

**LA INFRACCIÓN AL DEBER OBJETIVO DE CUIDADO EN
LA ACTIVIDAD AUTOMOTOR: ASPECTOS
PROBLEMATICOS**

VICTOR DANIEL CASTILLA PLAZA

**FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDADES SANTO TOMAS
MAESTRÍA EN DERECHO PENAL**

Septiembre de 2015

**LA INFRACCIÓN AL DEBER OBJETIVO DE CUIDADO EN
LA ACTIVIDAD AUTOMOTOR: ASPECTOS
PROBLEMATICOS**

TABLA DE CONTENIDOS

INTRODUCCIÓN.....	6
MARCO REFERENCIAL.....	11
MARCO TEÓRICO Y ESTADO DEL ARTE.....	15
LA CULPA.....	21
EL TIPO CULPOSO.....	22
CONCEPTO.....	22
ORIGEN DEL DELITO CULPOSO.....	26
ELEMENTOS DEL TIPO CULPOSO.....	33

COATORÍA Y PARTICIPACIÓN EN EL TIPO CULPOSO.....	37
LA IMPRUDENCIA EN LA DOGMÁTICA NEOCLÁSICA.....	53
LA IMPRUDENCIA EN EL NORMATIVISMO.....	54
EL DELITO CULPOSO EN LA TEORÍA FINALISTA.....	56
EL DELITO IMPRUDENTE EN LA DOGMÁTICA NORMATIVA.....	57
LA ANTIJURIDICIDAD EN LA CULPA.....	64
REGLAS QUE IMPONEN EL DEBER OBJETIVO DE CUIDADO... 	66
PRINCIPIO DE DEFENSA.....	66
PRINCIPIO DE CONFIANZA.....	68
PRINCIPIO DE RIESGO.....	70
RESPONSABILIDAD DE LA VICTIMA.....	73
EL DOLO EVENTUAL EN COLOMBIA.....	76

MARCO LEGAL.....	76
JURISPRUDENCIA NACIONAL.....	77
CONCLUSIONES Y PROPUESTAS.....	94
BIBLIOGRAFÍA.....	97

INTRODUCCIÓN

Hoy no existe duda que el problema del delito imprudente concierne también al tema de la imputación objetiva, pues el legislador penal de la Ley 599 de 2000 estableció en la definición de la culpa el elemento normativo incluido en el tipo objetivo de tal construcción, denominado infracción al deber objetivo de cuidado y su relación vinculante con el resultado típico, violación al deber objetivo de cuidado que coincide con el primer criterio de imputación conocido como creación del riesgo jurídicamente relevante. Conforme con ello, nos interesa establecer las pautas a tener en cuenta en la imputación de la conducta siempre que se trate de atribuir responsabilidad en un delito culposo referido al tráfico rodado.

Con un ejemplo traído de la jurisprudencia española podemos graficar lo que se pretende con el trabajo investigativo. Ella es, la sentencia del 14 de mayo de 1984, en la misma el tribunal acotó lo siguiente:

“Si el procesado hubiera circulado reglamentariamente y adoptado la debida separación del ciclomotor al proceder a rebasarlo, no le hubiera rozado ni desplazado de su marcha, haciéndolo caer y no habría ocurrido el atropello inmediatamente posterior”.

Para efectuar tal apreciación es indispensable conocer la norma o pauta que determina la infracción al deber objetivo de cuidado en esta actividad, para luego especificar la forma como ella debe ser cumplida y analizar si en el caso materia de análisis se vulneró esa regla.

Además del conocimiento de esas reglas hay unos principios jurisprudenciales y doctrinales que se constituyen en soporte de la determinación del deber objetivo de cuidado en el delito imprudente y específicamente en la actividad del tráfico rodado que ya empiezan a ser aplicados en nuestro país, tales como el principio de confianza, el principio de defensa o seguridad y el principio del riesgo. Ese es otro de los cometidos de este trabajo: identificar y desarrollar estos principios para hacerlos prácticos y puedan ser aplicados de forma correcta por los jueces nacionales. Ello, claro está, una vez identificados sus componentes e implicaciones y la necesidad y utilidad de su práctica.

Otra de las pretensiones, por estar íntimamente vinculado al problema de la imprudencia tanto en su caracterización como en la punibilidad por la fragilidad de la línea que los separa, concierne al tema del dolo eventual, en ese sentido verificaremos cuando sería justo desde el punto de vista de la coherencia dogmática la imputación a este título cuando esté de por medio la infracción de una norma de tránsito.

La pretensión del trabajo tampoco es agotar toda la temática de la violación al deber objetivo de cuidado en la actividad en mención, sino contribuir de alguna manera a identificar unas pautas objetivas para que los operadores del derecho penal cuenten con unas herramientas de sencillo manejo, en el tratamiento de este tipo de delitos.

Así como muchas investigaciones se han dedicado a la actividad médica, esta aportará al derecho nacional, en el campo del tráfico viario, unas reflexiones e ideas en un tema sumido en el olvido, bajo la manta del engañoso diagnóstico de que en este campo “todo se sabe”.

De ahí que en el diseño de la temática desde el punto de vista descriptivo destacaremos de manera breve el desarrollo que ha tenido el tratamiento del delito imprudente en la teoría del delito, haciendo hincapié en el concepto deber objetivo de cuidado, pero centrándolo en la actividad del tráfico automotor. El análisis de los problemas básicos se situará en la casuística de esta actividad, por ejemplo la coautoría en la imprudencia en sede del tráfico rodado.

Se tomará posición acerca de si es necesario en esta materia el adelantamiento de la barrera de protección, estableciendo delitos de peligro abstracto y concreto como existen en el derecho comparado, como lo son la conducción temeraria y la conducción bajo el influjo de bebidas embriagantes o tóxicas.

Además no se puede pasar por alto que las normas de tránsito tienen el carácter de normas extrapenales de seguridad, y se constituyen en un indicio para determinar el deber de cuidado con la vida, con la salud o con los demás bienes jurídicos de terceros. De ahí la importancia de poder determinar reglas claras en esta materia.

El abandono investigativo de esta temática no es un problema en el que resulta comprometido nuestro país, sino también el derecho penal comparado. No existe en Colombia una sola investigación publicada que haya tocado el tema de la infracción al deber objetivo de cuidado en la actividad automotor o de tráfico viario. En Alemania los profesores Günther Jakobs y Claus Roxin, se han ocupado de establecer pautas para solucionar discusiones en torno a la jurisprudencia en temas referidos a las creaciones de riesgo en la actividad del tráfico rodado.¹

La tarea que emprendemos tiene una pretensión científica y es establecer y conocer unas pautas normativas reglamentarias y otras que no tienen ese carácter, necesarias para determinar si la conducta específica que pudo dar lugar a la producción del resultado lesivo, se mantiene dentro del riesgo

¹ La imputación objetiva en el derecho penal, Günther Jakobs, Universidad Externado de Colombia, 2004

permitido, esto es, con ella se infringe o no el deber objetivo de cuidado. Dar a conocer las pautas existentes ofrecidas por la legislación y comprender las construidas por la doctrina nacional y foránea, permitirán establecer unas bases sólidas que sirvan de topois o puntos de arranque en la solución de los casos complejos que han sido discutidos en el contexto del derecho penal.

Proponer y establecer unas bases sólidas que permitan ofrecer seguridad jurídica en una actividad bastante reglada, pero que permite juicios de valoración individual de los operadores judiciales, y poder así determinar baremos o parámetros que sirvan para complementar el tipo culposo.

Establecer el concepto de violación al deber adjetivo de cuidado en el ámbito de la actividad automotor o tráfico viario.

Identificar pautas normativas reglamentarias y no reglamentarias que permitan conocer si el resultado lesivo de una conducta imprudente en la actividad automotor se mantiene dentro del riesgo permitido.

Conocer las pautas existentes en la legislación y comprender las construidas por la doctrina nacional y foránea en cuanto al tráfico rodado.

Establecer pautas con relación a la imputación de las conductas en lo referente al tráfico rodado y su implicación a la infracción al deber objetivo de cuidado y la relación de este con el resultado típico.

Identificar y demostrar los principios jurisprudenciales y doctrinales como, el principio de confianza, el principio de defensa y seguridad y el principio del riesgo los cuales sirven de soporte de la determinación del deber objetivo de cuidado.

Analizar cuando sería válido desde el punto de vista de la coherencia dogmática, el tema del dolo eventual, cuando esté de por medio una infracción a la norma de tránsito.

MARCO REFERENCIAL

La investigación se contextualiza en el tema general del delito imprudente o delito culposo, en ese sentido la primera parte de la labor investigativa analizará lo concerniente al desarrollo de la culpa en la teoría del delito. En segundo término, nos referiremos en concreto al surgimiento del concepto *infracción al deber objetivo de cuidado*, sus modalidades, los factores que lo fundamentan, los principios que lo orientan en la actividad automotor y luego los temas que mayor discusión suscitan en la doctrina.

Sin lugar a dudas tratar el tema del delito imprudente y de la infracción al deber objetivo de cuidado en el ámbito automotriz implica también hacer referencia necesaria a la imputación objetiva, pues es en sede del delito imprudente donde la teoría de la imputación objetiva ha alcanzado los mayores frutos y rendimientos. Además, debe tenerse en cuenta que la infracción al deber objetivo de cuidado determina la creación de un peligro típicamente relevante.

En un primer momento la infracción al deber objetivo de cuidado en la teoría del delito por virtud de las posturas dogmáticas causalistas, se ubicaba en la categoría de la culpabilidad, haciendo parte de una de sus modalidades, la culpa; posteriormente y por los aportes del penalista Engisch, entre otros, la inobservancia del cuidado debido pasó a estudiarse en sede del injusto, esto es, ha de ser un elemento del tipo² y ya por los progresos dogmáticos propuestos por Hans Welzel el tema se trata en sede de tipicidad. Hoy puede decirse sin hesitación alguna, que el elemento objetivo del tipo culposo, infracción al deber objetivo de cuidado, es realmente lo que prohíbe la norma, y no solamente la simple causación. De ahí que una acción adecuada al riesgo permitido no puede ser valorada como descuidada, en tanto el riesgo permitido

² Engisch, 1930, 344

excluye la tipicidad de la acción al excluir consecuentemente el desvalor de la acción.

Constituye hoy día posición mayoritaria en la doctrina especializada que la tipicidad del delito imprudente se hace depender de la verificación de la producción de un resultado manifestado en lesión o puesta efectivamente en peligro del bien jurídico, que pueda ser atribuido objetivamente con la infracción al deber objetivo de cuidado.

En la medida en que la estructura del delito culposo es especialmente compatible con la imputación objetiva, pues en la imprudencia no se desaprueba la mera causalidad sino la infracción a una norma de cuidado, el delito culposo solo puede ser estudiado y explicado desde una arista normativa. La norma constituye el baremo en virtud del cual se puede inferir que ella no prohíbe la mera causalidad sino aquella conducta que es contraria al cuidado debido. En ese entendido, sin la infracción de la norma de cuidado no se puede hablar de una conducta imprudente. Ya en el ámbito de nuestro estudio se podrá decir que con la observancia del cuidado necesario en la actividad automotor desaparece el desvalor de la acción y en el evento de darse un resultado lesivo de bienes jurídicos podrá hablarse de una situación fortuita o de una desgracia, más no de un injusto imprudente. Una conducta que crea un riesgo permitido, que se mantiene dentro del margen de lo permitido, no realiza en consecuencia, tipo alguno.

Para mejor comprensión de la temática nuestra postura parte de la base de entender que el contenido del deber de cuidado se determina a partir de dos elementos integradores: uno primero de naturaleza eminentemente intelectual que se manifiesta con la posibilidad de considerar que el agente estaba en posibilidad de prever los efectos del comportamiento haciendo un juicio inteligente; otro de naturaleza normativa, conforme con el cual, no todo comportamiento que según el juicio de previsibilidad, cree un peligro para los bienes jurídicos infringe el deber de cuidado, ello en tanto se paralizaría la sociedad. De ahí que solo el riesgo que excede lo permitido en el ámbito social da lugar a configurar el indicio de infracción imprudente.

La determinación de la imprudencia en Colombia está regulada a través del sistema de *numerus clausus*, esto es, solo es punible el comportamiento imprudente cuando expresamente lo señala la ley, así se manifiesta en el artículo 21 de nuestro código penal. Salvo algunas excepciones, como la contemplada en el artículo 360 del estatuto punitivo nacional, en el que el intérprete define conforme a los elementos estructurales del reato la posibilidad culposa, el legislador ha determinado de forma precisa que comportamientos delictivos admiten la modalidad imprudente.

El sistema de regulación cerrada de la imprudencia no impide sin embargo, que al tipo culposo se le caracterice como tipo abierto, en la medida en que la concreción de lo que resulta adecuado al estándar de lo permitido en el tráfico, únicamente es posible por medio de la valoración judicial, auxiliada

dependiendo de la actividad social, por las correspondientes reglamentaciones o presupuestos normativos que las rigen. La configuración del delito culposo siempre habrá de completarse mediante valoraciones judiciales adicionales a la parte del tipo reglado. Ello ha dado lugar a que se considere que tal circunstancia propia de la culpa constituya vulneración del principio de determinación o de tipicidad, en la medida en que el tipo culposo debe rellenarse con las valoraciones de los jueces. Lo que de por sí propicia inseguridad jurídica.

MARCO TEÓRICO Y ESTADO DEL ARTE

Los sistemas dogmáticos funcionalistas tan en boga en la actualidad determinan, como función del derecho penal, entre otras, la de asegurar la confianza general en las normas penales y mantener su respeto en el contexto social. Para el logro de ese cometido se valen no de una prevención general negativa como función de la pena que encuentre en la intimidación y en la coacción psicológica el mejor instrumento para evitar el delito, sino que por el contrario encuentran su fundamento en una prevención general positiva en virtud de la cual con la imposición de la sanción lo que se pretende es asegurar

la confianza en el derecho, en las instituciones jurídicas y estatales, y con ello restablecer el ordenamiento jurídico quebrantado con el delito, de esa manera se reafirma la vigencia de la norma³.

Ese mantenimiento de la confianza en las normas propio de esas visiones, concreta en el ámbito penal el denominado principio de confianza, en cuya virtud las relaciones sociales están orientadas no por la desconfianza en el comportamiento de los demás, sino que las personas confían en que los demás adecuaran su conducta a las exigencias normativas, de manera tal que los ciudadanos puedan convivir en paz.

Esa confianza en que los demás respetaran las normas es un principio básico de los ordenamientos jurídicos, pues sin confianza reina el caos y el desorden. Precisamente esa circunstancia de ser un principio básico del ordenamiento jurídico en un Estado social y democrático de derecho, propicia utilidad como criterio normativo de imputación en el ámbito de atribución de conductas penales. Y es precisamente en sede del delito imprudente y en las actividades realizadas mediante estructuras jerarquizadas donde tal principio ha adquirido mayor vigencia.

³ Marcelo Ferrante, Una introducción a la teoría de la imputación objetiva, Universidad externado de Colombia, 1998.

Es en el concreto tema de la actividad del tráfico rodado, en el campo del delito imprudente, desde donde tal principio propició su extensión a otras esferas. Ello ha quedado evidenciado al punto que Günther Jakobs ha dicho que: “Aquellos comportamientos que generan un riesgo permitido no tienen por qué estar inscritos en un contexto especial para ser tolerados socialmente, sino que son tolerados de modo general. En este sentido, por ejemplo, los riesgos del tráfico rodado y aéreo, realizados cumpliendo con las respectivas normas, son tolerados sin tener en cuenta si los intervinientes participan en el tráfico por razones urgentes o por simple placer: tales comportamientos son socialmente adecuados de manera general”⁴. Desde esta perspectiva es desde la cual, el principio de confianza ha tenido una función dogmática más evidente y consolidada.

El principio en comento sirve para determinar los límites de la norma de cuidado en la realización de las actividades cotidianas por parte de los ciudadanos. Ello significa que en la actividad del tráfico rodado también presta mucha utilidad para determinar el ámbito de lo permitido y de esa forma establecer si la producción del resultado puede ser atribuida al agente.

⁴ Günther Jakobs, La imputación objetiva en Derecho Penal, Universidad Externado de Colombia, 2004

Este principio implica conforme con ello, la limitación de la previsibilidad como fundamento psicológico de la responsabilidad penal de quien ejecuta la acción.

Este principio es de suma valía también en el contexto del delito imprudente en la medida en que fija parámetros de comportamientos tanto de quienes realizan las acciones como también de quienes como terceros intervienen en la misma actividad. En el tráfico viario tendrá en consideración tanto al conductor del vehículo como al peatón que atraviesa la vía, para determinar a quién se imputa la conducta lesiva. O frente a otro evento, la conducta entre conductor y conductor.

El límite del principio de confianza está en el comportamiento cuidadoso y adecuado de quien realiza la acción, sin embargo en cada caso en concreto habrá que efectuar un juicioso análisis, toda vez que quien realiza un comportamiento descuidado no en todos los eventos habrá lugar a imputar el resultado, ya que es preciso determinar que otros aspectos incidieron de mayor forma en la realización de esa consecuencia.

Entre los temas actuales álgidos por los que pasa la discusión del delito imprudente en el tráfico rodado y el mismo concepto de violación al deber objetivo de cuidado, está el enfrentamiento entre dos principios, el de confianza y el principio de seguridad o de conducción dirigida. Éste último

encuentra su fundamento en el principio de autorresponsabilidad e implica que quienes conducen vehículos son dueños y titulares en todos los momentos de los movimientos de los mismos y tienen el deber de controlar y dirigir su conducción de forma responsable. De ahí que los conductores deban moderar la marcha o interrumpirla cuando la autoridad competente lo determine o cuando las circunstancias de tiempo, terreno, luminosidad, estado mecánico del vehículo, concurrencia de otros rodantes, lo hagan aconsejable.

En este trabajo tomo partido por la necesidad de armonizar los dos principios, de forma tal que los dos tengan una práctica constante en esta actividad.

No se puede realizar un trabajo como este sin acudir a la doctrina contemporánea impulsada por autores como Claus Roxin, Gunther Jakobs, Francisco Muñoz Conde, Marcelo Ferrante entre otros, profesores que han dedicado su actividad profesional a los temas del delito imprudente, la imputación objetiva y la infracción al deber objetivo de cuidado. En el ámbito nacional de la doctrina se pueden citar: Jesús Orlando Gómez López, Jorge Perdomo Torres y Eduardo Montealegre Lynett. Las obras de estos autores serán la base documental de la investigación, acompañadas de las reflexiones que aportaré en el concreto tema de la actividad automotor.

La imprudencia en el contexto actual es tema que interesa a quienes se han dedicado también al estudio de los progresos científicos y la denominada

sociedad del riesgo, pues los diseños de nuevas vías, la utilización de medios de transporte más veloces y más aerodinámicos ha contribuido de esa misma forma para que el riesgo de accidentes se incremente o adquiera diversas modalidades de ocurrencia.

La sociedad de riesgo en que vivimos ha conllevado a que los niveles y límites del riesgo tolerado en cada uno de los sectores de actividades sean, con frecuencia, regulados por normas primarias extrapenales o penales que implican una pre-valoración acerca de las condiciones idóneas del comportamiento para prevenir la ocurrencia de resultados lesivos, esas disposiciones funcionan en este modelo de sociedad como reglas preventivas de cuidado, tal es el caso del Código Nacional de Tránsito Terrestre, El Código de Minas y otros estatutos regulatorios de actividades que implican riesgos y que exigen puntuales medidas de prevención, para evitar consecuencias lesivas.

En las situaciones de conductas típicas, la regulación previa delimita las condiciones del comportamiento que aún siendo peligroso, es permitido dependiendo el sector de actividad en el que se realiza, persiguiendo reducir los riesgos de daños lesivos a una medida socialmente aceptable. En ese sentido el análisis investigativo debe partir del derecho positivo y de las normas extrapenales que se constituyen en la base de la delimitación de la conducta penalmente relevante.

La discusión actual en la imprudencia pasa por los siguientes puntos: la posibilidad de la coautoría, la ubicación de los conocimientos especiales del autor, la existencia de un tipo subjetivo en la modalidad imprudente, la ubicación de la previsibilidad subjetiva en sede de tipicidad o de la culpabilidad, la diferencia con el dolo eventual, la necesidad de consagración de nuevos tipos penales que recojan situaciones peligrosas que de suyo no impliquen afectación efectiva de un bien jurídico, y los ámbitos de punibilidad. En el contexto de la infracción al deber objetivo de cuidado el estado de la cuestión propicia, principalmente, dos discusiones: una primera referida a si la infracción de la norma extrapenal de seguridad constituye ya de por sí la vulneración al deber objetivo de cuidado, o si por el contrario tal comportamientos es simplemente tan sólo un indicio para determinar el deber de cuidado; el otro tema, alude a la distinción entre el deber objetivo de cuidado y las reglas generales de cuidado, esta diferenciación es importante para evitar que en la configuración del deber objetivo de cuidado se infrinja el principio de legalidad.

LA CULPA

EL TIPO CULPOSO

CONCEPTO

Dispone el artículo 21 del Código Penal (Modalidades de la conducta punible): **“La conducta es dolosa, culposa o preterintencional. La culpa y la preterintención solo son punibles en los casos expresamente señalados por la ley”**.

Lo anterior nos indica que, todos los delitos son dolosos, pero los culposos estarán expresamente señalados en la parte especial del Código Penal: homicidio y lesiones por culpa (artículos 109, 120, 121), lesiones culposas al feto (artículo 126), contaminación ambiental culposa (explotación de yacimiento minero o hidrocarburo- artículo 333 del CP), daño a los recursos naturales y contaminación ambiental culposos (artículo 339 CP), delitos de peligro común por culpa (artículo 360 del CP), peculado culposo (artículo 400 CP), fuga culposa (artículo 450 CP).

El tipo culposo describe el comportamiento humano que mediante la violación de un “deber objetivo de cuidado” produce un resultado típico no querido pero que era previsible y evitable por el autor si hubiese observado el cuidado debido en el ámbito de relación⁵. En la culpa hay necesariamente una conducta voluntaria pero no intencional⁶ del resultado, esto es, el autor realiza voluntariamente un acto, conducir, cazar, tomar puntería, competir, practicar

⁵ Antolisei, Manual de Derecho penal, pag. 269

⁶ Romero Soto Luis E., Derecho Penal, pag. 166

una intervención quirúrgica, etc., en el desarrollo de esa actividad viola un deber de cuidado que debía observar a consecuencia de lo cual deviene el resultado típico⁷ (lesión a un bien jurídico).

Lo anterior nos indica que los delitos culposos son conductas que lesionan efectivamente un bien jurídico o lo ponen en peligro, pero, el fin no es previsto por el actor; pero no milita la intención de producir el resultado típico. La acción imprudente es también una actividad voluntaria, es decir, encausada a un objetivo previsto, conducir, intervenir quirúrgicamente, operar una máquina, explotar recursos mineros o de hidrocarburos, etc., pero no hay una actividad finalística de lesionar el bien jurídico tutelado. Por el contrario en el delito doloso la acción voluntaria está encausada a la realización del resultado; la diferencia radica en que en las conductas dolosas se quiere el resultado típico u en las culposas se quiere un hecho no típico.

Según Antolisei, “El deber de cuidado no surge del tipo mismo sino de un ámbito regulativo que se encuentra fuera del sistema punitivo (reglamentos de la actividad), por lo tanto el tipo culposo contiene unos elementos de remisión cuyo contenido corresponde al Juez completar con apoyo en las regulaciones existentes. Ese ámbito de previsión y cuidado puede surgir de usos sociales (el mantenimiento de un arma), de las costumbres, de los reglamentos de

⁷ Betiol, Derecho Penal, pag.399

actividades que requieren destreza o especiales conocimientos, de la propia ley o inclusive de órdenes o instrucciones dadas por la autoridad pertinente⁸.

En los delitos cometidos en accidentes de tránsito, el Juez debe remitirse al Código de Tránsito, en punto a la explotación de recursos mineros la remisión se hace de cara al Código de Minas y demás reglamentos que regulan la actividad de la minería.

De conformidad con el artículo 23 del Código Penal (Culpa): **“La conducta es culposa cuando el resultado típico es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo”**.

Esta definición parece mezclar diversas teorías del delito, la clásica y la teoría finalista de Welzel que considera la culpa como la violación de un deber objetivo de cuidado.

“Lo esencial en la culpa es la forma en que se produce el resultado, o sea no ya intencionalmente sino mediante la violación del “*deber objetivo*” de cuidado que el individuo debía observar y que se ha infringido, vulneración que se deduce según la previsión legal del comportamiento del término común de las personas, o sea el cómo obraría una persona razonable y prudente en las condiciones concretas en que le correspondió obrar al agente. Ahora bien, el

⁸Antolisei, Manual de derecho penal, pag 273

resultado típico deviene como consecuencia de la violación de ese deber objetivo de cuidado, pero que en particular era previsible y evitable para el autor o habiéndolo previsto confió en poder evitarlo. Al lado del deber objetivo de cuidado el tipo culposo se edifica sobre la “*previsibilidad*” del resultado como consecuencia de la violación del deber de cuidado”⁹.

El deber de cuidado no tiene su origen en el tipo penal; sino, en un ámbito exterior al sistema penal, esto es, en la ley, los reglamentos, regulaciones especiales, código de tránsito, código de policía, etc. (la reglamentación de la actividad de que se trate).

Es por lo anterior, que el delito culposo no es completo, ya que contiene unos elementos foráneos que al Juez le corresponde retrotraer; incluso el ámbito de remisión puede emanar de las costumbres sociales (la cacería, el mantenimiento de las armas) y de la ley en cuanto se trate de actividades reguladas por la ley, como la medicina y otras profesiones reguladas.

En fin, lo fundamental es la actitud frente a lo que sería el comportamiento de una persona razonable, prudente frente a las circunstancias.

Expresa el profesor Jesús Orlando Gómez: “Ahora bien, el resultado típico deviene como consecuencia de la violación de ese deber objetivo de cuidado, pero que en particular era previsible y evitable para el autor o habiéndolo

⁹ Jesús Orlando Gómez López, Teoría del delito (2003)

previsto confió en poder evitarlo. Al lado del deber objetivo de cuidado el tipo culposo se edifica sobre la “*previsibilidad*” del resultado como consecuencia de la violación del deber de cuidado”¹⁰.

ORIGEN DEL DELITO CULPOSO

“Hasta hace relativamente poco tiempo el delito imprudente ocupaba un lugar secundario en el derecho penal, consagrado fundamentalmente al delito doloso a cuya estructura respondían los delitos más graves y cualitativamente más importantes. El delito imprudente era un *quasi delictum*, más afín con el derecho civil que con el penal propiamente dicho.

El proceso de industrialización que comienza con la revolución industrial en el Siglo XIX y que continúa y aumenta en este, supuso la manipulación de máquinas y medios peligrosos para la vida, la salud la integridad física y el patrimonio de las personas. El tráfico automovilístico representa actualmente una de las fuentes principales de peligro para la vida y la integridad física, con sus secuelas de muertes lesiones y daños. No es, por ello, extraño que las

¹⁰ Jesús Orlando Gómez, *ibidem*

imprudencias en este sector constituyan estadísticamente hoy la parte más importante del número de delitos apreciados por los tribunales”¹¹.

La sociedad actual, en el contexto de los avances tecnológicos y el acelerado desarrollo de los medios de comunicación y del transporte aéreo y terrestre, implica cada vez nuevos riesgos, y evidentemente no existe ninguna forma de garantizar una seguridad total, sino que por el contrario, las personas se ven obligadas a tolerar y afrontar los riesgos.

El automovilismo, hoy en día, constituye una de las fuentes principales de riesgo para la vida y la integridad humana, por lo cual, la doctrina y la jurisprudencia penal, se han visto abocadas a desarrollar a fondo las teorías más importantes acerca del delito imprudente, ya que es precisamente en esta esfera donde han tenido ocurrencia la mayor cantidad de delitos contra la vida y la integridad personal.

Acota Muñoz conde: “Frente al aumento cuantitativo de este tipo de delincuencia, la doctrina no estaba preparada para resolver técnicamente los problemas jurídicos que planteaba; las teorías penales y la dogmática juridicopenal se habían desarrollado sobre el delito doloso, dejando prácticamente abandonado el delito imprudente. Tradicionalmente se concebían el dolo y la culpa como formas de culpabilidad o, como la

¹¹ Francisco Muñoz Conde, Teoría general del delito (1999).

culpabilidad misma, considerando que era una cuestión valorativa, pero no dogmática, la que obligaba a hacer la distinción. Pronto se observó, sin embargo, que la distinción dolo-culpa era algo más que un problema de la culpabilidad. Igual que antes decíamos respecto al delito doloso, pronto se observó que el delito culposo ofrecía ya particularidades notables en el tipo de injusto”¹²

“En 1930, el penalista alemán Engisch destacó que entre la pura conexión causal de la acción imprudente con el resultado y la culpabilidad (elementos que eran los únicos que se exigían entonces) había un tercer elemento importantísimo, sin el cual no podría fundamentarse el tipo de injusto del delito imprudente: *el deber objetivo de cuidado*”¹³

Efectivamente, son las condiciones sociales y económicas las que permiten y condicionan la aparición de nuevos saberes y doctrinas cuya finalidad esencial es apuntalar el tipo de sociedad de que se trate. La expansión del derecho penal a cada vez más esferas de control, constituye el paradigma fatal del derecho penal, sobre cuyos hombros se recargan todas las crisis y necesidades sociales.

¹² Francisco Muñoz Conde, Teoría general del delito, 1999

¹³ Francisco Muñoz Conde, *ibidem*

Estas circunstancias, y, evidentemente el desarrollo tecnológico y las nuevas formas de propiedad privada sobre las tecnologías modernas y herramientas, devienen en el incremento de la punibilidad del Estado, en un mayor control social que garantice a los grupos que detentan el poder un absoluto control sobre los ciudadanos; mediante mecanismos de prevención general negativa, mediante la amenaza de la sanción penal, o mediante la prevención especial negativa, imponiendo a los transgresores de las normativas penales, duras penas.

En palabras de Michel Foucault: “Me propongo mostrar a ustedes como es que las prácticas sociales pueden llegar a engendrar dominios de saber que no solo hacen que aparezcan nuevos objetos, conceptos y técnicas, sino que hacen nacer además formas totalmente nuevas de sujetos y sujetos de conocimiento¹⁴”.

Agrega Foucault: “Entre las prácticas sociales en las que el análisis histórico permite localizar la emergencia de nuevas formas de subjetividad, las prácticas jurídicas, o más precisamente, las prácticas judiciales están entre las más importantes”.

Las prácticas judiciales- la manera en que, entre los hombres, se arbitran los daños y las responsabilidades, el modo en que, en la historia de Occidente, se

¹⁴ Michel Foucault, La verdad y las formas jurídicas (1995)

concibió y definió la manera en que podían ser juzgados los hombres en función de los errores que habían cometido, la manera en que se impone a determinados individuos la reparación de algunas de sus acciones y el castigo de otras, todas esas reglas, o si se quiere todas esas prácticas regulares modificadas sin cesar a lo largo de la historia- creo que son algunas de las formas empleadas por nuestra sociedad para definir tipos de subjetividad, formas de saber y, en consecuencia, relaciones entre los hombres y la verdad que merecen ser estudiadas”¹⁵

Los desarrollos que se dieron en la primera mitad del Siglo XX sobre la temática jurídico-penal del delito culposo; constituye la implantación de un nuevo saber orientado y afincado en la necesidad de controlar al individuo desviado que potencialmente podía atentar contra los novísimos “bienes jurídicos” que nacían con el desarrollo tecnológico y por consiguiente con las nuevas formas de propiedad. Conductas humanas que no estaban cubiertas por los estatutos punitivos comenzaron a ser incluidas en los listados cada vez más voluminosos de comportamientos típicos.

Para tales efectos los saberes jurídico-penales en constante evolución y crecimiento, desarrollaron nuevas teorías donde podían caber conductas que antaño no eran cubiertas por el derecho penal, y de paso se rotularon a nuevos contingentes de personas como delincuentes, *traidores a la sociedad*.

¹⁵ Michel Foucault, La verdad y las formas jurídicas (1995)

“Cuando nos preguntamos por los elementos de contenido de la conducta imprudente, nos topamos en la jurisprudencia y en la doctrina científica con una profusión de elementos diferentes. En primer término se menciona la mayoría de las veces la “infracción del deber de cuidado”. Junto a él se encuentran la “previsibilidad”, “cognoscibilidad”, o “advertibilidad” y “evitabilidad” del resultado como presupuestos o requisitos de la conducta imprudente.

Además se recurre a la teoría de la imputación objetiva para limitar la responsabilidad por imprudencia. La mayoría de las veces se recurre a la contrariedad al cuidado debido para el injusto de la acción, y a la causación de un resultado típico imputable para el injusto del resultado. Pero en concreto los mencionados criterios se ponen en relación entre sí de forma muy diferente.

Así, Jeschek distingue entre la “infracción al deber objetivo de cuidado” como injusto de la acción y la “producción, causación y previsibilidad del resultado” como injusto del resultado de los delitos imprudentes. En el marco de la causación trata el “nexo de antijuridicidad”, que contempla como problema de imputación objetiva. Cramer caracteriza así mismo la infracción del deber de cuidado como el desvalor de la acción de los delitos imprudentes, pero pretende concretar esta contrariedad al cuidado debido mediante los criterios de la evitabilidad y previsibilidad, así como el de la superación del riesgo socialmente adecuado. En el desvalor del resultado ubica el nexo de

antijuridicidad y el encaje en el fin de protección de la norma. Otros autores renuncian por completo al criterio de la infracción del deber de cuidado y colocan en lugar de ésta en primer plano elementos como la “cognoscibilidad” o “advertibilidad” de la posible realización del tipo o su “evitabilidad”; no obstante también se tienen en cuenta elementos de la imputación objetiva”¹⁶

“A diferencia del delito doloso, el delito imprudente, es decir, la realización imprudente de los elementos objetivos de un tipo, no se castiga en todo caso. El principio de intervención mínima obliga a una doble restricción, seleccionando, por un lado, aquellos comportamientos imprudentes que afectan a bienes jurídicos fundamentales (vida, integridad física, salud) y castigando, por otro, de entre todos estos comportamientos aquellos que llegan a producir realmente un resultado lesivo para dichos bienes jurídicos.

Hasta cierto punto esto es lógico que suceda, porque la penalización indiscriminada de todo comportamiento imprudente, cualquiera que sea el bien jurídico a que afecte o independientemente del resultado que produzca, supondría una enorme inflación del derecho penal y una paralización de la vida social.

Una vez más hay que decir que el derecho penal solo debe intervenir en casos de ataques graves a bienes jurídicos muy importantes y en la medida en que sean insuficientes para sancionarlos otros medios jurídicos menos radicales.

¹⁶ Claus Roxin, Derecho Penal, Parte General, pag. 999

Normalmente, para prevenir las infracciones de tráfico (comportamientos la mayoría de las veces imprudente) es suficiente con la aplicación de las sanciones administrativas contenidas en el código de la circulación. Solo cuando la infracción sea muy grave o produzca un resultado lesivo, debe acudir al derecho penal para sancionarla, pero en este caso, siempre con una pena más leve que la imponible por la comisión dolosa del mismo hecho”¹⁷

ELEMENTOS DEL TIPO CULPOSO

“Tal como aparece reglamentado en la ley nacional, el tipo culposo se estructura básicamente a partir de un conducta imprudente o violatoria de un deber de cuidado, y del resultado típico previsible y evitable; el delito culposo es esencialmente de resultado no se supone la lesión al bien jurídico, no siendo posible la tentativa culposa. El tipo culposo se describe comúnmente indicando “el que por culpa..” sin que se defina en forma específica la acción culposa, lo cual tiene que ser completado con la definición dada por el artículo 23 y con el contexto normativo que reglamenta la respectiva actividad, la cual señalará en concreto o en términos generales cual era la acción prudente; en otros eventos, el deber de cuidado se extraerá de usos sociales o de la conducta que en el evento concreto debía asumir una persona diligente y cuidadosa”¹⁸

¹⁷ Francisco Muñoz Conde, *ibidem*

¹⁸ Jesús Orlando Gómez López, *ibídem*

Uno de los temas más espinosos en la ciencia del derecho penal es el relativo a los delitos culposos, dado que, determinar que lo no intencional puede ser culpable, implica un gran esfuerzo teórico.

En principio, los clásicos se centraron en el tema de la voluntad, al afirmar que la diferencia entre el dolo y la culpa era la falta de voluntad.

A partir de la doctrina de la acción finalista desarrollada por el alemán Han Welzel, se logró una mayor precisión en punto al delito culposo; señalando puntualmente que, en los delitos imprudentes el reproche se produce no en el desvalor de la acción, sino en el desvalor del resultado.

En la práctica, el delito culposo se tipifica, cuando el autor no tiene la intención de producir el resultado típico, pero que finalmente se realiza al no observar el cuidado debido; esto es, se produce una divergencia fáctica entre la acción emprendida por el autor y el resultado no deseado, pero que pudo evitarse si se hubiera tenido el cuidado necesario.

La teoría del cuidado debido o necesario que se atribuye a la teoría final de la acción, constituyó un paso determinante de cara al delito culposo o imprudente, que precisó que, el desvalor de la acción en los delitos imprudentes surge al no observarse el cuidado debido; y que, como

consecuencia de la inobservancia del cuidado debido, se produce el resultado típico.

En punto a los elementos del delito culposo, debe señalarse que, de entrada debe militar la ausencia de dolo.

“Como elementos del tipo culposo se tienen: a) El sujeto activo. b) Un deber objetivo de cuidado, el cual se determina con criterios generales. c) La conducta que viola el deber de cuidado, que se determina con criterios individuales. d) La previsibilidad y evitabilidad del resultado como secuela de la violación del deber de cuidado, el cual se determina con criterios individuales y e) La imputación jurídica del resultado. Como se puede ver, el tipo culposo a semejanza del doloso tiene una faz subjetiva y una objetiva”¹⁹

A. SUJETO ACTIVO

Los delitos culposos se estructuran de forma parecida a los dolosos y comportan elementos objetivos y subjetivos. Los objetivos hacen referencia a todos aquellos aspectos fácticos, normativos (deber de cuidado), de circunstancias de tiempo, modo y lugar, esto es, los elementos descriptivos que hacen parte del tipo objetivo (resultado, causalidad); en cambio el

19. Jesús Orlando Gómez López, Teoría del delito (2003)

elemento de la previsibilidad del resultado, a partir del conocimiento del deber de cuidado que ha sido transgredido, hace parte del tipo subjetivo.

El sujeto activo puede ser simple o calificado (fuga culposa, artículo 450 del C.P.). Es fundamental precisar que la calidad de sujeto activo la determina, el deber objetivo de cuidado, esto es, quien estaba obligado a observar el deber objetivo de cuidado; por esto el autor es quien determina el resultado con su actuar imprudente y haber violado su deber objetivo de cuidado.

“En el caso de la **coautoría culposa** el deber objetivo de cuidado debe darse para varias personas que en la situación concreta están obligados a vigilar una situación de riesgo, o a observar una medida de precaución, por lo tanto la coautoría culposa presupone varias personas en situación de obligados a observar un deber objetivo de cuidado”²⁰.

En el delito culposo no pueden darse la complicidad ni el instigador; sin embargo, cuando alguien dolosamente instiga a otra persona a que incurra en la violación de un deber objetivo de cuidado, será responsable como determinador doloso; la complicidad es una acción accesoria dolosa, ya que el cómplice doloso se supone que conoce de la realización de una conducta dolosa; además, debe precisarse lo preceptuado por el artículo 21 del estatuto penal.

²⁰ Ricardo Robles, Participación en el delito e imprudencia, pag. 200

COAUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN EL TIPO CULPOSO

Realiza el tipo culposo, quien estando obligado a observar un *deber de cuidado* no lo hace. Por lo anterior es posible la coautoría en el injusto culposo; esto es, que varios sujetos concurren conscientemente a la violación del deber de cuidado que la ley o los reglamentos le exigen, según el caso. Esto es, la ejecución común de la imprudencia que genera el resultado, como sería el caso de varios funcionarios de prisiones que descuidan simultáneamente al prisionero y este se les escapa.

La complicidad y/o la participación no son posibles en la culpa, dado que estas modalidades de participación son fundamentalmente dolosas. Tampoco cabe la complicidad culposa en hecho doloso, ni complicidad culposa en hecho principal doloso.

La evolución que ha tenido en nuestra legislación, y muy especialmente en la Jurisprudencia y la Doctrina, la concepción teórica sobre la imprudencia como forma de culpabilidad, incluso durante la vigencia del Decreto Ley 100 de 1980; constituye un hito muy importante en la teoría del delito.

En el artículo 37 del decreto ley 100 de 1980 aún imperaba la concepción clásica que consideraba la imprudencia como una forma de culpabilidad cimentada en criterios subjetivos.

Según lo ha expresado la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en diversos pronunciamientos, su concepción se fue desplazando hacia criterios meramente objetivos en punto a la realización del delito culposo.

Esta postura de la Corte, explicada en la Sentencia 27388 de 2007, se fundamenta, en la concepción de la escuela finalista de Hans Welzel; referida al concepto de *la infracción al deber objetivo de cuidado*.

Según la Corte, ya lo esencial de la culpa no residía en “actos de voluntariedad del sujeto agente, como se consideraba en la concepción clásica, sino en el desvalor objetivo de la acción por él realizada, siempre y cuando estuviera acompañada del resultado típico, es decir, del desvalor del resultado”.

Con el nuevo Código Penal, ley 599 de 2000, el legislador, al decir de la Corte acogió sus planteamientos teóricos, y en el artículo 23 del mencionado estatuto, definió la conducta culposa como aquella que produce un resultado típico mediante la infracción a un deber objetivo de cuidado.

La teoría de la imputación objetiva, desarrollada esencialmente por los profesores alemanes Claus Roxin y Günther Jakobs, según la Corte, se ha venido imponiendo en la Jurisprudencia nacional, y parafraseando a Roxin,

indica que: “para constatar la realización imprudente de un tipo no se precisa de criterios que se extiendan más allá de la teoría de la imputación objetiva”²¹

En punto al tema de la Coautoría, a que se refiere este apartado del presente trabajo, y que, evidentemente no constituye el eje sobre el cual gira, sino un acápite teórico, dentro del contexto de nuestro tema: la *infracción al deber objetivo de cuidado en la actividad automotor*, es obvio que en desarrollo de la teoría Welzeniana del deber objetivo de cuidado, en lo que atañe a la coautoría y la participación, se sigue por la misma cuerda. Tal y como lo ilustra la Corte en el pronunciamiento precitado (Sentencia dentro del proceso 27388 de 2007: “En términos de la teoría de la imputación objetiva, lo anterior implica, entre otras cosas, que para la realización de un mismo resultado pueden concurrir en la creación del riesgo de manera individual o conjunta en comportamiento de varias personas, sin importar que siempre se las trata como autoras”).

Lo fundamental es que la administración del riesgo puede corresponderle a varias personas, en dado caso, se tratan conjuntamente todos los partícipes; por lo tanto la coautoría si se puede plantear en el delito imprudente.

“Pero a nuestro juicio si es posible la *autoría mediata culposa* o sea cuando una acción imprudente determina el movimiento o conducta imprudente de un

²¹ Sentencia proceso 27388 de 2007 Sala Penal Corte Suprema de Justicia

tercero que genera el resultado típico, de suerte tal que el evento viene causalmente determinado por la primera culpa. Así ocurrirá cuando un conductor embriagado que irrumpe a gran velocidad en contra vía determina que otro conductor para esquivar la peligrosa colisión tenga que realizar una desesperada maniobra arrollando sin proponérselo a un peatón; de igual forma cuando un agente de circulación, quien se encuentra ebrio da indicaciones erradas en el tráfico automotor originando un accidente”²²

B. EL DEBER OBJETIVO DE CUIDADO

“Es el punto de partida del tipo culposo, por la naturaleza del cuidado a observar en una determinada actividad (medicina, conducción de máquinas, cuidado de personal de reclusos, administración de recursos del Estado, la explotación de yacimiento minero o de hidrocarburos, cuidado de los recursos naturales, etc.) no es posible que la ley penal señale en el tipo cual era el deber de cuidado, por lo tanto el Juez deberá completar este elemento en “blanco” o de reenvío deduciéndolo de las normas descritas o de tradición que regula la respectiva actividad o de los usos o normas de experiencia a observar por una persona prudente y diligente. De esta manera, el deber de cuidado se fija determinando cual era el exigido en el ámbito de relación”²³.

²² Jesús Orlando Gómez López, *ibidem*

²³ Jesús Orlando Gómez López, *ibidem*

Evidentemente, esta actividad de reenvío del Juez, genera una problemática que muchas veces se desarrolla en ámbitos de arbitrariedad y de discrecionalidad, ya que, aunque la doctrina claramente señala que el Juez no puede deducir de su íntima convicción el deber objetivo de cuidado, sino que se debe remitir a los reglamentos o usos que regulan la actividad de que se trate, el accionar del Juez en punto al deber objetivo de cuidado, en los delitos culposos constituye un espacio sumamente riesgoso, que inevitablemente debe ocurrir, por cuanto la norma penal no estaría materialmente en capacidad de señalar en cada caso cual es el deber objetivo de cuidado y se debe remitir a la reglamentación del oficio o actividad de que se trate.

“La ley penal vigente estableció como elementos del tipo culposo, la violación al *deber objetivo de cuidado*, para denotar que el deber vulnerado hace relación al cuidado y prudencia exigible en general en el tráfico humano, atendiendo sus particulares condiciones. En cambio el *deber subjetivo de cuidado*, es el exigible al autor concreto atendidas sus capacidades y limitaciones subjetivas; el deber subjetivo de cuidado atiende a las particularidades del autor, y se presentará violación, siempre que al agente se le pueda exigir personalmente, atendidas sus aptitudes, el cuidado debido. La violación del deber subjetivo y particular de cuidado, o sea el que al autor

concreto se le puede exigir, no resulta a nuestro juicio elemento del tipo, sino del juicio de culpabilidad”²⁴.

Cabe expresar que, la simple inobservancia de la norma de tránsito, por ejemplo (norma de cuidado), no significa automáticamente que haya culpabilidad por imprudencia en el caso concreto, pues para tales efectos hay que tener en consideración las circunstancias concretas, ya que la norma de cuidado está prevista para situaciones normales, por lo cual, puede ocurrir, que en determinada situación no sea correcto observar la norma genérica, sino que se impone no cumplirla.

“Como el deber de cuidado es un comportamiento que se exige observar a quienes realizan ciertas actividades; él, implica muchas veces la concurrencia de varios sujetos que deben observar cada uno un deber, por lo tanto su determinación, supone la apreciación de otros deberes concurrentes y simultáneos. Así el deber de cuidado de un cirujano se estructura en la situación concreta a partir de la confiabilidad de los informes de laboratorio; el deber de cuidado de un laboratorista se deriva de la lectura de los indicadores. El autor cumple el deber de cuidado realizando un

²⁴ Ibidem

comportamiento que habría observado un hombre razonable y prudente en el caso”²⁵.

Afirma el profesor alemán Günther Jakobs: “En lo que se refiere a la concreción del riesgo permitido, lo más adecuado es comenzar con una determinación negativa, puesto que ésta es la más exacta: deja de estar permitido aquél comportamiento que el derecho mismo define como no permitido, prohibiéndolo ya por su peligrosidad concreta o abstracta, incluso bajo amenaza de pena o de multa. A través de la creación de la prohibición de la puesta en peligro – que es al menos de carácter abstracto - , el comportamiento queda excluido del ámbito de lo socialmente adecuado, es definido como perturbación de la vida social, y ello, además, sin tener en cuenta el resultado del comportamiento, ya por la simple ejecución de un comportamiento configurado de ese modo. Hablando en términos ejemplificativos, esto significa lo siguiente: crea un riesgo no permitido quien conduce un automóvil estando ebrio, quien demasiado aprisa o infringe algún otro precepto que regule el tráfico rodado, en la medida en que tal precepto no solo pretenda facilitar la administración de ese ámbito vital, si no esté destinado a limitar el peligro – aunque solo sea abstracto - de que se produzca el resultado de un delito de lesión de modo correspondiente, se comporta de manera no permitida quien trata de modo contrario a las disposiciones

²⁵ Ibidem

pertinentes materiales venenosos o radiactivos o que entrañan otro tipo de peligro, o quien vende armas a personas no habilitadas para ello, también quien presta falso testimonio ante un tribunal, quien siendo comerciante no lleva libros de comercio...”²⁶

Agrega Jakobs: “Esta determinación desde el lado de lo no permitido es posible en muchos ámbitos vitales, especialmente en ámbitos genuinamente peligrosos, ya que en los Estados modernos lo que es susceptible de ser regulado, suele estarlo. El tráfico rodado, el tráfico aéreo, la manipulación de substancias peligrosas, la manipulación de alimentos, la construcción de un edificio y otras muchas áreas están aprehendidas jurídicamente de tal modo que cabe delimitar lo que no está permitido de lo que sí lo está, con cierta claridad.

Además esta cuestión plantea una problemática que hasta el momento no ha sido reconocida como tal y mucho menos formulada con exactitud: respecto de algunos ámbitos vitales puede advertirse que el Derecho, más exactamente el Derecho civil admite incluso en sujetos que son titulares del mismo rol distintos comportamientos como prudentes (al menos cumpliendo el límite mínimo), al considerar decisiva en cuanto criterio la “diligencia en asuntos propios”²⁷.

²⁶ Günther Jakobs, La imputación Objetiva en el Derecho Penal, pag 54

²⁷ ibidem

“El Derecho penal ha de asumir esta manera individualizada de determinar el cuidado debido, y ello por dos razones: en primer lugar la regulación civil no hace otra cosa que reflejar que, por lo general, socialmente se tiene en cuenta la configuración individual de usos en tales ámbitos, es decir, reproduce acertadamente lo que es socialmente adecuado (y no una mera expectativa de quedar libre de responsabilidad), y, en segundo lugar, aunque se trate de una mera exención de responsabilidad, sería una conclusión chocante querer intervenir a través del Derecho penal en un ámbito en que la víctima ni siquiera puede exigir la reparación civil del daño”²⁸.

Después de estas descripciones realizadas por el eminente profesor alemán, no cabe duda de su visión eminentemente expansionista del derecho penal, y, aunque manifieste la innecesaria intervención del Derecho penal en ámbitos civiles, es manifiesta su perspectiva de una regulación de control absoluta en todas las dimensiones de la vida social, que, aunque parezca adecuada y necesaria en muchos ámbitos peligrosos, el fin último, la visión teleológica es la de someter todos los escenarios sociales posibles al control del derecho penal.

C. LA VIOLACIÓN AL DEBER DE CUIDADO

²⁸ Ibidem

Según el profesor Luzón Peña: “En la culpa el autor conoce cuál es el deber de cuidado en la situación concreta, se lo representa y no obstante ello, no coloca la diligencia de que es capaz, o conociendo cual era el deber de cuidado no se lo representa, y actúa sin prevenir ni representarse nada respecto del resultado lesivo. Si por el contrario el concreto cuidado que era necesario en el caso a examen era imprevisible, se estaría ante un hecho que escapa a la culpa. La acción culposa implica voluntariedad pero no intencionalidad, si bien la voluntad en la culpa se encamina a un evento atípico, la voluntad de realización de la acción (intervenir quirúrgicamente al paciente) conlleva un dejar de observar la prudencia por incuria o por una voluntad confiada; pero lo que no existe en la culpa es la voluntad de producir el resultado típico, por lo tanto presupuesto lógico de la culpa es la ausencia de dolo respecto del resultado típico”²⁹

Como quiera que el deber de cuidado es una forma de cuidado que la sociedad le exige al actor, el Juez por lo general tendrá que desarrollar una actividad de reenvío a la normatividad o reglamentación o la costumbre que regula la actividad dada. En todo caso el actor no revela en su accionar una intención dolosa.

²⁹ Luzón Peña, *ibidem*

D. LA PREVISIBILIDAD Y EVITABILIDAD DEL RESULTADO

PREVISIBILIDAD

“El resultado típico efectivamente producido debe ser un evento previsible y evitable; la esencia de la culpa precisamente consiste en no prever lo previsible”³⁰

Si el resultado se produce por factores causales imprevisibles o incontrolables no milita la culpa; de igual forma si a la culpa inicial del autor, se adiciona un elemento sobreviniente que determina el resultado; como sería el caso de la conducta dolosa de la misma víctima.

De otra parte se plantea la situación de si la previsibilidad que se exige es objetiva o por el contrario, es subjetiva, esto es, referida al autor específico.

Según Luzón Peña: “La fórmula de previsibilidad objetiva supone, si se aplica jurídicamente...un juicio del Juez sobre lo que en el momento de actuar hubiera podido prever el hombre – o en su caso el profesional inteligente y cuidadoso (el sujeto ideal, de comportamiento jurídicamente ideal), con el saber común de la época para ese hombre o profesional ideal, colocado en la posición del autor concreto”³¹

³⁰ Quintero Olivares, Manual, pag., 357

³¹ Luzón Peña, Ibidem

Para otros autores, entre ellos, el profesor Jesús Orlando Gómez López (Teoría del delito, 2003) la previsibilidad requerida es de tipo subjetivo, referida al sujeto concreto, y teniendo presente sus especiales conocimientos y aptitudes (Rol); ya que, la negligencia es referida a las posibilidades especificadas del autor, al esfuerzo personal que podía realizar y no realizó; y no a las posibilidades *del hombre común o medio*.

“Previsibilidad es la característica del resultado en el sentido de que el autor habría podido representarse efectivamente el posible resultado típico; como se trata de la cognoscibilidad del resultado propio del tipo, es a nuestro juicio de una previsibilidad en concreto, pues el autor solo falta a la anticipación del resultado, cuando él lo habría podido prever. La ley exige para la culpa que el autor “debió haber previsto” el resultado por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo, con lo cual señala, que se trata de un conocimiento actualizable, esto es que el autor podía representarse y no obstante no lo hizo.

La imprevisibilidad del resultado puede originarse en un desconocimiento de los medios utilizados en la acción o de que el evento es en concreto imprevisible para el autor, pues en tal situación se presentaría un verdadero caso fortuito o sea un hecho que resulta imprevisible o inevitable.

Cuando el resultado ha sido previsto – culpa consciente o con previsión – la acción está acompañada de un efectivo elemento psíquico, pero se diferencia del dolo, en que, en la culpa el autor pese a prever el hecho no lo quiere y obra con una voluntad confiada en que lo evitará; pero de todas formas en la culpa

la falta de previsión genera un riesgo para el bien produciéndose el resultado precisamente por el riesgo que engendra la falta de previsión o la previsión confiada”³²

EVITABILIDAD

“El resultado típico debe ser además evitable, esto es que el autor haya podido y debido evitar el resultado atendiendo a su previsibilidad y posibilidad de control. Si el resultado no podía evitarse, pese a su previsibilidad el evento no es imputable a culpa o negligencia del autor, pues el derecho penal no puede imponer lo que supera las posibilidades humanas. La evitabilidad del resultado es un factor que debe medirse con referencia a la capacidad del autor y a lo que a éste se podía exigir en el ámbito de la situación. Si bien la exigibilidad de un comportamiento es elemento propio del juicio de culpabilidad, la ley en forma expresa ha incluido la evitabilidad del resultado como elemento propio de la estructura del tipo culposo; de lo anterior se deduce que si el resultado

³² Jesús Orlando Gómez López, *ibidem*

era en concreto inevitable para el autor, se está en presencia de un caso fortuito”³³

En relación con lo que Günther Jakobs denomina las compensaciones, de cara a los estándares fijados por el derecho penal (Günther Jacobs, *La imputación objetiva en derecho penal*, 2004), esto es, la posibilidad de parte del autor de apartarse de los estándares o parámetros fijados en la ley en relación con conductas inadecuadas socialmente, atendiendo ciertas compensaciones, Jakobs rechaza esta posibilidad, y afirma que no importa que el sujeto trate de compensar el peligro con medidas adicionales, si ha violado la regla jurídica.

“En lo que se refiere a los estándares fijados por el Derecho, esto es, las normas contra las puestas en peligro *abstractas*, eliminan de manera radical un determinado tipo de comportamiento del ámbito de lo socialmente adecuado; precisamente por esta razón se trata de evitar puestas en peligro abstractas. Por lo tanto, si el sujeto que ejecuta el comportamiento no respeta estas reglas jurídicas, su actuar no se convierte en socialmente adecuado por el hecho de que en él se incluyan elementos destinados a compensar el peligro. Desde luego, un conductor experimentado y atento sigue conduciendo un automóvil con mayor seguridad que un principiante, aun si se haya ligeramente ebrio o supera el límite de velocidad, etc. Sin embargo, su comportamiento, a pesar de ello, no está permitido, mientras que el principiante sea sólo eso, es decir, un principiante inseguro que no cometa actualmente un error, permanece en el

³³ Ibidem

ámbito de lo permitido; pues la prohibición de la puesta en peligro abstracta discrimina un determinado tipo de comportamiento y no un determinado nivel de riesgo³⁴

Este planteamiento de Jakobs, evidentemente representa una afirmación poco pacífica y comporta una complejidad empírica solo superable desde la perspectiva normativista del alemán.

E. LA IMPUTACIÓN JURÍDICA DEL RESULTADO

Según la dogmática el delito culposo es de resultado, es decir, que milita la culpa si efectivamente se produce la lesión al bien jurídico protegido por el tipo penal.

“Como ya se ha dicho las acciones imprudentes solo son castigadas, por imperativo del principio de intervención mínima, del derecho penal, en la medida en que se producen determinados resultados. El desvalor de la acción (la acción imprudente) no es, por sí, suficiente para determinar una sanción penal, es preciso, además, que se conecte con el desvalor del resultado (la producción de un resultado prohibido).

La producción del resultado es el “componente de azar” de los delitos imprudentes, porque solo cuando existe pueden ser estos castigados, por más que la acción imprudente sea la misma, se produzca o no se produzca el

³⁴ Günther Jakobs, *ibidem*

resultado. Pero esto no quiere decir que el resultado sea una pura *condición objetiva de penalidad* y que basta que se produzca, aunque sea fortuitamente, para que la acción imprudente sea ya punible. El resultado para ser imputado al autor de la acción imprudente, debe estar en una determinada relación con esta y ser la consecuencia lógica del peligro inherente o creado por la acción misma.

En los delitos imprudentes de resultado lesivo debe mediar, por tanto, entre la acción imprudente y el resultado lesivo, en primer lugar, una relación de causalidad, es decir, una conexión que permita imputar ya en el plano objetivo ese resultado concreto que se ha producido, al autor de la acción imprudente realizada³⁵.

En el derecho penal colombiano los delitos culposos deben estar expresamente consagrados en la ley penal- *numerus clausus*- (artículo 21 del C.P.)

En el delito imprudente, es esencial la relación de causalidad entre la conducta imprudente y el resultado lesivo ocasionado. Lo cual quiere significar que el resultado típico lesivo debe estar íntimamente conectado con la violación al deber objetivo de cuidado.

Si la acción imprudente ocasiona varios resultados típicos, habrá en consecuencia concurso de delitos culposos (ej: varios homicidios en accidente

³⁵ Francisco Muñoz Conde, *ibidem*

de tránsito por conducta imprudente-embriaguez-), ya que varios bienes jurídicos tutelados han sido vulnerados con la acción imprudente (vida).

“Se ha dicho que el tipo culposo es de resultado o sea que solo existe culpa si se produce la lesión al bien jurídico tutelado previsto en la norma. Si la acción imprudente generó peligro de producción del resultado, la acción es atípica pues el resultado es elemento imprescindible de la culpa, por lo mismo debe producirse la muerte, lesión personal, la pérdida de los bienes administrados, contaminación ambiental, daño a los recursos naturales, fuga del detenido, etc. Si no se producen todos los elementos objetivos que integran el tipo culposo, la acción será atípica, pues en la culpa no es posible la tentativa”³⁶

LA IMPRUDENCIA EN LA DOGMÁTICA NEOCLÁSICA

En el esquema neoclásico, que se fundamenta en la filosofía neokantiana, apartándose del naturalismo, sustenta el derecho en valores supremos.

“Con relación a la *culpabilidad* también se encontró que esta no era enteramente una relación subjetiva, pues en casos como la culpa sin

³⁶ Jesús Orlando Gómez López, *ibidem*

representación, no existe nexo psicológico con el resultado y sin embargo había culpabilidad...³⁷.

“Por lo mismo, primero Frank hacia 1907 y luego hacia 1930 Mezger, encontraron que la separación entre injusto y culpabilidad no puede mantenerse sobre la diferenciación objetivo y subjetivo, entonces la distinción radicaba en que en el injusto se valora el acto desde el punto de vista de la dañosidad social, y al apreciar la culpabilidad se valora como reprochabilidad, es decir que la culpabilidad es *más un desvalor* que algo psicológico, chocándose así los fundamentos para la *concepción normativa* de la culpabilidad propuesta por Frank y Goldschmidt³⁸”

Por tanto, según Dohna, culpabilidad es la determinación de la voluntad contraria al deber.

LA IMPRUDENCIA EN EL NORMATIVISMO

La Concepción del injusto penal, desarrolló varios elementos complementarios de tipo normativos y elementos subjetivos. El concepto causal entra en crisis.

³⁷ Dohna A., La estructura de la teoría del delito, pag. 60

³⁸ Frank, Acerca de un concepto normativo de la culpabilidad, citado por Jeschek, pag. 280

La culpabilidad es apreciada en el normativismo como un concepto valorativo, juicio de desvalor que puede ser, puro, mixto o complejo, integrado por elementos naturalísticos y/o elementos normativos.

El sujeto es culpable del injusto cuando se le puede hacer un reproche por haber incurrido en el hecho.

“J. Goldchmit pretendió dar fundamento al reproche de culpabilidad en la “infracción de una específica norma de deber”; junto a la norma jurídica que impone un comportamiento, existiría implícitamente una “norma de deber” que impondría a cada cual disponer su conducta interna de modo necesario para que se pueda corresponder con las exigencias impuestas por el ordenamiento jurídico a su conducta externa”³⁹

“La teoría normativa ve a la culpabilidad como un concepto cultural valorativo, mixto o puro según las diferentes tendencias, pero en esencia la culpabilidad es en esta construcción un “juicio de valor” integrado por elementos naturalísticos y/o elementos normativos, valorativos, por lo mismo culpabilidad es reproche, es decir, “desvalor”. Según Reinhard Frank, la culpabilidad sería una *relación psicológica (entre autor y resultado) reprochable*; es algo más que dolo o culpa, pero también algo más que simple reproche.

En nuestra opinión, el concepto normativo de culpabilidad como reprochabilidad no obstante ser un juicio jurídico de desvalor, no puede

³⁹ Jesús Orlando Gómez López, *ibidem*

ocultar un contenido ético, pues se le reprocha no haber adoptado unos moldes exigidos de comportamiento conforme a valores, lo cual presupone una sociedad legitimada para reprochar al hombre por sus actos, lo que no siempre ocurre con nuestras sociedades latinoamericanas”⁴⁰

EL DELITO CULPOSO EN LA TEORÍA FINALISTA

“Tradicionalmente la culpa era ubicada por la concepción tradicional subjetiva como una forma de culpabilidad, el finalismo consecuente con su posición de la acción y el tipo objetivo-subjetivo la ubica en el tipo; pero la esencia de la culpa estriba en la divergencia entre la acción realmente emprendida y la que debía haber sido realizada en virtud del cuidado necesario en el tráfico, por lo mismo la culpa consiste en el <*desvalor de la acción*>, en tanto que el desvalor del resultado producido tiene una significación restrictiva, delimitadora, al destacar entre las conductas que no responden al cuidado debido aquellas que tienen relevancia para el Derecho penal”⁴¹.

⁴⁰ Jesús Orlando Gómez López, *ibidem*

⁴¹ Hans Welzel, *El nuevo sistema del derecho penal*, pag. 69

Por lo anterior se entiende que el punto de partida del finalismo es la violación al deber de cuidado; lo que conlleva a que la relevancia típica se determina sobre el desvalor del resultado.

Inicialmente se entendió que la culpa era una estructura diferente a la acción culposa, pero Welzel posteriormente reformuló su concepción y llegó a la conclusión que en los delitos dolosos la finalidad coincide con el fin tipificado, en los delitos culposos también existe una actividad final, solo que la finalidad se determina, atendiendo no al resultado producido, sino al objetivo perseguido por el autor, en el delito culposo la finalidad es completamente diferente a realizar el resultado típico: llegar con el coche rápido a un lugar determinado, y matar a una persona por exceso de velocidad es una acción final, no se trata de una acción final de matar, sino de llegar rápido a un lugar determinado, por lo tanto la acción final es la base de los delitos dolosos y culposos.⁴²

EL DELITO IMPRUDENTE EN LA DOGMÁTICA NORMATIVA

“Luego de Welzel, la dogmática alemana se caracteriza por un eclecticismo y por el rechazo a una fundamentación ontologista del derecho penal, siendo marcada la tendencia hacia construcciones normativistas y teleológicas que

⁴² Han Welzel, *ibidem*

parten de la relación existente entre el hecho y la pena; no se parte de un concepto de acción como base del delito, sino del concepto de *realización típica*; así mismo se integra el dolo en el tipo (salvo la concepción de Gallas que ubica el dolo tanto en el tipo como en la culpabilidad), como también se entiende que el tipo penal conlleva o expresa el injusto, el cual es comprendido como injusto personal, se distingue entre error de tipo y error de prohibición; la culpabilidad se aprecia como un concepto normativo.

No obstante que existen autores como Baumann, que continúan con la construcción clásica del delito ubicando el dolo y la culpa en la culpabilidad, ésta se considera como un desvalor normativo, hasta llegar a las concepciones normativas funcionalista de Jakobs. En el derecho alemán contemporáneo se introduce como criterio de imputación objetiva del resultado el principio del riesgo o de incremento del mismo, desplazando prácticamente la relación de causalidad, en tanto se discute la ubicación del error acerca de las circunstancias de justificación.

El panorama actual si bien no es de predominio, si es de gran influencia de los sistemas teleológicos o funcionalistas, bien por la vía de Roxin quien orienta el derecho penal sobre el presupuesto de la Política Criminal y los fines del derecho penal, apartándose de las estructuras lógico-objetivas o bien por el camino de Jakobs, quien niega que el derecho penal esté vinculado por las realidades ontológicas, y construye una teoría del delito puramente normativa; para el citado autor los conceptos de acción, culpabilidad, dolo, culpa no poseen una estructura prejurídica, sino que sus contenidos vienen dados por la

normatividad penal; así las cosas, las ideas de Roxin están innegablemente emparentadas con el funcionalismo de Jakobs el cual por cierto plantea una posición mucho más radical”⁴³

“La cuestión de cómo se ha de determinar y como se ha de delimitar el dolo eventual frente a la imprudencia (consciente) no solo posee una extraordinaria importancia práctica, sino que es considerada también “una de las cuestiones más difíciles y discutidas del Derecho penal”. Nos acercaremos a ella a partir de un caso que influyó de manera esencial en la discusión en la postguerra.

Ejemplo 6: K y J querían robar a M. Decidieron estrangularlo con una correa de cuero hasta que perdiera el conocimiento y sustraerle entonces sus pertenencias. Como se percataron de que el estrangulamiento podría conducir en determinadas circunstancias a la muerte de M, que preferían evitar, resolvieron golpearle con un saco de arena en la cabeza y hacerle perder la conciencia de ese modo. Durante la ejecución del hecho reventó el saco de arena y se produjo una pelea con M. Entonces K y J recurrieron a la correa de cuero que habían llevado por si acaso. Hicieron un lazo en torno al cuello de M y tiraron de ambos extremos hasta que aquél dejó de moverse. Acto seguido se apoderaron de las pertenencias de M. A continuación les surgieron dudas sobre si M estaría aún vivo y realizaron intentos de reanimación, que resultaron inútiles.

⁴³ Jesús Orlando Gómez López, *ibidem*

¿Existe aquí una muerte doloso-eventual y por tanto un asesinato o sólo un homicidio imprudente? Para responder esta cuestión se ha de recurrir a la diferencia material que existe entre dolo e imprudencia y que se caracterizó señalando que el dolo es “realización del plan”, mientras que la imprudencia consciente es solo “negligencia o ligereza”. Si se parte de este criterio directriz, se puede reconocer que se trata aquí de un caso límite pero que hay que ubicar (precisamente aún) en el dolo eventual.

Pues los sujetos no actuaron de manera descuidada e irreflexiva, sino que, se dieron perfecta cuenta de que su actuación podría conducir fácilmente a la muerte de M y precisamente por eso renunciaron a ese plan. Cuando después, al fracasar el plan sustitutivo, volvieron al proyecto original, se arriesgaron conscientemente a la muerte de M, por muy desagradable que les resultara tal consecuencia. “Incluyeron en su cálculo” la –eventual—muerte de la víctima, la hicieron parte integrante de su plan y, en esa medida, la “quisieron”⁴⁴.

“Dos posiciones caracterizan el pensamiento de Roxin, en cuanto a la teoría del delito: la primera es la teoría de la *imputación al tipo objetivo*, en la cual se desplaza la relación causal del resultado por la realización de un riesgo no permitido dentro del fin de protección de la norma; la segunda posición doctrinal del teleologismo roxiniano es el cambio de la culpabilidad por la categoría de la *responsabilidad penal*, para Roxin la culpabilidad es condición

⁴⁴ Claus Roxin, Derecho Penal Parte General, 424 y 425

necesaria pero no suficiente para el delito, a la culpabilidad debe agregarse siempre la necesidad preventiva de la sanción penal, solo de la concurrencia de estas dos condiciones puede originarse la responsabilidad penal”.⁴⁵

Günther Jakobs quien representa la línea radical del llamado *funcionalismo normativo*, no plantea un cambio en la estructura formal de la teoría del delito, sino que pretende dar nuevos contenidos a esos elementos, contenidos que vendrían vinculados a las funciones del derecho penal y de la pena y a una dependencia de las definiciones normativas. Esta visión *normativista y teleológica* no acepta como sí lo hace el finalismo, que el sistema penal esté vinculado a las realidades ontológicas previas, conceptos como la acción, la causalidad, el dolo, poder, capacidad, etc. (que el finalismo considera como estructuras lógico reales de contenido prejurídico).

La conducta típica presupone, por lo tanto, la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado. Esto tiene igual validez tanto para los delitos culposos como para los dolosos; así, “una conducta solo puede ser imputada cuando ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado que se concreta en la producción del resultado”. Con relación a la imputación, es clásico su concepto sobre la imputación objetiva del comportamiento e imputación objetiva del resultado. Sólo aquello que es objetivamente imputable puede denominarse en sentido general “acción”; para la imputación objetiva de

⁴⁵ Jesús Orlando Gómez López, *ibidem*

comportamientos, Jakobs, propone cuatro instituciones o principios para determinar la tipicidad de la acción: *el riesgo permitido, principio de confianza, actuación a riesgo propio de la víctima y prohibición de regreso*⁴⁶.

“El presupuesto básico de la imputación objetiva con relación a que la vida social por definición extraña riesgos cuyo desencadenamiento no ha de ser ilícito, en la medida en que no puede prescindirse de la vida en sociedad, es sistematizado mediante el instituto del *riesgo permitido*. En su conformación y justificación el riesgo permitido responde directamente al postulado de que la sociedad no es un mecanismo de protección de bienes sino que es un contexto de interacción. Dado que no es posible la interacción sin la constante puesta en peligro de bienes- piénsese en el riesgo de transmisión de enfermedades que comporta un simple darse la mano, o el peligro de intoxicación oculto en la más trivial ingesta de alimentos-, ciertos riesgos han de ser irremediabilmente tolerados. De sus reglas debe desprenderse, pues, ese riesgo vital general, ubicuo e insoslayable, así como los riesgos que deben ser aceptados según la conformación de cada contexto específico. En este sentido último, se trata de la integración de los tipos penales con las reglamentaciones estatales para ámbitos especialmente peligrosos- el caso paradigmático es el del tráfico vial-, con las *leges artist* en los casos de actividades profesionales regladas de ese

⁴⁶ Jesús Orlando Gómez López, *ibidem*

modo, o bien de la formulación de estándares de cuidado adecuados en los ámbitos no regulados”⁴⁷

La teoría de Jakobs de los estándares personales y roles que deben ser cumplidos por determinadas personas en orden a las posiciones que ocupan en el contexto de la interacción social constituye una concepción extremadamente peligrosa que deriva la perspectiva del control social a extremos insospechados; mediante una atribución teleológica al derecho penal para controlar a las personas en sus más mínimas relaciones familiares y sociales.

De cierta forma Jakobs parte de la teoría de la división social del trabajo, del reparto del trabajo y aborda la construcción de una teoría del derecho penal que se ocupa de crear estándares normativos para cada ciudadano; quien tiene que preocuparse de cumplir su rol dentro de los estrictos marcos visualizados como un autómatas jurídico al servicio de los intereses del Estado y de los grupos que lo controlan.

Su “extraña” teoría de carácter expansiva visualiza la vida social desde la figura que él denomina “*riesgo permitido*” que no es más que el estrecho límite que le traza la norma al individuo en el discurrir de su vida profesional, cultural, comercial, económica, etc. Con una visión que aparenta un falso garantismo afirma que los diversos roles, en su teoría, gozan de un margen

⁴⁷ Marcelo Ferrante, Una introducción a la teoría de la imputación objetiva, pag. 88

residual del riesgo permitido; que la norma deberá respetar, tal y como él lo expresa “*al menos en el caso normal*”.

Para Jakobs, quien no se sale de su rol según el estándar y obra dentro del riesgo permitido no es imputable del resultado lesivo.

Esta concepción evidentemente violatoria de los postulados del Estado Social Democrático de Derecho no reconoce parámetros garantistas, y no traza límites a su peligroso concepto acerca de la restitución de la confianza y fidelidad en el derecho. En palabras del profesor Jesús Orlando Gómez: “lo grave es que la culpabilidad no dependería de lo que uno haga y como lo haga, sino de lo que al legislador y al Juez les parezca necesario para el restablecimiento de la confianza en el ordenamiento”.⁴⁸

LA ANTIJURIDICIDAD EN LA CULPA

“El término antijuridicidad expresa la contradicción entre la acción realizada y las exigencias del ordenamiento jurídico. A diferencia de lo que sucede con otras categorías de la teoría del delito, la antijuridicidad no es un concepto específico del derecho penal sino un concepto unitario, válido para todo el ordenamiento jurídico, aunque tenga consecuencias distintas en cada rama del mismo.

⁴⁸ Jesús Orlando Gómez López, *ibidem*

El derecho penal no crea la antijuridicidad sino que selecciona, por medio de la tipicidad, una parte de los comportamientos antijurídicos, generalmente los más graves, conminándolos con una pena. Normalmente la realización de un hecho típico genera la sospecha de que ese hecho es también antijurídico (función indiciaria de la tipicidad); pero esta presunción puede ser desvirtuada por la concurrencia de una causa de justificación excluyente de la antijuridicidad. Si no concurre ninguna de estas causas, se afirma la antijuridicidad y el siguiente paso es, entonces, la constatación de la culpabilidad del autor de ese hecho típico y antijurídico”⁴⁹

La antijuridicidad en la acción, es en realidad su naturaleza contraria a la normatividad penal, sin que concurra un elemento que justifique el comportamiento ilícito (Por ej: la legítima defensa).

En el delito culposo, la antijuridicidad debe examinarse de cara al comportamiento del autor, cuando éste con su comportamiento omisivo lesione el bien jurídico protegido, al haber sobrepasado el riesgo socialmente permitido.

“La antijuridicidad en la acción culposa se presentará cuando la imprudencia ocasiona sin justa causa el resultado previsto en el tipo. Pero respecto de la culpa también es referible el concepto material de antijuridicidad el cual supone que la lesión al bien jurídico sea socialmente relevante, así como también que la violación al deber de cuidado sea importante o relevante. Para

⁴⁹ Francisco Muñoz Conde, *ibidem*

que la acción culposa sea antijurídica no basta cualquier imprudencia, siendo necesario que la violación al deber de cuidado sea grave, así como el resultado sea socialmente relevante por su lesividad. Por lo tanto en virtud del principio de antijuridicidad material y del derecho penal como última ratio, quedan excluidas de la antijuridicidad las imprudencias levísimas o insignificantes, lo mismo que los resultados culposos insignificantes”⁵⁰

REGLAS QUE IMPONEN EL DEBER OBJETIVO DE CUIDADO

EL PRINCIPIO DE DEFENSA

“El sistema de jakobs parte de la premisa de concebir que el derecho penal está orientado a *garantizar la identidad normativa*, a garantizar la constitución de la sociedad, a diferencia de nuestro punto de vista entiende el derecho penal como un sistema legal encaminado a proteger al individuo humano, al hombre como ser natural y como ser social, al hombre primero que al sistema. Por lo mismo con esa visión que ubica al sistema por encima de los individuos, no se entiende a la sociedad, como un sistema compuesto de sujetos, sino por personas en procesos comunicativos; es el < hombre comunicacional > el que

⁵⁰ Jesús Orlando Gómez López, *ibidem*

interesa al derecho penal, pues la sociedad es un contexto de comunicación que se estructura por normas o reglas de configuración”⁵¹

“La función del derecho penal es la de contradecir (negar) a su vez la contradicción de las normas determinantes de la identidad de la sociedad, por lo tanto el derecho penal confirma, la identidad social, con lo cual se establece no otra cosa que una estructura hegeliana para el delito, el derecho penal busca negar la negación del derecho, y la pena es la negación de la negación del derecho. La pena es fundamentalmente un medio para mantener la identidad de los valores sociales, una auto comprobación o reafirmación del sistema social imperante, el derecho penal restablece en el plano de la comunicación la vigencia perturbada de la norma, esto es, que con la pena se restablece la identidad no modificada de la sociedad. Como se aprecia esta concepción no es otra cosa que la teoría de la << defensa social >> con otro nombre, y la pena se torna en un instrumento adecuado de autoafirmación de la vigencia de la norma, esto es de la vigencia de un sistema social de desigualdades, privilegios, violencia y discriminación (al menos en nuestro medio)”⁵²

Esta teoría parte del consenso social que legitima la defensa de los valores sociales establecidos mediante la normatividad penal, esto es, que la ley penal debe ser el reflejo de los valores sociales imperantes, y proceder a su defensa.

⁵¹ José Almaraz, Niklas Luhmann, La teoría de los sistemas sociales antes de la autopoiesis, 1997

⁵² Jesús Orlando Gómez López, ibidem

La norma penal está concebida exclusivamente para la defensa de los valores (intereses) sociales, económicos y políticos imperantes impuestos por el núcleo social dominante que controla el poder y tiene la facultad de criminalizar.

La concepción de Jakobs y sus seguidores apunta a considerar las *necesidades sociales*” desde las perspectivas de los intereses de la clase que controla el poder, a partir de una visión a ultranza del *consenso social*, que en realidad genera una periferia que no participa de tal *consenso* y actúa por fuera de éste autogenerando sus propias expectativas; quizás por fuera de la legalidad que el *consenso* de la minoría proclama.

EL PRINCIPIO DE CONFIANZA

“En el universo propio del riesgo permitido se valora la conducta de quien individualmente determina la producción del resultado, sin consideración de los aportes de otro.

Cuando el riesgo es administrado por varios intervinientes que acoplan o anudan sus aportes, las reglas del riesgo permitido deben ser completadas con otras. El primer grupo de ellas se desarrolla de la mano del instituto denominado *principio de confianza*. Con éstas se trata de determinar cuándo existe el deber de examinar la corrección de las conductas que se acoplan a las

propias, o bien cuando se puede confiar lícitamente en que ellas han sido llevadas a cabo adecuadamente, o que así se harán cuando acabe la propia. En los supuestos en los que existe un principio de confianza es lícito obrar *como* si los otros intervinientes obraran de modo correcto, aun cuando de hecho no lo hagan. Especialmente problemática es aquí la cuestión de si se trata de una confianza contrafáctica fundada en la normatividad del derecho y, en su caso, cuáles son sus límites. Personalmente, me inclino por darle ese carácter. Véase con el siguiente ejemplo: el conductor se acerca a una bocacalle en la que él posee derecho de paso y ve que, por la calle transversal, se aproxima otro automóvil que llegará a la encrucijada en el mismo momento que él. Si el autor pretendiera resguardar sus bienes- y la acción transcurriese en Buenos Aires- debería frenar al llegar a la esquina y conciliar con el otro conductor, mediante rápidas señas, un modo de resolver el conflicto.

Pero si ninguno de los dos reflexionara de ese modo, y ambos pretendieran imponer fácticamente su poder de paso, quien no tenía derecho de paso cargaría con la responsabilidad por la colisión, pues, por principio, la expectativa cognitiva acerca de que una norma jurídica será incumplida, aun cuando se funde en una enjundiosa experiencia, no resta valor obligante a dicha norma. Esto es así precisamente porque el derecho, ya de por sí, manifiesta que el otro *debe* hacer honor a la confianza *normativa* que en él deposita, sin que quepan contraargumentos probabilísticos, pues las normas jurídicas se formulan de modo contrafáctico y su vigencia se desenvuelve en el plano del *deber ser*. El principio de confianza se anuda a sí al presupuesto

básico de la imputación culpabilista: el hombre no sólo es capaz de cumplir con el derecho sino que, además, es su cometido procurarse buenos motivos para cumplir con sus normas. De otro modo, no habría lugar para esperar que cumpliera’’⁵³

De lo que se trata en punto al principio de confianza, es que, cada persona pueda ser responsable de sí misma y desempeñar su rol de la forma en que la comunidad espera que lo desempeñe. Esto es, que las demás personas no tengan a su cargo el control del resto de los asociados para que se desempeñen como debe hacerlo; sino que exista un autocontrol.

Suelen plantearse casi los mismos ejemplos: el del cirujano que al practicar una operación confía en que la persona encargada de hacerlo, haya esterilizado correctamente el instrumental quirúrgico; o en el tráfico rodado el conductor que tiene confianza al atravesar un cruce de semáforo en verde, confía en que el conductor que avanza por la otra calle respetará la luz roja y no cruzará irresponsablemente en rojo.

PRINCIPIO DEL RIESGO

CONCEPTO

⁵³ Marcelo Ferrante, Una introducción a la teoría de la imputación objetiva, universidad Externado de Colombia, 1998

“Todo contacto social entraña un riesgo, incluso cuando todos los intervinientes actúan de buena fe: a través de un apretón de manos puede ser que se transmita, a pesar de todas las precauciones, una infección; en el tráfico rodado puede producirse un accidente que era inevitable, al menos mientras exista tal tráfico; un alimento servido por alguien puede estar en mal estado sin que sea posible percibirlo; una anestesia indicada medicamente y realizada conforme a la *lex artis* puede provocar una lesión; un niño puede tener un accidente en su camino a la escuela aunque en éste se hayan establecido medidas de seguridad adecuadas y, al menos para personas de edad, puede que un acontecimiento que es motivo de alegría sea demasiado excitante. Esta constatación trivial, sin embargo, no conduce a la conclusión de que deben evitarse tales contactos sociales, desde el contacto corporal, pasando por el tráfico rodado, la invitación a comer y beber, el tratamiento médico y que los niños acudan a la escuela hasta provocar alegría, y ello por una doble razón: en primer lugar, renunciando a tales contactos en la mayoría de los casos no se obtiene un balance positivo- el ermitaño probablemente sólo vive sano y feliz en la leyenda-, y, en segundo lugar, y sobre todo por regla general, no hay alternativa a estos contactos: ¿quién puede permitir convertirse en ermitaño?.

Puesto que no es posible una sociedad sin riesgos y no se plantea seriamente la renuncia a la sociedad, no puede haber una garantía normativa de total ausencia de riesgos, sino que, por el contrario, el riesgo inherente a la configuración social irremediabilmente ha de tolerarse, y ello como *riesgo*

permitido. Para no desbordar la exposición, resulta conveniente limitar el análisis a aquellos casos en los que la persona cuyo comportamiento se enjuicia es el último sujeto responsable en la cadena de causantes y, en este sentido, ejecuta el comportamiento arriesgado; habiendo otros sujetos responsables que actúan con posterioridad, esto es, si el actuar de la persona en cuestión precede al comportamiento de otro que ejecuta, puede que deban tomarse en consideración determinadas reglas especiales o, al menos, modificaciones de las reglas que han de desarrollarse aquí, por ejemplo, relativas al principio de confianza o a la prohibición de regreso.

“Riesgo permitido”: este término suena como un concepto formal del que no cabe extraer nada acerca de las razones del permiso; hablando en términos ejemplificativos, es sabido que también una situación de legítima defensa permite el riesgo de lesión del atacante con ocasión de la defensa necesaria, o una situación de estado de necesidad el riesgo de que resulten lesionadas terceras personas. Sin embargo, en la presente exposición únicamente se trata del permiso de aquél riesgo que se halla vinculado necesariamente a la configuración de la sociedad; por tanto, se trata de una concreción de la adecuación social. No se tendrán en cuenta las situaciones de justificación. El riesgo permitido no se refiere a la disolución de una colisión de bienes, sino a la fijación de lo que es el caso normal de interacción, ya que la sociedad de

cuyo caso normal se trata no es un medio para obtener la protección de bienes, sino un contexto de interacción”⁵⁴.

El riesgo de producir una lesión no intencional a otro, es algo que objetivamente existe en el mundo social; y la sociedad reconoce que tal riesgo presentarse; es por ello que, de conformidad con las teorías planteadas por Jakobs sobre la imputación objetiva, la sociedad traza un límite al riesgo que puede tolerarse para que la interacción social no se detenga, no se haga imposible. Y es por ello que se considera dentro de la perspectiva de esta teoría que mientras el actor no se salga de su rol, según los estándares aceptados, no se le puede imputar un resultado lesivo.

RESPONSABILIDAD DE LA VÍCTIMA

“Finalmente con relación a la *competencia de la víctima* se indica: puede que la configuración de un contacto social competa no sólo al autor, sino también a la víctima y ello incluso en un doble sentido: puede que su comportamiento fundamente que se le impute la consecuencia lesiva a ella misma, y puede que se encuentre en la desgraciada situación de estar en la posición de víctima por obra del destino, por infortunio. Cuando la víctima da con su propio

⁵⁴ Günther Jakobs, La imputación objetiva en Derecho penal, pag. 46 y 47

comportamiento la razón para que la consecuencia lesiva le sea imputada a ella misma, se excluye la imputación del autor, igualmente cuando la víctima lesiona un *deber de autoprotección* o cuando acepta conscientemente una situación de riesgo, los resultados no son imputables a terceros; así, quien acepta un combate de boxeo, no tiene derecho a que no le produzcan lesiones, quien tiene trato sexual con una persona drogodependiente o que se prostituye, actúa, en lo que se refiere a un contagio con el virus del VIH, a propio riesgo”⁵⁵

En relación con este apartado sobre el riesgo de la víctima, realmente no hay un aporte novedoso, simplemente se realiza un desarrollo extenso acerca del riesgo permitido, de cara a la víctima, y las consecuencias de no tomar las precauciones necesarias en las relaciones sociales en tratándose de actividades riesgosas.

Sobre este particular, Manuel Cancio Melía, expresa lo siguiente:

“Lo primero que hay que decir respecto de éstas es en lo que se refiere a la dogmática jurídico-penal, la extendida imagen de que en fechas relativamente recientes se había producido un “redescubrimiento de la víctima” no se ajusta a la realidad. Lo que sí se puede constatar, en cambio, es que la atención al comportamiento de la víctima se ha venido produciendo hasta cierto punto de

⁵⁵ Jakobs, La imputación objetiva en derecho penal, pag 110

modo “encubierto”, o, valga la expresión, emboscado en instituciones dogmáticas no configuradas específicamente para el problema.

Como segunda cuestión común a las distintas aproximaciones puede observarse que existe una fragmentación notable en el debate. La discusión se produce en gran medida bajo distintos “rótulos dogmáticos”, sin tener en cuenta a veces los argumentos y problemas materiales idénticos planteados desde otras perspectivas. En este sentido, puede decirse que esta dispersión en el tratamiento dogmático ha conducido a que el debate doctrinal sobre la intervención de la víctima sea en alto grado desordenado y confuso”⁵⁶.

Ha sido reiterado desde diversos ángulos de la crítica, tanto positiva como negativa, que en torno al tema del delito culposo, y de la violación al deber de cuidado en el acápite de la víctima que, la dogmática de la imputación objetiva de Günther Jakobs, ha hecho un importante aporte que ha permitido entender con mayor claridad y precisión aquellas situaciones de la vida social en que la víctima de hechos lesivos culposos es responsable de su propia falta de previsión y de cuidado.

En últimas se extrae de la teoría expuesta por Jakobs y sus seguidores que, el control sobre el riesgo no solamente es obligación del autor, sino también de la víctima, ya que si la víctima no responde positivamente al desempeño de su

⁵⁶ Manuel Cancio Melía, La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad, pag 42,43

rol, puede serle imputada la consecuencia lesiva a ella; en tales circunstancias el autor es exonerado de imputación.

EL DOLO EVENTUAL EN COLOMBIA

MARCO LEGAL

Por primera vez, el código penal de 1980 (decreto ley 100/80) consagró la figura del dolo eventual, en el artículo 36 que prescribía: “La conducta es dolosa cuando el agente conoce el hecho punible y quiere su realización, **lo mismo cuando la acepta previéndola al menos como posible**” (negrillas fuera de texto original).

Lo anterior no quiere decir que ya la doctrina nacional de tono causalista, no se hubiera pronunciado sobre el particular, la cual predicaba que: las formas de culpabilidad eran el dolo, la preterintención y la imprudencia.

La ley 599 de 2000 (Código Penal actual), trae una la figura del dolo eventual en el artículo 22 aunque, la definición trae nuevos elementos: “También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar”. Se acoge la teoría de la probabilidad para definir el dolo eventual.

En nuestra opinión, los dos códigos penales, el de 1980 y el de 2000, equiparan el dolo eventual con el dolo directo; lo que, conlleva a ampliar el

espectro de punición de los delitos imprudentes, al equipararlos con los dolosos, aunque comporte una causal de atenuación de la sanción penal, por la modalidad de la conducta.

Desde esta perspectiva no podrían sancionarse con dolo eventual, conductas que requieren ingredientes subjetivos especiales, tales como una motivación especial, propósito, finalidad, impulso y de igual forma la participación sería imposible, pues la estructura es similar a la imprudente, mientras que la complicidad y la inducción son accesorios a conductas directamente dolosas.

JURISPRUDENCIA NACIONAL

En la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, las conductas que mayoritariamente dan lugar a aceptar o no la existencia del dolo eventual, son las siguientes:

1. Las relacionadas con accidentes de tráfico terrestre
2. Casos contra la Administración Pública (fuga de presos culposa por imprudencia, prevaricato culposo, etc.)
3. Situaciones en que se dispara indiscriminadamente o en defensa propia y se ocasiona la muerte a otro o se lo lesiona sin intención

4. Casos de maltrato a menores y acaece la muerte o se ocasionan lesiones graves por castigos excesivos.

“La sentencia 14355 de 2000 es una de las más importantes que la Corte Suprema de Justicia ha emitido sobre dolo eventual porque denota lo que es constante en muchas de sus decisiones: la utilización de múltiples-y distintas-teorías para fundamentar sus posiciones.

La sentencia aludida estudia el fallo proferido en los procesos acumulativos por homicidio imprudente y homicidio doloso, los sucesos, aunque ocurridos en meses diferentes, sucedieron en vigencia del Código Penal de 1980. Los hechos constitutivos de homicidio imprudente son los siguientes: el procesado conducía un bus infringiendo los límites de velocidad máxima permitida y pasó un semáforo en rojo colisionando con otro vehículo y ocasionando la muerte de su conductor, lesiones personales a los acompañantes del vehículo con el que colisiona, y la muerte a un pasajero que salió despedido por el parabrisas del bus y fue posteriormente atropellado por este.

En los hechos constitutivo para el tribunal de homicidio con dolo eventual, el procesado conducía un bus ejecutivo a exceso de velocidad, en estado de embriaguez y bajo los efectos de la marihuana, y al pasar un semáforo en rojo atropella un motociclista, quien muere en el traslado hacia el hospital; esto sumado a un intento de evasión del lugar de los hechos por parte del procesado. La defensa y el Procurador delegado sostuvieron que los elementos del Tribunal para deducir la existencia de dolo eventual (el quebrantamiento

de las reglas de circulación, el conducir bajo los efectos del alcohol y la marihuana, la naturaleza de la máquina que dirigía y “la experiencia que le indicaba como, si transitaba en tales condiciones, lo más seguro era que a su paso saliera otro automotor autorizado por la luz verde del semáforo y que el encuentro trajera consecuencias fatales”) no se compadecían con el principio de culpabilidad y no desvirtuaban la imprudencia.

La Corte Suprema de Justicia, conformándose con la definición de dolo eventual del Tribunal señala que la derivación de responsabilidad dolosa deducida de “la experiencia trágica anterior que podría determinar los resultados fatales no solo en la conciencia sino también en la voluntad del procesado, “dada la naturaleza de la máquina que dirigía”.⁵⁷

De igual forma la Sentencia 27431 de septiembre 26 de 2007, con ponencia del Magistrado Yesid Ramírez Bastidas, relacionado con un accidente de tránsito, reviste gran importancia en la temática del delito imprudente. Sobre este particular la Sala de Casación Penal de la Corte, en referencia con los accidentes de tránsito expresó lo siguiente:

“Considera la Sala oportuno precisar lo siguiente:

3.1 La acción típica en los accidentes de tránsito:

⁵⁷ Vaneza C. Escobar Behar y Sebastian Monsalve Correa, pags. 86-87

Tradicionalmente se ha considerado que los accidentes de tránsito que generan lesiones o muertes deben ser considerados como acontecimientos cubiertos por una acción culposa o imprudente. Se ha entendido que el riesgo ejecutado apenas corresponde a un aumento del riesgo permitido por infracción del deber objetivo de cuidado.

Sin embargo, cuando la lesión de los bienes jurídicos vida o integridad personal deviene por acontecimientos que ex ante resultan previsibles para el autor y éste es indiferente ante la posible ocurrencia de los mismos, conviene que la judicatura examine con detalle la posible ocurrencia de una acción dolosa a título de dolo eventual, toda vez que la creación del peligro muchas veces desborda los estrechos límites del delito culposo o imprudente.

Con frecuencia pueden ser observados conductores de vehículos pesados o personas que gobiernan automotores bajo los efectos de diferentes sustancias, actuando con grosero desprecio por los bienes jurídicos ajenos sin que se constate que en su proceder ejecuten acciones encaminadas a evitar resultados nefastos; al contrario, burlan incesantemente las normas que reglamentan la participación de todos en el tráfico automotor sin que se les observe la realización de acciones dirigidas a evitar la lesión de bienes jurídicos, pudiéndose afirmar que muchas veces ese es su cometido. En tales supuestos no se estará en presencia de un delito culposo sino doloso en la modalidad denominada **eventual**⁵⁸.

⁵⁸ Sentencia 27431 de septiembre de 2007, MP Yesid Ramírez Bastidas

Agrega la Corte en la precitada sentencia: “Adicionalmente, la naturaleza y gravedad de lo ocurrido ameritan que el procesado, sistemáticamente dedicado a vulnerar las reglas de tránsito, cumpla la pena en establecimiento de reclusión.

Resulta inadmisibile que a pesar de todas las campañas publicitarias dedicadas a crear conciencia ciudadana para que se respeten las reglas que permiten la participación de los asociados en el tráfico automotor, entre las que sobresale la insistente advertencia del peligro que representan para la propia integridad, y por supuesto para la de los demás, conducir en estado de embriaguez, algunos persistan en tan deplorable comportamiento.

Pésimo mensaje estaría enviando la judicatura a la comunidad cuando el responsable de delitos ocurridos bajo los efectos del alcohol inopinadamente regresa a su casa como si nada hubiese pasado”⁵⁹

Como es de observar, la Corte Suprema de Justicia en buena hora sobre esta temática, aplica sin cortapisas las teorías de la imputación objetiva; esto es, en lo referente a las precisas reglas que rigen la interacción de los asociados, en el caso concreto, en la actividad del tráfico automotor, de cara al deber objetivo de cuidado y al riesgo permitido que debe observarse so pena de incurrir en la realización de conductas típicas dolosas con dolo eventual.

⁵⁹ Ibidem

De otro lado, es muy famosa la sentencia 32964 de agosto 25 de 2010 con ponencia del magistrado José Leónidas Bustos, en otro caso relacionado con el tráfico automotor.

En esta oportunidad la Corte Suprema de Justicia adopta las teorías del riesgo no permitido para deducir el dolo eventual, señalando que en el caso concreto se produjo un riesgo que sobrepasa los límites permitidos en el tráfico, el cual se dejó librado al azar por el agente, pues no realizó actividades encaminadas a evitar el resultado lesivo.

En la precitada sentencia del 32964 del 2010, la Corte toma partido por el dolo eventual en conductas realizadas dentro de accidentes de tránsito terrestre; sin embargo, no hace mayor énfasis en el tema del *riesgo permitido* y de la violación del *deber de cuidado*, referido a los comportamientos socialmente permitidos y a las reglamentaciones especiales en el ámbito de determinadas actividades o roles sociales.

En la sentencia mencionada, la Corte expresa:

“El dolo ha sido definido tradicionalmente como la simbiosis de un conocer y un querer, que se ubica en la vertiente interna del sujeto, en su universo mental. En materia penal se dice que actúa dolosamente quien sabe que su acción es objetivamente típica y quiere su realización.

De acuerdo con esta definición, alrededor de la cual existe importante consenso, el dolo se integra de dos elementos: Uno intelectual o cognitivo que exige tener conocimiento o conciencia de los elementos objetivos del tipo penal respectivo. Y otro volitivo, que implica querer realizarlos.

Estos componentes, no siempre presentan los mismos grados de intensidad, ni de determinación. Ello, ha dado lugar a que la doctrina dominante distinga, en atención a la fluctuación de estos aspectos, tres clases de dolo: El directo de primer grado, el directo de segundo grado y el eventual.

El dolo directo de primer grado se entiende actualizado cuando el sujeto quiere el resultado típico. El dolo directo de segundo grado, llamado también de consecuencias necesarias, cuando el sujeto no quiere el resultado típico, pero su producción se representa como cierta o segura. Y el dolo eventual, cuando el sujeto no quiere el resultado típico, pero lo acepta, o lo consiente, o carga con él, no obstante habérselo representado como posible o probable.

Agrega la Corte: En todos los eventos es necesario que concurren los dos elementos del dolo, el cognitivo y el volitivo, pero en relación con este último sus contenidos fluctúan, bien porque varía su sentido o porque su intensidad se va desdibujando, hasta encontrarse con las fronteras mismas de la culpa consciente o con representación, que se presenta cuando el sujeto ha previsto la realización del tipo objetivo como probable (aspecto cognitivo), pero confía en poder evitarlo.

En estas específicas fronteras es que surge el problema jurídico que hoy ocupa la atención de la Sala: definir si el tribunal acertó al ubicar la conducta del procesado dentro del marco del dolo eventual como modalidad del tipo subjetivo, o si esta decisión es equivocada, y la categoría llamada a regular el caso es la culpa consciente o con representación.

Las dificultades surgen de sus similitudes estructurales. Tanto en el dolo eventual como en la culpa con representación o consciente el sujeto no quiere el resultado típico. Y en ambos supuestos el autor prevé la posibilidad o probabilidad de que se produzca el resultado delictivo. Por lo que la diferencia entre una y otra figura termina finalmente centrándose en la actitud que el sujeto agente asume frente a la representación de la probabilidad de realización de los elementos objetivos del tipo penal.

Muchos han sido los esfuerzos que la doctrina ha realizado con el fin de distinguir el dolo eventual de la culpa consciente o con representación, y variadas las teorías que se han expuesto con ese propósito, pero las más conocidas, o más sobresalientes, o las que sirven generalmente de faro o referente para la definición de este dilema, son dos: la teoría de la voluntad o del consentimiento y la teoría de la probabilidad o de la representación.

La teoría de la voluntad o del consentimiento hace énfasis en el contenido de la voluntad. Para esta teoría la conducta es dolosa cuando el sujeto consiente en la posibilidad del resultado típico, en el sentido de que lo aprueba. Y es culposa con representación cuando el autor se aferra a la posibilidad de que el resultado no se producirá.

La teoría de la probabilidad o de la representación enfatiza en el componente cognitivo del dolo. Para esta teoría existe dolo eventual cuando el sujeto se representa como probable la realización del tipo objetivo, y a pesar de ello decide actuar, con independencia de si admite o no su producción. Y es

culposa cuando no se representa esa probabilidad, o la advierte lejana o remota.

Lo decisivo para esta teoría, en palabras de MIR PUIG, es el grado de probabilidad del resultado advertido por el autor. Aunque las opiniones se dividen a la hora de determinar *exactamente* el grado de probabilidad que separa el dolo de la culpa, existe acuerdo en este sector en afirmar la presencia de dolo eventual cuando el autor advirtió una *gran probabilidad* de que se produjese el resultado, y de culpa consciente cuando la posibilidad de éste, reconocida por el autor, era muy lejana. **No importa la actitud interna del autor- de aprobación, desaprobación o indiferencia-frente al hipotético resultado, sino el haber querido actuar pese a conocer el peligro inherente a la acción”⁶⁰**

Acerca de la política criminal que aplica la Sala Penal de la Corte, existen muchas críticas en punto a la utilización de teorías dominantes en Europa, especialmente en Alemania, que, no son de mucho recibo en nuestro entorno jurídico; esto cabe para la aplicación de la teoría Roxiniano-Jakobiana de la imputación objetiva.

Desafortunadamente en parte por la inflación legislativa en el campo penal; en parte por la grave crisis social que afronta el país de viaja data, las altas cortes han venido respondiendo a la problemática del delito en forma desordenada,

⁶⁰ Sentencia 32964 de agosto de 2010, magistrado Ponente José Leónidas Bustos Ramírez

hasta el punto de que, se producen cambios de paradigmas doctrinarios de una jurisprudencia a otra.

En la sentencia citada, la 32964 de 2010, es evidente la falta de coherencia temática. La Sala penal recurre a tratar de precisar conceptualmente el tema de la comprobación directa de los elementos internos del dolo eventual-cognitivo y volitivo; a partir de presunciones basadas en hechos objetivos pero que devienen en conceptualizaciones teleológicas abstractas, tales como en mayor o menor grado de peligrosidad de la conducta, que implica obviamente un juicio de inferencia subjetivo del Juez.

Sobre esta temática es procedente citar algunos pasajes de la jurisprudencia en comentario:

“Las dificultades que suscita la comprobación directa de los componentes internos del dolo eventual (Cognitivo y volitivo), han obligado a que su determinación deba hacerse a través de razonamientos inferenciales, con fundamento en hechos externos debidamente demostrados, y en constantes derivadas de la aplicación de reglas de la experiencia, como el mayor o menor grado de peligrosidad objetiva de la conducta, o mayor o menor contenido de peligro de la situación de riesgo, o la calidad objetiva del riesgo creado o advertido.

Estos criterios de distinción, que la doctrina y la jurisprudencia abrazan cada vez con mayor asiduidad, no han sido ajenos a esta Corporación. En decisión

de 2007, la Corte llamó la atención sobre la necesidad de examinar frente al dolo eventual los **delitos de tránsito** en los que la creación del riesgo desbordaba las barreras de la objetividad racional y el sujeto actuaba con total desprecio por los bienes jurídicos que ponía en peligro,

En punto al tema del dolo eventual, el profesor alemán, Armin Kaufmann, en su trabajo: “El dolo eventual en la estructura del delito” (1960); expresa que en referencia con el dolo eventual, no se trata ya de la determinación de los criterios del dolo malo, sino de la delimitación de la frontera entre *hecho-dolo* y *hecho-culpa*”, refiriéndose a la teoría finalista de la acción.

Para la doctrina de la acción finalista el dolo es un caso particular de la “voluntad de realización final”, dice Kaufmann refiriéndose a lo afirmado por Hans Welzel, concretamente la voluntad de realización final en referencia a circunstancias de un tipo legal.

Es evidente que, como lo ha expresado la Corte Suprema de Justicia: “Las dificultades que suscita la comprobación directa de los componentes internos del dolo eventual (cognitivo y volitivo), han obligado a que su determinación deba hacerse a través de razonamientos inferenciales, con fundamento en hechos externos debidamente comprobados”; lo que nos lleva a afirmar que, la diferencia entre *dolo* y *no dolo* se basa en el conocimiento de circunstancias de hecho o fácticas debidamente comprobadas.

A pesar de lo cual, según el profesor alemán Eberhard Struensee: “Dado que el elemento volitivo es sin embargo un componente necesario de *todo* comportamiento, resulta de ello una tesis que voy a defender y a fundamentar en lo que sigue: la voluntad de acción que posee todo acto voluntario debe obviamente existir también en los casos de acción no dolosa, en caso contrario no sería cierto que el concepto general de acción también se aplica a la acción imprudente”⁶¹

Agrega el profesor alemán: “En este postulado se oculta la información y la premisa de que el elemento volitivo de la acción no es capaz de aportar un criterio diferenciador para separar el ámbito del dolo del ámbito del no dolo. De ello resulta necesariamente que la voluntad de acción no puede constituir el lugar o la categoría donde se decide si una acción concreta fue realizada de manera dolosa o no dolosa.

Dicho de otro modo: lo que es atributo de *toda* acción, no puede ser un criterio apropiado-en este nivel de abstracción del concepto de acción- para diferenciar entre acciones dolosas y no dolosas (eventualmente imprudentes).

De tal suerte que, las elaboraciones teóricas o doctrinarias para efectos de precisar la naturaleza del dolo eventual y su comprobación objetiva, por parte de la Corte Suprema de Justicia, tiene sus defectos de cara a las teorías actuales, dado que, los que predica como elementos internos del dolo eventual,

⁶¹ Eberhard Struensee, Consideraciones sobre el dolo eventual (2009)

lo son también de conductas no dolosas, es por ello que para la Corte resulta supremamente difícil la comprobación directa de estos componentes.

Para el profesor Armin Kauffmann: “Para la acción final interesan solamente criterios *ontológicamente* aprehensibles”.

Desde esta perspectiva, el profesor Struensee afirma que Kaufmann lanza la siguiente propuesta: “Autodelimitación de la voluntad de realización”.

Y a continuación sostiene Struensee: “La idea básica es la siguiente: el problema del dolo eventual reside en que en la ejecución de una acción no se desea la producción de un resultado posiblemente vinculado con ella (el así llamado resultado accesorio)”.

En cuanto al resultado accesorio de la acción, el profesor Armin Kaufmann plantea lo siguiente: “La cuestión decisiva es si “...la voluntad de realización...estaba dirigida precisamente a *no* dejar que se produjera la consecuencia accesorio tenida en cuenta como posible, es decir, a evitarla. Ello así pues la voluntad de realización no puede, por un lado, estar dirigida a dejar que se produzca el resultado reconocido como posible y por otro lado también tender a evitar precisamente ese resultado mediante el modo de obrar. *La voluntad de realización encuentra su límite, por tanto, en la voluntad de realización!*”. “La <<voluntad de evitación>> excluye la aceptación de <<voluntad de causación>>”⁶²

⁶² Armin Kaufmann, El dolo eventual en la estructura del delito (1960)

En referencia con los resultados accesorios de la acción, militan infinidad de circunstancias que se relacionan con sucesos independientes de la acción.

Expresa Struensee: “Respecto de circunstancias de hecho dependientes de la acción me parece posible y sensata la diferenciación entre dolo y no- dolo obre la siguiente base: la escala de peligros en el ámbito de aplicación de una y la misma ley causal, se confecciona cuantitativamente conforme a la cantidad de condiciones que sean requeridas para los distintos grados de peligro”. Agrega Struensee: “La graduación de riesgos suficientes para el dolo y suficientes para la imprudencia constituye finalmente un problema axiológico. Entre el dolo y la imprudencia no corre por consiguiente un límite estructural sino uno normativo”.⁶³

Sobre este particular Struensee coloca el siguiente ejemplo. “Como conductor de automóviles, K sabe que durante una maniobra de adelantamiento en una curva con escasa visibilidad (o niebla) se puede producir un choque con algún vehículo que transite por la mano contraria. A pesar de ello, sobrepasa en una situación semejante al camión que circula delante de él. ¿Actúa K con dolo de Homicidio, de lesiones o de daños?”⁶⁴

“La solución no depende de la probabilidad con la que el autor considera posible en esa situación un curso causal desafortunado. Lo decisivo es tan solo

⁶³ Eberhard Struensee, *ibidem*

⁶⁴ *Ibidem*

la estimación **normativa** acerca de la cantidad de factores causales representados. ¿Es suficiente la intensidad de la representación para fundar un dolo de causación? La representación de una probabilidad suficiente no constituye ninguna magnitud que pueda elegirse libremente, no es una estimación librada al criterio del sujeto actuante, sino que está sujeta a un juicio *objetivo* orientado en leyes causales y reglas de la experiencia”⁶⁵

“La reconducción de las representaciones suficientes para el dolo a una base sustanciada de circunstancias fácticas posee dos ventajas:

En primer lugar, permite atribuirle a las circunstancias de hecho dependientes de la acción y las circunstancias de hecho no dependientes de la acción una idea directriz común para la determinación del dolo: se trata, en el caso de circunstancias de hecho dependientes de la acción, del establecimiento normativo del Quantum mínimo del pronóstico causal suficiente para el dolo y en el caso de suposición de circunstancias de hecho no dependientes de la acción, del establecimiento de la cantidad mínima de indicios suficientes para el dolo.

En segundo lugar, permite sortear una crítica habitual contra las teorías que distinguen al dolo del no- dolo exclusivamente en el ámbito cognitivo, de acuerdo con la cual tendría que ser suficiente para el dolo cualquier

⁶⁵ Ibidem

representación de la posibilidad de resultado o de la presencia de una circunstancia de hecho, sin importar cuan lejana sea esta posibilidad”⁶⁶

Si bien es cierto que las teorías finales de la acción han hecho un aporte fundamental en punto al dolo eventual, es innegable que la teoría de la imputación objetiva de Roxin y Jakobs, especialmente la imputación objetiva normativista de Günther Jakobs han permitido esclarecer y manejar el tema de una forma más sistemática, coherente.

Jakobs parte de la teoría del riesgo permitido y de la interacción social como fuente de riesgo permitido, dilucidando las circunstancias que operan al interior de una sociedad determinada; los cálculos que en una sociedad se hacen en referencia con actividades peligrosas.

Afirma que en determinadas actividades peligrosas se hacen sacrificios que irremediamente deben hacerse, como por ejemplo en el tráfico rodado, que es el escenario de este trabajo, a partir de la fórmula de *costos-beneficios*.

Señala Jakobs que en estos procesos de *costo-beneficio*, lo jurídico puede hacer un acompañamiento, pero que, fundamentalmente se tratan de cambios sociales. Según Jakobs: “Dicho de otro modo, lo socialmente adecuado por

⁶⁶ Ibidem

regla general precede al Derecho; su legitimación la obtiene del hecho de que constituye una parte de aquella configuración social que ha de conservarse”⁶⁷

Afirma Jakobs: “ Ha de llegarse a la conclusión de que lo socialmente adecuado, especialmente también cuando aparece en forma del permiso de un riesgo, no queda legitimado por la referencia al Derecho, sino es legitimado de manera histórica, es decir, por haber madurado tal como es. Es interpretado, definido, en sus rasgos más finos y redondeado jurídicamente. En parte, ello tiene lugar, como veremos, incluso a través de normas jurídicas, pero el Derecho no tiene más que esta función auxiliar”⁶⁸

Y acota: “Desde luego, en una sociedad de libertades sólo puede generarse el permiso de un riesgo, si el beneficio de la actividad de que se trata tiene una fundamentación plausible para quien potencialmente ha de soportar los costos; en una sociedad de libertades no puede fundamentarse la libertad de comportamiento a expensas de otro”⁶⁹

Para Jakobs un comportamiento que implica un riesgo permitido, se considera socialmente normal, aceptable; por lo tanto, los comportamientos que se configuran dentro del riesgo permitido, no requieren ser justificados, sino que no vulneran tipo alguno.

⁶⁷ Günther Jakobs, La imputación objetiva en Derecho penal, 2004

⁶⁸ Ibidem

⁶⁹ Ibidem

CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

EL DOLO EVENTUAL SEGÚN LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

La aplicación de la teoría del dolo eventual en Colombia, no ha sido pacífica. Desde el código penal anterior- decreto ley 100 de 1980-, que según la Corte Suprema de Justicia, la legislación penal colombiana se inclinó por la teoría *estricta del consentimiento*, y hasta el año 2001 se mantuvo fiel a tales postulados, como estructura dogmática que busca delimitar la frontera entre el dolo eventual y la culpa con representación. Pero, a partir de la entrada en vigencia de la ley 599 de 2000, se tomó partido por la denominada *teoría de la representación*: **Artículo 22** Dolo. ...También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar.

Según la visión teórica de la Corte, el código de 2000 abandona la concepción volitiva que sustentaba el decreto ley 100 de 1980; lo que corresponde a la evolución de las doctrinas dogmáticas, esto es, el código de 1980, estaba

imbuido de las teorías causalista que otorgaban al elemento volitivo papel esencial a la hora de determinar el dolo en la acción. A partir del predominio de las teorías finalistas de la acción, acogidas en la legislación colombiana el elemento volitivo pasó a un segundo plano; otorgándosele prioridad al elemento cognitivo o intelectual en cuanto hace referencia a la probabilidad de que se produzca el resultado antijurídico.

Según lo expuesto por el profesor alemán Eberhard Struensee, citado atrás, el elemento volitivo de la acción, no está en capacidad de aportar un criterio diferenciador para separar el ámbito del dolo del ámbito del *no dolo*, ya que el aspecto volitivo es atributo de toda acción.

Afirma la corte que, la actual propuesta teórica lo que sostiene es que, la representación debe recaer sobre la conducta capaz de producir el resultado, no sobre el resultado delictivo, ya que lo que se sanciona es que el sujeto prevea un resultado probable de la realización del tipo penal objetivo y no obstante *su no producción se deja librada al zar*.

La normatividad actual (artículo 22 del Código Penal) lo que exige para que se configure el *dolus eventualis* es que el sujeto se represente como probable la infracción penal y que la deje librada al azar.

SEGÚN LA DOCTRINA

Ahora bien, el desarrollo teórico del tema del dolo eventual, indiscutiblemente, tanto en la legislación penal colombiana, como en la doctrina nacional y la jurisprudencia, ha acogido las teorías desarrolladas por las escuelas alemanas actuales, en donde predominan las doctrinas funcionalistas y funcionalistas-normativistas, representadas en forma predominante por los profesores Claus Roxin y Günther Jakobs entre otros.

De manera tal que, a la visión doctrinaria que afirma que el lugar donde debe buscarse el elemento diferenciador del dolo y el no dolo, es en el cognitivo o intelectual que se refiere a la representación del resultado como *probabilidad* de su producción, deben sumarse las novísimas concepciones de Roxin y Jakobs que aportan la teoría del riesgo específico, el deber objetivo de cuidado y todos sus ingredientes tales como el principio de confianza, de defensa, de seguridad; que involucran para la configuración de la conducta antijurídica la infracción a la norma de cuidado.

Todos estos criterios que, según la Corte han sido abrazados por la doctrina y la jurisprudencia, han dado lugar a que la Corte Suprema de Justicia haya puntualizado frente al dolo eventual, el tema recurrente de los delitos de tránsito, en que, a criterio de la Corte, se desbordan permanentemente las barreras de la objetividad racional.

BIBLIOGRAFÍA

ALMARAZ JOSÉ, LUHMANN, NIKLAS. La Teoría de los sistemas sociales antes de la autopoiesis, 1997.

ANTOLISEI, Manual de derecho penal, Buenos Aires. Editorial Uthea, 1960.

Betiol. Derecho Penal. Pág. 399.

CANCIO MELIA MANUEL M. Teoría de la Imputación Objetiva, Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C., septiembre de 1998.

CANCIO MELIA, M. Conducta de la víctima e imputación objetiva en el derecho penal, Barcelona 1998.

DOHNA ALEXANDER., La estructura de la teoría del delito. Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 1958.

ENGISCH 1930, Pág, 344.

ESCOBAR BEHA VANEZA C. Y MONSALVE CORREA, SEBASTIAN. La figura del dolo eventual en el derecho penal.

FERRANTE MARCELO. Teoría de la imputación objetiva, Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C., septiembre de 1998.

FOUCAULT MICHEL. La verdad y las formas jurídicas. 1995.

FRANK. Acerca de un concepto normativo de la culpabilidad, citado por JOSCHEK. Pág. 280.

GÓMEZ LÓPEZ JESÚS ORLANDO. Teoría del Delito, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá Colombia 2003.

GÓMEZ PAVAJEAU CARLOS ARTURO. Estudios de Dogmática en el Nuevo Código Penal. Tercera Edición. Giros. Bogotá.2005.

GUNTHER JAKOBS. Derecho penal parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Traducción de la segunda edición alemana, 1991, por Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, Madrid 1995.

JESCHECK, W.W. Tratado de Derecho Penal. Traducido por Manzanares Samaniego, Granada 1993.

KAUFMANN ARMIN. El dolo eventual en la estructura del delito, Berlín.

LUZON PEÑA DIEGO MANUEL, Curso de derecho penal, Madrid 1996.

MIRPUIG SANTIAGO. DERECHO PENAL, 1995

MUÑOZ CONDE FRANCISCO. Teoría General del Delito. Segunda Edición Temis. Bogotá 1999.

PERDOMO TORRES JORGE FERNANDO. La problemática de la posición de Garante en los delitos de comisión por omisión. Universidad Externado de Colombia, 2007.

QUINTERO OLIVARES. Manual Pág., 357.

RINHARD, FRANK. Sobre la estructura del concepto de culpabilidad. Buenos Aires 2000.

ROBLES LLANOS RICARDO. Participación en el delito e imprudencia.

ROMERO SOTO LUIS E. Derecho Penal. Pág. 166.

ROXIN CLAUS. Derecho penal – Parte General, Madrid – España 1997.

SÁNCHEZ HERRERA ESQUIVO MANUEL. Dogmática de la teoría del delito. U. Externado. 2006.

SANCINETTI MARCELO A. Teoría de la imputación Objetiva, Universidad Externado de Colombia, septiembre de 1998.

SENTENCIA 27431, de septiembre de 2007, Magistrado Ponente: Yesid Ramírez Bastidas.

SENTENCIA 32964 de agosto de 2010, Magistrado Ponente: José Leónidas Bustos Ramírez.

STRUENSSE EBERHARD. Consideraciones sobre el dolo eventual, Indret, Revista para el análisis del Derecho, Barcelona 2009.

WELZEL HANS. Derecho Penal Alemán. Parte General. Santiago de Chile, Editora Jurídica de Chile, 1976.