acogerse a los dispuesto en el Reglamento Particular del Programa	

Firmas del Jurado:
 Dr. Rosember Ariza Santamaría

Alvaro Hernández Ramírez Montufar

ANEXO 3

LA SEMIÓTICA DE LA JUSTICIA COMO MÉTODO APLICABLE AL ESTUDIO DE LA PAZ Y LA JUSTICIA

Manuel Fernando Moya Vargas¹²⁷

Sumario

Introducción – I. La semiótica como método del derecho. – II. Semiótica de la Justicia. – III. Paz y justicia desde la perspectiva de la semiótica de la justicia. – IV. De lo que podría ser un estudio basado en la semiótica de la justicia sobre la situación Colombiana. -Conclusiones

Abstract

The more complex method of law is the semiotics of justice. Fundamentally is a scientific process that allows access to the sense that in justice builds and shares a given society, and based on which the revaluation process which operate on legal institutions are produced. Regarding legal aspects, peace and justice can be analyzed from the perspective of hermeneutics and dogmatic, but semiotics which investigates the social representations, by which are built. This method addresses the communication processes that are set on peace and justice, to establish legal feasibility conditions for a mutation as it aims to complete the internal armed conflict in Colombia. Through this process of observing the constituent elements of social meaning are identified, the difficulties are anticipated and favorable solutions to genuine progress towards sustainable peace are built.

Resumen

El método más complejo del derecho es la *semiótica de la justicia*. Fundamentalmente es un proceso científico que permite acceder al sentido que en

¹²⁷ Abogado, Doctor en sociología jurídica e instituciones políticas. Su tesis posdoctoral es el primer modelo teórico completo para una teoría del método semiótico de la justicia. Ha sido investigador docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, durante los últimos veinte años. Y es co-creador del posdoctorado en Justicia Constitucional Para una Paz Sostenible.

materia de justicia construye y comparte una sociedad determinada, y con base en el cual se producen los procesos de transvaloración que se operan sobre las instituciones jurídicas. Respecto de sus aspectos jurídicos, la paz y la justicia pueden analizarse desde la perspectiva de la hermenéutica y de la dogmática, pero es la semiótica la que indaga por las representaciones sociales, mediante las cuales se construyen. Este método se dirige a los procesos comunicativos que se establecen en materia de paz y de justicia, para establecer las condiciones de viabilidad jurídica para una mutación como la que se propone concluir el conflicto armado interno que vive Colombia. Mediante dicho proceso de observación se identifican los elementos constitutivos del sentido social, se anticipan las dificultades y, se construyen las soluciones favorables a una auténtica progresión hacia una paz sostenible.

Palabras clave

Justicia, Paz, Semiótica de la justicia.

Key words

Justice, Pace, Semiotics of Law



INTRODUCCIÓN

Al momento de producirse esta investigación Colombia se encuentra en medio de un proceso de negociación entre el gobierno y, el que se estima el grupo insurgente más poderoso, en curso a concluir el conflicto armado y, dar paso a un estado de paz. A ello se lo designó, *proceso de paz* (Collins, 1999, Págs. 27-57).

Teniendo en cuenta no sólo que se trata de concluir un conflicto de más de once lustros, sino el que históricamente a nivel mundial ha generado el mayor número de víctimas –muchas más incluso que las dejadas por la segunda guerra mundial, y que ha adquirido una de las peores connotaciones de violación sistemática a los DDHH, se ha suscitado entorno a él una muy particular expectativa universal (Ferrajoli, 2001, Págs. 1-33. Jori, 2001, Págs. 41-69. Zolo, 2001, Págs. 71-96).

Desde luego han sido muchos los partidarios de este llamado *proceso de paz*, cuantos críticos y escépticos de los resultados.

En tanto fenómeno social no sólo interesa al mundo en general, sino también y muy especialmente a las ciencias humanas y sociales, por las características indicadas que, además de ser el conflicto interno más complejo hasta ahora conocido, ha evidenciado su potencial contaminación hacia otros Estados y sociedades, como por ejemplo al nutrirse de los recursos financieros procedentes del narcotráfico y, proveerse mediante el tráfico de armas internacional (van Schooten, 2004, Págs. 169-183). Pero también por las muy particulares características que describe la sociedad colombiana, una de las más difíciles de analizar desde el punto de vista sociológico.

Sin ubicarse en ninguno de los dos extremos respecto del *proceso de paz*, la Academia tiene que involucrarse haciendo lo que le corresponde, es decir, aportando desde la perspectiva de la ciencia, en el empeño social de alcanzar –sea por este o por otro proceso, un estado de convivencia pacífica en donde predomine la justicia como factor disuasorio de la violencia (Werner, 2001, Págs. 345-366).

Ahora bien, desde la ciencia hay muchos saberes vinculados al estudio del fenómeno en cuestión. Uno, y sólo uno pero absolutamente necesario, es el del derecho.



Partiendo de la realidad conforme con la cual el derecho a este respecto, no sólo debe ocuparse de reformas constitucionales y/o legales, es preciso indagar de qué método debe valerse para que su participación sea lo más pertinente y apreciable. Se halla que el fenómeno jurídico en la historia del derecho puede abordarse con base en tres métodos distintos, comúnmente conocidos como *hermenéutica*, *dogmática* y *semiótica*. Este último se caracteriza por su acentuada complejidad, amén de su aptitud para indagar acerca de lo jurídico-social, y estimando que la paz y la justicia son fenómenos jurídico-sociales de una muy particular complejidad, resulta ser el más propicio para indagar acerca de las condiciones estimables como esenciales para la convivencia pacífica.

Colombia no es un país demasiado familiarizado con la semiótica aplicada al derecho.

Contrariamente, en Norteamérica y Europa la semiótica de la justicia ha adquirido un estatus considerable (Morgan, 2013, Págs. 707-709. Robertson, 2010, Págs. 145-164. Mootz III, 2009, Págs. 11-22), precisamente por el nivel de complejidad que es capaz de afrontar, y porque hace aportes verdaderamente útiles tanto para la comprensión del fenómeno jurídico, como para el diagnóstico, la anticipación y la solución de situaciones problemáticas (Wagner, 2010, Págs. 77-82).

La ventaja de la semiótica de la justicia radica en que puede considerar aspectos esenciales del fenómeno jurídico, que en cambio escapan fácilmente a la comprensión de la hermenéutica y la dogmática, tales como el entorno jurídico, o el sentido social de la justicia.

Al efecto se presenta una breve descripción de la semiótica de la justicia, y que evidencia no sólo la importancia del aporte del derecho, sino la que puede y debe hacer con base en la semiótica de la justicia.

I. La semiótica como método del derecho

Bastante conocida es la disputa por la naturaleza del derecho. Algunos persisten en que no puede ser una ciencia, pues ninguna alcanzaría tal rango sin la más



completa precisión de su estatuto científico (Bernelin, 2014, Págs. 549-556). Y precisamente adolecería el derecho de esa determinación o acuerdo, pues incluso entre expertos –juristas, no existe consenso; algunos señalan la justicia, otros la norma, no faltan quienes invocan la conducta humana, o las interacciones sociales de contenido jurídico (Brunet, 2013, Págs. 767-782).

Entre los técnicos hay críticas cruciales, pues todos se señalan impropiedades al supuesto estatuto científico del derecho.

Por lo mismo hay quien reflejando una particular sintagmática de la definición de Celso –*ius est ars boni et aequi*, manifiesta que ciertamente no se trata de una ciencia sino de un arte excelso. Y en tanto arte no se lo puede inquietar con las indagaciones epistemológicas de la ciencia, sino que debe dar cuenta frente a las demandas de la estética.

Pero al consultar la historiografía del derecho hay un punto central y no cuestionado, relacionado directamente con el método del derecho –lo cual no riñe con la concepción estética que de él pueda hacerse. Y ha sido el punto de inflexión para todos los críticos de la científicidad del saber jurídico, por cuanto –como ha sucedido con muchas otras ciencias, de cara al método es incuestionable el basamento científico en que se asienta, anexo a un modelo teórico de respaldo (Morin, 2010).

Para una mejor exposición debemos precisar que por *método* se entiende un proceso regulado, dispuesto mediante un complejo de operaciones constitucionales, legitimadas por la comunidad científica, y en las cuales la sociedad descansa su confianza en la científicidad de los resultados fruto de su aplicación al objeto de análisis, con base en el cual se produce conocimiento con respecto a él.

Por suerte que un importante sector de la ciencia y, más precisamente, de la epistemología de la ciencia, concluyó que lo científico de un saber depende más del método que del objeto, entre otros porque las distintas ciencias no son sino perspectivas o aspectos del mismo objeto que, en últimas es el hombre y su medio. En consecuencia, nada hace extrañar que se haya querido rescatar la científicidad del derecho acudiendo a su método.



En efecto, desde la que ha sido señalada como la primera expresión integrada de un sistema normativo -es decir el llamado *derecho romano*, se han conocido tres métodos jurídicos, debiendo advertir anticipadamente que ello no implica -en manera alguna, la existencia de una progresión evolutiva de tres instantes sucesivos, sino por el contrario, la coexistencia de tres formas de referir el fenómeno jurídico.

Y también debemos anticipar que no porque haya habido tres métodos, surja inconsistencia científica, pues suele ocurrir que las ciencias dispongan de varios métodos. Ello depende más del nivel de complejidad que se precise, y de otros factores externos como por ejemplo, los costos de la aplicación.

Un método es el hermenéutico (Souriaux, 2013, Págs. 761-765. Camy, 2010, Págs. 355-359). El otro, el dogmático (Ost, 1993, Págs. 227-247. Rabault, 2008, Págs. 175-183). Y por último señalamos el semiótico (Kevelson, 2011. Kevelson, 1998. Kevelson, 1996. Kevelson, 1987. Kevelson, 1977).

Pues bien, el primero, de muy vieja data, se caracteriza porque asume el fenómeno jurídico como algo existente, cuyo sentido debe ser precisado, justamente a través de la hermenéutica jurídica. Se caracteriza porque sirve a la búsqueda del sentido del derecho en sus propias manifestaciones, esto es en textos como la ley, la doctrina, la costumbre, la jurisprudencia, etc. (Moya, 2013).

Tenemos razones para porfiar que los más grandes hermeneutas del derecho fueron los más grandes juristas romanos, es decir, aquellos vinculados con el llamado Tribunal de los Difuntos (Álvarez, 1979). Sus ejercicios fueron propiamente interpretativos respecto de lo que decían las distintas manifestaciones del fenómeno jurídico, en especial la Ley de las Doce Tablas. Muy apropiado por cierto para identificar el significado de la ley, así también de actos jurídicos como los contratos (Pugliese, 1985).

Hijos de la hermenéutica son el llamado método exegético, histórico, contextual, etc., todos dispuestos a la identificación del significado de la institución jurídica que en particular se esté interpretando.



La hermenéutica, como se sabe, adquirió un desarrollo importante durante la Edad Media y, de hecho, se hallan importantes trabajos entre los pandectistas e interpolacionistas. Pero sucedió también que al parecer sin proponérselo, la hermenéutica fue llevada hasta sus propias fronteras mediante la inclusión de la doctrina de Aristóteles, entre los trabajos más eruditos que adquirieron esta dirección se halla sin duda la *Summa Theológica*. Y con esta dirección adquirida se fue surcando el terreno propicio a la dogmática.

Ciertamente, con la obra de Kant –en concreto la *Metafísica de las Costumbres*, apareció no sólo el primer ejercicio dogmático del derecho, sino toda una escuela dogmática del derecho, originaria de esa construcción que hoy podemos englobar en la responsabilidad subjetiva ((2)Moya, 2012).

Precisamente la obra del filósofo alemán, de base eminentemente romanística, aplicó un método del derecho consistente en interpretar las distintas instituciones jurídicas existentes, valiéndose de su ubicación sistémica, y por relación con la concepción deóntico-jurídica. (...) *Por tanto, el derecho es el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede conciliarse con el arbitrio de otro según una ley universal de la libertad (...)* por consiguiente, (...) *Una acción es conforme a derecho cuando permite, o cuya máxima permite a la libertad del arbitrio de cada uno coexistir con la libertad de todos según una ley universal (...)* (Kant, 1995, Pág. 39).

De donde Kant identificó los llamados *imperativos categóricos* del derecho, y fundamentó un modelo de interpretación en relación con ellos.

(...) *La ley que nos obliga a priori e incondicionadamente según nuestra propia razón, puede también expresarse como procediendo de la voluntad de un legislador supremo, es decir, de un legislador que sólo tiene derechos y ningún deber (por lo tanto, una voluntad divina; pero esto sólo supone la idea de un ser moral, cuya voluntad es ley para todos, sin pensarlo, sin embargo, como autor de la ley (...)* (Kant, 1995, Pág. 35).

Su primera incursión se orientó a sistematizar la ubicación de las distintas expresiones derecho, según fuese su lugar en lo público o en lo privado. Y



encumbró el conocimiento y la voluntad como los criterios diferenciadores de la responsabilidad, por suerte que quien sabe y quiere es máximamente responsable. (...) *un acto contrario al deber se llama transgresión (reatus) (...) Una transgresión no intencionada que, sin embargo, puede imputarse, se llama simple culpa (culpa). Una intencionada (es decir, la que está ligada a la conciencia de ser una transgresión) se llama delito (dolus) (...)* (Kant, 1995, Pág. 30).

Poco después se conoció la obra de Hegel en donde formuló una concepción igualmente dogmática, pero fundamentalmente distinta. Según ésta, el derecho es una obra humana que tiene su propia lógica. En tanto creación el derecho vale en sí, socialmente se hace y socialmente se interpreta, a partir de las fórmulas que él mismo diseñó, por suerte que todo perjuicio es creación del derecho. ((1)Moya, 2012)

(...) debe ser eliminado no como la producción de un perjuicio, sino como lesión del derecho en cuanto derecho. Esta existencia es el verdadero perjuicio que hay que hacer desaparecer, y determinar dónde se encuentra es el punto esencial (...) (Hegel, 1999, Pág. 186).

La fórmula de la responsabilidad es de lógica estructural e inmanente, -no por trascendencia metafísica como en Kant, pues si el derecho sirve a la afirmación social de las individualidades, la negación de derechos es la negación de los individuos, y la única forma de reafirmarlos es negando a quien no se atuvo al canon jurídico.

En síntesis, si se niega una negación se obtiene una afirmación –jurídica desde luego.

La dogmática siguió su curso y adquirió mayor complejidad durante el Siglo XX, inicialmente cuando se propició el estructuralismo normativo con sus dos principales expositores, Rädbruch y Kelsen. Posteriormente con el movimiento ideológico que constitucionalizó el derecho.

Pero con la dogmática sucedió algo similar a lo que ocurrió con la hermenéutica. Sin embargo, para la década de los ochenta, y previos algunos coqueteos con las



teorías funcional-estructuralistas de la sociología, adquirió ímpetu otro método latente del derecho, precisamente se trataba de la *semiótica de la justicia*.

Su cometido es buscar el sentido del derecho a través de los procesos comunicativos dispuestos en uso de los sistemas de signos jurídicos (Fabbri, 1995). A diferencia de la hermenéutica, la semiótica no busca *descubrir* el sentido del derecho en los textos, sino que indaga acerca de cómo es que la sociedad lo crea. Y se pregunta por el encuentro del sentido de los textos con el sentido social de justicia (Ricoeur, 1990, Págs. 115-132).

Mientras que la dogmática busca el sentido del derecho en el sistema jurídico, como un proceso propio de dicho sistema, la semiótica de la justicia se dispone a hallar ese vórtice que identifica como *justicia*, descrito como un *encuentro* entre el sentido de las instituciones, el sistema normativo, y las representaciones sociales de justicia (Sherwin, 1995, Págs. 299-326). Pero el sujeto protagonista es la sociedad – comunidad de hablantes de, pues ella es capaz siempre de transvalorar las instituciones, para hacer de ellas sus propias instituciones.

Así, la semiótica de la justicia se pregunta cómo es que la sociedad hace algo con las instituciones jurídicas, para construir su propio sentido de la justicia.

II. Semiótica de la Justicia

Pareciera que la semiótica es el método más complejo del derecho en tanto emergió después de la hermenéutica y la dogmática, esto es, cuando evidenciaron sus límites operativos. O, por decirlo de forma más sencilla, cuando evidenciaron sus limitaciones para resolver problemas jurídicos. Pero no creemos que sea así, como tampoco que la dogmática haya surgido por deficiencias históricamente manifiestas de la hermenéutica.

Al parecer los tres métodos han coexistido desde siempre. Pero en tanto había evidencia de construcciones metodológicas de la hermenéutica –demás está ahora recordar a Sócrates, hubo que esperar a Kant y a Hegel para que las hubiera acerca

de la dogmática, fue a partir de ellas que se supo cómo aplicar el método dogmático -con certeza, al derecho.

Los orígenes de la semiótica están vinculados a los filósofos griegos, de hecho se asume que son pre-platónicos (Cobley, 2009). Así que sería completamente ingenuo creer que la semiótica de la justicia es un fenómeno del Siglo XX. Pero es hijo de este periodo el hecho de precisar su método. Por eso ahora lo tenemos más claro, tanto como de su precisión, cuanto de su exacerbada complejidad.

Pareciera una inquietud inevitable establecer cuándo es más propicio aplicar el método de la semiótica, antes que la hermenéutica o la dogmática. Y en respuesta señalamos que depende de la naturaleza del fenómeno observable, o del nivel de complejidad al que quiera llegarse.

Hay fenómenos jurídicos que en sí mismo no se prestan sino al método de la semiótica. Son precisamente aquellos de preferente construcción social, como por ejemplo los llamados valores constitucionales. Son de este tipo la paz, la justicia o la concordia, refractarios al método hermenéutico, porque originalmente no son objeto de definición legal, y difícilmente doctrinal.

Ubicarlos contextualmente en un sistema jurídico, es una labor dogmática, pero la dogmática nunca dice qué son. Por ejemplo, la dogmática puede señalar la justicia como un valor o como un principio, así como identificar los efectos de ser lo uno o ser lo otro, pero no da cuenta de lo que una sociedad entiende por justicia, y en busca de su realización lo que está dispuesta hacer y a tolerar, o lo que está dispuesta a transformar.

Y cuando la dogmática dice lo que algo como la justicia es, se desata precisamente lo que tanto se le ha cuestionado, y es pretender que como piensan los dogmáticos es lo que todos los demás deben pensar.

En cambio de este tipo de aspectos sí puede dar cuenta la *semiótica de la justicia*, pero a diferencia de la dogmática, va en busca de las creencias sociales en punto a la justicia, sin cuestionar lo que halle.



Por otra parte, si se toma una norma -por ejemplo, es perfectamente posible hacer ejercicios hermenéuticos, como identificar lo que quiso decir el legislador, y cómo se procede a la adecuación histórica.

Así mismo de la norma pueden hacerse análisis que permitan establecer su ubicación sistémica, por ejemplo, en qué desafía al modelo constitucional dentro del cual se incorpora.

Pero si de la misma norma lo que se busca es establecer los límites de extensionalidad significativa, es decir hasta dónde puede llegar su cobertura semántica; y si tiene posibilidades de aplicabilidad en una sociedad que piensa la justicia de cierta forma, es inevitable concurrir con el método de la semiótica.

Es así por cuanto la semiótica no se contrae a los textos ni a los sistemas jurídicos. Los considera ciertamente, pero los trasciende, justamente porque si su razón de ser trascendente es la justicia, un estudio completo tendrá invariablemente que indagar por lo que una sociedad hace de los textos y sistemas jurídicos, para construir su sentido del derecho, mejor aún, su sentido de la justicia, del cual no sólo participan los textos y sistemas jurídicos.

En efecto, el fenómeno de la transvaloración de las instituciones jurídicas lo evidencia. Es así que una sociedad no acepta nuda y simplemente la incorporación de una institución jurídica sino que *hace algo con* ella, y ese algo consiste en hacerla propia, es decir, aquello que la sociedad hace de una institución. Y que pesa más sus propias representaciones que la naturaleza de la institución, lo evidencian múltiples ejemplos, así si se compara la manera cómo funciona el llamado modelo acusatorio adversarial, en países latinoamericanos, se advertirá una gran diferencia respecto de la forma como esos mismos modelos son operados en Norteamérica, que a su vez no es igual a como funcionan en Europa (Dravers, 2002, Págs. 293-311). Y más todavía, es distinto como se usa internacionalmente.

La institución es la misma, pero lo que las sociedades hacen de ellas no necesariamente, qué tanto varíe depende de lo divergentes o convergentes que resulten sus creencias sociales sobre lo que es la justicia.



Concluimos este aparte aclarando que hemos optado por la designación *semiótica de la justicia*, no en el ánimo de contribuir a la teoría de la justicia, sino debido a la impropiedad de recurrir a la idea de una *semiótica jurídica* o una *semiótica del derecho*.

Esas dos últimas designaciones son muy convenientes a ciertas propuestas sociológicas, como la teoría de los campos, en los términos de Pierre Bourdieu (Bourdieu y Teubner, 2000). Precisamente esta teoría asume el campo jurídico como exclusivo y excluyente, de y para los técnicos del derecho, es decir, los abogados. Pero la justicia es un asunto social, y que las contribuciones de los técnicos sean importantes, nada cuestionan que la justicia siga siendo patrimonio de la sociedad.

Y si la justicia es socialmente construida en uso de los sistemas de signos jurídicos, la semiótica como método del derecho no se contrae a la labor de los abogados, sino que tiene en gran estima el aporte social.

La expresión semiótica de la justicia, a diferencia de semiótica del derecho o semiótica jurídica, es más afín en cuanto sugiere claramente la consideración que le merece la justicia en sentido social, como un sentido que se construye y comparte socialmente.

III. Paz y justicia desde la perspectiva de la semiótica de la justicia

Como dijimos, los ejercicios hermenéuticos respecto de la paz y la justicia, son importantes y más que ello, necesarios. Pero tienen limitaciones, pues si bien – pensando en el caso de Colombia, el artículo 95 constitucional se ofrece a tal opción, de cara a un proceso de mutación social, surgen inquietudes que desbordan las opciones de la hermenéutica y la dogmática.

La hermenéutica dará luces importantes respecto del sentido de la norma constitucional. Así como la dogmática puede decir algo más acerca de su sentido sistémico conforme a un modelo auto designado social, democrático y de derecho.



Posiblemente se arriesgue a indicar lo que deberían significar la justicia y la paz en dicho contexto, y qué tan compatibles o incompatibles serían frente a un proceso de paz (Vitale, 2001, Págs. 97-106).

Seguramente la dogmática haría el favor de señalar el camino en cuanto a las reformas que deban hacerse en términos constitucionales y legales. Más aún, con apoyo en la hermenéutica, se puede precisar lo que deberían significar estrictamente de ahora en adelante la justicia y la paz.

Pero lo que no podría respondernos la hermenéutica ni la dogmática son inquietudes como las siguientes (Brdar, 2002, Págs. 185-201):

- a. ¿Cuál es el sentido que comparte la sociedad colombiana acerca del significado de la paz y la justicia? Es correspondiente con alguna de las construcciones teóricas existentes?
- b. ¿Qué tanto tiene que ver ese sentido con el texto constitucional que consagró la paz y la justicia como valores constitucionales?
- c. ¿Qué ha hecho la sociedad colombiana del modelo constitucional social, democrático y de derecho?
- d. ¿Cuáles son los contrasentidos practicados por nuestra sociedad en materia de paz y de justicia?
- e. ¿Cómo debe ser un proceso de cesación del conflicto, de reinserción social y de reconciliación, para que responda al sentido social que se comparte en materia de paz y de justicia?
- f. ¿El proceso que está sucediendo y la forma como está sucediendo responde a la expectativa social y, sirve a integrarse con el sentido social de paz y justicia?

Demás está observar que estas son inquietudes cuyo calibre de complejidad sólo puede ser atendido por la semiótica de la justicia. Pero naturalmente urge al investigador la pregunta, cómo se haría una investigación de esta naturaleza.

En respuesta, la semiótica de la justicia señala que debe diseñarse un modelo de observación de los procesos comunicativos existentes en materia de paz y de justicia.

Por un modelo de observación se entiende un laboratorio dispuesto a la identificación de las condiciones de entorno favorables a la paz y la justicia. A su turno, por tales condiciones de entorno se entiende, el conjunto de capacidades antepredicativas que hacen posibles los estados intencionales de las funciones sociales diseñadas y que responden a los signos: *paz y justicia*. Ciertamente, la paz y la justicia son representaciones sociales, que cumplen funciones sígnicas, en el empeño de responder a ciertas *formas de ser social* (Schopenhauer, 2009). Funciones que se cumplen bajo ciertas circunstancias que, en tanto no son iguales para toda sociedad, habrá que indagar cuáles son para una sociedad en concreto (Wouter, 2001, Págs. 327-328).

Por ejemplo, si se trata de una sociedad que ha tipificado la importancia de transmitir a los niños la importancia de saber defenderse de los demás, haciéndolos ver como enemigos, las condiciones de trasfondo no pueden ser iguales a las de una sociedad que promueve que los niños acudan invariablemente frente a una agresión, a un diálogo con el agresor (Stanley, 1998, Págs. 155-179).

Así mismo, una sociedad que encumbra la importancia de clasificar a las personas entre débiles y fuertes, donde aquéllos tienen el privilegio de poder exigir la protección de “superhéroes”, suscita unas condiciones de trasfondo muy distintas a las de una sociedad que no clasifica a las personas con ese tipo de criterio, o que no promueve las defensas ad hoc.

Una sociedad que encumbra la comunicación auténtica como forma de ser social, dispone de condiciones de trasfondo totalmente paralelas a otra que consciente o inconscientemente promueve la negación del otro como forma de vida.

Estas son las condiciones cuya identificación resulta más escurridiza, precisamente por ser antepredicativas; es decir, estimadas “naturales”, lo cual trae el inconveniente que al asumirse por la sociedad que son así porque no pueden ser de otra forma, suelen ser ocultas a la conciencia. Pero la semiótica de la justicia se



ocupa naturalmente de ellas, como la medicina de los órganos más fundamentales cuyo silencio fuerza aguzar el oído del médico.

Desde luego el laboratorio no se agota en este aspecto, pese a ser el más importante, sino que también procede a la identificación y descripción de la comunidad de hablantes que se ocupa –en este caso concreto, de la paz y la justicia desde distintos escenarios.

Naturalmente se dirige así mismo a la identificación, descripción y análisis de los procesos de comunicación involucrados, que son precisamente el lugar donde se construye y se transmite el sentido por el cual se desata la búsqueda; la precisión del sentido y las representaciones sociales sobre paz y justicia.

Esos procesos son diferenciales. Al respecto vale aclarar que no sólo el gobierno habla de paz y justicia, también lo hacen como legítimos interlocutores la academia, el Estado, instituciones como la iglesia, los medios de comunicación, los expertos y los legos ([Alberts, 2004, Págs. 245-257](#)).

Entonces el método de la semiótica de la justicia indica que la observación de los procesos comunicativos en materia de paz y de justicia se orientan a establecer aspectos de base, tales como si todos los hablantes hablan de lo mismo, cuáles son los puntos de convergencia y cuáles los de divergencia.

Así mismo, la observación está orientada a indicar cuáles son los sistemas sígnicos utilizados y, muy particularmente, cuáles son los códigos empleados; es decir, cuáles son las significaciones que en materia de paz y de justicia se emplean. Por suerte que deberán indicar si cuando el gobierno habla de paz, refiere nada más que no siga habiendo personas muertas violentamente en combates declarados entre grupos oficiales e ilegales, o le inquietan aspectos tales como la transformación económica, educativa, la movilidad social, etc.

Por otra parte, la observación tiene por vocación identificar aspectos tales como, si cuando las personas del común piensan la paz la asocian con un Estado fuerte que haga innecesario el recurso a la violencia ilegal, o para ellos paz y justicia son sinónimo de tener fuentes de trabajo estables y ser un ejercicio con la misma consideración se encuentra en servicios públicos satisfactoriamente prestados.



Cómo se vinculan ellos mismos, es decir los hablantes, con el fenómeno de la paz y la justicia, si experimentan que es algo que poco o no mucho los exige, o por el contrario, si creen deber prepararse para algo nuevo.

Sobre estos presupuestos y otros más podrá identificarse el sentido social, o los sentidos si es que la pluralidad y multiculturalidad, así lo señalan ([Staat](#), 1996, Págs. 139-172. [Calvo](#), 2000, Págs. 407-432). Y sólo sobre esta base, proceder a la precisión del tipo de contenidos normativos que se precisan para garantizar la sostenibilidad de los resultados.

IV. De lo que podría ser un estudio basado en la semiótica de la justicia sobre la situación Colombiana

Como puede apreciarse la semiótica de la justicia es un método complejo apropiado a observar fenómenos de alta complejidad, del tipo correspondiente a preguntas como si paz y justicia significan dejar de asesinar o, si ello es más bien su efecto. Precisamente, es así porque la semiótica de la justicia se dirige a donde ningún otro saber lo hace, inicialmente hacia las condiciones de entorno o trasfondo que hacen posibles y viables las representaciones sociales de paz y de justicia, construidas por una sociedad como la nuestra.

Es por ello que el semiotista no puede permitirse banalidades como creer que investigar es construir estados del arte acerca de un tema, para proceder a continuación a hacer encuestas o comparaciones que le permitan profetizar un cierto resultado.

Por supuesto que hará estados del arte, análisis, comparaciones, etc., pero pesa más el tener que preguntarse quiénes son los que hablan, dónde lo hacen, cuándo hablan, de qué hablan, y qué se hace con lo que se habla. No asume el fenómeno observado como una definición –claro ello no riñe con que tenga que estudiar aquellos signos tan recurridos por el derecho como son los conceptos, sino como una representación, es decir, una creencia socialmente construida y compartida. Así que habrá de vérselas en este particular caso con lo que significa para la sociedad

colombiana la paz y la justicia. Tendrá que estar dispuesto a hallar que de pronto no sea lo que se ha venido asumiendo, sino algo muy distinto, quizás algo que no produzca sino perplejidad.

Seguramente el semiotista se encontrará con que la sociedad colombiana es muy extraña, que es contradictoria y disímil, que hay delincuentes que piden a Dios certeza en la puntería al momento de *sicariar*; que en lo que más confía es en su desconfianza; que se insulta con su propio gentilicio; que vitorea en favor de la paz al tiempo que cerca del ochenta por ciento de sus asesinatos ocurren fuera del conflicto armado; que puede perdonar los asesinatos de sus artistas, pero al ladrón que sorprende en la calle es capaz de propinarle el castigo más salvaje; que es donde más se violan los DDHH y al tiempo practica la más asombrosa y espontánea resiliencia (Valier, 2004, Págs. 199-210); que nada la conmueve tanto como la madre que llora al hijo muerto y al tiempo el día que más muertes violentas ocurre es el día de la madre.

Al semiotista esto no deja de sorprenderlo pero no se da a la tarea de cuestionarlo, y sobre todo lo asume como rastro del sentido que le interesa establecer.

No va enneguercerse con que el proceso de paz es sobre todo un problema de entrega de armas, indultos, impunidad o cese al fuego. Ante todo se preguntará qué entiende la sociedad por paz y por justicia, y qué contingencias de transvaloración tiene una propuesta como la del gobierno de turno.

El semiotista indudablemente estima la cultura como clave antropológica, y en razón de ella considerará las significaciones de paz y justicia de la sociedad colombiana, entendiendo que no se trata tanto de prácticas reiteradas o costumbres, sino más bien de representaciones, de sentido compartido, en fin de las creencias que dan vida a la realidad que vive la sociedad colombiana.

Por ejemplo, el semiotista se va a encontrar con que nuestra sociedad practica desde sus inicios coloniales algo que ella misma llamó *patria boba*. Originalmente descrita como una guerra fratricida a continuación de la liberación de la servidumbre española, prestándose a procesos de reconquista y situaciones peores que las superadas. Va a hallar poco más o menos que la sociedad se unió contra el enemigo



común, para una vez derrotado convertirse ella misma en su propio enemigo, peor, mucho peor que el anterior.

Pero al verificar los rasgos de trasfondo seguramente va a ver que el *patribobismo*, no fue sino el origen de una historia perpetuada hasta hoy, que no se agota en la política y el gobierno, pues se la tropieza en la función pública tanto como en la privada. Así lo evidencia cuando se destruye la obra o la vida de alguien más, para supuestamente construir o mantener algo mejor, como si las ruinas fuesen la cimiento. Aquello conocido como *matoneo*, seguramente el semiotista lo va a encontrar en las escuelas, pero también en las instituciones públicas, en las empresas privadas, en las familias, en las prácticas políticas, en las búsquedas de empleo, etc.

Y que la corrupción y el propio conflicto no son sino las actuales modalidades de *patribobismo*, más escandalosas pero no las únicas.

Pero quizás el semiotista encuentre que ese *patribobismo* es fruto de la creencia de que el colombiano es ladrón, es corrupto, es aprovechado, en fin es “de lo peor”, y en consecuencia viviendo entre seres así todos sienten la necesidad urgente de defenderse, y como se trata de defenderse de todos -al menos de la mayoría, con tantos enemigos la respuesta violenta sea la más inmediata.

Entonces es posible que concluya: esa creencia es todo lo que hay que cambiar. Si no hay de quién desconfiar no hay desconfianza, y por consiguiente tal vez esta sea una sociedad cuyo trasfondo o entorno, le indique un cambio en el aprecio del otro y de sí mismo.

Al mismo tiempo advertirá que si se persiste en el *patribobismo* tal y como se ha venido practicando, talvez el conflicto se acabe pero sobrevenga algo peor que la guerrilla, los paramilitares, las bandas criminales, los narcotraficantes, etc. Y podrá advertírselo a la sociedad.

Así mismo el semiotista puede hallar que las sociedad tiene unas representaciones de lo que es ser exitoso, basado en alcanzar condiciones que le permitan proceder legal o ilegalmente al amparo de la impunidad que su condición le prodiga, sea ella



el dinero, el prestigio, la fama, la inteligencia, la belleza, un poco de todo, o cualquier otra cosa.

Esto le inquietará en el sentido de que un pablo escobar (deliberadamente está escrito en minúscula), no pudo ser posible sino en una sociedad que tiene ese tipo de representación.

Entonces tal vez proponga ante todo cambiar las representaciones, y la forma de propiciarlo.

El semiotista sentirá el llamado de las prácticas de negación que oficia la sociedad. Es decir, todas aquellas “anticomunicaciones”, las mismas que impiden a otro ser él, como por ejemplo la más contundente, consistente en matarlo, por ser muy efectiva para silenciar, para impedir o concluir un diálogo.

Pero quizás se encuentre con que es una sociedad en cuyas condiciones de trasfondo no se guste demasiado de la negación, pero se la promueve a partir de las formas de negación menos escandalosas, que no por menos escandalosas son menos terribles en cuanto a sus efectos, y que van desde hacerse justicia por mano propia hasta no escuchar por importante que sea, lo que otro tiene para decir.

Seguramente verá cómo la negación puede venir acompañada de impunidad, puesto que suele ser fruto de ventajas mezquinamente aprovechadas como la fuerza, la riqueza, la inteligencia, la intimidación, la astucia o, el poder, que bien pueden servir a la evasión de los cauces legales.

Tal vez halle en ese mismo trasfondo que se aprecia el autoafirmarse como un derecho inalienable, pero no se cuide la sociedad de la autoafirmación basada en la negación, y sea allí donde se desate toda suerte de pasiones que normalmente se resuelven en una violencia peor.

Entonces el semiotista puede traer fórmulas como adecuar las mismas representaciones, tomando lo positivo de ellas, y alterando lo negativo.

O quizás encuentre que todo se trata de llevar a la conciencia social el verdadero origen de la violencia, es decir que la negación no es un arma exclusiva de los más grandes criminales, ni de los más poderosos, y que de hecho la más peligrosa es la más silenciosa, que es la practicada por personas del común. Que donde hay



negación hay violencia, aun cuando no sea tan ruidosa como la guerra (Coulon, 1997, Págs. 37-53. van Schooten, 2001, Págs. 329-344).

Entonces sólo cuando haya tenido claro este tipo de aspectos, podrá aportar las mejores opciones jurídicas en términos de instituciones y normas, pues el semiotista sabe que su fuerza no está en ella misma, sino en las sinapsis que establezca con las instituciones y normas existentes, y que ello depende directamente de lo que la sociedad haga de ellas, es decir, de su individuación.

Es por ello que como lo hemos sostenido en otro lugar, la semiótica de la justicia es la ciencia de las aporías del derecho, porque se dirige a lo más porfiado, lo más contradictorio, lo más incomprensible, lo más inaudito en que descansan las instituciones jurídicas. Pero su servicio es apreciable como sabiduría, nunca como veleidad intelectual.

CONCLUSIONES

El fenómeno jurídico es susceptible de analizarse desde distintos niveles de complejidad, pero ello no implica que los menos elevados sean prescindibles o desechables. Por ello desde la hermenéutica hasta la semiótica, pasando por la dogmática, los estudios del derecho son igualmente valiosos.

Pero la existencia de fenómenos vinculados profundamente con el derecho, en consideración a su máxima complejidad, recomienda la aplicación del método más propicio para su estudio exhaustivo, y es precisamente el que ha sido designado como *semiótica de la justicia*.

Su elemento se halla en que establece los espacios secantes entre las instituciones jurídicas y las creencias sociales, de donde piensa el derecho como construcción social de la realidad, basada en el sentido socialmente compartido de justicia.

La justicia -sea el sentido que sea, es lo que una sociedad entiende por ella. Y constituye el horizonte en donde se inspiran las sentencias judiciales, y todo aquello que desde el derecho *debe ser*. En consecuencia, tener claro el sentido de justicia para una sociedad particular, es la condición estimada por la semiótica para poder



entender las instituciones jurídicas, sujetas siempre en función del sentido, a los procesos de transvaloración, mediante los cuales una sociedad se apropia de ellos. Lo enigmático del derecho está justamente en esa condición eidética que hace posible cualquier juridicidad, y es el llamado entorno o trasfondo jurídico, conformado por todas aquellas condiciones sin las cuales las funciones jurídicas serían improbables. En alguna parte ha sido designado como *instinto de juridicidad*, y corresponde a las representaciones sociales acerca de lo que se tiene derecho, de lo que no se tiene derecho, de lo que debe o no ser jurídicamente (Moya, 2007). Es precisamente aquello que permite a un lego saber qué es lo que no debe hacer porque de lo contrario deberá responder. Puede claro está que decida optar por no proceder de conformidad, pero sabe que está desafiando el orden, aun cuando no tenga claro racionalmente hablando de qué se trata.

Ese trasfondo es lo que ha permitido sostener que hay responsabilidad pese a la ignorancia de la ley. Pero hay que ver la existencia de dos tipos de ignorancia, la racional, y la no racional, aquella es la que no exime de responsabilidad, pero ésta, es decir la que impide incluso intuir lo que no debe ser, sí exime.

Pues bien, la paz y la justicia son signos sociales, que indudablemente poseen un cierto contenido jurídico-constitucional y, si bien no se agotan en ello, tal aspecto resulta determinante de las prácticas sociales que respecto de ellas quiera establecerse. Por suerte que el estimativo jurídico es inevitable a un modelo de convivencia pacífica basado en la justicia (Lippens, 2001, Págs. 391-407).

La semiótica es el método que desde el derecho permite saber lo que son una sociedad, la paz y la justicia. Por ello formula inquietudes que métodos como la hermenéutica o la dogmática no puede asumir. El semiotista se dirige a esos claroscuros de la sociedad, cuya comprensión permite a su turno saber cómo maniobrar en lo jurídico, para favorecer un proceso de conclusión de un conflicto y, derivar de él, un estado de convivencia pacífica basado en la justicia.

La semiótica de la justicia diagnóstica y propone, pero su visión no es de superficie sino de fondos como dijimos, oscuros. Por ello es compleja, y se apareja de las aporías del derecho.

Más sin embargo constituye la ruta más certera para anticipar cómo debe ser un auténtico proceso de pacificación, que no violenta a la sociedad sino que la seduzca de un panorama que contribuya a la identidad cultural, al reconocimiento del otro como ser inmanente y, a la autoafirmación basada en la aceptación de los demás.



Referencias

- Tanja A., 2004. *The Sovereignty Game States Play: (Quasi-) States*. International Journal for the Semiotics of Law. Edit. Springer. Volume 17, Issue 2.
- Álvarez E., 1979. *Curso de Derecho Romano*. Pluma Universitaria. Bogotá.
- Bernelin M., 2014. *Des Rapports Entre Droit et Science*. International Journal for the Semiotics of Law. Edit. Springer. Volume 27, Issue 3.
- Bourdieu P. y Teubner G., 2000. *La Fuerza del Derecho*. Ediciones Uniandes. Colombia.
- Brdar M., 2002. *Dos Between Revolution and Reform*. International Journal for the Semiotics of Law. Edit. Springer. Volume 15, Issue 2.
- Brunet P., 2013. *Le Raisonnement Juridique: Une Pratique Spécifique?* International Journal for the Semiotics of Law. Edit. Springer. Volume 26, Issue 4.
- Calvo J., 2000. *Identité culturelle et ethnologie juridique (Les "Carceleras" et le krausisme)*. International Journal for the Semiotics of Law. Edit. Springer. Volume 13, Issue 4.
- Camy Q., 2010. *Philippe Raynaud: Le juge et le philosophe. Essais sur le nouvel âge du droit*. International Journal for the Semiotics of Law. Edit. Springer. Volume 23, Issue 3.
- Collins B., 1999. *Fantasy, Commitment and the Irish Peace Process*. International Journal for the Semiotics of Law. Edit. Springer. Volume 12, Issue 1.
- Coulon R., 1997. *The Alien as a Soft Target for Exorcizing Violence*. International Journal for the Semiotics of Law. Edit. Springer. Volume 10, Issue 1.
- Dravers Ph., 2002. *The Segregative Effects of Discourse*. International Journal for the Semiotics of Law. Edit. Springer. Volume 15, Issue 3.
- Ferrajoli L., 2001. *Fundamental Rights*. International Journal for the Semiotics of Law. Edit. Springer. Volume 14, Issue 1.

Jori M., 2001. Ferrajoli on Rights. International Journal for the Semiotics of Law. Edit. Springer. Volume 14, Issue 1.

Kevelson R., 2011. *The Law as a System of Signs*. Edit. Springer US.

Kevelson R., 1998. *Peirce's Pragmatism: The Medium as Method*. Edit. P. Lang.

Kevelson R., 1996. *Spaces and Significations*. Edit. Lang, Peter Publishing, Incorporated.

Kevelson R., 1987. *Charles S. Peirce Method of Methods*. John Benjamins Publishing.

Kevelson R., 1977. *Inlaws, Outlaws: A Semiotics of Systemic Interaction-Robin Hood and the King's Law*. Research Institute for Inner Asian Studies, Indiana University.

Lippens R., 2001. Peace as Immobility. International Journal for the Semiotics of Law. Edit. Springer. Volume 14, Issue 4.

Mootz III F., 2009. Vico and Imagination: An Ingenious Approach to Educating Lawyers with Semiotic Sensibility. International Journal for the Semiotics of Law. Edit. Springer. Volume 22, Issue 1.

Morgan J., 2013. Toward a Brighter Future in Legal Education: Using Semiotics to Improve and Advance Law. International Journal for the Semiotics of Law. Edit. Springer. Volume 26, Issue 3.

Morin E., 2010. *El Método: el conocimiento del conocimiento*. Anaya.

Moya M.F., 2013. *Dinámica del Principio de Congruencia*. Universidad de Milán. Revista Sociologia dil Diritto. Milano.

(1) Moya M.F., 2012. *El Sistema Penal en Hegel*. Revista de Derecho Penal Contemporáneo. Edit. Legis. Colombia.

(2) Moya M.F., 2012. *Kant. El Primer Sistematizador Para el Derecho Penal*. Revista de Derecho Penal Contemporáneo. Edit. Legis. Colombia.

Moya M.F., 2007. *Los Fallos Penales por Inasistencia Alimentaria: Un desfase entre la ley y la práctica judicial*. Universidad Santo Tomás. Bogotá.

Ost F., 1993. *L'herméneutique juridique entre hermétisme et dogmatisme. Le jeu de l'interprétation en droit*. International Journal for the Semiotics of Law. Edit. Springer. Volume 6, Issue 2.

Pugliese G., 1985. *Scritti Giuridici Scelti. II. Diritto Romano*. Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Camerino. Ristampe.

Rabault H., 2008. *L'herméneutique Juridique Entre 'Crise' et Refondation Pragmatique*. International Journal for the Semiotics of Law. Edit. Springer. Volume 21, Issue 2.

Robertson C., 2010. *EU Law and Semiotics*. International Journal for the Semiotics of Law. Edit. Springer. Volume 23, Issue 2.

Sherwin R., 1995. *Law and the Myth of the Self in Mass Media Representations*. International Journal for the Semiotics of Law. Edit. Springer. Volume 8, Issue 2.

van Schooten H., 2004. *On War, Peace and Armed Conflicts*. International Journal for the Semiotics of Law. Edit. Springer. Volume 17, Issue 2. Págs. 169-183

van Schooten H., 2001. *The Declaration of War in the Dutch Constitution and Models of Legal Communication*. International Journal for the Semiotics of Law. Edit. Springer. Volume 14, Issue 4.



Sourieux J., 2013. *Le Juriste en Présence de L'herméneutique Contemporaine.* International Journal for the Semiotics of Law. Edit. Springer. Volume 26, Issue 4.

Staat W., 1996. *Ockham, Singularity and Multiculturalism.* International Journal for the Semiotics of Law. Edit. Springer. Volume 9, Issue 2.

Stanley Ch., 1998. *Bataille's Communication at and After the Limit of the Law.* International Journal for the Semiotics of Law. Edit. Springer. Volume 11, Issue 2.

Valier C., 2004. *Cruelty and the Imperative to Wage Virtuous War.* International Journal for the Semiotics of Law. Edit. Springer. Volume 17, Issue 2.

Vitale E., 2001. *A General Theory of Law or the Foundation of the Ideal Republic? Five Doubts about Luigi Ferrajoli's Theory of Fundamental Rights.* International Journal for the Semiotics of Law. Edit. Springer. Volume 14, Issue 1.

Wagner A., 2010. *Mapping Legal Semiotics.* International Journal for the Semiotics of Law. Edit. Springer. Volume 23, Issue 1.

Werner W., 2001. *Armed Conflicts, Images of Law and Legal Semiotics.* International Journal for the Semiotics of Law. Edit. Springer. Volume 14, Issue 4.

Zolo D., 2001. *Freedom, Property and Equality in the Theory of 'Fundamental Rights'. A Commentary on an Essay by Luigi Ferrajoli.* International Journal for the Semiotics of Law. Edit. Springer. Volume 14, Issue 1.

*Tenga en cuenta la tipología de productos de Colciencias.

Contenido del informe financiero

Por favor relacione los rubros que le fueron asignados



ⁱ BUNDESVERFASSUNGSGERICHT

- 2 BvR 2226/06 -

In dem Verfahren

über

die Verfassungsbeschwerde

des Herrn Y ...,

- Bevollmächtigter:

Rechtsanwalt Dr. Knud-Christian Hein,

Feldbergstraße 23, 55118 Mainz -

gegen a) das Urteil des Landgerichts Mainz vom 25. September 2006 - 3243 Js 32537/05 jug. 3

Ns -,

b) das Urteil des Amtsgerichts Bingen am Rhein vom 9. Mai 2006 - 3243 Js 32537/05 jug

7 Ls -

hat die 1. Kammer des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts durch

den Vizepräsidenten Hassemer,

die Richter Di Fabio

und Landau

gemäß § 93b in Verbindung mit § 93a BVerfGG in der Fassung der Bekanntmachung vom 11. August 1993 (BGBl I S. 1473) am 8. Dezember 2006 einstimmig beschlossen:

Die Verfassungsbeschwerde wird nicht zur Entscheidung angenommen.

Gründe:

Die Verfassungsbeschwerde wird nicht zur Entscheidung angenommen. Ein Annahmegrund gemäß § 93a Abs. 2 BVerfGG liegt nicht vor. Die Verfassungsbeschwerde ist unbegründet.

1. Ein Verstoß gegen das Gebot der Schuldangemessenheit der Strafe liegt nicht vor.

a) Nach Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG und dem Rechtsstaatsprinzip darf die Strafe die Schuld des Täters nicht übersteigen. Sie muss in einem gerechten Verhältnis zur Schwere der Tat und zum Maß der Schuld des Täters stehen (vgl. BVerfGE 20, 323 <331>; 25, 269 <285 ff.>; 50, 5 <12>). Die Strafzumessung ist Sache der Tatgerichte und der Prüfung des Bundesverfassungsgerichts grundsätzlich entzogen, es sei denn, die Strafzumessung entferne sich so weit von dem Gedanken des gerechten Schuldausgleichs, dass sie sich als objektiv willkürlich erweist (vgl. BVerfGE 18, 85 <92 ff.>; 54, 100 <108, 111>; Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 6. Juli 2001 - 2 BvR 15/01 -, juris). Das Bundesverfassungsgericht kann nicht nachprüfen, ob die entscheidungserheblichen Gesichtspunkte in jeder Hinsicht zutreffend gewichtet worden sind oder ob eine andere Entscheidung näher gelegen hätte (vgl. BVerfGE 95, 96 <141>; Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 6. April 1999 - 2 BvR 466/99 -, juris; Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 7. Januar 1999 - 2 BvR 2178/98 -, juris). Diese Grundsätze gelten auch für die Verhängung von Jugendstrafe.

b) Nach diesem Prüfungsmaßstab ist nicht ersichtlich, dass die gegen den Beschwerdeführer verhängte Strafe verfassungsrechtlich zwingend hätte niedriger ausfallen müssen. Der Beschwerdeführer hat eine gefährliche Körperverletzung begangen, die nach allgemeinem Strafrecht - dessen gesetzliche Wertung auch bei der Bemessung von Jugendstrafe nicht außer Betracht bleiben darf (vgl. Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 24. Februar 1992 - 2 BvR 1667/91 -, juris, m.w.N.) - mit einer Mindeststrafe von sechs Monaten Freiheitsstrafe sanktioniert ist. Die erkannte Strafe steht damit nicht in einem schlechthin unangemessenen Verhältnis zur Schwere der Straftat und dem Verschulden des Beschwerdeführers, zumal dieser bereits früher wegen eines einschlägigen, ähnlich brutal ausgeführten Delikts strafrechtlich in Erscheinung getreten war.

2. Ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG in seiner Ausprägung als Willkürverbot liegt nicht vor.

a) Ein Verstoß gegen das Willkürverbot kann neben einem Verstoß gegen das Gebot schuldangemessenen Strafen in Betracht kommen, soweit Gesichtspunkte der Strafzumessung in Rede stehen, die nicht das Verhältnis der Höhe der Strafe zum Maß des Verschuldens betreffen (vgl. Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 6. Juli 2001 - 2 BvR 15/01 -, juris; Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 24. Februar 1992 - 2 BvR 1667/91 -, juris). Dies ist hier der Fall, da bei der Feststellung der Schwere der Schuld als Voraussetzung der Verhängung von Jugendstrafe nach § 17 Abs. 2 JGG ein vom allgemeinen Schuldgrundsatz abweichender Maßstab anzulegen ist (vgl. Eisenberg, Jugendgerichtsgesetz, 11. Aufl. 2006, § 17 Rn. 29 m.w.N.). Eine Verletzung des Willkürverbots liegt vor, wenn die den angegriffenen Entscheidungen zugrunde liegende Rechtsanwendung unter keinem denkbaren Aspekt mehr rechtlich vertretbar ist und sich daher der Schluss aufdrängt, dass sie auf sachfremden und damit willkürlichen Erwägungen beruht (vgl. BVerfGE 80, 48, <51>; 83, 82 <84>; 86, 59 <63>; stRspr).

b) Nach diesem Prüfungsmaßstab verletzt die Entscheidung des Landgerichts das Willkürverbot nicht.

Die Verhängung von Jugendstrafe nach § 17 Abs. 2 JGG wegen der Schwere der Schuld erfordert eine Gewichtung der individuellen Tatschuld durch das erkennende Gericht, wobei - wegen des das Jugendstrafrecht prägenden



Erziehungsgedankens - den subjektiven und in der Persönlichkeit des Täters liegenden schuld begründenden Gesichtspunkten eine größere Bedeutung als dem äußeren Tatgeschehen zukommt (vgl. Eisenberg, a.a.O., m.w.N.). Hier hat das Landgericht die Schwere der Schuld des Beschwerdeführers damit begründet, dass dieser gemeinsam mit seinem Mittäter ohne jede Veranlassung auf den bewusstlosen, auf dem Boden liegenden Geschädigten eingetreten und sich also "mit massiver körperlicher Gewalt an einem Wehrlosen ausgetobt" habe. Die damit angesprochenen Gesichtspunkte eines krassen Missverhältnisses zwischen Anlass der Tat und Tatbegehung, einer brutalen Tatausführung und bedenkenlosen Geringschätzung fremder körperlicher Integrität sind fraglos geeignet, die von § 17 Abs. 2 JGG vorausgesetzte Schwere der Schuld zu begründen. Diese Gesichtspunkte verweisen auf die Persönlichkeit des Täters und stellen Anhaltspunkte für das verwirklichte Maß an individueller Schuld dar, ohne eine nur strafbegründende Funktion zu erfüllen. Auf weitere Feststellungen zu den äußeren Merkmalen der Tat, insbesondere den Tatfolgen für das Opfer, konnte das Landgericht in diesem Zusammenhang verzichten, da solche Feststellungen keinen zusätzlichen Aufschluss über die Täterpersönlichkeit vermittelt hätten. Anhaltspunkte dafür, dass der Entscheidung des Landgerichts objektiv willkürliche Erwägungen zugrunde liegen, sind nicht erkennbar.

Von einer weiteren Begründung der Entscheidung wird abgesehen (§ 93d Abs. 1 Satz 3 BVerfGG).

Diese Entscheidung ist unanfechtbar.

Hassemer

Di Fabio

Landau

Beling, E. L. (2011). *Die Lehre vom Verbrechen*. Deutschland: Adeg Graphics LLC; Elibron Classics.
Bundesverfassungsgericht. (2006). 20, 323, 331. Mainz.
Feuerbach, P. J. (1989). *Tratado de Derecho Penal: Comúnmente vigente en Alemania*. Buenos Aires: Hammurabi.
Goldschmidt, J. (1943). *La Concepción Normativa de la Culpabilidad*. Buenos Aires: De Palma.
Hirsch, H. J. (1996). *La Posición de la Justificación y la Exculpabilidad en al Teoría del Delito, desde la perspectiva alemana*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
Jakobs, G. (2003). *Culpabilidad en el Derecho Penal: Dos cuestiones fundamntales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
Jescheck, H.-H. (05 de Enero de 2003). *Evolución del Concepto Jurídico de Culpabilidad en Alemania y Austria*. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 1-16.
Kaufmann, A. (2000). *Derecho, Moral e*



Historicidad. Madrid:
Marcial Pons.
Liszt, F. V. (1929).
*Tratado de Derecho
Penal*. Madrid: Reus.
Mezger, E. (1957).
*Tratado de Derecho
Penal*. Madrid: Revista de
Derecho Privado.
Radbruch, G. (1955).
*Historia de la
Criminalidad (Ensayo de
una criminología
histórica)*. Barcelona:
Bosch.
Roxin, C. (1981).
*Culpabilidad y
Prevención en Derecho
Penal*. Madrid: Reus.
Welzel, H. (Octubre-
Noviembre de 2000). La
Culpabilidad. *Revista de
Derecho Penal*(21), 5-24.
Zaczyk, R. (2010).
*Libertad, Derecho y
Fundamentación de la
Pena*. Bogotá:
Universidad Externado de
Colombia.