

CUADERNOS DE DERECHO PENAL

No.
6

RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS CONDUCTORES EBRIOS

Escuela de Derecho

Departamento de Derecho Penal
Grupo de Investigación en Ciencias Penales
y Criminológicas "Emiro Sandoval Huertas"



UNIVERSIDAD
SERGIO ARBOLEDA

CUADERNOS DE DERECHO PENAL

Nº6

Director:
FERNANDO VELÁSQUEZ V.

Sección de Doctrina

- El concepto de dolo en el derecho penal. Hacia un abandono definitivo de la idea de dolo como estado mental. *Gabriel Pérez Barberá.*
- Principio de igualdad e inmunidad procesal penal. *Juan Luis Gómez Colomer.*
- Las inmunidades y los privilegios procesales: institutos inconvenientes. *Fernando Velásquez V.*

Sección de Jurisprudencia

- La diferencia entre el dolo eventual y la culpa consciente en la reciente jurisprudencia. *Fernando Velásquez V./Christian Wolffhügel Gutiérrez.*

Bibliografía

- JOAN J. QUERALT JIMÉNEZ: *Derecho penal español. Parte especial*, sexta edición, Barcelona, Atelier, 2010, 1311 páginas. *Fernando Velásquez V.*
- GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS/ÉSPARZA LEIBAR IÑAKI: *Tratado Jurisprudencial de Aforamientos Procesales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, 1077 páginas. *Fernando Velásquez V.*



UNIVERSIDAD SERGIO ARBOLEDA

UNIVERSIDAD SERGIO ARBOLEDA
CUADERNOS DE DERECHO PENAL N^o. 6

DIRECTOR

Fernando Velásquez V.

COORDINADORA

Lizbeth Barrera Rodríguez.

CONSEJO CONSULTIVO INTERNACIONAL

Profesores

Emiliano Borja Jiménez.

Luis E. Chiesa Aponte.

Juan Luis Gómez Colomer.

José Hurtado Pozo.

Renzo Orlandi.

Walter Perron.

Guillermo Portilla Contreras.

Mario Trapani.

John D. Vervaele.

Lotario Vilaboy Lois.

CONSEJO CONSULTIVO NACIONAL

Profesores

Nódier Agudelo Betancur.

Alfonso Cadavid Quintero.

Oscar Julián Guerrero Peralta.

Hernán Gonzalo Jiménez Barrero.

Hernando León Londoño Berrío.

Ricardo Molina López.

Ricardo Posada Maya.

Claudia Helena Serje Jiménez.

Carlos Roberto Solórzano Garavito.

Álvaro Vargas.

Renato Vargas Lozano.

Christian Wolffhügel Gutiérrez.

CORRECTOR DE ESTILO

Fernando Velásquez V.

DISEÑO Y DIAGRAMACIÓN

Maruja Esther Flórez Jiménez

DISEÑO CARÁTULA

María Angélica Utría

Primera edición: noviembre de 2011.

Queda prohibida toda reproducción por cualquier medio sin previa
autorización escrita del editor.

Edición realizada por el Fondo de Publicaciones
Universidad Sergio Arboleda. Carrera 15 No. 74-40
Teléfonos: 3 25 75 00 Ext. 2131. www.usa.edu.co Fax: 3 17 75 29.

ISSN: 2027-1743

Contenido

I. PRESENTACIÓN.....	7
 II. DOCTRINA	
- El concepto de dolo en el derecho penal. Hacia un abandono definitivo de la idea de dolo como estado mental. <i>Gabriel Pérez Barberá.....</i>	11
- Principio de igualdad e inmunidad procesal penal. <i>Juan Luis Gómez Colomer.....</i>	51
- Las inmunidades y los privilegios procesales: institutos inconvenientes. <i>Fernando Velásquez V.</i>	73
 III. JURISPRUDENCIA	
- La diferencia entre el dolo eventual y la culpa consciente en la reciente jurisprudencia. <i>Fernando Velásquez V./Christian Wolffhügel Gutiérrez.....</i>	99
 IV. BIBLIOGRAFÍA	
- JOAN J. QUERALT JIMÉNEZ: <i>Derecho penal español. Parte especial</i> , sexta edición, Barcelona, Atelier, 2010, 1311 páginas. <i>Fernando Velásquez V.</i>	183
- GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS/ESPARZA LEIBAR IÑAKI: <i>Tratado Jurisprudencial de Aforamientos Procesales</i> , Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, 1077 páginas. <i>Fernando Velásquez V.</i>	186



Presentación

Dos ejes temáticos conforman esta nueva entrega de la Revista: de un lado, la problemática de las inmunidades y de los privilegios procesales que –en contra de lo que sucede en muchos países civilizados- pululan en legislaciones como la colombiana y la española; y, de la otra, las diferencias entre el dolo eventual y la culpa consciente o con representación.

Por eso, la *sección de doctrina* se encabeza con el trabajo del Profesor argentino GABRIEL PÉREZ BARBERÁ dedicado al concepto de dolo en el derecho penal, en el que el autor propone abandonar de manera definitiva la idea de dolo como un estado mental para acuñar una noción puramente normativa de esta construcción jurídico-penal. Así mismo, de cara a abrir el necesario debate sobre el asunto en nuestro país, se consignan las versiones españolas de las ponencias que el Profesor JUAN LUIS GÓMEZ COLOMER y el suscrito presentamos –los días 24 y 25 de marzo del presente año- en el encuentro realizado a instancias de la Profesora KATLIN LIGETI de la *Université de Luxembourg*, en la ciudad que lleva el mismo nombre; las versiones alemanas de dichos trabajos esperan su publicación en un libro colectivo en el cual se recogen las ponencias de todos los intervinientes en tan importante encuentro académico.

Esta vez la *sección de jurisprudencia* se emplea para publicar una decisión de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, sobre el tema del dolo eventual y sus distingos con la culpa consciente o con previsión, mediante la cual ese organismo no casó una sentencia de segunda instancia proferida por una Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Bogotá, contra un piloto de aviación quien –ebrio, bajo los efectos de otras drogas que producen dependencia y violando el deber objetivo de cuidado medio exigible- en la ciudad de Bogotá impactó a otro vehículo en cuyo interior se desplazaban otras dos personas que fallecieron a raíz de la colisión; a la misma se acompañan los salvamentos de voto de

dos de los magistrados de dicha corporación que, en contra de la postura mayoritaria, se pronunciaron –con argumentos de mucho peso- en pro de la tesis de la culpa con representación. Estas piezas procesales son objeto de un estudio crítico por parte del Profesor CHRISTIAN WOLFFHÜGEL GUTIÉRREZ y del suscrito.

Así mismo, la *sección de bibliografía* se ocupa de dos obras españolas recientes: en primer lugar, con reseña del firmante, la extraordinaria investigación publicada por los Profesores de nuestra Maestría –el primero de ellos su Codirector- JUAN LUIS GÓMEZ COLOMER e IÑAKI ESPARZA LEIBAR, denominada “Tratado Jurisprudencial de Aforamientos Procesales”, con la cual se puede continuar el debate que esta publicación quiere abrir hoy sobre el tema de las inmunidades procesales; y, en segundo lugar, el libro de Derecho Penal, Parte Especial, del Profesor de la Universidad de Barcelona JOAN QUERALT cuya sexta edición, completamente puesta al día después de las recientes reformas legislativas hispanas, acaba de ver la luz.

Para terminar, debe llamarse la atención sobre la avalancha de reformas legislativas –no sólo las producidas por el invierno, que han generado dolor y desolación en todos los rincones del territorio nacional- que, en materia penal estremece al país, por ejemplo, al momento en que este número entra para su impresión, el Congreso de la República debate sendos proyectos sobre la punición de los conductores ebrios que causan comportamientos como los examinados en esta entrega, que eliminan las barreras dogmáticas, incrementan las penas de manera desaforada y pisotean todas las garantías. Sin unas directrices político-criminales coherentes, el Congreso de la República ha tramitado múltiples proyectos de ley –unos de origen gubernamental, otros nacidos en el seno del mismo ente colegiado- que obligan a replantear el debate de manera profunda para poder encauzar por los senderos de la democracia las transformaciones en este ámbito que, por supuesto, si algo requieren es de un derecho positivo firme y no de uno simbólico, llamado sólo a dar réditos electorales sin resolver de fondo los agudos problemas que afronta la Administración de Justicia Penal. Desde esta tribuna, pues, invitamos a nuestros lectores a iniciar este impostergable debate.

FERNANDO VELÁSQUEZ V.
Director.



Doctrina

EL CONCEPTO DE DOLO EN EL DERECHO PENAL. HACIA UN ABANDONO DEFINITIVO DE LA IDEA DE DOLO COMO ESTADO MENTAL*

PROF. GABRIEL PÉREZ BARBERÁ**

RESUMEN: A la luz de las reflexiones propias del derecho comparado, en especial el alemán, este estudio hace una aproximación “sintáctica” al concepto de dolo que, luego, da cabida a un examen semántico del mismo, y al estudio de esa noción de cara a la teoría de la probabilidad; así mismo, propone diversas reglas de aplicación práctica de la concepción propuesta y, finalmente, señala una serie de correcciones sistemáticas. Con este punto de partida, se postula una idea de dolo completamente normativa de cara al derecho argentino y que desecha cualquier componente volitivo en el mismo, con lo cual se abandona la noción de dolo como un estado mental.

PALABRAS CLAVES: Derecho penal, dogmática penal, dolo, imprudencia, conocimiento, teoría de la posibilidad, teoría de la representación, teoría de la probabilidad, estado mental.

I. INTRODUCCIÓN. LA CUESTIÓN DEL DERECHO POSITIVO

Dolo no es ni voluntad ni conocimiento. Imprudencia, por su parte, no es ni ausencia de voluntad ni ausencia de conocimiento. Ello, sin

* El presente trabajo es un resumen de mi tesis doctoral, actualmente en prensa en la Editorial Hammurabi. Por razones de espacio resulta imposible incluir en esta publicación una fundamentación exhaustiva del punto de vista defendido, para hallarla se recomienda acudir a la versión completa del trabajo.

** Profesor adjunto (por concurso) de derecho penal en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina). Ex becario DAAD en la Universidad de Múnich, bajo la tutoría del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Claus Roxin. Ex becario, en dos oportunidades, del Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional, sito en Friburgo de Brisgovia, Alemania, bajo la tutoría del Prof. Dr. Dr. h.c. Ulrich Sieber.

embargo, no significa que voluntad y conocimiento, así como sus ausencias correspondientes, no jueguen papel alguno respecto de estas categorías. Tales estados mentales, en tanto datos empíricos que son, pueden, llegado el caso y junto con otros, ser relevantes para la conformación de los supuestos de hecho individuales que realicen el dolo o la imprudencia. Pero en lo que respecta a los *conceptos* de ambas categorías nada tienen que aportar.

Conceptualmente, dolo e imprudencia, desde un punto de vista sintáctico, son propiedades definitorias de los respectivos casos genéricos: el caso genérico doloso y el caso genérico imprudente¹. Dolo e imprudencia son, pues, las propiedades que tornan dolosos o imprudentes a los supuestos de hecho establecidos por la ley como tipos penales. Semánticamente, por su parte, dolo e imprudencia son propiedades normativas, porque lo que torna doloso o imprudente a un caso genérico es una determinada valoración de él como más o menos grave, a partir de un juicio objetivo respecto al posicionamiento epistémico del autor en relación con su hecho².

La afirmación de que la voluntad no juega ningún papel en el ámbito del concepto de dolo no constituye ninguna novedad. Tanto la teoría de la posibilidad, defendida entre otros por SCHRÖDER³, SCHMIDHÄUSER⁴ y JAKOBS⁵, como las modernas teorías de la representación (FRISCH)⁶ y las nuevas teorías de la probabilidad (HERZBERG⁷,

¹ Cfr. ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Introducción* (1993), págs. 34, 52 y ss. “Caso genérico”, en este contexto, es el supuesto de hecho previsto en abstracto en una norma general (en un tipo penal, por ejemplo). “Caso individual”, por su parte, es el suceso empírico, el que ocurre en el mundo real, y que puede encuadrarse en el caso genérico a través del correspondiente proceso de subsunción.

² Ciertamente, se formula ya un primer juicio de desvalor del hecho en función de los criterios de la llamada teoría de la imputación objetiva, a partir del cual se infiere su *relevancia* penal. Pero en función de las categorías del dolo y de la imprudencia se establece un segundo juicio de desvalor del hecho, a partir del cual se infiere su *gravedad* penal.

³ En *FS-Sauer* (1949), págs. 207 y ss. La llamada “teoría de la posibilidad” se remonta, de todas formas, ya al siglo XIX y a comienzos del XX. Durante ese período fue desarrollada –prácticamente en los mismos términos con los que fuera retomada a partir de la década de 1940– por varios autores, como, entre otros, BRUCK, *Fahrlässigkeit* (1885), págs. 15 y ss.; WOLFF, *Verhalten* (1923), págs. 214 y ss.

⁴ En, *GA* 1957, págs. 305 y ss.; el mismo, *GA* 1958, págs. 161 y ss.

⁵ En *AT*² (1991), 8/5a y 9/1.

⁶ En *Vorsatz* (1983), págs. 163 y ss.

⁷ En *JuS* 1986, págs. 249 y ss.

PUPPE⁸) han sostenido precisamente eso con toda claridad. Pero lo mismo debe decirse respecto del conocimiento, pues éste, al igual que la voluntad, es nada más que un estado mental, y por lo tanto un dato empírico⁹. Constituye básicamente un error categorial, en el sentido de RYLE¹⁰, afirmar que un constructo normativo por definición como el dolo sea un hecho psíquico (un estado mental), como lo es el conocimiento o la representación del autor. Ello, sin embargo, es precisamente lo que afirman todos los autores que se acaban de mencionar¹¹. Ninguna de las teorías desarrolladas hasta ahora por

⁸ En ZStW 103 (1991), págs. 1 y ss.; también en NK-PUPPE (1995), § 15, nm. 26-65.

⁹ En la dogmática penal y procesal penal tradicional no se pone en cuestión el carácter fáctico o empírico no sólo del conocimiento, sino de todos los estados mentales o datos psíquicos: ellos son considerados *hechos*, que pueden probarse empíricamente, sin mayor discusión. Así, entre muchos otros, SK (StPO)¹³-SCHLÜCHTER (1995), § 244, nm. 4 y s.; cfr. especialmente las referencias bibliográficas que cita FREUND en, del mismo, *Normative* (1987), pág. 8.; así también, aparentemente, ROXIN, *JuS* 1964, pág. 60. Este punto de vista, como es sabido, viene siendo defendido incluso desde el derecho romano (cfr. al respecto HRUSCHKA, *FS-Kleinknecht* [1985], págs. 195 y s., con más referencias; también VOLK, *FS-Arthur Kaufmann* [1993], págs. 611 y ss.). De acuerdo expresamente con la consideración de los datos psíquicos como hechos, entre muchos, ENGISCH, *Untersuchungen* (1930), págs. 198 y s.; los considera “datos empíricos” SCHÜNEMANN, *FS-Hirsch* (1999), pág. 367. Entre nosotros, claramente a favor de que los datos psíquicos son hechos, BAIGÚN, *Delitos* (1967), pág. 47; especialmente terminante al respecto es también NÚÑEZ, *DPA II* (1960), pág. 71. Seguramente, no es correcto que el tema no se discuta y se lo asuma como obvio, pero esta conclusión tradicional es, a nuestro juicio, acertada: si se acepta que por ‘hecho’ debe entenderse todo aquello que puede ser descripto por una proposición verdadera (así, en lo esencial, PATZIG, *Tatsachen* [1980], págs. 11 y ss., 15 y ss., 35 y s., 40 y s., siguiendo en esto a WITTGENSTEIN, *Tractatus* [1994], 2.04-2.06), entonces los datos psíquicos son hechos y pueden y deben ser sometidos a prueba en el proceso penal (de acuerdo con esto también TARUFFO, *Prueba* [2002], pág. 159). Esta conclusión, sin embargo, no es aceptada por un sector minoritario de la literatura jurídico-penal actual (cfr. por ejemplo FREUND, *Normative* [1987], págs. 3 y ss., 26 y ss.; RAGUÉS I VALLÉS, *Dolo* [1999], págs. 352, 357 y ss.). Una crítica detallada a la posición de estos últimos autores en mi tesis doctoral, § 21 (esta cita y las que siguen se corresponden con la numeración efectuada por la editorial Hammurabi en la primera impresión de prueba).

¹⁰ Cfr. RYLE, *Begriff* (1997), págs. 13 y ss.: un error categorial consiste en presentar algo como “perteneciente a un determinado tipo lógico o a una categoría (o a una serie de tipos o categorías) que, en realidad, pertenece a otros” tipos o categorías (ibid., págs. 13 y s.; paréntesis en el original). Se trata de dificultades que son el producto de una “incapacidad de aplicar correctamente ciertas palabras” (pág. 16). En la bibliografía jurídico-penal relacionada específicamente con la problemática del dolo se ocupa especialmente de este aporte de RYLE la reciente monografía de BUNG, *Wissen* (2009), págs. 87 y ss.

¹¹ En relación con ciertas ‘actitudes internas’ como ‘aceptación’, ‘rechazo’, ‘asentimiento’, etc., ya ha dicho FRISCH que se trata nada más que de “indicadores

la dogmática penal alemana escapa del error de identificar el concepto de dolo con alguno de los datos empíricos eventualmente relevantes para conformar el supuesto de hecho a subsumir en aquel (el estado mental al que unánimemente se acude es una cierta clase de representación, sin perjuicio de que algunos autores exijan, además, algún dato adicional de índole voluntativa)¹². Ello, empero, es metodológicamente inadecuado, porque ningún dato empírico puede ser *a priori* un candidato relevante para subsumirse en un concepto si éste aún no ha sido esclarecido¹³. De allí que ninguno de los intentos de conceptualizar el dolo a través de su identificación con datos empíricos, generalmente psíquicos, haya resultado satisfactorio: se confunde el concepto (normativo) de dolo con datos (empíricos) eventualmente relevantes para su aplicación. Hoy, de hecho, la identificación de dolo con conocimiento comienza a ser vista –al menos de *lege ferenda*– como axiológicamente incorrecta¹⁴.

Por lo tanto, el concepto de dolo no será considerado aquí como un derivado de datos empíricos tenidos *a priori* como relevantes, sino como un derivado del fin del derecho penal y de la *ratio legis* del mayor castigo del delito doloso¹⁵. En todo caso, a partir de ese concepto se determinará, *a posteriori*, qué datos empíricos resultan relevantes en cada supuesto de hecho para la formulación del reproche doloso, según las características del caso concreto.

En Alemania, el contenido literal del § 16.I StGB es mencionado una y otra vez por la doctrina como barrera infranqueable para el desarrollo dogmático de un concepto de dolo que no se identifique con

de la presencia o ausencia del sustrato decisivo del dolo" (cfr. FRISCH, *Vorsatz* [1983], págs. 333 y s.). Pero lo que FRISCH pasa por alto es que también el conocimiento es nada más que un dato fáctico *eventualmente* relevante para el dolo, y no el dolo mismo. En este sentido, el conocimiento no es tampoco –como opina FRISCH, *ibid.*, págs. 54, 334 y *passim*– el "sustrato psíquico" *necesario* del dolo.

¹² De acuerdo con esto ROXIN, quien recientemente afirma, en tono crítico, que las características definitorias habituales del dolo, como 'conocimiento', 'voluntad', etc., son siempre "formuladas como estados psíquicos" (ROXIN, *FS-Rudolphi* [2004], pág. 243). Incluso el último JAKOBS cae en este error, pues identifica "dolo" con "indiferencia", que es también un estado mental (cfr. JAKOBS, *ZStW* 114 [2002], págs. 584 y s.).

¹³ Similar, en lo sustancial, NK-PUPPE (1995), § 15, nm. 60.

¹⁴ Cfr. ROXIN, *AT*⁴ (2006), § 12, nm. 34; JAKOBS, *AT*² (1991), 8/5. Véanse también las referencias citadas en las notas 35 y 42.

¹⁵ Véase al respecto *infra*, apartado III.

el de conocimiento¹⁶, pero ello no resulta convincente. Pues, en todo caso, lo único que dice el § 16.I es que una persona actúa sin dolo si no conoce alguna circunstancia típica. Ello, sin embargo, no es ni un concepto ni una definición de dolo¹⁷. Significa, únicamente, que esa falta de conocimiento, por imperio legal, es un dato empírico que forzosamente cancela la posibilidad de una imputación a título de dolo. Pero esa limitación no impide que la doctrina imponga condiciones al estado mental ‘conocimiento’ (o mejor: ‘representación’) para que éste pueda tener el efecto enervante que impone la ley, sobre todo si tales condiciones se infieren de las características centrales del sistema jurídico-penal vigente.

En cuanto a Argentina, el derecho penal positivo vigente no constituye impedimento alguno para la explicación del dolo como un concepto estrictamente normativo como el que aquí se postula, no equiparable con el de conocimiento. Pues nuestro CP dice sólo que no es punible quien actúa con error de hecho no imputable (CP, 34 inc. 1º)¹⁸. Y qué sea un “error de hecho no imputable” es algo que, en todo caso, sabremos no por lo que diga la ley o la naturaleza, sino por lo que determine el pertinente desarrollo dogmático de ese

¹⁶ Cfr. por ejemplo JAKOBS, *AT*² (1991), 8/5a; PUPPE, *ZStW* 103 (1991), págs. 36 y s.; FRISCH, *Vorsatz* (1983), págs. 32, 90 y *passim*. El texto del § 16.I StGB es el siguiente: “Quien durante la comisión del hecho *no conoce* una circunstancia perteneciente al tipo legal, actúa sin dolo” (cursiva agregada). Ahora bien, se acuda o no al argumento de derecho positivo, lo cierto es que prácticamente toda la doctrina, incluida la más actual, exige la concurrencia de conocimiento efectivo para la imputación dolosa (así, entre muchos, KINDHÄUSER, *FS-Eser* [2005], págs. 354 y ss.).

¹⁷ Esto es reconocido hasta por la literatura de comentarios: cfr., por ejemplo, SCHÖNKE/SCHRÖDER/CRAMER, *StGB*²⁵ (1997), § 15, nm. 2.

¹⁸ De acuerdo con esto, en tanto sostiene implícitamente que el CP argentino no obliga a un determinado concepto de dolo, SANCINETTI, *Dogmática* (2003), pág. 133. En contra la doctrina dominante en nuestro país, para la cual el dolo tiene su base de derecho positivo o bien en el art. 34 inc. 1º del CP (así, por primera vez, SOLER, en la primera edición de la parte general de su *Tratado* [1940]: cfr. SOLER, *DPA* II⁴ [1970], págs. 96 y ss.; lo siguen, entre otros, NÚÑEZ, *DPA* II [1960], pág. 47; el mismo, *Manual PG*⁴ [1999], págs. 187 y ss.; FONTÁN BALESTRA, *PG* II (1966), pág. 254; CREUS, *PG*⁵ (2003), pág. 239; sobre los antecedentes legislativos de esta disposición cfr. DE LA RÚA, *Código*² [1997], págs. 449 y ss.), o bien en el art. 42 del CP (así ZAFFARONI, *Tratado* III [1981], págs. 297, 309 y ss.; ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *PG*² [2002], pág. 519), o bien en el art. 35 del CP (así BACIGALUPO, *PG* [1987], pág. 200; el mismo, *Tipo*² [1988], pág. 50). Se ha sostenido asimismo que, ante la falta de regulación legal expresa, ninguna de estas tesis constituye “una solución dogmáticamente incuestionable” (FRÍAS CABALLERO/CODINO/CODINO, *Teoría* [1993], pág. 384).

concepto legal¹⁹, que en nuestro país no es forzoso que se elabore a partir del par psicológico ‘conocimiento/desconocimiento’. Entre nosotros, por ejemplo, bien podría sostenerse que un error de hecho no imputable al autor sólo puede estar conformado por un desconocimiento no irracional del riesgo creado. Tampoco el art. 42 del CP argentino impone un determinado concepto de dolo. Sólo establece que, para que alguien pueda ser penado por tentativa, tiene que actuar con el fin de cometer un delito determinado (esto es, con dolo directo de primer grado). Es decir: al dolo básico le establece una condición adicional, que se justifica en tanto el castigo por tentativa importa una extensión del ámbito de lo punible²⁰. En nuestro país, la exigencia de dolo como condición necesaria para la imposición de pena por la comisión de todo delito no señalado de forma expresa por la ley como imprudente deviene de requisitos constitucionales, en tanto la norma fundamental acoge tanto el principio de culpabilidad –en el sentido de *nullum crime sine culpa*, i.e., nadie puede ser penado si no ha obrado *al menos* con imprudencia– como el principio de legalidad: *nullum crime sine lege* (CN, 18, 75 inc. 22)²¹.

¹⁹ En el mismo sentido, con respecto al concepto de dolo, SCHÖNKE/SCHRÖDER/CRAMER, *StGB*²⁵ (1997), § 15, nm. 2.

²⁰ El punto de vista aquí expuesto coincide, en este aspecto, con el de la doctrina más tradicional en Argentina, conforme a la cual nuestro derecho positivo vigente exige dolo directo de primer grado para la tentativa, no siendo suficiente por tanto el dolo eventual: cfr. en este sentido, y entre otros, NÚÑEZ, *DPA II* (1960), págs. 315 y ss.; el mismo, *Disposiciones* (1988), pág. 166; CREUS, *PG*⁵ (2003), págs. 424 y s.; FONTÁN BALESTRA, *PG II* (1966), págs. 377 y s.; DE LA RÚA, *Código*² (1997), págs. 744 y ss., quien con razón sostiene: “...la expresión ‘fin’ que el legislador ha impuesto como condición en la tentativa, es regularmente interpretada como un componente de tipo intencional que especializa al dolo, resultando incompatible con modalidades eventuales...La razón apunta a una estructuración restrictiva de la tentativa, desde el punto de vista de la política criminal”. En contra BACIGALUPO, *PG* (1987), págs. 291 y s., quien argumenta en función del adjetivo ‘determinado’, pero lo cierto es que la opinión contraria, como se vio, no fundamenta su posición a partir de ese adjetivo, sino del sustantivo ‘fin’, presente en el art. 42 del CP argentino; en contra también ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *PG*² (2002), pág. 823; SANCINETTI, *Teoría* (1991), pág. 146; RIGHI, *PG* (2007), págs. 416 y s. En Alemania, la doctrina dominante acepta la punibilidad de la tentativa con dolo eventual, sin perjuicio de una minoría que opina lo contrario, y a la cual ROXIN considera “digna de atención” (cfr. las pertinentes referencias bibliográficas en ROXIN, *AT II* [2003], § 29, nm. 71); entre los autores que niegan la punibilidad de la tentativa con dolo eventual cita ROXIN a SCHMIDHÄUSER (aunque sólo con relación a la tentativa inidónea: SCHMIDHÄUSER, *Studienbuch*² [1984], 11/19); PUPPE, *NSfZ* 1984, pág. 491; STRENG, *JZ* 1990, pág. 219 (este último de *lege ferenda*). También, en España la doctrina dominante acepta la punibilidad de la tentativa con dolo eventual: así, entre muchos, ALCÁZER GUIRAO, *Tentativa* (2000), págs. 228 y s., esp. nota a pie n° 789, con ulteriores referencias bibliográficas (como contraria, en España, a la punibilidad de la tentativa con dolo eventual, señala este autor sólo a TAMARIT SUMALLA, *ADPCP* 1992, págs. 515 y ss.).

²¹ Cfr. al respecto PÉREZ BARBERÁ, *CDDPC* 3 (2000), págs. 213 y ss.

Ni en Alemania ni –menos aún– en nuestro país, por tanto, existen impedimentos legales para la elaboración dogmático-penal de un concepto de dolo no identificado con datos empíricos, sean éstos psíquicos o físicos.

II. APROXIMACIÓN SINTÁCTICA AL CONCEPTO DE DOLO

Ya ha sido establecido que el ‘dolo’, sintácticamente, es una propiedad definitoria de un caso genérico, es decir: es la propiedad que define a la condición empírica establecida en abstracto en un tipo penal para la aplicación de la sanción correspondiente. El discurso sintáctico, al igual que el lógico o el matemático, por ser estrictamente formal carece de significación. Sólo cuando las palabras sintácticas sean aplicadas a un ámbito en particular “adquirirán, a través de una determinada interpretación, la capacidad de referencia a los objetos o entidades que constituyen nuestro tópico especial”²². De todos modos, y tal como lo señalan ALCHOURRÓN y BULYGIN, “el tratamiento de las normas en un nivel puramente sintáctico tiene considerables ventajas desde el punto de vista metodológico”²³. Ello, en este contexto específico, se traduce en que deja en claro algo sumamente importante, a saber: que el dolo, por ser una propiedad definitoria de un caso *genérico*, no es algo a ser subsumido (algo empírico), sino lo que contribuye a caracterizar aquello en lo que ha de subsumirse un caso individual. No integra, por tanto, la premisa menor, sino la premisa mayor del silogismo práctico.

El dolo, entonces, *no puede ser un hecho* (ni psíquico, ni físico, ni institucional²⁴), tal como lo describe la doctrina dominante, ni tampoco puede ser un ‘juicio adscriptivo’, en el sentido de HRUSCHKA²⁵. Pues ‘dolo’ no es una propiedad empírica (psíquica) que se atribuye a una persona. Lo que se atribuye a una persona, en todo caso, es la posesión de determinados estados mentales al momento de la acción, como, *v.gr.*, conocimiento, intención, etc. Pero ninguno de esos estados mentales *es* el dolo. Ellos, simplemente, contribuirán a conformar el caso individual (ocurrido en el mundo) a subsumir en un caso genérico doloso (previsto en una norma), siempre y cuando el concepto que dé contenido semántico al dolo como propiedad definitoria de ese caso genérico permita considerar

²² KLIMOVSKY, *Desventuras* (1997), pág. 290.

²³ ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Introducción* (1993), pág. 24.

²⁴ “Institucional” en el sentido de SEARLE, *Actos* (1994), págs. 58 y ss.

²⁵ Cfr. HRUSCHKA, *FS-Kleinknecht* (1985), pág. 201.

a tales datos como relevantes: *per se*, la presencia o ausencia de conocimiento y/o de otros datos empíricos no dice nada acerca de la presencia o ausencia de dolo.

Por otra parte, que el autor individual ostente ciertos atributos psíquicos no significa que ‘tenga’ dolo, sino que es posible atribuirle algunas disposiciones consideradas empíricamente relevantes por el dolo en tanto propiedad que define el caso genérico para habilitar la subsunción. Tales atributos psíquicos son, por otra parte, sólo *algunos* de los datos empíricos considerados relevantes por el concepto de dolo: el autor y sus estados mentales son sólo una parte del caso individual, el cual se integra también con un contexto empírico exógeno a aquel (ciertas características del peligro creado, fundamentalmente). La subsunción será posible, por lo tanto, sólo si el *caso* individual (no sólo el autor individual) posee empíricamente *todos* los atributos prácticos que resultan relevantes conforme a la propiedad normativa que define al caso genérico, esto es: conforme al concepto de dolo. ‘Actuar con dolo’, ‘tener dolo’, etc. son, pues, expresiones erróneas, modos impropios de hablar. Ellas dan a entender que el dolo es una disposición interna –de carácter empírico como toda disposición–²⁶ que incumbe sólo a un autor, a un individuo. Pero si dolo, sintácticamente, es una propiedad definitoria de un caso genérico, entonces es claro que su correlato individual será también un caso. Debe hablarse, por tanto, de ‘caso doloso’, o, si se quiere, de ‘hecho doloso’. El dolo es una propiedad que caracteriza a casos –particularmente a eventos genéricos–, no a personas. Y es una propiedad normativa, no empírica, porque logra esa caracterización a partir de una valoración de la gravedad del hecho. Todo esto es válido, por cierto, también para la imprudencia.

Esta aproximación sintáctica al concepto de dolo muestra hasta qué punto resulta acertada la intuición fundamental de la que parte este trabajo, según la cual no debe confundirse al concepto de dolo con datos empíricos eventualmente relevantes de un caso individual. La noción sintáctica de dolo no explicita todavía qué cabe entender por ‘dolo’, y no brinda por tanto ninguna información acerca de qué es aquello que debe ser probado empíricamente para que un caso pueda ser considerado doloso. Eso es tarea de la aproximación

²⁶ Sobre el concepto de ‘disposición’ y de ‘conceptos disposicionales’ cfr., entre otros, HASSEMER, *ADPCP* 1990, págs. 924 y ss.; el mismo, *Einführung*² (1990), págs. 183 y ss.; MYLONOPOULOS, *Dispositionsbegriffe* (1998), págs. 77 y ss.; KLEB-BRAUN, *JA* 1986, págs. 312 y ss.

semántica al concepto de dolo, que enseguida se abordará. Pero lo que sí deja al descubierto la aproximación sintáctica es, precisamente, que una cosa es el conjunto de datos empíricos que conforman un caso individual, y otra muy distinta la propiedad o conjunto de propiedades que definen el caso genérico, y que sólo estas últimas pueden reconstruirse conceptualmente a partir de un marco teórico *jurídico-penal*.

III. APROXIMACIÓN SEMÁNTICA AL CONCEPTO DE DOLO

Gracias a la aproximación sintáctica sabemos ya cómo funciona el dolo, cómo se organiza y relaciona con los diversos componentes de la norma general y con los sucesos del mundo real. Ya sabemos que no es un dato empírico (un hecho) sino la propiedad que define a un caso genérico, *i.e.*, que lo define como *doloso*. Pero ¿qué es ser ‘doloso’? ¿Cómo debe ser interpretada esa propiedad? Con estas preguntas ingresamos a la dimensión semántica del concepto de dolo. A partir de ella corresponde desentrañar ya *qué se entiende* por dolo, más allá de cómo funcione éste en el marco de una norma jurídico-penal. Y para ello, para obtener un concepto de dolo, en este trabajo se adhiere expresamente al método teleológico, conforme al cual no corresponde inferir nada a partir de premisas ónticas. Nuestro punto de partida está conformado por premisas prácticas, fundamentalmente finalidades y razones (normativas): fin del derecho penal, *ratio legis* del mayor castigo del hecho doloso²⁷.

²⁷ Fundamental al respecto SCHMIDHÄUSER, *Vorsatzbegriff* (1968), págs. 15 y ss.: “también el concepto de dolo debe determinarse *teleológicamente*” (cursivas en el original). Quizá sea pertinente aclarar aquí que a fines de la década del sesenta, cuando este autor elaboró este texto, la utilización de un método “teleológico” para el tratamiento de los problemas de la Parte General del Derecho Penal no era en absoluto una idea extendida entre los autores alemanes, como sí lo es hoy. ROXIN, por ejemplo, sostiene que, aproximadamente, sólo “desde 1970 se han efectuado intentos muy discutidos de desarrollar un sistema ‘racional-final (o teleológico)’ o ‘funcional’ del Derecho penal” (PG [1997], § 7, nm. 23; paréntesis en el original). De hecho, uno de los trabajos que más contribuyera a divulgar esa metodología fue la conocida monografía de ROXIN titulada *Política criminal y sistema del derecho penal*, que diera a luz justamente en el año 1970 (la traducción al castellano es de 1972). Es justo, por lo tanto, considerar a este temprano trabajo de SCHMIDHÄUSER como pionero y precursor de esa nueva dirección metodológica. ROXIN mismo destaca el valor de la obra de aquél en este aspecto (cfr. ROXIN, PG [1997], § 7, nm. 28). Otro conocido impulsor de esta metodología es FRISCH, *Vorsatz* (1983), págs. 34 y ss.; también JAKOBS, *AT*² (1991), ya desde el prólogo a esta edición y *passim*; en Argentina, y entre muchos otros, LASCANO (H.), PG² (2002), págs. 88 y s; expresamente, respecto del concepto de

Sólo una vez que ese punto de partida quede clarificado podrá brindarse el pertinente concepto de dolo, que será producto de esta aproximación semántica.

En este sentido, dos son los axiomas de los que parte nuestra concepción. El primero establece cuál es el fin del derecho penal, y reza lo siguiente: *Fin del derecho penal es la estabilización de expectativas normativas configuradas a partir de reglas comunicadas por los tipos penales, que resultan defraudadas por conductas que, por su parte, comunican un apartamiento de aquellas reglas de modo suficientemente intenso como para tornar necesario el inicio de un proceso de discusión, tendiente a obtener consenso respecto a si es necesario aplicar pena para garantizar aquella estabilización, esto es, para mantener contrafácticamente las expectativas defraudadas*²⁸.

Y, el segundo, establece cuál es la *ratio legis* del mayor castigo de cierta clase de hechos en relación con otra clase de hechos, y reza de la siguiente manera: *La orientación en el mundo sólo es óptima si está fundada en representaciones epistémicamente racionales y ontológicamente acertadas. Representaciones epistémicamente irracionales determinan orientaciones cognitivas defectuosas, al igual que representaciones epistémicamente racionales pero ontológicamente desacertadas. Por su parte, la falta de conocimiento o de representación, si es racional, determinará también orientaciones defectuosas, y si es irracional, orientaciones arbitrarias. Si se trata del apartamiento de una regla, el que se funda en una orientación óptima tiene la misma intensidad comunicativa en contra de aquella que el que se funda en una orientación arbitraria, intensidad que es siempre mayor a la del apartamiento que se funda en una orientación defectuosa.*

dolo, BACIGALUPO: “En efecto, la elaboración del concepto de dolo... no parte de una determinada realidad (supuestamente) psicológica... que se identifica con el dolo, sino que establece previamente las exigencias de la forma más grave de la realización del delito, la *ratio* de la punibilidad del dolo, y a partir de ella determina qué elementos, además del conocimiento, deben constituir el dolo” (BACIGALUPO, *Derecho* [2006], pág. 328; paréntesis y cursiva en el original); sobre el método en general cfr., entre otros, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación* (1992), págs. 67 y ss.

²⁸ El axioma en cuestión se apoya en los desarrollos teórico-sociales más actuales e interesantes, como lo son los de LUHMANN y HABERMAS. En mi tesis doctoral se demuestra la estrecha afinidad de estas dos concepciones al menos en este ámbito (véase especialmente § 5.c y § 6). Sobre LUHMANN cfr., del mismo, *Rechtssoziologie* (1972), págs. 40 y ss.; *Recht* (1993), págs. 138 y s.; *Sistema* (1983), pág. 109: “la normatividad en cuanto tal [es] la exclusión de la disposición de revisar, en caso de desengaño, las expectativas defraudadas”. Sobre HABERMAS cfr., del mismo, *Teoría II*⁴ (1999), págs. 30 y s.: “las reglas rigen contrafácticamente”.

Por tratarse de axiomas, no corresponde que sean sometidos a prueba en este lugar²⁹. Y cabe a su vez dejar sentado que, por el momento, en cuanto al significado que se le da aquí a los términos ‘racional’, ‘irracional’, etc., nos contentaremos con una aproximación intuitiva, que identifica a lo racional con aquello que se corresponde con determinadas bases epistémicas, o con modos de actuar normales o cotidianos de la generalidad o de quienes se desempeñan en una actividad concreta dentro de una sociedad determinada³⁰. Y es necesario también, para evitar posibles malentendidos, establecer –de forma estipulativa– que, en el marco de este trabajo, por ‘representación’ se entiende la activación psíquica de un conocimiento o de una creencia, operada en el presente exacto de una situación y que, por tanto, no puede tener duración³¹. ‘Conocimiento’, por su parte, es saber verificado racionalmente, *i.e.*, a partir de marcos epistémicos compartidos por todos en el universo de casos de que se trate y propios de ese universo, o compartibles mediante contrastaciones objetivas intersubjetivamente accesibles³². Y ‘creencia’, finalmente, es la convicción no verificada –racional o irracional, según el caso– acerca de la existencia de estados de cosas. Por lo tanto, hay ausencia de conocimiento cuando algo no se sabe, y ausencia de representación cuando la activación de lo que se sabe o de lo que se cree no se produce.

²⁹ De todas formas, una fundamentación extensa de por qué se llega a estos axiomas se ofrece en mi tesis doctoral (véanse especialmente los §§ 5 y 6).

³⁰ Una explicación detallada de lo que cabe entender por racionalidad en este contexto se ofrece en mi tesis doctoral, en la que, luego de exponerse cómo ha sido utilizado el concepto de racionalidad en la literatura jurídico-penal y en otras disciplinas científicas, se aborda y desarrolla la idea de “racionalidad comunicativa”, que no es otra cosa que un concepto epistémico de racionalidad (fundamental al respecto HABERMAS, *Facticidad* [1998], págs. 65 y ss.: “el lugar de la razón práctica pasa a ocuparlo la razón comunicativa”). La relación entre racionalidad epistémica y relevancia comunicativa se aprecia con toda claridad en JAKOBS, *AT*² (1991), 25/23; cfr. también BACIGALUPO, *Derecho* (2006), págs. 32 y ss., 67, donde ofrece una adecuada explicación acerca de la conexión entre el paradigma comunicativo y la racionalidad epistémica. Conforme a este punto de vista, el concepto de racionalidad es un concepto normativo con ayuda del cual se establece si una determinada opinión está epistémicamente justificada (así, entre otros, BECKER, *Rationalität* [1995], págs. 189 y ss.).

³¹ Sobre esto último cfr. LUHMANN, *Systeme* (1984), pág. 356.

³² Se trata, como dice PUTNAM siguiendo a WITTGENSTEIN, de “normas públicas” acerca de lo que cabe entender por ‘racional’: “...sin esas normas públicas, normas que son compartidas por un grupo y que constituyen una ‘forma de vida’, no sería posible el lenguaje, ni tampoco el pensamiento” (PUTNAM, *Razón* [1988], pág. 112).

Pues bien, de aquellos dos axiomas, asumidos acumulativamente –y en conjunción con las estipulaciones efectuadas–, se obtienen las siguientes proposiciones:

1. Las conductas que se ponen en práctica a partir de una situación óptima para orientarse en el mundo (esto es, las que tienen por base representaciones epistémicamente racionales y ontológicamente acertadas), si se apartan de una regla jurídico-penal lo hacen con elevado efecto comunicativo contrario a ella, pues comunican una toma de postura que implican la existencia de una correlación objetivamente adecuada entre sujeto epistémico y mundo, debe ser interpretada, desde un punto de vista objetivo, como intensamente contraria a la de la regla. Ello es así porque esa clase de correlación epistémico-ontológica hace que, *ex ante*, el apartamiento del autor conlleve comunicar otra regla, opuesta a la violada³³, e importe asimismo comunicar objetivamente una pretensión de validez respecto de su propia regla; y además porque, en tales casos, el autor no tiene margen objetivo para, *ex post*, alegar de modo atendible³⁴ que, pese a su conducta, él está de acuerdo con la regla de la que se ha apartado. Por este motivo merecen estas conductas un castigo mayor.

Ejemplos: *a)* *A* quiere matar a *B*. Sabe –y se representa ello– que puede lograrlo disparándole con un arma de fuego en la cabeza, y lo hace. Se trata de una representación epistémicamente racional (está basada en regularidades empíricas obvias)³⁵ y ontológicamente acertada, por lo que grava intensamente al autor. Le corresponde, en consecuencia, la forma de castigo más grave (la dolosa: en este caso se trataría de lo que tradicionalmente se conoce como dolo directo de primer grado).

b) *A* roba y es descubierto por *B*, que comienza a perseguirlo. Para cubrir su huida, *A* dispara con su revólver hacia atrás. No quiere matar a *B*, pero sabe que eso puede ocurrir, y ocurre. Aquí también se trata de una representación epistémicamente racional –pues está fundada en regularidades empíricas obvias– y ontológicamente

³³ En esta línea, que como es sabido remite a JAKOBS –y a su vez a LUHMANN y a HABERMAS–, también BACIGALUPO, *Derecho* (2006), pág. 35.

³⁴ Acerca del concepto de “atendibilidad objetiva” en este contexto véase *infra*.

³⁵ Con esto se hace referencia a aquello que, en epistemología, se designa como “regularidades nómicas”: si no ocurren, queda falseada automáticamente alguna ley natural (cfr. al respecto DIEZ-MOULINES, *Fundamentos* [1999], págs. 128 y ss.).

acertada, que grava intensamente al autor dado que él *sabe* que esa muerte *puede ocurrir* (su orientación cognitiva es óptima). Le corresponde, por tanto, la forma de castigo más grave (la dolosa: en este caso se trataría de lo que tradicionalmente se conoce como dolo eventual).

2. En cuanto a las conductas que se ponen en práctica a partir de una situación no óptima para orientarse en el mundo, cuando se trata del apartamiento de una regla es necesario distinguir en tres subgrupos: A) Apartamientos que tienen por base o bien una ausencia de representación epistémicamente racional, o bien una representación epistémicamente racional pero ontológicamente defectuosa. B) Apartamientos que tienen por base una representación epistémicamente irracional (aun cuando por azar sea, *ex post*, ontológicamente acertada). C) Apartamientos que tienen por base una ausencia de representación epistémicamente irracional.

Tanto en A) como en B) se comunica una toma de postura que debe ser interpretada, desde un punto de vista objetivo, como *no* intensamente contraria a la de la regla, pues se funda en orientaciones cognitivamente defectuosas. Se analizarán estos dos supuestos a continuación.

En A) [ausencias de representación epistémicamente racionales, representaciones epistémicamente racionales pero ontológicamente defectuosas] ello es así porque la racionalidad epistémica de la ausencia de representación o de la representación ontológicamente defectuosa hace que, *ex ante*, el apartamiento del autor importe ciertamente comunicar otra regla, opuesta a la violada, pero sin que ello implique, a la vez, comunicar objetivamente una pretensión de validez respecto de su propia regla; en tales casos, por tanto, el autor sí tiene margen objetivo para, *ex post*, alegar de modo atendible que, pese a su conducta, él está de acuerdo con la regla de la que se ha apartado. Por este motivo merecen estas conductas, a lo sumo, un castigo menor.

Ejemplos: c) A es una empleada doméstica que plancha la ropa en la casa de B, su empleadora. A se distrae porque por teléfono se le da una mala noticia y, como consecuencia de ello, olvida que había dejado la plancha encendida sobre una camisa, lo cual provoca un incendio que daña una parte de la casa de B. Se trata de una falta de representación del riesgo de daño que importaba su conducta que es epistémicamente racional, pues resulta explicable en función

del interés comprensible que *A* tenía en esa llamada telefónica. Una falta de representación no irracional sólo grava atenuadamente al autor, el cual a lo sumo merece –y siempre que corresponda– la forma de castigo más leve (la imprudente: en este caso se trataría de lo que tradicionalmente se conoce como imprudencia inconsciente).

d) *A* pasea por un bosque serrano y arroja en él la colilla encendida de un cigarrillo, representándose en ese preciso instante que ello podría provocar que el bosque se incendie, pero estando a la vez seguro de que eso no sucederá dada la casi insignificante entidad de la colilla del cigarrillo como agente generador de un incendio a gran escala. El bosque, sin embargo, se incendia, y se producen importantes daños materiales. Se trata de una representación ontológicamente defectuosa pero epistémicamente racional, pues es plausible creer que una pequeña colilla de cigarrillo encendida no tiene entidad suficiente para provocar un incendio de semejante magnitud. Y ello grava sólo atenuadamente al autor, que racionalmente *cre*e que el incendio *no ocurrirá* (su orientación cognitiva no es óptima) y por lo tanto merece, a lo sumo –y siempre que corresponda– la forma de castigo más leve (la imprudente: en este caso se trataría de lo que tradicionalmente se conoce como imprudencia consciente).

En *B)* [creencias epistémicamente irracionales, aun cuando sean ontológicamente acertadas desde una perspectiva *ex post*] la intensidad comunicativa contraria a la regla es igualmente menor, porque ni siquiera el acierto ontológico compensa el desacierto epistémico, *i.e.*: conductas fundadas en creencias obtenidas irracionalmente tienen una repercusión comunicativa devaluada, tanto cuando con ellas no se acierta ontológicamente (que será lo habitual) como cuando sí se acierta. En tales casos es cierto que el autor, subjetivamente, comunicará *ex ante* una regla contraria a la violada e incluso una pretensión de validez respecto de su propia regla, y es cierto también que no tendrá margen subjetivo para, *ex post*, alegar de modo atendible que, pese a su conducta, está de acuerdo con la regla de la que se ha apartado. Pero, objetivamente, dicha comunicación no puede ser tomada en serio como un apartamiento intenso de la regla, atendida la falta de correlación objetivamente adecuada entre sujeto epistémico y mundo. Por este motivo, también estas conductas merecen, a lo sumo, un castigo menor.

Ejemplos: *e)* *Creencia epistémicamente irracional con acierto ontológico*: *A* quiere matar a *B*, que es hindú. *A* escuchó alguna vez que para los hindúes el agua tiene un significado sagrado, y de ello infiere

que ningún hindú sabe nadar. *A* invita entonces a *B* a pasear por los bordes de una piscina llena, en otoño, sabiendo que el agua está muy fría y sucia por la temperatura ambiente y la falta de uso, y lo empuja sorpresivamente a la parte más profunda de ésta. *B*, efectivamente, no sabía nadar, simplemente porque nunca aprendió, y muere ahogado. Se trata de una creencia acertada de la situación real a la que *A* llega de un modo irracional, azaroso (obviamente, el promedio de los hindúes que sabe nadar no difiere del de cualquier otro país occidental). Una creencia epistémicamente irracional, aunque resulte ontológicamente acertada, sólo puede gravar de forma atenuada al autor. Por lo tanto le corresponde (en tanto en el caso concreto el empujón a la piscina pueda considerarse la creación de un riesgo no permitido, lo cual cabe corroborar positivamente en este caso por las circunstancias en que ocurre) la forma de castigo más leve (la imprudente: se trata de los casos que aquí hemos denominado de consumación objetivamente inesperada).

f) Creencia epistémicamente irracional sin acierto ontológico: *A* cree que moviendo unas extrañas fichas en un tablero puede lograr que cualquier persona haga lo que él quiera, y decide estafar a *B*. Lo engaña, pero, de acuerdo con el plan de *A*, para que la estafa se consume es necesario que *B* entregue una suma de dinero a *C*, un amigo de *A* que nada sabe del asunto. *A* mueve entonces las fichas del tablero para que *C* vaya a casa de *B* a retirar ese dinero, lo cual, obviamente, nunca ocurre. Una creencia epistémicamente irracional y ontológicamente desacertada (aunque esto último no es esencial) sólo puede gravar de forma atenuada al autor, por las razones ya indicadas. Por tanto, le corresponde la forma de castigo más leve (la imprudente), que en este caso, por no haber consumación, conlleva su impunidad (se trata de un caso de tentativa irreal).

Finalmente, en *C*) [desconocimientos o ausencias de representación epistémicamente irracionales], se dan las mismas circunstancias objetivas que en los casos de apartamiento mediando representación epistémicamente racional y ontológicamente acertada. En estos casos, la conducta tiene lugar a partir de una orientación *arbitraria*, y comunica por tanto una toma de postura que debe ser interpretada, desde un punto de vista objetivo, como intensamente contraria a la de la regla. Ello es así porque “arbitrariedad”, en este contexto, significa desafío objetivo a regularidades empíricas obvias de acuerdo tanto con la base epistemológica objetivamente disponible cuanto con la que ostenta el sujeto (*ceguera ante los hechos*). De allí que, también aquí,

desde un punto de vista *ex ante* el apartamiento del autor importa comunicar otra regla, opuesta a la violada, e importa asimismo comunicar objetivamente una pretensión de validez respecto de su propia regla; y tampoco en este supuesto el autor tiene margen objetivo para, *ex post*, alegar de modo atendible que, pese a su conducta, él está de acuerdo con la regla de la que se ha apartado. Por este motivo merecen estas conductas un castigo mayor³⁶.

Ejemplo: g) A sale de una discoteca muy alcoholizado, pero no en estado de inimputabilidad. Junto a otros jóvenes que lo conocen sube a su automóvil, negándose a que otro que no sea él conduzca el vehículo, pese a saber que había ingerido demasiado alcohol y que no era un buen conductor, pues de hecho no lo era (sus amigos se burlaban de él por ello) y, además, no había aprobado el examen pertinente y había obtenido su licencia de conducir de manera ilegal. Una vez ingresado a una autopista con velocidad máxima permitida de 130 km/h, acelera el automóvil a más de 160 km/h y en zigzag, para esquivar a los otros vehículos que circulaban en su mismo sentido, hasta que, en una de esas maniobras, sin representarse en ningún momento el peligro que su conducción generaba, pierde el control y embiste a esa velocidad y por detrás a otro automóvil. Como consecuencia del impacto mueren dos de sus acompañantes y las dos personas que iban dentro del vehículo embestido³⁷. Un desconocimiento o una falta de representación irracional por desafiar regularidades empíricas obvias (sea que ello esté motivado en un manifiesto desinterés por el resguardo de los bienes ajenos o en cualquier otro motivo)³⁸, grava intensamente a su autor y le

³⁶ Un número creciente de autores alemanes coincide en que, en casos como estos, el autor no puede ser “honrado” con un castigo menor. Así LK¹¹-SCHROEDER (1994), § 16, nm. 89; PUPPE, ZStW 103 (1991), pág. 12; SCHÜNEMANN, JA 1975, pág. 788. Véanse también las referencias citadas en nota a pie n° (es la que en este archivo figura como n° 12 *).

³⁷ Un caso muy similar fue resuelto recientemente por la Cámara de Acusación de Córdoba (tribunal del que soy miembro), que con su fallo confirmó la elevación de una causa a juicio oral en la que al imputado se le atribuía el delito de homicidio simple con dolo eventual (se trata de la causa “Castro”, auto n° 661 del 09/11/2009).

³⁸ No es correcto, a nuestro juicio, el punto de vista según el cual todo caso de ceguera ante los hechos es consecuencia invariable de una falta de interés del autor por los bienes de los otros (así por ejemplo JAKOBS, *Estudios* [1997], texto 3 [1989], pág. 138). Dicha conclusión resulta dudosa en tanto pretende presentar como una regularidad nómica (*i.e.*, empíricamente necesaria) algo que, en rigor, no importa nada más que una consecuencia contingente. En efecto, la falta de representación de un determinado estado de cosas no tiene por qué

corresponde, por lo tanto, la forma de castigo más grave (la dolosa), aun mediando amenaza o posibilidad de *poena naturalis*³⁹.

Fácilmente puede advertirse que la solución de los casos *a)*, *b)*, *c)* y *d)* coincide con la que propondría la doctrina tradicional: el ejemplo *a)* describe un supuesto claro de dolo directo de primer grado; el ejemplo *b)*, un supuesto claro de dolo eventual; y los ejemplos *c)* y *d)* describen supuestos claros de imprudencia (inconsciente y consciente, respectivamente). Son, en cambio, las soluciones de los casos *e)*, *f)* y *g)* las que difieren de aquellas a las que arribarían casi todas las teorías ensayadas hasta ahora respecto del concepto de dolo.

Al ejemplo *e)*, o “caso del hindú”, lo hemos elaborado para ejemplificar los supuestos que aquí denominamos “casos de consumación objetivamente inesperada”. Ellos, ciertamente, se asemejan a los casos de *dolus generalis* en tanto en ambos se realiza el riesgo que el autor se representó, aunque de modo distinto a como éste se lo representara. Pero se diferencian de tales casos porque, en los supuestos de *dolus generalis*, el autor se representa racionalmente el riesgo que finalmente se realiza, mientras que, en los de consumación objetivamente inesperada, el autor se representa *irracionalmente* ese riesgo. La diferencia es importante. Para una concepción dogmática que caracterice al dolo y a la imprudencia según cuál sea el estado mental presente en cada caso, y que no le interese si –cualquiera sea el estado mental de que se trate– el autor

derivarse *necesariamente* de una falta de interés o indiferencia en los bienes de los otros. Ello es posible, pero también lo son *otros* motivos, como, por ejemplo, la convicción (objetivamente equivocada) de tener razón respecto a la corrección normativa de una acción propia (esta actitud, de hecho, es muy común en el tránsito vial en Argentina). Y tampoco debe confundirse un genuino caso de ceguera ante los hechos con un supuesto en el que, simplemente, las pruebas de la causa demuestran que el autor miente cuando afirma que no se representó una determinada circunstancia: allí se concluirá, en definitiva, que el autor sí se representó lo que él niega (ejemplos: el autor niega haberse representado la edad de la víctima, cuando esa edad era obvia conforme a su estructura física; el autor niega haber sabido que lo que transportaba era droga, cuando del contexto de la causa surge que tal conocimiento era obvio, etc.).

³⁹ La amenaza de *poena naturalis* no puede ser tenida –como cree JAKOBS: *AT*² (1991), 8/5– como la explicación del menor merecimiento de pena del delito imprudente, porque lo cierto es que esa amenaza no tiene que actuar *per se* de manera disuasoria para el autor que incluso conscientemente está dispuesto a dañarse a sí mismo con tal de dañar a otros, como lo ponen de manifiesto los casos de atentados terroristas llevados a cabo por suicidas: si el autor sobreviviera, sin dudas le sería imputable su acción a título de dolo.

comunica algo que importe un apartamiento de la regla de que se trate ni la intensidad de ese efecto comunicativo, obviamente que la cuestión relativa a la racionalidad del modo en que el autor obtuvo su representación le resultará indiferente y considerará sin dudar que este es un caso de dolo. Pero para la concepción que aquí se defiende, el dato de que se comunique algo relevante y la intensidad de esa relevancia comunicativa contraria a la regla es fundamental, y por lo tanto la pregunta acerca de la racionalidad epistémica del estado mental pertinente deviene indispensable. Si, como sucede en este caso, se está ante una creencia irracional, entonces la imputación a título de dolo queda excluida, pues ésta, por imponer una pena mayor, requiere una intensidad también mayor en el apartamiento de la regla, intensidad que no se alcanza con una génesis irracional de esa clase de estado mental.

El caso f), o “caso del estafador místico”, describe una situación que la doctrina tradicional consideraría un supuesto de tentativa (inidónea) irreal *dolosa*⁴⁰, y respecto del cual postularía su impunidad con base en argumentos poco coherentes con cualquier fundamentación de la punibilidad de la tentativa⁴¹. En este trabajo, en cambio, todos los casos de tentativas (inidóneas) irreales (y también los de tentativas supersticiosas) se consideran supuestos de imprudencia, y se arriba a la conclusión de su impunidad de un modo mucho más sencillo y convincente: a través de la aplicación de la regla de derecho positivo conforme a la cual toda tentativa imprudente es impune.

El caso g), por su parte, describe un supuesto de “ceguera ante los hechos”⁴², problema del cual la literatura se ocupa desde hace tiempo⁴³.

⁴⁰ Sobre la distinción entre tentativa irreal y tentativa supersticiosa cfr., por todos, SANCINETTI, *Teoría* (1991), págs. 487 y ss. Básicamente, la diferencia reside en que, en la tentativa irreal, el autor cree que el medio elegido por él es idóneo desde un punto de vista físico para influir ontológicamente en el mundo; en la tentativa supersticiosa, en cambio, el autor reconoce al medio elegido como sobrenatural, en el cual no obstante cree. De allí que el caso del ejemplo sea un supuesto de tentativa irreal. Quien, en cambio, *v.gr.* reza para lograr un resultado que no ocurre, cometería una tentativa supersticiosa.

⁴¹ Sobre las dificultades teóricas que ofrece tanto a las teorías objetivistas como a las subjetivistas la cuestión de la impunidad de la tentativa irreal resulta sumamente ilustrativo SANCINETTI, *Teoría* (1991), *ibid.* nota anterior.

⁴² Véanse al respecto las distinciones indicadas con anterioridad.

⁴³ Cfr. ya MEZGER, *FS-Kohlrausch* (1944), págs. 180 y ss.; el mismo, *Studienbuch*² (1948), págs. 139 y ss.; JAKOBS, *AT*² (1991), 8/5; PUPPE, *AT* (2002), § 26, nm. 16; NK-PUPPE (1995), § 15, nm. 99 y 118; NK²-PUPPE (2005), § 15, nm. 76; en Argentina especialmente SANCINETTI, *Fundamentación* (1995), págs. 223 y ss.

También aquí, para una concepción que agote la problemática conceptual del dolo y de la imprudencia en la contraposición de estos mentales (en este caso: conocimiento/desconocimiento), resultan indiferentes cuestiones relativas a la intensidad comunicativa de la conducta que se aparta de la regla. En consecuencia, desde tal punto de vista no se dudaría en afirmar que tales supuestos pueden ser imputados a lo sumo como imprudentes⁴⁴. Pero para la concepción que aquí se defiende, ese dato de la intensidad comunicativa es fundamental, y por lo tanto también aquí deviene imprescindible la pregunta relativa a la racionalidad de la falta de representación del autor. Si, como sucede en este caso, esa falta de representación es epistémicamente irracional, y manifiesta por lo tanto una orientación arbitraria en el mundo (*i.e.*, objetivamente desafiante hacia la regla), atento su elevada intensidad comunicativa cabe considerar que tal conducta es reprochable a título de dolo⁴⁵, independientemente de que pueda predicarse la posibilidad de una *poena naturalis*⁴⁶. Pues, se acepte o no la tesis de que dicha posibilidad ha de

⁴⁴ Así, en la literatura más reciente, NK²-PUPPE (2005), § 15, nm. 76; la misma, AT (2002), § 26, nm. 16. Junto con ella la doctrina dominante (cfr., por todos, JESCHECK/WEIGEND, PG⁵ [2002], págs. 314 y ss.).

⁴⁵ Similar, en los resultados, LK¹¹-SCHROEDER (1994), § 16, nm. 89; SCHÜNEMANN, JA 1975, pág. 788: “si las apariencias no engañan, el desarrollo futuro consistirá en una ampliación del dolo eventual a costa de la imprudencia consciente, lo cual, por razones materiales, sólo puede ser digno de aprobación”; el mismo, JR 1989, pág. 93; SACHER, *Sonderwissen* (2006), págs. 181 y ss.; sólo de *lege ferenda* también JAKOBS, AT² (1991), 8/5 y ss.; aparentemente ahora también de *lege lata* en, del mismo, ZStW 114 (2002), págs. 584 y ss. En contra la opinión dominante: cfr., entre otros STRATENWERTH, ZStW 71 (1959), pág. 56; SCHROTH, JuS 1992, pág. 7; SK(StGB)⁷-RUDOLPHI (2002), § 16, nm. 43; ROXIN, AT⁴ I (2006), § 12, nm. 34, aunque reconociendo que es seria la objeción de SCHROEDER y SCHÜNEMANN (plantada en los lugares citados en esta nota), entre otros, en el sentido de que, no imputándose al dolo casos de “cómoda predisposición a reprimir la conciencia” (lo cual incluye también supuestos de ceguera ante los hechos), se privilegia u “honra” injustamente a esa clase de conductas con el “premio” de la imprudencia; aun así, ROXIN entiende que, para que dicha opinión sea aceptable de *lege lata*, sería necesario un cambio legislativo en virtud del cual se introduzca una norma específica que disponga que, en esos casos excepcionales, aunque falte el conocimiento la conducta debe ser penada igualmente como dolosa (ROXIN, *ibid.*). ROXIN se acerca, de este modo, a la posición de quienes –como por ejemplo JAKOBS en el Tratado– al menos de *lege ferenda* consideran correcta la concepción que aquí se postula. PUPPE, por su parte, pese a acordar expresamente con la objeción de SCHROEDER y SCHÜNEMANN (la misma, ZStW 103 [1991], pág. 12), de ninguna manera acepta que un desconocimiento tal pueda tener como consecuencia un castigo doloso (NK²-PUPPE [2005], § 15, nm. 76).

⁴⁶ Sobre esto véase *supra*.

conducir necesariamente a la conclusión (empírica) de que en el caso no hubo representación⁴⁷, lo que aquí se pone en cuestión es la racionalidad (por arbitrariedad) de esa falta de representación. Como se ve, los casos genuinos de ceguera ante los hechos ponen de manifiesto que, en lo que atañe a la problemática de la delimitación entre dolo e imprudencia, las hipótesis difíciles no son sólo aquellas en las que debe determinarse si –para decirlo con la terminología tradicional– hay dolo eventual o imprudencia consciente, sino también aquellas en las que debe determinarse si hay dolo eventual o imprudencia *inconsciente*, porque “ceguera ante los hechos” supone precisamente, *ausencia* de representación. De allí que sea lisa y llanamente incorrecto describir al problema general que aquí se analiza como el de la delimitación entre dolo eventual e imprudencia consciente, tal como lo hace la doctrina tradicional; se trata, en rigor, de la delimitación *entre dolo e imprudencia*, sin más especificaciones (ellas, en su caso, se agregarán en función de las contingencias empíricas de cada supuesto particular).

Así, nuestra concepción alcanza en la práctica resultados diferentes a los de la doctrina mayoritaria para determinados casos límite: en los casos de consumación objetivamente inesperada y de tentativas irreales o supersticiosas, la postura aquí sostenida *restringe el ámbito del dolo*⁴⁸, y en los casos de ceguera ante los hechos *lo amplía*. Y a nuestro modo de ver ello es axiológicamente correcto⁴⁹. Se logra, por su parte, una fundamentación más adecuada que las hasta ahora disponibles respecto de la solución que postula la impunidad de las tentativas irreales y supersticiosas.

Para resumir: la representación racional y ontológicamente acertada (representación óptima) comunica desacuerdo objetivo con la regla, por opción expresa en ese sentido [casos *a*) y *b*)]. La falta de represen-

⁴⁷ Así JAKOBS, AT² (1991), 1/7a.

⁴⁸ Como dice HAFT: frente al delito doloso “no se trata sólo de la protección de bienes jurídicos. Allí, antes bien, al derecho penal se le encarga también la tarea de retribuir ‘el apartamiento activo de los valores básicos del correcto accionar’” (HAFT, AT⁹ [2004], pág. 159). Pero esto debe ser leído así: *sólo* si tiene lugar un apartamiento tan frontal (por racionalmente conocido o por arbitrario) de esos valores corresponde la forma de castigo más grave (*ultima ratio* ‘dentro’ de la *ultima ratio*).

⁴⁹ Esta ampliación del ámbito del dolo para los casos de ceguera ante los hechos no es funcional a la tradicional selectividad empírica del sistema penal, pues los sujetos que se orientan a partir de configuraciones arbitrarias del mundo no son los “clientes habituales” de ese sistema, sino más bien quienes fundan su prepotencia contra las normas penales en su conciencia de su baja vulnerabilidad frente a ellas.

tación científica racional y la representación epistémicamente racional pero ontológicamente defectuosa comunican acuerdo objetivo con la regla, pero descuido o exceso de confianza (siempre desde un punto de vista objetivo) respecto de su observación [casos *c*) y *d*]). La representación epistémicamente irracional (independientemente del acierto o yerro ontológico) comunica desacuerdo subjetivo con la regla; pero, objetivamente, dicha comunicación no puede ser tomada en serio como un apartamiento intenso de la regla, atento la falta de correlación objetivamente adecuada entre sujeto epistémico y mundo [casos *e*) y *f*]). Finalmente, la falta de representación arbitraria comunica, al igual que la representación óptima, desacuerdo objetivo con la regla, sólo que en este caso por provocación o desafío objetivo contra la regla. En este contexto, “provocación o desafío objetivo” significa que, desde el punto de vista de un observador objetivo, el autor se comporta de un modo provocador o desafiante contra la regla [caso *g*]).

De estas proposiciones resulta, en primer lugar, que el efecto comunicativo de un apartamiento de la regla jurídico-penal es más intenso cuando más previsible (en términos objetivos) resulta la posibilidad de ese apartamiento, pues el grado de dicha previsibilidad se determina en función de cuán óptima es la orientación del autor en el mundo, siempre desde un punto de vista objetivo que toma en cuenta la racionalidad epistémica del estado mental de que se trate. En tal sentido, debe tenerse especialmente en cuenta que el mayor efecto comunicativo de una conducta no depende directamente de la racionalidad o irracionalidad epistémica del estado mental, sino de *qué estado mental haya sido obtenido racional o irracionalmente*⁵⁰. Y, en segundo lugar, lo que resulta de aquellas proposiciones es que no son meros estados mentales –esto es: meros datos empíricos de índole psíquica (conocimiento, desconocimiento, etc.)– los que deciden sobre la intensidad del apartamiento de una regla y, con ello, sobre la *ratio legis* de la cuantía del merecimiento de pena. Antes bien es la relación entre el estado mental de que se trate con su racionalidad epistémica lo que define la cuestión. La racionalidad del modo en que ha sido o no adquirido un determinado estado mental (esto es: su racionalidad epistémica) constituye, pues, la *ratio legis* en la que se funda el mayor castigo de ciertas conductas frente a otras.

⁵⁰ Como se ha visto, es diferente la intensidad en el apartamiento de la regla según que lo irracional sea una representación (corresponde imputación imprudente) o una falta de representación (corresponde imputación dolosa).

De acuerdo con lo que se acaba de concluir respecto a la *ratio legis* del mayor castigo de ciertas acciones, queda claro entonces que la intensidad comunicativa de la conducta que se aparta de una regla jurídico-penal es tanto más alta cuanto, desde un punto de vista objetivo, mejor puede preverse dicho apartamiento⁵¹. Pues bien, de esta simple constatación resultan las definiciones (semánticas) de dolo e imprudencia que aquí se defienden: *dolo es la especial clase de reproche objetivo que se efectúa a la acción que se aparta de una regla jurídico-penal, por mediar ex ante una posibilidad objetivamente privilegiada de que su autor prevea ese apartamiento; por su parte, imprudencia es la especial clase de reproche objetivo que se efectúa a la acción que se aparta de una regla jurídico-penal, por mediar ex ante una posibilidad objetivamente atenuada de que su autor prevea ese apartamiento*. Este es, por lo demás, el concepto de dolo con el que, a nuestro juicio, implícitamente trabajan tanto la doctrina como la jurisprudencia⁵², y que en este trabajo se busca reconstruir y definir. Con ello es suficiente como definición. Se trata nada más que de una simple abreviatura notacional, para que en esta breve contribución se comprenda cuál es la esencia de nuestro punto de vista respecto al concepto de dolo (y también respecto a la idea de imprudencia)⁵³. Las necesarias precisiones conceptuales de carácter sustantivo han sido desarrolladas exhaustivamente en mi tesis doctoral⁵⁴ a la que debe remitirse el lector⁵⁵.

⁵¹ El 'apartamiento de una regla' equivaldría –sólo en un sentido muy grueso– a la expresión tradicional 'realización del tipo'.

⁵² Una fundamentación detallada de esta afirmación en mi tesis doctoral, especialmente en §§ 16 y ss.

⁵³ Queda claro, pues, que según mi punto de vista la relación conceptual entre dolo e imprudencia es *plus-minus*, no *aliud*, es decir: es de grado y no de índole. A favor de esta posición se pronuncian SCHMIDHÄUSER, *JuS* 1980, pág. 251; JAKOBS, *AT*² (1991), 9/4; NK-PUPPE (1995), § 15, nm. 6; HERZBERG, *FG-BGH IV* (2000), pág. 60; SK(STGB)⁷-HOYER (2004), apéndice al § 16, nm. 2 y ss., con ulteriores referencias bibliográficas, argumentando a partir del giro "como mínimo imprudencia" presente en el § 18 StGB (ibid., nm. 3): según HOYER, la redacción de ese párrafo deja en claro que *para la propia ley* la imprudencia es un 'menos' respecto del 'más' que es el dolo. En contra la doctrina dominante: cfr., entre otros, JESCHECK/WEIGEND, *AT*⁵ (1996), pág. 563; SCHÖNKE/SCHRÖDER/CRAMER, *StGB*²⁵ (1997), § 15, nm. 3, con ulteriores referencias bibliográficas; con matices también ROXIN, *AT I*⁴ (2006), § 24, nm. 77 y ss. Para una fundamentación detallada de mi posición respecto a este problema específico véase mi tesis doctoral, § 17.2.III.1.a.

⁵⁴ Véanse especialmente los §§ 16 y ss.

⁵⁵ En este ámbito no sería fructífero concentrar los esfuerzos de la crítica en la inevitable imprecisión de una determinada formulación verbal. Pues las alternativas posibles a dicha fórmula serían, asimismo, necesariamente imprecisas. En este –por así decirlo– nivel de la formulación de la definición del

IV. CONCEPTO DE DOLO Y TEORÍA DE LA PROBABILIDAD

La concepción aquí desarrollada constituye una teoría de la probabilidad. En ese sentido, se acopla a una tradición que, en cuanto a la dogmática alemana, se remonta a autores de fines del siglo XIX y comienzos del XX, como LUCAS⁵⁶ y MÜLLER⁵⁷; a ENGISCH⁵⁸, WELZEL⁵⁹, HERZBERG⁶⁰ y PUPPE⁶¹ en la discusión más reciente (entre muchos otros); a NÚÑEZ⁶² y SANCINETTI⁶³ en la doctrina argentina; y a GIMBERNAT ORDEIG⁶⁴, entre otros, en la literatura española. Todos ellos, como es sabido, conceden al llamado ‘pensamiento de la probabilidad’ un lugar preeminente en sus desarrollos teóricos, lo cual –atento la persistencia en el tiempo de ese pensamiento y el prestigio de los autores citados– muestra de alguna manera la relevancia innegable que tiene para la dogmática del dolo la cuestión de la probabilidad de ocurrencia de un suceso o de concurrencia de alguna circunstancia típica, a punto tal que trasciende los absolutamente disímiles enfoques dogmáticos a los que adscriben sus partidarios: el ‘pensamiento de la probabilidad’, en efecto, ha sido defendido tanto por causalistas como por finalistas y teleológico-normativistas. Y cumple, además, un papel más que relevante en la jurisprudencia⁶⁵.

concepto de dolo, la imprecisión en cuestión tiene que ver, únicamente, con un problema de lenguaje sin consecuencias materiales y, por lo tanto, de segundo rango (así también FRISCH, *GS-Meyer* [1990]), pág. 541). La vehemente lucha verbal que en Alemania ha conducido a un concepto “filológico” de dolo, como gráficamente lo expresara SCHÜNEMANN (*Hirsch-FS* [1999], págs. 363 y ss.), podría tal vez haberse evitado si se hubiera prestado mayor atención a esta advertencia. Cabe coincidir pues con ROXIN en que, respecto de la cuestión material, tanto en la conceptualización del dolo como en todos los conceptos jurídicos “es inevitable que quede una ‘inseguridad residual’” (ROXIN, *PG* [1997], § 12, nm. 62). No obstante, entendemos que el desarrollo conceptual logrado en nuestra tesis doctoral es suficientemente idóneo como para garantizar al acusado de un delito doloso las precisiones materiales que exige un Estado de derecho.

⁵⁶ Cfr., del mismo, *Verschuldung* (1883), pág. 16.

⁵⁷ Cfr., del mismo, *Bedeutung* (1912), págs. 45 y ss.

⁵⁸ Al menos para los casos de muy alta o muy baja probabilidad subjetiva (cfr. ENGISCH, *Untersuchungen* [1930], pág. 209).

⁵⁹ Cfr., del mismo, *PG*⁴ (1993), pág. 82.

⁶⁰ En op. y loc. cit. (nota 7).

⁶¹ En op. y loc. cit. (nota 8).

⁶² Cfr., del mismo, *DPA II* (1960), págs. 58 y s.

⁶³ Cfr., del mismo, *Subjetivismo* (1997), págs. 117 y ss.; *Observaciones* (1998), págs. 58 y ss.; *Casos*³ (2006), págs. 293 y ss.

⁶⁴ Cfr., del mismo, *Estudios*³ (1990), pág. 259.

⁶⁵ Al respecto sostiene SCHÜNEMANN que, en los hechos, “en la jurisprudencia se ha impuesto desde hace ya mucho tiempo una combinación de las teorías

Nuestra concepción, sin embargo, no debe ser entendida como una teoría *del dolo eventual*, tal como ha sido expuesta, por lo general, en sus distintas manifestaciones, sino como una teoría del concepto *de dolo*⁶⁶. En efecto: en lo que respecta al concepto de dolo en general, sostener una teoría de la probabilidad no es sólo conveniente, sino teóricamente forzoso. Pues, en estricto sentido, toda la problemática del dolo (y también la de la imprudencia) remite a una relación inductiva –o sea: probabilística– entre dos enunciados, como enseguida se verá. No resulta correcta, en consecuencia, la afirmación de FRISCH de que cualquier esfuerzo por precisar la teoría

de la probabilidad y de la indiferencia” (el mismo, JR 1989, pág. 93). PUPPE es incluso más enfática: para ella, la teoría de la probabilidad se ha impuesto “de facto” en la mayor parte de los casos decisivos, tanto en la teoría como en la práctica (cfr. NK-PUPPE [1995], § 15, nm. 82. SCHROEDER, por su parte, indica que “la jurisprudencia se halla mucho más cerca de la teoría de la probabilidad que lo que admite” (LK¹¹-SCHROEDER [1994], § 16, nm. 92). Algo similar ocurre con la jurisprudencia del Tribunal Supremo español. Para comprobarlo basta leer la reseña jurisprudencial que aporta BACIGALUPO: en los casos que describe de receptación, transporte de estupefacientes, homicidio durante una violación por asfixia de la víctima al ser presionado su rostro con una almohada por parte del autor para evitar que grite, homicidio por detonación no querida del artefacto explosivo adherido al cuerpo de un secuestrado por un grupo terrorista, homicidio y lesiones por ingesta de aceite de colza, etc., fue receptada claramente una teoría de la probabilidad, y ello con independencia de que el propio BACIGALUPO no admita que esa teoría es la receptada en tales fallos (cfr. sobre todo esto BACIGALUPO, *Derecho* [2006], págs. 323 y ss., 326). Esta negativa sólo sería acertada si se partiera –como BACIGALUPO en ese lugar– de una noción claramente superada de la teoría de la probabilidad, la que, en verdad, no es sostenida en esos términos por nadie. Una teoría de la probabilidad tal como nosotros la concebimos niega, precisamente, el presupuesto que este autor acepta: que en la práctica sea necesaria “una distinción *cuantitativa* de imposible realización” (BACIGALUPO, *ibid.*, pág. 326; cursiva agregada). El mismo expositor es ahora un claro partidario de (al menos una versión de) la teoría de la probabilidad, lo cual queda claro –como ya se ha visto– al constatar su reciente toma de postura respecto a la delimitación entre dolo e imprudencia: “la delimitación del dolo y la culpa se establece según el grado de peligro atribuido por el autor a su acción” (el mismo, *Derecho* [2006], pág. 328). Esta realidad de la praxis de distintos países sirve, pues, para demostrar el aserto de nuestra afirmación en el sentido de que la concepción aquí defendida constituye, *también*, una reconstrucción teórica de aquello que los jueces realmente consideran ‘dolo’ en los hechos, más allá de lo que declamen.

⁶⁶ Nuestra concepción adhiere, por tanto, a la idea de que el llamado dolo eventual constituye el dolo básico, tal como lo sostuviera ya desde antiguo LUCAS, *Verschuldung* (1883), pág. 17; más recientemente sostiene lo mismo, entre otros, FRISCH, *Vorsatz* (1983), págs. 496 y s.

de la probabilidad carece de sentido⁶⁷. Una incipiente prueba de tal desacierto es el hecho de que, después de emitida esa opinión, se hayan desarrollado dos de las más interesantes concepciones acerca del dolo, a saber: la de HERZBERG y la de PUPPE; y ellas constituyen versiones *actualizadas* de la teoría de la probabilidad⁶⁸. Y hasta el mismo ROXIN ha admitido que su punto de vista es más cercano al de las teorías de la probabilidad que al de las teorías del consentimiento o de la aprobación⁶⁹.

Debe tenerse en cuenta, además, que el concepto de probabilidad aquí aplicado es el denominado como noción *lógica* de probabilidad, no la idea objetiva ni la subjetiva⁷⁰. En tal sentido, cabe sostener que todo reproche doloso o imprudente está fundado en un enunciado de probabilidad (porque contiene una hipótesis de ella), el cual es condicional y cuenta, por lo tanto, con un antecedente y un consecuente. Al antecedente se lo denominará *d* (*d* = datos)⁷¹. Él está integrado por datos empíricos y reza, por ejemplo, 'si ocurren los datos $x, x_1, x_n \dots$ '. Y al consecuente se lo denominará *h*, porque es una hipótesis⁷²: '...entonces la posibilidad objetiva de previsión de realización del tipo es... (alta, baja, etc.)'⁷³. La relación lógica entre

⁶⁷ Cfr. FRISCH, *Vorsatz* (1983), pág. 21; el mismo, *GS-Meyer* (1990), págs. 536 y s.

⁶⁸ PUPPE lo reconoce expresamente en *ZStW* 103 (1991), págs. 1 y ss.

⁶⁹ Cfr. ROXIN, *JuS* 1964, pág. 58.

⁷⁰ Acerca de las diferencias entre el concepto lógico, el objetivo y el subjetivo de probabilidad cfr., entre muchos, CARNAP, *Logik* (1959), págs. 20 y ss.; ESSLER, *Logik* (1970), págs. 65 y ss.; NELL, *Wahrscheinlichkeitsurteile* (1983), págs. 21 y ss.

⁷¹ Al respecto y para lo que sigue cfr. CARNAP, *Logik* (1959) págs. 12 y ss., esp. págs. 23 y ss. El enunciado '*d*' está compuesto, pues, por distintas observaciones empíricas. CARNAP aclara: "'*d*' puede ser concebido como un único enunciado, aunque, bajo ciertas circunstancias, muy extenso, a saber: la unión de varios enunciados observacionales singulares mediante conjunción" (ibid., pág. 23).

⁷² Cfr. CARNAP (nota 41), pág. 23.

⁷³ Se ha elegido el vocablo 'previsión' en lugar de 'predicción' porque aquel es más usual entre los juristas, pero el significado de ambos es el mismo (la filosofía de la ciencia emplea, por lo general, el término 'predicción'). Aquí debe rechazarse aquella extendida crítica según la cual, "en verdad, casi todo es previsible" (así FRISCH, *Vorsatz* [1983], pág. 141). Pues dicha observación se basa en una falacia no formal de ambigüedad. El adjetivo 'previsible' es ciertamente ambiguo: depende desde qué posición es realizado el juicio correspondiente. Por supuesto que *todo* –y no sólo "casi todo"– es previsible desde una posición omnisciente, y esa omnisciencia es la que se presume cuando se efectúa una crítica como la señalada. Pero el juicio que aquí interesa es el del juez, el cual no parte de una posición de omnisciencia, sino de los conocimientos ontológicos y nomológicos disponibles. Y desde ese limitado, desde ese *humano* punto de vista es obvio que no todo –ni tampoco casi todo– es previsible, sino más bien lo contrario.

d y *h* es inductiva, pues *h* (como conclusión) no está contenida en *d* (como premisa). Una conclusión tal sólo puede ser, por tanto, una hipótesis probabilística⁷⁴.

Toda hipótesis de probabilidad en sentido lógico es relativa a un determinado complejo de datos⁷⁵. Es decir, una conjetura absoluta y aislada que rece por ejemplo 'es probable que llueva', mirada bien de cerca no tiene sentido. Sólo puede tener sentido si se la vincula a un determinado complejo de datos, i.e., si se la relativiza: 'si tenemos una presión atmosférica *x*, una humedad *y*, una temperatura *z*, etc., entonces es probable que llueva'. Lo mismo vale para el enunciado de probabilidad en que se funda el reproche doloso (o el imprudente): 'si se da un conocimiento *x* del autor, una voluntad *y*, una entidad del peligro *z*, etc., entonces existe (objetivamente) una probabilidad *p* de previsión de la realización del tipo'. Es claro, pues, que el consecuente de un enunciado probabilístico (esto es: la hipótesis de probabilidad en sí) está directamente relacionado a los datos incluidos en el antecedente. Si un solo dato cambia o se excluye, o si se incluye algún otro dato, ello tendrá repercusión inmediata en el consecuente, que variará en el grado de probabilidad que señale o directamente variará de signo. En el ejemplo dado, si se elimina o cambia el dato del conocimiento, o el de la voluntad o el de la entidad del peligro, variará forzosamente la conclusión respecto al grado de probabilidad de la previsión objetiva de la realización del tipo.

Estas hipótesis de probabilidad son objetivas, en el sentido de que es irrelevante qué se representa una persona particular acerca de esa probabilidad⁷⁶. Pues el enunciado de probabilidad en cuestión surge directamente del análisis objetivo del complejo de datos con el cual él se relaciona⁷⁷. Pero debe tenerse presente que, en este contexto, lo 'objetivo' es la hipótesis de probabilidad, no el concepto de probabilidad empleado en ella. Todo ello vale, desde luego, cuando tal clase de hipótesis de probabilidad tiene lugar en el ámbito del derecho penal. Claro que, en virtud de la naturaleza punitiva del derecho penal, dicha conclusión empírica requiere de una legitimación normativa,

⁷⁴ De allí que, como se dijo, sea forzoso en este ámbito sostener una teoría de la probabilidad. Cfr. sobre ello, entre otros, STEGMÜLLER, *Probleme I* (1969), págs. 624 y ss.

⁷⁵ Cfr. CARNAP, *Logik* (1959), pág. 26; ESSLER, *Logik* (1970), págs. 76 y ss.

⁷⁶ Cfr. CARNAP, *ibid.*, pág. 33.

⁷⁷ *Ibid.*

que, a nuestro modo de ver, ha sido correctamente señalada por PUPPE: “no es al autor a quien compete decidir sobre la relevancia jurídica de la realización típica del peligro de la que es consciente, sino al derecho”⁷⁸. Queda claro, pues, que la teoría de la probabilidad que aquí se defiende, más allá de que se apoye en una larga tradición dogmática, se distancia considerablemente, en los fundamentos, de esas versiones tradicionales. Pues éstas, por lo general, postulan un concepto subjetivo de probabilidad, en tanto para ellas lo decisivo es qué probabilidad se ha representado el autor⁷⁹. Una concepción tal es rechazada aquí expresamente.

Lo que debe quedar claro es que, según el punto de vista que aquí se defiende, *toda* imputación dolosa está fundada, implícitamente, en una hipótesis de probabilidad como la aquí descrita, sea que se trate de un tipo de lesión o de un tipo de peligro (concreto o abstracto), y se requiera por tanto dolo de lesión o dolo de peligro, respectivamente⁸⁰. La ‘posibilidad objetivamente privilegiada de prever la realización del tipo’ puede estar referida, por lo tanto, a la realización tanto de un tipo de lesión como a uno de peligro, y en este último caso sea ese peligro concreto o abstracto.

V. REGLAS PARA LA APLICACIÓN PRÁCTICA

Ahora bien: ¿cómo han de resolverse los casos en la práctica de conformidad con el concepto de dolo (y de imprudencia) aquí desarrollado? Lo fundamental es ofrecer una herramienta segura al operador jurídico para que éste pueda construir de modo controlable el enunciado probabilístico en el que se funda la caracterización de un caso como doloso o imprudente. Así, dado que el antecedente de ese enunciado está conformado por un conjunto de datos, es necesario un criterio de relevancia a partir del cual seleccionar los datos que se incluirán en él. En efecto: ‘detrás’ de toda hipótesis teórica hay, por así decirlo, una hipótesis de segundo orden, implícita, que no

⁷⁸ NK-PUPPE (1995), § 15, nm. 61. Contra PUPPE cabe no obstante señalar que también es asunto del derecho, y no del autor, determinar incluso la relevancia de su representación –o de su falta de representación– concreta.

⁷⁹ Cfr., por todos, H. MAYER, AT (1953), pág. 250.

⁸⁰ Como es sabido, el problema de la delimitación conceptual entre dolo de peligro, dolo eventual e imprudencia conciente es muy discutido; cfr., entre muchos, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos* (1994), capítulo segundo; GARIBALDI/PITLEVNIK, *Delimitación* (2002), págs. 135 y ss. Pero el concepto de dolo que aquí se propone es apto para toda clase de dolo.

es teórica sino axiológica⁸¹, cuya función es determinar qué datos empíricos *deben* ser considerados relevantes –o irrelevantes– para la formulación de la hipótesis teórica correspondiente. Dicha hipótesis axiológica es denominada “hipótesis de relevancia” por la literatura filosófica⁸², y se funda en un marco teórico previo que, a su vez, se corresponde con el interés que lleva a formular la hipótesis teórica de que se trate⁸³. La hipótesis de relevancia que aquí interesa se funda, por lo tanto, en el marco teórico conformado a partir del análisis de la *ratio legis* del mayor castigo de ciertas acciones, desarrollado ya en el apartado III.

La hipótesis de relevancia brinda, pues, el marco valorativo a partir del cual se formularán reglas específicas de relevancia conforme a las cuales han de seleccionarse los datos empíricos que darán base a la hipótesis teórica. Son ‘reglas’ en el sentido ordinario de la palabra, esto es, pautas binariamente regulativas. En este contexto específico ello quiere decir: pautas que establecen cuáles datos deben ser tomados en cuenta y cuáles no; o, dicho aún más específicamente, pautas que establecen qué condiciones tiene que cumplir un dato empírico para poder ser considerado relevante en orden a formar parte de la hipótesis (teórica) de probabilidad que funda el reproche doloso. Sólo estos datos empíricos tenidos por relevantes pueden integrar, pues, el enunciado antecedente ‘d’ de la hipótesis de probabilidad conforme a la cual se determina la posibilidad objetiva de previsión del apartamiento de una regla jurídico-penal.

La hipótesis de relevancia en cuestión reza lo siguiente: son en principio relevantes todos los datos empíricos (físicos o psíquicos) que contribuyeron a conformar el caso; pero, respecto de los datos psíquicos o estados mentales, sólo son relevantes aquellos cuya génesis pueda ser reputada objetivamente racional, es decir, que sean epistémicamente racionales. De esta hipótesis de relevancia

⁸¹ Una hipótesis teórica es la que tiene por fin explicar algo; una hipótesis axiológica es la que tiene por fin, previa valoración, seleccionar de un contexto general los datos útiles para intentar la explicación. Por eso decimos que una hipótesis de relevancia es siempre de segundo orden: se refiere a una hipótesis de primer orden, que es la teórica.

⁸² Cfr. ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Introducción* (1993), págs. 33, 145 y s., 156 y s.

⁸³ Ya hemos empleado este aparato conceptual en PÉREZ BARBERÁ, *Causalidad* (2006), págs. 54, 98 y s. Lo “axiológico”, en este contexto, no remite a valoraciones de tipo éticas, sino a valoraciones preteóricas (cuyo marco de referencia es el interés científico de quien formula la hipótesis) que permiten seleccionar lo empíricamente relevante para la teoría que se pretende desarrollar.

se infieren dos reglas específicas de relevancia. La primera está directamente relacionada con la noción de “relevancia estadística”⁸⁴, y reza lo siguiente: *para que un dato empírico –psíquico o físico– pueda ser relevante, es necesario que sea posible considerarlo idóneo para influir, en más o en menos, en el grado de posibilidad objetiva de previsión del apartamiento de una regla jurídico-penal.* La función de esta primera regla es ‘filtrar’ datos empíricos que en nada pueden contribuir a la decisión respecto a un caso de imputación dolosa, según el contexto. Mucho más importante es la segunda regla de relevancia, que se funda en criterios objetivos de racionalidad epistémica y rige sólo para determinar la relevancia de los estados mentales. Ella dice: *para que un estado mental pueda ser considerado relevante es necesario que sea epistémicamente racional, o –lo cual es lo mismo– que el estado mental en cuestión tenga un origen o fuente racional.*

La consecuencia central de la aplicación de esta segunda regla de relevancia es que ella puede determinar que un estado mental, como por ejemplo un determinado conocimiento o representación, o un desconocimiento o falta de representación, o una determinada intención, una determinada confianza, etc., no deban ser considerados relevantes –por ser epistémicamente irracionales–, y que, en consecuencia, no deban ser tenidos en cuenta para la formulación de la hipótesis de probabilidad en la que se funda la caracterización de un caso como doloso o imprudente. Así, dadas ciertas circunstancias, una acción puede ser considerada dolosa aunque el autor no se haya representado ni siquiera los datos constitutivos del riesgo o peligro creado por su acción u omisión (y por eso es que, según esta concepción, es posible considerar doloso a un caso de ceguera ante los hechos). Y también es posible que una acción pueda ser considerada imprudente aunque el autor haya tenido la intención de realizar un riesgo no permitido y éste se haya realizado tal como el autor se lo representara al menos en su resultado final (y por eso es que, según esta concepción, es posible considerar imprudente a un caso de consumación objetivamente inesperada). Ello es producto de que esta segunda regla de relevancia tiene su fundamento directamente en las consideraciones relativas a la *ratio legis* del mayor castigo del delito doloso y al fin del derecho penal, cuyo análisis, conforme se vio, adelantara ya estos resultados. Es

⁸⁴ Acerca de la noción de relevancia estadística cfr., entre otros, SALMON, *Statistical* (1971); KINDHÄUSER, *Handlung* (1980), pág. 482; PUPPE, *ZStW* 95 (1983), pág. 308; SUPPES, *Causality* (1970), págs. 12 y ss.; Díez/MOULINES, *Fundamentos* (1999), págs. 243 y ss.

precisamente esta regla de relevancia la que permite que aquellas conclusiones axiológicas de carácter más bien abstracto puedan materializarse, ahora, como consecuencias prácticas concretas de la aplicación del concepto de dolo aquí desarrollado.

El funcionamiento concreto de las reglas de relevancia puede mostrarse acudiéndose a los ejemplos ya utilizados en el apartado III. En el caso *b)* [ladrón que para huir dispara un arma de fuego contra quien lo persigue], en el antecedente del enunciado probabilístico en el que se fundará la caracterización del caso como doloso o imprudente –y de acuerdo con la primera regla de relevancia– debe incluirse (por ser relevante conforme a esa regla) el dato de la elevada entidad del peligro generado por la acción del autor respecto a la vida de la víctima. Y –de acuerdo con la segunda regla de relevancia– debe incluirse también el dato de la representación del autor de la posibilidad de que uno de sus disparos mate al perseguidor (por ser relevante conforme a esa regla), dado que dicha representación es epistémicamente racional en virtud de que está basada en el conocimiento –por definición racional– que tiene aquel respecto de las regularidades empíricas obvias que rigen en ese contexto. Así, el dato de la elevada entidad del peligro sumado al dato de la representación del autor de la posibilidad de que ese peligro se concrete (antecedente del enunciado) da como resultado que, en términos objetivos, la realización del tipo aparezca como altamente probable (consecuente del enunciado), frente a lo cual no cabe sino concluir que, *ex ante*, la posibilidad de que el autor prevea su apartamiento de la regla es objetivamente privilegiada y corresponde, por lo tanto, caracterizar a su hecho como doloso⁸⁵.

⁸⁵ Similar es, en este punto, la concepción de SCHÜNEMANN, conforme a la cual de lo que se trata es de determinar cómo se relacionan entre sí ciertos elementos o datos (si uno cancela al otro, o lo potencia, o lo relativiza o compensa, etc., según cuál sea la “fuerza de expresión” con que se presente), frente a lo cual el dolo podrá predicarse o no según cuál sea el resultado de esa relación (cfr. SCHÜNEMANN, *FS-Hirsch* [1999], págs. 372 y ss.). Nosotros coincidimos, en efecto, en que es realmente un proceso de esta clase –a saber, un proceso de selección de datos y de su relación entre ellos conforme a parámetros determinados– lo que está detrás de toda calificación de una acción como dolosa o imprudente. Pero es obvio que una conclusión tan relevante no puede apoyarse en una fundamentación tan vaga como la “fuerza de expresión” de cada elemento. ¿Qué cabe entender por esto? Para dar respuesta a preguntas como: ¿qué datos deben ser tomados en cuenta para decidir si se imputa o no dolo? ¿Cuál es el parámetro en función del cual se establece que un dato, en su relación con otro, lo potencia o lo relativiza?, etc., resulta necesario disponer de una mínima estructura teórica, que SCHÜNEMANN no brinda.

El mismo procedimiento debe aplicarse a todos los casos. Veamos, para sólo dar un ejemplo más, qué es lo que sucede en el caso g) [automovilista irreflexivo], para mostrar qué es lo que se tiene en cuenta para concluir que un caso de ceguera ante los hechos debe ser imputado a título de dolo. En este caso, de acuerdo con la primera regla de relevancia, corresponde incluir en el antecedente del enunciado probabilístico el dato de la elevada entidad del peligro creado por el autor. Y, de acuerdo con la segunda regla de relevancia, *no corresponde* incluir el dato de la falta de representación de ese peligro por parte del autor, pues dicha ausencia de representación es epistémicamente irracional (en tanto desafía regularidades empíricas obvias). La hipótesis de probabilidad se funda, por lo tanto, únicamente en el dato de la elevada entidad del peligro creado, y ello da como resultado que, en términos objetivos, la realización del tipo aparezca también aquí como altamente probable. Frente a ello –y al igual que en el caso anterior– cabe concluir que, *ex ante*, la posibilidad de que el autor prevea su apartamiento de la regla es objetivamente privilegiada y corresponde, por lo tanto, caracterizar también a este hecho como doloso.

VI. CORRECCIONES SISTEMÁTICAS

Para finalizar, cabe agregar que este cambio de dirección en el enfoque acerca del concepto de dolo abandona definitivamente distinciones sistemáticas en el nivel estructural de la teoría del delito basadas en la distinción objetivo/subjetivo, entendido ‘subjetivo’ como ‘psíquico’ (o mental) y ‘objetivo’ como ‘externo’, a la manera tradicional. Para una estructuración adecuada de la teoría del delito, mucho más relevante que lo que diferencia a los datos objetivos de los subjetivos es aquello que ambos tienen en común, a saber: el hecho de ser *empíricos*. Por eso no existe ninguna categoría normativa de la teoría del delito que, en cuanto a sus referencias empíricas, trabaje sólo con datos objetivos o sólo con datos subjetivos para establecer diferentes niveles de imputación: todas las constelaciones de casos que al derecho penal le interesan están conformadas por datos tanto objetivos como subjetivos. El ‘conocimiento’ (o un determinado conocimiento), de hecho, en tanto dato psíquico, puede ser relevante no sólo para el dolo, sino también para lo que se denomina ‘imputación objetiva’ y para la culpabilidad⁸⁶.

⁸⁶ Sobre esto último cfr., entre otros, DONNA, *Teoría I* (1992), págs. 81 y ss.

Debería por lo tanto ser fácilmente apreciable que no sólo no tiene ningún sentido hablar de ‘imputación objetiva’ e ‘imputación subjetiva’; tampoco tiene sentido ya la distinción entre tipo objetivo y tipo subjetivo. De hecho, no pocos autores son conscientes de que esa distinción entre objetivo y subjetivo, por lo menos en el ámbito de la llamada imputación objetiva, ha traído más inconvenientes que soluciones⁸⁷. El dolo dejar de ser, pues, un ‘concepto referencial’ (en el sentido de que su extensión viene determinada por la extensión de su objeto: el ‘tipo objetivo’ al que el dolo ‘se refiere’)⁸⁸, para, en todo caso, pasar a ser un concepto *de referencia*: él determina qué datos empíricos resultan relevantes para su realización.

En lugar del par ‘tipo objetivo/tipo subjetivo’ se propone aquí, entonces, la distinción entre ‘tipo de explicación’ y ‘tipo de imputación’, aplicable ciertamente para la tipicidad, pero también para la antijuridicidad y la culpabilidad. Los datos empíricos, tanto objetivos (en el sentido de externos: físicos e institucionales) como subjetivos (psíquicos), deben ser seleccionados y relacionados entre sí conforme a un marco teórico que explicita el interés de que se parte y proporcione los criterios ontológicos y nomológicos de selección y relación. Con ello se obtiene una *explicación* empírica del suceso, que es el cometido central del tipo de explicación. Explicado un suceso empíricamente, resta determinar si él, normativamente, puede serle *imputado* a un autor, y en su caso con qué modalidad. Ese es el cometido central del tipo de imputación.

Extenderse más sobre esta problemática importaría, sin embargo, excederse por completo de los límites del presente trabajo. De allí que su tratamiento, en todo caso, deberá ser objeto de investigaciones ulteriores específicas. En este lugar sólo cabe agregar que este abandono de la decisión de establecer diferencias categoriales a partir de las características empíricas de los datos disponibles podría quizás considerarse como la última etapa (hasta ahora) de una evolución que comienza ya a comienzos del siglo XX, con la superación del dogma ‘todo lo objetivo al tipo, todo lo subjetivo a la culpabilidad’.

⁸⁷ Cfr. por ejemplo BÜRCKHARDT, *Straftat* (1996), págs. 99 y ss.; STRUENSEE, *LH-Baigún* (1995), págs. 251 y ss. Para un resumen de esas críticas cfr. CANCIO MELIÁ, *Conducta* (1998), págs. 68 y ss. Sobre la historia del tipo subjetivo cfr. SACHER, *Evolución* (1998).

⁸⁸ Así toda la doctrina (cfr., por todos, ALCÁZER GUIRAO, *Tentativa* [2000], pág. 386).

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ALCÁ CER GUIRAO, RAFAEL: *La tentativa inidónea*, Granada, Comares, 2000.
- ALCHOURRÓN, CARLOS/ BULYGIN, EUGENIO: *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, 2ª reimpresión, Buenos Aires, Astrea, 1993.
- BACIGALUPO, ENRIQUE: *Hacia el nuevo derecho penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2006.
- BAIGÚN, DAVID: *Los delitos de peligro y la prueba del dolo*, Buenos Aires, Depalma, 1967.
- BECKER, WOLFGANG: *Epistemische Rationalität und die Kohärenztheorie des Wissens*, en Wüsthube, Axel (comp.), *Pragmatische Rationalitätstheorien*, Würzburg, Königshausen & Neumann, 1995, págs. 189 y ss.
- BUNG, JOCHEN: *Wissen und Wollen im Strafrecht. Zur Theorie und Dogmatik der subjektiven Tatbestandes*, Frankfurt a.M., Vittorio Klostermann, 2009.
- BÜRCKHARDT, BJÖRN, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und ex-ante-Betrachtung – Zugleich ein Beitrag wider die „Verwirrung zwischen dem Subjektiven und dem Objektiven*, en Wolter, Jürgen – Freund, Georg (comps.), *Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem*, Heidelberg, Müller, 1996, págs. 99 y ss.
- CANCIO MELIÁ, MANUEL: *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal*, Barcelona, Bosch, 1998.
- CARNAP, RUDOLF: *Induktive Logik und Wahrscheinlichkeit* (elaborado por Carnap; revisado y editado por Stegmüller), Wien, Springer, 1959.
- CREUS, CARLOS, *Derecho penal. Parte general*, 5ª edic., Buenos Aires, Astrea, 2003.
- DENNETT, DANIEL: *La actitud intencional*, 2ª edic., trad. Zadunaisky, Barcelona, Gedisa, 1998 (original en inglés: *The Intencional Stance*, Massachussets Institute of Technology, 1987).
- DÍEZ, JOSÉ A. /MOULINES, C., ULISES: *Fundamentos de filosofía de la ciencia*, 2ª edic., Barcelona, Ariel, 1999.
- DONNA, EDGARDO A., *Teoría del delito y de la pena*, vol. I: *Teoría de la pena y de la culpabilidad*, Buenos Aires, Astrea, 1992.
- ENGISCH, KARL: *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, Berlin, Liebmann, 1930 (1ª y 2ª reimpresión a cargo de Scientia, Aalen, 1964 y 1995, respectivamente).
- ESSLER, WILHELM: *Induktive Logik*, Freiburg y München, Karl Alber, 1970.

FONTÁN BALESTRA, CARLOS: *Tratado de derecho penal*, vol. II: *Parte general*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1966.

FREUND, GEORG: *Normative Probleme der „Tatsachenfeststellung“*, Heidelberg, Müller, 1987.

FRÍAS CABALLERO, JORGE/CODINO, DIEGO/CODINO, RODRIGO: *Teoría del delito*, Buenos Aires, Hammurabi, 1993.

FRISCH, WOLFGANG: *Vorsatz und Risiko*, Köln y otras, Heymann, 1983.

GARIBALDI, GUSTAVO/PITLEVNIK, LEONARDO: *Delimitación del dolo y la culpa en el ilícito penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2002.

GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE: *Acerca del dolo eventual*, en, del mismo, *Estudios de derecho penal*, 3ª edic., Madrid, Tecnos, 1990, págs. 240 y ss.

HABERMAS, JÜRGEN: *Teoría de la acción comunicativa*, vol. I: *Racionalidad de la acción y racionalización social*, vol. II: *Crítica de la razón funcionalista*, s.d. sobre el traductor, 4ª edic., Madrid, Taurus, 1999 (original en alemán: *Theorie des kommunikativen Handelns*, vol. I: *Handlungsrationalität und gesellschaftliche Rationalisierung*, vol. II: *Zur Kritik der funktionalistischen Vernunft*, 4ª edic., Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1987 [1ª edic. 1981]).

—. *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998 (original en alemán: *Faktizität und Geltung*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1992).

HAFT, FRITJOF: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 9ª edic., München, C. H. Beck, 2004.

HASSEMER, WINFRIED: *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2ª edic., München, C. H. Beck, 1990 (versión castellana: *Fundamentos del derecho penal*, trad. Muñoz Conde, Barcelona, Bosch, 1984).

—. *Los elementos característicos del dolo*, en “Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales” (ADPCP), Madrid, 1990, págs. 909 y ss. (original en alemán: *Kennzeichen des Vorsatzes*, en AA.VV., *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Köln y otras, Heymann, 1989, págs. 289 y ss.).

HERZBERG, ROLF DIETRICH: *Der Vorsatz als „Schuldform“, als „aliud“ zur Fahrlässigkeit und als „Wissen und Wollen“?*, en AA.VV., *50 Jahren Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft*, vol IV: *Strafrecht, Strafprozeßrecht*, München, C. H. Beck, 2000, págs. 51 y ss.

—. *Die Abgrenzung von Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit – ein Problem des objektiven Tatbestandes*, en *Juristische Schulung* (JuS), München-Frankfurt, 1986, págs. 249 y ss.

HOYER, ANDREAS: *Anhang zu § 16 (Das Fahrlässigkeitsdelikt)*, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 7ª edic., 39ª entrega, Berlin y otras, Luchterhand, 2004.

HRUSCHKA, JOACHIM: *Über Schwierigkeiten mit dem Beweis des Vorsatzes*, en AA.VV., *Festschrift für Theodor Kleinknecht*, München, C. H. Beck, 1985, págs. 191 y ss.

JAKOBS, GÜNTHER: *Gleichgültigkeit als dolus indirectus*, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, Berlin, 2002, n° 114, págs. 584 y ss.

—. *Estudios de derecho penal*, trad. Cancio Meliá y otros, Madrid, Civitas, 1997.

—. *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2ª edic., Berlin-New York, De Gruyter, 1991 (1ª edic. 1983).

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

KINDHÄUSER, URS: *Gleichgültigkeit als Vorsatz?*, en AA.VV., *Festschrift für Albin Eser*, München, C. H. Beck, 2005, págs. 345 y ss.

—. *Intentionale Handlung*, Berlin, Duncker & Humblot, 1980.

KLEB-BRAUN, GABRIELE: *Codekartenmißbrauch und Sparbuchfälle aus „Volljuristischer“ Sicht*, en *Juristische Arbeitsblätter (JA)*, Frankfurt a.M., 1986, págs. 249 y ss. (parte 1) y 310 y ss. (parte 2).

KLIMOVSKY, GREGORIO: *Las desventuras del conocimiento científico. Una introducción a la epistemología*, Buenos Aires, AZ, 1997.

LASCANO (H.), CARLOS: *Evolución histórica de las ideas penales*, en *el mismo (comp.)*, *Derecho penal. Parte general (libro de estudio)*, 2ª edic., Córdoba, 2002, Advocatus, págs. 63 y ss.

LUCAS, HERMANN: *Die subjektive Verschuldung im heutigen deutschen Strafrechte*, Decker's, Berlin, 1883.

LUHMANN, NIKLAS: *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1993.

—. *Soziale Systeme*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1984.

—. *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, trad. Otto Pardo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983 (original en alemán: *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, Stuttgart y otras, Kohlhammer, 1974).

—. *Rechtssoziologie*, vol. I, Hamburg, Rowohlt, 1972.

MAYER, HELLMUTH: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Stuttgart y otras, Kohlhammer, 1953.

MEZGER, EDMUND: *Strafrecht. Ein Studienbuch*, vol. I: *Allgemeiner Teil*, 5ª edic., München-Berlin, C. H. Beck, 1954.

—. *Rechtsirrtum und Rechtsblindheit*, en AA.VV., *Festschrift für Eduard Kohlrausch*, Berlin, De Gruyter, 1944, págs. 180 y ss.

MÜLLER, MAX LUDWIG: *Die Bedeutung des Kausalzusammenhanges im Straf- und Schadensersatzrecht*, Tübingen, Mohr, 1912.

MYLONOPOULOS: *Komparative und Dispositionsbegriffe im Strafrecht*, Frankfurt a. M. y otras, Lang, 1998.

NELL, ERNST L.: *Wahrscheinlichkeitsurteile in juristischen Entscheidungen*, Berlin, Duncker & Humblot, 1983.

NÚÑEZ, RICARDO: *Manual de derecho penal. Parte general*, 4ª edic. actualizada por Roberto Spinka y Félix González, Córdoba, Lerner, 1999.

—. *Derecho penal argentino. Parte general*, vol. II, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1960.

PATZIG, GÜNTHER: *Tatsachen, Normen, Sätze*, Stuttgart, Reclam, 1980.

PÉREZ BARBERÁ, GABRIEL: *Causalidad, resultado y determinación*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2006.

—. “Principio de culpabilidad, imputación objetiva y delitos calificados por el resultado”, en *Cuadernos del Departamento de Derecho Penal y Criminología (CDDPC)*, Córdoba, nueva serie, n° 3, 2000, págs. 213 y ss.

PUPPE, INGEBORG, §§ 15 y 16, en *Nommos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2ª edic., vol. I, Baden-Baden, Nomos, 2005 (1ª edic. 1995).

—. *Vorsatz und Zurechnung*, Heidelberg, Decker & Müller, 1992; la misma, “Der Vorstellungsinhalt des dolus eventuales”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, Berlin-New York, 1991, n° 103, págs. 1 y ss.

PUTNAM, HILARY: *Razón, verdad e historia*, trad. Esteban Cloquell, Madrid, Tecnos, 1988 (original en inglés: *Reason, Truth and History*, Cambridge, Cambridge University Press, 1981).

RAGUÉS I VALLÈS, RAMÓN: *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Barcelona, Bosch, 1999.

RIGHI, ESTEBAN: *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Lexis-Nexis, 2007.

RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, TERESA: *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Madrid, Centro de Estudios Judiciales, 1994.

ROXIN, CLAUS: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, vol. I: *Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4ª edic., Beck, München, 2006 (3ª edic. 1997; versión castellana de la 2ª edic. a cargo de Luzón Peña y otros, Madrid, Civitas, 1997).

—. “Zur Normativierung des dolus eventualis und zur Lehre von der Vorsatzgefahr”, en AA.VV., *Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi*, Neuwied, Luchterhand, 2004, págs. 243 y ss.

—. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, vol. II: *Besonderen Erscheinungsformen der Straftat*, München, C. H. Beck, 2003.

—. *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2ª edic., Berlin-New York, De Gruyter, 1973.

—. “Zur Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit”, en *Juristische Schulung* (JuS), München y otras, 1964, págs. 53 y ss.

RUDOLPHI, HANS JOACHIM: § 16, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 7ª edic., 37ª entrega, Berlin y otras, Luchterhand, 2002 (6ª edic. 1995).

RYLE, GILBERT: *Der Begriff des Geistes*, Stuttgart, Reclam, 1997 (original en inglés: *The Concept of Mind*, Londres, Hutchinson & Co., 1949).

SACHER, MARIANA: *Sonderwissen und Sonderfähigkeiten in der Lehre vom Straftatbestand*, Berlin, Duncker & Humblot, 2006.

—. *La evolución del tipo subjetivo*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998. Salmon, Wesley, *Statistical Explanation and Statistical Relevance*, Pittsburgh, University of Pittsburgh Press, 1971.

SANCINETTI, MARCELO: *Casos de derecho penal. Parte general*, 3ª edic., , Buenos Aires, Hammurabi, 2006.

—. *Dogmática del hecho punible y ley penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2003.

—. *Observaciones sobre la teoría de la imputación objetiva*, en Cancio Meliá, Manuel, Ferrante, Marcelo,

—. *Estudios sobre la teoría de la imputación objetiva*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998.

—. *Subjetivismo e imputación objetiva en derecho penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1997.

—. *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa. A la vez, una investigación sobre la fundamentación del ilícito en Jakobs*, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1995.

—. *Teoría del delito y disvalor de acción*, Buenos Aires, Hammurabi, 1991.

SCHLÜCHTER, ELLEN, § 244, en *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung*, 13ª entrega, München y otras, Luchterhand, 1995.

SCHMIDHÄUSER, EBERHARD: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Studienbuch*, 2ª edic., Tübingen, Mohr, 1984.

—. *Vorsatzbegriff und Begriffsjurisprudenz im Strafrecht*, Tübingen, Mohr, 1968.

—. “Die Grenze zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Straftat („dolus eventualis“ und „bewußte Fahrlässigkeit““, en *Juristische Schulung (JuS)*, München-Frankfurt, 1980, págs. 241 y ss.

SCHRÖDER, HORST: „Aufbau und Grenzen des Vorsatzbegriffes“, en AA.VV., *Festschrift für Wilhelm Sauer*, Berlin, De Gruyter, 1949, págs. 207 y ss.

SCHROEDER, FRIEDRICH-CHRISTIAN: §§ 15 y 16, en *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, 11ª edic., Berlin, De Gruyter Recht, 1994.

SCHÜNEMANN, BERND: “Vom philologischen zum typologischen Vorsatzbegriff“, en AA.VV., *Festschrift für Hans-Joachim Hirsch*, Berlin y otras, De Gruyter, 1999, págs. 363 y ss.

—. “Riskanter Geschlechtsverkehr eines HIV-Infizierten als Tötung, Körperverletzung oder Vergiftung?“, en *Juristische Rundschau (JR)*, Berlin-New York, 1989, págs. 89 y ss.

—. “Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte“, en *Juristische Arbeitsblätter (JA)*, Berlin, 1975, págs. 435 y ss., 511 y ss., 647 y ss., 715 y ss. y 787 y ss.

SEARLE, JOHN: *Actos de habla*, trad. Valdés Villanueva, Barcelona, Planeta-Agostini, 1994 (original en inglés: *Speech Acts*, Cambridge, Cambridge University Press, 1969).

SILVA SÁNCHEZ: *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona, Bosch, 1992.

SOLER, SEBASTIÁN: *Derecho penal argentino*, vols. I y II: *Parte general*, 4ª edic., Buenos Aires, TEA, 1970 (3ª edic. 1963).

STEGMÜLLER, WOLFGANG: *Probleme und Resultate der Wissenschaftstheorie und Analytischen Philosophie*, vol. I: *Wissenschaftliche Erklärung und Begründung*, Berlin y otras, Springer, 1969.

STRATENWERTH, GÜNTER: “Dolus eventualis und bewußte Fahrlässigkeit“, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, Berlin, 1959, n° 71, págs. 51 y ss.

STRUENSEE, EBERHARD: “Acerca de la legitimación de la “imputación objetiva” como categoría complementaria del tipo objetivo“, en *El derecho penal hoy. Libro homenaje a David Baigún*, trad. Guariglia de original alemán inédito, Buenos Aires, Del Puerto, 1995, págs. 251 y ss.

TARUFFO, MICHELE: *La prueba de los hechos*, trad. Ferrer Beltrán, Madrid, Trotta, 2002.

VOLK, KLAUS: *Dolus ex re*, en AA.VV., *Festschrift für Arthur Kaufmann*, Heidelberg, Müller, 1993, págs. 611 y ss.

WELZEL, HANS: *Derecho penal alemán*, trad. Bustos Ramírez y Yáñez Pérez, 4ª edic., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1993 (original en alemán: *Das deutsche Strafrecht*, 11ª edic., Berlin, De Gruyter, 1969).

WITTGENSTEIN, LUDWIG: *Tractatus logico-philosophicus*, edic. bilingüe, trad. Muñoz/Reguera, Barcelona, Altaya, 1994 (original en alemán/inglés: *Tractatus logico-philosophicus*, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1921).

WÜSTHUBE, AXEL: *Pragmatische Rationalitätstheorien. Zur Einführung*, en, del mismo (comp.), *Pragmatische Rationalitätstheorien*, Würzburg, Königshausen & Neumann, 1995, págs. 9 y ss.

ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL: *Tratado de derecho penal. Parte general*, vol. III, Buenos Aires, Ediar, (1981).

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

PRINCIPIO DE IGUALDAD E INMUNIDAD PROCESAL PENAL*

PROF. JUAN-LUIS GÓMEZ COLOMER**

RESUMEN: En esta contribución se analiza brevemente, a la luz de las bases científicas de algunas regulaciones europeas y, en particular, de la española, el espinoso tema de los privilegios de altos cargos, autoridades y funcionarios públicos en el ámbito del proceso penal, más en concreto se busca precisar hasta qué punto dicha protección especial puede afectar al principio de igualdad, y, yendo más allá, si tal excepción al mismo debe estar justificada y protegida por una constitución democrática.

PALABRAS CLAVES: principio de igualdad, inmunidades, aforamientos, poder político, privilegios procesales, proceso penal.

I. LA IRRESISTIBLE TENTACIÓN A FAVOR DE UNA DESMESURADA PROTECCIÓN PROCESAL PENAL DEL PODER POLÍTICO

La Historia nos muestra en verdad que Europa, tanto en el espacio jurídico inglés desde la Edad Media, como en el continental europeo desde la Revolución Francesa¹, ha sido proclive a fijar una

* Véase en general, para profundizar en los temas tratados en este artículo y sin perjuicio de citas concretas que hagamos en los lugares oportunos, GÓMEZ COLOMER, J. L./ESPARZA LEIBAR, I., *Tratado jurisprudencial de aforamientos procesales*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2009, *passim*.

** Catedrático de Derecho Procesal, Universidad Jaume I de Castellón, España. Texto original de la ponencia titulada „*Gleichheitsgrundsatz und Immunität im Strafverfahren*“, presentada por el autor en la reunión de la Asociación Internacional de Derecho Penal, Grupo de Trabajo sobre Inmunidad y Amnistía, que, organizada por la Université de Luxembourg, tuvo lugar en Luxemburgo los días 25 y 26 de marzo de 2011.

¹ Véanse GARCÍA, E., *Inmunidad parlamentaria y Estado de partidos*, Madrid, Ed. Tecnos, 1989; y PEÑARANDA RAMOS, J. L., “Artículo 71. La dimensión actual de

protección sustantiva especial para determinadas personalidades, comenzando por los miembros del parlamento, por diferentes motivos. Pero el establecimiento histórico de la irresponsabilidad y de la inviolabilidad parlamentarias, en cuyos conceptos no entraré dándolos por sabidos, muestra que ello sólo fue el principio de una extensión, abusiva e injustificada, de los privilegios parlamentarios a otras altas autoridades, cargos y funcionarios públicos cualificados, con el fin de que pudieran desarrollar sin demasiados obstáculos legales su actividad, mucho más allá de lo que la *freedom of speech* y la *irresponsabilité* pretendieron delimitar originariamente².

Este abuso normativo del privilegio material pronto llegó, en esa línea expansiva, a un terreno mucho más práctico, el ámbito jurídico procesal penal, apareciendo y potenciando la inmunidad, o lo que es lo mismo, haciendo prácticamente imposible la persecución procesal penal del protegido por la irresponsabilidad o por la inviolabilidad. Uno de los aspectos más agueridos de esa protección fue alterar la tradicional regla del *locus commissi delicti* para, desvirtuando la competencia territorial, cambiar la competencia objetiva del tribunal elevando la categoría cuando el imputado fuera una persona protegida por inmunidad, es decir, el llamado en mi país “aforamiento”, o fuero procesal penal privilegiado³.

Aunque hay diferencias lingüísticas entre los diferentes países, además de las propias conceptuales derivadas de los sistemas jurídicos propios, he de decirles que en mi país se entiende que la inmunidad en sentido genérico comprende tanto la inviolabilidad como la inmunidad, dos institutos que tienen la misma naturaleza y el mismo fundamento jurídico. Su referencia más importante, pero hoy en absoluto la única, es el Derecho parlamentario. La inviolabilidad y la inmunidad son hoy privilegios de determinadas instituciones públicas y de concretos altos cargos, autoridades y funcionarios públicos, electos o no, por tanto,

las prerrogativas parlamentarias”, en Alzaga Villaamil, O. (dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Madrid, Edersa, 1998, t. VI, págs. 328 a 333.

² Véase FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, A., “Origen histórico de la inviolabilidad e inmunidad parlamentaria”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid* 1986, núm. monográfico 10, pág. 199.

³ Véanse GARCÍA, E., *Inmunidad parlamentaria y Estado de partidos*, cit., págs. 19 y ss.; FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, P., *La inviolabilidad e inmunidad de los Diputados y Senadores. La crisis de los privilegios parlamentarios*, Madrid, Ed. Civitas, 1990, págs. 13 y ss.; y ABELLÁN-GARCÍA GONZÁLEZ, A. M., *El estatuto de los parlamentarios y los derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos, 1992, págs. 12 y ss.

de carácter objetivo y subjetivo, que impiden el desarrollo normal del proceso penal dados determinados requisitos.

En este sentido, la inviolabilidad protege la libertad de expresión del parlamentario o beneficiado por ella mientras esté en el cargo, impidiendo cualquier actuación procesal penal en su contra por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones. El Derecho Penal se ha encargado de fijar los límites sustantivos de esa protección, regulando los delitos cubiertos por la inviolabilidad, siendo la jurisprudencia tanto de los tribunales constitucionales como de los tribunales supremos la que ha ido introduciendo los matices pertinentes.

Mientras que la inmunidad, entendida en sentido estricto, a diferencia de la inviolabilidad, sólo implica la imposibilidad de persecución penal durante el período en que el protegido ocupe el cargo público, por delito cometido que tenga que ver con el ejercicio de las funciones propias de ese cargo, salvo que la cámara tratándose de parlamentarios lo autorice expresamente.

La evolución histórica ha llevado en España, por los enormes beneficios que para el poder supone la cortapisa inicial a que el proceso penal tenga lugar contra una persona, a extender la inmunidad a cuantos más ámbitos personales mejor. En vez de legislar restrictivamente por tratarse de privilegios que deben ser reconocidos en muy pocos casos y prudentemente, la respuesta española ha sido ampliarlos de forma que, avanza, considero indefendible⁴.

En los países latinos y, como derivación natural de la particular situación en España, en América Latina, esta extensión conceptual, no es sólo idílica o programática, sino también y siempre real, absolutamente perceptible en la norma y en su aplicación práctica en cada país, habiendo llegado a expandirse en forma también escandalosa⁵.

Para demostrarles que lo que afirmo es cierto, es decir, que España es un buen ejemplo de lo que en materia de irresponsabilidad, de inviolabilidad y de inmunidad no debe hacerse, me fijaré ahora

⁴ GÓMEZ COLOMER, J.L./ESPARZA LEIBAR, I., *Tratado jurisprudencial de aforamientos procesales*, cit., págs. 95 y ss.

⁵ La ponencia de mi querido colega y amigo colombiano el Prof. FERNANDO VELÁSQUEZ, publicada en este mismo volumen, lo demuestra de manera indubitada.

únicamente en la manifestación más potente de la inmunidad procesal, el aforamiento, que existe en muy pocos países europeos, para indicarles, brevemente y en grandes cifras, que en mi país se dan numerosísimos casos de inmunidad, o lo que es lo mismo, que los casos legales de privilegios procesales penales es elevadísimo.

Produce sonrojo exponerles a Vds., y es sólo un ejemplo, que el nivel de protección privilegiada cuando se enjuicia a un alto cargo, autoridad o funcionario público español de cualquier poder del estado o de la comunidad autónoma, y dentro de ellos en los que tienen origen político, alcanza a más de 2.000 personas, si añadimos otros campos como el judicial o fiscal, podríamos llegar a más 10.000, y si contamos a los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad, que son más de 200.000 y que también están aforados, la cifra es realmente escandalosa, unos 250.000 inmunes procesal-penalmente hablando.

Hasta tal punto esto es grave, que la sabiduría popular española afirma que los cargos públicos realmente importantes son sólo aquéllos que conllevan inmunidad, los otros, son de segunda categoría (los alemanes dirían que viajan en la *Holzklasse*) y en consecuencia despreciables.

Esto explica que nuestra Constitución sea una de las más prolíficas a la hora de regular estos privilegios, en varios lugares, pero no es el único texto legal, pues numerosas normas de categoría inferior, principalmente la Ley Orgánica del Poder Judicial, toman como modelo las disposiciones constitucionales para desarrollar y establecer nuevas y variadas protecciones. Entre los más importantes citaré como altos cargos, autoridades o funcionarios protegidos a las siguientes personalidades: el Rey, Jefe de Estado inviolable e irresponsable; diputados y senadores (inviolables e inmunes), el Presidente del Gobierno y sus Ministros. A ellos añadamos los parlamentarios autonómicos, magistrados del Tribunal Constitucional, magistrados y jueces del Poder Judicial ordinario, fiscales, defensor del pueblo estatal y autonómicos, y los policías en sus diversas clases y estamentos (policía nacional, guardia civil, policía autonómica y policía local). Sin olvidar el amplio listado de personalidades extranjeras sospechosas de haber delinquido en España: embajadores, cónsules, magistrados de tribunales internacionales y supranacionales, defensores del pueblo, miembros de fuerzas de paz, etc.⁶

⁶ GÓMEZ COLOMER, J.L./ESPARZA LEIBAR, I., *Tratado jurisprudencial de aforamientos procesales*, cit., págs. 182 y ss.

Como he indicado, la manifestación más importante, por ser probablemente la singularidad española más relevante en este tema, es el aforamiento procesal. Pero no es la única, pues otros muchos privilegios procesales afloran a lo largo del proceso penal, sobre todo en la fase de investigación del crimen. Entre ellos destacan las condiciones especiales para que la detención de algunas personas inmunes se pueda producir y, previamente, la necesidad en algunos casos de que el órgano en el que prestan sus servicios los imputados autorice el levantamiento de la inmunidad para que se pueda proceder penalmente contra ellos (es el caso de los diputados y senadores en España, mediante el llamado *supplicatorio*, o *Genehmigung* en Alemania).

El aforamiento procesal penal es consecuencia de la inmunidad constitucional, ya que es predicable de todas las personas inmunes. Significa una alteración de las reglas de la competencia objetiva, funcional y territorial, en virtud de la cual un tribunal fijado legalmente y sólo él es competente para enjuiciar a personas que gozan de inmunidad, que se configura además como un derecho del imputado a ser sometido exactamente ante ese juzgado o tribunal y a ser enjuiciado sólo por él. Ese tribunal suele ser jerárquicamente superior al que habría correspondido aplicando las reglas ordinarias de competencia, y en muchas ocasiones es el que ocupa la cúspide, el tribunal supremo.

Su existencia se justifica en que las elevadas funciones políticas o jurídicas que cumplen quienes están protegidos por la inmunidad no pueden quedar a merced del capricho o irresponsabilidad de los ciudadanos, sobre todo de sus “venganzas políticas”, por lo que es necesaria una protección especial de su función. En suma, se supone que a mayor calidad del órgano, mejor enjuiciamiento ante lo delicado de la cuestión. Añadiré, por si pudiera pensarse, que la doctrina española entiende que el aforamiento no vulnera el principio del juez legal, pues todas las normas en que se contienen nos dicen previamente ante qué tribunal causa efecto esta protección específica derivada de la inmunidad.

En segundo lugar, destaca en ciertos casos muy relevantes la necesidad de que el órgano político al que pertenece el imputado autorice formalmente su persecución (el *supplicatorio* o *Genehmigung*)⁷.

⁷ GÓMEZ COLOMER, J.L./ESPARZA LEIBAR, I., *Tratado jurisprudencial de aforamientos procesales*, cit., págs. 943 y ss.

Se trata de un privilegio de enorme trascendencia tanto para la persona como para el órgano al que sirve y por ello es reconocido en muchas constituciones. Su relevancia se deriva del hecho de que estamos ante un requisito que obligatoriamente debe concurrir para que pueda perseguirse procesalmente al autor del delito o falta, que es la persona protegida por la inmunidad, de manera tal que no concurriendo, el proceso debe finalizar. Este privilegio, revestido formalmente como requisito de perseguibilidad, esconde en su seno los peligros más graves para el principio de igualdad, porque el control sobre el proceso penal, en este caso sobre su inicio, pasa de manos de la Jurisdicción, el único poder del estado legitimado para juzgar constitucionalmente, a otro órgano, usualmente la Legislación. Una excepción, como se observa, de tremendo impacto.

La tercera manifestación más importante de la inmunidad procesal, y última a la que me referiré en esta exposición, viene constituida por los privilegios que los altos cargos, autoridades y funcionarios públicos tienen con ocasión de la detención preventiva efectuada por la policía o por la fiscalía (la protección no debería existir en ningún caso en aquellos países, como en España, en los que la detención la pueda ordenar un juez, porque la actuación judicial es ya garantista). Esta protección especial no suele existir cuando el delito es flagrante, pues entonces la policía puede detener sin mayor problema a la persona inmune, pero si no lo es, es necesario y en muchos países es la propia constitución quien lo ordena, que sólo sea posible si el órgano lo autoriza, con el fin de proteger a la autoridad inmune (*v.gr.*, un diputado o senador) de posibles irregularidades policiales, por tanto, para proteger a la autoridad, alto cargo o funcionario frente a una detención arbitraria, frente al Gobierno en suma.

Aunque hay otros muchos privilegios consecuencia de la inmunidad, la mayor parte de ellos de carácter subjetivo pero limitados porque son predicables sólo de algún alto cargo, autoridad y funcionarios público (como el jefe del Estado, el presidente del gobierno, o sus ministros, etc.), otros son mucho más extensos pues afectan a todos los protegidos, como por ejemplo, garantías formales de defensa, necesidad de investigación previa específica a la imputación, trato especial cuando declaran como imputados, posibilidades de no acudir al juzgado a declarar, prevenciones frente a suspensiones de ejercicio del cargo, etc., etc.

Los tres privilegios expuestos suelen ser los generalmente admitidos en nuestro entorno jurídico-cultural y son además los que más

trascendencia tienen a la hora de comparar si el trato jurídico que recibe un imputado desconocido acusado de corrupción o de homicidio es el mismo que la ley dispensa a estas personalidades.

II. EL JUEGO ENTRE PRIVILEGIOS POLÍTICOS Y PROCESO PENAL

He de decir con plena consciencia de la trascendencia jurídica de mi posición que, a pesar de los esfuerzos doctrinales por justificar estos privilegios, la mayor parte de ellos suponen una vulneración clara del principio de igualdad (y en concreto, por estar ínsito en él, del principio de igualdad procesal) que reconocen las constituciones de todos los países democráticos (por ejemplo, artículo 3 de la Ley Fundamental de Bonn, artículo 3 de la Constitución italiana, o artículo 14 de la Constitución española) y de nuestro Convenio Europeo de Derechos Humanos (artículo 14), y que es insostenible mantenerlos por más tiempo. En realidad, sólo la inviolabilidad parlamentaria no implicaría dicha lesión, como explicaré enseguida.

Claro es que para que esta afirmación jurídica pueda ser asumible hay que aclarar, en primer lugar, qué concepto de igualdad estamos utilizando, y en segundo lugar, hay que distinguir los privilegios desde el punto de vista sustantivo (inviolabilidad e inmunidad), y desde el procesal.

1º) Creo que no manejamos muchas veces el mismo concepto de igualdad, incluso más allá que no distinguimos acertadamente entre un concepto de igualdad puramente normativo, quizás más bien idílico, y su aplicación real en la práctica, que es en donde debe mostrar su fortaleza⁸. Puede ser que su formulación escueta como principio político general (todo el mundo sabe qué significa el término “igualdad”), o la enumeración también sencilla de sus prohibiciones (por ejemplo de la discriminación, que también la gente conoce), hayan simplificado en demasía una explicación conceptual correcta de su complejo contenido.

⁸ Véase una amplia explicación de la igualdad aplicada a nuestro tema, con abundantes referencias bibliográficas y jurisprudenciales, en MARCHENA GÓMEZ, M., “Procesos penales contra aforados”, en Saavedra Ruiz, J. (Dir.), “Cuestiones de Derecho Procesal Penal”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, Ed. CGPJ, 1994, págs. 411 a 419. En general puede consultarse BAÑO LEÓN, J. M., “La igualdad como derecho público subjetivo”, *Revista de Administración Pública* 1987, núm. 114, págs. 179 y ss.

a) En cuanto a su formulación legal, tanto en legislaciones supranacionales como internas, generalmente en las constituciones, la interpretación del concepto del principio general de igualdad ha motivado ríos y ríos de tinta, habiendo expresado su opinión escrita prácticamente todos los investigadores jurídicos. El principio particular, derivado de él, de la igualdad procesal, ha seguido el mismo cauce.

Me limitaré a recordar a los efectos de esta exposición que es universalmente reconocido que el principio de igualdad procesal es un principio del proceso que afecta a las partes. Existe también acuerdo doctrinal en considerar que el principio de igualdad significa que las partes del proceso tienen los mismos derechos, posibilidades y cargas, de modo tal, y aquí está la clave de la cuestión, que ninguna de ellas, no olvidemos que en nuestro caso se trata del proceso penal, por tanto nos estamos refiriendo a la parte acusadora y a la parte acusada, goce de ningún privilegio sobre la otra.

Igualdad no significa que no sean admisibles en ocasiones determinadas excepciones o discriminaciones, pero deben estar indubitadamente fundadas para ser admisibles, como ha dicho con acierto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: “Una diferenciación es discriminatoria en el sentido del artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos si le falta una justificación objetiva y razonable, esto es, si no persigue un objetivo legítimo o si no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido”⁹.

El problema en nuestro caso es si por razones relevantes jurídicamente deben articularse excepciones al principio de igualdad cuando una alta autoridad, cargo o funcionario público es sospechoso de haber cometido un delito. La inmensa mayoría de los países democráticos han contestado afirmativamente a esta cuestión, estableciendo al menos diferencias jurídicas más o menos profundas, bajo el paraguas del privilegio justificado políticamente a su favor. De esta manera se asume tradicionalmente como inevitable que haya algunas diferenciaciones de intensidad media o alta en los procesos contra estas personas.

La articulación legal del principio de igualdad en el proceso penal puede decirse que hoy es un logro del Estado de Derecho. Téngase en cuenta que en el proceso penal está en juego la libertad de una

⁹ Sentencia de 18 julio 1994, *asunto Karlheinz Schmidt contra Alemania*.

persona, razón por la que los temas que afectan a la igualdad adquieren una mayor relevancia. No me estoy refiriendo a la posición prevalente del Ministerio Fiscal en la fase de investigación del delito sobre la del imputado en determinadas situaciones, sobre todo en aquellos países que siguiendo el modelo anglosajón adversarial han suprimido la figura del juez instructor, porque su carácter de parte acusadora pública así lo exige en alguna ocasión y en todo caso de modo controlado.

Me refiero a las desviaciones injustificadas, porque nadie negará que es sorprendente, pudiendo comprenderse e incluso aceptarse esa cierta posición prevalente de la parte acusadora pública en la instrucción a la que me refería, que sin embargo las leyes procesales contemplen una excepción a la igualdad desde el lado contrario. Parece pues absurdo que la desigualdad se dé, no en favor del Ministerio Fiscal, sino de una parte imputada en atención a ser un alto cargo, autoridad o funcionario público. Y lo grave es que esta desigualdad haya sido creada por la ley, pues no existe en la vida real.

b) Pero los problemas más importantes no provienen de los textos legales, sino de su aplicación práctica, o mejor dicho, de la propia realidad. Las grandes desigualdades que existen en la vida real, ricos y pobres, poderosos y débiles, inteligentes y menos listos, se trasladan al proceso. Esto es algo incuestionable. Por eso se intenta corregirlas por las leyes estableciendo diversos sistemas compensatorios.

De los varios que hay, unos son perfectamente admisibles, sobre todo teniendo en cuenta que las democracias modernas se declaran también estados sociales, por ejemplo, el beneficio de justicia gratuita para quienes no pueden costearse económicamente el proceso; y otros no tanto, como por ejemplo la lucha contra la desigualdad de género estableciendo privilegios procesales, porque siendo inicialmente comprensible que la legislación sustantiva pueda establecer algún tipo de discriminación positiva (*affirmative actions*), es inadmisibles que sea la ley procesal la que lo fije¹⁰. En el proceso todas las partes son iguales en función de la posición procesal que ocupen, porque dar ventajas a una parte es favorecer una sentencia injusta¹¹.

¹⁰ GÓMEZ COLOMER, J.L., *Violencia de género y proceso*. Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2007, págs. 51 y ss.

¹¹ Véase MONTERO AROCA, J., "Los privilegios en el proceso penal", en Gutiérrez-

Si ello es así, y por lo que afecta al tema objeto de nuestro estudio no cabe duda que lo es, la mejor solución para que la desigualdad real no influya en las partes procesales, sobre todo en el proceso penal, pasa indefectiblemente por eliminar los privilegios procesales derivados de la inmunidad, en tanto en cuanto estamos ante una desigualdad creada por la ley.

2º) Ahora bien, antes decía que la prerrogativa de la inviolabilidad es una excepción justificable al principio de igualdad. ¿Por qué? Entiendo que no es muy difícil admitir, si se contempla antes la institución tanto desde el punto de vista constitucional, como penal, y finalmente en lo procesal, que la inviolabilidad como prerrogativa, sin discutir por ahora la protección objetiva de la Cámara que implica, sólo es predicable subjetivamente de los representantes políticos en el Parlamento, para que puedan cumplir con sus funciones, deliberando y votando las mejores leyes para nuestra sociedad, y en consecuencia expresando libremente sus ideas al respecto. En nuestra opinión, por tanto, la inviolabilidad parlamentaria debe seguir manteniéndose en nuestro Derecho, con la misma extensión que posee en la actualidad¹².

Pero eso no quiere decir que sea satisfactorio el tratamiento procesal de la misma en la práctica actual de los tribunales que aplican leyes amplias de inmunidad, en absoluto. Primero, porque personas inviolables no puede haber más que de una clase, los parlamentarios, lo que sólo debe incluir al Presidente del Gobierno y a sus ministros si lo son también; y segundo porque cualquier juez o fiscal debe poder en ejercicio de su potestad constitucional rechazar *ad liminem* cualquier denuncia o querella contra un parlamentario por presuntos hechos punibles de opinión cometidos en el ejercicio de sus funciones, sin esperar a que el tribunal competente por regla de aforamiento se pronuncie, por ejemplo, solicitando a la cámara el suplicatorio, porque están amparados absolutamente por la inviolabilidad y no son delito. La inviolabilidad requiere un tratamiento procesal mucho más directo y eficaz, evitando el juez instructor o el fiscal cualquier inicio del proceso penal por hechos de esta naturaleza.

Alviz Conradi, F. (Coord.), *La criminalidad organizada ante la Justicia*, Sevilla, Ed. Universidad, 1996, págs. 133 y 134.

¹² FAIRÉN GUILLÉN, V., "Norma constitucional, inculpación, procesamiento, suplicatorios (la Constitución como norma procesal)", en *Cuadernos de Política Criminal* 1994, núm. 52, págs. 84 y 85.

3º) Muy al contrario, la prerrogativa de la inmunidad no es una excepción justificable al principio de igualdad procesal. La mejor doctrina procesal en los países en los que estos privilegios tienen un fuerte arraigo, entre la que se encuentra la española, a la que nos sumamos, ha dicho con toda rotundidad que la inmunidad es una reminiscencia de otras épocas que atenta contra el principio constitucional de igualdad de los ciudadanos ante la ley. Sorprendentemente, no ocurre lo mismo con la doctrina material, es decir, constitucionalista y penalista, en esos mismos países¹³.

Además, y contradictoriamente con ello, se observa después en muchas constituciones, entre las que se encuentra también la española, una ampliación notable de la inmunidad que nos lleva a un panorama muy desolador, aunque en realidad luego sean los tribunales constitucionales y ordinarios supremos los que se hayan encargado de limitarla, de momento tímidamente, es decir, de manera poco trascendente jurídicamente.

La doctrina constitucionalista y penal en general sostiene en efecto que la inmunidad no constituye ninguna vulneración del principio de igualdad, justificándola con diferentes argumentos¹⁴. Por ejemplo, porque en determinados casos la ponderación de bienes constitucionalmente legítimos puede justificar la excepción, o por estar fundada en razones objetivas que obligan a rodear de determinadas garantías el desempeño de ciertas funciones públicas, o porque protege un interés del ordenamiento jurídico, o porque es connatural al sistema previendo la propia constitución otras muchas desigualdades, o, en fin, porque lo que importa no es el privilegio, sino su utilización injustificada. Todas estas afirmaciones, cuando se piensa en las consecuencias procesales, son discutibles, porque en la realidad quien decide es el Derecho Procesal estableciendo la diferencia inadmisibile.

¹³ Véanse FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, P., *La inviolabilidad e inmunidad de los Diputados y Senadores. La crisis de los privilegios parlamentarios*, cit., págs. 169 y 170; y ALBA NAVARRO, M., "Prerrogativas parlamentarias y Jurisprudencia constitucional", *Cuadernos y Debates - Serie Minor*, núm. 9, Madrid, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1996, págs. 37 y 38.

¹⁴ GARCÍA MORILLO, J., "Contenido, finalidad constitucional y control de la inmunidad parlamentaria", en *Cuadernos y Debates*, núm. 46 dedicado a "Inmunidad parlamentaria y Jurisprudencia constitucional", Madrid, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1994, págs. 92 a 95.

4º) Si me limito a España, para concluir con esta parte de mi exposición, los casos legales y reales vulneradores del principio de igualdad procesal que son consecuencia de determinadas garantías de la inmunidad serían, con precisión, los siguientes: **a)** Que los parlamentarios autonómicos estén protegidos frente a “retenciones”, que no son jurídicamente ni siquiera una detención; **b)** Que las personas inmunes estén protegidas incluso después de dejar el cargo; **c)** Por lo que toca al aforamiento, el injustificable número de personas aforadas que existe en España, algunas de ellas sin sentido alguno, como el aforamiento de los miembros de los cuerpos y fuerzas de seguridad, de la policía en suma; y **d)** Que las personas inmunes estén protegidas por el aforamiento cuando hayan cometido una falta (*Ordnungswidrigkeit*), el *summum* de la protección.

Por eso hay en España tantos cambios jurisprudenciales en esta materia, no sólo porque la legislación de aplicación está obsoleta, es contradictoria, deja muchos problemas sin resolver y es en algunos aspectos inconstitucional, sino también porque la inviolabilidad y la inmunidad están en crisis, diríamos que en crisis terminal la inmunidad, y están dando los últimos coletazos para mantenerse vivas. Demasiadas sentencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo español se preocupan de sostener, razonar e intentar convencer que las prerrogativas parlamentarias, y en particular las inmunidades, no constituyen ninguna vulneración al principio de igualdad, postura por cierto mantenida por personas que son inmunes y que de opinar lo contrario podrían ver en serio peligro el privilegio.

Seamos serios, si los países jurídicamente más importantes de nuestro entorno cultural, y destaco sobre todo a Alemania¹⁵ y Estados Unidos de Norteamérica¹⁶, han circunscrito la inmunidad al ámbito menor posible, porque entienden que una mayor amplitud vulneraría claramente el principio de igualdad, a qué estamos esperando nosotros para admitir lo mismo. ¿No nos guían los mismos principios procesales a todos? La actual situación no puede

¹⁵ Véase TIEDEMANN, K., “Indemnidad, inmunidad y acusación de Funcionarios en el Derecho Constitucional y en el Derecho Procesal Penal alemán y extranjero”, en *Revista de Derecho Procesal*, 1999, núm. 1, págs. 111 y ss. Vide también GÓMEZ COLOMER, J.L./ESPARZA LEIBAR, I., *Tratado jurisprudencial de aforamientos procesales*, cit., págs. 919 y ss.

¹⁶ GÓMEZ COLOMER, J. L./ESPARZA LEIBAR, I., *Tratado jurisprudencial de aforamientos procesales*, cit., págs. 887 y ss.

sostenerse más. El Estado democrático no puede ser el vulnerador de la igualdad, y menos actuar su Poder Judicial como garante de tamaña infracción.

III. LOS LÍMITES DE LO ADMISIBLE Y LO INADMISIBLE: JEFES DE ESTADO, PRESIDENTES DE GOBIERNO, MINISTROS Y DIPUTADOS Y SENADORES

Me referiré brevemente a algunos ejemplos, escogidos del Derecho Constitucional y del Derecho Penal, de lo que debe entenderse como una desmesurada protección atentatoria contra los principios y valores constitucionales, todos ellos referidos a mi país:

1º) Se ha dicho desde siempre que el Rey de España en cuanto Jefe del Estado es constitucionalmente inviolable e irresponsable (y así se reconoce expresamente en los artículos. 56.3 y 64.2 de la Constitución democrática de 1978), tanto en lo político como en lo jurídico, lo que significa que no puede cometer ningún ilícito (por aplicación del principio *princeps legibus solutus est*; en versión moderna del constitucionalismo inglés *the king can do not wrong*). Al ser refrendados sus actos por el Presidente del Gobierno o sus ministros, ellos serían los responsables administrativos y penales de los mismos¹⁷.

Este fundamento clásico está sujeto hoy sin embargo a discusión, porque el Derecho Internacional Público ya no está tolerando desde hace unos años la impunidad de determinados delitos cometidos por un jefe de Estado de cualquier país del mundo. En este sentido, el mantenimiento de una inviolabilidad absoluta no es acorde con la Constitución, ni siquiera para el Jefe del Estado. El Rey puede cometer delito y ser responsable por ello. Ciertamente no estamos pensando en cualquier delito, por ejemplo que el Rey mate a la Reina, pero sí en algunos de los más graves. No sería admisible jurídicamente que si el Jefe del Estado ordenara en España, o fuera copartícipe de una orden dada por el Presidente del Gobierno, por poner un ejemplo tan bárbaro como comprensible, acordando la exterminación de los gitanos (delito de genocidio), fuera declarado irresponsable de ello. Jurídicamente no debería haber problema alguno: se le destituiría políticamente como Jefe del Estado por ese

¹⁷ Véanse GÓMEZ COLOMER, J. L./ESPARZA LEIBAR, I., *Tratado jurisprudencial de aforamientos procesales*, cit., págs. 101 y ss.; y HORMAZÁBAL MALARÉE, H., "La inmunidad del Jefe del Estado", en García Arán, M. / López Garrido, D. (coord.), *Crimen internacional y jurisdicción universal (el caso Pinochet)*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2000, págs. 165 a 167.

hecho y se le enjuiciaría criminalmente después (se supone, ante la falta de norma, que por el Tribunal Supremo).

Este simple ejemplo pone de manifiesto que los delitos contra los derechos humanos cometidos por los jefes de Estado no pueden quedar impunes por meras disposiciones internas, aunque tengan rango constitucional. Sólo así se explica que el Tratado por el que se crea la Corte Penal Internacional y se regula su Estatuto de 1998 haya podido ser ratificado por España, pues se contemplan en él los delitos más graves contra la humanidad, que pueden cometer, y de hecho cometen o amparan casi siempre jefes de estado (artículo 27), aunque ha habido que hacer interpretaciones jurídicas por el Consejo de Estado más allá de lo imaginable con el fin de que el tratado internacional pudiera ratificarse, acabando en definitiva la responsabilidad en el presidente del Gobierno por ser quien habrá refrendado en su día el acto más adelante considerado delictivo¹⁸.

Esa responsabilidad sería penal, además de costarle constitucionalmente sin duda alguna su derrocamiento. Pero respecto a lo penal, nada hay regulado por ese entendimiento clásico de la inviolabilidad real. En cualquier caso, no puede admitirse que el Jefe del Estado español sea inviolable internamente y no internacionalmente.

2º) El segundo ejemplo es la especial protección del Presidente del Gobierno de España y demás miembros de su Gobierno prevista por el artículo 102 de la Constitución respecto a dos tipos de hechos delictivos gravísimos para la democracia. Consiste en la fijación de un presupuesto procesal reforzado cuando se quieran emprender acciones penales contra el Presidente del Gobierno o contra alguno o algunos miembros del Gobierno por comisión de delitos de traición o contra la seguridad del Estado, a saber, que el suplicatorio se otorgue previa “iniciativa de la cuarta parte de los miembros del Congreso, y con la aprobación de la mayoría absoluta del mismo”¹⁹.

Al establecer la Constitución en esa norma la responsabilidad penal del “Presidente y los demás miembros del Gobierno”, está optando por un sistema judicial de exigencia de responsabilidad penal, que contiene una fase previa parlamentaria en determinados casos. Pero curiosamente, y a diferencia de lo que ocurre con la traición, el

¹⁸ Véase, CARNERERO CASTILLA, R., *La inmunidad de jurisdicción penal de los Jefes de Estado extranjeros*, Madrid, Ed. Iustel, 2007, pág. 234.

¹⁹ GÓMEZ COLOMER, J. L./ESPARZA LEIBAR, I., *Tratado jurisprudencial de aforamientos procesales*, cit., págs. 105 y ss.

Código Penal español no regula nominalmente los delitos contra la seguridad del Estado, aunque sí hay preceptos que se refieren a ella directamente. Más allá, y aunque la Constitución no diga nada en este precepto, las posibilidades citadas no son las únicas de enjuiciar al Presidente del Gobierno o a algún Ministro del mismo que se deducen de ella, dado que pueden cometerse muchos más delitos y al ser usualmente diputados o senadores, el régimen general parlamentario también les puede afectar²⁰.

3º) El tercer y último ejemplo que voy a aducir de protección material extralimitada se refiere precisamente a nuestros parlamentarios. En este sentido, el artículo 71 de la Constitución establece la inviolabilidad de los diputados y senadores por sus opiniones, así como su inmunidad. La inviolabilidad garantiza su protección por “las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones”. La jurisprudencia constitucional extiende el término opinión a los votos emitidos en cumplimiento de sus obligaciones. No hay inviolabilidad general, por tanto, sino sólo frente a determinados delitos. La cuestión penal inmediata que plantea esta declaración, por tanto, es determinar con exactitud qué delitos pueden cometer nuestros parlamentarios cuya acción típica se contenga en opiniones y votos, es decir, estudiar qué delitos se pueden cometer utilizando la palabra.

Pues bien, la mejor doctrina penal entiende que la inviolabilidad penal tiene el límite material de alcanzar sólo a las opiniones y votos expresados y formulados por el diputado o senador (reflejo del sistema alemán). No ampara cualquier actuación del parlamentario, sino únicamente las declaraciones de juicio o de voluntad. Esto implica que los delitos afectados sólo serán aquéllos cuya estructura típica descansa exclusivamente en la exteriorización de una opinión, es decir, en la manifestación de una voluntad, un pensamiento o un conocimiento²¹.

²⁰ Cuyo origen histórico en España es al parecer el juicio medieval de residencia, v. OBREGÓN GARCÍA, A., *La responsabilidad criminal de los miembros del Gobierno: análisis del artículo 102 de la Constitución española*, Madrid, Ed. Civitas, 1996, págs. 23 y ss.

²¹ GÓMEZ COLOMER, J. L./ESPARZA LEIBAR, I., *Tratado jurisprudencial de aforamientos procesales*, cit., págs. 112 y ss. Véase sobre el significado de “opinión”: RODRÍGUEZ RAMOS, L., “Inviolabilidad e inmunidad de los parlamentarios”, en Cobo Del Rosal, M. (dir.), *Comentarios a la legislación penal*, vol. I (Derecho Penal y Constitución), Madrid, Edersa, 1982, págs. 294 y 295.

Podemos enumerar los siguientes delitos que estarían protegidos por la inviolabilidad penal: Injurias a particulares o a autoridades; calumnias contra particulares o contra autoridades; amenazas; acusación y denuncia falsas; falsedades documentales; usurpación de funciones públicas; descubrimiento y revelación de secretos que afecten a la intimidad; destrucción de documentos; infidelidad en la custodia de documentos; apología o provocación para cometer delitos de terrorismo; enaltecimiento del terrorismo; y apología del genocidio nazi. De ellos destacan en la práctica, como más comunes los delitos contra el honor, es decir, las injurias y calumnias. Los demás delitos quedan excluidos de la protección²².

Pero habrá que anexar forzosamente entre los incluídos a aquellos delitos cuyo suplicatorio, solicitado en tiempo y forma por el órgano jurisdiccional competente, haya sido denegado por la cámara correspondiente. Por ejemplo, si se denegara en un caso de delito de violencia de género, que no forma parte de los delitos de opinión, la consecuencia jurídica sería la misma, la imposibilidad de acusación penal.

Hasta aquí los ejemplos. Creo que ellos dan una idea bastante exacta de lo extenso de la protección material en mi país. Volvamos ahora a las consecuencias procesales para finalizar mi exposición, y, por tanto, a la argumentación definitiva para entender que una interpretación extensiva de la inmunidad procesal vulnera sin duda el principio de igualdad procesal.

IV. LA CLARA VULNERACIÓN

DEL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE IGUALDAD

Creo, pues, que muchos de los privilegios procesales de los altos cargos, autoridades y funcionarios públicos, pueden vulnerar el principio de igualdad procesal reconocido en las constituciones democráticas, y por tanto entiendo que deberían ser suprimidos del ordenamiento jurídico cuanto antes.

Me fijaré no sólo en los aforamientos procesales, la consecuencia más importante de la inmunidad recordemos, al menos en muchos países latinos, para demostrar esta tajante conclusión, y en este sentido, entiendo que la inconstitucionalidad de los privilegios

²² GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. / CUERDA ARNAU, M., “Aproximación al Derecho penal parlamentario: Inviolabilidades”, en *Cuadernos de Derecho Público* 1997, núm. 1, págs. 105 y 106.

por vulneración del principio de igualdad procesal se fundaría en cuatro razones principalmente²³:

a) La primera es de naturaleza dogmática, y tiene que ver con un exagerado desarrollo autoproteccionista de la inmunidad, sobre todo de la inmunidad parlamentaria. Incluso en aquellos países que tienen sólo uno o dos aforamientos, la doctrina científica y la jurisprudencial se quejan de las extralimitaciones que suceden en la práctica del privilegio de la inmunidad, de hecho, argumentan con casos prácticos reales que la inmunidad se está aduciendo en verdad para procurar impunidad al favorecido por ella. ¿Qué pensarán cuando lean lo que he dicho aquí de mi país? ¿No es suficiente con que los favorecidos por la inmunidad estén protegidos frente a detenciones con fundamento político?

La protección legalmente dispensada en muchos países es, muy al contrario, frente al mismo proceso penal y a cualquier institución procesal que pueda perturbarles más allá de lo que su gran responsabilidad política o funcional tolera: querella, detención, actos de investigación previos, competencia del más alto tribunal, reuniones parlamentarias o de grupo secretas para decidir autorizaciones, declaración judicial, prisión provisional, inculpación o procesamiento, en fin, sobreseimiento libre. Y no sólo respecto a delitos, también en caso de faltas. Incluso se sostiene en algunos casos en ciertos países, por ejemplo respecto a jueces españoles, que el aforamiento persiste aunque se jubilen estando encausados, algo que nos parece inadmisibles. Sin duda ello es debido al extendido mal del corporativismo, pero también a que por la inmunidad los beneficiados por ella se convierten en juez y parte de sus propios actos, sin control posterior prácticamente.

b) La segunda es de naturaleza política, y es debida a la indubitada falta de confianza en los tribunales de justicia que tienen quienes pertenecen a las escalas más altas de los poderes del Estado (y no tan altas, pues recuérdese que en España están aforados hasta los policías locales, la *Urbanpolizei*).

Es irrefutable que cuando los altos cargos, autoridades y funcionarios públicos están privilegiados con el aforamiento, lo que quieren es tener la garantía de que no les va a instruir la causa cualquier “jovencito” que acaba de tomar posesión como juez en un pequeño

²³ GÓMEZ COLOMER, J. L./ESPARZA LEIBAR, I., *Tratado jurisprudencial de aforamientos procesales*, cit., págs. 965 y ss.

pueblo seguramente con la oposición recién aprobada, “novato” que por cierto es el juez ordinario predeterminado por la ley, competente objetiva, funcional y territorialmente a todos los efectos imaginables de lo que ello significa de acuerdo con las constituciones democráticas, ni a juzgar cualquier tribunal provinciano, pero por cierto también juez legal, que a saber qué motivaciones ocultas pueden tener sus miembros en su contra. No, todos al Tribunal Supremo.

De manera que ningún poderoso quiere para sí la misma justicia que él mismo probablemente ha contribuido a crear y a hacer practicar para el pueblo llano. Si eso no es vulneración del principio de igualdad procesal, ¿qué es entonces la igualdad procesal? Y lo peor es que gozan de un buen apoyo doctrinal que disfraza el fondo verdadero de la cuestión con la falacia de que en realidad no son ellos los protegidos, sino las instituciones que representan, que no pueden funcionar sin su concurso, tan excelso trabajo realizan o tan trascendente es socialmente su labor.

Conscientes de lo indefendible de su posición, en algunos países como en España, los propios altos cargos, autoridades y funcionarios públicos protegidos han llegado a establecer incluso una prohibición de renuncia al fuero (a la inmunidad), no prevista por la ley, se supone ante lo inusual de esta medida para que nadie se salga de honrado, única posibilidad de guardar subjetivamente el decoro que quedaría mientras no cambiara legalmente la situación.

c) La tercera es de naturaleza jurídica, puesto que con el aforamiento se dotan de competencias procesales determinados tribunales que en caso contrario no tendrían justificada su existencia. Esto es evidente en España. Si la competencia para enjuiciar a los altos cargos, autoridades y funcionarios públicos de la comunidad autonómica no se hubiera atribuido a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma, estos órganos jurisdiccionales, 17 nada menos en todo el país, no se podrían haber justificado cuando se crearon, porque, ¿qué habrían hecho entonces en el ámbito penal? El aforamiento sirve, pues, para dar trabajo.

Pero también jurídicamente implica esta institución algo muy serio cuando se contempla el Tribunal Supremo, ya que su extensísima competencia para conocer de causas contra aforados le aleja y mucho de lo que debe ser la esencia de su alta función, el núcleo central de su existencia, la formación de la jurisprudencia, algo imposible de conseguir técnicamente cuando conoce en única instancia y no parte

de al menos una sentencia previa que le haya fijado los hechos y los resultados probatorios obtenidos. Afirmar que a pesar de ello se cumple con el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 en los casos de aforados, es ignorar por qué nació en la Francia revolucionaria la *Cour de Cassation* y para qué debe servir un tribunal supremo, al menos en la actualidad.

d) La cuarta razón, finalmente, es puramente pragmática y gira en torno a lo que se dice que es un efecto beneficioso que puede tener el aforamiento, pues se afirma que sirve para evitar conflictos innecesarios dentro de las instituciones en las que prestan servicios los aforados, y también de naturaleza interinstitucional.

Cuando una gran variedad de altos cargos, autoridades y funcionarios públicos están protegidos por el aforamiento, como ocurre en España, piensan en el fondo los favorecidos por él, al desarrollar las tareas propias del cargo, que son totalmente libres para realizarlas, pues a pesar de la doctrina de los tribunales constitucionales en ciertos casos, el control de su labor diaria prácticamente no existe, porque para ser llevados por un acto suyo ante el Tribunal Supremo tiene que estar muy claro tanto las circunstancias del hecho punible como su participación en el mismo, lo que les da una gran independencia para trabajar y ello garantiza el normal funcionamiento de la institución, sin problemas, sin conflictos, dotándose de una autoestima y de una autoconfianza asombrosas, porque se sienten verdaderamente importantes, y es sabido que los que son grandes no suelen sufrir los problemas diarios de los demás.

La repercusión externa de ello es enorme. Así se explica que en muchos países haya tantos aforamientos profesionales, además de los políticos, que no son pocos ni mucho menos. ¿Qué explicación dar si no a que por ejemplo en España estén aforados los jueces de primera instancia, los titulares y los suplentes, que realizan una función de trascendencia social sin precedentes? ¿Nos conformamos con este paupérrimo razonamiento? Si así fuera, todos los jueces norteamericanos, ingleses, alemanes, italianos, o franceses, estarían aforados, y no hay ni uno sólo. Esto es sencillamente una burla al sistema de justicia, porque no se quiere aplicar al poderoso el previsto para el pueblo llano.

Estos argumentos no pueden ser considerados irreales, desmesurados o que sustentan posiciones absolutamente inasumibles o impracticables, con mucha mayor razón en ningún caso pueden

tildarse de radicales o extremistas. El Derecho comparado demuestra, correctamente entendido y trasladado, que es posible limitar los aforamientos como mucho a uno, todo lo más a dos: El Jefe del Estado y el Presidente del Gobierno, y nadie más. Ciertamente es que para que ello fuera posible en la mayor parte de los países habría que reformar la Constitución, pero ello no puede significar en ningún caso un problema insalvable.

¿Por qué es posible que en USA no haya ni un solo aforamiento, a qué se debe que en Alemania ni siquiera esté aforado en realidad el *Bundespräsident*, cómo hemos llegado en España contraria y sorprendentemente a tener cientos de miles? Si lo pensamos con seriedad, las altas instituciones constitucionales funcionan perfectamente en esos países sin el aforamiento, privilegio personal, y nunca institucional, no sólo porque lo consideran inasumible, sino también porque consagran explícitamente sus constituciones una fe ciega en la igualdad como valor superior del ordenamiento jurídico, y además lo practican.

Por eso los aforamientos, salvo los indicados, deben ser declarados inconstitucionales todos ellos sin excepción. El ejemplo alemán, que causa sorpresa por su sencillez, es absolutamente válido para mostrar las consecuencias prácticas que se esperan de normas así, y que huye de cualquier tratamiento desigual, salvo en aquellos casos en donde no optar por una solución contraria podría llevar a una auténtica desestabilización democrática. Si el cambio no se produce, el sentimiento de los ciudadanos de que en su país el poder es impune, y de que la igualdad, de existir, solamente se aplica a los insignificantes y pordioseros, crecerá tanto que llevará al convencimiento indubitado y generalizado de que el Estado de Derecho está por esta causa en verdadero peligro.

V. BIBLIOGRAFÍA

ABELLÁN-GARCÍA GONZÁLEZ, A.M., *El estatuto de los parlamentarios y los derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos, 1992.

ALBA NAVARRO, M., "Prerrogativas parlamentarias y Jurisprudencia constitucional", en *Cuadernos y Debates - Serie Minor*, núm. 9, Madrid, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1996.

BAÑO LEÓN, J.M., "La igualdad como derecho público subjetivo", *Revista de Administración Pública* 1987, núm. 114, págs. 179 y ss.

CARNERERO CASTILLA, R., *La inmunidad de jurisdicción penal de los Jefes de Estado extranjeros*, Madrid, Ed. Iustel, 2007.

FAIRÉN GUILLÉN, V., “Norma constitucional, inculpación, procesamiento, suplicatorios (la Constitución como norma procesal)”, en *Cuadernos de Política Criminal* 1994, núm. 52, págs. 45 y ss.

FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, P., *La inviolabilidad e inmunidad de los Diputados y Senadores. La crisis de los privilegios parlamentarios*, Ed. Civitas, Madrid 1990.

FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, A., “Origen histórico de la inviolabilidad e inmunidad parlamentaria”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid* 1986, núm. monográfico 10, págs. 175 y ss.

FLORS MATÍES, J.: “La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia. Constitución, composición, competencia y especialidades procesales”, en *Revista Valenciana d'Estudis Autònoms* 1997, num. 18, Valencia, **Generalitat Valenciana**, págs. 185 y ss.

GARCÍA, E., *Inmunidad parlamentaria y Estado de partidos*, Ed. Tecnos, Madrid, 1989.

GARCÍA MORILLO, J.: “Contenido, finalidad constitucional y control de la inmunidad parlamentaria”, en *Cuadernos y Debates*, núm. 46 dedicado a “Inmunidad parlamentaria y Jurisprudencia constitucional”, Madrid, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1994, págs. 73 y ss.

GASCÓN INCHAUSTI, F.: *Inmunidades Procesales y Tutela Judicial frente a Estados Extranjeros*, Pamplona, Ed. Aranzadi, 2008.

GÓMEZ COLOMER, J. L.: “Altos funcionarios y protección procesal penal (un intento de aclaración)”, en *Estudios Jurídicos Ministerio Fiscal*, Madrid, Ed. Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, 1998, págs. 327 a 345.

—. “Sobre aforamientos y principio de igualdad”, *Revista de Derecho Procesal* (volumen homenaje al Prof. Pedro Aragoneses) 2009, N° 1, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, págs. 499 y ss.

—. *Violencia de género y proceso*. Valencia, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2007.

GÓMEZ COLOMER, J.L./ESPARZA LEIBAR, I.: *Tratado jurisprudencial de aforamientos procesales*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2009.

GONZÁLEZ CUSSAC, J. L./CUERDA ARNAU, M. L.: “Aproximación al Derecho penal parlamentario: Inviolabilidades”, en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 1, mayo-agosto de 1997, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1997, págs. 101 y ss.

HORMAZÁBAL MALARÉE, H.: “La inmunidad del Jefe del Estado”, en García Arán, M. /López Garrido, D. (coord.), *Crimen internacional y jurisdicción universal (el caso Pinochet)*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2000.

JUANES PECES, A.: "El privilegio del fuero", en *Actualidad Jurídica Aranzadi* N° 441, de 1 de junio de 2000, Madrid, 2000, págs. 1 y ss.

LÓPEZ GIL, M.: "Las prerrogativas parlamentarias en el ordenamiento jurídico español", en *Actualidad Penal* 2000, núm. 5, Madrid, E. La Ley, págs. 91 y ss.

LUZÓN CUESTA, J.M.: "Instrucción y enjuiciamiento de las causas contra los Fiscales del Tribunal Supremo", *Actualidad Jurídica Aranzadi* 1992, núm. 42, Madrid, Aranzadi, págs. 1 y ss.

MARCHENA GÓMEZ, M.: "Procesos penales contra aforados", en Saavedra Ruiz, J. (Dir.), "Cuestiones de Derecho Procesal Penal", *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, Ed. CGPJ, 1994, págs. 405 y ss.

MONTERO AROCA, J.: "Los privilegios en el proceso penal", en Gutiérrez-Alviz Conradi, F. (Coord.), *La criminalidad organizada ante la Justicia*, Sevilla, Ed. Universidad, 1996, págs. 107 y ss.

OBREGÓN GARCÍA, A.: *La responsabilidad criminal de los miembros del Gobierno: análisis del artículo 102 de la Constitución española*, Madrid, Ed. Civitas, 1996.

PEÑARANDA RAMOS, J. L.: "Artículo 71. La dimensión actual de las prerrogativas parlamentarias", en Alzaga Villaamil, O. (dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Madrid, Edersa, 1998, t. VI, págs. 328 a 333.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R.: "Inviolabilidad e inmunidad de Diputados y Senadores. Especial consideración del suplicatorio y del momento para solicitarlo", *Actualidad Jurídica Aranzadi* 1997, núm. 317, Madrid, Aranzadi, págs. 1 y ss.

RODRÍGUEZ RAMOS, L.: "Inviolabilidad e inmunidad de los parlamentarios", en Cobo Del Rosal, M. (dir.), *Comentarios a la legislación penal*, vol. I (Derecho Penal y Constitución), Madrid, Edersa, 1982.

SAINZ DE ROBLES, F.C.: "Los presupuestos procesales privilegiados (Sentencia del TC 189/1989 de 13 de noviembre)", en *Tapia* 1989, núm. 49, Madrid, Tapia Librería Jurídica, págs. 4 y ss.

TIEDEMANN, K.: "Indemnidad, inmunidad y acusación de Funcionarios en el Derecho Constitucional y en el Derecho Procesal Penal alemán y extranjero", traducción de J. L. Gómez Colomer, en *Revista de Derecho Procesal*, 1999, núm. 1, págs. 111 y ss.

ZARZALEJOS NIETO, J.: *Proceso penal contra jueces y magistrados. La especialidad del antejuicio*, Madrid, Ed. Ministerio de Justicia-Universidad Complutense de Madrid, 1992.

LAS INMUNIDADES Y LOS PRIVILEGIOS PROCESALES: INSTITUTOS INCONVENIENTES*

PROF. FERNANDO VELÁSQUEZ V.**

RESUMEN: El texto hace algunas precisiones conceptuales sobre los institutos de las inmunidades y de los privilegios procesales, para demostrar que se trata de fenómenos en crisis; así mismo, examina la extensión objetiva y subjetiva de las figuras indicadas en el contexto actual. De igual forma, aborda las causas de esa expansión y los argumentos esgrimidos para defenderla. Al final, hace una breve alusión a la situación colombiana y plasma algunas conclusiones para la discusión.

PALABRAS CLAVES: principio de igualdad, inmunidades políticas, aforamientos, poder político, privilegios procesales, proceso penal, justicia nacional, justicia internacional.

I. INTRODUCCIÓN

Problemática bastante relevante en la discusión contemporánea es la atinente al uso que se da a los institutos de las inmunidades políticas y de los privilegios u obstáculos procesales que, de forma generalizada, se enclavan en las legislaciones penales internas y en el derecho de gentes¹, para proteger a ciertas personas —por

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

** Profesor y Director del Departamento de Derecho Penal de la Universidad Sergio Arboleda. Bogotá, Colombia; fundador Director del Grupo de Investigación en Ciencias Penales y Criminológicas “Emiro Sandoval Huertas”, de esa casa de estudios; ex becario de las fundaciones alemanas Max Planck y Alexander von Humboldt.

¹ Aquí entendido en un sentido normativo. Esta expresión, sinónima de “Derecho internacional público”, se puede concebir en un triple sentido: como

lo general servidores públicos— y en relación con la comisión de determinados delitos, por muy diversas razones. El asunto cobra nuevos rumbos cuando se observa que esas figuras son utilizadas para eludir la acción de la justicia nacional e internacional, con un lamentable saldo para la seguridad jurídica y, por supuesto, con la consiguiente impunidad de quienes cometen crímenes atroces que desconocen el derecho internacional humanitario.

Así las cosas, con la pretensión de discurrir sobre el sentido actual de estos mecanismos, en esta sede se hacen —en primer lugar— unas necesarias precisiones conceptuales; en segundo lugar, de cara a demostrar que se trata de institutos en crisis, se examina la extensión objetiva y subjetiva de las figuras indicadas en el contexto actual. De igual forma, en tercer lugar, se abordan las causas de esa expansión y los argumentos esgrimidos para defenderla.

Así mismo, en cuarto lugar, se hace una breve alusión a la situación colombiana; en quinto lugar, se plasman algunas conclusiones para la discusión. Al final, se señalan las indicaciones bibliográficas correspondientes.

II. PRECISIONES INICIALES

A. Los diversos privilegios. En las legislaciones nacionales y en el Derecho internacional público se encuentran distintas figuras en cuya virtud quienes realizan determinadas conductas en ejercicio de cargos oficiales —incluso actos privados como sucede con los diplomáticos—, gozan de inmunidad² e, incluso, de privilegios especiales³.

En efecto, se suele hablar de cinco conceptos distintos⁴: en primer lugar, *la irresponsabilidad*, para hacer alusión al mecanismo de conformidad con el cual el amparado nunca puede realizar conducta punible y, por ende, no es factible someterlo a proceso penal de ninguna clase; incluso, si lleva a cabo cualquier atentado criminal

hecho o sistema social; como norma o sistema normativo; y como sistema axiológico (Cfr. VALENCIA RESTREPO, *Derecho internacional*, pág. IX).

² Cfr. WERLE, *Tratado de Derecho penal*, pág. 286, números 515 y ss.

³ La confusión terminológica en esta materia es muy grande. Cfr. GÓMEZ COLOMER/ESPARZA LEIBAR, *Tratado jurisprudencial*, págs. 41 y ss., 56 y ss.

⁴ Véase GÓMEZ COLOMER/ESPARZA LEIBAR, *Tratado jurisprudencial*, págs. 56 y ss., 124 y ss.; también, COUSIÑO MAC IVER, *Derecho penal*, t. I, págs. 135 y ss.

queda exonerado a perpetuidad de la persecución penal, como sucede en España con la persona del Rey⁵.

También, en segundo lugar, existe la figura de la *inviolabilidad o indemnidad*, institución de garantía de carácter material —aunque desde la perspectiva procesal comporta un privilegio— mediante la cual se protege a personas que, en razón de su cargo⁶ o por razones propias del derecho internacional público, no pueden ser enjuiciadas por un delito realizado con ocasión de los mismos⁷.

Además, en tercer lugar, en los derechos internos aparece la *inmunidad* o beneficio que impide el surgimiento de consecuencias procesales para el parlamentario a raíz de actuaciones suyas llevadas a cabo mientras desempeña funciones propias del cargo⁸, a no ser que la cámara o el órgano correspondiente lo autorice de forma expresa; es, pues, un caso de exención de jurisdicción en virtud del cual es imposible la persecución penal durante el período en el cual el protegido ocupe el cargo público.

De igual manera, en cuarto lugar, pervive el *aforamiento* o fenómeno procesal que permite alterar las reglas de la competencia objetiva, funcional y territorial, de tal manera que sólo un tribunal determinado por la ley es el único competente para enjuiciar a ciertas personas que, incluso, pueden gozar de inmunidad⁹; y, en quinto lugar, los *privilegios procesales*, o eventos mediante los cuales se dispensa protección procesal a determinadas personas en atención a sus cargos y profesiones, que tocan con la manera de declarar, su forma de detención, etc.

⁵ Cfr. GÓMEZ COLOMER/ESPARZA LEIBAR, *idem*, págs. 70 y 125.

⁶ La inviolabilidad puede ser absoluta (el protegido nunca podrá ser enjuiciado por actos propios de la función) o relativa (el amparado sólo puede ser enjuiciado por conductas no propias del cargo) (Cfr. GÓMEZ COLOMER/ESPARZA LEIBAR, *ibidem*, págs. 128 y 130).

⁷ Cfr. GÓMEZ COLOMER/ESPARZA LEIBAR, *Tratado jurisprudencial*, págs. 56 y 128. Con razón, dicen estos autores que este instituto supone una declaración legal solemne proveniente de un tratado o de la legislación internacional mediante la cual “una persona, en razón de su cargo representativo de un Poder del Estado o por razones de Derecho Internacional Público, no puede ser enjuiciada por un delito que haya podido cometer relacionado con su cargo o función”.

⁸ Cfr. GÓMEZ COLOMER/ESPARZA LEIBAR, *Tratado jurisprudencial*, págs. 74, 77 y 132; bien advierten los autores en cita que estas personas también pueden cometer delitos que no tengan nada que ver con el ejercicio de sus funciones.

⁹ Cfr. GÓMEZ COLOMER/ESPARZA LEIBAR, *idem*, págs. 133-134.

Hoy suele hablarse de “*inmunidad*” como un concepto más general que engloba los fenómenos en examen, en especial los tres primeros; por ello, en esta sede se le concibe en un sentido amplio para hacer alusión tanto a las exenciones del derecho internacional como a los privilegios previstos en los derechos internos¹⁰.

B. Las inmunidades. Pueden ser de dos clases¹¹: de un lado, *funcional* o por razón de la materia (*ratione materiae*), pues las personas físicas que detentan la vocería de los estados no son responsables frente a otros por aquellos actos delictivos cometidos en el ejercicio de funciones oficiales, pues el compromiso lo asume el propio Estado no el individuo. Esta especie de inmunidad se caracteriza porque cubre a cualquier órgano del Estado que tenga el reconocimiento en el ordenamiento interno o a cualquier agente que actúe de hecho por cuenta del Estado, siempre y cuando esté en el ejercicio de sus funciones; además, como su nombre lo indica continúa y se prolonga así cese la función; y, para culminar, es *erga omnes*, pues se puede invocar frente a cualquier otro Estado.

De otro lado, es *personal* cuando se otorga en razón de la persona (*ratione personae*) y cobija a los órganos encargados de la administración exterior del Estado (jefes del Estado, jefes de gobierno o ministros de asuntos exteriores; agentes diplomáticos y consulares), y se puede invocar ante cualquier Estado. Esta variedad de inmunidad —cuya base se encuentra en la costumbre internacional— no impide la punibilidad de las acciones pero sí supone un obstáculo de índole procesal; además, a diferencia de la funcional, termina con el período en el cual se desarrolla el oficio público¹². Es más, no cobija los actos privados así estos se hubiesen llevado a cabo mientras se ejercían las funciones públicas.

III. LA INADMISIBLE EXTENSIÓN DE ESTOS FENÓMENOS

Si se observa el decurso histórico se percibe, de forma preocupante y hasta alarmante, que por esta vía se ha introducido al principio de igualdad ante la ley penal tal cúmulo de excepciones que ese apogtegma se ha convertido en un verdadero rey de burlas.

¹⁰ Véase WERLE, *Tratado de Derecho penal*, págs. 286-287, nota 952.

¹¹ Cfr. WERLE, *Tratado de Derecho penal*, págs. 287-288; BÖSE en *Nomos Kommentar*, Notas previas al § 3, números marginales 35 y 36.

¹² Cfr. WERLE, *Tratado de Derecho penal*, pág. 292.

A. *El enfoque tradicional*. Miradas las cosas desde la perspectiva de los sujetos involucrados, para el Derecho internacional clásico —y esta es una problemática atinente al ámbito de validez personal de la norma jurídico-internacional¹³— fue usual la concesión de inmunidades a personas que, como representantes del Estado, detentaban tareas oficiales acorde con la *teoría de la extraterritorialidad* entonces en boga, según la cual se les consideraba como “extraterritoriales” para garantizar el cabal cumplimiento de sus compromisos internacionales en los territorios extranjeros; por ello, los diversos estados, en uso del llamado *principio de reciprocidad*, se comprometían a hacer respetar ese privilegio. Por supuesto, tras esta concepción se asentaba el *principio de igualdad* entre los estados en cuya virtud ninguno de ellos podía arrogarse la potestad de juzgar a los demás (*par in parem non habet imperium*, decían los romanos y recordaba Bartolus). Surgía, pues, expedita la concepción de la *inmunidad estatal*, según la cual el Estado y sus órganos (jefes de Estado, gobernantes o presidentes de gobierno, ministros de asuntos exteriores y el tren de agentes diplomáticos) estaban exentos de la jurisdicción del estado territorial correspondiente¹⁴.

De la mano de la anterior figura nació también la *inmunidad diplomática*¹⁵, en virtud de la cual —una vez el Estado receptor emite su *placet*— se le concede a las personas nominadas la exención de jurisdicción penal por sus actos públicos e incluso privados¹⁶, todo lo cual tornaba a este instituto en una figura de naturaleza básicamente procesal¹⁷.

¹³ Cfr. VALENCIA RESTREPO, *Derecho internacional*, págs. 585 y ss.; también de la nacional (cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, t. II, págs. 597, 1290 y ss.)

¹⁴ Cfr. AMBOS, “Inmunidad”, pág. 692; el mismo, en *MiKo-StGB*, tomo 1, 2ª. edic. 2011, notas previas a los §§ 3-7 núm. XX, números marginales 105 a 144.

¹⁵ El distingo entre ambas formas de inmunidad en AMBOS, “El caso Pinochet”, pág. 11; el mismo, en *MiKo-StGB*, tomo 1, números marginales 106 y 107.

¹⁶ Ya en Roma se consideraba inviolables a los enviados de los estados extranjeros, aunque sólo en el siglo XV aparecen en Venecia las primeras reglamentaciones de las embajadas permanentes; incluso, la Convención de Viena de 1961 sobre relaciones diplomáticas así lo reconoce en su Preámbulo: “Desde antiguos tiempos los pueblos de todas las naciones han reconocido el estatuto de los funcionarios diplomáticos”. Cfr. VALENCIA RESTREPO, *Derecho internacional*, págs. 198, 221 y 611 y ss.

¹⁷ Se debate la naturaleza procesal (cfr. AMBOS, en *MiKo-StGB*, tomo 1, número marginal 122; el mismo, *Estudios*, págs. 69 y ss., notas 26-28; SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER, *Strafgesetzbuch*, notas previas a los §§ 3-9, número marginal 63; JESCHECK, *Lehrbuch*, parágrafo 20, III, 2) o jurídico material de la inmunidad (cfr. MAURACH/ZIFF, tomo I, parágrafo 11, numeral II, número 43).

Además —sin olvidar los precedentes ingleses¹⁸—, al finalizar el siglo XVIII surgió la figura de la *inmunidad parlamentaria* creada por los Decretos franceses de 20 de junio de 1789 y 26 de junio de 1790, expedidos para proteger al Parlamento tras el advenimiento del cambio propiciado por la Revolución de 1789, de donde fue tomado por las constituciones europeas y, con posterioridad, por las de otros continentes¹⁹. Este instituto ha sido entendido como un derecho inherente a la condición parlamentaria en virtud del cual se confiere a los representantes una cierta indemnidad respecto de las acciones judiciales que en su contra pudieran promover el gobierno o los particulares y que, por lo ya dicho, se puede concretar en forma diversa según se trate de la inviolabilidad o de la inmunidad *stricto sensu*²⁰.

En épocas más recientes estas restricciones también apuntan a los actos de otros tipos de personas como los militares y asimilados —piénsese en los servicios privados de seguridad y militares en conflictos armados internacionales²¹—, aunque países como los Estados Unidos —que, recuérdese, no es estado parte del Convenio de Roma— rechazan la jurisdicción internacional o la de otras naciones cuando se trate del juzgamiento de sus tropas o fuerzas militares nacionales que han cometido cualquier tipo de crimen, sea porque pretexten su no vinculación al citado Convenio —a cuyo efecto han propiciado, incluso, que la ONU expida algunas resoluciones con límites temporales que así lo disponen²²— o porque propicien la suscripción de pactos bilaterales²³ con otros estados a los que, por supuesto, imponen sus condiciones²⁴.

¹⁸ Se citan como antecedentes las instituciones medievales del derecho inglés, llamadas “freedom of speech” y “freedom from arrest”. Véase GÓMEZ COLOMER/ESPARZA LEIBAR, *Tratado Jurisprudencial*, págs. 43 y ss.; GARCÍA, “Inmunidad Parlamentaria y estado de partidos”, pág. 290.

¹⁹ Véase GÓMEZ COLOMER/ESPARZA LEIBAR, *Tratado jurisprudencial*, págs. 44-45.

²⁰ Son palabras textuales de GARCÍA, *La Inmunidad Parlamentaria*, pág. 64.

²¹ Por ejemplo, el caso de la Empresa Blackwater en Irak y Afganistán. Sobre ello, PASTOR PALOMAR, “Blackwater ante el Derecho Internacional”, págs. 436 y ss.

²² Así, Resoluciones 1422 de doce junio 2002 y 1487 de doce junio 2003; muy crítico AMBOS, *Estudios*, págs. 186 y ss.; el mismo, en *MiKo-StGB*, tomo 1, 2ª. edic. 2011, Vorbemerkungen §§ 3-7 nm. XX, número marginal 137; WERLE, *Tratado de Derecho Penal*, págs. 293-294.

²³ Esta nación ha suscrito alrededor de cien convenios bilaterales con más de noventa países, verdaderos “acuerdos antidotos” para evitar la jurisdicción de la Corte Penal Internacional (son los SOFAS: *Status of Forces Agreements*) Cfr. ALCOCEBA GALLEGU, “La ilicitud internacional”, págs. 349 y ss.; PASTOR PALOMAR, “Blackwater ante el Derecho internacional”, págs. 439-440.

²⁴ Sobre ello, AMBOS, “Inmunidad”, pág. 709; con razón ALCOCEBA GALLEGU (“La

Privilegios como los mencionados en precedencia se observan de forma profusa en diferentes instrumentos internacionales: en primer lugar, la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de las Naciones Unidas, Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de febrero de 1946, en su art. IV, sección 11, dispone que gozan de inmunidad “los representantes de los Miembros en los órganos principales y subsidiarios”, y “los representantes a las conferencias convocadas por las Naciones Unidas, mientras éstos se encuentren desempeñando sus funciones o se hallen en tránsito al lugar de reunión y a su regreso”, entre otros funcionarios, en especial —reza su literal a)— “contra detención o arresto personal y embargo de su equipaje personal, y respecto a todos sus actos y expresiones ya sean orales o escritas en tanto se encuentren desempeñando sus funciones en dicha capacidad, e inmunidad contra todo procedimiento judicial” (véanse, además, las secciones 12 y ss.).

En segundo lugar, la Convención sobre prerrogativas e inmunidades de los organismos especializados de las Naciones Unidas, de 21 noviembre 1947, en su Artículo V, Sección 13, entre otros²⁵. Así mismo, en tercer lugar, deben mencionarse otros instrumentos: la Convención Americana sobre Asuntos Consulares, aprobada por la Sexta Conferencia Internacional Americana, efectuada en la Habana en 1928; la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, suscrita en Viena el 18 de abril de 1961, que prevé la inmunidad de jurisdicción penal para dichos funcionarios²⁶. También, la Convención de Viena sobre relaciones consulares de 1963, que dispone la inmunidad penal cuando no se tratare de delitos graves y la imposibilidad de detenerlas o someterlas a ninguna forma de limitación de su libertad personal a no ser que medie sentencia en firme²⁷; y la Convención internacional sobre las misiones especiales de 1969²⁸ complementaria de esas dos últimas

ilicitud internacional”, pág. 372), los considera como ilícitos y violatorios del Pacto de Roma.

²⁵ Dice: “Los representantes de los Miembros en las reuniones convocadas por un organismo especializado gozarán, mientras ejerzan sus funciones y durante sus viajes al lugar de la reunión y de regreso, de las siguientes prerrogativas e inmunidades: a) *inmunidad de detención o arresto personal* y de embargo de su equipaje personal y, *respecto de todos sus actos ejecutados mientras ejerzan sus funciones oficiales, inclusive sus palabras y escritos, de inmunidad de toda jurisdicción*”.

²⁶ Cfr. Arts. 29 y ss.

²⁷ Cfr. Art. 41 num. 1 y 2.

²⁸ Cfr. *Convention on Special Missions* 1969, arts. 21, 29 y 31.1. El segundo señala:

normativas. Por supuesto, la más reciente y complementaria de todas las anteriores, la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, de 16 de diciembre 2004 (cfr. art. 3°); también, debe tenerse en cuenta el Acuerdo sobre los Privilegios e Inmunidades de la Corte Penal Internacional (Nueva York, 9 de septiembre 2002) en su art. 15.1²⁹.

Desde luego, todavía en los albores del presente milenio algunos tribunales internacionales defienden el carácter absoluto de estas inmunidades —cuando ellas son en atención a las personas: *ratione personae*— lo que, por supuesto, ha sido calificado como un retroceso en la lucha contra la impunidad³⁰.

B. Las tendencias delimitadoras. Desde luego, en el mundo contemporáneo cada vez más globalizado el fenómeno de la *inmunidad estatal* absoluta ha ido desapareciendo para dar lugar a un concepto restrictivo de la misma, en virtud del cual esa protección se limita a típicas tareas estatales y nada más; en relación con la *inmunidad diplomática* debe decirse que también se tiende a imponer una noción restringida en virtud de la cual la protección se dirige a los actos propios del servicio y no a los de carácter privado³¹.

“Artículo 29. *Inviolabilidad personal.* La persona de los representantes del Estado que envía en la misión especial, así como la de los miembros del personal diplomático de ésta, es inviolable. No podrán ser objeto de ninguna forma de detención o arresto. El Estado receptor los tratará con el debido respeto y adoptará todas las medidas adecuadas para impedir cualquier atentado contra su persona, su libertad o su dignidad”; y el último dispone: Inmunidad de Jurisdicción. 1. *Los representantes del Estado que envía en la misión especial y los miembros del personal diplomático de ésta gozarán de inmunidad de la jurisdicción penal del Estado receptor*”.

²⁹ En efecto, se indica: “Los Magistrados, el Fiscal, los Fiscales Adjuntos y el Secretario gozarán, cuando actúen en el desempeño de sus funciones para la Corte o en relación con ellas, de los mismos privilegios e inmunidades reconocidos a los jefes de las misiones diplomáticas y, una vez expirado su mandato, seguirán gozando de inmunidad de jurisdicción por las declaraciones que hayan hecho verbalmente o por escrito y los actos que hayan realizado en el desempeño de sus funciones oficiales”.

³⁰ Así, por ejemplo, la sentencia de la Corte Internacional de Justicia de catorce de febrero 2002, que —al invocar el Derecho internacional consuetudinario— declaró ilícita la orden de arresto dictada el once de abril de 2000 por la justicia belga contra el entonces Ministro de Relaciones Exteriores del Congo Abdoulaye Yerodia Ndombasi, a raíz de querrela iniciada contra aquella nación por esta última. Sobre ello, CARNERERO CASTILLA, “Un paso atrás en la lucha contra la impunidad”, págs. 83 y ss.

³¹ Cfr. AMBOS, “Inmunidad”, págs. 698-700.

Igual sucede hoy con la *inmunidad parlamentaria*, pese a que todavía sobrevive en los ordenamientos jurídicos de diversos países.

Los primeros pasos encaminados a imponer responsabilidad penal en el plano internacional por la comisión de crímenes de guerra y, por ende, ponerle límites a las inmunidades jurisdiccionales en virtud del llamado *principio de la improcedencia de cargo oficial*, se remontan al art. 7º del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núrnberg, contenido en el Acuerdo de Londres de ocho de agosto de 1945. La misma filosofía alumbró al art. 6º del Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente (Tribunal de Tokio, 1946) y a la creación y puesta en marcha de los Tribunales de la Ex Yugoslavia en 1993 (art. 7 apartado 2º)³² y Ruanda en 1995 (art. 6 apartado 2º)³³. Incluso, se observa en ciertos tribunales que pueden ser calificados como mixtos o híbridos o en tratados internacionales atinentes a la represión de graves atentados contra los derechos humanos³⁴.

En épocas recientes el Estatuto de la Corte Penal Internacional se abroga competencia —desde luego se trata de una jurisdicción complementaria y subsidiaria, entre otras notas³⁵— para juzgar a personas con cargos oficiales como las tradicionalmente salvaguardadas cuando han incurrido en graves infracciones a los derechos humanos tal y como dispone su art. 27: “*Improcedencia del cargo oficial. 1. El presente Estatuto será aplicable por igual a todos sin distinción alguna basada en el cargo oficial. En particular, el cargo oficial de una persona, sea Jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno, en ningún caso la eximirá de responsabilidad penal ni constituirá per se motivo para reducir la pena. 2. Las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que*

³² Recuérdesse el proceso contra Dragomir Milosevic, antiguo Jefe de Estado de la República Yugoslava, por los crímenes cometidos en Kosovo, Croacia y Bosnia Herzegovina, truncado por su muerte en 2006.

³³ De hecho el Tribunal Internacional Penal de Ruanda abrió la senda para evitar inmunidades en el caso del Primer Ministro de Ruanda, Kambanda, quien fue condenado por el crimen de genocidio el cuatro de septiembre de 1998, sentencia confirmada el 19 de octubre de 2000.

³⁴ Así, arts. IV del Convenio para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de 1948; II del Convenio sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad de 1968; y III de la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid de 1973. Cfr. JORGE URBINA, “Crímenes de guerra”, págs. 255 y ss., nota 38.

³⁵ WOLFFHÜGEL GUTIÉRREZ, “La falta de disposición y de capacidad de los sistemas judiciales domésticos”, págs. 79 y ss.

conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella". Tras esta previsión están los postulados consignados en el Preámbulo del Estatuto, entre los cuales se puede leer: *"Decididos a poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes...Recordando que es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales"*.

Es más, recuérdese que en el mismo Preámbulo del Estatuto se señala: *"...los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia"*, esto es, la creciente realización de graves "crímenes internacionales" que se han generalizado a lo largo del último siglo hace que los privilegios en examen se reduzcan a su más mínima expresión cuando de por medio están el orden y la paz mundial: genocidio, delitos contra la humanidad y crímenes de guerra (cfr. arts. 5 a 8 del Estatuto)³⁶.

No obstante, en la práctica internacional se observa que las inmunidades *ratio personae* que benefician a jefes de Estado, jefes de gobierno y ministros de asuntos exteriores, todavía perviven por los actos realizados por ellos mientras se mantengan en sus cargos, esto es, en ejercicio de sus funciones oficiales. El fundamento parece claro: como estas personas asumen la máxima representación del Estado y desempeñan un papel esencial en el diseño de la política y desarrollo de su política externa, deben ser amparados por el beneficio en mención³⁷. No obstante, parece evidente que si este tipo de servidores en desempeño de sus funciones realiza crímenes que atenten contra el Derecho internacional humanitario, estos privilegios deben retroceder al máximo para dar paso al imperio de la justicia internacional³⁸.

³⁶ Cfr. AMBOS, "Inmunidad", pág. 701; el mismo, en *MiKo-StGB*, tomo 1, 2ª. edic. 2011, Vorbemerkungen §§ 3-7 nm. XX, números marginales 135 y ss.

³⁷ Así, JORGE URBINA, "Crímenes de guerra", págs. 265 y ss.

³⁸ Esa es la motivación que ha tenido el Fiscal de la Corte Penal Internacional para solicitar, el 14 de julio de 2008, que se dictara una orden de detención contra el Presidente del Sudán, Sr. Omar Hassan Ahmad al-Bashir, por cargos de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra; la misma se ha emitido el cuatro de marzo de 2009 y es la primera vez que ello sucede en relación con un Presidente de un país (el texto en <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/>

Por supuesto, casos como el del ex dictador chileno Augusto Pinochet —y ahora los de Omar al-Bashir y Khadafi³⁹—, quien —como se recordará— a finales de la década de los años noventa del siglo pasado fue solicitado en extradición y puesto preso por orden del juez español Baltazar Garzón, también han contribuido a que este debate se profundice y la restricción de esos privilegios disminuya⁴⁰; por ello, dice la doctrina que “La inmunidad (estatal) debe estar limitada por razón de los derechos humanos, con independencia de si los hechos correspondientes se consideran como acciones en ejercicio del cargo o no. El asunto radica en una ponderación entre soberanía funcional y protección efectiva de los derechos humanos”⁴¹.

Como muestra de que cada día se aboga más y más por la supresión de estos privilegios —y por la extensión de la justicia penal internacional de la mano del llamado *principio de jurisdicción mundial* que, incluso, muchas legislaciones penales proclaman y a veces aplican⁴²—, debe mencionarse la proclamación de los Principios de Princeton sobre la Jurisdicción Universal, en su Principio 5⁴³. Así mismo, la expedición de los Principios de Bruselas contra la impunidad y por la justicia internacional —adoptados por el «Grupo de Bruselas por la justicia internacional» con motivo del coloquio «Luchar contra la impunidad: desafíos y perspectivas», reunido en dicha ciudad entre los días 11 y 13 de marzo 2002—, en cuyo principio 8 se han hecho esfuerzos para avanzar en esta dirección de cara a restringir las inmunidades para que cobijen sólo los actos oficiales realizados por servidores en ejercicio de las funciones y, como si fuera poco, se entiende que “nunca” los actos graves se pueden considerar como propios de la función.

doc644487.pdf). Además, obsérvese, el 12 de julio de 2010, la Sala de Cuestiones Preliminares I emitió contra dicho personaje una segunda orden de arresto por tres cargos por genocidio cometidos contra los grupos étnicos Fur, Masalit y Zaghawa (en: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc919014.pdf>).

³⁹ Sobre ello, AMBOS: “Los crímenes”.

⁴⁰ Véase AMBOS, “El caso Pinochet”, pág. 13.

⁴¹ Véase AMBOS, “El caso Pinochet”, pág. 20.

⁴² Sobre ello, con una muy completa exposición, PIGRAU SOLÉ, ANTONI: *La Jurisdicción Universal*, págs. 38 y ss. Paradigmático es el caso de Bélgica [Cfr. CARNERERO CASTILLA, “Un paso atrás en la lucha contra la impunidad”, págs. 85 y ss.].

⁴³ Se dice: “Con respecto a los delitos graves de derecho internacional que se enumeran en el párrafo 1 del Principio 2, la función oficial de un acusado, sea en calidad de Jefe de Estado o de Gobierno o de funcionario competente, no le exonerará de responsabilidad penal ni atenuará su pena”.

Incluso, en los últimos años se escuchan voces en Latinoamérica como la de la Fundación Interamericana de Abogados que en las “conclusiones” de su Conferencia sobre regímenes de inmunidades, celebrada en Lima los días 24, 25 y 26 de octubre de 2005, al ocuparse de las Inmunidades de detención y de procesamiento, abogan por un desmonte gradual de estos institutos⁴⁴.

Con semejantes directrices es obvio que también los derechos nacionales avancen en la supresión de tales inmunidades y privilegios⁴⁵ que, se repite, hoy no tienen ya razón de ser cuando se trata de atentados punibles tan graves como los indicados. El discurso de los derechos humanos, pues, permea todas las construcciones tradicionales sobre la materia y abre las puertas al imperio de la justicia internacional en esos casos⁴⁶. En otras palabras: debe decirse que la tendencia de los instrumentos internacionales en esta materia es consecuente y progresiva —recuérdese: todavía se hacen excepciones con los jefes de Estado, jefes de gobierno, ministros de asuntos exteriores y diplomáticos en ejercicio⁴⁷—, dado que los privilegios o beneficios otorgados por razones de cargos oficiales a los funcionarios, no pueden tener preeminencia sobre la protección de los derechos humanos de los ciudadanos en general y de los intereses de toda la comunidad planetaria.

IV. JUSTIFICACIÓN Y CAUSAS DE ESA EXTENSIÓN

Se trata de dos fenómenos distintos que se deben tratar por separado.

⁴⁴ Se señala: “...en estas materias, se sugiere la supresión de este régimen de inmunidades por considerar que no tiene utilidad práctica, debido a que ha perdido legitimidad. Ello en atención a que esta institución ha perdido su razón de ser o necesidad histórica, habiendo desaparecido las condiciones políticas que la hicieron necesaria”.

⁴⁵ Sobre ello AMBOS, “El caso Pinochet”, pág. 19: “Las valoraciones jurídico penales internacionales precedentes no sólo deben ser objeto de consideración por el Derecho nacional, sino parte del mismo”.

⁴⁶ Con razón, pues, señala AMBOS —quien, dicho sea de paso, mucho ha abogado por este desarrollo desde la perspectiva doctrinaria— que “Inmunidad absoluta significa la renuncia al intento de conciliación de intereses: por una parte, el legítimo derecho del Estado al ejercicio, en lo posible sin injerencias, de su actividad soberana (soberanía funcional) y, por otra, el derecho igualmente legítimo y garantizado jurídicamente del ciudadano a la protección efectiva de sus derechos humanos. La inmunidad absoluta sacrifica los derechos humanos en el altar del tradicional principio groziano (sic) de la soberanía del Estado (“El caso Pinochet”, pág. 16).

⁴⁷ Cfr. WERLE, *Tratado de Derecho penal*, pág. 294.

A. Las justificaciones. Son diversos los argumentos invocados para explicar la presencia de estos institutos:

1. Las inmunidades y las prerrogativas en examen no son verdaderos privilegios sino instrumentos de carácter técnico-jurídico indispensables para proteger las funciones asignadas a los servidores públicos, de tal manera que se salvaguarde y garantice el libre ejercicio de las mismas; habría pues una especie de *necesidad funcional*⁴⁸.

2. Además, tales institutos son indispensables no solo para la buena marcha del aparato estatal, en especial su Administración de justicia, sino para preservar la vigencia del orden internacional y, por consiguiente, preservar las relaciones entre los estados y los organismos multilaterales de cara al logro de la paz mundial.

3. En fin, se pueden invocar argumentos de tipo político⁴⁹ —y conste que el Derecho internacional lo es por excelencia— a partir de los cuales se alimentan las supuestas buenas relaciones entre los estados que, en contra de lo que suele afirmarse, no muestran a sujetos en pie de igualdad sino en medio de la más cruda discriminación.

B. Las causas. Sin duda, la forma insostenible como se han propagado los institutos en estudio tiene su origen en diversos motivos, como se muestra en seguida.

1. *El carácter consuetudinario del Derecho de gentes.* Como se sabe, una de las fuentes formales de este derecho es la costumbre, al punto de que se habla de un *Derecho internacional consuetudinario*⁵⁰; por ello, no es de extrañar que a partir de las prácticas reiteradas que adquieren convicción de obligatoriedad llevadas a cabo por los sujetos de ese ordenamiento jurídico, se entronicen cada día más los institutos en examen.

2. *La creciente expedición de normativas.* Además, desde hace décadas se percibe que los sujetos del Derecho de gentes han celebrado y/o expedido diversos acuerdos, convenios o tratados sobre esta materia —otra de las fuentes formales de esta rama del Derecho que ha dado origen al llamado *Derecho internacional convencional*⁵¹—. Igual sucede, por supuesto, cuando se examinan los ordenamientos

⁴⁸ Así COUSIÑO MAC IVER, *Derecho penal*, t. I, pág. 164.

⁴⁹ Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, t. II, pág. 1347, al aludir a los jefes de estado.

⁵⁰ Cfr. VALENCIA RESTREPO, *Derecho internacional*, págs. 28 y 371 y ss.

⁵¹ Cfr. VALENCIA RESTREPO, *Derecho internacional*, pág. 112.

nacionales, algunos de los cuales han llegado a extremos inauditos —el ejemplo de lo que sucede en España, es bien diciente⁵²—.

3. *La creciente burocratización.* De igual forma, cuando se observa de forma desprevenida la manera como se conforman y operan las organizaciones interestatales⁵³ y los propios estados, no cabe duda en el sentido de que ellos han sido presas de la creciente burocracia, de la abulia, del gigantismo y de la ineficiencia; por ello, no se necesitan muchos esfuerzos de raciocinio para concluir que con estas prerrogativas se trata de premiar a ese copioso tren de funcionarios.

4. *La corrupción.* Por lo demás, de la mano de lo anterior, tampoco debe olvidarse que la corrupción se ha apoderado de las maquinarias estatales y de los diversos entes internacionales, contribuyendo a generar mayor desigualdad y caos en unas sociedades que —cada día y de forma paradójica— se hunden más en la globalización económica y en la integración supranacional.

5. *Otros orígenes.* Así mismo, el fenómeno tiene otras raíces: el carácter individualista del Derecho de gentes⁵⁴, en virtud del cual algunos estados ejecutan políticas inconvenientes para otros, al vaivén de las siempre complejas relaciones internacionales; y, por supuesto, la falta de una verdadera cultura planetaria en el ámbito de la teoría del Derecho procesal penal, respetuosa de los principios del Estado de Derecho liberal, que sea observada por legisladores nacionales e internacionales, etc.

V. EL DERECHO COLOMBIANO

Colombia es un país que, a pesar de su persistente crisis política y jurídica, ha hecho algunos esfuerzos por limitar estos privilegios en algunos ámbitos —piénsese, por ejemplo, que en la Constitución de 1991 desapareció la inmunidad parlamentaria— aunque en otros —de forma paradójica— se han extendido: el ejemplo de la ley de Justicia y Paz expedida en 2005 es una buena muestra de ello. Sin

⁵² Así lo denuncia GÓMEZ COLOMER con toda claridad, en GÓMEZ COLOMER/ESPARZA LEIBAR, *Tratado Jurisprudencial*, pág. 25.

⁵³ Con esta expresión se agrupan tanto las organizaciones internacionales (Por ejemplo: la ONU, la OEA, etc.) como las supranacionales (por ejemplo: la Unión Europea). Con toda razón, VALENCIA RESTREPO, *Derecho internacional*, pág. 9.

⁵⁴ Cfr. VALENCIA RESTREPO, *Derecho internacional*, pág. 28; por lo demás, no se olvide que este derecho también es *principal* en cuanto su tercera fuente formal principal son los principios. Desde luego, también la jurisprudencia y la doctrina, son fuentes formales del mismo (cfr., *idem*, pág. 201).

embargo, eso no impide que el principio de igualdad de todas las personas ante la ley penal sea un axioma general que sufre diversas excepciones.

En efecto, de un lado, aparecen las previstas en el Derecho interno, como la indemnidad —cuya naturaleza sustantiva es muy discutida en la doctrina foránea⁵⁵— de que gozan los congresistas cuando emiten con absoluta libertad sus opiniones y ejercen con independencia su derecho al voto en el desempeño de sus funciones, incluidas las de carácter judicial⁵⁶ (básicamente los delitos de calumnia e injuria en sus diversas modalidades y todas aquellas figuras punibles que puedan comprenderse dentro de la denominación de “delitos de opinión”, como la falsa denuncia, la apología del genocidio, etc.) (cfr. art. 185 de la Constitución)⁵⁷; igual beneficio opera a favor de los abogados litigantes, apoderados o defensores, con ocasión de las injurias contenidas en sus escritos, discursos o informes dirigidos ante los tribunales. También, se consideran como irresponsables desde la perspectiva procesal a los menores de catorce años.

Del mismo modo, se prevén diversos fueros que amparan al presidente de la República, quien en ejercicio de su cargo solo puede ser juzgado por la Corte Suprema de Justicia, previa acusación efectuada por la Cámara de Representantes ante el Senado; a altos funcionarios del Estado, que son juzgados por el Senado o por la Corte Suprema de Justicia, según el caso. Un ejemplo de estos últimos son los congresistas quienes, por mandato del art. 186 de la Carta, sólo pueden ser encausados “en forma privativa” por “la Corte Suprema de Justicia, única autoridad que podrá ordenar su detención”, aunque en caso de flagrante delito “deberán ser

⁵⁵ Prima la tesis según la cual se trata de causas personales de exclusión de la pena: Cfr. MAIER, *Derecho Procesal*, tomo I, pág. 220; GÓMEZ COLOMER/ESPARZA LEIBAR, *Tratado jurisprudencial*, págs. 121 a 123; GONZÁLEZ CUSSAC/CUERDA ARNAU, “Aproximación al derecho penal parlamentario”, págs. 113 y ss.; COBO/VIVES, *Derecho penal*, pág. 233. En contra, VELÁSQUEZ (*Derecho Penal*, pág. 319), para quien en estos casos pueden llegar a configurarse causales de justificación e incluso de atipicidad constitucionalmente previstas, como el estricto cumplimiento de un deber legal, el legítimo ejercicio de un derecho, de una actividad lícita o de un cargo público.

⁵⁶ Cfr. Corte Constitucional, sent. SU-047 de 29 enero 1999; Const. Pol., art. 185.

⁵⁷ Autores como GÓMEZ COLOMER/ESPARZA LEIBAR (*Tratado jurisprudencial*, pág. 113) incluyen delitos como injurias, calumnias, amenazas, acusación y denuncia falsas, falsedades documentales, usurpación de funciones públicas, destrucción y revelación de secretos, infidelidad en la custodia de documentos, apología del terrorismo y la apología del genocidio.

aprehendidos y puestos inmediatamente a disposición de la misma corporación”. Tienen, pues, un fuero especial que es de carácter pleno que los beneficia durante el ejercicio del cargo sin importar si el hecho cometido está o no vinculado con el ejercicio de sus funciones; una vez cesan en sus funciones el privilegio se mantiene para la conductas punibles relacionadas con el ejercicio de las mismas como miembros de la corporación legislativa⁵⁸.

Adicional a lo anterior son aforados los miembros de la fuerza pública—sólo cuando cometen delitos en servicio activo y en relación con el mismo servicio— cuyos actos son investigados y fallados por las cortes y tribunales militares con arreglo al Código Penal Militar⁵⁹. Para terminar, existe el fuero indígena en cuya virtud los ciudadanos aborígenes están sometidos a sus propias autoridades, que están facultadas para administrar justicia dentro de su respectivo ámbito territorial, siempre que no desconozcan la Constitución y la ley.

De otro lado, se reconocen inmunidades derivadas del *Derecho internacional público* como las que amparan a los diplomáticos, cónsules —con inclusión de sus respectivos trenes de empleados—, los jefes de Estado y determinados personajes internacionales, etc., para los que se observa un tratamiento especial. Además, téngase en cuenta, Colombia ha suscrito con países como Estados Unidos diversos convenios en los que se prevén inmunidades para los nacionales de aquella nación.

A título de ejemplo, debe mencionarse el reciente “Acuerdo Complementario para la Cooperación y asistencia técnica en defensa y Seguridad entre los gobiernos de la república de Colombia y de los Estados Unidos de América”, signado en Bogotá el 30 de octubre de 2009 —todavía no incorporado en debida forma al ordenamiento patrio⁶⁰—, en cuyo art. VIII se prevé inmunidad para el personal

⁵⁸ Este aforamiento está acompañado de su severo régimen de pérdida de la investidura cuando se configure una cualquiera de las causales dispuestas al efecto (cfr. arts. 179, 183 y 184 de la Constitución Política).

⁵⁹ Dice así el art. 1º de la ley 1410 de 2010: “Fuero Militar. De los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las Cortes Marciales o los Tribunales Militares, con arreglo a las disposiciones de este Código. Tales Cortes o Tribunales estarán integrados por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro”.

⁶⁰ La Corte Constitucional, incluso, ha ordenado que ese Convenio sea sometido al rito ordinario para que pueda obligar en territorio colombiano, al decidir varias demandas de inconstitucionalidad contra el mismo. cfr. Auto A288 de 17

“administrativo y técnico” de aquella potencia. Así mismo, se debe citar el acuerdo entre esos dos países sobre la Corte Penal Internacional, de 17 de septiembre 2003, por medio del cual nuestra nación se compromete a no entregar nacionales de los Estados Unidos a dicho tribunal⁶¹.

De igual forma, el art. 16.6 del C. P. —atendidas ciertas condiciones— prevé el principio de jurisdicción mundial en cuya virtud la justicia penal colombiana puede llegar a perseguir delitos cometidos en el extranjero por extranjeros.

A todo lo anterior añádanse múltiples prerrogativas de orden procesal que se consignan en el Código de Procedimiento Penal en beneficio de diversos servidores públicos (ley 906 de 2004); y, por supuesto, los privilegios procesales y sustantivos —recuérdense las llamadas penas sustitutivas entre cinco y ocho años— de que gozan los criminales paramilitares condenados por gravísimos atentados punibles con ocasión de su colaboración a la Justicia en el marco de la llamada Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005).

VI. CONCLUSIONES

Primera. El imperio del principio de igualdad como bastión de un Derecho procesal penal democrático, en el contexto de un mundo cada vez más globalizado, impone que a todos los ciudadanos hasta donde sea posible —cualquiera sea el cargo que detenten— se les juzgue en las mismas condiciones, con independencia de si se trata de un ciudadano de a pie, de un encumbrado magistrado, de un elevado dirigente político o de un alto dignatario internacional.

Segunda. Muchos de esos institutos se han vuelto una fuente de impunidad, corrupción y desigualdad, por lo cual es aconsejable abolirlos de las legislaciones nacionales o, en su caso, procurar su reducción al máximo posible, sobre todo si son empleados por

agosto 2010. Este acuerdo tiene precedentes que se remontan a 1952 (Acuerdo de Asistencia Militar entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América, suscrito en Bogotá el 17 de abril de 1952), 1962 (Convenio para la Ayuda Técnica, Económica y Afín de 23 de julio 1962) y 1974 (Acuerdo entre el Gobierno de Colombia y el Gobierno de los Estados Unidos de América relativo a una Misión del Ejército, una Misión Naval y una Misión Aérea de las Fuerzas Militares de los Estados Unidos de América en la República de Colombia, suscrito en Bogotá el 7 de octubre de 1974) entre otros. Sobre ello, MEJÍA: “Bases militares, inmunidad y drogas”.

⁶¹ Cfr. Texto del acuerdo entre Colombia y E.U. sobre CPI de 17 de septiembre 2003.

personas que se escudan en ellos para cometer graves violaciones a los derechos humanos.

Tercera. Las inmunidades para agentes diplomáticos, consulares, altos funcionarios de los estados o de organizaciones interestatales —a veces, incluso, en relación con actos que no forman parte del servicio—, que durante las últimas décadas se han multiplicado de manera sorprendente e inadmisibile, deben ser recortadas porque ellas también comportan una burla descarada al principio de igualdad en el ámbito del Derecho procesal penal, aunque se debe tener cuidado de no afectar la armónica operancia de las relaciones internacionales.

Cuarta. De igual forma, las inmunidades que algunos estados imponen a otros más débiles prevalidos de su poderío económico, político y militar —piénsese en lo que sucede con Estados Unidos de América y sus aliados—, de tal manera que las personas que conforman sus delegaciones militares y/o asimiladas quedan absolutamente exentas de la jurisdicción penal cuando realizan conductas punibles en el territorio de estos últimos, deben desaparecer de inmediato del orden internacional. Otro tanto sucede con las figuras similares que esas potencias obligan a aceptar a otras organizaciones estatales, de cara a impedir que sus nacionales sean eventualmente conducidos ante la Corte Penal Internacional.

Quinta. En este sentido, la inmunidad parlamentaria que es una de las instituciones pioneras de estos mecanismos debe desaparecer de los ordenamientos nacionales, pues las razones históricas que alumbraron su creación hacia finales del siglo XVIII ya han desaparecido; hoy son mecanismos que propician “una parcela inaceptable de impunidad” o sirven como un elemento de presión política⁶².

Sexta. Los privilegios en materia de investigación y de juzgamiento —algunos de ellos connaturales a los institutos examinados— así como los eventos de aforamiento, empotrados en las legislaciones penales, también deben ser objeto de grandes restricciones por las mismas razones ya dichas⁶³.

⁶² Cfr. GÓMEZ COLOMER/ESPARZA LEIBAR, *Tratado jurisprudencial*, págs. 80, 95 y ss.

⁶³ De hecho, en países como Portugal, Francia, Italia, Estados Unidos y Alemania, son casi inexistentes (véase, la exposición y la propuesta en ese sentido que hacen GÓMEZ COLOMER/ESPARZA LEIBAR, *Tratado jurisprudencial*, págs. 871 y ss., 965 y ss.).

Séptima. No obstante, instituciones como las indemnidades que amparan a los congresistas o parlamentarios cuando emiten sus votos u opiniones deben preservarse, en la medida en que gracias a ellas se garantiza la independencia de dichos funcionarios y se asegura el debido funcionamiento de órganos democráticos⁶⁴.

Octava. Así mismo, pese que aquí se propone reducir a su máxima expresión los institutos examinados de cara a posibilitar una mejor persecución de los crímenes que afecten a los derechos humanos de tal manera que la globalización de la violencia se enfrente con la globalización de la administración de justicia⁶⁵, también es cierto que se debe abogar porque el Derecho penal que impere en esos ámbitos —el moderno Derecho internacional penal— sea mínimo, garantista, no expansivo como quieren algunas corrientes autoritarias que ahora claman por arrasar con todo el legado jurídico penal de occidente, de la mano de un neopunitivismo desenfrenado que, como ha advertido PASTOR, conforma un verdadero “derecho penal contrailustrado”⁶⁶.

Novena. Al mismo tiempo, se debe estar muy atentos para impedir que organismos judiciales politizados empleen este tipo de herramientas para perseguir a determinados estamentos, so pena de velar por la legalidad. Lo sucedido en Colombia, a raíz del juzgamiento en única instancia de los congresistas por parte de la Corte Suprema de Justicia, es un buen ejemplo de ello y debe servir como campanazo de alerta.

Décima. Hoy, en el actual contexto planetario, no parece coherente desde la perspectiva internacional que actores de conflictos armados que han cometido crímenes atroces (piénsese, de nuevo, en los grupos armados colombianos), sean sometidos a esquemas de juzgamiento privilegiados a través de instrumentos procesales y sustantivos designados al efecto, por muy loables que sean los propósitos encaminados a fortalecer la paz y la convivencia que animan a los legisladores.

⁶⁴ Por ello, pues, dice la Corte Constitucional colombiana que “La irresponsabilidad de los congresistas es consustancial a la democracia constitucional ya que es la expresión necesaria de dos de sus principios esenciales: la separación de los poderes y la soberanía popular” (Cfr. Corte Constitucional, sent. SU-047 de 29 enero 1999; Const. Pol., art. 185).

⁶⁵ Así la muy atinada prédica de VALENCIA RESTREPO, *Derecho internacional*, pág. XIV.

⁶⁶ PASTOR, *Encrucijadas*, págs. 111 y ss., 240.

VII. BIBLIOGRAFÍA

AA. VV.: *Immunidad: fuente de impunidad*, Revista ASIES, Número extraordinario, Guatemala, 2006, 93 págs., en <http://www.asies.org.gt/Revista%20ASIES/2006/REVISTA%206-2006.pdf>; Fecha de la consulta: cinco de enero 2011.

ALCOCEBA GALLEGU, M. AMPARO: “La licitud internacional de los *acuerdos antidoto* celebrados por los Estados Unidos para evitar la jurisdicción de la CPI”, en *Anuario de derecho internacional*, Volumen 19, Navarra Universidad de Navarra. Departamento de Derecho Internacional Público y Privado, 2003, págs. 349 y ss.

AMBOS, KAI: “Inmunidades en derecho (penal) nacional e internacional”, traducción de Virgilio Rodríguez Vázquez, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2005*, tomo II, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung, 2005, págs. 691 y ss.

—.: *Estudios de Derecho Penal Internacional*, Bogotá, Leyer, 2005.

—.: “El caso Pinochet y el derecho aplicable”, traducción de Enrique Anarte Borralló, en *Revista Penal* N° 4, 1999, págs. 3 y ss. En: http://portal.uclm.es/portal/page/portal/IDP/REVISTA_PENAL_DOCS/Numero_4/3-20.pdf; Fecha de la consulta: tres de enero 2011.

—.: *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch* (MüKo-StGB), tomo 1, 2ª. edic. Vorbemerkungen §§ 3-7 nm. XX, números marginales 105 a 144, München, Verlag C. H. Beck, 2011.

—.: “Los crímenes de Khadafi: un caso para La Haya”, *Semana.com*, Bogotá, 31 de marzo 2011.

CARNERERO CASTILLA, RUBÉN: “Un paso atrás en la lucha contra la impunidad. La sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 14 de febrero de 2002 en el asunto relativo a la orden de arresto de 11 de abril de 2000 (República Democrática del Congo c. Bélgica)”, págs. 83 y ss., en <http://eprints.ucm.es/6559/1/CONGO.pdf>; Fecha de la consulta: 20 de enero 2011.

COBO DEL ROSAL, MANUEL/TOMÁS SALVADOR VIVES ANTÓN: *Derecho penal*, Parte general, 5ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

CONVENTION ON SPECIAL MISSIONS, Adopted by the General Assembly of the United Nations on 8 December 1969, en http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/9_3_1969.pdf; Fecha de la consulta: 8 de enero 2011.

CONVENCIÓN SOBRE PRERROGATIVAS E INMUNIDADES DE LAS NACIONES UNIDAS, Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de febrero de 1946, en: http://untreaty.un.org/unts/144078_158780/7/6/14419.pdf; Fecha de la consulta: siete de enero 2011.

CONVENCIÓN SOBRE PRERROGATIVAS E INMUNIDADES DE LOS ORGANISMOS ESPECIALIZADOS de 21 noviembre 1947, en: <http://normas.diprargentina.com/2008/12/convencin-sobre-prerrogativas-e.html>. Fecha de la consulta: siete de enero 2011.

CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LAS INMUNIDADES JURISDICCIONALES DE LOS ESTADOS Y DE SUS BIENES, de 16 de diciembre 2004, en <http://www.espaciosjuridicos.com.ar/datos/OTROS%20TRATADOS/ARES5938.pdf>; Fecha de la consulta: 8 de enero 2011.

CONVENIO GENERAL PARA AYUDA ECONÓMICA, TÉCNICA Y AFÍN ENTRE EL GOBIERNO DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA Y EL GOBIERNO DE COLOMBIA, firmado en Bogotá, 23 de julio 1962, en http://untreaty.un.org/unts/60001_120000/7/10/00012469.pdf Fecha de la consulta: siete de enero 2011.

CORTE CONSTITUCIONAL, sent. SU-047 de 29 enero 1999.

CORTE CONSTITUCIONAL, auto A288 de 17 agosto 2010.

COUSIÑO MAC IVER, LUIS: *Derecho penal chileno*, t. I, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1975.

GARCÍA, ELOY: *La Inmunidad Parlamentaria y Estado de Partidos*, Madrid, Editorial Tecnos, 1989.

—. “Inmunidad parlamentaria y estado de partidos”, en <http://www.bibliojuridica.org/libros/2/899/16.pdf>. Fecha de la consulta: 8 de enero 2011.

GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS/ESPARZA LEIBAR IÑAKI: *Tratado Jurisprudencial de Aforamientos Procesales*. Estudio particularizado teórico-práctico sobre los privilegios procesales de los altos cargos, autoridades y funcionarios públicos en el proceso penal español y en el derecho comparado Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.

GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS: “Altos funcionarios y protección procesal penal (un intento de aclaración)” en *Estudios Jurídicos Ministerio Fiscal*, núm. I, Madrid, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, 1998, págs. 327 a 345.

GONZÁLEZ CUSAC, JOSÉ LUIS/CUERDA ARNAU, MARÍA LUISA: “Aproximación al Derecho penal parlamentario: Inviolabilidades”, en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 1, mayo-agosto de 1997, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1997, págs. 101 y ss.

HOBE, STEPHAN/KIMMINICH, OTTO: *Einführung in das Völkerrecht*, 8ª ed., Tübingen/Basel, A. Francke Verlag, 2004.

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

JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS: *Tratado de Derecho Penal*, tomo II, 4ª. ed., Buenos Aires, Losada, 1977.

JORGE URBINA, JULIO: “Crímenes de guerra, Justicia universal e inmunidades jurisdiccionales penales de los órganos del Estado”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. VIII, 2008, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2008, págs. 255 y ss., en <http://www.bibliojuridica.org/estrev/derint/cont/indice.htm?r=derint&n=8>; Fecha de la consulta: 24 de enero 2011.

KINDHÄUSER, URS/NEUMANN, ULFRID/PAEFFGEN, HANS ULLRICH (Editores): *Nomos Kommentar. Strafgesetzbuch*, t. I, 3ª ed., Baden-Baden, 2010.

Los principios de Bruselas contra la impunidad y por la justicia internacional, Adoptados por el «Grupo de Bruselas por la justicia internacional», 2002. En: http://www.iccnw.org/documents/BrusselsPrinciples6Nov02_sp.pdf; Fecha de la consulta: seis de enero de 2011.

MAIER, JULIO B. J.: *Derecho Procesal Penal*, tomo II, Parte General, 1ª reimpresión de la 1ª ed., Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004.

MAURACH, REINHART/HEINZ, ZIPF: *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, t. I. 8ª ed., Heidelberg, C. F. 1992.

MEJÍA, JORGE: “Bases militares, inmunidad y drogas” en *Caja Virtual*, Corporación Viva la Ciudadanía, <http://www.viva.org.co/cajavirtual/svc0168/articulo0003.pdf>. Fecha de la consulta: cinco de enero 2011.

RÍOS RODRÍGUEZ, JACOBO: “Límites y beneficiarios de la inmunidad de los gobernantes”, *Revista electrónica de Estudios Internacionales*, 2007 N° 13, en: <http://www.reei.org/reei%2013/RiosRdriguez%28reei13%29.pdf>; fecha de la consulta: 8 de enero 2011.

SCHÖNKE, ADOLF/SCHRÖDER, HORST: *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 28ª edición, München, C. H. Beck, 2010. Reelaborado por Albin Eser, Walter Stree, Jörg Eisele, Günther Heine, Walter Perron, Detlev Sternberg-Lieben, Nikolaus Bosch, Bernd Hecker, Jörg Kinzig y Ulrike Schittenhelm.

SECOND WARRANT OF ARREST FOR OMAR HASSAN AHMAD AL BASHIR, en <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc919014.pdf>; Fecha de la consulta: tres de febrero 2010.

STEIN, TORSTEIN/VON BUTTLAR, CHRISTIAN: *Völkerrecht*, 11ª ed., Köln/Berlin/Bonn/München, Carl Heymanns, 2005.

TEXTO DEL ACUERDO ENTRE COLOMBIA Y E.U. SOBRE CPI DE 17 DE SEPTIEMBRE 2003, En <http://www.colectivodeabogados.org/Texto-del-acuerdo-entre-Colombia->; Fecha de la consulta: siete de enero 2011.

VALENCIA RESTREPO, HERNÁN: *Derecho Internacional Público*, 3ª. Ed., Medellín, Librería Jurídica COMLIBROS, 2008.

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.

VERDROSS, ALFRED/SIMMA, BRUNO: *Universelles Völkerrecht. Theorie und Praxis*, 3ª ed., Berlin, Duncker/Humboldt, 1984.

WARRANT OF ARREST FOR OMAR HASSAN AHMAD AL BASHIR, en: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc644487.pdf>; Fecha de la consulta: tres de febrero 2010.

WERLE, GERHARD: *Tratado de Derecho Penal Internacional*, traducción de Claudia Cárdenas Aravena/María del Mar Díaz Pita/María Gutiérrez Rodríguez/Antonio Muñoz Aunión, Valencia Tirant lo Blanch, 2005.

WOLFFHÜGEL GUTIÉRREZ, CHRISTIAN: “La falta de disposición y de capacidad de los sistemas judiciales domésticos, en el marco del principio de complementariedad. A propósito del Estatuto de la Corte Penal Internacional”, en *Revista Civilizar*, Vol. 9, núm. 17, julio-diciembre, Bogotá, 2009, págs. 79-88.



Jurisprudencia

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 entonces¹, 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,

¹ 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 cantidad².

Ya en el parqueadero donde había dejado estacionado su vehículo, fumó un cigarrillo de marihuana³ 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, arrastrándola 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

² 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.

³ Así lo admitió RODOLFO SEBASTIÁN SÁNCHEZ ante la siquiatria 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. Debíó, 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 alternativa⁴, 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”.

⁴ 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 similares⁵, 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.

⁵ 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,⁶ 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.

⁶ 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 concurran 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.⁷

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).⁸

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 representación⁹. Pero en la Ley 599 de 2000, tomó partido por la teoría de la representación,

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

⁸ RAGUÉS I VALLÈS, RAMÓN. *El dolo y su Prueba en el Proceso Penal*. JB, Barcelona, 1999, págs. 67 y 68.

⁹ 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.¹⁰

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

¹⁰ 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 concurran 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 culposos o imprudentes."

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 culposos sino doloso en la modalidad denominada eventual".¹¹

¹¹ 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 incurre 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 previéndolo 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,¹² es importante precisar que todas ellas, sin excepción, son coincidentes en reconocer como casos de conducta culpable 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.

¹² 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”.¹³

¹³ 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,¹⁴ 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

¹⁴ 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”.*¹⁵

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”.

¹⁵ 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 incurría 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".*¹⁶

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

¹⁶ 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”.¹⁷

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.

¹⁷ 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 desdicen 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 dolo¹⁸ 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 evitabilidad¹⁹:

“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.

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

¹⁹ 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 ROXIN²⁰:

“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

²⁰ 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 ROXIN²¹:

“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.

²¹ 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 mas 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*”²².

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

²² 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 amplificadora 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 las 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 berriundo”.

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: “Sí, 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 eventual²³. 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.

²³ 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”*²⁴, 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”*²⁵.

“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 naturalis²⁶. 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*

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

²⁵ *Ibidem*, pág. 138.

²⁶ 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”²⁷.

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*”²⁸.

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*”²⁹.

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*”.

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

²⁸ Obra citada, pág. 435.

²⁹ 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 consciente³⁰ 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”³¹, 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 incondicional³²—, 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.

³⁰ 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.

³¹ Cfr. WELZEL, *Derecho penal*, pág. 101.

³² HURTADO POZO, *Manual*, 3ª ed., pág. 464.

consiguiente menoscabo para el bien jurídico tutelado, y, a pesar de ello, actúa para alcanzar el fin perseguido³³; 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)³⁴, 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 doctrinarios³⁵ que, tradicionalmente, fluctúan entre dos grandes grupos de posturas cuyas elaboraciones se remontan al siglo XIX³⁶. 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

³³ Sobre ello, VELÁSQUEZ, *Derecho penal*, pág. 625.

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

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

³⁶ 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 compuesta³⁷.

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 contemporáneos³⁸. 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”³⁹, 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

³⁷ Cfr. FEIJÓO SÁNCHEZ, *Dolo eventual*, págs. 61 y 62.

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

³⁹ 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. HERZBERG⁴⁰) 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. ROXIN⁴¹ 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*⁴².

2. La culpa consciente. El dolo eventual no puede ser confundido con la culpa con representación o con previsión⁴³ 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”⁴⁴. 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*.

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

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

⁴² Sobre ello, VELÁSQUEZ, *Derecho penal*, pág. 628.

⁴³ Sobre ello, VELÁSQUEZ, *Derecho penal*, pág. 692.

⁴⁴ 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 evitarlo⁴⁵; 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 consciente⁴⁶. Un ejemplo clásico de cátedra que se expone en un trabajo previo del autor sobre esta materia⁴⁷, 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.

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

⁴⁶ 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.

⁴⁷ 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 GALLEGU, 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 Monteblando –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 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” (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 autoridad⁴⁸, 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”⁴⁹, 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 examina⁵⁰.

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

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

⁴⁹ Sobre ello, POSADA MAYA, “Los juicios paralelos”, págs. y ss.

⁵⁰ 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 hechos⁵¹. 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 consciente⁵², 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,

⁵¹ 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”.

⁵² 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”*⁵³.

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 —advuértase— 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

⁵³ 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”⁵⁴.

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

⁵⁴ 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 española⁵⁵.

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 intuición⁵⁶ 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”*⁵⁷.

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.

⁵⁵ 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”.

⁵⁶ 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”.

⁵⁷ Cfr. RAGUÉS I VALLÈS, *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, CLAUDIUS: *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 práctica⁵⁸; 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.

⁵⁸ 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 resultado⁵⁹.

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 representación⁶⁰, 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 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 evitarlo⁶¹.

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 dolosa⁶².

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

⁵⁹ Cfr. GIMBERNAT ORDEIG: “El Dolo eventual”, pág. 251.

⁶⁰ 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.

⁶¹ Cfr. C.S.J., Casación 20860, sentencia de 15 de septiembre de 2004.

⁶² Cfr. GIMBERNAT ORDEIG: “Acerca del Dolo eventual”, pág. 254.

caso) la voluntad conductora del sujeto estuviera dirigida a la evitación del resultado”⁶³. 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 eventual⁶⁴.

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 concurran 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”⁶⁵.

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”⁶⁶, 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”⁶⁷.

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 2004⁶⁸ 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 protagonista al hacer el aludido distingo dogmático.

⁶³ Cfr. ROXIN, *Derecho Penal*, págs. 436 y 437.

⁶⁴ Cfr. MEZGER, *Tratado*, Tomo I; RAGÜES I VALLÈS, *El dolo*, pág. 109.

⁶⁵ 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.

⁶⁶ *Ibid.*, pág. 49.

⁶⁷ *Ibid.*, pág. 50.

⁶⁸ *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”⁶⁹.

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*⁷⁰.

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 dolo⁷¹. 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 riesgo⁷². Según esta armazón jurídica “para el *dolus eventualis* bastaría por tanto en (sic) el conocimiento del riesgo no permitido”⁷³. Se trata, pues, de una concepción de raigambre cognitivo continuadora “del espíritu de la teoría de la representación”⁷⁴. 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”*⁷⁵.

⁶⁹ Cfr. RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo*, pág. 97.

⁷⁰ 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.

⁷¹ Cfr. RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo*, pág. 97.

⁷² Cfr. JESCHECK, *Tratado*, pág. 324.

⁷³ Cfr. ROXIN, *Derecho Penal*, t. I, pág. 439.

⁷⁴ Cfr. RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo*, pág. 88.

⁷⁵ 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 riesgo⁷⁶. 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 acostumbamiento, 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”⁷⁷.

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.

⁷⁶ Cfr. JAKOBS, *Derecho penal*, pág. 333.

⁷⁷ 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 lesiones⁷⁸.

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”⁷⁹.

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”⁸⁰.

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”⁸¹.

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.

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

⁷⁹ Cfr. JAKOBS, *Derecho penal*, pág. 334.

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

⁸¹ 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”⁸².

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”⁸³.

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”⁸⁴.

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

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

⁸³ *Ibid.*, pág. 75.

⁸⁴ *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”⁸⁵.

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

⁸⁵ *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*”⁸⁶.

G. Bibliografía

CEREZO MIR, JOSÉ: *Obras completas, TI, 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.

⁸⁶ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo*, pág. 111.



IV

Bibliografía

JOAN J. QUERALT JIMÉNEZ: *Derecho penal español. Parte especial*, sexta edición, Barcelona, Atelier, 2010, 1311 páginas.

Una reciente reforma al Código Penal Español de 1995, para el caso la producida mediante la expedición de la Ley Orgánica 5 de 2010, introduce notables transformaciones en el derecho penal de ese país las cuales van desde la confección de diversas normas penales que crean o modifican las figuras punibles y las condignas sanciones, hasta la que implanta –sin herramientas legales de índole procesal para proceder- la responsabilidad penal de las personas jurídicas –lo que lleva al autor del texto a afirmar, de manera tajante, que las consecuencias jurídicas previstas para esos entes son verdaderas medidas de seguridad-, produciendo cambios no sólo en la Parte General sino en la Especial.

El legislador hispano –cosa que también sucede con el nuestro aunque en otro contexto planetario-, pues, so pretexto de acoger las directivas comunitarias y de ponerse a la par de los nuevos tiempos, acude a un derecho penal en expansión cuando no uno simbólico que mucho desdice de la tradición occidental en estas materias; pero lo más grave, como lo demuestra en su “prólogo” el Profesor QUERALT JIMÉNEZ, es que ello se hace sin un serio debate político-criminal previo porque la Política Criminal no aparece articulada con las demás políticas estatales y cada ministro pareciera tener la suya.

La obra, que sigue en buena medida la estructura del Código Penal que le sirve como objeto de reflexión al estudioso, está dividida en secciones, subsecciones y partes para conformar un total de treinta y cinco capítulos que se distinguen mediante parágrafos. La primera de esas secciones se destina, en efecto, al examen de los delitos contra los bienes de titularidad individual, en cuya subsección primera se examinan los delitos contra las personas mientras que en la segunda se abordan los atentados contra los valores patrimoniales

individuales. La Sección segunda es utilizada, a su turno, para exponer los derechos e intereses colectivos: delitos contra la colectividad (subsección primera) y los atentados punibles contra la capacidad prestacional de los servicios públicos (subsección segunda). El texto cuenta, además, con un excelente listado de abreviaturas que mucho ayuda para citar los trabajos sobre la materia (cfr. páginas 27-30), una nutrida bibliografía general que se consigna al final (páginas 1309 a 1311) y –algo bien importante- con referencias especiales por temas, seleccionadas con profundo rigor, insertas al final de cada uno de los 35 capítulos y que, por supuesto, contribuyen a que el estudiante o el investigador tengan un más fácil acceso a las fuentes.

Con todo, el autor de esta extensa obra se ha preocupado por poner al día todo el contenido de la misma de tal manera que –como en pretéritas ediciones- ella sea un muy importante instrumento para el estudio, el aprendizaje y la enseñanza de la Parte Especial, no solo en España sino en otras latitudes como en nuestro país donde –como también sucedía en el pasado- muchas de las figuras vertidas en las codificaciones de aquella nación han sido reproducidas en las nuestras. De ahí, pues, que la exposición objeto de reseña sirva de mucho para esclarecer el alcance de las mismas.

De veras, en un mundo como este –más preocupado por las realidades virtuales y el más arraigado materialismo-, produce alegría que académicos integrales como el distinguido catedrático de la Universidad de Barcelona que ha confeccionado el texto continúen con sus esfuerzos. Pero lo que más satisface cuando se consulta el trabajo –que no se pierde en profundos y confusos mundos conceptuales, lleno de un mar de citas- es no sólo la sencillez y la claridad con las que aparece redactada sino el talante crítico que anima al autor –el mismo que lo ha tornado en un columnista implacable en sus acostumbradas contribuciones a algunos diarios de su país- quien, a cada paso, sugiere enmiendas legislativas y critica los frecuentes –y a ratos insoportables- yerros que los desesperados legisladores de turno suelen cometer. Esto, desde luego, es muy importante para jalonar el cambio y lograr que se confeccionen mejores leyes, esas que tanto ansiamos los que creemos que todavía es posible abogar por un derecho penal de garantías, por un derecho penal liberal al servicio de la dignidad del hombre, y no por uno autoritario o expansionista que quiere acabar con todo vestigio de progreso y civilización a su paso, para retornar al Medievo.

Bienvenida, pues, a la discusión esta obra que no sólo engrandece a la Ciencia del Derecho penal española sino que invita a los estudiosos de otras latitudes a emprender tareas semejantes, sobre todo en países como el nuestro donde los estudios de la Parte Especial están estancados y requieren de nuevos bríos.

Fernando Velásquez V*.

Bogotá, dos de noviembre 2011.

* 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.

GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS/ESPARZA LEIBAR, IÑAKI: *Tratado Jurisprudencial de Aforamientos Procesales*. Estudio particularizado teórico-práctico sobre los privilegios procesales de los altos cargos, autoridades y funcionarios públicos en el proceso penal español y en el derecho comparado, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, 1077 páginas.

Quien consulte esta obra, elaborada en forma conjunta por los Profesores GÓMEZ COLOMER y ESPARZA LEIBAR, ambos catedráticos del Programa de Maestría en Derecho Procesal Penal que, de forma conjunta, administran las Universidades Sergio Arboleda y Jaume I de Castellón, España, que es codirigido por el primero de ellos y por el suscrito, encontrará una investigación de muy hondo calado y gran valor que ha sido reposada y depurada por los años.

La tesis central que pretenden demostrar los autores es la siguiente: los aforamientos previstos en el derecho español son inconstitucionales porque, como con creces lo demuestra este estudio, desconocen el artículo 14 de la Constitución hispana. Bien señalan los expositores en el acápite destinado a la “Propuesta final”, lo siguiente: “Por eso los aforamientos, salvo los previstos en la Constitución, son inconstitucionales todos ellos sin excepción; por eso dando un paso más allá habría que reformar la Constitución y dejar sólo el del Rey, con matices, y el del Presidente del Gobierno, éste sin precisión alguna. Ejercer sin trabas la jefatura del Estado y la jefatura del Gobierno sí son razones poderosas para dispensar esta protección” (pág. 968).

La voluminosa exposición, está dividida en cuatro partes: la primera —precedida de la introducción y el listado de abreviaturas utilizadas— se destina al “Análisis dogmático de la protección jurídica privilegiada de altos cargos, autoridades y funcionarios públicos en España” (páginas 41 a 289); allí se echan las bases teóricas para poder debatir la problemática indagada y, lo que es más importante, se hacen unas muy necesarias precisiones conceptuales con las cuales se evita la dispersión reinante en esta materia. Con ellas, bien dicen los reputados investigadores, se pretende “adaptar el Derecho Procesal al Derecho Constitucional y al Derecho Penal, y no al revés, por entender que el proceso siempre debe estar al servicio del Derecho material. Esto es novedoso porque que sepamos es el primer intento de realizarlo así, y por tanto la discusión está servida. Pero eso es ciencia. Al menos debe quedar claro que nuestra intención ha sido utilizar y aprovechar el lenguaje para facilitar una amplia comprensión de la lógica de instituciones jurídicas interdisciplinarias, de manera que consigamos entendernos mejor los juristas que pertenecemos a distintos campos,

para que el Derecho progrese y sirva mejor a la sociedad en que se aplica” (pág. 138)

Esta sección consta de diez acápites en los cuales se comienza por mostrar la problemática de los privilegios parlamentarios y sus extensión, el origen histórico de esa favorecida protección; la base constitucional; la conceptualización jurídica sustantiva del Derecho constitucional; las aportaciones dogmáticas del Derecho penal al asunto; la traslación al proceso penal de los conceptos sustantivos y sus consecuencias; el examen detenido de la estructura del proceso penal contra personas investidas de altos cargos, autoridades y funcionarios públicos; la tutela procesal de los altos cargos y sus privilegios; y, por supuesto, la conclusión provisional en la que se vaticina la “probable incompatibilidad con el principio de igualdad” de esos institutos.

La segunda parte, intitulada como “El análisis jurisprudencial práctico de los conceptos esenciales” (páginas 297 a 428) consta, a su turno, de tres acápites: el primero, aborda la fundamentación constitucional de las prerrogativas parlamentarias; en el segundo, el aforamiento del alto funcionario acusado; y, en el último la “Extensión temporal del aforamiento o duración de la protección”.

La tercera parte que es la más voluminosa (páginas 429 a 868), es la destinada al análisis jurisprudencial del trámite procesal en el que intervienen aforados, lo cual se hace en cinco secciones dedicadas a la introducción, las reglas en materia de competencia, el principio del juez legal, el suplicatorio, las instituciones procesales y las especialidades procesales penales en función de la persona aforada.

Al derecho comparado —lo que hace este tratado todavía más atractivo para quien quiera mirar el fenómeno *de lege ferenda*— destinan los Profesores GÓMEZ COLOMER y ESPARZA LEIBAR la cuarta parte de su “Tratado” (páginas 871 a 968) en la cual, en seis secciones —luego de la Introducción en la cual se afirma que existe una ausencia casi total de aforamientos en los sistemas más próximos al español— se abordan los derechos positivos de Portugal, Francia, Italia, Estados Unidos de Norteamérica y Alemania. Aquí, para demostrar el rigor con el cual se expone el asunto, aparece un anexo legislativo referido a esta última nación, de tal manera que el interesado puede confrontar las conclusiones de los expositores con el propio derecho positivo alemán (páginas 957 a 961).

La propuesta final es la atinente a la desaparición de los aforamientos (páginas 963 a 968). A continuación de ella, se consignan unos muy

bien cuidados apéndices donde se vierten todas las normas vigentes en España en materia de inviolabilidad, inmunidad y aforamiento (páginas 969 a 1013); así mismo, el lector encuentra un muy completo índice bibliográfico general por países (páginas 1013 a 1028). Además, un catálogo jurisprudencial que recoge las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (páginas 1028 a 1039). Para culminar, se introduce el repertorio jurisprudencial por materias (páginas 1039 a 1077).

Sin duda, este extraordinario trabajo ha puesto el dedo en la llaga en relación con una problemática de suyo muy relevante en la discusión contemporánea, pues es claro que institutos como los examinados por los estudiosos se enclavan en las legislaciones penales internas —¡conste que el caso colombiano es todavía más preocupante que el español!— y en el derecho de gentes, con miras a proteger a ciertas personas y en relación con la comisión de determinados delitos, por muy diversas razones. Es más, en el debate actual cobra todavía más importancia cuando se piensa que este tipo de figuras también se emplea como paraguas para eludir la acción de la justicia nacional e internacional, en casos de crímenes atroces que desconocen el derecho internacional humanitario.

Por supuesto, para Colombia también es trascendental el debate planteado si se tienen en cuenta las enormes dificultades internas en estas materias y el amplio e incomprensible espectro de las llamadas “inmunidades”; en especial, recuérdese lo sucedido con el juzgamiento de altos dignatarios del Estado, sobre todo lo acaecido con los congresistas, espacio en el cual — pese a que se ha introducido un sistema procesal de tendencia acusatoria— se cometen a diario muchos desafueros.

Fernando Velásquez V*.

Bogotá, dos de noviembre 2011.

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

CUADERNOS DE DERECHO PENAL

SECCIÓN DE DOCTRINA

- El concepto de dolo en el Derecho Penal. Hacia un abandono definitivo de la idea de dolo como estado mental. *Gabriel Pérez Barberá.*
- Principio de igualdad e inmunidad procesal penal. *Juan Luis Gómez Colomer.*
- Las inmunidades y los privilegios procesales: institutos inconvenientes. *Fernando Velásquez V.*

SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

- La diferencia entre el dolo eventual y la culpa consciente en la reciente jurisprudencia. *Fernando Velásquez V./Christian Wolffhügel Gutiérrez.*

BIBLIOGRAFÍA

- Joan J. Queralt Jiménez: Derecho penal español. Parte especial, sexta edición, Barcelona, Atelier, 2010, 1.311 páginas. *Fernando Velásquez V.*
- Gómez Colomer, Juan Luis/Iñaki Esparza Leibar: Tratado Jurisprudencial de Aforamientos Procesales, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, 1.077 páginas. *Fernando Velásquez V.*

