

### **Normas A.P.A.**

Velásquez Velásquez, F., Wolffhügel Gutiérrez C., (2012), La diferencia entre el dolo eventual y la culpa consciente en la reciente jurisprudencia. [Versión electrónica] consultado día- mes- año:  
[http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho\\_penal/cuadernos-de-derecho-penal/cdp6/diferencia-dolo-culpa-jurisprudencia-corte-fernando-christian-wolffhugel.pdf](http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho_penal/cuadernos-de-derecho-penal/cdp6/diferencia-dolo-culpa-jurisprudencia-corte-fernando-christian-wolffhugel.pdf) , Cuadernos de Derecho Penal No. 6, Pág. Xxx.

### **Normas Icontec**

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando, WOLFFHÜGEL GUTIÉRREZ, Christian. Del La diferencia entre el dolo eventual y la culpa consciente en la reciente jurisprudencia. En Cuadernos de Derecho Penal [En línea]. No. 6 (2012). [Acceso: Día-mes-año] Disponible en:  
[http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho\\_penal/cuadernos-de-derecho-penal/cdp6/diferencia-dolo-culpa-jurisprudencia-corte-fernando-christian-wolffhugel.pdf](http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho_penal/cuadernos-de-derecho-penal/cdp6/diferencia-dolo-culpa-jurisprudencia-corte-fernando-christian-wolffhugel.pdf)

## LA DIFERENCIA ENTRE EL DOLO EVENTUAL Y LA CULPA CONSCIENTE EN LA RECIENTE JURISPRUDENCIA

PROFS. FERNANDO VELÁSQUEZ V. Y CHRISTIAN WOLFFHÜGEL GUTIÉRREZ

Cuando un conductor conduce ebrio, bajo los efectos de la marihuana, con antecedentes disciplinarios por su indebida conducción en el tráfico viario y, con su acción, causa la muerte de varias personas, debe responder por la realización de esa conducta a título de dolo eventual y no por culpa consciente o con representación.

### I. PROVIDENCIA

#### “CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente: Dr. JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

Bogotá D.C., veinticinco de agosto de dos mil diez.

### VISTOS

Se resuelve el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado Rodolfo Sebastián Sánchez Rincón, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá el 28 de julio de 2009, mediante la cual lo condenó, a título de dolo eventual, por los homicidios de RICARDO ALEJANDRO PATIÑO y JOSE LIZARDO ARISTIZABAL VALENCIA.

### HECHOS

En la noche del miércoles 22 de agosto de 2007, **Rodolfo Sebastián Sánchez Rincón**, piloto de profesión con 24 años de edad en ese entonces<sup>1</sup>, asistió a una fiesta en la calle 145 A #21-71 de Bogotá, lugar de residencia de TATIANA PEÑA GUTIERREZ, quien celebraba su cumpleaños, a donde llegó entre las 10 y las 11 de la noche en la camioneta Toyota Prado gris,

<sup>1</sup> Nació el 28 de noviembre de 1982.

identificada con las placas BYG 321, lugar en el cual permaneció hasta las cuatro de la madrugada ingiriendo licor en considerable cantidad<sup>2</sup>.

Ya en el parqueadero donde había dejado estacionado su vehículo, fumó un cigarrillo de marihuana<sup>3</sup> y hecho lo anterior emprendió su camino tomando la avenida 19, en sentido norte- sur, sucediendo que a la altura de la calle 116, la cual atravesó con exceso de velocidad, sin obedecer la luz roja del semáforo que le imponía detener la marcha, y sin realizar maniobra alguna para esquivar el obstáculo que tenía ante sí, colisionó de manera violenta con la camioneta Nissan de placas CFQ 393 que se desplazaba a velocidad reglamentaria en dirección occidente- oriente por la referida calle 116, arrojándola por varios metros, al punto de derrumbar tres postes ubicados sobre el separador y causar la muerte instantánea de sus ocupantes, señores RICARDO ALEJANDRO PATIÑO y JOSÉ LIZARDO ARISTIZÁBAL VALENCIA.

#### ANTECEDENTES

1. La Fiscalía, tras las audiencias de formulación de imputación y de imposición de medida de aseguramiento, acusó a **Rodolfo Sebastián Sánchez Rincón** ante el Juzgado Penal del Circuito de Conocimiento, en calidad de presunto autor responsable de los delitos de homicidio en concurso homogéneo, atribuidos a título de dolo eventual.

2. Realizada la audiencia preparatoria, se dio comienzo a la de juzgamiento el 27 de junio de 2008 que culminó el 16 de enero de 2009. En esta última sesión alegaron de conclusión los sujetos procesales y el Juez 22 Penal del Circuito de Bogotá *-antes 52-* anunció condena contra el acusado por los delitos de homicidio culposo agravado por la causal 1ª del artículo 110 del Código Penal y absolución por los cargos de homicidio doloso. Se hizo alusión al derecho de las víctimas a reclamar perjuicios dentro de los 30 días siguientes y, acto seguido, para el efecto contemplado en el artículo 447 de la Ley 906 de 2004 el juzgador permitió el uso de la palabra a las partes, fijándose *-por último-* fecha para lectura de fallo.

3. El 14 de abril de 2009, luego de aludir el Juez a la no promoción del incidente de reparación integral por los facultados para hacerlo, profirió la sentencia de primera instancia, condenando al procesado a 32 meses de prisión, inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual lapso, multa de 28 salarios mínimos legales mensuales y suspensión del derecho a conducir vehículos automotores y motocicletas durante 40 meses, como autor penalmente responsable de los delitos de homicidio

<sup>2</sup> Si se tiene en cuenta el examen de laboratorio que se le practicó horas después según el cual reportaba etanol en sangre en concentración de 181 miligramos.

<sup>3</sup> Así lo admitió RODOLFO SEBASTIÁN SÁNCHEZ ante la siquiátra forense, hecho por lo demás corroborado en el examen de laboratorio ya referido, en el cual se registraron hallazgos de cannabis en su orina.

culposo en concurso homogéneo. Adicionalmente, respecto de la pena privativa de la libertad, le otorgó la condena de ejecución condicional.

4. Apelado el fallo por la Fiscalía, el Tribunal Superior de Bogotá, mediante sentencia del 28 de julio de 2009, la modificó en el sentido de condenar al acusado por el doble homicidio en la modalidad de dolo eventual. Le impuso, como consecuencia, 220 meses de prisión, inhabilitación de derechos y funciones públicas por el mismo término, privación del derecho a conducir vehículos automotores por 3 años y no le concedió ningún subrogado penal. Dispuso la orden de captura respectiva, una vez en firme la sentencia.

#### LA DEMANDA

##### **Cargo Primero (principal). Violación directa de la norma sustancial que contiene el principio in dubio pro reo, en materia de interpretación.**

Las normas transgredidas directamente, por aplicación indebida, fueron los artículos 7º, inciso 4º, y 381 del Código de Procedimiento Penal de 2004, al condenar el Tribunal al procesado por homicidio con dolo eventual, sin la certeza necesaria de acuerdo con la ley. La prueba que relacionó y tuvo en cuenta esa Corporación, la obligaba a adecuar la conducta a la modalidad culposa, en desarrollo del principio de duda.

En virtud del axioma de determinación alternativa u optativa –de total cabida en el ordenamiento penal nacional por ser subprincipio o subespecie del in dubio pro reo—, cuando se tiene certeza de que el procesado ha cometido un delito pero no cuál de los varios posibles, se le debe condenar por el más benigno punitivamente. La duda sobre la adecuación típica objetiva y subjetiva, entonces, conduce al favor rei.

Aunque el Tribunal condenó por dolo eventual y señaló la prueba del mismo, la duda siempre lo acompañó, eligiendo responsabilizar por el hecho más grave con lesión del in dubio pro reo. Las siguientes fueron sus incertidumbres:

a. De una cámara de seguridad del establecimiento comercial El Dolarazo se obtuvo un video relacionado con lo sucedido y al mismo se hizo bastante referencia en la sentencia, extrayéndose de él conclusiones comprometedoras de la responsabilidad del procesado. La segunda instancia, no obstante, reprendió a la Fiscalía por no someter la grabación a examen técnico altamente especializado y al Juzgado del conocimiento por no apreciar con detenimiento el registro ni advertir su aporte para la determinación de la subjetividad de la conducta. Pese a la severidad de los reparos, de los cuales se deduce que lo acompañaba la duda, la Corporación judicial le otorgó consecuencias probatorias a esa grabación.

b. El fallo hace múltiples referencias al “azar” sin explicar en qué consistía para efectos del Código Penal y cómo, aplicando su contenido, no desaparecería la culpa con representación ni el caso fortuito.

c. Se reiteraron con insistencia los hechos y las pruebas fundantes de la atribución de dolo eventual y el sentido común enseña que cuando así pasa es porque no se tiene certeza respecto de la conclusión.

d. Comprueba la enorme duda del Tribunal, la razón dada para hacer efectiva la captura una vez en firme la sentencia. Fue del siguiente tenor:

*“No obstante, ya que esta decisión no sólo puede estar afectada por la falibilidad de todas las obras humanas, sino que además gira en torno a un caso que remite a la distinción entre la culpa con representación y el dolo eventual, como uno de los aspectos más complejos de la teoría del delito, el Tribunal advierte que concurren razones para disponer que la captura del señor SÁNCHEZ RINCÓN se haga efectiva una vez la sentencia se haya ejecutoriado. De esta forma, la afectación de su derecho fundamental a la libertad queda supeditada a si la presente sentencia adquiere o no el valor de cosa juzgada”.*

Con lo anterior edificó la Corporación judicial dos nuevos motivos de liberación de un procesado (falibilidad humana y dificultad del tema jurídico), admitiendo tácitamente sus grandes dudas sobre la calificación del hecho en su aspecto subjetivo. Debió, en consecuencia, absolver por dolo eventual y condenar por culpa.

Transgredió la segunda instancia, en suma, el principio de in dubio pro reo al dudar en el fallo en torno al dolo eventual y, sin embargo, imputarlo al procesado.

La solicitud del defensor es, pues, casar la sentencia de segunda instancia y dotar de vigencia la de primer grado.

### **Cargo segundo (subsidiario). Violación indirecta de la ley sustancial originada en errores probatorios.**

Para afirmar el dolo eventual en una sentencia se debe comprobar más allá de toda duda que el autor ha previsto la probable producción de un resultado lesivo y que voluntariamente ha librado su ocurrencia al azar. Una es la prueba del conocimiento y otra la de la voluntad.

Se demostró objetivamente en el presente caso, y no se discute al respecto, la embriaguez del procesado, la velocidad a la cual conducía y la circunstancia de cruzar un semáforo en rojo.

Los errores que se denuncian recaen sobre otros aspectos. Enseguida se relacionan:

#### **a. Error de hecho por falso raciocinio.**

*“El diario discurrir, como se ve todos los días —precisó el censor—, enseña que si una persona desde su auto ve otro auto muy cerca, no detiene la marcha, cruza un semáforo en rojo y, a consecuencia de ello causa lesiones, no se le hace reproche a título de dolo eventual porque ese comportamiento no permite afirmar que el conductor estimó muy probable la ofensa y siguió adelante con total indiferencia sobre el resultado”.*

Es la anterior una regla de experiencia, coincidente con la práctica judicial pues conductas como esa se ajustan a la culpa derivada de la imprudencia. Al atribuirse los homicidios a título de dolo eventual en la sentencia impugnada, la máxima resultó quebrantada.

Un comportamiento así puede indicar una persona audaz, temeraria, atrevida, pero no malévola, torcida o de actuar doloso. También otras consideraciones favorecían la ausencia del dolo: era un jueves a las 4 de la mañana y la vía se encontraba prácticamente desocupada.

*“Si lográramos penetrar el cerebro del señor SÁNCHEZ RINCÓN —agregó el censor— ¿podríamos decir que por su conducta se afirma el dolo, es decir, conocimiento y voluntad de causar daño a un bien jurídico, así sea a título de probabilidad y de azar?. Todo lo contrario, en esas condiciones la ruta —hora, espacio, jueves—, lo más seguro es que nadie piense en la posibilidad de aparición de otro automotor”.*

El Tribunal, entonces, se apartó de la sana crítica y dio lugar a la casación.

#### **b. Error de hecho por falso raciocinio.**

La indiferencia en el momento de la comisión del hecho ha sido una de las teorías a través de las cuales se ha explicado el dolo eventual y eso significa que la subsiguiente al hecho no guarda ninguna relación con esa modalidad de la conducta punible.

El Tribunal, no obstante lo anterior, *“con una objetividad y una independencia circunstancial pasmosa, le reprochó al procesado, a título de prueba, la indiferencia”*, que en cuanto estado de ánimo es predicable de una persona que se encuentra en *“condiciones normales”*. Y este no era el caso del acusado debido a la magnitud del accidente.

Después de un impacto como el sucedido o de uno similar, lo enseña la experiencia, nadie conserva su normalidad. Algún testigo, de hecho, afirmó que el procesado estaba como *“atontado”*. Y no se puede asegurar que la *“indiferencia”* de una persona así, *“atolondrada”* por el fuerte choque, por el alcohol y el cansancio, que se afaná por sus bienes antes que por las víctimas, insultó a otros, negó ser el conductor de la camioneta y dijo ser hijo del Presidente de la República, sea prueba del conocimiento de la probable lesión y de su voluntad de someter al azar un resultado hiriente de un bien jurídico.

La segunda instancia, por tanto, también en este supuesto desconoció una regla de la experiencia, incurriendo en infracción indirecta de la ley como producto de error de hecho.

#### **c. Error de derecho por falso juicio de legalidad.**

Varios comparendos de tránsito contra el procesado, su condición de piloto y sus conocimientos especiales apoyaron la declaración de responsabilidad

por los homicidios con dolo eventual. Adoptó el juzgador, como prueba del conocimiento probable de la ilicitud y de la voluntad de dejar al azar su producción, entonces, un conjunto de conductas anteriores del acusado, quebrantando con ello los artículos 29 de la Constitución y 6° del Código Penal, a través de los cuales se acoge el derecho penal de acto y se rechaza el de autor.

En otras palabras, el juzgador utilizó unas pruebas contra el procesado que no podía emplear porque con ellas se demostraría algo del derecho penal de autor, peligrosidad social o criminal vetada de la normatividad nacional y que, por tanto, no puede ser atendida.

#### **d. Error de hecho por falso raciocinio.**

Se apartó el Tribunal de lo que suele suceder según la experiencia general, al asegurar que cuando SÁNCHEZ RINCÓN se acercaba al lugar de los hechos, un taxi pasó muy cerca de él y aunque lo tuvo que ver de frente, no frenó, no redujo la velocidad y continuó su camino, siendo muy probable que golpeará a alguien.

El taxi, de acuerdo con la prueba, apareció abruptamente, violando las reglas de tránsito. Pasó veloz cuando SÁNCHEZ se acercaba. Era poco probable en circunstancias así que aún el ciudadano más cuidadoso pudiera frenar o reducir la velocidad.

El taxista afirmó en una de sus intervenciones que escuchó el impacto después de recorrer 30 metros y éstos no equivalen a los pocos segundos aludidos por el Tribunal, en especial si no está determinada la velocidad del taxi con posterioridad a su cruce indebido.

La conclusión del Tribunal no es correcta, entonces, porque significaría la siguiente suposición:

*“SÁNCHEZ se desplaza en su vehículo, ebrio, por encima de la velocidad permitida; de frente, cara a cara con el taxista, siguió su rumbo sin meditación alguna; el taxi pasó muy cerca y SÁNCHEZ, quizás hasta con temeridad suicida, siguió la marcha, se golpeó con otro automotor, tumbaron postes, superaron los separadores y fallecieron dos personas. En esta hipótesis, que es la que sale del planteamiento del Tribunal, el procesado previó como muy probable su propia muerte y voluntariamente dejó ese acaecimiento al azar. Esto, desde luego, es más que insólito, ilógico y, por tanto fuera de todo sentido común”.*

También aquí el *ad quem* se apartó de la experiencia general.

**e.** Los yerros probatorios denunciados se explican en el hecho de que la segunda instancia no podía demostrar con ninguna prueba que el acusado haya obrado con voluntad de someter el probable resultado lesivo al azar.

La embriaguez, la velocidad excesiva y el irrespeto del semáforo en rojo, que admite la defensa, no son circunstancias demostrativas de la voluntad

de azar que se requiere para hablar de dolo eventual. Tienen que ver con lo meramente objetivo pero jamás con la fase interna del dolo.

Como resultado de los errores relacionados, en fin, se produjo en la sentencia la vulneración indirecta de la ley sustancial. Por ende, procede casar el fallo y, en su reemplazo, absolver al procesado por los homicidios con dolo eventual, finalizó el demandante.

## ACTUACIÓN DE LA CORTE

Mediante auto del 9 de noviembre de 2009 se admitió la demanda de casación y el 15 de febrero de 2010 tuvo lugar la audiencia de sustentación de la impugnación, en la cual los sujetos procesales efectuaron las intervenciones que se resumen a continuación:

### 1. El defensor

1.1. La sentencia del Tribunal se fundamentó en las pruebas tenidas en cuenta por la primera instancia y para soportar su decisión “moral” de atribuir dolo eventual al procesado agregó la injusta forma de conducir, la indiferencia hacia las víctimas después del suceso y la existencia de comparendos de tránsito en su contra.

1.2. Dos personas fallecieron como consecuencia del fuerte choque. Y el acusado, que no es ningún infame, ha reconocido que causó daño al punto de admitir los cargos de homicidio a título de culpa, de lograr “[...] una negociación en pro de la indemnización con los parientes de una de las víctimas” y tratar de reparar a los familiares de la otra, habiéndose llegado hasta el momento a un acuerdo con su apoderado.

No se discute, entonces, si SÁNCHEZ RINCÓN produjo una lesión o no. La realizó, así lo reconoció y la está tratando de reparar, consciente de que es su deber. Es decir, no es un hombre malvado o de tales calidades como para “de un momento a otro” cambiar la jurisprudencia y en adelante imputar dolo eventual al conductor que bajo el efecto del alcohol pase un semáforo en rojo a 65 kilómetros y cause heridas o la muerte a otra persona.

1.3. El Tribunal lamentablemente, de otro lado, no dijo lo que entendía por azar. Cuando la ley expresa, respecto de la forma de culpabilidad aquí imputada, “y se deja el resultado librado al azar”, viene el interrogante inevitable de cuándo hay culpa con representación y cuándo dolo eventual, ya que en la primera -al igual que en la segunda- el probable resultado se libera al azar aunque confiando que no se produzca.

Por qué en el caso concreto era dolo eventual lo relacionado con el azar y no culpa con representación, en fin, no se respondió en el fallo impugnado, siendo obligación hacerlo.



1.4. Insistió el censor en los reproches de la demanda. Es decir, en primer lugar, que el *Ad quem* albergaba muchas dudas en cuanto al carácter doloso o culposo de los homicidios, tácitas todas ellas, optando al final -no obstante- por la decisión injusta de condenar por el delito más grave, quebrantando así directamente la regla sustancial de *in dubio pro reo*. Reiteró el abogado, para demostrar el error, los argumentos expresados en el libelo e igualmente la solución que en su criterio debería adoptarse cuando hay certeza de que un acusado cometió un delito pero existe duda acerca de cuál de varios posibles. La misma -correspondiente a un sector de la doctrina y a cuya aplicación aspira- consiste en condenar por el menos grave. En el caso de examen, de reconocer la Corte el error de juicio planteado, claro está, por homicidios en la modalidad de culpa y no de dolo.

En segundo lugar, volvió sobre los errores probatorios relacionados en el segundo cargo, sin agregar fundamentos distintos a los originalmente ofrecidos por escrito. Se remitió a ellos, manifestando con toda naturalidad que los mismos estaban en la demanda mucho más ordenados y mejor expuestos.

Planteó el representante del procesado, por último, que de prosperar cualquiera de sus pretensiones, la condena por los homicidios quedaría a título de culpa. Y sumado ello a la eventual indemnización integral por los daños causados con los crímenes, que podría cumplirse próximamente en caso de lograrse arreglar con los familiares de uno de los occisos -pues con los del otro ya se hizo-, procedería la extinción de la acción penal, pese a la prohibición legal contenida en el artículo 42 de la Ley 600 de 2000. La razón es sencilla: si conducir bajo los efectos del alcohol es una circunstancia considerada como prueba para deducir la responsabilidad penal del procesado, vulneraría la prohibición de doble valoración imputarla a la vez como causal de agravación punitiva.

## **2. La Fiscal Delegada ante la Corte**

2.1. La fundamentación de la censura inicial, en primer lugar, partió de una “[...] errónea y sesgada interpretación de la sentencia, al punto que puso a decir al Tribunal lo que nunca dijo”. En ninguna parte del fallo se revela la incertidumbre denunciada por el defensor. Se trató de una decisión, por el contrario, clara y contundente en los juicios de valor que condujeron al convencimiento más allá de toda duda razonable acerca de la responsabilidad penal del procesado en el homicidio concursal, a título de dolo eventual.

Antes de aludir el *ad quem* al video incorporado como evidencia #4, analizó catorce hechos que consideró probados, referidos a la figura del dolo eventual. En ningún instante, entonces, dudó acerca de la acreditación de la responsabilidad dolosa del acusado, siendo pedagógico el llamado de atención a la Fiscalía al criticarle el limitado estudio técnico al cual sometió la grabación, de todas formas analizada en el pronunciamiento recurrido.

Adicionalmente, no se comparte la idea de que cuando en la sentencia se reitera o hace énfasis en cierto juicio, es porque el funcionario alberga incertidumbre. Es una apreciación subjetiva que no se compadece con los modelos actuales de argumentación, los cuales recomiendan insistir para mayor claridad, contundencia y precisión de las tesis.

Diferir la privación de la libertad del procesado a la ejecutoria del fallo, por último, no comprueba la perplejidad alegada en la censura sino una posición “*mayormente garantista*” de la Corporación judicial frente a ese derecho fundamental.

El juzgador, en suma, jamás indicó directa o indirectamente encontrarse dubitativo frente a la modalidad de imputación de la conducta. Es evidente a lo largo del fallo que lo hizo a título de dolo eventual y en esa medida el cargo no puede prosperar.

2.2. En cuanto al cargo subsidiario, los errores probatorios denunciados no tuvieron ocurrencia.

Nunca el Tribunal condenó al procesado en razón de sus condiciones personales. Aunque hizo alusión a los comparendos de tránsito en su contra y mencionó su condición de piloto para destacar que sabía de la prohibición de consumir licor y sustancias estupefacientes en ejercicio de la actividad peligrosa de conducir, de ello no se desprende que asumió una posición peligrosista. Así las cosas, el supuesto error de derecho por falso juicio de legalidad no ocurrió, como tampoco los yerros de juicio por falso raciocinio denunciados.

Las decisiones judiciales, en primer término, no pueden constituir una regla de experiencia.

La conducta del procesado fue temeraria y en razón precisamente de ello la realizó con dolo eventual, el cual no se desvirtúa por lo solitaria de la calle a la hora y el día en que sucedieron los hechos. Contrariamente, “[...] *quien consume sustancias estupefacientes, se desplaza por una vía principal, casi colisiona con un vehículo y no aminora o detiene la marcha tiene la clara posibilidad de anticipar la comisión de una infracción legal, con mayor razón si cruzó un semáforo en rojo*”.

No existe otra forma, para probar la subjetividad del acusado, sino “*a través de hechos objetivos*”. Y el Tribunal señaló cuáles eran los hechos relevantes para deducir la modalidad dolosa de la conducta. De otra manera, bastaría que el procesado dijera que actuó con culpa para atribuírsela.

Acerca de la indiferencia, es claro que fue tenida en cuenta por la segunda instancia y la Fiscalía -tras reiterar que SANCHEZ RINCON no hizo nada para evitar el resultado-, respalda que ciertas actitudes posteriores del procesado pueden tenerse en cuenta para explicar su estado. Aquí “[...] *el*

*total desprecio que evidenció por la vida humana y por las víctimas... es una razón para evidenciar que no le interesó el resultado antijurídico que causó”.*

El planteamiento final de la defensa, relativo a la imposibilidad de representarse el sindicado su propia muerte y dejarla librada al azar, adiciona una exigencia no requerida para la estructuración del dolo eventual. Es decir, el conocimiento del resultado específico que se va a producir. Basta saber que se puede incurrir en una infracción penal, dejándose librado al azar el resultado, el cual puede involucrar la suerte misma del autor. Precisamente conductas así constituyen temeridad.

Estimó la Fiscal, por último, que de excluirse los argumentos cuestionados por el censor, se sostendría la condena porque *“[...] una persona que ha ingerido sustancias estupefacientes, bebidas embriagantes, que no obstante ello toma el volante, que se desplaza a exceso de velocidad y que cruza un semáforo en rojo es una muestra clara de la existencia de dolo eventual y sobre estos aspectos en realidad la defensa no asumió la carga argumentativa para señalar por qué razón esto no constituye dolo eventual”.*

### **3. La Agente del Ministerio Público**

#### **3.1. Cargo primero.**

El juzgador de segundo grado, eso es notable, realizó un examen conjunto de los medios de prueba y construyó un discurso afirmativo de la existencia de dolo eventual.

Al examinar con detenimiento la sentencia, no obstante, en diversas oportunidades se manifestó que SÁNCHEZ RINCÓN dejó librada al azar la producción del resultado típico, sin ningún desarrollo relacionado con el dolo. Tampoco es visible un estudio teórico jurídico fundado en las pruebas acerca de la culpa con representación, de los elementos comunes de ella y del dolo eventual, así como de los diferenciadores.

Era deber del Tribunal pronunciarse acerca de la controversia planteada a través del recurso de apelación y *“redundar en razones suficientes para dar por descartada la culpa con representación”* atribuida en la primera instancia. De las mismas, sin embargo, carece la sentencia. Era esa la única manera de disolver las dudas sobre los elementos fácticos divergentes. Es decir, los tenidos en cuenta para afirmar la culpa y aquellos fundamentadores del dolo eventual. Tratándose de uno de los casos más complejos de la teoría del delito, *“[...] simplemente no entró a discernir con base en el material probatorio cuál de las dos modalidades de culpabilidad debía ser excluida”.*

El Tribunal simplemente *“[...] cerró filas en torno a la teoría del dolo eventual, a la posición unilateral del dolo eventual, se dedicó a defender la teoría del dolo eventual, dictó una sentencia de reemplazo que desdibujó por completo la culpa con representación sin haberla examinado. De tal manera que cuando el censor aduce*

*a la múltiple referencia del azar que hizo el Tribunal sin explicar su significado frente a la regulación penal y sin establecer la relación con la culpa consciente o el caso fortuito, tiene razón porque esta falla se advierte en la sentencia con todas las consecuencias que de ello se derivan y que tienen que ver con los fines de la casación, es decir, la vulneración de las garantías fundamentales respecto de un tema tan fundamental, neural, que era la materia de la apelación, respecto de la efectividad del derecho material porque siendo así y existiendo una duda por omisión, planteada por la omisión del análisis, ciertamente y de acuerdo con la teoría que esgrime el casacionista, es decir la de la determinación optativa o la determinación alternativa<sup>4</sup>, estaba en la obligación el juzgador de decidir por la más beneficiosa al procesado”.*

Una duda de la sentencia se deriva igualmente del pasaje referido a los subrogados penales, transcrita en la demanda por el censor. Se palpa de ello una incertidumbre expresa del juzgador “[...] en el sentido de que la decisión podía estar equivocada, de que la decisión podía estar... determinada por la falibilidad de cualquier obra humana y al mismo tiempo de que se trataba de un tema de los más complejos de la teoría del delito, que contradictoriamente no lo abordó como debería haber sido”. Adicional a lo argumentado por el defensor, carecía el *ad quem* de razón lógico jurídica alguna para referirse a esos aspectos, encontrándose limitado su deber a establecer si era necesaria o no la privación de la libertad.

Para finalizar, de acuerdo con la doctrina más autorizada y la jurisprudencia española el tema de dejar librada al azar la producción del resultado típico, tiene que ver con elementos volitivos más que cognoscitivos. Todo el fundamento de la sentencia impugnada se basó en los segundos, los cuales son propios de la culpa con representación y no del dolo. En tales condiciones no puede sustentarse una condena por la consecuencia más gravosa para el procesado.

### **3.2. Cargo Segundo.**

Después de aducir que ya en la audiencia se mencionaron los errores probatorios en los cuales fundó el defensor la censura, le pareció a la Delegada pertinente adicionar a favor de la prosperidad de la misma, de acuerdo con doctrina, una guía para establecer la concurrencia del dolo, que es regla de experiencia y consiste en que todo el mundo actúa por motivos egoístas o busca siempre su supervivencia, constituyendo la existencia de resultados nocivos para el autor un indicador bastante fiable de la ausencia de esa forma de culpabilidad.

Tal máxima coincide con una de las conclusiones del casacionista “[...] en el sentido de que tendría que ser el autor un conductor suicida para haber querido la producción del resultado en la forma como se produjo, es decir, haber actuado con dolo eventual”.

<sup>4</sup> La cual constituye una excepción al principio del *in dubio pro reo*, precisó la Delegada.

Se dice, de igual manera, que el error sobre la situación típica “[...] es más admisible en ámbitos como el tráfico de las vías, en donde las personas se acostumbran a ciertos riesgos desaprobados por el ordenamiento debido a su habitualidad; la gente se acostumbra mediante sus propias acciones u observando las de otras personas a que normalmente no pase nada, la situación es para él una de esas en la que al final de todo sale bien”.

En el caso sometido a consideración de la Corte, conforme al video incorporado al proceso, se puede apreciar en el segundo 00.3 un vehículo “irrespetando el semáforo” al atravesar la avenida 19, en el segundo 00.21 otro realizando un cruce prohibido al transitar por la calle 116 en sentido oriente occidente, en el segundo 00.31 al taxista Mario Peralta Álvarez haciendo una “U” indebida en la intersección de las mencionadas avenidas y en el 00.32 el accidente del cual se ocupa el presente proceso, derivado de atravesar el procesado la calle 116, yendo por la carrera 19, cuando la luz del semáforo alumbraba rojo. Así las cosas, en cuestión de segundos, en el mismo lugar y a la misma hora cuatro conductores incurrieron en infracciones de tránsito “similares”. Eso se ajusta a la regla de experiencia anteriormente mencionada, de conformidad con la cual las personas se acostumbran a ciertos riesgos en el tránsito automotor, “[...] confiando en que el resultado antijurídico no se va a producir”, característica esta propia de la culpa.

Para el Ministerio Público, además, no son irrelevantes las circunstancias planteadas por el casacionista, relativas a la hora, al día y al lugar del choque, “[...] pues vienen a reforzar, por lo menos la duda en cuanto a la construcción de las máximas de la experiencia acerca de que esta imputación debía hacerse a título de dolo eventual”.

Se estima, pues, que hay lugar a casar la sentencia recurrida para, en su lugar, dictar una de reemplazo o dejar en firme la de la primera instancia, mediante la cual fue condenado el acusado por homicidio culposo, en concurso.

#### **4. El apoderado José Lizardo Aristizábal Ortiz, padre de una de las víctimas de los hechos**

Hizo uso de la palabra para manifestar que su representado no ha sido indemnizado, distinto a como se ha señalado en el proceso. En tres oportunidades citaron a un centro de conciliación al procesado SÁNCHEZ RINCÓN con el fin de conseguir un acuerdo y las mismas resultaron fracasadas por diversas circunstancias. Así las cosas, agotado ese requisito de procedibilidad, acudieron inmediatamente ante la jurisdicción civil para perseguir el resarcimiento de los perjuicios y ese trámite en la actualidad cursa en el Juzgado 21 Civil del Circuito de Bogotá. En razón de lo precedente renunciaron en el proceso penal al trámite de reparación integral.

Dijo que no realizaría comentarios en relación con la demanda y las intervenciones de los sujetos procesales ante la Corte por ser en su criterio

innecesarias. Anotó, no obstante, que en procura de lograr la indemnización de los perjuicios se han presentado acercamientos con el acusado y allegados suyos. Por tanto, esperan concretar en el curso de los próximos días *“una reparación integral justa y equitativa”*.

Adujo el profesional, finalmente, que con la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá se *“[...] desconoce los derechos fundamentales de las víctimas para obtener una reparación justa y oportuna, circunstancia que no podría esperarse si el procesado debe estar privado de su libertad por un lapso de tiempo tan exagerado, sin poder trabajar, sin poder buscar los medios necesarios para reparar los perjuicios por él ocasionados”*.

## CONSIDERACIONES

### **Cargo principal. Violación directa de la ley sustancial.**

Ningún reparo amerita el enunciado teórico en el cual el casacionista sustenta este primer ataque, conocido como de la **“determinación optativa o alternativa”**, que plantea que en casos de certeza de la comisión de un determinado delito, pero de dudas sobre su modalidad o especialidad, debe optarse por la solución más favorable. La Corte participa de esta fórmula de solución.

Lo que ocurre es que la realidad sobre la cual se pretende hacer valer la tesis, dista mucho de la que revela el contenido de la sentencia impugnada, en la cual, desde un comienzo, el tribunal tuvo claro que el problema jurídico que debía resolver se relacionaba con la forma de imputación subjetiva, dolo o culpa, para después, en su desarrollo, tomar claro partido por la primera de estas modalidades,

*“[...] los supuestos fácticos con base en los cuales se debe determinar si se está ante homicidios culposos o dolosos son los mismos: Ellos se contraen a la colisión de vehículos automotores en la que perdieron la vida RICARDO ALEJANDRO PATIÑO y JOSÉ LIZARDO ARISTIZABAL VALENCIA. Es decir, no hay ninguna duda sobre el tipo objetivo al que se adecuan las conductas imputadas a SÁNCHEZ RINCÓN.*

*“[...] lo que varía es el juicio de valor de que esos supuestos son objeto pues pueden asumirse como constitutivos de un evento de culpa con representación, tal como lo hizo el juzgador de primera instancia, o como un caso de dolo eventual, como lo pretende la Fiscalía y el Ministerio Público. Es decir, la decisión se circunscribe a la forma de tipo subjetivo a la que se adecuan esos hechos. O, lo que es lo mismo, debe determinarse si se trató de un caso de infracción del deber objetivo de cuidado seguido de la producción de resultados antijurídicos, o, en lugar de ello, de un evento de previsión y aceptación de una probable infracción penal dejando su no producción librada al azar”.*

Realizado este estudio, los hechos probados llevaron al tribunal a concluir que el acusado se representó *“[...] los hechos sobrevenientes como probables”*, dejando su producción librada al azar, y que de cara a esta realidad no podía jurídicamente estarse frente a *“[...] un caso de imprudencia en la*

conducción de vehículos automotores”, optando, en consecuencia, por la tesis del dolo eventual,

*“[...] la valoración integral de todas las circunstancias que concurrieron, suministra fundamento suficiente para inferir que las condiciones personales de SÁNCHEZ RINCÓN, sus antecedentes como conductor, su irresponsable decisión de conducir en el estado en que se encontraba, la manifiesta inobservancia de las normas de tránsito y el evento sucedido solo momentos antes de la colisión, le evidenciaron con mucha claridad la altísima probabilidad de que en razón de su comportamiento se presentara un resultado antijurídico. No obstante, a pesar de esa situación, obrando con total indiferencia por el respeto que le merecen las normas jurídicas y los derechos de terceros, aquél mantuvo su forma de obrar, comportamiento indicativo de que aceptó la probable producción de la infracción penal y la dejó librada al azar. En ese contexto, como el resultado se produjo, se satisfacen los presupuestos para su imputación a título de dolo eventual”.*

Nada después posibilita pensar, ni siquiera remotamente, que el juzgador haya abandonado esta postura. Por el contrario, insistió en confrontar y descartar los planteamientos de la defensa reivindicativos de la culpa, reiterando la atribución a título de dolo eventual de los homicidios, en desarrollo de lo cual se sirvió de algunos ejemplos de casos relacionados con delitos de tránsito que estimó similares<sup>5</sup>, en los que la justicia se inclinó por esta forma de imputación subjetiva.

Ante esta incontrovertible realidad, el casacionista intenta obtener el reconocimiento de sus afirmaciones por vía inductiva, a partir de la representación descontextualizada de algunos apartes de la sentencia, que selecciona con cuidado científico, en la pretensión de que la Corte perciba irresolución o titubeo donde sólo existe decisión y firmeza.

Sus afirmaciones, referidas a que el tribunal fue dubitativo al definir este aspecto, no surgen de constataciones objetivas, coincidentes con la realidad procesal, sino de inferencias personales, producto de su buena imaginación, que lo llevan a insinuar, en forma totalmente infundada, que los magistrados pensaron una cosa y escribieron otra, o que escribieron lo que no quisieron expresar.

Las conclusiones del censor sobre las dudas que supuestamente embargaron al tribunal al resolver este punto, las atribuye y obtiene, en lo sustancial, de tres particularidades de la sentencia, (i) los cuestionamientos que el tribunal le hace a la fiscalía por no haber sometido el registro de video a un análisis técnico, (ii) las reiteradas referencias del tribunal al concepto del “azar”, así como a los hechos y pruebas en las cuales se apoya para atribuir al procesado la conducta a título de dolo eventual, y (iii) la decisión de no hacer efectiva la captura del procesado hasta tanto la sentencia no cobrara ejecutoria.

<sup>5</sup> Uno español y dos colombianos.

Las admoniciones del tribunal a la fiscalía por no haber sometido el registro de video a prueba técnica, son del siguiente tenor,

*“[...] la fiscalía, no sometió ese registro a un examen técnico altamente especializado que –tras colocar las imágenes en tiempo real y a través de un análisis avanzado que, entre otras cosas, comprendiera la sucesiva congelación de las imágenes- permitiera determinar, con suma precisión, las circunstancias en que se presentó el accidente. El caso ameritaba un estudio de esa índole orientado a establecer con mayor precisión aspectos como la velocidad a la que se desplazaban los automotores, el tiempo transcurrido entre el último cambio de la luz del semáforo y el momento en que el taxista hizo la irregular maniobra, la distancia a que en ese instante se encontraba SÁNCHEZ RINCÓN, el tiempo transcurrido entre el paso del taxi y el momento en que la camioneta conducida por aquél impactó con aquella en que transitaban las víctimas”. Y al segundo por no apreciar con detenimiento esa prueba no obstante “[...] el aporte que suministra para determinar el hecho psíquico nuclear que interesa al proceso”.*

Sostener, como lo hace el casacionista, que el tribunal al presentar este llamado de atención vaciló entre el dolo y la culpa, porque de allí lo que se infiere es que para superar la incertidumbre “necesitaba más prueba”, carece totalmente de sentido, porque el tribunal en ningún momento hace esta afirmación, y además, porque de su contenido no es dable inferir lo que el casacionista supone, y porque las consideraciones que realmente sirvieron de marco para definir el punto debatido no mencionan para nada este aspecto.

Obsérvese cómo la crítica a la actividad probatoria de la fiscalía la lleva a cabo el tribunal en el resumen que hace de los hechos demostrados, mucho antes de entrar en el análisis y solución del problema jurídico, en cuyo desarrollo, se insiste, en ningún momento se habló de deficiencias probatorias que impidieran resolver con solvencia el punto controvertido, ni de ningún otro aspecto que obstaculizara hacerlo.

El segundo argumento del demandante, consistente en que el estado de duda surge de la sistemática reiteración que el tribunal hace de los hechos y las pruebas en las cuales sustenta su decisión, y de las múltiples menciones que hace al “azar”, no deja de causar sorpresa, no sólo por lo equivocado de la premisa que implícitamente se emplea, consistente en que las reiteraciones argumentativas son sinónimo de indecisión, sino por lo exótico del planteamiento, en cuanto hace radicar el ataque en cuestiones puramente de estilo.

En desarrollo de la argumentación judicial y en el ejercicio argumentativo en general, es absolutamente normal encontrar este tipo de reiteraciones, bien porque se quiere hacer especial énfasis en un determinado punto que se considera importante, como al parecer era el propósito del tribunal en el caso que se analiza, o porque este tipo de razonamientos cíclicos son propios del estilo de quien escribe, lo cual, lejos de erosionar la claridad de la decisión, la afianzan y fortalecen, no dejando duda de lo que se quiere o resuelve.



La decisión del tribunal de posponer la orden de captura hasta tanto causara ejecutoria la sentencia, por considerar que podía estar “afectada por la falibilidad de todas las obras humanas” en razón a la complejidad del tema debatido, en el mejor de los casos podría llevar a pensar que los magistrados no estaban seguros de la corrección material de la decisión tomada, pero esto es muy distinto a que la decisión, en sí, no sea clara en su contenido y categórica en su sentido, que es lo que el casacionista denuncia, pero no prueba.

Las alusiones de la Procuradora Delegada a la existencia de una duda por omisión, debido a la falta de análisis de las figuras jurídicas en debate (culpa con representación y dolo eventual), orientadas a dar respaldo a la tesis del demandante, nada aportan en su favor, por no tener nada que ver con su propuesta, pues mientras el casacionista plantea la existencia de una duda en la argumentación, la delegada propone ausencia de fundamentación, es decir, de un error in procedendo, lo cual viene a ser totalmente distinto.

La otra afirmación que la Delegada trae para dar respaldo a la propuesta de la censura, consistente en que todo el fundamento de la sentencia se centró en el aspecto cognoscitivo, el cual es propio de la culpa con representación, no del dolo, además de soportarse en una premisa equivocada,<sup>6</sup> tampoco contribuye al propósito de respaldar la incertidumbre atribuida al tribunal, porque lo que termina planteándose en el fondo es una discrepancia con el estudio dogmático realizado por éste, es decir, una situación distinta de la que contiene el reproche que pretende coadyuvar.

Se desestima la censura.

### **Cargo subsidiario. Violación indirecta de la ley sustancial.**

Dentro de esta censura se plantean cinco reparos por errores de apreciación probatoria. Antes de aprehender su estudio, la Corte considera necesario hacer algunas precisiones en relación con los contenidos del dolo, sus modalidades, la proximidad conceptual entre el dolo eventual y la culpa con representación (consciente), las teorías que se han expuesto para establecer sus diferencias, el marco jurídico en el sistema penal colombiano, la comprobación de los componentes internos del dolo y los hechos probados.

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.

---

<sup>6</sup> El aspecto cognoscitivo no es sólo atributo de la culpa con representación. También lo es del dolo. El dolo se define por antonomasia como un conocer (aspecto cognoscitivo) y un querer (aspecto volitivo).

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.

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 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.<sup>7</sup>

Si para la teoría del consentimiento –afirma RAMON RAGUÉS I VALLÈS– el centro de gravedad lo ocupa la relación emocional del sujeto con el resultado, en los planteamientos de la teoría de la probabilidad pasa a ocuparlo la conducta peligrosa, que el sujeto debe conocer como tal, sin que sea necesaria actitud emocional de ninguna clase.

Como puede verse –continúa diciendo el autor– la teoría de la probabilidad pone el acento en una cuestión motivacional, pero se diferencia de la teoría del consentimiento, en que esta última entra a valorar los deseos o intenciones del sujeto, mientras que los defensores de la teoría de la probabilidad se limitan a constatar un déficit de motivación del sujeto sin que importen sus causas (en palabras de LAGMAN, la representación de la probabilidad del resultado no aporta un motivo contrario a la ejecución de la acción).<sup>8</sup>

Hasta el año 2001 la legislación colombiana se mantuvo fiel a los postulados de la teoría del consentimiento, como estructura dogmática que busca explicar la frontera entre el dolo eventual y la culpa con representación<sup>9</sup>. Pero en la Ley 599 de 2000, tomó partido por la teoría de la representación,

<sup>7</sup> MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal*, Parte General, tercera edición, Barcelona, 1990, pág. 264.

<sup>8</sup> RAGUÉS I VALLES, RAMÓN. *El dolo y su Prueba en el Proceso Penal*. JB, Barcelona, 1999, págs. 67 y 68.

<sup>9</sup> El artículo 36 del Decreto 100 de 1980 definía el dolo de la siguiente manera: “La conducta es dolosa cuando el agente conoce el hecho punible y quiere su realización, lo mismo cuando **la acepta previéndola como posible**”.

al definir el dolo eventual en los siguientes términos: “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. Sobre esta variación, dijo la Corte,

*“[...] en lo atinente a la teoría del dolo eventual, el código de 1980 había acogido la llamada teoría estricta del consentimiento, -emplea la expresión “la acepta, previéndola como posible- en el que existe un énfasis del factor volitivo cuando el autor acepta o aprueba la realización del tipo, porque cuenta con el acaecimiento del resultado.*

*El código de 2000, en cambio, abandona esa afiliación teórica para adoptar la denominada teoría de la probabilidad, en la que lo volitivo aparece bastante menguado, no así lo cognitivo que es prevalente. Irrelevante la voluntad en esta concepción del dolo eventual... el sujeto está conforme con la realización del injusto típico, porque al representárselo como probable, nada hace por evitarlo.<sup>10</sup>*

Desde ahora, es importante precisar que la representación en esta teoría (aspecto cognitivo) está referida a la *probabilidad* de producción de un resultado antijurídico, y no al resultado propiamente dicho, o como lo sostiene un sector de la doctrina, la representación debe recaer, no sobre el resultado delictivo, sino sobre la conducta capaz de producirlo, pues lo que se sanciona es que el sujeto **prevea como probable la realización del tipo objetivo**, y no obstante ello decida actuar, con total menosprecio de los bienes jurídicos puestos en peligro.

La norma penal vigente exige para la configuración de dolo eventual la confluencia de dos condiciones, (i) que el sujeto se represente como probable la producción del resultado antijurídico, y (ii) que deje su no producción librada al azar.

En la doctrina existe consenso en cuanto a que la representación de la probabilidad de realización del tipo delictivo debe darse en el plano de lo concreto, es decir, frente a la situación de riesgo específica, y no en lo abstracto. Y que la probabilidad de realización del peligro, o de producción del riesgo, debe ser igualmente seria e inmediata, por contraposición a lo infundado y remoto.

Dejar la no producción del resultado al azar implica, por su parte, que el sujeto decide actuar o continuar actuando, no obstante haberse representado la existencia en su acción de un peligro inminente y concreto para el bien jurídico, y que lo hace con absoluta indiferencia por el resultado, por la situación de riesgo que su conducta genera.

Dejar al azar es optar por el acaso, jugársela por la casualidad, dejar que los cursos causales continúen su rumbo sin importar el desenlace, mantener una actitud de desinterés total por lo que pueda ocurrir o suceder, mostrar indiferencia por los posibles resultados de su conducta peligrosa, no actuar

<sup>10</sup> C.S.J., Casación 20860, sentencia de 15 de septiembre de 2004.

con voluntad relevante de evitación frente al resultado probable, no asumir actitudes positivas o negativas para evitar o disminuir el riesgo de lesión que su comportamiento origina.

La voluntad de evitación y la confianza en la evitación son conceptos que tienen la virtualidad de excluir o reafirmar una u otra modalidad de imputación subjetiva, según concurren o no en el caso específico. El primero implica un actuar. El segundo, la convicción racional de que el resultado probable no se producirá. Si existe voluntad de evitación, se excluye el dolo eventual, pero no la culpa con representación. Si existe confianza en la evitación, y esta es racional, se reafirma la culpa con representación y se excluye el dolo eventual.

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,

*"[...] 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".<sup>11</sup>*

<sup>11</sup> Cfr. Sentencia de casación del 27 de octubre de 2004, radicación 17019. Subrayas fuera de texto.

## Los hechos probados.

El tribunal declaro probados los siguientes hechos relevantes:

1. Que el procesado **Rodolfo Sebastián Sánchez Rincón** es piloto de aeronaves comerciales y que de su proyecto de formación hizo parte una materia denominada “Programa de Prevención de Alcohol y Drogas”.
2. Que en su hoja de vida como conductor de vehículos reporta varias órdenes de comparendo, entre las que se cuentan algunas por conductas peligrosas, como manejar a una velocidad superior a la permitida.
3. Que la noche del 23 de agosto de 2007 acudió a una fiesta con motivo de la celebración del cumpleaños de su novia, en la calle 145 A con carrera 21, donde permaneció desde las 11 de la noche hasta las cuatro de la mañana, cuando resolvió dirigirse a su casa en una camioneta Toyota Prado.
4. Que esa noche ingirió bebidas alcohólicas y sustancias estupefacientes. Los análisis de alcoholemia arrojaron un grado de concentración en la sangre de 181 mililitros por ciento, y los de toxicología resultados positivos para cannabis.
5. Que al abordar el vehículo se hallaba en capacidad de comprender la ilicitud de su comportamiento y de determinarse de acuerdo con esa comprensión, y que cuando lo hizo estaba orientado y en capacidad de percibir la realidad.
6. Que al abandonar la casa de su novia tomó la avenida 19 hacia el sur y que en la intersección de la avenida calle 116 hizo el cruce encontrándose el semáforo en rojo y a una velocidad que oscilaba entre 65 y 97 kilómetros hora.
7. Que al cruzar la avenida calle 116 chocó violentamente contra una camioneta Nissan que se movilizaba de occidente a oriente por la referida arteria, causando la muerte de sus dos ocupantes.
8. Que momentos antes del impacto estuvo cerca de chocar un taxi que transitaba delante de la camioneta impactada, el cual, al llegar a la intersección de la carrera 19, giró a la izquierda, en contravía, para tomar la calle 116 en sentido contrario (de oriente a occidente).
9. Que cuando el taxista hizo el giro prohibido la camioneta del procesado se hallaba a una distancia de entre 54 y 80 metros.
10. Que el taxista se bajó del vehículo y se dirigió al lugar del accidente, bajó al procesado de la camioneta que conducía, y que al interpellarlo por lo ocurrido le respondía con frases sin sentido, como tranquilo, que no ha pasado nada, soy hijo de Uribe; y,
11. Que en el lugar de los hechos no se hallaron huellas de frenada.

## Primera censura.

Sostiene el censor que el diario discurrir en la actividad del tráfico automotor enseña que si una persona cruza un semáforo en rojo y a consecuencia de ello causa unas lesiones, no se le hace reproche a título de dolo eventual, sino de culpa, porque ese comportamiento no permite afirmar que el conductor haya estimado como probable la producción del resultado, y que el tribunal, por tanto, quebró esta regla de experiencia al resolver en sentido contrario, con mayor razón si se tiene en cuenta que era un jueves, que eran las cuatro de la mañana y que la vía se hallaba prácticamente desocupada.

Dos aspectos plantea el demandante en esta censura, ambos de carácter probatorio. El abierto desconocimiento de una supuesta regla de experiencia y la imposibilidad de deducir de una conducta como la examinada el aspecto cognitivo del dolo, o representación de la probabilidad de producción de un choque vehicular con las consecuencias conocidas.

La forma como los jueces resuelven de ordinario una determinada categoría de casos, por ejemplo los homicidios que ocurren en desarrollo de la actividad de conducir vehículos automotores, no son reglas de experiencia. Son precedentes judiciales, que pueden ser utilizados como criterios auxiliares para la definición de asuntos similares, mas no como premisas fácticas universales, por no tratarse de fenómenos naturales o procesos sociales constantes, sino de posturas jurídicas frente a casos concretos.

El elemento subjetivo del delito sólo puede definirse a partir de las particularidades del caso específico, es decir, de un razonamiento inductivo que comprenda el análisis de los distintos factores que convergieron a la producción del resultado, pues sólo a partir de su conocimiento y estudio puede determinarse si el sujeto actuó con consciencia y voluntad en la producción del resultado típico, si lo quiso en forma directa o indirecta, o si sólo lo previó en forma eventual, o si actuó dentro de los marcos propios de la conducta imprudente.

El eminente carácter subjetivo de estos componentes, no permite que su comprobación pueda lograrse a partir del análisis de otros casos, ni siquiera de episodios parecidos, mucho menos de razonamientos deductivos, como el que intenta el demandante al razonar a partir de la premisa de que todos los casos o la mayor parte de los casos de lesiones y homicidios de tránsito, han sido resueltos por la justicia como conductas culposas.

El censor, en este reparo, termina incurriendo en un sofisma de petición de principio, pues en lugar de demostrar a través de un razonamiento inductivo que la conducta, de acuerdo con las circunstancias específicas del caso, era culposa, decide acudir a una premisa que eleva a la categoría de regla de experiencia, para dar por demostrado, mediante la utilización de un silogismo falaz, lo que debía acreditar.

El otro punto del reproche tiene directamente que ver con las características objetivas del riesgo generado, como criterio diferenciador del dolo eventual y la culpa con representación en los delitos de circulación de automotores, propuesto por un sector de la doctrina que considera que el dolo debe determinarse no sólo en atención a lo que el sujeto previó y decidió, sino frente a criterios de contenido objetivo, como la intensidad o calidad del riesgo.

Esta postura doctrinal, que es la que implícitamente acoge la Corte en la decisión de 27 de octubre de 2007, atrás citada, irrumpe como factor modulador de las teorías eminentemente subjetivas, que postulan que siempre que el sujeto actúa con consciencia de la probabilidad de lesión incurrir en conducta dolosa, sin importar otros factores, lo cual termina generando soluciones discutibles por excesivas, en aquellos casos en que los niveles del riesgo creado por sobre los permitidos son objetivamente menores.

Se considera, con razón, que no es lo mismo ocasionar la muerte de una persona porque se sobrepasan levemente los límites de velocidad permitidos, a causarla porque se doblan los topes que los reglamentos de tránsito establecen; o causar igual resultado porque el sujeto se distrae respondiendo el celular, a ocasionarlo porque se sobrepasa un semáforo en rojo, o porque invade en curva el carril contrario.

Lo que se postula de manera general en los casos de creación de riesgos menores que causan resultados antijurídicos, es que en ellos el conocimiento de la probabilidad de producción del resultado se mantiene en el plano de lo abstracto, sin descender a lo concreto, porque siendo el riesgo menor, el sujeto no se representa el resultado específico, o porque previniéndolo confía en poder evitarlo, o simplemente porque hacerlo se ha convertido un hábito en el desarrollo de la actividad de circulación, que acaba por eliminar la representación del peligro en el caso concreto.

Aunque son varias las teorías que han intentado exponer criterios de diferenciación objetiva a partir del análisis de la intensidad o calidad del riesgo creado, con el fin de distinguir los casos dolosos de los casos culposos,<sup>12</sup> es importante precisar que todas ellas, sin excepción, son coincidentes en reconocer como casos de conducta culposa sólo aquellos en los que los niveles del riesgo creado superan en grado menor los límites permitidos y que en muchos casos son producto de la dinámica y naturaleza misma en que se desarrolla la actividad de tránsito.

---

<sup>12</sup> Como ejemplo puede citarse la teoría de los riesgos permitidos y de los riesgos relevantes propuesta por la jurisprudencia alemana, la teoría de la habituación al riesgo propuesta por JAKOBS y la teoría del peligro cubierto y el peligro descubierto formulada por HERZBERG.



El casacionista plantea la ausencia de representación de la probabilidad de lesión del bien jurídico, y por consiguiente, la inexistencia de dolo, con el argumento de que frente a las condiciones de la ruta escogida para el desplazamiento, la hora del desplazamiento (4 de la mañana aproximadamente) y el día del desplazamiento (jueves), **“lo más seguro es que nadie piense en la posibilidad de aparición de otro automotor”**.

Aquí el demandante, aferrado a una nueva generalización, parte de reconocer que es normal que a esa hora y en esos días las arterias vehiculares de la ciudad transiten desocupadas, y que es habitual, por tanto, que sus usuarios, a esas horas y en esos específicos días, crean razonablemente que nada va a pasar, y que el procesado no hizo por tanto cosa distinta de adecuar su comportamiento a una creencia y unos hábitos generalizados.

Nada más infundado. Sus premisas fácticas sobre la usual soledad de la vía en los días y hora en que se produjo el suceso, contrastan abiertamente con las condiciones reales y concretas que muestran de ella los registros del video, de cuyo contenido no se ocupó el censor, en el que se aprecia que no menos de 22 vehículos transitaban a esa hora por el lugar: 9 por la calle 116 en sentido oriente occidente, 8 más por la misma vía en dirección occidente oriente y 5 por la avenida 19.

La tesis de la habituación al riesgo, a la cual pareciera acudir el actor en la formulación del planteamiento que se estudia, con el eco de la representante del Ministerio Público, sólo es factible de ser invocada como factor diferenciador cuando se está frente a situaciones socializadas o masivas de acostumbramiento, no cuando la habituación es sólo de quien conduce, o de grupos menores que creen que las vías son de su uso exclusivo.

Además, como ya se dijo, existe consenso en que la habituación debe referirse a situaciones que sólo superen moderadamente los niveles de los riesgos permitidos, no sobre aquellos que de suyo evidencian alto grado de peligrosidad objetiva para los bienes jurídicos, como saltarse un semáforo en rojo a alta velocidad. El propio JAKOBS, quien formula la tesis, descarta tajantemente que situaciones como éstas pueden enmarcarse dentro de la culpa con representación,

*“[...] quien en la circulación rodada –en conocimiento actual del riesgo de resultado– sobrepasa moderadamente la velocidad máxima, o se acerca a menor distancia de la de seguridad, et., a pesar de su conocimiento, sólo tiene dolo de un tipo de puesta en peligro abstracto; sin embargo, quien adelanta antes de un cambio de rasante en una carretera estrecha, o quien a ciegas se salta un semáforo en rojo tiene dolo de lesión”.*<sup>13</sup>

<sup>13</sup> JAKOBS, GÜNTER, *Derecho Penal*. Citado por Ramon Ragués I Vallès, *El Dolo y su Prueba en el Proceso Penal*, J. M. Bosch Editor. 1999, pág. 139.

## Segunda censura.

Afirma el casacionista que el tribunal incurrió en un error de hecho por falso raciocinio al reprocharle al procesado, como prueba de la existencia del dolo, la indiferencia que mostró hacia las víctimas inmediatamente después de los hechos, por cuanto al hacerlo desconoció la regla de experiencia que indica que en estos casos nadie conserva la normalidad. La afirmación del tribunal, que el demandante cuestiona, es del siguiente tenor:

*g. Finalmente, se está ante una persona que se mostró indiferente ante el resultado producido, al punto que no le mereció ningún interés la suerte de las víctimas y que, infructuosamente, intentó pasar como un peatón ajeno a los hechos". -negrillas de la Sala-*

El demandante tiene en cierto grado razón al plantear este reparo, no porque el tribunal haya desconocido una regla de experiencia, como lo postula, sino porque de los datos fácticos que el caso proporciona no es dable inferir que la pasiva y descoordinada actitud del procesado obedeciera a una reafirmación de la voluntad de llevar adelante la conducta típica.

El error se encuentra en la construcción de la inferencia, específicamente en su conexión causal. Lo uno no lleva a lo otro. La premisa no lleva a la conclusión: Los hechos acreditados no permiten llegar a donde el tribunal arriba, al menos no en el caso analizado, pues la prueba lo que indica, a juzgar por la declaración del taxista MARIO ALFONSO PERALTA ALVAREZ y el Patrullero CARLOS JULIO RAMÍREZ USMA,<sup>14</sup> es que el procesado, a raíz de su estado y del impacto, no lograba aprehender la realidad de lo ocurrido, ni ubicarse frente a ella.

Esta construcción inferencial no fue, sin embargo, la única que el tribunal adujo para afirmar la existencia de la conducta dolosa en su modalidad de eventual, ni la más importante. Fue un argumento adicional que se trajo con el evidente propósito de redundar en razones, que en nada afecta las conclusiones del fallo si se opta por su exclusión del acervo incriminatorio, como lo propone el demandante.

## Tercera censura.

Asegura el casacionista que el tribunal incurrió en un error de derecho por falso juicio de legalidad, al tener como prueba del conocimiento probable de la ilicitud de la conducta y la voluntad de dejar al azar su producción, comportamientos anteriores del procesado, como los comparendos de tránsito, su condición de piloto y sus conocimientos especiales, por cuanto

<sup>14</sup> De acuerdo con la versión del taxista, el procesado manifestaba que no había pasado nada, que tranquilos, que él era hijo de Uribe (el presidente de la República). También lo escuchó decir que no venía manejando la camioneta y aseguró que el implicado en ningún momento se acercó al otro vehículo a verificar lo sucedido. El patrullero, por su parte, declaró que el procesado inicialmente manifestó que no conducía el vehículo y que después le pidió que llamara al conductor del otro automotor para arreglar, y que de ser necesario le compraba uno nuevo.

al hacerlo empleó unas pruebas que no podía utilizar para dichos fines, por estar orientadas a probar aspectos propios del derecho penal de autor, como es la peligrosidad social, proscritas en la normatividad nacional. Las argumentaciones del tribunal que motivan el veto del casacionista son en lo sustancial las siguientes,

*“Articulando todos los elementos de juicio desarrollados hasta este momento, el tribunal aprecia que se está ante una persona que: a) Tenía formación como piloto de aviones comerciales, constaba con conocimientos especiales sobre las implicaciones inherentes al ejercicio de actividades peligrosas como la conducción de aeronaves y vehículos automotores y tenía prohibida la ingesta de bebidas alcohólicas y sustancias estupefacientes en razón del riesgo que generaba para su actividad laboral, b) Reportaba múltiples comparendos de tránsito, entre otras cosas, por exceder los límites de velocidad en zonas urbanas y una de ellas en una zona escolar y en el horario de clases, por no utilizar cinturón de seguridad, por conversar por teléfono celular, por llevar niños menores de 10 años en la parte delantera del vehículo y por conducir motocicletas de manera irreglamentaria. Es decir, se está ante una persona que de manera reiterada ha infringido, en algunos casos en forma grave, las normas de tránsito generando peligro para los bienes jurídicos de terceros”.*

Lo primero que debe decirse en relación con esta censura es que la situación que plantea, referida a que el procesado fue declarado responsable a título de dolo eventual por lo que es y no por lo que hizo, nada tiene que ver con el error de derecho por falso juicio de legalidad que se denuncia, pues para que pueda hablarse de esta modalidad de desacierto, se requiere que el juzgador tenga en cuenta pruebas que no podía apreciar por no haber sido incorporadas en debida forma al proceso, y esto no es lo que el casacionista alega o intenta probar.

Podría pensarse, por el contenido de la censura, específicamente por la afirmación que hace en el sentido de que el tribunal usó pruebas que no podía utilizar para dichos fines, que lo que se quiso plantear fue un error de derecho por falso juicio de convicción, que se presenta cuando la normatividad exige para la demostración de un determinado hecho una prueba especial y el juzgador lo da por probado con otros medios, o le niega eficacia probatoria al que legalmente la tiene, pero esto carece de sentido, porque la normatividad no tasa la eficacia de la prueba orientada a acreditar las condiciones personales del sujeto, ni su historial como conductor de automotores.

La inexactitud del casacionista surge de confundir la prueba del hecho con el hecho mismo. Plantea un ataque contra los elementos probatorios, pero lo que realmente discute es que la peligrosidad social de sujeto no puede ser tenida en cuenta para deducir responsabilidad penal, por hallarse constitucional y legalmente proscrita, cuestión que vendría a ser más jurídica que probatoria.

Se hacen estas precisiones con carácter pedagógico, pues la Corte desestimará el reproche, no por dicho motivo, sino porque del estudio contextualizado de la decisión impugnada claramente se establece que el

error que se denuncia no existió, y que las conclusiones del casacionista derivan de un análisis seccionado y nada objetivo de su contenido.

Cierto es que el tribunal en distintos apartados de la sentencia se refirió a la formación del procesado como piloto comercial, y a los comparendos de tránsito que registraba, pero lo hizo, no para atribuirle una supuesta peligrosidad social, ni para inferir de allí indicios de responsabilidad en su contra, como lo insinúa el demandante, sino para destacar que, por su formación especial y sus experiencias anteriores, se hallaba en condiciones de prever como probable la producción objetiva del resultado finalmente producido.

O lo que es igual, que el procesado, en virtud de la capacitación especializada que recibió en los programas de formación de piloto y de las sanciones pecuniarias que le fueron aplicadas por las repetidas infracciones de tránsito, se hallaba en condiciones de acceder a la representación del riesgo en abstracto, en razón de los conocimientos que necesariamente le habían quedado de esas experiencias. Dice la sentencia en uno de sus apartes,

*“[...] la valoración integral de todas las circunstancias que concurrieron, suministran fundamento suficiente para inferir que las condiciones personales de SÁNCHEZ RINCÓN, sus antecedentes como conductor, su irresponsable decisión de conducir en estado en que se encontraba, la manifiesta inobservancia de las normas de tránsito y el evento sucedido solo momentos antes de la colisión, le evidenciaron con mucha claridad la altísima probabilidad de que en razón de su comportamiento se presentara un resultado antijurídico”.*<sup>15</sup>

No es, entonces, como lo postula el casacionista, que el tribunal haya condenado al procesado a título de dolo eventual por lo que hizo en el pasado o por lo que es. En absoluto. Sus deducciones, se insiste, están referidas a los conocimientos que le quedaron de esas experiencias, que le permitían prever como probable la producción del resultado típico. En manera alguna, a un estado de peligrosidad social.

#### **Cuarta censura.**

Asegura el demandante que el tribunal, al afirmar que el acusado, segundos antes del choque, se encontró de frente con un taxi que hizo un cruce prohibido en la intersección de la calle 116, y que no obstante ello, continuó raudo su camino, sin disminuir la velocidad, siendo muy probable que golpeará a alguien, incurrió en un error de hecho por falso raciocinio, porque de acuerdo con este razonamiento, el procesado habría previsto como muy probable su propia muerte y voluntariamente dejó ese acaecimiento al azar, lo cual, desde luego, “es más que insólito, ilógico, y por tanto fuera de todo sentido común”.

---

<sup>15</sup> Pág. 20.

La investigación demostró que segundos antes del insuceso, un taxi que se desplazaba de occidente a oriente por la calle 116, al llegar a la avenida 19, hizo un giro prohibido a su izquierda para tomar la calle por la que se movilizaba en sentido contrario (de oriente a occidente), y que en los breves momentos que duró el giro, estuvo frente a frente con la camioneta del procesado, que se desplazaba de norte a sur por la avenida 19, quien se mostró indiferente ante la cercanía del peligro.

Esta actitud del procesado instantes antes del choque fue tenida en cuenta por el tribunal para argumentar que además del semáforo en rojo que lo prevenía sobre la existencia del peligro en concreto, había contado con una circunstancia adicional de advertencia, como era la presencia del taxi sobre la misma vía por la que se desplazaba, y que a pesar de haber recibido estos dos mensajes que lo notificaban de la proximidad concreta del peligro, continuó su marcha, con total desprecio por los bienes jurídicos que finalmente terminó lesionando. Mírese cómo razona el tribunal,

*"[...] es claro que SÁNCHEZ RINCÓN pudo advertir que por lo injusto de su forma de conducir, se encontraba ante la altísima probabilidad de colisionar con otro vehículo y de producir un resultado antijurídico. Aquí se impone precisar que si bien este panorama ya era previsible en razón de la manifiesta infracción de las normas de tránsito en que aquel incurrió en ese momento, la maniobra hecha por el taxista pocos segundos antes del accidente, le dio la oportunidad de conocer con mucha mayor claridad los hechos sobrevivientes y sus graves consecuencias, de tal forma que esos hechos ya no sólo eran posibles, sino altamente probables".<sup>16</sup>*

La Corte no encuentra en este razonamiento ninguna incorrección de construcción inferencial, ni desconocimiento de regla alguna de experiencia. El tribunal en ningún momento asegura que el procesado hubiese actuado con espíritu suicida, ni del contenido de sus razonamientos es dable llegar a esa conclusión. Esta es una apreciación personal del demandante, quien pareciera entender que el dolo eventual, como modalidad de imputación subjetiva, sólo es posible imputarlo cuando el sujeto actúa con vocación suicida.

En los estudios precedentes se hizo claridad en el sentido de que representación (aspecto cognitivo) en el dolo eventual, debía entenderse referida a la *probabilidad* del resultado antijurídico, y no al resultado propiamente dicho, y por tanto, que bastaba la representación de esa probabilidad en concreto y la voluntad del sujeto de continuar adelante su accionar, no obstante ese conocimiento, para que concurrieran los presupuestos de esta forma de imputación subjetiva. Y en este concreto alcance lo entendió el tribunal, como pasa a verse,

*"[...] SÁNCHEZ RINCÓN no hizo absolutamente nada para evitar un resultado antijurídico no sólo advertible por la manifiesta violación de las normas de tránsito*

<sup>16</sup> Pág. 16.

*en que incurría, sino también por la actualización de la injusticia de su obrar derivaba del encuentro con el taxi ya aludido. En efecto, aquél, lejos de frenar o de detener la marcha ante la señal en rojo del semáforo, mantuvo las condiciones en que conducía. Con esta forma de proceder, dejó al azar la producción o no del resultado antijurídico”.<sup>17</sup>*

Obviamente la representación de la probabilidad del resultado antijurídico (aspecto cognitivo) lleva normalmente implícita la representación de peligro para quien la origina, pero para la imputación del dolo eventual como modalidad subjetiva, no interesa la demostración específica de este segundo aspecto, siendo suficiente, para deducirlo, que el sujeto se represente el peligro para los bienes jurídicos de terceros, de donde la discusión en torno a si el sujeto actuó o no con espíritu suicida, que el demandante con motivación académica plantea, no deja de resultar superflua.

### **Quinta censura.**

En este reproche el demandante se limita a sostener, de manera general, que la embriaguez, la velocidad excesiva y el irrespeto del semáforo en rojo no son circunstancias demostrativas de la voluntad del implicado **Rodolfo Sebastián Sánchez Rincón** de dejar el probable resultado librado al azar, como lo sostiene el tribunal, y por tanto, que no existe prueba de su actuar doloso.

Aquí el casacionista tampoco tiene razón. En las páginas precedentes se dijo que el dolo eventual como modalidad de imputación subjetiva exigía para su configuración dos condiciones, (i) que el sujeto se represente como probable la producción del resultado típico objetivo (aspecto cognitivo), y (ii) que deje su no producción librada al azar (aspecto volitivo).

También se dijo que la representación de la probabilidad de producción del resultado lesivo (aspecto cognitivo) debe darse en el plano de lo concreto para que la conducta pueda imputarse a título de dolo eventual. En caso contrario, es decir, si el conocimiento de la probabilidad de producción se queda en el ámbito de lo puramente abstracto, la imputación subjetiva sólo podrá hacerse a título de culpa.

La comprobación de estos aspectos, como ya también se indicó, se lleva normalmente a cabo con fundamento en datos externos debidamente demostrados, y de constantes derivadas de la aplicación de reglas de experiencia, como la calidad objetiva del riesgo creado o el mayor o menor grado de contenido de la situación de peligro generada, que permitan concluir que el sujeto se representó la probabilidad de producción del peligro en concreto, y que no obstante ello, continuó su accionar, sin tomar ninguna precaución para evitarlo.

<sup>17</sup> Págs. 16 y 17.

En el caso analizado, múltiples son los elementos de juicio que permiten advertir que el procesado tenía conocimiento amplio de los riesgos que implicaba conducir bajo los efectos del alcohol, o de sustancias estupefacientes, o con desbordamiento de las velocidades reglamentariamente permitidas, y que podía discernir, en el plano de lo abstracto, sobre los peligros inherentes a estos comportamientos.

Los conocimientos especiales que tenía sobre la materia en razón de su condición de conductor de vehículos automotores y piloto comercial, sumado a los controles policiales que periódicamente se adelantan con el fin de prevenir el consumo de alcohol y el exceso de velocidad, las sanciones pecuniarias previstas en la legislación de tránsito para quienes desconocen sus reglamentos, de las cuales el procesado había sido destinatario por exceder los límites de velocidad permitidos, y las campañas de cultura ciudadana difundidas permanentemente a través de los medios masivos de comunicación con los mismos propósitos, permiten llegar sin dificultades a esta conclusión.

Igual acontece con el conocimiento o representación en concreto de la probabilidad de producción del resultado típico. Desde el momento mismo en que el procesado decide abordar el automotor en avanzado estado de alicoramiento y bajo los efectos de sustancias estupefacientes, y ponerlo en marcha, inicia un proceso de puesta en peligro de los bienes jurídicos, que empieza a concretarse cuando ingresan nuevos factores de riesgo, como el exceso de velocidad, y que se tornan definitivamente de concreta representación cuando decide saltarse el semáforo en rojo de la calle 116, sin ningún tipo de precaución.

¿Por qué? Porque los semáforos no son adornos luminosos. Son dispositivos de tránsito que además de contribuir a su regulación previenen sobre el peligro concreto y el elevado riesgo que implica para la producción de un resultado lesivo atravesar la vía hallándose en rojo.

Esta señal luminosa no es un simple llamado a detenerse, vacío de contenido. Es una ADVERTENCIA del peligro concreto que conlleva su inobservancia. Es un símbolo óptico que AVISA que en ese momento están transitando por la otra vía otros vehículos y que DEBE DETENERSE para no causar una colisión, es decir, para no provocar la producción de un resultado concreto.

Cuando esta señal óptica es captada por quien está conduciendo, recibe el MENSAJE que le advierte sobre estos peligros, permitiéndole actualizar sus conocimientos sobre los riesgos de su inobservancia y la probabilidad de producción de un resultado lesivo, ya no en abstracto, sino en concreto (aspecto cognitivo). Y si sumado a ello decide actuar, como lo hizo en el presente caso el procesado, sin realizar ninguna maniobra que permita afirmar voluntad de evitación, la conclusión que emerge nítida es que dejó

la no producción del resultado al azar y que actuó por tanto con voluntad dolosa (aspecto volitivo).

Con mayor razón se llega a esta conclusión, si se tiene en cuenta que el procesado no se encontraba en condiciones de controlar el vehículo en razón del alto grado de alicoramiento y la velocidad a que se desplazaba, en el evento de presentarse el imprevisto representado, y que la vía que pretendía cruzar era de doble calzada, con vehículos que se movilizaban en ambos sentidos, factores todos que articulados no dejan duda del peligro potencial objetivo de su accionar, de su temeridad y del absoluto desprecio por la vida de quienes en ese momento transitaban el lugar.

Todos estos aspectos estaba en capacidad de comprenderlos, como quiera que se hallaba en ejercicio pleno de sus funciones cognitivas, según se estableció a través del dictamen de psiquiatría y psicología forense del Instituto Nacional de Medicina Legal y de otros elementos de prueba allegados al proceso, a los cuales se refirió el tribunal en los siguientes términos:

*“SÁNCHEZ RINCÓN, al momento de los hechos se encontraba en capacidad de comprender la licitud o ilicitud de su comportamiento y de determinarse de acuerdo con esa comprensión. Ello es así por cuanto había mostrado normalidad en su desarrollo psicomotor, en su proceso de adaptación y en su vida familiar y social. Además, antes de tomar el vehículo, estaba orientado, con percepción suficiente para ponerse en marcha y reconocer la realidad, al punto que recuerda la fiesta a la que acudió, la cantidad de licor ingerido y la hora y detalles de la salida. Como se lo acreditó, el pensamiento, el juicio y la memoria se conservaron en su integridad pues recuerda también su estado físico, su cansancio y su desempeño. Es decir, se estableció la integridad de sus funciones cognoscitivas”.*

El cargo no prospera.

#### **Otras decisiones.**

La improsperidad de los cargos de la demanda determina que el fallo del tribunal cause ejecutoria y se torne ejecutable. Por tanto, se dispondrá librar orden de captura en contra del procesado **Rodolfo Sebastián Sánchez Rincón** para que cumpla la pena que le fue impuesta.

En mérito de lo expuesto, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION PENAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

#### **RESUELVE:**

1. **NO CASAR** la sentencia impugnada.
2. Librar orden de captura en contra de **Rodolfo Sebastián Sánchez Rincón**“.



## II. SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

“Con el respeto que siempre he profesado por las decisiones de la Sala, estimo necesario salvar el voto respecto de lo decidido en el presente asunto, pues considero que debió casarse el fallo para que cobrase plena efectividad lo decidido por el A quo, en cuanto estimó culposo el actuar del condenado.

Al efecto, sobraría recordar cómo la Corte, dada su función primordial de unificadora de la jurisprudencia, ha de evaluar siempre el impacto que sus decisiones producen, pues, en cuanto norte de lo que los jueces esperan realizar como mejor concreción del derecho y la justicia, lo que se dice no solo tiene vocación de permanencia, sino de universalidad, incluso como imperativo constitucional.

Y claro, cuando los hechos asoman graves y como especie de rumor magnificado por los medios, la comunidad clama por resultados, la tentación justiciera parece inevitable.

Empero, esos cantos de sirena no pueden desviar el camino, cuando indiscutible asoma que precisamente tan alta responsabilidad demanda de reposo, serenidad y mesura, no sea que los árboles no dejen ver el bosque, esto es, que la solución del caso concreto afecte la que viene siendo sólida y adecuada doctrina.

Cualquiera entiende que en el asunto examinado y otros similares de los cuales hacen eco hoy por hoy los medios de comunicación, un natural deseo de venganza se despierta en quienes presencian la tragedia de las víctimas y sus familiares.

Es el tema de moda, no cabe duda, como no hace mucho lo fue, gracias al impacto de los *mass media*, la violencia intrafamiliar –fruto de una dama de sociedad golpeada por su esposo-, o el secuestro y homicidio de infantes –otro doloroso caso ocurrido en las goteras de la capital-.

No puede olvidarse cómo, en esos eventos, al calor de la emoción de inmediato se incrementaron penas y fue promovido un referéndum de cadena perpetua, como si de verdad la política criminal de un Estado o la respuesta esperada de los jueces pudiese estar mediada por la simple emoción o el espíritu vindicativo.

Desde luego que puede pensarse, si sobre el particular existieran los estudios interdisciplinarios que la seriedad del asunto demanda, en que la legislación penal trata con bastante laxitud a quienes bajo los influjos del licor generan graves accidentes de tránsito; y también es factible advertir que en ocasiones –la que se examina constituye muestra paradigmática de ello-, los jueces desdichan de su función aplicando penas si se quiere inocuas frente a la naturaleza del delito y el daño creado.

Pero no es la judicatura, aquí representada por la Corte Suprema de Justicia, la llamada a suplantar al legislador, en el primero de los casos, o a modificar sin sentido la dogmática jurídico penal, en el segundo, apenas por el prurito –más que justo justiciero-, de responder a un, por cierto, inasible clamor popular.

Pienso que si el juez de primera instancia no hubiese actuado de forma en extremo benigna al dosificar la pena aplicable al procesado, no nos hallaríamos ahora sumidos en la discusión que nos convoca, sencillamente porque el Tribunal, con todas esas dudas que, a pesar de lo dicho en el fallo del cual me aparto, sí evidencian su perplejidad con la postura adoptada, habría estimado concordante la sanción con el daño causado, en lugar de acudir al expediente dogmático que, a juzgar por las críticas de la demanda, ni siquiera abordó coherentemente.

Ahora, cuando la protesta general ha sido también registrada por el Congreso de la República, que ya presentó un proyecto de ley a cuyo amparo se elevaron las penas y se apresta a examinar otro mucho más draconiano, se observa paradójico que la suma del poder de configuración legislativa del parlamento y el decisorio de la judicatura, ha exacerbado la supuesta necesidad de respuesta, y el acusado de este tipo de delitos –por lo demás *Macartizado*-, no sólo afrontará un proceso en extremo riguroso con sus posibilidades de libertad, aún si se trata de lesiones leves el resultado, sino que verá magnificada la sanción en límites comparables con los del peor homicida que actúa con absolutos querer y voluntad.

Precisamente, para abordar de fondo el estudio de la sentencia que no comparto, entiendo ya superado el tema de las dificultades dogmáticas atinentes al instituto del dolo eventual, pues, en la decisión se realiza una apretada pero suficiente síntesis de lo proceloso que ha sido el camino, delimitando la diferencia académica que se postula entre el dolo directo de primer grado, el de segundo grado y el dolo eventual.

Quizás advertir cómo la discusión termina por asomar artificiosa, pues, si no se discute que el dolo en su esencia más pura implica conocer y querer, cuando se dice que la figura hace especial énfasis en ese conocer, así también resulte problemática su determinación, dejando de lado el querer, o nutriéndolo con acepciones que estrictamente no se compadecen con la naturaleza de ese estado síquico, termina por advertirse que el llamado dolo eventual, no hace parte de la categoría del dolo.

Y claro, surgen al canto posiciones nihilistas que verifican cómo esa categorización del dolo además de abandonar la sistematicidad dogmática, representa apenas el querer del legislador, anclado en política criminal, de hacer más gravosa la condición de quien actúa, digamos, con culpa consciente, pero superlativiza los niveles de riesgo. En otras palabras, que ese dolo eventual no es más que una culpa consciente magnificada, de donde la diferencia estriba en la simple graduación.

Por lo demás, en la tesis doctrinaria que abraza el fallo del cual me aparto, evidente se aprecia la recurrencia al mecanismo de normativización para superar la enorme dificultad que representa verificar ese conocimiento concreto que demanda la norma y la subsecuente aceptación del resultado dejado librado al azar.

Ese método, no obsta relevar, puede asomar adecuado, pero su utilización demanda extremo cuidado cuando la conclusión aparece mera petición de principio, no basada en lo que los hechos en particular informan acerca del conocer y aceptar del procesado, sino en la postulación automática de sus efectos.

Vale decir, si ya de entrada la infracción al deber objetivo de cuidado, por la vía de ignorar señales de tránsito, representa un comportamiento temerario, generador del incremento del riesgo, no es factible recurrir a esas mismas circunstancias para concluir que se actuó con dolo, o mejor, que el actor en el caso concreto se representó *“en concreto”* el riesgo y dejó librado al azar el resultado, cuando, con los mismos elementos de juicio perfectamente se puede asimilar el comportamiento culposo consciente.

Esa teoría en abstracto planteada pasa por alto que el conocimiento es lugar común de la culpa consciente y el dolo eventual, precisamente para diferenciar la primera de la culpa inconsciente. El elemento previsibilidad, basta observar los artículos 22 y 23 de la Ley 599 de 2000, hermana la culpa consciente con el dolo eventual y la diferencia sustancial, cuando menos en el plano teórico, estriba en que en el primer evento la persona *“confía”* en poder evitarlo, y en el segundo *“deja librada al azar”* la producción del resultado.

Confiar y dejar librado al azar no son conceptos objetivos u objetivables en principio, en tanto, imposible resulta determinar, en la práctica, si la persona siguió conduciendo el vehículo a alta velocidad y pasando el semáforo en rojo, porque en su ser interior esperaba que no se produjese ningún resultado, o porque éste, finalmente, poco le importa.

Para obviar tan capital dificultad, entonces, la teoría ha pretendido introducir elementos normativos u objetivos a partir de los cuales indagar en los oscuros y profundos meandros del querer, como si de verdad una tan procelosa tarea fuere posible.

Y, finalmente, debe reconocerse, ante la magnitud del reto y sus escasos resultados, esas teorías en lugar de condenar porque, en efecto, la persona *“quiso”* o dejó librado al azar el hecho, lo hace porque su comportamiento en el incremento del riesgo supera unos bastante gaseosos baremos.

Consecuentemente, a la definición de un aspecto subjetivo trascendente, se llega no por la vía cualitativa, sino cuantitativa, como si la suma de infracciones realmente configurase el inasible querer.

Cuando la Corte ha asumido que el dolo eventual efectivamente constituye una categorización del dolo, necesariamente ha de demostrar que en ese comportamiento atribuido al procesado hubo conocimiento y voluntad, o mejor, querer, así pretenda demediarse la influencia de éste.

Pero, se repite, por muchos factores normativistas que pretenda introducirse, no es posible determinar aquí que, en efecto, en lugar de “confiar”, el procesado aceptó o dejó librado al azar el resultado.

Ahora, a pesar de que el fallo asume esos postulados normativistas de “probabilidad”, al parecer reconociendo la fragilidad de los mismos, después saca una especie de as bajo la manga, introduciendo el concepto de “evitación” o “evitabilidad”, y entonces, conforme otras corrientes en boga, asegura que el “querer”, representado por dejar librado al azar, viene consecuencia de que no se realizó ninguna maniobra encaminada a impedir el resultado que se supone previamente representado.

Ese concepto finalístico acuñado por ARMIN KAUFMANN, es ajeno al normativista y probabilístico, aunque CLAUS ROXIN lo estima como indicio, antes que teoría, para la determinación del dolo<sup>18</sup> eventual, dado que apoya su tesis de resignación del resultado.

Cabe aquí, por su absoluta pertinencia, traer a colación la crítica que hace ROXIN, al criterio de evitabilidad<sup>19</sup>:

*“Pero con el criterio de Kaufmann no se consigue más que un indicio (refutable). Pues, por un lado, la negligencia o ligereza humana tiende con no poca frecuencia a confiar en la propia buena estrella también sin aplicar especiales medidas de precaución (¡piénsese en el caso en el que se tira la colilla del cigarrillo al rojo en un paraje con peligro de incendio!); y, por otro lado, los esfuerzos de evitación tampoco pueden excluir el dolo cuando ni el propio sujeto confía en su éxito y continúa actuando a pesar de ello”.*

Es que, las teorías no sólo deben ser pasibles de aplicar al caso concreto, sino, necesariamente, consultar la forma como determinado instituto se halla regulado en la legislación penal.

Ello, por cuanto la configuración de la culpa consciente plasmada en el artículo 23 de la Ley 599 de 2000, específicamente introduce como elemento trascendente el “confiar” en poder evitar el resultado.

En su más prístino sentido gramatical y teleológico, es claro que esa confianza no necesariamente comporta una acción específica, pues, puede representar un no actuar, en tanto, si se confía es precisamente a partir del supuesto de que el hecho no va a suceder, ya en atención a que podrá evadirse el daño, ora porque el curso causal no conducirá al mismo.

<sup>18</sup> *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos: la estructura de la teoría del delito*, Tomo 1, Civitas, Madrid, págs. 436 y 437.

<sup>19</sup> Obra citada.

Así, en el plano meramente teórico, cuando se dice que el delito asoma factible de atribución penal a partir del dolo eventual porque la persona no hizo nada para evitar el resultado, debe responderse que eso mismo permite asimilarlo con la culpa consciente, precisamente porque la confianza del agente lo llevó a no hacer nada para eludir la materialización del hecho.

Ahora bien, para referirme puntualmente a las afirmaciones contenidas en el fallo del cual me aparto, esa manifestación contenida en la página 38, referida a que dejar la producción librada al azar significa que el sujeto *“decide actuar o continuar actuando, no obstante haberse representado la existencia en su accionar de un peligro inminente y concreto para el bien jurídico”*, emerge circular, como quiera que el *“decidir”* implicaría un acto voluntario, o mejor, un querer menesteroso de demostración.

Pero, no puede decirse que *“decidió”* porque sumó riesgos, o porque uno de ellos fue más grave o concreto que los demás, dado que lo decidido, en estricto sentido, es asumir el riesgo, no un indeterminado resultado, vale decir, no es posible asimilar el dolo, si se quiere directo, inserto en el comportamiento riesgoso, o mejor, en la *“decisión”* de pasar en rojo el semáforo, ir a alta velocidad, conducir embriagado, desobedecer la señal de pare, adelantar en curva, etc., con el ingrediente de voluntad requerido para asumir que también el daño o resultado se quiso.

Esto por cuanto, parecería obvio, en todos los casos de culpa consciente la persona asume el riesgo o decide voluntariamente incumplir la norma de tránsito y precisamente se le sanciona porque esa *“decisión”* se tradujo en el evento dañoso.

#### LA RESPUESTA DE LA CORTE A LA DEMANDA

Ya abordando los motivos de disenso consignados en el recurso de casación, la Sala mayoritaria respondió el primer cargo desde un ámbito si se quiere formal, significando que esa reiteración judicial delimitada por el demandante como regla de la experiencia, no lo es, en tanto, las decisiones de los jueces obedecen siempre al caso concreto.

Y es verdad, pero se pasa por alto, ya admitida la demanda y obligada la Corte a estudiar de fondo el asunto, que esa manifestación del casacionista sí implica una regla de la experiencia, así sea velada: que las decisiones de los jueces condenando por un delito culposo obedecen a que siempre o casi siempre que se producen accidentes de tránsito, con víctimas graves o no, la persona responsable del mismo carecía de la intención o *“querer”* de causar ese daño.

Nadie discute que eso es lo que siempre ha demostrado la experiencia, en este caso y en otros mucho más graves. Entonces, si se trata de derrumbar las consecuencias de ese conocimiento generalizado, reiterado y común, lo menos que puede esperarse es, dada la excepcionalidad, que se demuestre fehacientemente la existencia de elementos volitivos ajenos a la culpa consciente, no apenas que por la vía dogmática, cambiando paradigmas

hasta ahora invariables, se intente decir que lo que antes se decía era errado o, peor aún, que los hechos ahora examinados comportan diferencia con tantos otros antecedentes.

Dentro del mismo plano de las reglas de la experiencia, estimo que, en efecto, el hecho de discurrir por una vía, así sea céntrica, en horas de la madrugada, marca una diferencia sustancial con una misma actividad en horas diurnas o de alto tráfico vehicular.

Y muchas disquisiciones retóricas pueden efectuarse en contrario, pero ello no desnaturaliza lo que el saber y la práctica comunes ofrecen al conductor medio, incluso representado por la forma como éste actúa en esos dos momentos horarios reseñados.

Que no es excepcional o insular esa asunción de menor riesgo en horas de la madrugada, lo demuestra, así el hecho quiera hacerse valer en contrario, que precisamente instantes antes de la colisión que aquí se lamenta, un taxista violó la prohibición de cruzar la vía y se interpuso al vehículo conducido por el acusado, aunque, por fortuna, el hecho devino, en principio, intrascendente.

No dice la sentencia, cuando de refutar la tesis de habituación al riesgo del demandante, se trata, por qué el asunto examinado no corresponde a una situación *“socializada o masiva de comportamiento”*, al menos definiendo qué debe determinarse por *“masivo”* o *“socializado”*, derivando absolutamente retórica esa manifestación de que la formulación no acoge a *“...grupos menores que creen que las vías son de su uso exclusivo”*.

Además, resulta cuestionable recurrir a JAKOBS, para tratar de explicar, dentro de la hipótesis de un riesgo mayor que supuestamente concreta la probabilidad de daño, que el sólo pasar por alto la luz roja del semáforo representa la existencia de un *“dolo de lesión”*.

Para refutar una tan extrema postura, baste recurrir al criterio autorizado de CLAUS ROXIN<sup>20</sup>:

*“Se trata de indicios dignos de ser tenidos en cuenta, pero demasiado rígidos si se pretende ligar a ellos el juicio de que la producción del resultado es improbable. No se comprende por qué p. ej. la embriaguez al volante no ha de fundamentar dolo eventual y sin embargo ha de hacerlo siempre el saltarse el semáforo en rojo; ambos modos de comportarse están por igual estrictamente prohibidos y convertidos en tabú. Hasta qué punto alguien sienta la situación como “crítica” y se tome en serio el peligro, depende de los datos del caso concreto y no puede reducir a un esquema unívoco. No es convincente tampoco la remisión a la “importancia del bien afectado”, si con ello se quiere decir que cuando se ponen en peligro bienes jurídicos especialmente valiosos (¡integridad física y vida!) se ha de apreciar dolo eventualis antes que cuando se trata de bienes jurídicos de rango inferior. Ello debería conducir*

<sup>20</sup> Obra citada antes, pág. 442.

*en caso de igual valoración de la probabilidad a p. ej. la afirmación de un dolo homicida y a la negación de un dolo de daños, lo que contradice el punto de partida de Jakobs y conduce además a resultados tendencialmente incorrectos. Pues, como el nivel de inhibición ante un homicidio es especialmente alto, se reprimirá aquí más fácilmente la representación de la puesta en peligro y se habrá de apreciar imprudencia consciente antes que en el caso de bienes de menor valor. También el saltarse el semáforo en rojo, el adelantar en cambio de rasante, y situaciones similares fundamentarán por tanto por regla general sólo imprudencia”.*

En otro orden de ideas, sorprende, por decir lo menos, que el cuarto cargo postulado por el casacionista en su demanda se despache de manera tan simple, advirtiéndose que no se trata de determinar en el caso concreto si la persona quería o no suicidarse, pues, en sentir de la Sala mayoritaria, es suficiente que *“...el sujeto se represente el peligro para los bienes jurídicos de terceros, de donde la discusión en torno a si el sujeto actuó o no con espíritu suicida, que el demandante con motivación académica plantea, no deja de ser superflua”*.

¿Superflua, me pregunto, cuando la decisión mayoritaria ha acogido la tesis normativista de asimilación de comportamientos externos u objetivos que permitan acercarse al conocimiento de la voluntad?

¿Acaso, me sigo cuestionando, no es esa natural tendencia de supervivencia o autocuidado un factor fundamental a la hora de definir normativa u objetivamente si una persona deja librado al azar o *“acepta”* sin miramientos chocar su automóvil contra otro?.

Contundente es, para refutar la tesis mayoritaria, lo sostenido por CLAUS ROXIN<sup>21</sup>:

*“La concepción volitiva-normativa aquí defendida puede, en cambio, explicar sin problemas por qué en la mayoría de los casos se tiene que rechazar un dolo de lesión incluso cuando alguien, mediante una temeraria maniobra de adelantamiento, haya creado el “peligro cercano a” la producción del resultado, tal como lo exige la jurisprudencia para la concreta puesta en peligro. Y es que, como el causante del peligro se somete a sí mismo a un riesgo tan grande como al que es puesto en peligro, resulta plausible admitir que, pese a la creación del peligro concreto, él ha confiado en evitar el resultado de lesión”.*

Si, como se dice en el párrafo dos de la página 57, la Sala mayoritaria admite que el conocimiento concreto de la probabilidad de producción demanda de comprobación a través de *“...datos externos debidamente demostrados, y de constantes derivadas de reglas de experiencia...”*, no se entiende cómo deja de lado esa máxima toral de que la persona a pesar de incrementar los riesgos en la conducción no quiere su propia muerte, así fuera para demostrar que en este caso el procesado sí la quería.

<sup>21</sup> Acerca de la Normativización del *dolus eventualis* y la doctrina del peligro de dolo, en el libro *La Teoría del delito en la Discusión Actual*, Edit. Jurídica Grijley, 2007, Lima, pág. 188.

Pero, lo digo con todo respeto, el desatino aparece mayor si se examina la premisa y conclusión fundamental a la que llega la Corte para condenar por dolo eventual al procesado.

En tal sentido, la premisa se construye así en el párrafo primero de la página 57: *“la representación de la probabilidad de producción del resultado lesivo (aspecto cognitivo) debe darse en el plano de lo concreto para que la conducta pueda imputarse a título de dolo eventual. En caso contrario, es decir, si el conocimiento de la probabilidad de producción se queda en el ámbito de lo puramente abstracto, la imputación subjetiva sólo podrá hacerse a título de culpa”*

Y la conclusión opera del siguiente tenor en el párrafo segundo de la página 58 del fallo de casación:

*“Igual acontece con el conocimiento o representación en concreto de la probabilidad de producción de resultado típico. Desde el momento mismo en que el procesado decide abordar el automotor en avanzado estado de alicoramiento y bajo los efectos de sustancias estupefacientes, y ponerlo en marcha, inicia un proceso de puesta en peligro de bienes jurídicos, que empieza a concretarse cuando ingresan nuevos factores de riesgo, como el exceso de velocidad, y que se tornan definitivamente de concreta representación cuando decide saltarse el semáforo en rojo de la calle 116, sin ningún tipo de precaución”.*

No es, por lo anotado, que la decisión se tomase en virtud de la suma de violaciones del deber objetivo de cuidado –pues, como se acepta en el fallo, cuando son leves, así no se delimite a qué obedece el concepto, siempre la representación de la probabilidad de producción del resultado lesivo, se queda en el ámbito de lo puramente abstracto, propio de la culpa con representación-, sino exclusivamente porque el procesado pasó un semáforo en rojo, en cuanto, ello concreta esa probabilidad *“Porque los semáforos no son adornos luminosos. Son dispositivos de tránsito que además de contribuir a su regulación previenen sobre el peligro concreto y el elevado riesgo que implica para la producción de un resultado lesivo atravesar la vía hallándose en rojo”.*

Y además, para que no quede duda del factor fundamental de diferenciación, porque *“Cuando esta señal óptica es captada por quien está conduciendo, recibe el MENSAJE que le advierte sobre estos peligros, permitiéndole actualizar sus conocimientos sobre los riesgos de su inobservancia y la probabilidad de producción de un resultado lesivo, ya no en abstracto, sino en concreto (aspecto cognitivo). Y si sumado a ello decide actuar, como lo hizo en el presente caso el procesado, sin realizar ninguna maniobra que permita afirmar voluntad de evitación, la conclusión que emerge nítida es que dejó la no producción del resultado al azar y que actuó por tanto con voluntad dolosa (aspecto volitivo).”*

Dos cuestiones fundamentales surgen de la afirmación transcrita.

Para comenzar por la segunda, no se entiende cómo la Sala mayoritaria asevera que el procesado contaba con la posibilidad de *“evitación”*, pero pese a ello nada objetivo o demostrable hizo para eludir el choque inminente.



Si se quiere decir que el dolo surge, además, consecuencia de no realizar una tal maniobra, lo menos que puede pedirse es determinar que, en el caso concreto, la persona gozaba de esa posibilidad, no vaya a ser que el caso fortuito o la fuerza mayor operen en su contra.

Circunscritos a los hechos que el fallo destaca como probados, lo que de ellos puede extractarse es la posibilidad contraria, vale decir, que el acusado no estaba en capacidad de acudir a esas maniobras echadas de menos por la mayoría.

Es que, no se discute la imputabilidad del procesado, conforme el criterio forense anejo al expediente, que estimó la sentencia necesario resaltar en su último párrafo.

Pero resulta imposible soslayar que el acusado se hallaba no sólo altamente embriagado, sino bajo los efectos de un estupefaciente, a más de discurrir alta la hora de la madrugada.

Y si a eso se agrega que previo al accidente, instantes antes, en su camino se interpuso un taxi que también violaba normas de tránsito, en un plano objetivo concreto es factible determinar que, o el procesado no tuvo la oportunidad de apreciar con la suficiente antelación –la necesaria para aventurar alguna maniobra evasiva, así fuese infructuosa-, el otro automotor, con el cual chocó; o no contaba con los reflejos y aptitud síquica y física suficientes para percibir adecuadamente el peligro y obrar oportunamente en consecuencia ; o, como el sentido común lo enseña para el caso concreto, la suma de ambos factores tornaba imposible esa actuación trascendente que en sentir de la Sala mayoritaria deslinda la culpa consciente del dolo eventual.

Porque, claro, en el campo de la especulación meramente teórica siempre será posible plantear factible la maniobra de evitación. Pero sucede que en la vida diaria las cosas ocurren de manera diferente y los hechos, tozudos, informan otra cosa, sin que sea mera lucubración o argumento interesado sostener que en esas circunstancias tan particulares, cualquier persona, quisiera o no causar el daño, no sólo tenía menguadas al extremo sus capacidades cognoscitiva y volitiva, sino que se hallaba en una especie de estado crepuscular por completo ajeno a ese conocer y querer abstracto e ideal que ahora se pretende entronizar como sinónimo de dolo eventual.

La segunda reflexión que surge del fondo de lo decidido, dice relación con las consecuencias de ello, pues, si en el más puro talante *Jakobsiano*, se señala que la probabilidad de producción de resultado típico descansa en el hecho de pasar por alto el semáforo, tendrá que significarse –dejando de lado la crítica puntual y pertinente de ROXÍN, arriba citada-, cuando tanto énfasis se ha hecho en el tópico, que en todos los casos en los cuales, independientemente de la existencia de otros factores de riesgo, dado que ellos se quedan en el campo de lo abstracto para efectos de la dicha

representación, la persona pasa un semáforo en rojo y produce un daño, deberá entenderse responsable del mismo a título de dolo eventual.

Quedan noticiados, pues, las autoridades, los operadores jurídicos y los conductores de automotores, de que a partir de ahora no será posible alegar culpa, consciente o inconsciente, independientemente de cuáles otros factores puedan ser traídos a colación para demostrar que el conocimiento no era actualizable o nunca se tuvo la voluntad de producir el daño.

Además, si la Corte ha asumido que el dolo eventual hace parte sustancial del dolo como categoría dogmática, lo menos que debe hacer es advertir que en el asunto examinado se dejó por fuera el delito de daño en bien ajeno –mucho más pasible de advertir propio de dolo eventual, como arriba lo significó ROXÍN-, visto el estado en que quedó el automotor conducido por las víctimas, y que igualmente, dado que ese pasar por alto el semáforo en rojo representa concreción de la probabilidad de producción de resultado típico, mismo que apenas demanda representa afectar bienes jurídicos de terceros, indeterminados estos, ha de adelantarse investigación por cualesquiera delitos tentados –homicidios, daños, lesiones-, en el entendido que ese pasar en rojo debería delimitar la fase ejecutiva del punible.

Llegará el momento, entonces, en que las cárceles se hacinarán con quienes han osado pasar en rojo el semáforo, reos de representarse en concreto la probabilidad de causar indeterminados daños a terceros.

Y no solo ello, como en la tesis sustentada en el fallo se señala que el efecto del semáforo es enviar un mensaje inmediato que advierte de los peligros, permitiendo *“actualizar sus conocimientos sobre los riesgos de su inobservancia y la probabilidad de producción de un resultado lesivo, ya no en abstracto, sino en concreto...”*, deberá asumirse que también cuando hay señal de pare, o de prohibición de adelantar en curva, o de disminución de velocidad, y el conductor las pasa por alto, se ha actualizado el conocimiento y debe responder, en caso de presentarse el evento, por dolo eventual, y si no se manifiesta, por una bastante etérea tentativa.

En fin, son tantas las encrucijadas, paradojas y remisiones al absurdo –véase lo correspondiente a las formas de participación en el delito-, que de entrada se verifica cómo esa inclusión de un hecho fenoménica y jurídicamente culposo, en la categoría del dolo, crea más problemas de los que resuelve, evidenciando lo artificioso de la solución que no comparto.

Llegará el día, espero, en que reposados los ánimos y vistas las enormes consecuencias de lo que ahora se postula por mayoría, la Sala recoja su criterio para que las aguas retornen a su cauce, pues, para finalizar, por mucho que se afine la retórica o se apele a teorías doctrinarias en ocasiones incompatibles entre sí, la culpa es culpa y el dolo es dolo. De los señores Magistrados”.

### III. SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO JAVIER ZAPATA ORTIZ

“Nuestro disenso es exclusivamente con la decisión de la Sala Mayoritaria de no prosperidad del cargo subsidiario de la demanda de casación. Los siguientes son sus términos y en esencia corresponden a la propuesta que presentamos a la Sala, más algunos apuntes al final del documento:

1. Durante 2009, según el informe “Forensis” del Instituto Nacional de Medicina Legal correspondiente a ese año, la entidad “*tuvo conocimiento tanto de forma directa como indirecta de 29.433 necropsias por muerte violenta*”, o sea 2.475 más en relación con el 2008. De acuerdo con la manera de la muerte, los fallecimientos se clasificaron así: 17.717 (60%) por “*homicidio*” –se entiende doloso–, 5.796 (20%) en razón de “*accidentes de tránsito*”, 2.900 (10%) por “*otros accidentes*”, 1.845 (6%) por “*suicidio*” y 1.175 (4%) debidos a “*violencia indeterminada*”.

La cantidad de víctimas fatales como consecuencia de la accidentalidad vial en ese período, mayor en 2.2% respecto de 2008, la mantuvieron como la segunda causa de muerte violenta en el país. La cifra, equivalente a casi 16 decesos diarios, es realmente aterradora. Y si a ella se suman los 39.167 casos de “*lesionados no fatales*” registrados en el mismo año por la entidad estatal, es notable la afectación que producen esos eventos de tránsito en la sociedad. Así se advierte en el informe comentado, a través del cual se convoca a priorizar el problema “*en la agenda pública*” con el fin de conseguir “*una reorientación de la política de prevención, para que trascienda los determinantes coyunturales de su ocurrencia y aborden elementos de orden estructural, especialmente los inmersos o definidos por la cultura y que están en la base de la ocurrencia de las lesiones relacionadas con el tránsito*”<sup>22</sup>.

2. El Estado, en lo nacional y local, no ha permanecido en la indiferencia frente al tema, así críticamente se afirme que son todavía insuficientes los esfuerzos orientados a desactivar las principales causas determinantes de los accidentes de tránsito, entre ellas conducir bajo el influjo de alcohol o sustancias estupefacientes, con exceso de velocidad, en carros descuidados a nivel técnico mecánico y, en general, sin observar las reglas del tráfico automotor.

Cierta consciencia se ha logrado en la ciudadanía a través de las campañas de prevención que en forma permanente se realizan, no se duda. No obstante, como las estadísticas lo acreditan, sigue siendo preocupante la violencia que se origina en el tránsito de vehículos.

Unos casos más que otros, siendo todos absurdos y lamentables, consiguen a veces conmover a la opinión pública, justamente cuando los medios de comunicación se ocupan de ellos, como en efecto acaba de pasar con la tragedia acontecida en la noche del sábado 21 de agosto anterior en

<sup>22</sup> Cfr. 2009 Forensis Datos para la vida, Bogotá, Instituto Nacional de Medicina Legal y ciencias Forenses, Volumen 11 –número 1—, mayo de 2010, págs. 11 y 237.

la Autopista Norte de Bogotá. Es en oportunidades así, en medio de la tristeza colectiva, cuando es más perceptible la mortificación social con la respuesta casi complaciente que el legislador ha diseñado para esas conductas de resultados tan dramáticos –constitutivas de homicidios y lesiones culposas—, traducida especialmente en penas de prisión mínimas y el derecho del causante a permanecer en libertad o privado de ella en su domicilio. La demanda amplificadas por la prensa, en coyunturas así, es cárcel para los responsables y aumento de penas.

3. Más que nunca antes, de todas formas, debe reconocerse, la violencia asociada al tráfico automotor, en lo preventivo y sancionatorio, ha merecido mayor atención del Estado. En el segundo aspecto, en particular en el campo penal, eso se refleja de los incrementos últimamente introducidos a las penas establecidas para los delitos que tipifican las conductas imprudentes en tránsito con víctimas fatales y no fatales. Así lo demuestra el siguiente repaso breve de las normas que han descrito y penalizado el homicidio culposo desde 1980:

- El decreto 100 de ese año fijó para el mismo, en el artículo 329, prisión entre 2 y 6 años, multa de 1.000 a 10.000 pesos y suspensión de uno a 5 años “*en el ejercicio de la profesión, arte u oficio*”. Se reguló en el artículo 330, además, un aumento de una sexta parte a la mitad de la pena, de encontrarse el autor bajo el influjo de bebida embriagante o de sustancia estupefaciente en el momento del hecho o en caso de abandonar sin justa causa el lugar de su comisión.
- Salvo porque la multa la estableció entre 20 y 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes y la privación del derecho a conducir vehículos automotores desde 3 hasta 5 años, la Ley 599 de 2000, acorde con sus artículos 109 y 110, mantuvo igual pena privativa de la libertad para la conducta y las mismas circunstancias de agravación, con idénticas proporciones de incremento punitivo.
- En concordancia con el aumento general de penas dispuesto por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, el delito en su forma básica quedó con las siguientes penas: prisión de 2 años y 8 meses hasta 9 años, multa entre 26.66 y 150 salarios mínimos legales mensuales y privación del derecho a conducir vehículos automotores de 4 años a 7 años y 6 meses. En la modalidad agravada, por concurrir alguna de las circunstancias ya señaladas, esas sanciones recibían un incremento de la sexta parte a la mitad.
- El artículo 1° de la Ley 1326 de 2009, publicada en el Diario Oficial 47.411 del 15 de julio de ese año, modificó el artículo 110 del Código Penal. Quedó así:

*“Circunstancias de agravación punitiva para el homicidio culposo. La pena prevista en el artículo anterior se aumentará:*

1. Si al momento de cometer la conducta el agente se encontraba bajo el influjo de bebida embriagante o droga o sustancia que produzca dependencia física o síquica y ello haya sido determinante para su ocurrencia, la pena se aumentará de la mitad al doble de la pena.
2. Si el agente abandona sin justa causa el lugar de la comisión de la conducta, la pena se aumentará de la mitad al doble de la pena.
3. Si al momento de cometer la conducta el agente no tiene licencia de conducción o le ha sido suspendida por autoridad de tránsito, la pena se aumentará de una sexta parte a la mitad.
4. Si al momento de los hechos el agente se encontraba transportando pasajeros o carga pesada sin el lleno de los requisitos legales, la pena se aumentará de una cuarta parte a tres cuartas partes.
5. Si al momento de los hechos el agente se encontraba transportando niños o ancianos sin el cumplimiento de los requisitos legales, la pena se aumentará de una cuarta parte a tres cuartas partes.

Actualmente, en síntesis, el homicidio culposo está sancionado con prisión de 2 años y 8 meses hasta 9 años, multa entre 26.66 y 150 salarios mínimos legales mensuales y privación del derecho a conducir vehículos automotores de 4 años a 7 años y 6 meses. Y el agravado por embriaguez determinante de la ocurrencia del hecho causada por el consumo de licor o de otra sustancia productora de dependencia física o síquica, o por abandonar injustificadamente el lugar de comisión de la conducta, con prisión de 4 a 18 años, multa de 39.99 a 300 salarios mínimos legales mensuales vigentes y privación del derecho a conducir vehículos de 6 a 15 años.

Para lo de interés aquí, no estimamos necesario referirnos a las penas agravadas del homicidio culposo por concurrencia de las nuevas circunstancias consagradas en los tres últimos numerales del remozado artículo 110 del Código Penal. Cabe destacar, sin embargo, que la iniciativa de modificación legal estuvo claramente dirigida a aumentar las penas para ese delito —y correlativamente el de lesiones personales—, cuando se produce en accidentes de tránsito, como con claridad se señaló en la exposición de motivos, de la cual vale la pena extraer el siguiente pasaje:

*“Según estadísticas del Ministerio de Transporte —expresaron los Congresistas que presentaron el proyecto—, los vehículos que más se accidentan en Colombia son los de transporte público de pasajeros; el 49% de los accidentes de tránsito incluyen a lo menos un vehículo de transporte público.*

*“Otro aspecto que genera gran impacto es el de los accidentes de tránsito en los que se ven involucrados vehículos de transporte escolar. En Bogotá, por ejemplo, en el 2004 resultaron involucradas 220 personas en accidentes de tránsito del transporte escolar y en el 2005 este tipo de transporte registró 2 accidentes con muertos, 58 accidentes con lesionados y 117 choques simples. Bástenos recordar algunos casos recientes, como el sucedido en la segunda semana del mes de abril de 2007 con el accidente del bus escolar*

*del Gimnasio Colombo Británico en el que perdió la vida un niño de 14 años de edad, y otros 13 resultaron heridos. Según las versiones de prensa (El Tiempo, abril 16 de 2007), el conductor del vehículo causante de la tragedia, a pesar de tener su licencia de conducción vencida y 13 comparendos impuestos en los últimos 3 años (entre ellos uno por conducir en estado de embriaguez), prontamente quedó en libertad por ausencia de norma que impidiera tal circunstancia. Así mismo el conductor del vehículo escolar, presenta 10 comparendos por infracciones a las normas de tránsito. Eventos como estos generan indignación en la ciudadanía que no entiende las limitaciones de orden legal a las que se ven enfrentadas las autoridades”.*

Las razones de la iniciativa parlamentaria, es indiscutible, se reflejan en el texto legal finalmente adoptado. Y aunque se resalta de éste el propósito de contrarrestar el mal hábito de conducir embriagado, o bajo la influencia de sustancias estupefacientes, al enviar el mensaje de que quien lo haga y cause la muerte a otro puede estar expuesto a ir a prisión desde 4 hasta 18 años, se lamenta que una vez más la respuesta legislativa a un problema inquietante para la nación, sea coyuntural y sólo parcial.

Más allá de discusiones futuras que no se descartan, acerca de la constitucionalidad y alcances jurídicos de las nuevas causales de agravación del homicidio culposo —y de las lesiones culposas por supuesto—, en nuestro criterio se desaprovechó una buena oportunidad de sancionar más severamente **cualquier** falta de tránsito determinante del resultado punible y no simplemente algunas. Conducir en estado de embriaguez es un factor que eleva el riesgo permitido en el ejercicio de esa actividad peligrosa, pero también lo es hacerlo con exceso de velocidad, sin respetar las señales de pare, sobrepasar en curva y, en general, cualquier transgresión de las normas de tránsito encargadas de la organización del flujo vial en función de la seguridad de conductores, pasajeros y peatones.

Si no se percibe menos grave la conducta del automovilista que sin influencia de alcohol y estupefacientes le causa la muerte a una persona al cruzar a alta velocidad un semáforo en rojo, comparativamente con la del conductor embriagado que ocasiona igual resultado al pasar a alta velocidad el mismo semáforo, resulta incomprensible desde el punto de vista político criminal sancionar más severamente en virtud de algunas infracciones de tránsito el homicidio o las lesiones, dejando al margen de similar consideración legislativa otras cuya inobservancia incrementan de forma importante el riesgo en el tráfico de automotores, exponiendo a la ciudadanía a una tragedia como la documentada en el presente proceso.

4. Siempre podrá argumentarse la insuficiencia de la norma penal. Que no abarca todas las hipótesis deseables, como acabamos de referirlo; o que no es lo severa que debiera y no consigue corregir los comportamientos humanos de donde surge el crimen, al no lograr el efecto disuasivo que se espera de ella. Las tragedias en calles y carreteras desatan a menudo en la sociedad sentimientos de ese tipo, acompañados del reclamo vehemente a la justicia penal para que actúe prontamente y en nombre de todos

reaccione con severidad por el mal causado. Es una respuesta entendible de la comunidad, emotiva, desde luego, exteriorizada sin consideración a la ley y que convierte eventualmente al lugar de los hechos en un espacio donde el responsable del desastre corre riesgo de ser agredido. Se trata, en otros términos, del “*clamor social*” aludido sin fortuna por la Fiscalía al expresar su teoría del caso, en apoyo de su pretensión de “*una condena ejemplarizante*” contra el acusado.

5. No desconocemos la magnitud de la tragedia causada por RODOLFO SEBASTIÁN SÁNCHEZ RINCÓN, pero el “*clamor social*” no puede ser un argumento a considerar en la solución del caso sometido a examen de la Sala, como de ningún otro. Tampoco la idea de “*justicia material*” pensada en términos de que la conducta concreta merece en sí misma una fuerte represión, necesaria para el fomento de “*cultura ciudadana*”, pues es un argumento más de *lege ferenda* que de *lege data*, cuando no uno de política criminal o **incluso un sentimiento que no puede llevar a considerar dolosa una conducta imprudente.**

En ese sentido, el principio de proporcionalidad es el que mejor permite afinar la gravedad de la conducta y la respuesta punitiva, pero no por considerar que la pena debe ser más severa en casos de accidente de tránsito en donde se incrementa el riesgo por estados de embriaguez, la relación entre conducta y pena puede abrir espacio para enjuiciar una conducta desde la perspectiva dolosa. Puede ser que el incremento del riesgo sea mayor en esos eventos, pero mientras eso corresponda al giro de la violación del deber objetivo de cuidado, la conducta debe tratarse como culposa.

El Tribunal Superior de Bogotá decidió que una eventualidad así le era imputable al autor a título de dolo eventual e incurrió al hacerlo en varios errores *in iudicando*. Los relacionamos a continuación con la advertencia de que si bien algunos de ellos no fueron señalados por el recurrente, no le estaba vedado a la Corte declararlos pues con el acto de admisión de la demanda, al tiempo que se superaron sus defectos, se adquirió la facultad:

5.1. Servirse, para demostrar la acreditación del tipo subjetivo de homicidio, de circunstancias de las cuales no era dable lógicamente deducirlo. Ellas fueron:

Ser el acusado piloto de avión y contar, en consecuencia, “*con una formación especializada que le capacitaba para advertir las consecuencias de su proceder como conductor*” de carros.

Tener prohibido, en razón de su profesión, “*el consumo de bebidas alcohólicas y sustancias estupefacientes*”; y poseer, por igual motivo, “*información explícita sobre las incidencias de tales sustancias en el desarrollo de actividades peligrosas*”.

Haber infringido varias veces en el pasado normas de tránsito. La autoridad pertinente, en efecto, certificó que en 8 oportunidades se le impusieron

comparendos, así: por bloqueo indebido de una intersección o calzada, no reducir la velocidad en zona escolar, no usar el cinturón de seguridad, conducir motocicleta indebidamente, utilizar el teléfono celular al conducir, transportar a un menor de 10 años en el asiento delantero del vehículo, estacionar en zona prohibida y, la última, por superar la velocidad permitida.

Finalmente, mostrarse indiferente ante el resultado producido: no le mereció ningún interés la suerte de las víctimas, intentó *“infructuosamente”* pasar como peatón ajeno a los hechos, increpó *“con un proceder altanero”* a los policías que llegaron al sitio del accidente diciendo *“que estaba dispuesto a comprar otra camioneta para reponer aquella en que se movilizaban las víctimas”*, dijo que era hijo *“de URIBE”* y se preocupó por reclamarle *“a un muchacho que lo había despojado de una cadena que llevaba consigo”*.

**5.1.1.** Con insistencia el juzgador de segundo grado buscó fijar en la sentencia la idea de un procesado desalmado. Y en el esfuerzo por lograrlo, desconoció el contenido material de los testimonios en los cuales se sustentó, incurriendo así en falso juicio de identidad al otorgarles un alcance distinto del que realmente tenían.

El taxista Mario Alonso Peralta Álvarez, quien ayudó a bajar de su carro a SÁNCHEZ RINCÓN tras la colisión, lo escuchó decirle que no había pasado nada, que tranquilo pues era *“hijo de URIBE”* y lo oyó cuando afirmó a la policía que no venía manejando. Adujo el testigo, a la vez, haber reprochado a un *“ladrón”* por hurtarle una cadena al implicado y el hombre le aseguró que había tenido que regresársela porque se la reclamó. Y, por último, fue categórico en señalar que SÁNCHEZ RINCÓN no se acercó a verificar lo sucedido con el otro vehículo. El patrullero Carlos Julio Ramírez Usma, a su turno, quien arribó al lugar de los hechos inmediatamente después de sucedidos, contó que SÁNCHEZ negó al principio transportarse en la camioneta Toyota y después le pidió llamar al otro conductor para arreglarle su vehículo, agregando que de ser necesario le compraría uno nuevo.

El Tribunal, aunque fiel a esas afirmaciones realizadas por los testigos, extrajo de ellas conclusiones equivocadas al examinarlas fuera de contexto, del cual hace parte en el sistema oral la manera o modo como se dicen las cosas, perceptibles para todos los funcionarios intervinientes en el caso al conservarse registro grabado de las diligencias.

Peralta Álvarez no mencionó una vez, sino varias, que RODOLFO SEBASTIÁN SÁNCHEZ RINCÓN dijo *“no ha pasado nada”*. Oyó la frase cuando lo ayudó a bajar de su vehículo y le preguntó si estaba bien. En ese momento el testigo no sabía la suerte de los ocupantes del otro automotor. Por eso, luego de averiguar por ella, yendo hasta la camioneta Nissan, volvió a donde estaba SÁNCHEZ RINCÓN y hablaron. El siguiente fue el diálogo, según el testigo: *“Me devuelvo y le digo yo al mono y le digo uy marica se embaló, allá hay un muerto. Entonces él me dice no ha pasado nada, tranquilo. Y le digo hermanito hay un muerto”*.



Cuando se escucha ese relato se advierte con claridad que el declarante no transmite la idea de un hombre pedante o altanero, sino la de una persona desorientada por el fuerte impacto acabado de sufrir y que aún no dimensiona sus resultados. Esta visión, de hecho, resulta indiscutible cuando se examinan otras respuestas del testigo. Inmediatamente después de la atrás transcrita, el Fiscal —quien nunca ocultó su deseo de mostrar al procesado como alguien a quien no le importa nada—, preguntó: “¿Y el señor qué hizo?”. El taxista, con la espontaneidad que caracterizó todo su relato, respondió: “El señor estaba como atontado ... él como que no captaba la situación, me dijo, no tranquilo, yo soy hijo de URIBE”. Más adelante, luego de insistir en que “el mono” repetía “no ha pasado nada”, Peralta Álvarez refirió que con la llegada de la policía supo de una segunda víctima y entonces le dijo al implicado: “Uy marica son dos muertos y el man, no, no tranquilo, no ha pasado nada, el man como que no reaccionaba, no se”.

La policía —agregó el declarante— preguntó por el conductor de la camioneta Toyota y “el mono dijo yo no estoy manejando y le dije tan güevón si yo lo bajé, cómo va a decir que no estaba manejando... le dije güevón si usted era el que venía ahí y él venía solo ... él perdió los zapatos, imagino del cimbronazo tan berriondo”.

En relación con el hurto de la joya a SÁNCHEZ RINCÓN, cometido por un joven que se acercó supuestamente a ayudarlo, dijo el deponente: “Al rato yo veo al ladrón y le digo usted es mucho hijueputa hermano, ve el man bien embalado y lo acaba de joder, me dijo no yo le devolví la cadena porque él fue por la cadena y como estaba la policía”. Preguntó enseguida el Fiscal: “¿O sea el conductor de la camioneta que usted llama el mono después de que le hurtan la cadena va y recupera la cadena?”. Contestó el testigo: “Si, o sea eso me dijo el ladrón”. Expresó el Fiscal: ¿O sea que le había tocado devolverle la cadena?. Respondió el taxista. “Eso me dijo, no se si será cierto o no será cierto”.

Finalmente, luego de manifestar que el procesado no se acercó al otro vehículo sino se quedó “ahí” y guardó varias cosas de su carro en un maletín antes de ser subido a la patrulla policial; y de admitir el Juez del caso, con toda razón, la objeción hecha por la defensa a la siguiente pregunta del Fiscal, “¿O sea, él se preocupa más por los elementos y las cosas que por ir a verificar a las personas?”, Mario Alonso Peralta Álvarez describió en los siguientes términos el estado de ánimo del causante del desastre, en respuesta a un interrogante en tal sentido formulado por el Agente del Ministerio Público: “El estaba como atontado, borracho, no sé, él no captaba la situación, él lo único que yo sé, que él no se imaginaba la tragedia que se había cometido”.

Supremamente claro, pues, el error del Tribunal al emplear ciertas afirmaciones del testimonio, desconectadas de su contexto, para apoyar la conclusión de que el acusado se mostró indiferente frente al resultado antijurídico de su conducta, componente de los aspectos tenidos en cuenta para atribuirle los homicidios a título de dolo eventual. El análisis completo de la prueba, por el contrario, deja evidente no una actitud arrogante o

desdeñosa del joven piloto de avión, sino la de un hombre visiblemente afectado por el acontecimiento recién sucedido que *“no captaba la situación”* y en virtud de lo cual, con la ingenuidad propia de quien no ha pretendido causar mal, dijo las insensateces que el taxista Peralta Álvarez recreó en el juicio con el tono gracioso de cuando se quiere significar el ridículo de cierta situación sobre la cual se comenta, como ciertamente lo fue en el pasaje que interesa la protagonizada por RODOLFO SEBASTIÁN SÁNCHEZ RINCÓN.

En medio del humo y las sirenas, *“atontado”* y sin zapatos, le negó al patrullero de la policía Carlos Julio Ramírez Usma ser el conductor de la Toyota Prado. Y cuando el miembro de la Fuerza Pública, ya enterado por Peralta Álvarez acerca de quién era el chofer de ese vehículo, le preguntó dónde estaban los zapatos, ahí mismo el acusado le dijo que en la camioneta. Y efectivamente allí los encontraron, al lado de los pedales.

No es consistente asegurar, entonces, que se comportó altaneramente con la policía. No fue esa su actitud en realidad, como se concluye al contemplar íntegra la declaración de Ramírez Usma, quien lo percibió nervioso, con aliento a alcohol y ante la manifestación del implicado consistente en que arreglaría el otro automotor o de ser necesario compraría otro, el funcionario optó por no hacerle mención en el momento a la existencia de víctimas *“por evitar alteraciones de pronto, o evitar que en un momento de desesperación pues haga algo, no sé”*.

Conforme a la objetividad de la prueba, en consecuencia, no es cierto que SÁNCHEZ RINCÓN haya asumido una conducta posterior a los hechos de insensibilidad o indiferencia, de la cual deducir que se representó la infracción penal como probable y su no producción la dejó librada al azar.

Más allá de lo anterior, de todas formas, aunque la arrogancia, el desdén o la altanería hubieran sido las notas características del comportamiento del procesado siguiente a la tragedia, se trataría de actitudes sin relación con la modalidad de la conducta, o con la creación de un riesgo y, por tanto, neutras desde el punto de vista probatorio como indicadores de dolo eventual, al no incluir manifestaciones aclaratorias del nexo psicológico entre acción y resultado.

Igual sucede con la crítica restante realizada a SÁNCHEZ RINCÓN para juzgarlo por su indiferencia, en el sentido de que no le mereció ningún interés la suerte de las víctimas. Aunque fuera cierto —y no es claro que así haya sido sólo por no acercarse al lugar donde quedaron sus cuerpos y reclamar la cadena que le arrebataron—, resulta inaceptable inferir el dolo de una circunstancia semejante. ¿Cómo deducirlo de una supuesta actitud de indeferencia, si incluso el hecho de no prestar ayuda o huir del lugar, que son muestras aún más evidentes de ella —para seguir con el lenguaje del Tribunal—, las contempla la ley como agravantes de la culpa y nunca como expresiones del dolo, porque sencillamente no lo son?

**5.1.2.** Cualquier persona sabe que conducir es una actividad de riesgo, que éste se incrementa con el incumplimiento de las reglas de tránsito y que está

prohibida la labor de conducir carros de motor en estado de embriaguez por alcohol o sustancias estupefacientes.

No son conocimientos especializados privativos de ciertos profesionales sino de tipo general y, por tanto, de la misma manera que resultaría inaceptable justificar a una persona que alega desconocimiento de la prohibición o respecto de los efectos perturbadores derivados del consumo de licor y/o estupefacientes, igual lo es inferir dolo eventual de la ocupación laboral del procesado.

Ser piloto de avión, por tanto, o no mantener la “*compostura*” con posterioridad a los hechos y ni siquiera abandonar el lugar de su ocurrencia, son circunstancias de donde no se puede derivar tal modalidad de la conducta. Consiguientemente, servirse de las mismas para deducirla, como lo hizo la segunda instancia, constituye un error de razonamiento por la desconexión evidente entre la premisa y la conclusión.

5.1.3. En esa misma equivocación incurrió el juzgador al valerse del historial de comparendos de tránsito impuestos al acusado para la acreditación del dolo eventual<sup>23</sup>. Esos antecedentes lo único que prueban es que en ciertas fechas cometió unas faltas de tránsito, sin que exista la más mínima posibilidad de reconstruir a partir de ese pasado nada de lo sucedido la madrugada de los hechos. Podrían contribuir eventualmente informaciones procesales de esa naturaleza a perfilar la personalidad de un procesado, de cara al examen de si procede o no la concesión de subrogados penales. Nunca para fundar el reproche penal por la conducta, cuyo desvalor radica en ella misma y no en el carácter o el pasado de la persona juzgada.

Actuar en dirección contraria, como lo hizo el Tribunal, buscando demostrar el dolo a partir de ciertas particularidades de un sindicato, desvinculadas de la comisión del hecho, traduce un odioso retornar a una justicia penal superada donde el juicio a la persona sustituía al juicio del acto, como admirablemente lo recreó –con su ironía característica– el escritor argelino Albert Camus en su novela de 1942 “*El Extranjero*”.

5.2. Otra falencia en la cual incurrió el Tribunal, también constitutiva de error de hecho por falso raciocinio, fue desconocer las siguientes máximas de la experiencia:

- *Siempre o casi siempre los choques entre vehículos automotores tienen ocurrencia en razón de la imprudencia de los conductores.*

La práctica judicial no es determinante del precepto sino lo refleja. Por ello ocurre que usualmente los hechos sucedidos en accidentes de tránsito se imputan subjetivamente a título de culpa.

<sup>23</sup> El casacionista, con desacierto, planteó la respectiva censura como error de derecho por falso juicio de legalidad. Admitir su tesis implicaría la exclusión de la prueba de los antecedentes, la cual si bien es cierto resulta impertinente para acreditar la conducta no lo es frente al tema de la punibilidad.

- *Siempre o casi siempre los conductores de vehículos, aunque se encuentren embriagados con alcohol y/o estupefacientes, no persiguen causarse lesiones o la muerte.*

5.2.1. Son en nuestro criterio dos reglas seguras a partir de las cuales se puede establecer si los resultados lesivos de la vida o la integridad personal en un accidente de tránsito, le son imputables a su autor a título de culpa o dolo eventual. Se dirá, apelando a ellas, que habrá imprudencia en todos los eventos en los cuales no exista elemento de juicio que las desvirtúe. Es decir, en la casi totalidad de casos si se toma en cuenta el conocimiento empírico, lo cual significa que la atribución de dolo quedará así limitada a sucesos absolutamente excepcionales como, por ejemplo, de conductores suicidas–homicidas y atentados terroristas suicidas en vehículo automotor.

Sin perder de vista que para la configuración del dolo eventual es necesario – conforme al artículo 22 del Código Penal— prever como probable la realización de la infracción penal, la afirmación de su existencia por parte del juzgador le impone *“constatar que el autor conocía los requisitos objetivos del tipo y que no se encontraba inmerso en error sobre la realidad típica”*<sup>24</sup>, altamente admisible *“en ámbitos como el tráfico de las vías en donde las personas se acostumbran a ciertos riesgos desaprobados por el ordenamiento debido a su habitualidad”*<sup>25</sup>.

*“La gente se acostumbra, mediante sus propias acciones u observando las de otras personas –precisa el mismo doctrinante—, a que normalmente no pase nada. En ciertos ámbitos sociales el resultado brilla de manera habitual por su ausencia en una serie de imprudencias leves o pequeños alejamientos del estándar. La habitualidad da lugar a una pérdida de miedo. En el plano del subconsciente y de la semiconsciencia se genera un sentimiento falso de seguridad. Los ciudadanos llegan a acostumbrarse tanto a las situaciones de riesgo en las que a menudo no se produce el resultado que llegan a asumirlas como si se tratara de supuestos de riesgo permitido. En muchas ocasiones el autor no reconoce el riesgo que crea o la situación de peligro concreto porque la situación es para él una más de esas en las que al final todo sale bien. No obstante saber que realiza algo que infringe normas extrapenales o, incluso, saber que hay un cierto peligro. Pero para el autor no deja de ser un peligro estadístico o abstracto, que no se actualiza en esa situación concreta. La costumbre al riesgo hace que no se vincule la situación concreta ni con una lesión a terceros ni con una poena naturalis<sup>26</sup>. Para el autor se mantiene el peligro como algo lejano o estadístico”.*

Así las cosas, sin que ello esté bien, desde luego, pasa que las personas beben licor o consumen alguna otra droga embriagante y se ponen luego a manejar, confiadas en que no les va a suceder nada. El conductor en tal situación, inclusive si cuenta con la consciencia de ese riesgo y de los demás derivados de su estado, *“confía en poder evitar el resultado mediante su habilidad al volante, pues de lo contrario desistiría de su actuación, porque él mismo sería la primera víctima de su conducta. Esta confianza en un desenlace airoso, que es más que una débil esperanza, no permite llegar a una decisión en contra del bien jurídico protegido. Sin*

<sup>24</sup> BERNARDO FEIJÓO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Colección de Estudios #26, 2004, pág. 132.

<sup>25</sup> *Ibidem*, pág. 138.

<sup>26</sup> Es decir, el riesgo para el autor de salir también perjudicado con su propia conducta.

*duda se le puede reprochar al sujeto su descuidada negligencia o ligereza y castigarle por ello, pero como no ha tomado decisión alguna en contra de los valores jurídicos típicamente protegidos (como aquí la vida, la integridad corporal, la propiedad ajena), aquel reproche es más atenuado y merece sólo la pena de la imprudencia”<sup>27</sup>.*

La anterior cita del tratadista alemán la vincula en su obra al caso de una persona que, a pesar de la advertencia de su acompañante, adelanta de manera arriesgada otro vehículo y provoca un accidente. No obstante, aplica perfectamente al caso estudiado, sin que ofrezca problema asumirla frente a la definición legal de dolo eventual consagrada en el Código Penal, afiliada a la teoría de la probabilidad, en cuanto la misma —como el propio Roxin lo señala— no está alejada de su concepción del fenómeno “*como decisión por la posible lesión de bienes jurídicos*”, “*pues el que el sujeto considere más o menos probable la producción del resultado es de hecho un indicio esencial de que se toma en serio esta posibilidad y de que cuenta con ella. Si en el caso del dolo quien actúa ha de representarse ‘más que una mera posibilidad’ o incluso una ‘probabilidad predominante’, entonces continuar actuando en contra de esa representación supone por regla absolutamente general una decisión por la posible lesión de bienes jurídicos*”<sup>28</sup>.

**5.2.2.** En el asunto sometido a análisis, de acuerdo a lo probado, RODOLFO SEBASTIÁN SÁNCHEZ RINCÓN, bajo los efectos de licor y marihuana, abordó hacia las 4 de la madrugada del 23 de agosto de 2007 la camioneta Toyota Prado en la cual había arribado a las 10 de la noche del día anterior al apartamento de Tatiana Peña Gutiérrez, ubicado en la calle 145 A #21-71 de Bogotá. Se dirigió por la Avenida 19 hacia el sur y con exceso de velocidad e irrespetando el semáforo en la calle 116, produjo el choque a causa del cual fallecieron RICARDO ALEJANDRO PATIÑO y JOSÉ LIZARDO ARISTIZÁBAL VALENCIA.

Nada en absoluto hace pensar que al sentarse en el puesto del conductor haya previsto el resultado concreto de lesionar o matar personas, exponiendo su patrimonio y su vida. De hecho, aunque hizo uso de su derecho a permanecer en silencio, fue lo que le dijo a la psiquiatra forense en la entrevista correspondiente al estudio sobre imputabilidad: “*yo pensé que podía cogerme un policía de tránsito, pero no pensé en matar*”<sup>29</sup>.

Es claro desde nuestro punto de vista, pues, que no se representó la realización de los homicidios. Nada indica que se haya marchado de la fiesta presa de algún disgusto y mucho menos de uno con la fuerza suficiente para desear causarse daño en su vehículo y al tiempo ocasionárselo a todo aquel que se encontrara en su camino. Tatiana Peña, en efecto, dijo que la fiesta de su cumpleaños transcurrió apacible y que al irse de su apartamento RODOLFO SEBASTIÁN SÁNCHEZ “*iba normal*”.

<sup>27</sup> CLAUS ROXIN, *Derecho Penal*, parte general, tomo I, Civitas, edición de 2000, pág. 426.

<sup>28</sup> Obra citada, pág. 435.

<sup>29</sup> Folio 429 de la carpeta del proceso, evidencia 6.

**5.2.3.** Así las cosas, sin desconocer en ningún momento la gravedad de lo sucedido, es claro el error de razonamiento del Tribunal al desconocer las reglas de experiencia anotadas, el cual terminó siendo avalado por la Mayoría de la Sala. Si nada las desvirtuaba, lo correcto era concluir en la imputación de las muertes a título de culpa, al ser su origen evidente la conducta imprudente del acusado, a quien no puede atribuirse llevar adelante un plan de acción que incluyera la probabilidad conocida por él de que esos resultados acontecieran.

La existencia del dolo eventual, en hechos asociados al tránsito de vehículos, jamás puede determinarse por el tamaño de la imprudencia ni por la magnificación del resultado y es deber del Juez, en esa medida, resistirse a la tentación de emplear la figura –con transgresión del principio de legalidad— para franquear los límites de la tipicidad culposa y castigar con dureza en casos especialmente graves, como el del proceso.

La antijuridicidad, en el sistema penal nacional, se sustenta en la lesión o el riesgo al bien jurídico y en los desvalores de acción y resultado. El legislador, dependiendo de la importancia del bien afectado o puesto en peligro, les asigna una pena a las conductas que selecciona de la vida real como delitos, sintetizando al hacerlo la necesidad y proporcionalidad de la respuesta punitiva. Pero sin desconocer que en determinado momento, como medida de prevención, se demanden y establezcan penas más severas o prohibiciones expresas de excarcelación –como pasó en parte el año pasado al fijarse prisión de 4 a 18 años para los homicidios en accidente de tránsito determinados por la embriaguez del agente—, nada autoriza al juzgador, más en desarrollo de un acto de autoridad que de argumentación convincente, a trastocar las categorías dogmáticas para tornar doloso lo que es imprudente, en detrimento de los principios que le dan sentido a la intervención penal.

**5.2.4.** Tenemos la intuición intelectual de que el Tribunal no se habría decidido por el dolo eventual ni la Sala Mayoritaria por el precedente que ha suscrito y del que con respeto nos apartamos, si el Juez de primera instancia no hubiera sido tan laxo en la pena que impuso por el homicidio culposo. Sin discusión los 32 meses de prisión de esa condena no eran una respuesta judicial adecuada a la gravedad de la conducta, al daño creado y a la intensidad de la culpa concurrente.

Criticable en grado sumo la forma tan benévola como determinó la sanción el Juzgado Penal del Circuito. Invocó, es cierto, los factores atrás relacionados –consagrados en el artículo 61 del Código Penal como fundamentos para moverse en el cuarto dentro del cual corresponde determinar la sanción— pero fue desafortunado el incremento que de allí surgió. La gravedad indiscutible del comportamiento juzgado, los perjuicios causados y la imprudencia superlativa de donde se derivaron, aconsejaban aumentar el parámetro mínimo del que debió partir el Juez (37 meses y 10 días de prisión) –el menor previsto para el homicidio culposo agravado—, en mucho más de los escasos 2 meses y 20 días adicionados en

razón de esas circunstancias. Podía el funcionario, sin exceder su potestad legal, haberse desplazado hasta el límite del cuarto correspondiente, es decir, a los 68 meses y 15 días calculados en el fallo. Y sería perfectamente comprensible un proceder así ante la confluencia de todos los elementos fundadores del incremento sancionatorio.

Adicionalmente, en razón del concurso de homicidios y en el entendido de que, conforme a lo dicho, cada uno de ellos habría merecido 68 meses y 15 días de prisión, se hubiera también entendido el aumento “*hasta en otro tanto*” de esa pena, de conformidad con la autorización contenida en el artículo 31 del Código Penal.

Así tasada la pena, con el rigor permitido por la ley pero sin desbordarla, hubiese significado un castigo para RODOLFO SEBASTIÁN SÁNCHEZ RINCÓN de 11 años y 5 meses de prisión, lo más seguro sin derecho a su subrogación ante la necesidad de su cumplimiento para realizar las funciones de la pena y especialmente las de prevención general y especial.

Quizás se habría evitado, en caso de una respuesta judicial de esa naturaleza, el respaldo del Tribunal a una teoría del caso que construyó la Fiscalía haciendo de amplificador del “*clamor social*” pero a costa del desconocimiento del principio de legalidad, al presentar como dolosa una conducta evidentemente imprudente. Y también un criterio jurisprudencial que a nuestro juicio, pese a construirse sin apelar al argumento de la indiferencia posterior —de tan marcado protagonismo en la sentencia impugnada en casación—, estableció dos reglas bastante discutibles:

La primera, consistente en que la representación en abstracto de la probabilidad de producción de un resultado típico la hacen todos los conductores imputables que manejan en estado de embriaguez o con exceso de velocidad (páginas 57 y 58 del fallo). Así deducimos que lo planteó la Sala al afirmar ese conocimiento del procesado al abordar su vehículo, de su condición de conductor de automotores, del control de policía para prevenir esas infracciones de tránsito, de las sanciones administrativas previstas para quienes las realicen y de las campañas de cultura ciudadana difundidas por los medios de comunicación y orientadas a contrarrestar la accidentalidad vial.

La segunda, consistente en que la representación en concreto de la probabilidad de causar la muerte a otro se identifica con cruzarse un semáforo en rojo sin precaución. El Tribunal buscó en datos posteriores a la conducta, hechos indicadores de que el acusado se representó esa probabilidad y pese a ello no le importó seguir adelante con su acción. Para la Sala Mayoritaria pasarse la señal luminosa de pare corresponde a dolo eventual porque es al mismo tiempo su prueba, eludiéndose así la obligación de demostrar ese elemento de la imputación subjetiva con circunstancias distintas de las mismas que configuran la violación del deber objetivo de cuidado. De los señores Magistrados”.

#### IV. COMENTARIO

PROF. FERNANDO VELÁSQUEZ V\*.

*“Llegará el día, espero, en que reposados los ánimos y vistas las enormes consecuencias de lo que ahora se postula por mayoría, la Sala recoja su criterio para que las aguas retornen a su cauce, pues, para finalizar, por mucho que se afine la retórica o se apele a teorías doctrinarias en ocasiones incompatibles entre sí, la culpa es culpa y el dolo es dolo”* (Salvamento de voto del Magistrado SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ)

**A. Introducción.** Muchas discusiones ha propiciado la sentencia expedida el 25 de agosto de 2010 por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que ha puesto de nuevo sobre el tapete de la discusión el distingo entre el dolo eventual y la culpa consciente<sup>30</sup> asunto sobre el cual ha dicho la más tradicional doctrina que se trata “de uno de los problemas más difíciles y discutidos del Derecho Penal”<sup>31</sup>, sobre todo cuando se trata de juzgar las conductas de conductores que —como en el caso que abordó la judicatura— después de violentar de diversas formas el deber objetivo de cuidado, causan comportamientos graves y muy dañosos para la vida de los asociados.

Por supuesto, con miras a tomar parte en este debate en el presente escrito, en primer lugar, se estudia el distingo entre el dolo eventual y la culpa consciente. En segundo lugar, se muestra la línea jurisprudencial dentro de la cual se ubica el fallo examinado; en tercer lugar, con ese punto de partida se hace una crítica dogmática de la decisión citada y de los salvamentos de voto. En cuarto lugar, se ubica la decisión en un contexto macro; y, finalmente, en quinto lugar, se formulan algunas conclusiones para el debate.

**B. El dolo eventual y la culpa consciente.**

**1. El dolo eventual.** A esta figura también se le conoce como *dolus eventualis* o *dolo condicionado* —denominación incorrecta porque la voluntad de realización del tipo es incondicional<sup>32</sup>—, pues el agente asume como probable la realización del tipo penal, con el

\* Este trabajo forma parte de las exploraciones académicas realizadas dentro de la línea de investigación en Dogmática Penal, del Grupo de Investigación en Ciencias Penales y Criminológicas “Emiro Sandoval Huertas”, al cual está adscrito como investigador el autor.

<sup>30</sup> La dificultad de este distingo se ha acentuado en los últimos tiempos con las teorías que desconocen el aspecto volitivo del dolo. Sobre ello, LAURENZO COPELLO, *Dolo y conocimiento*, págs. 270 y ss.

<sup>31</sup> Cfr. WELZEL, *Derecho penal*, pág. 101.

<sup>32</sup> HURTADO POZO, *Manual*, 3ª ed., pág. 464.



consiguiente menoscabo para el bien jurídico tutelado, y, a pesar de ello, actúa para alcanzar el fin perseguido<sup>33</sup>; así sucede, por ejemplo, cuando el autor al disparar en la vía pública sobre su víctima, a la que le da muerte, deja librada a la suerte la lesión —que también se produce— del peatón ocasional. Por supuesto, es menor el contenido del injusto en el dolo eventual que en el llamado dolo directo (de primero y segundo grados)<sup>34</sup>, porque la realización del tipo penal no ha sido propuesta ni tenida como segura por el autor, sino que se deja abandonada al curso de los fenómenos.

Ahora bien, para saber si el autor previó como probable la realización del tipo penal, será necesario establecer cuál ha sido su actitud frente a ello, tema que ha dado lugar a diversos criterios doctrinarios<sup>35</sup> que, tradicionalmente, fluctúan entre dos grandes grupos de posturas cuyas elaboraciones se remontan al siglo XIX<sup>36</sup>. Así, se dice, en primer lugar, que hay dolo eventual cuando el agente *aprueba* interiormente la posible realización del tipo, la acepta conscientemente, está de acuerdo con ella (elemento volitivo), aunque también debe considerar como posible la realización de la descripción típica (elemento cognoscitivo); son estas las *teorías de la voluntad*. De esta manera, pues, se hace énfasis en el componente volitivo, pero no se desecha el cognoscitivo, y es el primer componente —el volitivo, de ahí el nombre dado a este grupo de posturas— el que caracteriza el dolo eventual y lo diferencia de la imprudencia o culpa consciente. A su vez, se plantea, en segundo lugar, que hay dolo eventual cuando el autor *se ha representado* la eventual realización del tipo como probable y hace hincapié en el momento cognoscitivo del dolo, el único que permite distinguir esta figura de la culpa o imprudencia consciente en la que la realización típica se prevé solo como posible y se desechan, por ende, los componentes volitivos; por eso, a este grupo de concepciones se les conoce como *teorías de la representación*. Y, para terminar, aparece una postura según la cual el dolo eventual se conforma tanto cuando el autor *se ha representado* la realización posible del tipo, como cuando *se ha conformado* con ella, son las

<sup>33</sup> Sobre ello, VELÁSQUEZ, *Derecho penal*, pág. 625.

<sup>34</sup> Los distinguos son muy bien explicadas por RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, págs. 44 y ss.

<sup>35</sup> Cfr. RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, págs. 53 y ss.

<sup>36</sup> Cfr. KÜHL, *Strafrecht*, 6ª ed., págs. 86 y ss., de manera profusa; ROXIN, *Strafrecht*, t. I, 4ª ed., págs. 452 y ss., que cita diez concepciones diferentes; el mismo, *Derecho penal*, t. I, págs. 430 y ss.; ZAFFARONI, *Tratado*, t. III, pág. 353; DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, págs. 47 y ss.; LAURENZO COPELLO, *Dolo y conocimiento*, págs. 36 y ss., expone la evolución a partir del siglo XVIII; CEREZO MIR, *Curso*, t. II, 6ª ed., págs. 147 y ss.

*teorías mixtas*, aunque no falta quien —a partir de concepciones funcionalistas— defienda una tesis compuesta<sup>37</sup>.

Cada una de las elaboraciones enunciadas —que tienen como común denominador su punto de partida subjetivo, en la medida en que pretenden precisar cómo elabora el autor desde el punto de vista psíquico su decisión incorrecta, mas no desde el objetivo— tiene sus propias variantes; incluso existen teorías unitarias, con lo que se llega a un amplio espectro de posiciones conformado por más de doce concepciones sobre el asunto, que van desde las más difundidas en la época del causalismo hasta las defendidas por los funcionalistas contemporáneos<sup>38</sup>. Esto demuestra, desde luego, que la definición de esta figura es algo todavía no aclarado y que el debate se pierde —como sucede con toda la construcción del dolo— en un mar de discusiones terminológicas.

Ahora bien, la redacción del inc. 2º del art. 22 del C. P. al afirmar que “...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”<sup>39</sup>, parece conciliarse con una variante de la postura mixta: por un lado, el agente debe *prever como probable* la realización de la infracción, con lo que se pone énfasis en los conceptos de *previsibilidad* y *probabilidad*, esto es, en el componente cognoscitivo del dolo; y, por el otro, como la ausencia de realización de la infracción prevista “se deja librada al azar”, se parte de la idea de que las cosas deben seguir su curso, con lo que —así sea en menor medida— también se tiene en cuenta el componente volitivo gracias al que el sujeto activo puede “dejar librada” la realización de la infracción al acaso, a la casualidad o al azar —lo que ratifica que en todos los tipos dolosos hay un componente de albur en la producción del resultado, que también sucede en los imprudentes, sin que ello signifique extraer este elemento, el resultado, del injusto—, que es lo contrario de la *certeza* en torno a ello. Hay, pues, de entrada, un claro predominio del componente cognoscitivo sobre el volitivo, pues se asume la *teoría de la probabilidad* —que es una variante de la tesis de la representación— unida al criterio de *dejar que las cosas sigan su curso*, posición que

<sup>37</sup> Cfr. FEIJÓO SÁNCHEZ, *Dolo eventual*, págs. 61 y 62.

<sup>38</sup> Cfr. RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, págs. 53 y ss.

<sup>39</sup> Decía así el art. 36 del C. P. de 1980: “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”.

desarrolla la *teoría del peligro no cubierto o asegurado* (R. D. HERZBERG<sup>40</sup>) aunque, se repite, sin lograr eliminar el componente volitivo en el dolo como lo propone este autor; además, parece claro que el dolo eventual —por mandato de la “norma rectora” contenida en el art. 11 que consagra el principio de lesividad— implica, necesariamente, la decisión en contra del bien jurídico, una de las pautas que C. ROXIN<sup>41</sup> tiene en cuenta dentro de su concepción funcional moderada del dolo eventual, la llamada *teoría del tomarse en serio*.

Sin duda, pues, se trata de una elaboración mixta sobre la materia que pone el acento en criterios objetivos de delimitación y que está llamada a generar dificultades a la hora de llevar a la vida práctica el asunto; cosa distinta, desde luego, sucedía con el C. P. de 1980 en su art. 36 enfatizaba en que el agente debía *aceptar* la realización del hecho y *preverla* como posible, con lo que lograba un *equilibrio entre los componentes voluntario y cognoscitivo*<sup>42</sup>.

**2. La culpa consciente.** El *dolo eventual* no puede ser confundido con la *culpa con representación* o con *previsión*<sup>43</sup> que se presenta cuando el agente, que ha supuesto como posible la producción del resultado lesivo para el bien jurídico porque estaba en posibilidad de hacerlo, confía en poder evitarlo, pese a que advierte la amenaza objetiva de su conducta; o, como dice el art. 23: “La *conducta es culposa cuando el resultado típico es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente...habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo*”<sup>44</sup>. Así, por ejemplo, el que conduce un vehículo por una calle atestada de peatones a excesiva velocidad, con conocimiento del riesgo que corre la vida de los transeúntes (amenaza para los bienes jurídicos), confiado en que el vehículo posee frenos muy potentes y en su gran pericia con el volante, ocasiona un accidente en el que pierden la vida varias personas, actúa con esta clase de imprudencia; distinta, desde luego, es la situación cuando el agente acepta la posibilidad de producción del resultado lesivo para el bien jurídico, cuya realización conoce de manera efectiva y deja su producción librada al azar, en cuyo caso se trataría de *dolo eventual*.

<sup>40</sup> Sobre ello, ROXIN, *Derecho penal*, t. I, pág. 443-445; VELÁSQUEZ, *Derecho penal*, págs. 627 y 628.

<sup>41</sup> Cfr. ROXIN, *Strafrecht*, t. I, 4ª ed., pág. 445 y ss., 450; el mismo, *Derecho penal*, t. I, pág. 424 y ss., 429.

<sup>42</sup> Sobre ello, VELÁSQUEZ, *Derecho penal*, pág. 628.

<sup>43</sup> Sobre ello, VELÁSQUEZ, *Derecho penal*, pág. 692.

<sup>44</sup> El art. 37 del C. P. de 1980, rezaba así: “La *conducta es culposa cuando el agente realiza el hecho punible por falta de previsión del resultado previsible o cuando habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo*”.

Esto último obliga a establecer las *diferencias* entre dichas figuras, que sólo se pueden efectuar cuando se parte del elemento volitivo. En primer lugar, en el *dolo eventual* el autor mira con indiferencia el resultado (lo deja librado al azar) y, aunque realmente no lo quiere, está dispuesto a afrontarlo y a ratificarlo si se llega a producir; en la *culpa o imprudencia con representación*, en cambio, le preocupa que el resultado pueda producirse y su actitud no es de franca indiferencia, sino de una imprudente confianza en que podrá evitarlo. Así mismo, en segundo lugar, en el *dolo eventual* el sujeto activo se representa el resultado lesivo para el bien jurídico como posible o probable y lo acepta; mientras que en la *culpa o imprudencia con representación*, también lo concibe como posible, pero no lo acepta, pues confía en poder evitarlo. Finalmente, en tercer lugar, en el *dolo eventual* el autor no renuncia a la ejecución de la conducta de la que probablemente, o casi con certeza, puede seguirse un resultado; no hace nada para evitarlo, pues se dice a sí mismo: “sea así o de esta manera, suceda esto o lo otro, en todo caso yo actúo”; deja, pues, que obre el azar. En la *culpa o imprudencia con representación*, por el contrario, confía despreocupadamente en que el resultado no se producirá, y hace todo lo posible para evitarlo<sup>45</sup>; para nada, pues, opera el azar.

El distingo se desprende de los arts. 22 y 23 del C. P.: hay culpa o imprudencia con representación cuando el autor, “*habiéndolo previsto* (el resultado) *confió en poder evitarlo*”; y hay dolo eventual cuando acepta la realización de la conducta tipificada: “*...ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar*”. Esta diferencia no es aceptada por algunas concepciones normativistas que, con el vuelco dado a la noción de dolo, abogan por otros criterios y miran el asunto no a partir del dolo eventual sino de la culpa consciente<sup>46</sup>. Un ejemplo clásico de cátedra que se expone en un trabajo previo del autor sobre esta materia<sup>47</sup>, explica lo anterior: la meretriz afectada de una enfermedad venérea, que se representa como posible el contagio del hombre con el que yace, obra con dolo eventual si deja el resultado librado al azar y este se produce; en cambio, si al conocer su padecimiento se auto medica y, convencida de los buenos resultados yace con el cliente y lo contagia, obra con culpa con representación.

<sup>45</sup> Véase MAURACH, *Tratado*. t. I, págs. 317 y ss.; JESCHECK/WEIGEND, *Tratado*, 5ª ed., págs. 322 y ss.; ZAFFARONI, *Teoría*, págs. 296 y ss.

<sup>46</sup> Cfr. CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, págs. 270 y ss, 282 y ss., LAURENZO COPELLO, *Dolo y conocimiento*, págs. 273 y ss., DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, págs. 261 y ss., las tres con críticas a los puntos de partida tradicionales plantean la necesidad de fundarse en criterios normativos, en todo caso el peligro corrido por el bien jurídico.

<sup>47</sup> Sobre ello, VELÁSQUEZ, *Derecho penal*, pág. 693.

C. *Una línea jurisprudencial que afirma la tesis del dolo eventual.* En contra de lo que suele creerse, la decisión que hoy es objeto de análisis no aparece de manera sorpresiva en el contexto de posturas asumidas por la Sala de Casación Penal sino que es producto de unas directrices ya trazadas antes, incluso desde los desarrollos jurisprudenciales a que fue sometido el C. P. de 1980. Así lo muestra el siguiente recorrido:

**1. Sentencia del 27 de agosto de 2000.** Esta providencia, radicada con el N° 14355 y que contó con la ponencia del Magistrado JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGO, citada como precedente por la Sala de Decisión Penal del Tribunal que abordó en segunda instancia el asunto, de forma bastante parecida a la sentencia aquí examinada, se ocupa del caso de un conductor de bus que embriagado, bajo los efectos de la marihuana, guía a excesiva velocidad y cruza un semáforo en rojo, produciendo la muerte de un motociclista:

“...se ha establecido que en la madrugada del día 15 de diciembre del año de 1994, el señor JOSÉ DE JESÚS PINTOR CRUZ conducía a exceso de velocidad el bus ejecutivo de placas SFF 463, por la troncal Caracas de esta ciudad y en dirección al barrio Monteblanco –sentido norte-sur-, cuando en la intersección con la calle 27 sur, a pesar de que el semáforo estaba en rojo, continuó apresuradamente la marcha y atropelló entonces la motocicleta maniobrada por el señor JORGE LADINO SANABRIA, quien murió cuando gravemente herido era trasladado a un centro asistencial. El conductor del autobús se propuso alejarse del lugar, más adelante hizo evacuar a los pasajeros, pero gracias a la interposición solidaria de algunos taxistas, aquél fue capturado por la policía y se determinó posteriormente que en la ocasión estaba bajo los efectos de la embriaguez producida por el alcohol y la marihuana”.

Estos hechos —sucedidos el quince de diciembre de 1994— fueron calificados como homicidio doloso eventual por la primera y la segunda instancias y la Sala de Casación Penal —sin que ninguno de los magistrados de la época salvase su voto o lo aclarase en un sentido distinto—, luego de no casar la sentencia de segunda instancia emitida por una de las salas de decisión penal del Tribunal Superior de Bogotá, afirmó de manera categórica: “...aunque el demandante y el Procurador no compartan las inferencias hechas por el Tribunal para llegar a la conclusión del dolo eventual, pues, según ellos, sólo ha lugar a una culpa con representación, lo cierto es que con el planteamiento alternativo no alcanzan a demostrar el absurdo en aquéllas, pues el juzgador ha enseñado en el fallo puntos de partida basados en prueba empírica y racional”.

2. Así mismo, si se atienden las citas que hace la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Bogotá al emitir el proveído de segunda instancia, se encuentra que esa misma corporación —en el caso de un conductor de bus que llevaba su vehículo de forma irresponsable y causó varios resultados lesivos: una muerte y múltiples resultados de lesiones personales—, en sentencia del quince de septiembre de 2006, radicado: 11001310400220010018802, afirmó:

“...para la Sala, es claro que ni la fiscalía, ni el juzgado de conocimiento fueron rigurosos en la imputación pues existía un fundamento razonable para imputar los resultados antijurídicos producidos no con culpa, sino con dolo eventual: El actor venía conduciendo de forma manifiestamente imprudente, al punto que ello alertó a los pasajeros del autobús, quienes de manera airada y reiterada le hicieron notar que podía causar la muerte a alguno de ellos. Ante ello, el conductor continuó con su irresponsable proceder, es decir, le fue indiferente la producción de resultados antijurídicos. Tan cierto es ello, que en los improperios que dirigió al conductor del otro vehículo se planteó la posibilidad de chocar los carros si éste no lo dejaba pasar. / *Esta indiferencia ante la producción de un resultado antijurídico, mucho más en ejercicio de una actividad tan peligrosa como la conducción de vehículos de servicio público, no es una simple imprudencia; se trata, más exactamente, del despliegue de una conducta en la que la producción del resultado típico se deja librado al azar y esto es, precisamente, dolo eventual.* Con todo, es obvio que en este momento el Tribunal debe atenerse al alcance que la fiscalía, en cumplimiento de su rol funcional, le imprimió a la acusación” (cursivas añadidas).

3. Además, mediante providencia del 26 de septiembre de 2007 y con ponencia del Magistrado YESID RAMÍREZ BASTIDAS —sin que tampoco hubiese ningún salvamento o aclaración de voto—, en un caso en el cual un conductor de un vehículo particular ebrio y a excesiva velocidad chocó en la ciudad capital contra varios vehículos a raíz de lo cual resultaron plurales lesionados y un fallecido, hechos que fueron calificados como culposos por la primera y la segunda instancias, la Sala de Casación Penal —que, no obstante, no pudo agravar la situación del condenado—, señaló que los mismos se debían entender como doloso eventuales:

“3.1. **La acción típica en los accidentes de tránsito:** 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 incensablemente 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” (cursivas añadidas).*

**4.** Por supuesto, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Bogotá, al emitir la sentencia de 28 de julio de 2009 bajo el número de radicación 1100160002820070266202, no dudó en calificar los hechos como propios de una conducta dolosa eventual.

En fin, de lo anterior se colige que la decisión aquí analizada no aparece como huérfana de respaldo y que la línea jurisprudencial en la que se apoya supone elaboraciones de por lo menos diez años de los tribunales involucrados.

**D. La sentencia y los salvamentos de voto.** Desde luego, una vez ubicada la decisión en examen dentro de la línea jurisprudencial correspondiente, debe ahora hacerse su evaluación y crítica.

**1. El expansionismo penal está de moda.** A no dudarlo, la providencia en examen se inscribe en el marco de un Derecho penal que no respeta límites y amenaza con derruir el viejo edificio del Derecho penal liberal, por el que tanto ha luchado occidente a lo largo de los últimos siglos; es, si se quiere, expresión de un Derecho penal autoritario que reniega de principios como los de acto y culpabilidad, cuando no el de dignidad de la persona humana, que forman parte del programa penal de la Constitución y son límites a la actividad punitiva del Estado.

**2. El populismo punitivo y los medios de comunicación.** En el contexto acabado de señalar no es de extrañar que con decisiones como esta y con la pretensión de asumir las concepciones de la pena que en la

moderna discusión se conocen como de la prevención general positiva integradora —no en vano el tribunal de casación se apuntala, como argumento de autoridad<sup>48</sup>, en la obra de GÜNTHER JAKOBS el máximo exponente de esas corrientes autócratas en la época contemporánea—, se quiera ejemplarizar a los ciudadanos y de paso satisfacer las demandas de “justicia” por las que abogan los medios de comunicación hoy dedicados a los “juicios paralelos”<sup>49</sup>, a la par de las exigencias impuestas por los grupos de presión que detentan la propiedad de los mismos. Hay, pues, en camino una cruzada punitivista que enarbola la bandera de la “tolerancia cero” frente a fenómenos como el que se examina<sup>50</sup>.

**3. *El olvido de la Dogmática penal.*** Además, así la decisión se trate de adornar con algunas citas de importantes expositores, es evidente que los jueces de turno quieren hacer tabla rasa con la Dogmática jurídico penal, esto es, con la ciencia del Derecho Penal. Por ello, el proveído en estudio —al darle un nuevo espaldarazo al Tribunal de segunda instancia— avala la afirmación según la cual los elementos del tipo penal objetivo de homicidio son iguales para todas las formas de aparición de la conducta punible y lo que varía es la “forma de imputación subjetiva”.

Por supuesto, cualquiera que conozca la evolución de la teoría de la tipicidad propia de los años ochenta y noventa del siglo pasado —y no abandere en esta sede posturas monistas como la jakobsiana que, por supuesto, no tienen eco en el derecho vigente—, sabe que la estructura típica de los hechos culposos y de los dolosos es bien distinta tanto en el plano objetivo como subjetivo.

Además, por eso la providencia (también la del Tribunal) para nada se ocupa de la problemática de la imputación objetiva y olvida que por mandato del art. 9º inc. 2º del C. P., “la causalidad por sí sola no es suficiente para la imputación jurídica del resultado”.

Aquí, pues, los jueces de turno sólo se contentaron con establecer una relación de causalidad entre la conducta del agente y el resultado, sin reparar en los innumerables vacíos que la investigación dejó en

<sup>48</sup> Una de las falacias más comunes en la lógica y en la retórica, como lo demuestra SAGAN (*El mundo y sus demonios*, pág. 235).

<sup>49</sup> Sobre ello, POSADA MAYA, “Los juicios paralelos”, págs. y ss.

<sup>50</sup> Este concepto de “tolerancia cero”, dice WACQUANT (*Las cárceles de la miseria*, pág. 17), “no implica la rigurosa aplicación de todas las leyes, que sería imposible —por no decir intolerable—, sino más bien una imposición extremadamente discriminatoria contra determinados grupos de personas en ciertas zonas simbólicas”



esta materia. En efecto, se constató a través de videos que diversos conductores a esa hora y en el mismo lugar realizaron plurales violaciones al deber objetivo de cuidado (por lo menos cuatro, según indicó la Señora Agente del Ministerio Público); además, la principal grabación esgrimida como evidencia en contra del acusado —y el propio Tribunal de segunda instancia se dolió de ello— no fue sometida a un examen técnico especializado, para precisar las circunstancias en que se presentó el accidente, la velocidad de los vehículos involucrados, el papel que jugó un conductor de taxi que —instantes antes de la colisión— violó el deber de cuidado, y la distancia a la cual se encontraba en ese momento el conductor aquí condenado, etc.; tampoco —aparte de una escueta afirmación que aparece al narrar los hechos, en el sentido de que la camioneta que fue colisionada “se desplazaba a velocidad reglamentaria en dirección occidente”—, nada se dijo de la conducta de la víctima, algo esencial cuando se analiza este tipo de hechos<sup>51</sup>. En otras palabras: los diversos problemas de imputación objetiva que el caso plantea y que era necesario ventilar en sede de tipicidad, no fueron atendidos para nada.

**4. Un muy forzado concepto de dolo eventual.** Por lo demás, llama la atención —aunque se hacen atinadas precisiones sobre las diversas formas de dolo y la culpa consciente<sup>52</sup>, que de nada sirven al solucionar el caso— la forma como la providencia maneja el concepto de dolo eventual: primero niega el papel que cumple la Teoría de la voluntad en la construcción de la fórmula acogida en la segunda parte del art. 22, al aseverar que el legislador “tomó partido por la teoría de la representación”. A renglón seguido, en plan de legitimar esa afirmación, transcribe apartes de la sentencia de quince de septiembre de 2004 —radicado: 20860— en la que, sin embargo, la propia Sala reconoce que la parte segunda de la fórmula alude a la Teoría de la voluntad así aparezca bastante menguada.

Y luego hace esfuerzos desesperados para defender la condena proferida por la segunda instancia a cuyo efecto se apuntala,

<sup>51</sup> Bien dice CANCIO MELIÁ (*Conducta de la víctima*, pág. 19) que “se trata de introducir la figura de la víctima en el contexto de la valoración normativa del comportamiento del autor, especialmente, de determinar si la conducta de la víctima puede resultar relevante para constatar si siquiera existe una conducta típica”.

<sup>52</sup> Que, por supuesto, no son nuevos dado que ese organismo los había hecho en pronunciamientos precedentes: 29 de septiembre 2001, radicado: 10009, que se apoya en la sentencia de 25 de septiembre 1987; 24 de abril 2003, radicado: 17618; quince de septiembre 2004, radicado: 20860; 19 de febrero 2007, radicado: 23286; y dos diciembre 2008, radicado: 27677, entre otras.

una y otra vez, en la Teoría de la voluntad —que, gústenos o no está plasmada en el texto del art. 22—. En otras palabras: ¡esta construcción no juega ningún papel en la fórmula legal pero es definitiva para justificar la condena por dolo eventual!

**5. Los yerros en las citas.** Mucho desdice del proveído en estudio la forma poco seria como se manejan algunas citas: en efecto, se hace una transcripción de una decisión que —en el pie de página 11— se atribuye a sentencia de casación de 27 de octubre de 2004, radicado: 17019, cuando ella no hace ninguna mención al asunto —y que unas páginas más adelante se convierte en la “**decisión de 27 de octubre de 2007**”—; lo cierto es que tal transcripción corresponde a la sentencia de 27 de septiembre de 2007, radicado 27431, que la providencia no menciona ni por asomo.

**6. Una cita doctrinaria mal utilizada.** Desde luego, también aparece una transcripción de segunda mano de la obra de JAKOBS que se utiliza fuera de contexto y se transcribe de forma incompleta. Lo que, de verdad, dice el discutido Profesor alemán es lo siguiente: “*Así pues, el riesgo comienza a ser relevante para la decisión, y basta para el dolo, cuando no sólo está permitido según su magnitud, sino que además sobrepasa la medida que debe aceptarse aún en general como riesgo no permitido impuesto, si no quiere impedir determinados ámbitos vitales. Ejemplo: Quien en la circulación rodada —en conocimiento actual del riesgo de resultado— sobrepasa moderadamente la velocidad máxima, o se acerca a menor distancia de la de seguridad, etc. a pesar de su conocimiento, sólo tiene dolo de un tipo de puesta en peligro abstracto; sin embargo, quien adelanta antes de un cambio de rasante en una carretera estrecha, o quien a ciegas se salta un semáforo en rojo, tiene dolo de lesión; tales situaciones se sienten a menudo incluso como críticas. Aún más importantes son estos límites para el delito imprudente*”<sup>53</sup>.

Naturalmente, de ese párrafo no se puede deducir —¡como lo hace la Sala mayoritaria!— que quien se salta un semáforo en rojo y mata un par de peatones obra con dolo de matar, entre otras cosas porque eso no lo expresa el autor germano. Él señala, es verdad, que en este caso se actúa con “dolo de lesión” pero —adviértase— todo indica que está pensando en las figuras de conducción indebida en el tráfico que prevén los §§ 315 b y 315c del Código penal alemán

<sup>53</sup> Cfr. JAKOBS, *Derecho penal*, pág. 335. Las cursivas corresponden a lo que se omitió en la cita.

—incluso en la conducción en estado de embriaguez—, que son dolosas y no en los tipos de homicidio y lesiones.

No parece, entonces, aceptable que una Corte de Casación seria haga citas acomodadas y fuera de contexto, para poner a un autor a decir lo que ella quiere que exprese. Incluso, si se lee la obra de RAGUÉS I VALLÈS —¿de donde se copió!—, se podrá constatar que las explicaciones dadas por el autor español sobre los contenidos de la transcripción distan, en mucho, de los alcances que la Sala de Casación Penal le da. En efecto, señala:

“El principal interés del planteamiento de *Jakobs* viene dado por la explicitación de cómo ante determinados comportamientos se hace muy difícil afirmar la existencia de una realización delictiva, por mucho que el sujeto realmente haya llevado a cabo un juicio serio sobre la peligrosidad de la conducta. Por un lado, parece indiscutible que en una sociedad habituada a ciertos riesgos lo normal es que en la práctica determinados juicios de concreta peligrosidad no se lleven a cabo o que, si se realizan, estos no trasciendan más allá de la psique del autor. Sin embargo, no es inimaginable que en algunos supuestos (p. ej. un sujeto confiesa que mediante una reducción de la distancia de seguridad intentó embestir al coche que le precedía) tal juicio puede llegar a trascender más allá de lo psíquico y a impregnar la conducta de una dolosidad que no es posible pasar fácilmente por alto. Sin embargo, si se transforma en *iuris tantum* la presunción *iuris et de iure* formulada por *Jakobs*, el planteamiento de este autor ya no se diferencia de las teorías dominantes, en la medida en que también éstas exigen para la afirmación del dolo cierta actividad probatoria para enervar otra presunción: de inocencia”<sup>54</sup>.

En conclusión: ¡son bien distintos los alcances de la postura de *Jakobs*! Es más, todavía cabría preguntar: si los resultados de muerte se imputaron a título de dolo ¿por qué no se le achacaron al agente también los daños en bien ajeno dolosos que causó? Incluso, ¿por qué, en el caso del taxista que casi resulta impactado y que también transitaba violando el deber objetivo de cuidado medio exigible, no se habla de tentativa de homicidio? Esas son las inconsecuencias de este punto de partida.

**7. La falta de elegancia a la hora de la réplica.** Así mismo, mucho desdice de las formas que deben imperar en estos ámbitos la manera como la Sala despacha los argumentos del casacionista —que, hasta donde las transcripciones hechas lo evidencian, hizo un muy buen esfuerzo

<sup>54</sup> Cfr. RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, págs. 141-142.

para confeccionar una demanda seria y proponer una interesante discusión académica, así se trate de un ex magistrado de la propia Corte quien también defendió en tal condición esa tesis—, pues las replicas no parecen las propias de quien se pronuncia en sede de casación sino las proporcionadas por el que redacta un alegato de instancia; dicho de otra forma: el recurso extraordinario de casación no parece ser ya la sede destinada a librar importantes debates de tipo técnico-jurídico, unificar la jurisprudencia y enderezar entuertos, sino la oportunidad para redactar alegatos que defienden las decisiones de los inferiores. Por lo demás, la forma juiciosa como el Salvamento de Voto del Magistrado ESPINOSA PÉREZ se refiere al asunto, releva de cualquier comentario adicional.

**8.** *El derecho penal de autor.* Si algo está claro en este caso es que la prueba del dolo se edifica no a partir de los medios recaudados sino con base en los comportamientos previos —varios comparendos de tránsito, su condición de piloto— y posteriores —la situación de aparente indiferencia que observó después de la violenta colisión quien, además, atolondrado manifestaba ser “hijo de Uribe”— del encartado, cuando no en sus supuestos “conocimientos especiales” —los de piloto de aviones, cosa distinta a los del avezado conductor de autos: ¡aquí se confundieron ambas máquinas!—. Esto, por supuesto, es edificar una sentencia a partir de consideraciones propias de un derecho penal de autor no de uno de acto como lo demanda la Carta Fundamental; por ello, no es de extrañar que la demanda de casación plantease la existencia de un error de derecho por falso juicio de legalidad para apuntalar una violación indirecta de la ley sustancial originada en errores probatorios como cargo subsidiario contra la sentencia. ¡Sin embargo, después de esgrimir argumentos contrarios a las leyes de la lógica, la providencia pretende que la sentencia de segunda instancia sí se fundó en el derecho penal de acto, pues “en absoluto” se escuda en el de autor!

**9.** *El Salvamento de voto del Magistrado Zapata Ortiz.* Esta pieza procesal también es compartible en cuanto llama la atención sobre el yerro cometido por la Sala al condenar por un doble homicidio doloso y no por hecho culposo; sus argumentos en este sentido no merecen ninguna réplica. Sin embargo, hay dos asuntos que deben ser objeto de debate: de un lado, —en contravía de toda la teoría de la determinación de la sanción penal— propone unas tasaciones de la pena inadmisibles aún en el entendido de que los hechos imputados fuesen culposos, con lo cual también se deja llevar el

punitivismo de moda. De otro lado, no parece cierta su afirmación en el sentido de que el condenado “no se representó la realización de los homicidios”, pues quien se conduce de forma imprudente en el tráfico sí se representa los resultados lesivos que con su accionar se pueden llevar a cabo, cosa distinta es que él no dejase “librada al azar” la producción de los mismos porque confió en evitar esas consecuencias dañosas —allí radica, recuérdese, el aspecto subjetivo de la culpa consciente que la diferencia del dolo eventual—.

**10.** *El Salvamento de Voto del Magistrado Espinosa Pérez.* A su vez, muy atinadas son las razones consignadas en dicho escrito cuando, con argumentos que no ofrecen ninguna duda, demuestra que la imputación en este caso sólo podía hacerse a título de homicidio culposo; su postura, unida a la proclama por una judicatura independiente y ajena a las presiones mediáticas, es la que de seguro terminará por imponerse.

**K.** *El papel del Ministerio público.* Dígase, para concluir, que también aparecen puestas en razón las consideraciones hechas por ese sujeto procesal que con sobrada razón solicitó que se casara la sentencia, pues para él los dos cargos formulados eran procedentes.

**E.** *El contexto de la decisión.* Desde luego, el revuelo causado por esta decisión es aún mayor cuando se piensa que ella se inscribe dentro de una serie de pronunciamientos emitidos durante los últimos años por la Sala de Casación Penal —en los últimos años muy preocupada por las disputas políticas— que también han producido mucha confusión: piénsese en los que acabaron con los linderos dogmáticos entre la autoría y la participación criminal para acuñar un concepto de “autoría impropia”, que rige de manera generalizada (un concepto extensivo de autor); los que confunden los actos preparatorios con los actos de ejecución (como en el caso del fallido atentado contra un reconocido periodista que fue atribuido a un grupo guerrillero); los que han hecho de las figuras de concierto para delinquir —en contra de toda la tradicional construcción doctrinaria y jurisprudencial de estas figuras— verdaderos tipos de captación dentro de los cuales es dable incluir cualquier comportamiento por inane que sea, muy al estilo de la *conspiracy* propia del derecho anglosajón. Así mismo: los que tornaron el recurso extraordinario de casación en una tercera instancia; pisotearon el fuero de los congresistas en contravía del propio texto de la Carta fundamental —con base en los cuales se reasumieron competencias inexistentes y se violó el principio de la cosa juzgada—; los que acabaron con el instituto de la prescripción

de la acción penal; los que acabaron con el centenario principio de legalidad de los delitos y de las penas; los que violentaron los centenarios principios en el ámbito del derecho probatorio —recuérdese, la forma como ahora se valora la prueba testimonial o se construye la teoría del indicio—; o, en fin, los que —a partir de una idea errada del llamado bloque de constitucionalidad— han decidido aplicar directamente las decisiones de tribunales internacionales como si ellos —no importa cuál sea el objeto de esos pronunciamientos— fueran los superiores de los jueces colombianos o éstos, por aquellas ironías del destino, se hubiesen convertido en fiscales o jueces de la Corte Penal Internacional.

En fin, todo un cúmulo de decisiones gestadas durante los últimos veinte o treinta años que muestran a las claras como nuestros supremos jueces —so pretexto de aplicar el que llaman “nuevo Derecho”— han arrasado con las nociones básicas de los Derechos penal, probatorio, procesal penal, internacional público, constitucional, entre muchas otras disciplinas, para dar cabida a una justicia penal que recuerda mucho la llama “justicia del cadí” —aunque con la diferencia de que en la tradición musulmana el Cadí no sólo es el máximo ejemplo de la moral y las buenas costumbres y tiene un amplio conocimiento y comprensión del Derecho y el Corán, sino que con su conducta debe dar muestras de valor, ecuanimidad y firmeza en sus decisiones—, todo ello con un saldo lamentable para la seguridad jurídica y para el Estado de Derecho.

## F. Conclusiones

**Primera:** Esta providencia, por ende, aboga por el populismo punitivo y, para desgracia de la judicatura colombiana, es una más de las determinaciones que los jueces toman teniendo como punto de referencia lo que digan los medios de comunicación y no el juicio ponderado de los juristas que tienen sobre sus hombros la inmensa responsabilidad de administrar justicia.

**Segunda:** El análisis aquí hecho demuestra que, pese a la adscripción de la misma a una corriente jurisprudencial expansionista, la decisión tiene sus ancestros en posturas de la Sala de Casación Penal que datan de más de diez años. Así las cosas, no es verdad —como lo da a entender la sentencia en estudio— que sea la nueva legislación la que propicie el cambio de valoración jurídica de hechos como los examinados, pues con la antigua codificación —que consagraba una fórmula distinta en materia de dolo eventual— también se llegó a conclusiones iguales.

**Tercera:** Se echa de menos en los razonamientos de la Sala de Casación Penal, también del Tribunal de segunda instancia, una propuesta en materia de la Teoría del delito. Conceptos como los de imputación objetiva, teoría del hecho imprudente, tipicidad, juicio de tipicidad y atipicidad, no son ni siquiera mencionados, pues todos los esfuerzos se encaminaron a demostrar que había dolo eventual.

**Cuarta:** A pesar de que, en principio, la sentencia distingue con toda claridad los conceptos de dolo eventual y culpa consciente o con representación —consideraciones que hace cuando se ocupa del cargo subsidiario—, la verdad es que esos distinguos no sirven para resolver el caso en examen porque en la práctica se confunden las nociones y se olvida que una es la prueba del conocimiento y otra la de la voluntad; bien dicen los dos Salvamentos de voto: ¡la culpa se vuelve dolo! Hay, si se quiere, un ánimo marcado de mostrar mucha suficiencia académica pero también de no aplicar las construcciones teóricas a la solución de los casos, cosa ya usual cuando con lupa se examinan las decisiones de los altos tribunales de justicia que, desde hace décadas, ocultan los vacíos académicos tras las citas fragmentarias de autores que no se leen a cabalidad o no se estudian pero sí sirven de mucho: ¡son un ornamento más para legitimar proveídos judiciales!

**Quinta:** En casos de duda en torno a la prueba del aspecto subjetivo de la figura típica, lo más atinado en un Estado de Derecho es condenar por la realización de la conducta menos grave, no por la más severa; cuando se procede como se hizo en el caso examinado se violentan las normas rectoras de la ley penal colombiana, entre ellas los principios del acto, culpabilidad, dignidad de la persona humana y, por supuesto, se olvida que toda duda se debe resolver a favor del encartado, no en vano el cargo principal contra la sentencia de segunda instancia fue la violación directa de la norma sustancial que contiene el principio del in dubio pro reo. La nomoárquica o la principalística, pues, brilla por su ausencia porque para nada se observan los postulados que gobiernan el programa penal de la Constitución.

**Sexta:** Nadie desconoce, por supuesto, que la forma como se desempeñan los conductores y los peatones en el tráfico viario nuestro requiere de urgentes y severos correctivos; sin embargo, ello no puede llevar a trastocar la naturaleza de las cosas y volver a los jueces legisladores, como dice uno de los magistrados disidentes. De lo que se trata, sin duda, es de introducir en la ley

penal herramientas para controlar esos fenómenos —que, sobre todo, requieren de medidas preventivas audaces—, como puede ser el castigo de las diversas conductas de conducción indebida en el tráfico muy al estilo de lo que sucede en otras naciones civilizadas al estilo de la legislación alemana y de la española<sup>55</sup>.

**Séptima:** Lo normal en casos como los examinados —y así lo demuestra con precisas citas doctrinarias el magistrado ESPINOSA PÉREZ— es que los agentes actúen con culpa con representación, consciente o con previsión (en ello, recuérdese, edifica el casacionista, la violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho por falso raciocinio); no obstante, esa afirmación no es absoluta porque bien puede suceder que en situaciones excepcionales se obre con dolo eventual. Naturalmente, en estos últimos escenarios el fallador siempre tendrá que atenerse a la prueba del aspecto subjetivo sin suponerla o dar rienda suelta a su propia intuición<sup>56</sup> como, por desgracia, ha sucedido en el presente caso en el que se incurre en una evidente responsabilidad objetiva que vulnera el principio de culpabilidad.

**Octava:** A este último respecto bien vale la pena recordar lo que, el autor citado por la propia Sala, señala: *“Para poder imputar a un sujeto el correcto conocimiento de la situación en la que actúa («conocimiento situacional») hace falta que pueda acreditarse que los factores objetivos que conforman tal situación se encontraban en una posición espacial tal en relación con el citado sujeto, que éste necesariamente tuvo que aprehender con sus sentidos su existencia y ubicación”*<sup>57</sup>.

En fin, mientras tanto el debate —siempre respetuoso de las ideas de los demás— tiene que continuar, de tal manera que la academia seria se pronuncie a plenitud sobre temas tan trascendentales.

<sup>55</sup> Véase Código Penal español, arts. 379 a 385, ubicados en el capítulo cuarto denominado “Delitos contra la seguridad vial”, dentro del Título XVII destinado a los “Delitos contra la seguridad colectiva”.

<sup>56</sup> Bien dice JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, t. V, pág. 588: “...el dolo eventual debe manejarse con sumo cuidado porque si bien se diferencia, en doctrina, de la llamada «culpa con previsión», requiere por parte del juez un examen de las representaciones y de los motivos que actuaron sobre la psique del sujeto, obligando al intérprete y aplicador de las leyes a investigar en los más recónditos elementos del alma humana”.

<sup>57</sup> Cfr. RAGUÉS I VALLÉS, *El dolo y su prueba*, págs. 522.



## G. Bibliografía

BACIGALUPO, ENRIQUE: *Manual de derecho penal*, Parte general, Bogotá, Temis-Ilanud, 1984.

—. *Principios de derecho penal*, Parte general, 5ª ed., Madrid, Akal, 1998.

—. *Derecho penal*, Parte general, 2ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 1999.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, IGNACIO/ARROYO ZAPATERO, LUIS/ FERRÉ OLIVÉ, JUAN CARLOS/GARCÍA RIVAS, NICOLÁS/SERRANO PIEDECASAS, JOSÉ RAMÓN/TERRADILLOS BASOCO, JUAN: *Curso de Derecho Penal*. Parte General, 1ª ed., Barcelona, Ediciones Experiencia, S. L., 2004.

BUSTOS RAMÍREZ, JUAN/HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN: *Nuevo sistema de Derecho Penal*, Madrid, Trotta, 2004.

CANCIO MELIÁ, MANUEL: *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho Penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, Barcelona, J. M. Bosch Editor, 1998.

CARBONELL MATEU, JUAN CARLOS: *Derecho penal: Concepto y principios constitucionales*, 3ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

CEREZO MIR, JOSÉ: *Curso de derecho penal español*, parte general I, Introducción, 6ª edición, Madrid, Tecnos, 2004.

CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU: *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, Barcelona, PPU, 1989.

CUELLO CONTRERAS, JOAQUÍN: *Derecho penal español, Parte general. Nociones introductorias, Teoría del Delito*, 3ª edición, Madrid, Dykinson, 2002.

DE FIGUEIREDO DIAS, JORGE: *Direito penal*, Parte geral, t. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2004.

DÍAZ PITA, MARÍA DEL MAR: *El dolo eventual*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994.

FEIJÓO SÁNCHEZ, BERNARDO JOSÉ: *El dolo eventual*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.

HURTADO POZO, JOSÉ: *Manual de derecho penal*, Parte general I, 3ª ed., Lima, Grijley, 2005.

JAKOBS, GÜNTHER: *Derecho penal*. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación, trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González Murillo, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A., 1995.

JESCHECK, HANS HEINRICH/WEIGEND, THOMAS: *Lehrbuch des Strafrechts*, 5ª edición, Berlin, Duncker & Humblot, 1996.

—. *Tratado de Derecho penal*, Parte general, 5ª ed., trad. de Miguel Olmedo Cardenete, Granada, Comares, 2002.

JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS: *Tratado de derecho penal*, ts. I, II y V, 3ª ed., Buenos Aires, Losada, 1976.

KÜHL, KRISTIAN: *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 6ª edición, München, Verlag Vahlen, 2008.

LAURENZO COPELLO, PATRICIA: *Dolo y conocimiento*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL: *Curso de derecho penal*, Parte general I, Madrid, Universitas S.A., 1996.

POSADA MAYA, RICARDO: "El dolo en el Código Penal de 2000", en Ricardo Posada Maya y otros: *Temas de Derecho Penal*, Bogotá, Temis, 2008, págs. 1 y ss.

—. "Los juicios paralelos, el derecho a la honra y al debido proceso penal: ¿quis custodiet custodes?", en *libro homenaje a la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana*, Medellín, 2011, en prensa.

RAGUÉS I VALLÈS, RAMON: *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Barcelona, J. M. Bosch Editor, 1999.

ROXIN, CLAUS: *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, t. I, 4ª ed. Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre, München, C. H. Beck, 2006.

—. *Derecho penal*, Parte general tomo I, trad. española de la 2ª ed. alemana y notas a cargo de Diego Manuel Luzón Peña/Miguel Díaz y García Conlledo/Javier de Vicente Remesal, Madrid, Civitas, 1997.

SAGAN, CARL: *El mundo y sus demonios. La ciencia como luz en la oscuridad*, traducción de Dolors Udina, Bogotá, Planeta Colombiana Editorial, s. a., 1997.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO: *Derecho Penal, Parte General*, 4ª. ed., Medellín, Editora Jurídica Comlibros, 2009.

—. *Manual de Derecho Penal, Parte General*, 4ª ed., Bogotá, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2010.

WACQUANT, LOÏC: *Las cárceles de la Miseria*, traducción de Horacio Pons, Buenos Aires, Ediciones Manantial SRL, 2000.

WELZEL, HANS: *Derecho penal alemán*, trad. de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yañez Pérez, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1976.

ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL: *Teoría del delito*, Buenos Aires, Ediar, 1973.

—. *Manual de derecho penal*, Parte general, reimpresión de la 6ª ed., Buenos Aires, Ediar, 2003.

—. *Tratado de derecho penal*, Parte general, 5 ts., Buenos Aires, Ediar, 1980-1983.

ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL/ALEJANDRO ALAGIA /ALEJANDRO SLOKAR: *Derecho penal*, parte general, 2ª ed, Buenos Aires, Ediar, 2002.

—. *Manual de Derecho Penal. Parte general*, Buenos Aires, Ediar, 1ª. ed., 2005.

## V. COMENTARIO

PROF. CHRISTIAN WOLFFHÜGEL GUTIÉRREZ\*

**A. Introducción.** Como se ha dicho, la determinación del alcance del dolo eventual es de las más importantes tareas que presenta la práctica<sup>58</sup>; no obstante, a la hora de definir sus contornos es ineluctable acudir a referentes dogmáticos para precisar su contenido.

En la consecución de este objetivo, la Sala de Casación Penal ha planteado recientemente unos derroteros que bien vale la pena analizar en frente a la dogmática jurídico penal como herramienta que busca reafirmar la seguridad jurídica.

De cara al logro de ese cometido —con la advertencia de que ya los hechos aparecen consignados en el texto de la providencia—, la presente exposición aborda las siguientes cuestiones: en primer término, la tesis que le sirve de punto de partida a la misma corporación; luego, en segundo lugar, las tesis que animan el discurso académico plasmado en la decisión. Con posterioridad, el punto de llegada; y, para terminar, las conclusiones.

**B. La tesis que sirve de punto de partida.** Como se sabe la frontera entre el dolo eventual y la culpa con representación puede trazarse de diversas maneras. En este punto, debe advertirse, a pesar de que ha habido varias posturas que se arrojan el predominio acerca de cuál debe ser el eje diferenciador del *dolus eventualis* y la culpa con representación, ahora es menester señalar que son dos de ellas las que se han enlazado en una centenaria disputa.

Se trata de las teorías de la probabilidad y del consentimiento que si bien es cierto se unen al intentar explicar tal problemática, también lo es que se separan pues en la primera no se enfrenta al sujeto

---

\* Este trabajo forma parte de las exploraciones académicas realizadas dentro de la línea de investigación en Dogmática Penal, del Grupo de Investigación en Ciencias Penales y Criminológicas “Emiro Sandoval Huertas”, al cual está adscrito como investigador el autor.

<sup>58</sup> Cfr. MAURACH/GÖSSEL/ZIPF: *Derecho penal*, tomo II, pág. 387.

con el resultado sino con la situación peligrosa y, en la segunda, se va mucho más allá de la situación peligrosa como quiera que se confronta al autor con el resultado<sup>59</sup>.

A este propósito y en relación con el problema que suscita el proveído analizado, la Sala de Casación Penal afirma que la Ley 599 de 2000, tomó partido por la teoría de la representación<sup>60</sup>, al definir el dolo eventual en los siguientes términos: “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”. En esta perspectiva dijo la Sala de Casación Penal:

*“[...] en lo atinente a la teoría del dolo eventual, el código de 1980 había acogido la llamada teoría estricta del consentimiento,-emplea la expresión “la acepta, previéndola como posible- en la que existe un énfasis del factor volitivo cuando el autor acepta o aprueba la realización del tipo, porque cuenta con el acacimiento del resultado.*

*El código de 2000, en cambio, abandona esa afiliación teórica para adoptar la denominada teoría de la probabilidad, en la que lo volitivo aparece bastante menguado, no así lo cognitivo que es prevalente. Irrelevante la voluntad en esta concepción del dolo eventual...el sujeto está conforme con la realización del injusto típico, porque al representárselo como probable, nada hace por evitarlo<sup>61</sup>.*

Así, pues, esta postura se basa en el grado con el que el autor espera la realización del tipo; además, dice prescindir de la voluntad del agente respecto del resultado, no obstante que el *quid* está en determinar si ha habido conducta dolosa<sup>62</sup>.

C. *Las tesis que animan el discurso.* Muy a pesar de la adscripción abierta por parte del máximo tribunal de justicia penal a la tesis de la probabilidad, en el cuerpo de la sentencia en comento se entrevén diversas posturas dogmáticas a las que se acude con el propósito de encontrar el dolo eventual en el asunto debatido, de donde se infiere algo que parece evidente: ¿existe una notable contradicción dogmática sobre esta materia en dicho pronunciamiento!

**1.** *La teoría de la voluntad de evitación.* Según esta construcción dogmática “cuando el sujeto se ha representado la posibilidad del resultado, pretende negar dolo eventual sólo cuando (pero siempre en este

<sup>59</sup> Cfr. GIMBERNAT ORDEIG: “El Dolo eventual”, pág. 251.

<sup>60</sup> Sobre esta teoría se dice que la mayor o menor probabilidad de realización del tipo no proporciona ninguna frontera sólida. Cfr. JESCHECK, *Tratado*, págs. 323 y 324.

<sup>61</sup> Cfr. C.S.J., Casación 20860, sentencia de 15 de septiembre de 2004.

<sup>62</sup> Cfr. GIMBERNAT ORDEIG: “Acerca del Dolo eventual”, pág. 254.

caso) la voluntad conductora del sujeto estuviera dirigida a la evitación del resultado”<sup>63</sup>. En consecuencia, habrá imprudencia consciente cuando el sujeto intenta conducir el suceso de manera que no se produzca una consecuencia representada como posible. Como se ve, esta concepción se funda en el consentimiento como elemento conceptual característico y propio de la figura del dolo eventual<sup>64</sup>.

Este punto de partida se observa en el texto del pronunciamiento en examen:

*“La voluntad de evitación y la confianza en la evitación son conceptos que tienen la virtualidad de excluir o reafirmar una u otra modalidad de imputación subjetiva, según concurren o no en el caso específico. El primero implica un actuar. El segundo, la convicción racional de que el resultado probable no se producirá. Si existe voluntad de evitación, se excluye el dolo eventual, pero no la culpa con representación. Si existe confianza en la evitación, y esta es racional, se reafirma la culpa con representación y se excluye el dolo eventual”<sup>65</sup>.*

Es más, ese organismo entiende que esos derroteros no han sido ajenos a la línea jurisprudencial que sobre esa materia se han jalonado por él; por ello, dice que esos criterios han sido empleados en “decisión de 2007”<sup>66</sup>, así:

*“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”<sup>67</sup>.*

Al respecto, se deben decir dos cosas: la primera, que al traer a colación este argumento —que dice es de 2007—, alude en el pie de página No. 11 a una decisión de 2004<sup>68</sup> que nada tiene que ver con esta materia; y, la segunda, que al pretender marcar una directriz teórica sobre la distinción entre la culpa consciente y el dolo eventual termina por propiciar un viraje dogmático en su argumentación, toda vez que *ab initio* se erige en abanderada de la teoría de la representación para, páginas más adelante, dirigir su pensamiento hacia tesis que se apartan de aquélla en las cuales la voluntad juega un papel protagónico al hacer el aludido distingo dogmático.

<sup>63</sup> Cfr. ROXIN, *Derecho Penal*, págs. 436 y 437.

<sup>64</sup> Cfr. MEZGER, *Tratado*, Tomo I; RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo*, pág. 109.

<sup>65</sup> Cfr. Sentencia del 25 de agosto de 2010, Rad. 32694, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, págs. 48 y siguientes.

<sup>66</sup> *Ibid.*, pág. 49.

<sup>67</sup> *Ibid.*, pág. 50.

<sup>68</sup> *Ibid.*

2. *La teoría de la confianza en la no realización del tipo.* Esta alzada teórica, como su formulación lo indica, se aferra a “la idea de que la confianza en la no realización del tipo excluye el dolo del sujeto con respecto a tal realización”<sup>69</sup>.

Esta construcción también es referida —en la misma cita aludida en el numeral anterior— al considerar que ha sido utilizada por la alta corporación y, en esa medida, adscribirla a su línea argumentativa. En este sentido se dice: *Si existe la confianza en la evitación, y esta es racional, se reafirma la culpa con representación y se excluye el dolo eventual*<sup>70</sup>.

En cuanto a esta postura se dice que no plantea nada novedoso en la medida en que buena parte de los seguidores de la teoría del consentimiento entienden que la confianza en la no realización del tipo excluye el dolo<sup>71</sup>. En consecuencia, en este segmento de la discusión, se observa, de nuevo, una posición que se aleja de las corrientes de la representación que, en teoría, sirven de punto de partida en la polémica decisión.

3. *La teoría del riesgo.* Un acuñamiento sutil de la teoría de la posibilidad —en ésta el autor sólo valora la realización del tipo como algo que es en concreto posible— lo suministra la teoría del riesgo, según la cual el dolo existe cuando el sujeto se decide por su acción habiendo valorado completamente el riesgo<sup>72</sup>. Según esta armazón jurídica “para el *dolus eventualis* bastaría por tanto en (sic) el conocimiento del riesgo no permitido”<sup>73</sup>. Se trata, pues, de una concepción de raigambre cognitivo continuadora “del espíritu de la teoría de la representación”<sup>74</sup>. De esta construcción teórica parece hacer uso el proveído cuando se replica al demandante; en efecto:

*“El otro punto del reproche tiene directamente que ver con las características objetivas del riesgo generado, como criterio diferenciador del dolo eventual y la culpa con representación en los delitos de circulación de automotores, propuesto por un sector de la doctrina que considera que el dolo debe determinarse no sólo en atención a lo que el sujeto previó y decidió, sino frente a criterios de contenido objetivo, como la intensidad o calidad del riesgo”*<sup>75</sup>.

<sup>69</sup> Cfr. RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo*, pág. 97.

<sup>70</sup> Cfr. Sentencia del 25 de agosto de 2010, Rad. 32694, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, págs. 48 y siguientes.

<sup>71</sup> Cfr. RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo*, pág. 97.

<sup>72</sup> Cfr. JESCHECK, *Tratado*, pág. 324.

<sup>73</sup> Cfr. ROXIN, *Derecho Penal*, t. I, pág. 439.

<sup>74</sup> Cfr. RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo*, pág. 88.

<sup>75</sup> Cfr. Sentencia del 25 de agosto de 2010, Rad. 32694, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, pág. 56.

Así las cosas, se debe afirmar que de ello emerge un claro distanciamiento ya no con la tesis de la representación sino con la teoría de la voluntad. En otras palabras: esbozado el riesgo como criterio diferenciador, entra en escena una teoría más con la misión de diferenciar el dolo eventual de la culpa con representación, a partir de elementos atinentes a la calidad del riesgo.

**4.** *La teoría de la no improbable producción del resultado y la habituación del riesgo.* Esta elaboración académica afirma que el dolo eventual ha de determinarse según la relevancia del riesgo percibido para la decisión, a cuyo efecto se debe tener en cuenta tanto la importancia del bien afectado como de la intensidad del riesgo<sup>76</sup>. En relación con esta tesis se advierte:

*“La tesis de la habituación al riesgo, a la cual pareciera acudir el actor en la formulación del planteamiento que se estudia, con el eco de la representante del Ministerio Público, sólo es factible de ser invocada como factor diferenciador cuando se está frente a situaciones socializadas o masivas de acostumbramiento, no cuando la habituación es sólo de quien conduce, o de grupos menores que creen que las vías son de su uso exclusivo.*

*Además, como ya se dijo, existe consenso en que la habituación debe referirse a situaciones que sólo superen moderadamente los niveles de los riesgos permitidos, no sobre aquellos que de suyo evidencian alto grado de peligrosidad objetiva para los bienes jurídicos, como saltarse un semáforo en rojo a alta velocidad. El propio JAKOBS, quien formula la tesis, descarta tajantemente que situaciones como éstas pueden enmarcarse dentro de la culpa con representación:*

*“[...] quien en la circulación rodada –en conocimiento actual del riesgo de resultado- sobrepasa moderadamente la velocidad máxima, o se acerca a menor distancia de la de seguridad, etc., a pesar de su conocimiento, sólo tiene dolo de un tipo de puesta en peligro abstracto; sin embargo, quien adelanta antes de un cambio de rasante en una carretera estrecha, o quien a ciegas se salta un semáforo en rojo tiene dolo de lesión”<sup>77</sup>.*

Desde luego, en lo atinente a este aspecto de la decisión es menester hacer dos consideraciones:

La primera tiene que ver con que, una vez más, la Corte esboza de manera inconexa diferentes conceptos dogmáticos que parecen no encajar de ninguna manera en un discurso coherente.

<sup>76</sup> Cfr. JAKOBS, *Derecho penal*, pág. 333.

<sup>77</sup> Cfr. Sentencia del 25 de agosto de 2010, Rad. 32694, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, pág. 60.

La segunda, se refiere a lo que advierte un reputado expositor, en el sentido de entender que si bien JAKOBS se refiere en esa cita a dolo de lesión, hay elementos que permiten inferir que alude a las figuras de conducción indebida en el tráfico que prevén los §§ 315 b (intervenciones peligrosas en el tráfico vial) y 315c (puesta en peligro del tráfico vial) del Código penal alemán, así como a la conducción en estado de embriaguez §316, que son dolosas y no a los tipos de homicidio y lesiones<sup>78</sup>.

Es más, si se miran con detenimiento los párrafos que preceden a dicha cita en la obra de autor alemán, se observa que ellos se refieren a los riesgos no permitidos “sobre todo en la circulación rodada”<sup>79</sup>.

**E. El punto de llegada: el riesgo abstracto vs. el riesgo concreto y la voluntad de evitación.** Como se ha dicho, después de acudir a distintos referentes teóricos la decisión analizada llega todavía a su punto más álgido: en efecto, se afirma que la probabilidad de producción del resultado debe darse en el plano concreto para que la conducta pueda imputarse a título de dolo eventual, “(e)n caso contrario, es decir, si el conocimiento de la probabilidad de producción se queda en el ámbito de lo puramente abstracto, la imputación subjetiva sólo podrá hacerse a título de culpa”<sup>80</sup>.

Por supuesto, de cara a los hechos objeto de examen, la Sala califica los riesgos que del expediente se derivan, unos en el plano abstracto y otros en el plano concreto, con miras a fundar su decisión. Frente a los primeros, esto es, aquellos que están en el ámbito de lo abstracto, sostiene:

*“En el caso analizado, múltiples son los elementos de juicio que permiten advertir que el procesado tenía conocimiento amplio de los riesgos que implicaba conducir bajo los efectos del alcohol, o de sustancias estupefacientes, o con desbordamiento de las velocidades reglamentariamente permitidas, y que podía discernir, en el plano de lo abstracto, sobre los peligros inherentes a estos comportamientos”<sup>81</sup>.*

Como se ve, de la tesis propalada se infiere que el conocimiento de estos riesgos se ubica en el plano abstracto y, en consecuencia, en la imputación subjetiva culposa.

<sup>78</sup> Cfr. VELÁSQUEZ, “La diferencia entre el dolo eventual y la culpa consciente en la reciente jurisprudencia”, en esta misma publicación.

<sup>79</sup> Cfr. JAKOBS, *Derecho penal*, pág. 334.

<sup>80</sup> Cfr. Sentencia del 25 de agosto de 2010, Rad. 32694, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, pág. 73.

<sup>81</sup> Cfr. Sentencia del 25 de agosto de 2010, Rad. 32694, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, pág. 72.



Ahora bien, en cuanto a los que el proveído judicial califica como de índole concreta, se tiene:

*“Desde el momento mismo en que el procesado decide abordar el automotor en avanzado estado de alicoramiento y bajo los efectos de sustancias estupefacientes, y ponerlo en marcha, inicia un proceso de puesta en peligro de los bienes jurídicos, que empieza a concretarse cuando ingresan nuevos factores de riesgo, como el exceso de velocidad, y que se tornan definitivamente de concreta representación cuando decide saltarse el semáforo en rojo de la calle 116, sin ningún tipo de precaución”<sup>82</sup>.*

Sobre esta observación es menester hacer dos comentarios. El primero, se refiere a que para la Corte en este caso la puesta en peligro para los bienes jurídicos empieza a concretarse cuando ingresan *nuevos factores de riesgo* como el exceso de velocidad. Sin embargo, el factor “exceso de velocidad” no es un *nuevo* dato en la medida en que la propia Sala había calificado, dos párrafos atrás, el “*desbordamiento de las velocidades reglamentariamente permitidas*” como atinente al plano de lo abstracto. La segunda, que, por lo dicho, el único factor nuevo surge “*cuando decide saltarse el semáforo en rojo de la calle 116, sin ningún tipo de precaución*” lo que torna la representación, a los ojos de ese organismo judicial, definitivamente en concreta. La pregunta que debe formularse es, entonces, ¿por qué?:

*“Porque los semáforos no son adornos luminosos. Son dispositivos de tránsito que además de contribuir a su regulación previenen sobre el peligro concreto y el elevado riesgo que implica para la producción de un resultado lesivo atravesar la vía hallándose en rojo”<sup>83</sup>.*

No obstante, y con el fin de reforzar aún más la existencia del dolo eventual, se trae de nuevo a colación la teoría de la voluntad de evitación que —como se dijo— *pretende negar el dolo eventual sólo cuando (pero siempre en este caso) la voluntad conductora del sujeto estuviera dirigida a la evitación del resultado; en efecto, se afirma que:*

*“decide actuar, como lo hizo en el presente caso el procesado, sin realizar ninguna maniobra que permita afirmar voluntad de evitación, la conclusión que emerge nítida es que dejó la no producción del resultado al azar y que actuó por tanto con voluntad dolosa”<sup>84</sup>.*

Esta conclusión, adviértase, la sustenta la Sala en aspectos relevantes para probar la representación abstracta o concreta del resultado

<sup>82</sup> Cfr. Sentencia del 25 de agosto de 2010, radicado: 32694, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, pág. 72.

<sup>83</sup> *Ibid.*, pág. 75.

<sup>84</sup> *Ibid.*

lesivo. Por ello resulta censurable que los mismos datos sirvan, de un lado, para demostrar la representación del riesgo y, del otro lado, para fundamentar la falta de voluntad de evitación. Obsérvese:

*“Con mayor razón se llega a esta conclusión, si se tiene en cuenta que el procesado no se encontraba en condiciones de controlar el vehículo (sic) en razón del alto grado de alicoramiento y la velocidad a que se desplazaba”<sup>85</sup>.*

**F. Conclusiones.** Después del análisis del proveído resulta apropiado formular los siguientes asertos:

En primer lugar, se observa que no hay un discurso dogmático que transite por unos contornos bien definidos; por el contrario, se acude a determinadas construcciones sin reparar en las consecuencias que estas comportan lo que genera no sólo incertidumbre jurídica, sino contradicciones evidentes que terminan por derrumbar los argumentos esgrimidos.

En segundo lugar, de cara a la propuesta esbozada debe afirmarse que las repercusiones de la misma no sólo alcanzan a la figura del dolo eventual y de la culpa consciente, sino que van más allá en la medida en que permean otras figuras jurídicas como la participación criminal en sentido amplio; piénsese, por ejemplo, en conductas como la de quien determina a otro a cruzar un semáforo en rojo y se produce como consecuencia, la muerte de esa persona.

Además, en tercer lugar, en cuanto a la tentativa cabe preguntarse qué pasará si alguien cruza un semáforo en rojo y causa a otro unas lesiones personales de cualquier índole o incluso si no las causa. ¿Cuándo hay principio de ejecución por parte de quien supera un semáforo en rojo, si se entiende que ello sucede una vez quebrantada la norma de tránsito y ella comporta, a su vez, el peligro concreto para el bien jurídico, cabe indagar si se llegaría a considerar como autor de tentativa de homicidio a quien despliega esa maniobra?

Por supuesto, de ello se infiere que se trata de un pronunciamiento cuyas repercusiones van más allá del dolo eventual. Sumado a ello, obsérvese que figuras como el principio de oportunidad referido a delitos culposos, así como la posibilidad de prescindir de la sanción penal al tenor del art. 34 del C.P., resultan inaplicables.

Finalmente, en cuarto lugar, debe decirse que utilizar determinadas citas de importantes expositores sin reparar en su punto de partida

<sup>85</sup> *Ibid.*

y emplearlas de forma inconexa, no deja de ser sorprendente. En efecto, del mismo texto del expositor RAGUÉS I VALLÈS —que sirve como punto de partida a la Sala—, “*El dolo y su prueba en el proceso penal*”, a quien se atribuye la cita según la cual el cruce de un semáforo en rojo comporta un dolo de lesión, se deduce justamente lo contrario: “*Basta con imaginar el caso del conductor que teniendo prisa por llegar a algún sitio, decide saltarse el semáforo en rojo. Si a consecuencia de la colisión muere alguien, parece claro que sólo cabe castigar por homicidio imprudente, aunque no se aprecie objetivamente en el hecho maniobra alguna de evitación, pues es posible que el sujeto ni tan siquiera tuviera tiempo material para reaccionar*”<sup>86</sup>.

### G. Bibliografía

CEREZO MIR, JOSÉ: *Obras completas, T1, Derecho penal, Parte General*, Lima, Ara Editores, 2006.

GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE: “Acerca del dolo eventual”, en *Estudios de Derecho penal*, 3ª ed. Madrid, Civitas, 1990, págs. 240 y ss.

JAKOBS, GÜNTHER: *Derecho penal, Parte general, Fundamentos y Teoría de la Imputación*, 2ª edición, Madrid, Marcial Pons, 1997.

JESCHECK, HEINS-HEINRICH & WEIGEND, THOMAS: *Tratado de Derecho penal, Parte General*, trad. de Miguel Olmedo C., 5ª ed. Granada, Comares, 2002.

MAURACH, REINHART/GÖSSEL, KARL HEINZ/ZIPF, HEINZ: *Derecho penal, Parte General*, tomo II, trad. de la 7ª ed. alemana por Jorge Bofill Genzsch, Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1996.

MEZGER, EDMUND: *Tratado de Derecho penal, Tomo I*, Madrid, Ed. Revista de Derecho privado, 1957.

MIR PUIG, SANTIAGO: *Derecho penal, Parte general*, 8ª ed., Barcelona, Ed. Reppertor, 2008.

ROXIN, CLAUDIUS: *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos, la estructura de la teoría del delito*, Madrid, Edit. Civitas, 1997.

RAGUÉS I VALLÈS, RAMON: *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Barcelona, J. M. Bosch Editor, 1999.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO: *Derecho penal, Parte general*, 4ª ed., Medellín, Librería Jurídica Comlibros, 2009.

<sup>86</sup> RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo*, pág. 111.



IV

## Bibliografía