



Universidad de Pamplona
Pamplona - Norte de Santander - Colombia
Tels: (7) 5685303 - 5685304 - 5685305 - Fax: 5682750 - www.unipamplona.edu.co

ACCION A PROPIO RIESGO:

EXCLUSION DE LA IMPUTACION POR CONDUCTA DE LA VICTIMA

SEAR JASUB RODRIGUEZ RIVERA

UNIVERSIDAD DE PAMPLONA

FACULTAD DE ARTES Y HUMANIDADES

PROGRAMA DE DERECHO

PAMPLONA

2018

DQS is member of:



Una universidad *incluyente* y *comprometida* con el desarrollo integral



Universidad de Pamplona
Pamplona - Norte de Santander - Colombia
Tels: (7) 5685303 - 5685304 - 5685305 - Fax: 5682750 - www.unipamplona.edu.co

Nota de acceptance

Firma del Jurado 1:

Firma del Jurado 2:

Firma del Jurado 3:

Villa del Rosario, 2018

DQS is member of:



THE INTERNATIONAL CERTIFICATION NETWORK



Una universidad **incluyente** y **comprometida** con el desarrollo integral



DEDICATORIA

*Dedico este trabajo de investigación al Padre de las Luces, al Creador y dador
de nuestras capacidades, en quien reposa mi confianza y da la verdadera paz.
El abre puertas y cierra caminos, enaltece y humilla, derroca y coloca reyes,
sin El nada de lo que somos tendría sentido, a Él la exaltación por clausurar
un sueño más, ser abogado.*



ABSTRACT

The action at its own risk or at risk of the victim, designations given to the interference of the victim in the consummation of the crime of which he is injured. "Interference" derived from injerir means "to interfere, enter into a dependency or business", being accepted synonymous the intervention.

This monograph is directed to the understanding of the intervention of the victim in the consummation of the crime, where they are injured their own legal goods. The Criminal Chamber of the Supreme Court of Justice has built its line of jurisprudence from the doctrine since 2003 with Judge Álvaro Orlando Pérez Pinzón, using it primarily for crimes that violate life and personal integrity and extending it - To crimes against the Economic Heritage.

The modern theory of Objective Imputation is a mandatory study for the delimitation of areas of responsibility in the field of criminal law and damages.

The self-defense in danger of the victim generates the exclusion of such imputation, hence its relevance within criminal dogmatics.



RESUMEN

La acción a propio riesgo o autopuesta en peligro de la víctima, designaciones dadas a la injerencia de la víctima en la consumación del delito del cual resulta lesionada. “Injerencia” derivado de injerir, significa “entrometerse, introducirse en una dependencia o negocio”, siendo sinónimo aceptado la intervención.

Esta monografía esta direccionada a la comprensión de la intervención de la víctima en la consumación del delito, donde resultan lesionados sus propios bienes jurídicos. La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha construido su línea jurisprudencial a partir de la doctrina desde el año 2003 con el Magistrado Álvaro Orlando Pérez Pinzón, usandola en primer medida para delitos que atentan contra la vida e integridad personal y extendiéndola –posteriormente- a delitos contra el Patrimonio Económico.

La moderna teoría de la Imputación Objetiva es de obligatorio estudio para la delimitación de esferas de responsabilidad propio del campo del derecho penal y derecho de daños. La autopuesta en peligro de la víctima genera la exclusión de dicha imputación, de ahí su relevancia dentro de la dogmática penal.



Universidad de Pamplona
Pamplona - Norte de Santander - Colombia
Tels: (7) 5685303 - 5685304 - 5685305 - Fax: 5682750 - www.unipamplona.edu.co

LISTA DE FIGURAS

Pág.

Figura 1. Estructura de la tipicidad **35**

Figura 2. Teorías Específicas de atribución. **39**

DQS is member of:



THE INTERNATIONAL CERTIFICATION NETWORK



Una universidad *incluyente* y *comprometida* con el desarrollo integral



CONTENIDO

	Pág.
1. INTRODUCCION	11
2. PROBLEMA	
2.1. DESCRIPCION DEL PROBLEMA: ACCION A PROPIO RIESGO: INJERENCIA DE LA VICTIMA EN LA CONSUMACION DEL DELITO.	12
2.2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	14
2.3. OBJETIVOS	15
2.3.1. OBJETIVO GENERAL	
2.3.2. OBJETIVOS ESPECIFICOS	
2.4. JUSTIFICACION	16
3. ESTADO DEL ARTE	
3.1. EL ROL DE LA VICTIMA EN LA EVOLUCION DOGMATICA DEL DELITO	17
3.2. ESQUEMAS DEL DELITO: OLVIDO DE LA VICTIMA.	19
3.3. MODERNIZACIÓN DE LA CRIMINOLOGÍA: VICTIMODOGMATICA	23
3.4. TEORIA DE LA IMPUTACION OBJETIVA: NUEVO ESCENARIO PARA LA EVOLUCION DEL PRINCIPIO DE AUTORESPONSABILIDAD.	30
3.4.1. FUNDAMENTOS DOCTRINALES : TIPICIDAD	32
3.4.2. IMPUTACION OBJETIVA: AMBITO DE APLICACIÓN Y CONCEPTOS	37
3.4.3. PRESUPUESTOS PARA LA IMPUTACION OBJETIVA	40
3.4.3.1. CREACION DE UN RIESGO JURIDICAMENTE DESAPROBADO	41
3.4.3.1.1. Disminución del riesgo	44
3.4.3.1.2. Riesgos mínimos socialmente adecuados.	44
3.4.3.1.3. Falta de creación de un riesgo significativo.	



3.4.3.2. CONCRECION DEL RIESGO EN EL RESULTADO (RELACION DEL RIESGO).	46
3.4.4. ACCION A PROPIO RIESGO COMO EXCLUSION DE LA IMPUTACION OBJETIVA	47
3.4.4.1. LA INEXISTENCIA DE POSICION DE GARANTIA.	50
3.4.4.2. ACEPTACION DEL RIESGO JURIDICAMENTE DESAPROBADO	65
3.4.4.3. AUTODETERMINACION DE LA VICTIMA.	67
3.4.5. EVOLUCION JURISPRUDENCIAL	68
3.4.6. CONCLUSIONES	151
3.4.7. BIBLIOGRAFIA	153



Universidad de Pamplona
Pamplona - Norte de Santander - Colombia
Tels: (7) 5685303 - 5685304 - 5685305 - Fax: 5682750 - www.unipamplona.edu.co

ACCION A PROPIO RIESGO

Injerencia de la víctima en la consumación del delito

SEAR JASUB RODRIGUEZ RIVERA

COD. 1.090.464.538

ASESOR:

JUVENAL VALERO BENCARDINO

UNIVERSIDAD DE PAMPLONA

FACULTAD DE ARTES Y HUMANIDADES

PROGRAMA DE DERECHO

PAMPLONA

2018

DQS is member of:



*Una universidad **incluyente** y **comprometida** con el desarrollo integral*



Universidad de Pamplona
Pamplona - Norte de Santander - Colombia
Tels: (7) 5685303 - 5685304 - 5685305 - Fax: 5682750 - www.unipamplona.edu.co

ACCION A PROPIO RIESGO

Injerencia de la víctima en la consumación del delito

SEAR JASUB RODRIGUEZ RIVERA

COD. 1.090.464.538

UNIVERSIDAD DE PAMPLONA

FACULTAD DE ARTES Y HUMANIDADES

PROGRAMA DE DERECHO

PAMPLONA

2018

DQS is member of:



*Una universidad **incluyente** y **comprometida** con el desarrollo integral*



INTRODUCCION

El presente trabajo de investigación sobre **ACCION A PROPIO RIESGO**, o, también denominada por otro sector de la doctrina **AUTOPUESTA EN PELIGRO DE LA VICTIMA**, precisará conceptos básicos de la imputación objetiva para así comprender en su dimensión general el alcance de la participación de la víctima en el resultado, para así realizar un análisis profundo de toda la jurisprudencia de la Sala Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia hasta la fecha.

Resulta menester aclarar que este trabajo de investigación se direcciona a todas las formas de injerencia de la víctima, sea su participación (acción) como su omisión, particularidades que se desarrollaran con precisión en esta obra, pero, especialmente frente a delitos de resultado como lesiones personales y homicidios en siniestros automovilísticos como de praxis médica, así como la innovada línea –hoy reiterada- por la Corte Suprema de Justicia sobre delitos patrimoniales.



1. PROBLEMA

1.1. DESCRIPCION DEL PROBLEMA: ACCION A PROPIO RIESGO: INJERENCIA DE LA VICTIMA EN LA CONSUMACION DEL DELITO.

En áreas del conocimiento –axiomáticas- como la matemática o la física se ha intentado crear la ecuación más completa o integra que explique todas las interacciones fundamentales de la naturaleza, motivada por el afán del ser humano en gobernar el comportamiento de la materia. A esto se la ha llamado la Teoría del Todo (ToE, Theory of Everything). En la ciencia del derecho, se ha intentado por diseñar la “fórmula” para determinar esferas de responsabilidad penal partiendo de determinados postulados, la imputación objetiva. Aunque la ciencia jurídica no es una ciencia axiomática como la física, esta puede dirigirse a la postulación de presupuestos que condicionan un efecto o una conclusión, partiendo de un postulado básico que Franco (2011) describe: “ (...) la imputación al tipo objetivo presupone la realización de un



peligro creado por el autor y no cubierto por un riesgo permitido dentro del alcance del tipo.”

Naturalmente se buscaría con esta nueva fórmula la determinación de esferas de responsabilidad frente a un sujeto agente que despliega una conducta desaprobada creando un riesgo de la misma naturaleza y que se concretaría en un resultado dañoso frente a víctimas o perjudicados, sin embargo, la doctrina plantea la hipótesis de que estas últimas –víctimas- podrían condicionar dicho resultado con su actividad configurando una autopuesta en peligro de la víctima o acción a propio riesgo. Esta doctrina que se empezó a aplicar en nuestro ordenamiento patrio en el año 2003 cuando la Honorable Corte Suprema de Justicia siguiendo la doctrina alemana inicia la aplicación en diversos campos como siniestros automovilísticos, como en la práctica médica o en los negocios rutinarios del tráfico jurídico. Pero, estas interpretaciones judiciales no fueron pacíficas en su desarrollo jurisprudencial.



1.3. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

¿Qué presupuestos deben existir para excluir de responsabilidad al presunto sujeto activo del delito dentro de un acontecer factico cuya producción sea condicionada por la victima?



1.4. OBJETIVOS

1.4.1. OBJETIVO GENERAL

Realizar un análisis conceptual de cada uno de los presupuestos de la teoría de la acción a propio riesgo como exclusión de la imputación por conducta condicionante de la víctima.

1.4.2. OBJETIVOS ESPECIFICOS

- Analizar el surgimiento de la doctrina de la Imputación objetiva en el plano internacional y nacional.
- Definir desde la dogmática cada uno de los presupuestos de la doctrina de la imputación objetiva.
- Explicar la doctrina de la acción a propio riesgo como excluyente de imputación.
- Examinar toda la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia en materia de acciones a propio riesgo.



1.5. JUSTIFICACION

Este trabajo de investigación nace de la necesidad de precisar conceptos dogmáticos sobre la imputación objetiva y específicamente sobre la Acción a Propio Riesgo o Autopuesta en peligro de la víctima como línea de exclusión de la imputación objetiva, así como la línea jurisprudencial de la Sala Pena de la Corte Suprema de Justicia desde el año 2003 hasta el 2015.

De vital importancia es el conocimiento de la dogmática jurídico-penal, pues determina en el abogado un conocimiento no simplemente ceñido a la literalidad de una disposición legal, sino la comprensión sistemática del derecho criminal desde la teoría, máxime cuando la doctrina que acá se analiza puede tener alcances como la absolución de un proceso por no serle atribuible un resultado o determinada conducta.

La imputación objetiva constituye un elemento adicional al tipo objetivo que es de gran ayuda para el esclarecimiento de esferas de responsabilidad en un determinado hecho, pues cada vez más el hombre se desempeña en actividades de riesgo que deben ser reguladas y cada



Universidad de Pamplona
Pamplona - Norte de Santander - Colombia
Tels: (7) 5685303 - 5685304 - 5685305 - Fax: 5682750 - www.unipamplona.edu.co

vez más la sociedad evoluciona a nuevas formas de comportamiento que
deben ser planteadas y sometidas a análisis por la doctrina penal.

DQS is member of:



THE INTERNATIONAL CERTIFICATION NETWORK



Una universidad *incluyente* y *comprometida* con el desarrollo integral



2. CAPITULO

ESTADO DEL ARTE

2.1. EL ROL DE LA VICTIMA EN LA EVOLUCION DOGMATICA DEL DELITO

La dogmática penal existe en antagonismo a la obsesión desmesurada del precepto normativo, como si lo practicaron los exegetas, sin ningún tipo de compasión frente a los principios generales del derecho, es por ello que, en 1805, un hombre, Jacques de Maleville publicó uno de los primeros comentarios al Código Civil Napoleónico, “(...) al tomar conocimiento [Napoleón] de ese hecho, exclamó que su Código estaba perdido” (Manrique, Navarro & Peralta, 2011).

Este último acontecimiento marca en la historia el inicio de la interpretación normativa de las codificaciones, entre ellos un método expositivo: dogmático. Este método dogmático está determinado en ser una herramienta de control de la producción legislativa con el fin de dar seguridad jurídica, sin embargo, ello



ocurre en razón a la concepción clásica, ya Roxin nos refiere a una concepción más contemporánea:

“(…) la dogmática penal no es un juego mental ajeno a la vida, sino una ciencia orientada a la praxis, para el estado libre y seguro de la sociedad.” (Roxin, C., 1992).

Esta concepción contemporánea, no solo se ocupa de ejercer control sobre la producción legislativa, sino que, además, propone criterios de corrección para la producción judicial. Ello se justifica por la finalidad de este método, pues bien, Roxin lo objetiva con enfoque social, como las decisiones judiciales al resolver conflictos entre los coasociados.

Ahora, en igual sentido ha evolucionado el concepto de delito y de éste el rol de quienes intervienen para hacerlo posible, todo en razón al contexto en que su desarrollo teórico surgió. Por ello, en este capítulo estudiaremos de manera general y sucinta los esquemas teóricos del delito con énfasis en el papel de la víctima en su producción.



2.1.1. ESQUEMAS DEL DELITO: OLVIDO DE LA VICTIMA.

Partimos de la Escuela Clásica del Derecho Penal, fundamentada principalmente en la obra de Cesar de Beccaria (1764) (Velásquez: 2010). De los delitos y de las penas, además de los trabajos del ilustrísimo FRANCESCO CARRARA, direccionando el estudio del delito y de la pena como fenómenos jurídicos, desplazando entonces cualquier cimiento de profundidad sobre el elemento humano (Rene: 2012): “(...) a la escuela clásica –en lo que al delincuente dice relación- únicamente le intereso la cantidad y calidad de la pena que debía recibir por el mal causado con su acción. En cuanto a la víctima, el clasicismo guardó y guarda aun el más absoluto silencio.” (p. 1).

Con acertado juicio el distinguido profesor SANDOVAL (1982) refiere al respecto: “La víctima quedó marginada del drama penal, para ser tan solo un testigo silencioso. La ley pena apenas la menciona, la literatura científica la ignora, y por lo general queda en el más completo desamparo.” (p.80)

Observamos un claro desplazamiento del factor humano sobre lo jurídico, pero con mayor razón frente a la formulación del concepto de bien jurídico, pues



esto termina con despersonalizar alguna posibilidad de intervención humana.

Sobre ello Landrove (1990) afirma categóricamente:

“El bien jurídico despersonalizo al delito al que mágicamente convirtió en un ataque no contra las personas sino contra valores impersonales como la propiedad, el honor, la libertad sexual, etc. Es decir, cuando el delincuente cometía una infracción, jurídicamente agredía a fórmulas abstrusas y no a seres humanos, conveniente posición si tenemos en cuenta que la protección de esta corresponde al Estado.” (p.26).

Ahora, frente a la Escuela Positiva del Derecho Penal, tiene como particularidad la influencia de la ciencia en la investigación jurídica, especialmente por la introducción del positivismo científico en la explicación de leyes morales. Su punto de partido -concepto de delito- es lejano a lo que sus predecesores fundaron -escuela clásica- como un ente jurídico, pues conciben el delito como un fenómeno histórico-social, apático de ideologías iusnaturalistas.

La influencia del positivismo científico trasciende en la explicación metódica de los acontecimientos sociales, pues de él y especialmente Augusto Comte



propone la creación de la sociología como ciencia cuyo objeto de estudio es la sociedad misma. De la misma manera, en la escuela positivista se pretende ya no -con la misma intensidad- el estudio del delito, sino el estudio del consumidor del delito: el criminal. La producción jurídica de sus expositores se ha centrado en las causas sociales del delito, como por ejemplo se hace notar en el texto del profesor PABON (2011):

“(…) el hombre delincuente no es libre, por el contrario, esta determinado por el delito. Aquí la doctrina del delincuente natural de LOMBROSO tiene su desarrollo: el hombre nace delincuente como el ave de rapiña nace condicionada a la rapacidad; las causas por las que un hombre delincuente no le son achacables, por tales razones, la pena aflictiva pierde su sentido y fundamento, pues no es posible causar sufrimiento a alguien que no ha actuado en libertad, y por ello no se sanciona al hombre por haber actuado libremente, sino porque la sociedad debe defenderse de él.” (p.30)

En resumen, el centro de estudio del derecho penal positivista es el delincuente, desinteresado en otras latitudes, como el concepto de víctima y su relevancia en



el esquema delictual. Estas escuelas fundadoras del derecho penal son referente de las que posteriormente evolucionaron e innovaron sobre el concepto de delito y el rol del sujeto en la sociedad.

La razón primaria del olvido de la víctima en el estudio del delito la encontramos en palabras del profesor Rene (2012):

“En mi opinión, las verdaderas razones para este secular olvido de las víctimas encuéntrase en la postura de la Criminología tradicional de creer que el crimen es fruto de la exclusiva voluntad del hombre y que por ende la sociedad y el estado ninguna responsabilidad tienen en la génesis del crimen y consecuentemente nada deben a la víctima. Curiosamente, mientras en el crimen individual se rechaza la responsabilidad de la sociedad y el Estado, cuando se trata de colectivos como el Holocausto se exige indemnizaciones a los vencidos e injustamente se ignora a las víctimas causadas por los vencedores, que sufrieron iguales -o casi iguales- horrores y padecimientos.” (p.7 -8).



2.1.2. ANTECEDENTES A LA IMPUTACION OBJETIVA: TEORIAS DE LA CAUSALIDAD.

2.1.2.1. Teoría de la equivalencia de condiciones.

Esta teoría basada en la doctrina de Stuart Mill (Larrauri: 1998) y fue desarrollada por VON BURI y GLASER, puede catalogarse como causa de un resultado toda condición sea positiva o negativa que intervenga en la producción de un resultado. Siguiendo a Velázquez (2010), esta teoría es eminentemente naturalística, y su construcción fue defendida por el procesalista J. Glaser en 1858 para el derecho austriaco. Al ser naturalística deja la puerta abierta para afirmar que todas las condiciones de determinado resultado tienen el mismo valor o equivalencia. La fórmula de esta doctrina se condensa así: “*es causa del resultado toda condición, positiva o negativa, que suprimida in mente haría desaparecer el resultado en su aparición concreta.*” (Gonzalez, Matallin, Orts: 2010). Sin embargo, para acoger cual condición es la apropiada o que interesa para el derecho penal se han acuñado dos fórmulas: la *conditio sine qua*



non o teoría de la condición y la *die Formel der gestzmaßigen Bedingung*
o teoría de la condición adecuada a las leyes.

Como critica a esta teoría refiere Mir Puig (2010): “El postulado central de la teoría de la condición, según el cual toda condición del resultado es igualmente causa del mismo, conduce ciertamente a una determinación amplísima de la causalidad que tiende al infinito.”(p. 239).

2.1.2.2. Teoría de la causalidad adecuada o de la adecuación.

Teoría planteada por un no jurista, un fisiólogo llamado von Kries a finales del siglo XIX. Siguiendo a Molina (2010) el “intento más importante de limitar la causalidad a la imputable objetivamente se ha llevado a cabo a través de la teoría de la adecuación” (p. 179). Opinión que es basada en Jakobs, ya que su intento de *adecuación* refiere a limitar esos cursos causales infinitos a través del dolo y de la imprudencia, bajo una máxima que reza: “no toda condición es causa, desde la perspectiva penal, sino aquella que según la experiencia general de forma habitual produce el resultado” (Velasquez:2010).

Fíjese que se introduce un elemento adicional que es la *experiencia general*.



Autores como Santiago Mir Puig (2010) determinan que la teoría de la adecuación “no puede considerarse una teoría de la causalidad, sino una teoría de la imputación objetiva”

2.1.2.3. Teoría de la relevancia o de la causalidad jurídicamente relevante.

Esta teoría desarrollada por Mezger y cuyo objetivo no es negar las anteriores teorías, sino declararlas insuficientes, así por ejemplo considera correcta - desde el punto de vista causal- la teoría de la equivalencia, pues es necesaria una congruencia entre la causalidad jurídica y la causalidad natural. Enfatiza a su vez el concepto de causa como criterio propio de las ciencias naturales y no de lo jurídico.

Ahora, si niega desde el punto de vista jurídico la teoría de la equivalencia, pues considera que no puede ser “jurídicamente equivalente” el único criterio que interese al derecho penal, esto sería insuficiente. Por ello considera que el único criterio que interesa al derecho penal es lo jurídicamente relevante (Bustos, Larrauri: 1998). Entonces, siguiendo a los mismos autores, tres son los pasos para la aplicación de esta teoría:

Primero, el nexo causal entre acción y resultado.



Segundo, la relevancia de este nexo causal.

Tercero, la culpabilidad del agente. (p.60).

Hoy día –siguiendo a Roxin (1997) no se defienden ninguna de estas doctrinas por cuanto resultaría un imposible lógico y jurídico su acogimiento.

2.1.3. TEORIA DE LA IMPUTACION OBJETIVA: NUEVO ESCENARIO PARA LA EVOLUCION DEL PRINCIPIO DE AUTORESPONSABILIDAD.

No existe, de manera exacta, alguna teoría que explique con precisión todos los fenómenos delictuales que surten de la creatividad o destreza del individuo¹. El ser humano es un símbolo de ingenio, del cual recrea todas las imposibilidades hacia un contexto de posibilidad real. Es a ello a lo que la Dogmática le apuesta, al tratar de delimitar las esferas de responsabilidad que surtirían dentro de un acontecer de relevancia criminal, cuya expectativa es que sea aplicable a todos los juicios que socialmente puedan ser planteados. Nos adelantamos al resultado del anterior planteamiento, y es que, el éxito de la teoría de la

¹ Como sucede en la Física, donde aún se ahonda en la posibilidad de encontrar alguna ecuación explicativa de todos los fenómenos físicos, lo que se conoce como TOE, teoría del todo (Theory of Everything).



imputación objetiva no fue el esperado; ya que pretende unir el tipo objetivo de los delitos dolosos e imprudentes.²

Este nuevo planteamiento intenta superar los cursos causales infinitos, las irrelevantes y desgastantes imputaciones incoherentes de responsabilidad, que realmente –bajo la perspectiva causalista- era un juicio mecánico. O, también, centrarse –únicamente- en el desvalor de la acción, donde se pretende construir un derecho penal de “propósito”: un extremo subjetivismo³. Al contrario, unifica el juicio de desvalor de acción-resultado.

Podemos afirmar, que la teoría de la imputación objetiva es un juicio valorativo de los pormenores de la acción y del resultado, con la finalidad de conectarlos lógicamente y establecer, de manera clara, grados de responsabilidad dentro de un actuar.

² CONDUCTA DE LA VICTIMA E IMPUTACION OBJETIVA EN DERECHO PENAL. Manuel Cancio Meliá. Universidad Externado de Colombia. Bogotá 2001. Al referirse sobre la imputación objetiva y la creación del riesgo. Pág. 82

³ La manifestación más extrema del mismos se denomina derecho penal del sentimiento. MANUAL DE DERECHO PENAL. Fernando Velásquez V. pág. 102. Igualmente se crea la crítica a la creación de un derecho penal de “peligrosidad” donde los móviles personales del sujeto son suficientes para su condena, así se perdería las diferencias que hoy existen entre los delitos tentados y el consumado, como ejemplo.



Iniciamos el estudio de esta figura desde su ámbito genérico: la tipicidad. Para ello abarcaremos un esquema panorámico y no específico, pues el epicentro de investigación de este trabajo es la exclusión de la imputación por acción a propio riesgo, que se abordara en el último capítulo.

2.1.3.1. FUNDAMENTOS DOCTRINALES: TIPICIDAD

Una de las categorías dogmáticas, y, -considerada por algunos- la más relevante.⁴ La tipicidad es la concreción del principio de legalidad del delito⁵, una descripción precisa de determinadas acciones u omisiones⁶ que serán acreedoras de una pena. De hecho, los finalistas consideraban que toda la parte especial del derecho penal eran modelos diferentes de acciones.

⁴ Recordemos a Zaffaroni, quien afirma que la Antijuridicidad resulta ser el punto central del delito. Para el autor, debe realizarse un juicio de antijuridicidad antepuesto a ser enmarcado en una norma. Sin embargo, autores como MUÑOZ CONDE, consideran la tipicidad como la más relevante.

⁵ JIMENEZ HUERTA, en su obra La Tipicidad. 1995. Citado por ALFONSO REYES ECHANDIA en DERECHO PENAL COLOMBIANO, Parte General. Universidad Externado de Colombia. Pág. 133.

⁶ Entendiendo el concepto de omisión desde la perspectiva normativista, esto es, superar una concepto naturalista (no hacer) para plantear un “hacer diferente”; ya no podemos plantear una pasividad en el comportamiento humano, sino, antes bien un constante actuar. LECCIONES DE DERECHO PENAL, Hugo Mario Sierra.



Tipicidad en su terminología denota Typus, lo que en su sentido amplio es un “modelo” o paradigma de algo. En sentido estricto, podemos definir –bajo la teoría de la norma jurídica- que es el supuesto de hecho (tatbestand de los alemanes).

La existencia de este instituto está garantizada por el principio general nullo crimen sine lege, al punto de ser su concreción o aun agregado del mismo:

“Este principio busca que las personas a quienes las normas van dirigidas, conozcan hasta dónde va la protección jurídica de sus actos. Con la tipicidad se desarrolla el principio fundamental “nullum crimen, nulla poena sine lege”, es decir, la abstracta descripción que tipifica el legislador con su correspondiente sanción, debe ser de tal claridad que permita que su destinatario conozca exactamente la conducta punitiva; en principio se debe evitar pues la indeterminación para no caer en una decisión subjetiva y arbitraria.



“Quiere decir lo anterior que cuando el legislador redacta un tipo penal está obligado a definir de manera precisa el acto, el hecho o la omisión que constituye el delito, y que si no lo hace propicia un atentado contra la libertad individual, pues deja al arbitrio de la autoridad que deba aplicarlo la calificación de los actos, vulnerando la libertad y la seguridad individuales consagrados como derechos fundamentales en el ordenamiento superior.”⁷

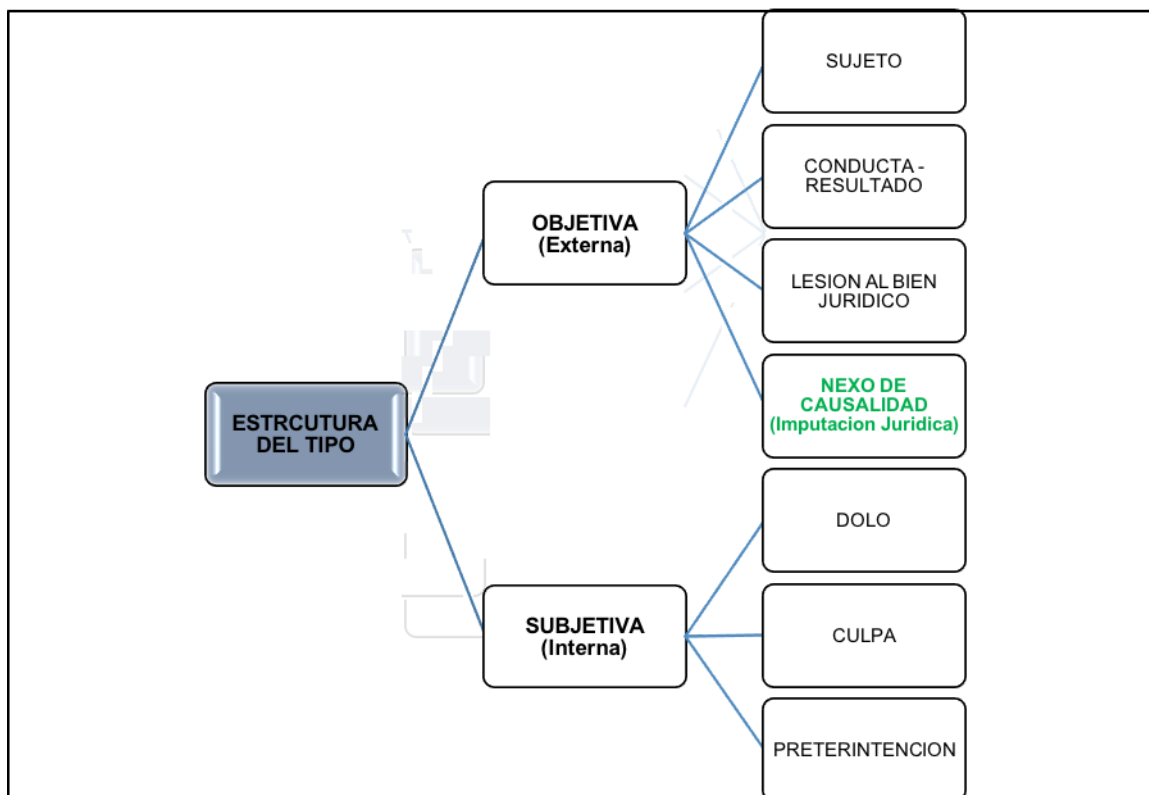
Podemos afirmar, que el artículo 10 del Código Penal es la concreción o garantía del principio de legalidad, y este lo ha direccionado hacia un derecho penal de acción –tipos penales que describan acciones-, solo y solo por este soporte se califica como prohibido determinado acto. Diferente al derecho penal de autor, donde se desvalora la esfera personal del individuo, se juzga el ser por cuanto es y no el ser por cuanto hace.

⁷ Es preciso señalar, que, se ha llegado a usar erróneamente el concepto de bien jurídico y su relevancia en el derecho penal, pues, los bienes jurídicos son antepuestos al derecho penal mismo, emanan de la Constitución Política misma (estipulados o no, conforme a la cláusula general de positivización), de allí que el bien jurídico no es un elemento del tipo penal, sino su lesión o puesta en peligro, pues, estos, ya existían.



Se pregunta ahora, ¿Qué compone el tipo?, pues, bien, el tipo penal lo compone todas aquellas descripciones jurídicas y naturales, anímicas, personal (sujetos), conducta (elementos subjetivos y objetivos), la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, características de tiempo, modo o lugar, la imputación jurídica del resultado y todos aquellos elementos que integren cada tipo de manera especial. Estos ultimo como elementos normativos, elementos subjetivos distintos del dolo, etc. Es así como el tipo es el supuesto básico de una conducta criminal abstracta que mediante un juicio dinámico puede decantarse en la conducta de una persona.

Se condensa esquemáticamente la estructura general típica en el siguiente esquema:



El profesor VELASQUEZ⁸, divide la estructura del tipo dentro de dos fases: externa u objetiva, y otra fase denominada interna o subjetiva. La primera de ellas comprende además de las arriba mencionadas el nexo de causalidad e imputación objetiva como conexión entre la conducta y el resultado. De lo anterior se deriva, siguiendo al profesor en mención, por lo menos dos (2) exigencias básicas. Por un lado la causalidad, entendida dentro un sentido

⁸ VELASQUEZ VELASQUEZ, F., Manual de Derecho Penal. Parte General. Pag. 356 y ss.



naturalistico-logico; por otro la imputación objetiva, entendida desde el punto de vista normativo.

La imputación jurídica del resultado es un elemento de la tipicidad objetiva, criterio en el que existe abundante incidencia teórica. Con sucinta precisión, el profesor GOMEZ LOPEZ enfatiza:

“La relación causal no es suficiente para la atribución de resultado, son necesarios a partir de aquí procesos jurídicos valorativos que permitan atribuir a una persona el resultado. Esos criterios se encuentran en la creación de una situación de riesgo jurídicamente desaprobado y en la concreción del daño como consecuencia del peligro. Por tanto, la imputación objetiva del resultado entra a considerarse como núcleo central en la estructura del tipo penal siendo el resultado típico la desobediencia a la norma.”⁹

Entonces, se centra la definición de la imputación objetiva como una fórmula alternativa para la explicación del nexo causal. Pues este elemento nunca ha

⁹ TRATADO DE DERECHO PENAL. Parte General. Tomo III. Tipicidad. Pago. 118.



dejado de existir, es indispensable dentro del análisis o juicio de responsabilidad, contar con su determinación. La determinación del nexo causal ha sido objeto de larga discusión, recorrido que se expone en el siguiente capítulo.

2.1.3.2. IMPUTACION OBJETIVA: AMBITO DE APLICACIÓN Y CONCEPTOS

El fundamento reconocido generalmente sobre el termino acá planteado y de su implementación, por lo menos filosófica y no aplicada en el campo normativo, es a HEGEL, quien concebía ello como lo que puede ser reconocido como mío, concordante además con los ensayos de JOHN LOCKE¹⁰, al describir la propiedad bajo la reflexión: “El esfuerzo de su cuerpo y la obra de sus manos son también auténticamente suyos”, pues es el generador de su construcción, sea un objeto, un juicio o toda una serie de conductas. Así, se empieza a determinar conceptos claves de atribución de responsabilidad donde concluiría

¹⁰ Ensayo sobre el gobierno civil. John Locke.



–bajo esta perspectiva filosófica- que solo puede serle imputado a una persona aquello que constituya su obra.¹¹

En el ámbito específicamente penal, fue el distinguido profesor CLAUS ROXIN quien en 1970 publica su trabajo investigativo sobre imputación objetiva dedicándolo a HONIG, pues, evoluciona el concepto de imputación que este planteaba bajo los postulados filosóficos de HEGEL. Este trabajo marca una pauta en el derecho penal moderno, al postular como teoría la creación de riesgos jurídicamente relevantes para la lesión a bienes jurídicos.

La teoría de la imputación objetiva resulta ser en sencilla acepción como la propuesta de una teoría de la conducta punible, con miras a resolver la eterna problemática de la causalidad. En palabras de CLAUDIA LOPEZ DIAZ:

“La imputación objetiva sirve para limitar la responsabilidad penal. En su actual configuración constituye un mecanismo para determinar el comportamiento prohibido y por ende es una teoría general de la conducta típica. Explica los fundamentos del delito de acción y de omisión; la teoría de la tentativa; de la

¹¹ IMPUTACION OBJETIVA. Yesid Reyes Alvarado. Pág. 49.

participación delictiva, así como el tipo objetivo del delito doloso y culposo. Con base en un sistema coherente de interpretación que se infiere de la función que desempeña el derecho en la sociedad, su finalidad es analizar el sentido social de un comportamiento; precisar si se encuentra o no socialmente prohibido, y si tal prohibición es relevante para el tipo penal.”¹²

Aunque la teoría de la imputación objetiva representó la aparente solución a los cursos causales infinitos, es menester recordar los diversos planteamientos avocados para el problema de la atribución de un resultado:



¹² Introducción a la imputación objetiva, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997, 1ª Impresión, págs. 55-56.



Estas teorías de atribución no tienen otra función que la de calificar como lógica los diferentes resultados que concurren en una realidad, pues, no pretende sobreestimar un comportamiento, sino, encontrar la real intención de producción de quien se señala. Pero, para llegar a lo que hoy tenemos – teóricamente-, se debe reflexionar sobre las fases de discusión del esquema de imputación

2.1.3.3. PRESUPUESTOS PARA LA IMPUTACION OBJETIVA

Después de remontarnos a los antecedentes que motivaron el desarrollo de la imputación objetiva, nos referiremos a la esencia de la misma, a su estructura y utilidad dentro de la dogmática penal.

Lo primero es advertir que la teoría de la imputación objetiva emerge y es útil dentro de aquellas hipótesis delictuales que requieren la modificación en el mundo exterior, esto es, un resultado físico, en otras palabras, lo que hemos reiterado desde el comienzo de este trabajo: la conexión entre la acción y el resultado. Pero, no solo esto, se agrega a la finalidad propuesta, el análisis del sentido social de un comportamiento (si es o no prohibido) y si tal prohibición



es relevante para el ordenamiento jurídico-penal. De ahí que se conciba el concepto de derecho penal funcional.

2.1.3.3.1. CREACION DE UN RIESGO JURIDICAMENTE DESAPROBADO

Se ha aceptado que en la sociedad en que vivimos existen determinadas actividades tendientes a satisfacer las necesidades del hombre, pero que constituyen una actividad peligrosa. Como manifiesta Jakobs¹³ “una sociedad sin riesgo no es posible”. Tales actividades están cobijadas por el riesgo permitido, es el caso de la conducción de vehículos automotores, de manera que no sea procedente la imputación de un resultado por legitimidad de dicho riesgo. Gustavo Adolfo Villanueva¹⁴ refiere que tal legitimidad se debe predicar cuando el riesgo sea para: i) utilidad social, ii) necesidad social y iii) costumbre o adecuación social. Todos estos aspectos característicos de un riesgo permitido excluyente de imputación. La profesora Claudia López Díaz refiere a este elemento:

¹³ JAKOBS, GUNTHER., La Imputación Objetiva en el Derecho Penal. Editorial Ad Hoc. Pág. 44.

¹⁴ VILLANUEVA GARRIDO, GUSTAVO A., El Funcionalismo y la Imputación Objetiva. Ediciones Nueva Jurídica. Pág. 86-87.



“La creación de un riesgo jurídicamente desaprobado es un elemento general del injusto, es decir, un segmento común a toda clase de ilícitos: doloso y culposos; de acción y de omisión. Con él se quiere significar que no toda conducta que lesione o ponga en peligro los bienes jurídicos es relevante para el tipo penal, porque se requiere de un elemento más: el peligro debe estar desaprobado por el ordenamiento jurídico.

En la determinación de si un peligro se encuentra prohibido entran en consideración tres instituciones básicas: 1. El riesgo permitido y el principio de confianza. 2. La prohibición de regreso, y 3. Las acciones a propio riesgo.

Estas instituciones tienen en común que excluyen la tipicidad del comportamiento, porque en virtud de valoraciones sociales que lo legitiman (riesgo permitido, principio de confianza y prohibición de regreso), o por la especial configuración que la “víctima” le da al hecho (acciones a propio riesgo), el riesgo creado no está prohibido por el ordenamiento jurídico.”¹⁵

Sin embargo la cualidad “desaprobado” es variable según el contexto en que se analice la conducta. Con gran acierto Yesid Reyes Alvarado refiere:

¹⁵ LOPEZ DIAZ CLAUDIA. Introducción a la imputación objetiva, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997, 1ª reimpresión, pág. 105-106.



“Como quiera que la desaprobación de un riesgo supone una valoración de tipo social, y los juicios de valor varían de acuerdo con la ubicación espacial y temporal de las sociedades (...)”¹⁶

Siguiendo al profesor Fernando Velásquez Velásquez, este elementos comporta dos (2) exigencias: i) “Que el comportamiento suponga un peligro para el bien jurídico (la aportación del riesgo) y ii) que ese riesgo por no estar tolerado haya merecido la atención del derecho penal (el riesgo permitido).”¹⁷

El mismo autor refiere llamar la atención sobre el desvalor de la conducta relevante para el derecho penal, el cual es independiente la afectación al bien jurídico en este primer escalafón.

Igualmente hay unas excepciones a la imputación objetiva por ausencia de este primer elemento:

a. Disminución del riesgo.

Elemento característico por la existencia de un riesgo jurídicamente desaprobado pero, que un tercero lo aminora con su intervención. Es el caso de la persona que va a ser atropellada por un carro sin frenos pero que un

¹⁶ REYES ALVARADO, YESID. Imputación Objetiva. Editorial Temis. Pág. 107.

¹⁷ Manual de Derecho Penal. Parte General. Cuarta edición. Pág. 361.



tercero lo empuja para salvar su vida. En dicha reseña se evita la muerte con la producción de lesiones. En palabras de Jeschek:

“(…) es imputable, desde el prisma de la disminución del riesgo el resultado que el autor produce para evitar otro resultado más grave que de otra forma pudiera haberse producido. El auxiliador desvía por ejemplo, al hombro de la víctima un golpe dirigido a la cabeza de la misma que ponía en peligro su vida. Para las acciones de auxilio arriesgadas y fallidas cabe acudir por lo demás, a la causa de justificación del riesgo permitido.”¹⁸

b. Riesgos mínimos socialmente adecuados.

Hace referencia a aquellas conductas acordes con el contexto social de un determinado tejido social, que a pesar de ser riesgos no tienen trascendencia en razón a su aceptación social. En palabras de Claus Roxin refiere:

“El Derecho no toma en cuenta los mínimos riesgos socialmente adecuados que van unidos a ellas, por lo que de entrada no es imputable una causación del resultado producida por las mismas.”

¹⁸ HANS-HEINRICH JESCHECK, Tratado de derecho penal Aleman.



c. Falta de creación de un riesgo significativo.

La Falta de creación de un riesgo significativo o a lo que el profesor Manuel Cancio Melia también refiere como “con conexión muy débil con el posterior resultado”. Un ejemplo que el profesor Velásquez¹⁹ propone:

“Si “A” –sabedor de que se inicia una borrasca- envía a “B” al bosque con la esperanza fundada de que un rayo le dé muerte, cosa que sucede, realiza un comportamiento que no puede ser tomado en cuenta por el derecho.”

2.1.3.3.2. CONCRECIÓN DEL RIESGO EN EL RESULTADO (RELACION DEL RIESGO).

Debe existir ahora la concreción del riesgo creado en un resultado, esto como producto de los “escalones” propios para llegar a la imputación objetiva del resultado. Este, el último, es la constatación de una relación causal, pues se debe examinar si el riesgo creado corresponde al resultado. Este juicio es de

¹⁹ Ibidem. Pag. 364.



carácter ex post y tiene relación con la norma de cuidado infringida, lo que hace pensar que para algunos autores se trate de un juicio de antijuridicidad²⁰.

La profesora Paz Mercedes de la Cuesta Aguado²¹ refiere a este punto:

“Para que un resultado sea imputable es preciso que, además de la relación de causalidad exista una “relación de riesgo”, es decir, que como consecuencia del riesgo creado por la conducta se produzca el resultado. Si no existe esa relación de riesgo, no se puede imputar el resultado, aunque en algún caso pueda existir responsabilidad por frustración o tentativa. El juicio sobre la realización del riesgo en el resultado ha de realizarse ex post.”²²

2.1.4. ACCION A PROPIO RIESGO COMO EXCLUSION DE LA IMPUTACION OBJETIVA

La acción a propio riesgo o autopuesta en peligro de la víctima, designaciones dadas a la injerencia de la víctima en la consumación del delito del cual resulta

²⁰ VILLNUEVA GARRIDO, GUSTAVO ADOLFO. El funcionalismo y la Imputación Objetiva. Pág. 95.

²¹ Profesora Titular de derecho penal de la Universidad de Cádiz.

²² La Teoría de la Imputación Objetiva. Artículo publicado en el libro La imputación Objetiva en el Derecho Penal. Claus Roxin.



lesionada. “Injerencia” derivado de *injerir*, significa “*entrometerse, introducirse en una dependencia o negocio*”, siendo sinónimo aceptado la *intervención*. Entonces, en este capítulo nos referiremos a la intervención de la víctima en la consumación del delito.

El profesor CLAUS ROXIN al responder a las críticas de la suficiencia de la teoría de la imputación objetiva, especialmente sobre problemas de imputación:

“(…) se parte del punto de vista de que ha existido un riesgo jurídicamente desaprobado que se concreta en la producción del resultado. No obstante, el resultado no puede ser imputado, porque las acciones realizadas no llegan a quedar cubiertas por el alcance de la prohibición.”

Aplica la imputación objetivo con base en la finalidad de la norma. Entonces al aplicar los elementos básicos de la imputación objetiva, se debe interpretar cada caso en concreto con la finalidad que tiene la norma llamada al caso frente al bien jurídico presuntamente puesto en peligro o violentado. Sin embargo, este criterio es rechazado por algunos autores, que, citados por el profesor GIMBERNAT ORDEIG, hacen parte de un grupo minoritario:



“Así, Frisch opina que «el “fin de protección” como instrumento rector para encontrar el contenido del Derecho es prácticamente inservible »

(3). No obstante este rechazo de principio por parte de Frisch del criterio del fin de protección de la norma, la realidad es que, cuando se enfrenta con casos concretos, continuamente acude a ese criterio para alcanzar una solución (4).

Por su parte, Degener, después de afirmar que «la solución de la mano del “fin de protección de la norma lesionada” se muestra bien como una variante no-fiable –porque se ajusta de manera incorrecta–, bien como un aditamento jurídico insustancial» (5), dedica el resto de su monografía a explicar por qué, en su opinión, debe ser rechazado este criterio (6).”

ROXIN ubica determinadas situaciones en esta categoría: *i) la participación en una autopuesta en peligro ii) el consentimiento en una autopuesta en peligro realizada en otro iii) El traslado del riesgo a un ámbito de responsabilidad ajeno iv) los daños derivados de un “shock” v) los daños sobrevivientes.*



Son objeto de investigación los dos primeros supuestos, la participación y el consentimiento en la autopuesta en peligro de la víctima. Sobre estos dos, ROXIN presenta una clara diferenciación respecto al protagonismo de la víctima en el hecho, al respecto:

“Fue, como acaba de decirse, principalmente Roxin quien desarrolló una nueva aproximación a la problemática de la intervención de la víctima, aproximación asentada sobre todo en un intento de delimitar aquellos supuestos en los que la víctima ocupa –dicho de momento de modo aproximativo- una posición central en el acontecer arriesgado (en los que por parte del autor, de acuerdo con este punto de vista, se produce una “participación en una autopuesta en peligro” de la víctima) de aquellos otros en los que es el otro sujeto (el autor) quien es la figura central, y la víctima tan solo está de acuerdo en la actividad arriesgada (en los que se produce, en este sentido, una “heteropuesta en peligro consentida”).”



Entonces, siguiendo dicha línea teórica, cuya utilidad ha sido tener presente la diferencia entre autopuesta y heteropuesta, pero que –sin embargo- son cobijadas por el termino injerencia de la víctima, pues sea por omisión a activar sus deberes de autoprotección o por incentivar material o ideológicamente en el riesgo jurídicamente desaprobado a sus intereses, se deben cumplir unos requisitos protegidos celosamente por la Corte Suprema.

2.1.4.1 LA INEXISTENCIA DE POSICION DE GARANTIA.

Para este primer apartado, es necesario el enfoque en la obra de Gunther Jakobs, donde se aleja de los estudios sociológicos de Armin kahufman y determina los deberes que le asisten a quienes hacen parte de la sociedad según su desempeño. Partimos de la división entre competencia por organización y competencia institucional.

La primera de ellas, la competencia por organización se asemeja al deber general que tiene toda persona por respetar la esfera íntima de los demás, no entrometiéndose en los campos que no sean de su competencia. La competencia



institucional, ya se estructura un deber-acción, donde se goza de la obligación para con determinadas personas en razón a un cargo o una relación especial.

Al respecto, la Honorable Corte Suprema de Justicia, manifestó:

“Posición de garante es la situación en que se halla una persona, en virtud de la cual tiene el deber jurídico concreto de obrar para impedir que se produzca un resultado típico que es evitable. Cuando quien tiene esa obligación la incumple, y con ello hace surgir un evento lesivo que podía ser impedido, abandona la posición de garante.

En sentido restringido, viola la posición de garante quien estando obligado específicamente por la Constitución y/o la ley a actuar se abstiene de hacerlo y con ello da lugar a un resultado ofensivo que podía ser impedido. Es el concepto que vincula el fenómeno estudiado con los denominados delitos de comisión por omisión, impropios de omisión o impuros de omisión.



En sentido amplio, es la situación general en que se encuentra una persona que tiene el deber de conducirse de determinada manera, de acuerdo con el rol que desempeña dentro de la sociedad. Desde este punto de vista, es indiferente que obre por acción o por omisión, pues lo nuclear es que vulnera la posición de garante quien se comporta en contra de aquello que se espera de ella, porque defrauda las expectativas.”

Francisco Muñoz Conde (2010) acierta respecto esta calidad en los siguientes términos:

“Es preciso además, que este sujeto tenga la obligación de tratar de impedir la producción del resultado en virtud de determinados deberes cuyo cumplimiento ha asumido o le incumben en razón de su cargo o profesión. Esta obligación especial, convierte al sujeto en garante de que no se produzca el resultado, de ahí el nombre de posición de garante....sólo aquellas personas que tienen una especial vinculación con el bien jurídico protegido pueden ser consideradas garantes de la integridad de ese bien jurídico. Así, por ejemplo, la madre del recién



nacido tiene especial obligación de alimentarlo para que no muera; el médico tiene la obligación de atender al accidentado y procurar salvarlo; el que maneja una sustancia explosiva tiene la obligación de evitar que se produzca una explosión o incendio, etc. En estos casos, la omisión de la acción esperada no fundamenta un simple delito de omisión pura, sino, en la medida en que el resultado se produzca, una comisión de un resultado por omisión. La razón de ello está en que tanto un precepto legal, como el ejercicio de una determinada profesión o el manejo de una fuente de peligros, imponen a determinadas personas la obligación de impedir que se produzca un resultado lesivo (...)”

La posición de garante, se deriva del elemento dogmático primario, la tipicidad, específicamente en la estructura criminal basada no en una acción, sino en una omisión. Y este último, no considera como una sustracción mecánica o muscular –como pensaban los naturalistas- sino que, bajo la perspectiva finalista, un actuar diferente, siempre direccionado a un fin específico. Al respecto, el profesor VELASQUEZ (2010) nos recrea un panorama, a manera de introducción al estudio de esta figura:



“También las conductas omisivas pueden ser dolosas e imprudentes; aquí se contemplan las primeras. Ahora bien, mientras que en las conductas de comisión dolosa la tipicidad emana de la identidad entre la conducta causa-final-social llevada a cabo con la descrita en la ley, y en los de comisión culposa o imprudente el contenido de la voluntad del autor tiene una meta distinta, en las omisivas la tipicidad surge de la diferencia entre el actuar realizado y el vertido en el dispositivo legal respectivo; este contraste se deriva del hecho de que la norma antepuesta al tipo activo es prohibitiva, mientras que detrás del omisivo subyace una de carácter imperativo.”

La omisión, según la Real Academia de la Lengua Española, es la “falta por haber dejado de hacer algo necesario o conveniente en la ejecución de una cosa o por no haberla ejecutado”. Desde el punto de vista doctrinal como realidad ontológica:

“La omisión es una realidad susceptible de percepción sensorial. Tanto el hacer como el no hacer son datos de la naturaleza. “La omisión es ciertamente antítesis de la acción, pero también es un proceder exterior



del hombre: también constituye una exteriorización de la personalidad del sujeto.”

La omisión es una realidad que preexiste en el mundo natural a la valoración jurídica y a cualquier descripción normativa. La comprobación del non facere es observación de un dato de la naturaleza, tanto como lo es la confirmación de una facere.”

Influye en esta clase de tipos el principio de solidaridad, el cual emerge de aquel imperativo constitucional –artículo 95 Constitucional- que todo ciudadano tiene por tal calidad.

“1. Se fundan en el principio de solidaridad humana por virtud del cual determinadas personas deben responder penalmente por dejar de realizar una acción tendiente a salvaguardar un bien jurídico, o no impedir un resultado típico estando obligadas a hacerlo.”

De vital importancia, la hipótesis que plantea HANS WELZEL (1956):



“Si el mundo viviera en estado de reposo, sólo podrían cometerse delitos de comisión, a través de un hacer activo, pues entonces solamente por un intervenir positivo podría ser transformado algo bueno en malo. Pero el mundo es un constante devenir. Lo que hoy es bueno, puede invertirse mañana, por sí mismo, en malo. La vida humana activa consiste, en gran parte, en mantener las series de evolución de la vida en sus cauces normales. P. ej., el criar los niños por los padres, es una previsión activa permanente tendiente a conservar y fomentar lo bueno (la vida, la salud etc.). En el permanente acontecer de la vida social, el hombre está en gran medida destinado a cuidar la conservación de lo bueno en el porvenir. Él acarrea lo malo, si omite conservar en los cauces normales las series de evolución de la vida que le están asignadas y confiadas. La madre que no alimenta a su hijo, lo mata en la misma forma que la que lo ahoga. En cuanto alguien, de acuerdo con los órdenes de la vida social, está puesto como "garante" para conservar lo bueno adecuado al tipo (la vida, la salud, etc.), actúa típicamente, lo mismo que en un delito de comisión, si omite impedir la producción de lo malo.”



Este tipo de estructura típica, tiene su subclasificación en tipos de omisión propia y de omisión impropia. Los tipos de omisión propia o pura, caracterizados por estar expresamente consignados en la ley. O, como dice la Corte: “aquellos en los que la norma conmina al sujeto a realizar determinado comportamiento, es decir, se castiga la simple infracción a un deber de actuar.”

La omisión impropia o comisión por omisión, surge al utilizar el agente la omisión como medio para obtener un resultado que también por medios positivos hubiese obtenido. Ejemplo de ellos es el delito contemplado en el artículo 131 Omisión de socorro, artículo 152 omisión de medidas de socorro y asistencia humanitaria, artículo 161 omisión de medidas de protección a la población civil, artículo 219B omisión de denuncia, artículo 233 inasistencia alimentaria, artículo 325 omisión de control, artículo 402 omisión de agente retenedor, artículo 417 abuso de autoridad por omisión de denuncia, artículo 441 omisión de denuncia de particular, artículo 454 fraude a resolución judicial o administrativa de policía, entre otros.

Este requisito resulta mas extenso en razón a la claridad con que hoy se cuenta.

Desde el principio de esta investigación se ha enfatizado en la sociedad de riesgos en que vivimos a diario. Muchas de nuestras necesidades básicas son suplidas gracias a actividades peligrosas



que comportan una fuente de riesgo y que debe ser administrada. Por ello, quienes asumen tal cometido le son exigibles ciertas conductas; igualmente la persona que aunque no administre una fuente de riesgo, si crea una expectativa en razón a su rol en la sociedad, es el caso de los representantes o líderes religiosos; o también aquellos casos donde existe una relación legal que en ocasiones confluye con afectiva, como la relación por filiación, por adopción, etc., al exigírsele al padre un comportamiento de salvamento frente a su hijo; en fin, existirían otras hipótesis las cuales deben ser acordes con lo delimitado en el artículo 25 del Código Penal:

ARTICULO 25. ACCION Y OMISION. *La conducta punible puede ser realizada por acción o por omisión.*

Quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica y no lo llevare a cabo, estando en posibilidad de hacerlo, quedará sujeto a la pena contemplada en la respectiva norma penal. A tal efecto, se requiere que el agente tenga a su cargo la protección en concreto del bien jurídico protegido, o que se le haya encomendado como garante la vigilancia de una determinada fuente de riesgo, conforme a la Constitución o a la ley.



Son constitutivas de posiciones de garantía las siguientes situaciones:

- 1. Cuando se asuma voluntariamente la protección real de una persona o de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio.*
- 2. Cuando exista una estrecha comunidad de vida entre personas.*
- 3. Cuando se emprenda la realización de una actividad riesgosa por varias personas.*
- 4. Cuando se haya creado precedentemente una situación antijurídica de riesgo próximo para el bien jurídico correspondiente.*

PARAGRAFO. *Los numerales 1, 2, 3 y 4 sólo se tendrán en cuenta en relación con las conductas punibles delictuales que atenten contra la vida e integridad personal, la libertad individual, y la libertad y formación sexuales.*

La Corte ha sido enfática y activa en la explicación de esta figura,
especialmente en sentencia 25.536 del 27 de Julio de 2006 con
ponencia del Magistrado Álvaro Orlando Pérez Pinzón, refirió:

“Posición de garante es la situación en que se halla una persona, en virtud de la cual tiene el deber jurídico concreto de obrar para impedir que se produzca un resultado típico que es evitable.

Cuando quien tiene esa obligación la incumple, y con ello hace surgir un evento lesivo que podía ser impedido, abandona la posición de garante.



En *sentido restringido*, viola la *posición de garante* quien estando obligado específicamente por la Constitución y/o la ley a actuar se abstiene de hacerlo y con ello da lugar a un resultado ofensivo que podía ser impedido. Es el concepto que vincula el fenómeno estudiado con los denominados delitos de comisión por omisión, impropios de omisión o impuros de omisión.

En *sentido amplio*, es la situación general en que se encuentra una persona que tiene el deber de conducirse de determinada manera, de acuerdo con el rol que desempeña dentro de la sociedad. Desde este punto de vista, es indiferente que obre por acción o por omisión, pues lo nuclear es que vulnera la *posición de garante* quien se comporta en contra de aquello que se espera de ella, porque defrauda las expectativas.

La legislación penal colombiana sigue el *criterio restringido*, en el entendido que, con fundamento principal en los artículos 1º y 95.2 de la Constitución Política, que construyen el *principio de solidaridad*, el artículo 25 del Código Penal dice expresa y taxativamente en cuáles casos es predicable la *posición de garante*, siempre con referencia a la omisión impropia o impura.

(...)



Como se percibe con facilidad, el artículo consta de dos partes:

La *primera* –incisos 1º y 2º-, obediente al primer paso en la evolución del tema, a la inicial y más tradicional *posición de garante*, se relaciona directamente con la persona a la que se puede imputar la realización de una conducta, cuando tiene el *deber jurídico* de impedir un *resultado jurídico* y no lo evita pudiendo hacerlo, es decir, apunta, como se dijo, a los delitos de comisión por omisión.

Esa fase primigenia quiere decir que la imputación solamente puede ser consecuencia del incumplimiento de las obligaciones impuestas por la Constitución o por la ley al autor del hecho que está compelido a resguardar específicamente un bien jurídico.

Así, cuando se tiene el deber jurídico de obrar y no se actúa, el autor rompe la *posición de garante*.

La *segunda* –inciso 3º con sus cuatro numerales, y párrafo– alude al ulterior desenvolvimiento del estudio del tema, si se quiere, cuando el análisis de la *posición de garante* comienza a separarse de lo estrictamente legal o jurídico y



a ser penetrado por construcciones en general sociales, culturales y extralegales, tales como la “cercanía o proximidad social”, la “relación social especialmente estrecha”, las “relaciones de confianza”, la “tópica-analógica”, las “situaciones de compenetración social”, los “vínculos de solidaridad o de fidelidad”, la “creación previa del riesgo”, la “fusión de bien jurídico y rol social” o “teoría sociológica de los roles”, “el dominio sobre la causa del resultado”, los “deberes de aseguramiento en el tráfico”, etc. Por estas vías se abre espacio, entonces, a criterios como aquellos mencionados en los cuatro numerales del inciso 3° del artículo 25 del Código Penal.

Y, desde luego, tal como lo dice el *parágrafo* del artículo, esos *cuatro criterios operan exclusivamente respecto de los bienes jurídicos vida e integridad personal, libertad individual, y libertad y formación sexuales.*

Para decirlo de otra manera, existe *posición de garante* en todos aquellos eventos en los cuales, **frente a cualquier bien jurídico**, la persona tiene la **obligación constitucional o legal** de actuar y no lo hace, pudiendo y debiendo hacerlo (primera hipótesis); y existe posición de garante en los casos en que, **frente a los bienes jurídicos particularmente mencionados**, la persona asume



voluntariamente la protección real de otra o de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio; mantiene una estrecha comunidad de vida con otras; emprende la realización de una actividad riesgosa con otros individuos; o crea con antelación una situación antijurídica de riesgo cercano para el bien jurídico correspondiente.

No obstante la nitidez de lo anterior para concluir en la existencia de las dos partes mencionadas en torno a la *posición de garante*, si fuera necesario, recuérdese el decurso de la teoría desde los albores de la confección del Código Penal hasta su culminación en el texto del artículo 25.

(...)

Nadie puede ser castigado por un hecho previsto por la ley como delito, si el daño o el peligro del cual depende la existencia del delito, no resulta ser la consecuencia de su acción o de su omisión. No impedir un resultado que se tiene la obligación de evitar, equivale a producirlo.

La muestra atendida permite inferir que por lo menos en muchísimas legislaciones –si no en todas- se ha plasmado una disposición que en materia de delitos de comisión por omisión pune a quien teniendo el *deber jurídico* de



impedir un resultado evitable se abstiene hacerlo. Y nótese en esa muestra que ninguna de las normatividades restringe la comisión por omisión a ciertos y expresamente determinados bienes jurídicos.

En la materia, entonces, coinciden la primera parte del artículo 25 del Código Penal Colombiano y las regulaciones similares de otros países, en cuanto las conductas conocidas como de omisión impropia que emanan del incumplimiento de las obligaciones impuestas al hombre por la Constitución y/o por la ley no se circunscriben exclusivamente a unos pocos delitos.

Como se ve, la letra de la ley, la estructuración de la normatividad pertinente, la historia reciente del articulado, y el derecho comparado, permiten afirmar lo dicho al comienzo de este sector de esta sentencia: el artículo 25 del Código Penal está conformado por dos grandes partes: la primera, que comprime la *posición de garante* al deber impuesto por la Constitución y la ley o, más exactamente, por el derecho, en relación con *todo bien jurídico*; y la segunda, que extiende la posición de garante a los fenómenos conocidos como el ámbito de dominio, la comunidad estrecha, la actividad plural arriesgada y la



injerencia, casos estos solamente admisibles *frente a los bienes jurídicos vida e integridad persona, libertad individual y libertad y formación sexuales.*

Y si el derecho impone a una persona una obligación, y ésta se sustrae a la misma con intención y querer o por omisión del deber de cuidado en el caso concreto, con lo cual produce una ofensa al ordenamiento jurídico, viola la posición de garante pues infringe sus deberes.”

2.1.4.2. ACEPTACION DEL RIESGO JURIDICAMENTE DESAPROBADO

Para que exista una autolesión debe la víctima tener la posibilidad no solo de aceptar el riesgo amenazante de sus bienes jurídicos, sino además tener la opción del desarrollo de la situación peligrosa. En este estadio la víctima y el tercero confluyen en la asunción del riesgo, jugando un papel fundamental la inactividad de esos deberes de autoprotección que le son exigibles para su propio interés. Sin embargo, el analista deberá establecer si “el tercero-autor ha instrumentalizado la conducta de la víctima para lograr una autolesión que afecte sus propios bienes.” (Gimbernat:2005).



Siguiendo a López (2006), quien distingue tres (3) situaciones específicas en la que tiene gran relevancia el comportamiento de la víctima:

1. Cuando el comportamiento de la víctima es posterior a la del tercero-autor, la participación de este es impune, en razón a que se transfiere al dominio de la víctima la decisión.
2. Cuando el comportamiento de la víctima es simultáneo. Es allí donde se debe aceptar la acción a propio riesgo, “cuando la víctima puede decidir, en un mismo tiempo, como el tercero, sobre el sí y el cómo de la situación peligrosa.”
3. Si el comportamiento del tercero-autor es posterior a la víctima, donde se configura una heterolesión. Un claro ejemplo propuesto por LOPEZ DIAZ y que corresponde a un caso similar tratado por el Tribunal Superior Alemán:

“Ejemplo: dos personas, A y B, se ponen de acuerdo para ocasionarse la muerte. El método utilizado consiste en intoxicarse con gas de automóvil, mediante un tubo que será conectado a una de las ventanillas del vehículo; las dos personas permanecen sentadas dentro del auto, con los vidrios cerrados. Así pues, si A coloca en último lugar el escape de gas y conecta el automático del acelerador



para dar entrada al letal toxico, su actuación naturalista no es per se jurídicamente relevante si después de su conducta hay un comportamiento de la víctima: una omisión, consistente en que voluntariamente no se retira del vehículo. En este caso la victima tiene el dominio de decisión porque después de la intervención del tercero está dentro de su ámbito de competencia la evitación del resultado.” (p. 402).

2.1.4.3. AUTODETERMINACION DE LA VICTIMA.

Si la víctima se coloca a si misma en una situación riesgosa para sus bienes jurídicos es porque ella tiene la capacidad de *valorar el significado de su conducta y la trascendencia de su omisión*. No hay problema cuando la víctima ha sido informada de todas las consecuencias de su actuación. El profesor Roxin considera como ejemplo de la autopuesta en peligro el caso de arriesgarse a mantener relacione sexuales con una persona sin saber si padece de alguna enfermedad de transmisión sexual. Caso similar es el denominado caso Kempen tramitado en el Tribunal Supremo Alemán, donde una joven mantuvo relaciones sexuales con su novio a pesar de que este le informó



detalladamente que padecía de SIDA. El Tribunal lo absolvió. Entonces lo ideal es que tanto la víctima como el tercero-autor contengan la misma información sobre la conducta y el riesgo.

2.1.5. EVOLUCION JURISPRUDENCIAL

Las siguientes páginas son el reflejo de la dedicada y pormenorizada selección de decisiones judiciales que la H. Corte Suprema de Justicia que desde el año 2003 ha implementado la doctrina de las acciones a propio riesgo en los casos particulares objetos de casación penal. Para cada decisión judicial se expondrán los datos de la sentencia y un recuento factico sucinto, de manera que sea más fácil su análisis. Igualmente se mencionará la decisión final y por supuesto, la crítica como objeto de investigación.

1. PRIMERA DECISION JUDICIAL – AÑO 2003.

El día veinte (20) de mayo de 2003, la Corte Suprema de Justicia con ponencia del Magistrado Álvaro Orlando Pérez Pinzón, emite decisión judicial dentro de la radicación 16.636. El contexto factico se reduce a:



“El 13 de septiembre de 1997, Fermín Ascanio Escobar conducía un vehículo de transporte público entre las poblaciones de Cachirí y Bucaramanga. A la altura del sitio La Capilla, abordó el automotor Efraín Alfonso Puentes -quien, según los ocupantes de la buseta, se encontraba en estado de embriaguez-, y se situó frente a la puerta de acceso.

El conductor, previendo el peligro en que se hallaba a causa de que la puerta permanecía abierta, le pidió, porque además impedía la entrada y la salida de los usuarios, que se retirara de allí. Pero él, aduciendo que la distancia hasta el lugar de su destino era muy corta, hizo caso omiso de este requerimiento.

Unos kilómetros más adelante, en el momento en que el vehículo tomó una curva, el señor Puentes se salió del vehículo y cayó sobre la vía, causándose heridas en la cabeza que le produjeron la muerte horas más tarde.

Agotada la investigación y la etapa del juicio, Fermín Ascanio Escobar fue condenado por haber sido hallado responsable del delito de homicidio culposo.”



Igualmente la Corte estudia temas como la posición de garante y el principio de confianza, este último como excluyente de imputación objetiva, y finalmente toca someramente la temática de la acción a propio riesgo o autopuesta en peligro de la víctima en los siguientes términos:

“a) Es sabido que el comportamiento de la víctima, bajo ciertas condiciones, puede eventualmente modificar y hasta excluir la imputación jurídica al actor.

b) Para que la acción a propio riesgo o autopuesta en peligro de la víctima excluya o modifique la imputación al autor o partícipe es necesario que ella:

Uno. En el caso concreto, tenga el poder de decidir si asume el riesgo y el resultado.

Dos. Que sea autorresponsable, es decir, que conozca o tenga posibilidad de conocer el peligro que afronta con su actuar. Con otras palabras, que la acompañe capacidad para discernir sobre el alcance del riesgo.



**Tres. Que el actor no tenga posición de garante
respecto de ella.”** (Subrayado fuera de texto).

Los postulados subrayados refieren a los mismos citados que el profesor Claus Roxin ha citado en su obra, apartes citados en el marco teórico. Por último la Corte decide:

“(…) don Efraín Alfonso, dado su estado de ebriedad, el sueño que tenía según un testigo, y su edad, sentado en el estribo del automotor, **no contaba con la posibilidad de decidir si asumía o no riesgos; por las mismas razones, no tenía suficiencia para determinar si con su conducta se colocaba en situación de riesgo;** y, por último, que podría ser lo primero y único, el conductor tenía posición de garante, como se dijo atrás, respecto del ofendido.”

Es acertada la conclusión a la que llega la Corte por cuanto uno de los elementos para la configuración de la acción a propio riesgo es la existencia de la capacidad de autodeterminación por parte de la víctima. Pues de allí depende



si la titular de bienes jurídicos (víctima) está en condiciones de disponer de tales prerrogativas protegidas por la normativa penal.

Además, manifiesta la Corte que no solo no se cumple el anterior elemento, sino que también confluye la posición de garante del autor. Para la época de los hechos estaba en vigencia el anterior Código Nacional de Tránsito, cuyo artículo 109 refería al deber legal del conductor de comportarse de forma tal “que no incomode, perjudique o afecte a los demás”, entonces por vía normativa le era exigible una determinada conducta. **Si le era exigible no acceder a transportar a la víctima.** Además, la doctrina ha clasificado – conforme a la teoría de las funciones- las situaciones en las que se deriva la posición de garante, las cuales el artículo 25²³ de la ley 599 de 2000 acoge sin dificultad.

2. SEGUNDA DECISION JUDICIAL: AÑO 2004

²³ Refiere el artículo 25 del Código Penal: (...) Son constitutivas de posiciones de garantía las siguientes situaciones: 1. Cuando se asuma voluntariamente la protección real de una persona o de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio. 2. Cuando exista una estrecha comunidad de vida entre personas. **3. Cuando se emprenda la realización de una actividad riesgosa por varias personas.** 4. Cuando se haya creado precedentemente una situación antijurídica de riesgo próximo para el bien jurídico correspondiente.



La Corte ahora, en sentencia 20.926 proferida el veintisiete (27) de octubre de 2004, más de un año después y con ponencia del Magistrado Mauro Solarte Portilla, y cuyos hechos fueron transliterados así:

“Se tiene que entre los señores **Miguel Galeano Berrocal** y Domingo Acosta Amastha existió un acuerdo de voluntades, por medio del cual el primero se comprometió a vender al segundo un apartamento del Edificio Pelicano de esta ciudad, distinguido con el número 401 de la Torre A, pactando como precio el valor de \$ 92.000.0000.00 de pesos que serían entregados por el comprador de contado, como efectivamente lo hizo, apartamento que el vendedor había adquirido de (sic) la Constructora Dihago como forma de pago por sus servicios profesionales prestados en la instalación del sistema eléctrico.

Siendo que el señor **Galeano Berrocal** no ostentaba la calidad legítima de propietario del inmueble referido, puesto que no se había verificado en legal forma la tradición de aquel con la sociedad constructora, situación que no le impedía negociar el mismo, es Constructora Dihago, representada por el señor **José Francisco González Illidge**, quien



legalmente formaliza la transacción con la correspondiente elaboración y suscripción del contrato de promesa de compraventa y posteriormente la escrituración del mismo.

En desarrollo de la negociación anotada, los vendedores **Miguel Galeano Berrocal** y **José Francisco González Illidge**, omitieron informar al señor Costa Amastha la existencia de un gravamen hipotecario sobre el inmueble antes mencionado, otorgado a través de la escritura pública número 2261 del 13 de junio de 1997 de la Notaría segunda de Santa Marta por la sociedad Construcciones Dihago Ltda., a favor de la Corporación Ahorramás, omisión que se extendió inclusive al contrato de promesa de compraventa y al documento que protocoliza el mismo.”

Hay que resaltar –y es un obviedad- que ésta sería la primera oportunidad en la que la Corte Suprema de Justicia se enfrenta a la opción de configurarse la autopuesta en peligro de la víctima en delitos patrimoniales. Antes de su fallo, la Corte expone unas bases teóricas muy sólidas y acertadas que en otras



palabras es el principio victimológico que tratamos anteriormente, pero, conjugando en la moderna teoría de la imputación objetiva:

“De otra parte, y con el objeto de responder el planteamiento del Ministerio Público, ciertamente la Corte ha estimado que, desde la perspectiva de la imputación objetiva, “no todo engaño que pudiera concebirse causal respecto del resultado perjudicial permite la imputación del resultado a la conducta del autor, pues, de acuerdo con el argumento victimológico, la víctima debe acudir a los mecanismos de autotutela exigibles, porque será entonces punible el comportamiento capaz de sobrepasar la barrera de contención que supone la actitud negligente del procesado”.

“Sin que lo que se afirme signifique cambiar el concepto que la Sala tiene al respecto, como quiera que se trata de un pensamiento elaborado para una situación muy distinta a la que ahora se estudia, se debe recordar que la imputación jurídica del resultado, que se constituye en el primer nivel de desarrollo de la teoría de la imputación objetiva, se sustenta en el principio de que el riesgo jurídicamente desaprobado que



se concreta de manera efectiva en la producción del resultado, es el fundamento de la imputación, con lo cual se pretende superar aquellas tendencias ontologicistas que enlazaban acción y resultado con exclusivo apoyo en las conocidas teorías de la causalidad (teoría de la equivalencia, conditio sine qua non, causalidad adecuada, relevancia típica)”.

“En ese margen, los criterios de imputación objetiva parten de dos supuestos básicos: el de riesgo permitido y el principio de confianza, que determinan el estado de interacción normal de las relaciones sociales y de los riesgos que en ellas se generan. De manera que, sólo cuando la víctima asume conjuntamente con otro una actividad generadora de riesgos (lo cual acá no ocurre), puede eventualmente imputársele el resultado a la víctima, siempre que esta tenga conocimiento del riesgo que asume. En consecuencia, si es el autor quien recorre la conducta descrita en el tipo penal (quien crea el riesgo), el resultado debe serle imputado a aquel y no a la víctima, pues ésta obra dentro del principio de confianza que le enseña que en el tráfico de las



relaciones sociales el vendedor realizará el comportamiento en el ámbito de competencia que le impone la organización”.

“Si se quisiera ir más allá, podría también decirse que “actualmente el juicio de imputación se fundamenta en la delimitación de ámbitos de competencia: solo se responde por las conductas o resultados que debo desarrollar o evitar en virtud de los deberes que surgen de mi ámbito de responsabilidad y que se desprenden de los alcances de la posición de garante. Lo demás –salvo los deberes generales de solidaridad que sirven de sustento a la omisión de socorro– no le concierne al sujeto, no es de su incumbencia”.

La Corte propone acá un interesante argumento y es que solo sería atribuible – desde la óptica de la imputación objetiva- al autor la lesión de bienes jurídicos de la víctima cuando aquel haya creado el riesgo jurídicamente desaprobado con su actividad, pero, sería distinto cuando la víctima participa en la creación de dicho riesgo o cuando la víctima es consciente de dicho riesgo a pesar de representar sus consecuencias. A lo primero se le denomina **Autopuesta en peligro de la víctima** y a lo segundo **Heteropuesta en peligro de la víctima**.



3. TERCERA DECISION JUDICIAL: AÑO 2005.

Procede ahora la Corte a emitir sentencia el dieciséis (16) de marzo de 2005 con ponencia del Magistrado Álvaro Orlando Pérez Pinzón dentro de la radicación 20.493 y cuyo recuento factico:

*“En la madrugada del 1º. de abril del 2001, la camioneta que en estado de embriaguez y a excesiva velocidad conducía el señor **ISRAEL FERNÁNDEZ TORRES** en el municipio de Chocontá, se estrelló contra un poste de energía. Como consecuencia del hecho, fallecieron en el acto Nelson Pinzón Pinzón y Uriel Mayorga Cifuentes y resultaron lesionados otros cinco ocupantes del vehículo y dos personas más que se movilizaban en otro automotor, que colisionó contra aquél después de ocurrido el accidente.”*

Para estructurar la responsabilidad del autor la Corte recurre a la primera decisión tomada, esto es Sentencia del 20 de mayo del 2003, radicado 16.636,



dictada por el mismo magistrado. Para este caso la Corte –igualmente- manifiesta que del acervo probatorio se determinó que el autor gozaba de la posición de garante, ello por administrar una fuente de riesgo como la conducción de vehículos automotores y cuyo deber legal se encontraba contemplado en el Código Nacional de Transito. Además, de las pruebas testimoniales se extrajo que las victimas para el momento del suceso se encontraban en alto grado de embriaguez, dejando nula la capacidad de autodeterminar la disposición de sus bienes objeto de protección.

La Corte concluyo:

“En estas condiciones, es claro que no se reúnen las exigencias para que una acción a propio riesgo excluya la imputación formulada al señor FERNÁNDEZ TORRES, razón suficiente para que el cargo no prospere.”

Observamos que la Corte mantiene con tal exactitud la adopción de la doctrina desde su primera decisión judicial. Entonces, esta decisión es reiterativa.

4. CUARTA DECISION JUDICIAL: AÑO 2005



Emite la Corte sentencia bajo la radicación 22.511 del 11 de mayo de 2005 con ponencia del Magistrado Álvaro Orlando Pérez Pinzón, sin embargo, en esta decisión no propone doctrina al respecto, solo cita lo referido en la sentencia 16.636 de fecha 20 de mayo del 2003 dictada por el mismo magistrado.

5. QUINTA DECISION JUDICIAL: AÑO 2006

La Sala Penal de la Corte emite decisión de radicación 22.941 del 20 de abril de 2006 con ponencia del Magistrado Álvaro Orlando Pérez Pinzón, la cual cita la doctrina precedentemente citada en la sentencia 22.511 del 11 de mayo de 2005. En esta oportunidad la Corte no propone doctrina al respecto, además de que el fundamento del caso concreto fue el principio de confianza, postulado que sirvió para no casar la decisión recurrida.

6. SEXTA DECISION JUDICIAL: AÑO 2006

La Corte en sentencia 22.041 del 28 de septiembre de 2006 con ponencia del Magistrado Yesid Ramírez Bastidas enfrente un caso de estafa en el que critica al Juez inferior por la adopción de un criterio contrario al adoptado por la Corte, en los siguientes términos:



“4.2. Con esta valoración el *ad quem* se mostró partidario de la teoría de la victimo-dogmática y no de la autorresponsabilidad que ha sido plasmada en pronunciamiento jurisprudencial de esta corporación²⁴, porque en el presente caso el denunciante debió acudir a los mecanismos de autotutela debiendo verificar que el vendedor había cancelado la hipoteca o proceder él mismo a hacerlo, pero no entregar una considerable suma de dinero sin asumir las cautelas que el convenio exigía.”

A pesar de que la Corte no aplicó en el caso concreto esta doctrina, dejó manifiesta su posición por el principio de autorresponsabilidad.

7. SEPTIMA DECISION JUDICIAL: AÑO 2007

Decide la Corte dentro de la radicación 28.331 del 17 de octubre de 2007 con ponencia del Magistrado Yesid Ramírez Bastidas, sobre admisión de demanda de casación, sin embargo, acá la Corte refiere a la doctrina objeto de esta investigación con el nombre de “culpa de la víctima”, veamos:

²⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, *Sent.*, junio 12 de 2003, rad. 17.196.



“Es cierto, como lo expresa el recurrente, que la víctima puede ser determinante en el curso causal de la imprudencia y por ello la culpa del conductor de un vehículo se puede degradar hasta hacer aparecer la llamada **culpa de la víctima**. Cuando la naturaleza de la misma sea de tal entidad que minimice la causalidad de la conducta desencadenante del resultado o cuando jurídicamente el resultado no pueda ser imputable a la acción riesgosa²⁵, tal circunstancia puede llegar a exonerar de responsabilidad al autor del hecho culposo.” Subrayado fuera de texto.

Sin embargo, la Corte realmente –aunque no lo mencione- hace referencia al fenómeno de la concurrencia de culpas. Es de aclarar que este fenómeno es confundido con el de “compensación de culpas”, este último no tiene asidero en el campo del derecho penal, pues es propio de las obligaciones la compensación y no frente a “cuotas” de responsabilidad penal. La Corte ya se pronunció al respecto y, siguiendo la doctrina como el profesor Claus Roxin, para la delimitación de responsabilidades donde haya concurrencia de culpas debe hacerse un juicio intelectual donde se represente la trascendencia de cada una

²⁵ Es el ejemplo clásico del conductor que se desplaza a una velocidad mayor a la permitida y atropella a un suicida que estaba a la espera del primer automotor que cruzara por el lugar con el propósito de poner fin a su existencia.



de las conductas, de manera que se pueda determinar que conductas a pesar de estar dentro de los parámetros globales no hubiesen evitado el resultado dañino, así se podría formular una conclusión para resolver el problema.

Ahora, de lo dicho anteriormente lo compararemos con lo que la Corte continuó manifestando:

“Sin embargo, en el asunto *sub examine* resulta evidente que la producción del resultado muerte tiene como circunstancia determinante el comportamiento peligroso del acusado, que ha sido establecido (i) por desplazarse a una velocidad superior a la permitida, (ii) proceder de manera contraria al ordenamiento jurídico al incumplir las normas que regulan el tráfico vehicular hasta llegar a incurrir en (iii) grave desconocimiento del deber objetivo de cuidado en las labores de conducción, circunstancias que hacen irrefutable el obrar culposos del acusado, pues al percatarse de la presencia de un peatón en la vía no lo pudo evitar por la velocidad excesiva que llevaba, de donde se infiere que si se hubiese mantenido dentro de los niveles permitidos de riesgo no se habría producido el resultado o éste sería de consecuencias menos agresivas para los bienes jurídicos lesionados, de modo que



desde el punto de vista material existe un vínculo causal entre el comportamiento del procesado y el resultado lesión a bienes jurídicos.”

Se pudo observar que uso dicho criterio para resolver la problemática, donde de sus intervinientes elevaron el riesgo, pero, uno mucho más que el otro.

8. OCTAVA DECISION JUDICIAL: AÑO 2007

Se pronuncia ahora la Corte Suprema de Justicia dentro de la radicación 27.388 del 8 de noviembre de 2007 con ponencia del Magistrado Julio Enrique Socha Salamanca. La relación fáctica consistió en:

“De acuerdo con las diligencias que figuran en la actuación, el 10 de julio de 1997, Inés Patricia Amaya Guiza, mujer en estado de aproximadamente 25 semanas de embarazo a quien se le había diagnosticado una ‘*placenta previa*’, ingresó al Hospital El Tejar de Bogotá después de manifestar síntomas de sangrado vaginal y expulsión de coágulos por dicho conducto, por lo cual recibió la atención y el tratamiento que le prescribió el doctor FRANKLIN ALFREDO GUEVARA TAPIA, médico adscrito a dicha entidad, quien le dio de alta el 12 de julio siguiente.



Debido a que volvió a sangrar, Inés Patricia Amaya Guiza ingresó una vez más al Hospital El Tejar el 17 de julio de 1997, en donde fue atendida en un principio por el doctor FERNANDO BARÓN BARRERA, director de la mencionada institución, quien entre otras cosas le realizó un tacto vaginal para efectos de determinar la gravedad de su estado.

En los días siguientes, el cuidado y atención de la paciente estuvo a cargo del médico FRANKLIN ALFREDO GUEVARA TAPIA, quien el 21 de julio de 1997 consideró necesaria la remisión de Inés Patricia Amaya Guiza a un centro hospitalario de mayor complejidad para que se continuara con el tratamiento.

Después de intentar de manera infructuosa que la paciente fuera recibida por las vías regulares en otra institución, su esposo Orlando Villamarín Parra, ante la sugerencia de los doctores, salió por sus propios medios en compañía de Inés Patricia Amaya Guiza con el fin de que fuera atendida de urgencias en el Hospital San José, en donde fue recibida el 22 de julio de 1997.



Habiendo sido intervenida quirúrgicamente en dicho centro hospitalario, Inés Patricia Amaya Guiza dio a luz de manera prematura a H. Y. V. A., pero, debido al estado en que se encontraban y a que no presentaron mejoría alguna, los dos fallecieron los días 29 y 26 de julio de 1997, respectivamente.”

El casacionista solicitó a la Corte tener en cuenta las diferentes figuras de la teoría de la imputación objetiva, tales como la prohibición de regreso, elevación del riesgo, auto puesta en peligro de la víctima, principio de confianza, etc. Argumentos que aunque anti técnicos motivaron a la Corte a referirse al mismo, para lo cual adviera:

“4.3.3. Igualmente, falta la creación del riesgo desaprobado cuando alguien sólo ha participado con respecto a la conducta de otro en una acción a propio riesgo, como la denomina Jakobs²⁶, o una autopuesta en peligro dolosa, como la llama Roxin²⁷, para cuya procedencia la Sala ha señalado los siguientes requisitos:

²⁶ Jakobs, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 293 y ss.

²⁷ Roxin, Claus, *Op. cit.*, §



“Para que la acción a propio riesgo o autopuesta en peligro de la víctima excluya o modifique la imputación al autor o participe es necesario que ella:

”Uno. En el caso concreto, tenga el poder de decidir si asume el riesgo y el resultado.

”Dos. Que sea autorresponsable, es decir, que conozca o tenga posibilidad de conocer el peligro que afronta con su actuar. Con otras palabras, que la acompañe capacidad para discernir sobre el alcance del riesgo.

”Tres. Que el actor no tenga posición de garante respecto de ella [destaca la Sala]”²⁸.

4.3.4. En cambio, *“por regla absolutamente general se habrá de reconocer como creación de un peligro suficiente la infracción de normas jurídicas que persiguen la evitación del resultado producido”²⁹.*

²⁸ Sentencia de 20 de mayo de 2003, radicación 16636

²⁹ Roxin, Claus, *Op. cit.*, § 24, 17



4.3.5. Así mismo, se crea un riesgo jurídicamente desaprobado cuando concurre el fenómeno de la elevación del riesgo, que se presenta “cuando una persona con su comportamiento supera el arrisco admitido o tolerado jurídica y socialmente, así como cuando, tras sobrepasar el límite de lo aceptado o permitido, intensifica el peligro de causación de daño”³⁰.

En este orden de ideas, como bien lo sintetiza Roxin, “para constatar la realización imprudente de un tipo no se precisa de criterios que se extiendan más allá de la teoría de la imputación objetiva”³¹.

El actor pretendía que se casara el fallo por cuanto –según el- la madre gestante habría elevado el riesgo antijurídico mucho más que los médicos, de manera que debería excluirse la responsabilidad de los galenos, referencias nada más alejadas de lo jurídico, por cuanto con toda razón la Corte reconoce que la calidad de galeno denota una posición de garantía, máxime en servicio.

Concluyó la Corte:

“Y, en gracia de discusión, aun en el evento de considerar la posible configuración de una acción a propio riesgo o de una auto-puesta en

³⁰ Sentencia de 7 de diciembre de 2005, radicación 24696

³¹ Roxin, Claus, *Op. cit.*, § 24, 13.



peligro dolosa por parte de la víctima al haber decidido quedar en estado de embarazo a pesar de los antecedentes de salud que presentaba, tal situación de ninguna manera excluiría la imputación en cabeza de los médicos FRANKLIN ALFREDO GUEVARA TAPIA y FERNANDO BARÓN BARRERA, pues, como se verá más adelante (4.2.3), cada uno de ellos asumió de manera autónoma una posición de garante en relación con la vida e integridad física de la madre y del neonato.”

9. NOVENA DECISION JUDICIAL: AÑO 2008

La Corte emite sentencia de radicación 27.357 del veintidós (22) de mayo de 2008 con ponencia del doctor Julio Enrique Socha Salamanca, cuyo acontecer factico refiere:

“El 8 de marzo de 1998, en Villavicencio (Meta), a eso de las 3:15 p.m., fue atendida por el servicio de urgencias de la *Clínica Carlos Hugo Estrada Castro* del Instituto del Seguro Social, Luz Dary Franco, quien presentaba dolor abdominal desde hacía doce horas y sangrado vaginal escaso. El médico que la examinó, Dr. RICARDO GALINDO ESCOBAR, diagnosticó un probable embarazo de siete semanas de evolución, según la fecha que indicó la paciente de su último período



menstrual, con amenaza de aborto, infección urinaria y enfermedad pélvica inflamatoria, por lo cual dispuso su hospitalización, sujeta a dieta líquida y líquidos endovenosos, realizar hemograma, uroanálisis, gravindex y ecografía obstétrica, así como aplicarle un gramo de ampicilina cada seis horas, medicamento que estimó apropiado ya que en la entrevista ella no refirió antecedentes alérgicos a droga alguna. Sin embargo, el galeno no informó a la paciente acerca del tratamiento dispuesto, ni ordenó practicar la prueba de sensibilidad al antibiótico, y según las anotaciones de enfermería consignadas en la historia clínica, a las 11:30 p.m., de la esa fecha, cuando fue suministrada la primera dosis del medicamento ordenado por el médico, aquella le preguntó a la enfermera qué droga le estaban aplicando y al saber que era ampicilina manifestó ser alérgica, entrando enseguida en shock anafiláctico, el cual, luego de varias horas de procedimientos para estabilizarla, le ocasionó un colapso cardiovascular determinante de su fallecimiento el 9 de marzo de 1998, a las 9:55 a.m.”

Nos encontramos frente a un caso médico, donde hay gran debate frente al cumplimiento o no de los protocolos para el suministro de antibiótico en pacientes con alguna alergia, el accionante pretende desviar la responsabilidad a



la víctima, desconociendo la posición de garante que por antonomasia todo médico carga en el ejercicio de su actividad. La Corte nuevamente mantiene sus postulados frente a la autopuesta en peligro de la víctima:

“2.3.3. Igualmente, falta la creación del riesgo desaprobado cuando alguien sólo ha participado con respecto a la conducta de otro en una *“acción a propio riesgo”*³², o una *“puesta en peligro dolosa”*³³, para cuya procedencia la Sala ha señalado los siguientes requisitos:

“Para que la acción a propio riesgo o autopuesta en peligro de la víctima excluya o modifique la imputación al autor o partícipe es necesario que ella:

“Uno. En el caso concreto, tenga el poder de decidir si asume el riesgo y el resultado.

“Dos. Que sea autorresponsable, es decir, que conozca o tenga posibilidad de conocer el peligro que afronta con su actuar. Con otras palabras, que la acompañe capacidad para discernir sobre el alcance del riesgo.

³² Jakobs, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 293 y ss.

³³ Roxin, Claus, *Op. cit.* § 24, 45



“Tres. Que el actor no tenga posición de garante respecto de ella”³⁴.”

2.3.4. En cambio, *“por regla absolutamente general se habrá de reconocer como creación de un peligro suficiente la infracción de normas jurídicas que persiguen la evitación del resultado producido”³⁵.*

2.3.5. Así mismo, se crea un riesgo jurídicamente desaprobado cuando concurre el fenómeno de la elevación del riesgo, que se presenta *“cuando una persona con su comportamiento supera el arrisco admitido o tolerado jurídica y socialmente, así como cuando, tras sobrepasar el límite de lo aceptado o permitido, intensifica el peligro de causación de daño”³⁶.*”

Después de sopesar las pruebas prácticas y su relevancia para la dogmática penal, resaltar la posición de garante del médico tratante y la elevación del riesgo al no practicar ciertos exámenes previos para analizar posibles alergias frente al antibiótico que se suministraría, la Corte concluye:

³⁴ Sentencia de 20 de mayo de 2003, radicación 16636.

³⁵ Roxin, Claus, *Op. cit.*, § 24, 17.

³⁶ Sentencia de 7 de diciembre de 2005, radicación 24696.



“Es verdad que el galeno no conoció por boca de su paciente que ella fuera alérgica a droga alguna, pero como médico no podía desconocer, y así lo admite en su injurada, que los antibióticos son medicamentos que usualmente ocasionan reacciones alérgicas de diferente índole, incluso fatales, luego, precisamente, por ese conocimiento profesional que en razón del Estatuto de Ética de la Medicina estaba obligado a informar a su paciente³⁷, lo cual no hizo, y por ostentar posición de garante respecto de aquélla, el hecho de que Luz Dary Franco no le hubiese comunicado —por negligencia de ella misma, quizá—, no es constitutivo de una “acción a propio riesgo”, o una “autopuesta en peligro dolosa”, que pueda enervar su responsabilidad.”

10. DECIMA DECISION JUDICIAL: AÑO 2008

La Corte mediante decisión de radicación 28.693 del 10 de Junio de 2008 con ponencia de la Magistrada Maria del Rosario González de Lemos, resuelve un asunto de similares hechos tratados en sentencia de 2003, sin embargo, la Corte

³⁷ Ley 23 de 1981, artículo 16: “La responsabilidad del médico por reacciones adversas, inmediatas o tardías, producidas por efecto del tratamiento no irá más allá del riesgo previsto. El médico advertirá de él al paciente o a sus familiares o allegados” (negrillas fuera de texto).



crea una doctrina lejana de la línea trazada. Los hechos materia de análisis se limitaron a:

“En el mes de marzo de 1998 en la ciudad de Bogotá D.C., la sociedad ‘PRESTAGIL LTDA.’ anunció públicamente la venta de un automotor colectivo de servicio público marca Mazda, modelo 1990, afiliado a la empresa ‘Transportes Fontibón S.A.’.

Los señores Alberto Garzón Vargas y Enrique Gutiérrez Ayala mostraron su interés, acordando con el señor JUAN CARLOS SALAZAR TRIVIÑO como representante de la firma vendedora, comprarlo en la suma de \$24.250.000, pagaderos así: \$2.000.000 a la suscripción del contrato; \$20.000.000 tres días después, esto es cuando se les haga entrega del automotor y el resto al momento en que se haga el traspaso ante la autoridad correspondiente.

Cuando se hizo el trámite del traspaso –diciembre de 1998- éste fue devuelto porque sobre el automotor estaban vigentes 3 embargos ordenados por los Juzgados 5°, 3° y 2° Civiles del Circuito de esa capital”.



La Corte, para la configuración de la acción a propio riesgo, justifica ahora la inexistencia de posición de garantía entre los sujetos que intervienen, manifestando además la inoperancia de la víctima en activar sus poderes de autotutela :

Hablando en términos de la teoría de la imputación objetiva, implica que quien ostenta un nivel de preponderancia sobre alguien que, por su bajo grado académico, cultural o social, carece de suficiente capacidad para entender cabalmente los pormenores de un negocio jurídico, asume la posición de garante para la evitación de resultados dañosos cuando con su comportamiento ha generado un riesgo jurídicamente desaprobado, siempre que conociese las condiciones especiales del sujeto pasivo de la conducta. Solamente en esos casos, si no actúa de conformidad con la posición de garante que el ordenamiento jurídico le atribuye, le será imputable de manera objetiva el resultado.

En esas condiciones, no asumirá la posición de garante y, por lo mismo, no tendrá la obligación de impedir el resultado dañoso el vendedor que se encuentra respecto del comprador en un plano de equilibrio frente al



conocimiento de los alcances, vicisitudes y consecuencias de la transacción que celebran.

(...)

Como se observa, se trata de personas con alguna preparación académica y cuyos ingresos los derivaban de ocupaciones propias del transporte. Es más, uno de ellos llevaba más de 10 años dedicado a la compra y venta de vehículos. Todo ello permite concluir que no ignoraban los pasos a seguir cuando se trata de efectuar negociaciones con esa clase de bienes, de modo que obraron imprudentemente al no acudir a los mecanismos de autotutela a su disposición. De haberlo hecho, habrían podido superar con facilidad el ocultamiento de los embargos que pesaban contra el rodante adquirido.

La Corte casó la sentencia recurrida y en su lugar absolvió al procesado. Esta decisión será objeto de análisis en el capítulo siguiente por constituir una variación en su línea jurisprudencial.



11. DECIMO PRIMERA DECISION JUDICIAL: AÑO 2008

En esta ocasión la Corte en la radicación 26.445 del diez (10) de junio de 2008 con ponencia del magistrado Julio Enrique Socha Salamanca emite un auto sobre la admisión de demanda de casación impetrada, cuyo núcleo fáctico se reduce a la existencia de un accidente automovilístico en la ciudad de Cúcuta entre un carro de carga y una motocicleta, este último sufrió lesiones personales con perturbación funcional del sistema nervioso.

El actor pretendía usar los diferentes instrumentos de la imputación objetiva para relevar su responsabilidad penal, sin embargo, la Corte se mantiene en sus posturas jurisprudenciales dictadas en el año 2003 y es por ello que manifiesta:

“Por el contrario, la Sala ha desarrollado de manera independiente a los tradicionales conceptos civilistas de culpa, concurrencia de culpas y caso fortuito, toda una línea jurisprudencial relacionada con el delito culposo en el ejercicio de actividades peligrosas, entendiéndolo como una infracción objetiva a un deber de cuidado que se verifica en sede de tipicidad con criterios valorativos propios de la *teoría de la imputación objetiva*, que dicho sea de paso de ninguna manera desconocen el comportamiento desplegado por la víctima, sino que por el contrario lo integran, como sucede con los conceptos de *incremento del riesgo*,



*posición de garante, principio de confianza, autopuesta en peligro dolosa, etcétera*³⁸.

En cuanto a la infracción de las normas que regulan las actividades o profesiones peligrosas, la Sala igualmente ha establecido que “*por regla absolutamente general se habrá de reconocer como creación de un peligro suficiente la infracción de normas jurídicas que persiguen la evitación del resultado producido*”³⁹ y, por lo tanto, nunca ha desconocido (ni tampoco ha presentado posturas contradictorias al respecto) que el desconocimiento las normas de tránsito, como sucedería con las previstas en la ley 769 de 2002, podría ser trascendente a la hora de establecer en los casos relativos a accidentes automovilísticos la creación de un peligro jurídicamente desaprobado, o el incremento del mismo, o una acción a propio riesgo, o la aplicación o exclusión del principio de confianza, según fuere el caso, en la medida en que, por

³⁸ Cf., entre otras, sentencias de 23 de noviembre de 1995, radicación 9476; 16 de septiembre de 1997, radicación 12655; 20 de mayo de 2003, radicación 16636; 4 de abril de 2003, radicación 12742; 7 de diciembre de 2005, radicación 24696; 20 de abril de 2006, radicación 22941; 8 de noviembre de 2007, radicación 27388; y 5 de diciembre de 2007, radicación 26513.

³⁹ Sentencia de 8 de noviembre de 2007, radicación 27388, citando a Roxin, *Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Civitas, Madrid, 1997, § 24, 17.



supuesto, la infracción haya sido determinante para la producción del resultado típico.”

12. DECIMO SEGUNDA DECISION JUDICIAL: AÑO 2009

Decide la Corte en sentencia 30.492 del 6 de mayo de 2009, con ponencia de la magistrada Maria del Rosario González de Lemos, abordó otra vez la temática referencia a deberes de autotutela en delitos patrimoniales, en razón a los hechos:

“(…) mediante escritura pública No. 6744 del 9 de noviembre de 1995, corrida en la Notaría 21 de Bogotá, celebró contrato de compraventa con *Luz Dary Morales de Muñoz* del apartamento 201 y los garajes 11 A y 11 B del edificio Stephanie, ubicado en la calle 81 A # 8-52 de esta ciudad, por valor de \$ 215.000.0000.

(…) el contrato de promesa de venta, como en el de compraventa, aceptó el pago de la hipoteca que pesaba sobre dicho inmueble, constituida por la vendedora a favor del Banco Ganadero, mediante escritura pública N° 2722 del 11 de noviembre de 1994, de la Notaría 15 del Círculo de Bogota.



(...) acudió en varias oportunidades a la oficina de dicho banco, sucursal INDUMIL, a veces en compañía de los empleados de su empresa Octavio Salazar y John Jairo Mesa Ortega y otras de su abogado Fernando Rodríguez García, quien lo asesoró en la compra y elaboró el documento de promesa, con el fin de averiguar el monto de la hipoteca, siendo atendido por el gerente FRANCISCO JAVIER URIBE OSSIO y el subgerente MIGUEL ANTONIO QUENGUAN SOBA, quienes le informaron que ascendía a la suma aproximada de \$ 172.000.000 y en ese sentido, se le expidió liquidación de la obligación a cargo de Luz Dary de Muñoz por valor de \$ 172.319.988,92.

Así fue como giró el cheque de gerencia No. 0303761 del 4 de diciembre de 1995 del Banco Colpatria, por valor de \$ 168.000.000 y otro personal contra su cuenta del Banco Popular por valor de \$ 4.130.502 a favor del Banco Ganadero, al tiempo que entregó a la vendedora el saldo al momento de firmar la escritura de compraventa, para un total de \$ 215.000.000, convenido como precio del inmueble.

Tres años después, el Banco Ganadero, a través de apoderado judicial, a instancia de MIGUEL ANTONIO QUENGUAN SOBA, inició proceso ejecutivo hipotecario en su contra, cuyo conocimiento correspondió al



Juzgado 30 Civil del Circuito, por incumplimiento de la obligación contenida en el pagaré No. 100156501 del 21 de julio de 1997, a cargo de la empresa METALES Y EQUIPOS S.A., cuya representante era *Luz Dary Morales*, correspondiente a la reliquidación acordada con la deudora del saldo insoluto de la deuda previamente adquirida, por valor de \$ 230.000.000.”

La Corte mantiene la línea dictada por decisión del 10 de junio de 2008 por la doctora Maria del Rosario González de Lemos, pues denota la Corte unas exigencias frente a la víctima como poderes de autoprotección:

“La Sala no comparte el argumento expuesto por el casacionista, no sólo porque encuentra que en este caso la víctima acudió a los mecanismos de autoprotección a su alcance, sino, también, por cuanto el deber referido por el censor no fue incidente para la configuración de la conducta.

En efecto, está demostrado de manera fehaciente, e incluso así lo acepta el demandante, que *Fabio Josías Polanco* para llevar a cabo el negocio jurídico se asesoró de un abogado perito en este tipo de trámites y de un contador, no obstante su propia experiencia al respecto. Actos



que, indiscutiblemente, se deben entender como ejercicio de su deberes de autotutela.

Pero no sólo eso, sino que en procura de confirmar el valor de la garantía hipotecaria anunciada por la vendedora se dirigió al banco en varias ocasiones, algunas de ellas, incluso, en compañía de dicho abogado o de otras personas, en donde se le dio una quimérica información por los procesados. Este actuar también configura actos de autoprotección, pues acudió ante la entidad a cuyo favor estaba constituido el gravamen con el objeto de constatar su monto.

Significa lo anterior, sin duda, que la víctima desplegó todos los mecanismos de defensa que tenía a su alcance para conjurar un eventual timo y situación bien diferente es que, a pesar de ello, se lo indujo en error, sin que nada pudiera hacer para resistirse, no sólo porque en virtud del referido principio de confianza no existían razones de peso para dudar de la información suministrada por los funcionarios del banco, sino porque tampoco se advierte que racionalmente haya contado con más mecanismos para evitar caer en error.”



En este caso, la Corte no casa la decisión recurrida en razón a que los deberes de autotutela por más que se ejercieren no tenían la virtualidad de evitar la consumación de la estafa.

13. DECIMO TERCERA DECISION JUDICIAL: AÑO 2009

Decide la Corte ahora el recurso de casación impetrado cuyo supuesto factico es concerniente a delito patrimonial dentro de la radicación 26.882 del 19 de agosto de 2009 con ponencia del doctor Julio Enrique Socha Salamanca. Los hechos descritos corresponden a:

“Desde 1997, HANS ALFRED BERRÍO LIPSKI, propietario del establecimiento *Distri Fríos*, mantenía una relación comercial con la empresa *Pedro Domecq Colombia S. A.*, en la que el primero le adquiría licores a la segunda para su posterior distribución en el puerto de Buenaventura y otras poblaciones de Valle del Cauca.

En el mes de mayo de 2001, HANS ALFRED BERRÍO LIPSKI le solicitó a *Pedro Domecq Colombia S. A.* un crédito para la compra de 43.200 botellas de brandy durante el último trimestre de ese año, en virtud de lo cual presentó la copia de su cédula de ciudadanía, un certificado de la Cámara de Comercio y un balance general de *Distri Fríos* a 31 de diciembre de 2000, en



el que se advertía que poseía activos equivalentes al valor de \$920'492.000 y pasivos por la suma de \$842'762.000.

Una vez aprobado el crédito y entregada la mercancía, HANS ALFRED BERRÍO LIPSKI giró doce cheques con cargo a una cuenta de Bancolombia con sede en Buenaventura, que sumaban un total de \$356'284.480 y que debían ser cobrados en los meses de diciembre de 2001 y enero de 2002. Dichos cheques, sin embargo, no fueron cambiados por la institución bancaria, debido a la causal de fondos insuficientes.”

Ahora la Corte solo refiere a las sentencias primigenias de la doctrina de las acciones a propio riesgo y explica con mucho mas atino dicha figura:

“Sin perjuicio de que toda imputación al tipo objetivo presupone la creación de un peligro por parte del autor no cubierto por el riesgo permitido⁴⁰, la exclusión de la misma puede presentarse, sin embargo, en aquellas situaciones en las que hay incitación o colaboración respecto de las conductas realizadas por otra persona, ya que el ámbito de protección de la norma no puede comprender los menoscabos que han sido suscitados por el propio titular del bien jurídico.

⁴⁰ Cf. sentencia de 8 de noviembre de 2007, radicación 27388.



En razón de lo anterior, la Sala, a partir de la sentencia de 20 de mayo de 2003⁴¹, ha establecido que, para que la conducta del sujeto pasivo excluya o modifique la atribución del tipo a quien coopera o contribuye de manera significativa en su realización, es necesario que aquél conozca (o tenga la capacidad de conocer) el peligro que afronta con su acción y tenga bajo su control el poder de asumir el riesgo que se concreta en el resultado, siempre y cuando al actor no le sea exigible la obligación jurídica de evitarlo, es decir, que no se encuentre en posición de garante respecto de la persona que de manera consciente y voluntaria se ha puesto en peligro.”

(...)

“En este orden de ideas, sólo cuando se reúnen los tres requisitos de las acciones a propio riesgo (conocimiento del peligro, poder de control sobre su asunción y ausencia de posición de garante) podrá estudiarse si el sujeto pasivo en los delitos de estafa activó los mecanismos de protección que le eran exigibles, o en qué medida contribuyó con su comportamiento no diligente o precavido a la obtención del resultado previsto en la norma.”

La Corte emite decisión donde excluye de responsabilidad al procesado por encontrarse acreditado todos los elementos de la acción a propio riesgo o

⁴¹ Radicación 16636.



autopuesta en peligro de la víctima, pero aplicada a un caso de delito patrimonial, donde el denunciante (titular del bien jurídico) a pesar de tener en su poder toda la información financiero y/o contable del denunciado, precisamente el valor de los activos y de los pasivos, los cuales eran distintos por una leve sumatoria, y aun así asume el riesgo de celebrar contrato de préstamo y que posteriormente el denunciado se declara en quiebra económica.

La Corte concluye:

“4.4. Establecido como está que el Tribunal carecía de cualquier argumento para predicar que *Pedro Domecq Colombia S. A.* no tenía conocimiento de la situación de riesgo que afrontó, ni que carecía de poder de disposición sobre la asunción de dicho peligro, queda entonces por examinar si el procesado se encontraba en una posición de garante respecto de la evitación del resultado lesivo.

La respuesta, a todas luces, es negativa, pues en el expediente no aparece elemento de convicción alguno que sugiera una situación de desequilibrio o inequidad en las partes contratantes, máxime cuando es de público conocimiento que *Pedro Domecq Colombia S. A.* es una persona jurídica de amplia trayectoria en la venta de licores y que la relación comercial con HANS ALFRED BERRÍO LIPSKI venía desde el 1º de junio de 1997.



Por lo tanto, le era exigible a la empresa denunciante la activación de los mecanismos de tutela tendientes a evitar el perjuicio económico a la postre sufrido (como, por ejemplo, los señalados *supra* 4.1), de manera que el menoscabo tan solo se dio por la efectiva colaboración del titular del bien jurídico.

En consecuencia, como en el presente caso se reúnen los elementos de la acción a propio riesgo o autopuesta en peligro dolosa como criterio normativo excluyente de la imputación al tipo objetivo, la Sala casará la providencia impugnada y, en su lugar, confirmará el fallo absolutorio dictado por el a quo.”

14. DECIMO CUARTA DECISION JUDICIAL: AÑO 2009

La Corte mediante sentencia 23.508 del 23 de septiembre de 2009 con ponencia del doctor Julio Enrique Socha Salamanca, evalúa un delito sexual frente a la acción a propio riesgo, cuyos supuestos facticos corresponden a:

“El 8 de enero de 2002, Sandra Patricia Lamprea Duque, mujer de veintitrés años de edad, presentó denuncia en contra de NELSON ARMANDO OTÁLORA CÁRDENAS, conductor de una ruta escolar del colegio Lorencita Villegas de Santos de Bogotá, afirmando que ese mismo día, en



horas de la mañana, apareció cuando ella iba dirigiéndose a la oficina, se le abalanzó con la camioneta que suele conducir, la lesionó con dicho vehículo en la rodilla, la intimidó con un arma de fuego y se la llevó al apartamento de éste, situado en el barrio Ciudadela Colsubsidio de esta ciudad, en donde la golpeó varias veces, en medio de injurias y amenazas, para obligarla a tener sexo oral, al igual que para penetrarla por la vía anal.

La denunciante también aseguró que, a la edad de catorce o dieciséis años, conoció al agresor cuando ella era estudiante de la referida institución educativa y que, desde aquel entonces, ha sido acechada, celada, maltratada, fotografiada, explotada de manera económica, obligada a abortar y accedido en un principio en forma violenta y luego de manera consentida (en el sentido de que acataba todas sus exigencias con la esperanza de que la dejara en paz), sin que el miedo y la turbación le hubieran permitido acudir a denunciarlo penalmente, ni mucho menos dejar de aparentar frente a los demás que lo que ambos sostenían era una relación de noviazgo.”

En dicha ocasión, la Corte desarrolla su doctrina bajo los siguientes parámetros:

En los eventos en los que el resultado típico no es deseado por el sujeto pasivo, sino que tan solo consiente en participar en una situación de riesgo



susceptible de producirlo, lo pertinente es hablar de la autopuesta en peligro dolosa, o acción a propio riesgo, como criterio normativo de la teoría de la imputación objetiva.

Acerca de dicha figura, esta Corporación, en reciente providencia, adujo lo siguiente:

“Sin perjuicio de que toda imputación al tipo objetivo presupone la creación de un peligro por parte del autor no cubierto por el riesgo permitido, la exclusión de la misma puede presentarse, sin embargo, en aquellas situaciones en las que hay incitación o colaboración respecto de las conductas realizadas por otra persona, ya que el ámbito de protección de la norma no puede comprender los menoscabos que han sido suscitados por el propio titular del bien jurídico.

”En razón de lo anterior, la Sala, a partir de la sentencia de 20 de mayo de 2003 [radicación 16636], ha establecido que, para que la conducta del sujeto pasivo excluya o modifique la atribución del tipo a quien coopera o contribuye de manera significativa en su realización, es necesario que aquél conozca (o tenga la capacidad de conocer) el peligro que afronta con su acción y tenga bajo su control



el poder de asumir el riesgo que se concreta en el resultado, siempre y cuando al actor no le sea exigible la obligación jurídica de evitarlo, es decir, que no se encuentre en posición de garante respecto de la persona que de manera consciente y voluntaria se ha puesto en peligro.

”La valoración de las primeras dos situaciones deberá efectuarla el juez de una manera ex ante o, lo que es lo mismo, teniendo que retrotraerse al momento de la realización de la acción y examinando si conforme a las condiciones de un observador inteligente situado en la posición de la víctima (a las que habrá de sumárseles las calidades y conocimientos especiales de ella), el comportamiento sería o no adecuado para excluir a favor del agente la atribución del resultado típico”⁴².

De esta manera, la Corte ha admitido que, en conductas contra el patrimonio económico como la de *estafa*, sea viable estudiar

“[...] aspectos tales como el nivel intelectual del sujeto pasivo de la conducta, su pericia en asuntos de la naturaleza de la cual se trata, sus experiencias, el medio social en donde se desenvuelve y las

⁴² Sentencia de 19 de agosto de 2009, radicación 26882.



*herramientas jurídicas brindadas por el Estado para su
protección”⁴³*

No obstante, también ha precisado que

*“[...] sólo cuando se reúnen los tres requisitos de las acciones a
propio riesgo (conocimiento del peligro, poder de control sobre su
asunción y ausencia de posición de garante) podrá estudiarse si el
sujeto pasivo en los delitos de estafa activó los mecanismos de
protección que le eran exigibles, o en qué medida contribuyó con su
comportamiento no diligente o precavido a la obtención del
resultado previsto en la norma”⁴⁴.*

En los delitos contra la libertad sexual que se ejercen mediante la violencia,
sin embargo, no es procedente abordar las calidades y condiciones de la
víctima, ni mucho menos estimar si debió haberse comportado de alguna
manera en aras de no facilitar la producción del resultado típico, por la
sencilla razón de que la creación del riesgo no permitido (es decir, la acción
tendiente a doblegar la voluntad de la otra persona) le concierne única y
exclusivamente al autor.

⁴³ Sentencia de 10 de junio de 2008, radicación 28693.

⁴⁴ Ibídem.



Adicionalmente, de ninguna manera es posible sostener que el sujeto pasivo, cuando es sometido a una situación de constreñimiento, fuerza o coacción, tiene poder de control sobre la asunción del peligro, e incluso el autor estaría en una posición de garante cuando entre él y el sujeto agredido hay relaciones susceptibles de equipararse a estrechas comunidades de vida (*supra* 2.7), pues éstas obligan al primero a evitar la realización de cualquier conducta que lesione o amenace la libertad sexual o la dignidad del segundo. En consecuencia, el comportamiento íntimo o sexual de la víctima resulta por completo irrelevante para efectos de la configuración de los delitos sexuales que incluyan a la violencia como elemento estructural del tipo objetivo.”

En este caso el casacionista pretendía que se reconociera la existencia de la autopuesta en peligro de la víctima en razón a que la víctima tenía gran conocimiento en el ámbito sexual, ya que en el expediente reposa la grabación telefónica donde ella manifiesta con liberalidad tal maestría. Sin embargo, se probó en la actuación la violencia del autor frente a la víctima, pues la Corte preció en dicha decisión –además- que la violencia no solo es física, y ese fue el caso de la víctima, quien estaba coaccionada a tal punto de quedar indefensa,



este último estado neutraliza cualquier tipo deber de autoprotección, concluyó la Corte:

“(…) ya que la violencia que se ejerce para doblegar la voluntad de la víctima, que es la jurídicamente relevante (*supra* 4), puede excluir cualquier reacción en los aludidos aspectos, aparte de que la concurrencia de tal ingrediente normativo excluye la posibilidad de exigirle al sujeto pasivo la activación de mecanismos de autotutela y protección (*supra* 3.3).”

15. DECIMO QUINTA DECISION JUDICIAL: AÑO 2010

La Corte emite sentencia dentro de la radicación 31.468 del 28 de junio de 2010 con ponencia del Magistrado José Leonidas Bustos Martínez, donde se enfrenta al análisis de un caso producto de una decisión de la Corte Constitucional en ejercicio de la revisión, dichos hechos son:

“La Honorable Corte Constitucional después de revisar varias tutelas interpuestas contra el Fondo de Pasivo Social de la hoy extinta Puertos de Colombia, ordenó el envío de algunas de ellas a la Fiscalía General de la Nación para llevar a cabo las respetivas investigaciones, puesto que se encontraron anomalías en cuanto a su iniciación, trámite y decisión; ya que en determinados casos se ejerció



*temerariamente la acción de tutela, se actuó sin poder o sin justo título (sic), al estar pretendiendo acreencias laborales inexistentes o ya satisfechas por Foncolpuertos. Entre las acciones de amparo se relacionó la número 108313 – radicación de la Corte Constitucional – interpuesta en contra de Foncolpuertos por el profesional **LUIS EMILIO ALVARADO ESTEPA**, argumentando el derecho de igualdad y ‘pago oportuno’ a favor del veintidós exportuarios, entre los que se encuentran los aquí procesados **DAVID DE JESÚS CORREA HIGIRIO** y **JOSÉ MARÍA EGUIS JIMÉNEZ**, (T-575 del 10 de noviembre de 1997).”*

En dicha oportunidad la Corte al analizar los deberes de autotutela de la víctima frente al caso en concreto precisó:

“De igual modo indicó que no constituye “motivo de controversia que el medio engañoso debe tener idoneidad para inducir en error a la víctima. {pero} Lo que sí genera aún ardua polémica es la determinación de las condiciones a partir de las cuales resulta dable afirmar que la argucia o el engaño reúnen los presupuestos objetivos exigidos por la norma penal para predicar la configuración del delito estafa”; campo en el cual



destacan las concepciones de quienes consideran que no todo engaño que pudiera concebirse causal respecto del resultado perjudicial, permite la imputación de la conducta del autor, porque la víctima debe acudir a los mecanismos de autotutela exigibles, de manera que será punible el comportamiento capaz de sobrepasar la barrera de contención que supone la actitud diligente del perjudicado; y la de otros como el profesor uruguayo Irureta Goyena para quien “sostener que solamente es sancionable el fraude cuando la víctima se halla exenta de toda incuria, equivale jurídicamente a sustentar que corresponde admitir estafa únicamente en casos extremos de previsión imposible, cuando el engaño reviste una grande y hábil sutileza”⁴⁵

Con todo, la Sala precisó igualmente que como en estos casos los hechos que se juzgan se basan en las relaciones sociales “no pueden establecerse reglas rígidas sino tener en cuenta las circunstancias concretas de cada caso para determinar si la actitud reticente de una de las partes contratantes al ocultar la existencia de un gravamen o una medida cautelar tiene o no idoneidad para inducir en error. Para el efecto

⁴⁵ Cita de HUMBERTO BARRERA DOMÍNGUEZ en Estudios de Derecho Penal Especial, varios autores, Editora Jurídica de Colombia, primera edición 1992, pág. 242.



será menester, entonces, considerar aspectos tales como el nivel intelectual del sujeto pasivo de la conducta, su pericia en asuntos de la naturaleza de la cual se trata, sus experiencias, el medio social en donde se desenvuelve⁴⁶ y las herramientas jurídicas brindadas por el Estado para su protección.”

Es de anotar que esta providencia es un auto que decide la admisión o no del recurso extraordinario de casación, sin embargo, la Corte sustenta en gran medida la improcedencia de los reparos formulados por el recurrente, pues uno de ellos refiere indirectamente al consentimiento de la víctima a lo que la Corte responde citando la línea jurisprudencial que en materia de delitos en negocios jurídicos ha trazado.

16. DECIMO SEXTA DECISION JUDICIAL: 2010

La Corte emite decisión judicial dentro de la radicación 32.508 del 8 de julio de 2010, proceso de única instancia donde investiga a un senador de la república por presunto delito de concusión. El extremo fáctico se reduce a:

⁴⁶ Cfr. ANTONIO JOSÉ MARTÍNEZ LÓPEZ, obra citada, pág. 288.



“El 4 de agosto de 2006 en el edificio del Congreso de la República, el senador **ALIRIO VILLAMIZAR AFANADOR** y la doctora LUZ YANETH ROJAS PORTILLA, para entonces notaria de El Playón-Santander, acordaron que él “la haría nombrar” notaria de primera categoría, a cambio de lo cual ella le entregaría mensualmente el 50 % de los ingresos notariales; como garantía de cumplimiento, ella y su marido firmaron y entregaron al senador una letra de cambio con valor en blanco.

3. En efecto, mediante Decreto 3459 del 3 de octubre de 2006, el gobierno nacional creó la Notaría Once del Círculo de Bucaramanga-Santander, y por recomendación del senador **ALIRIO VILLAMIZAR AFANADOR**, a través de ese mismo acto administrativo, suscrito por el Presidente de la República y el Ministro del Interior y de Justicia, nombró en interinidad a la doctora LUZ YANETH ROJAS PORTILLA, quien el 3 de noviembre de 2006 tomó posesión del cargo.

4. La Notaría Once del Círculo de Bucaramanga-Santander empezó a funcionar en noviembre de 2006 y mes a mes desde entonces, hasta julio de 2009, a pesar de lo gravoso que le resultó,



la doctora LUZ YANETH ROJAS PORTILLA entregó la suma acordada a la esposa del senador **ALIRIO VILLAMIZAR AFANADOR**, presionada por la amenaza latente de que se hiciera efectivo el citado título valor.”

La Corte ahora, precisa una regla de gran relevancia para la autopuesta en peligro, y es, la disponibilidad del bien jurídico, al respecto dijo:

“149. El argumento defensivo según el cual como la notaria hizo un “acuerdo” con el senador prestándose una “ayuda mutua” que “le pareció lo más normal” donde “no hubo presión”, lleva a asumir que “de manera voluntaria adquirió compromisos que le acarrearán perjuicio a su patrimonio” y estaría ante una “autopuesta en riesgo de sus propios bienes jurídicos” que impide la imputación objetiva del resultado, no es admisible para la Sala, porque desconoce que la regla según la cual el consentimiento del afectado excluye el tipo penal, no aplica cuando se trata de tipos que protegen bienes jurídicos indisponibles⁴⁷, como lo es

⁴⁷ Günther Jakobs, “Derecho Penal Parte General, Fundamentos de la teoría de la imputación”, traducción JOAQUÍN CUELLO CONTRERAS y JOSÉ LUIS SERRANO GONZÁLES DE MURILLO (Universidad de Extremadura), Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A., p. 289



el de la administración pública, donde al posible daño individual se suma el social, cuyo núcleo fundamental es, precisamente, la función pública.”

Y, para el caso en concreto la Corte concluye:

“En la presente situación, el comportamiento imputado al ex senador **ALIRIO VILLAMIZAR AFANADOR** no impactó exclusivamente el bien jurídico representado en el patrimonio económico de la notaria LUZ JANETH ROJAS PORTILLA, sino que trascendió la esfera de lo estrictamente privado, trastocando con el uso inadecuado de la función pública la marcha regular de la administración del Estado. Por eso es inaceptable la consideración según la cual el resultado de la acción no es objetivamente atribuible al ex senador, sobre la base de que la notaria lo consintió y puso en riesgo la materia de protección jurídica, pasando por alto el componente público del que ella no era titular, justo el que por principio de especialidad el legislador consideró de mayor relevancia. Es por ello que el argumento queda privado de razón.”

17. DECIMO SEPTIMA DECISION JUDICIAL: AÑO 2010



Ahora la Corte emite decisión dentro de la radicación 33.515 del 4 de agosto de 2010 con ponencia del Magistrado Alfredo Gómez Quintero, donde analiza un caso de captación masiva y habitual de dineros, cuyos hechos se circunscriben a:

“El ciudadano (...) y la señora (...), formularon denuncia contra (...) por delitos de ‘estafa y abuso de confianza financieros’, hurto, enriquecimiento ilícito de particulares, encubrimiento, concierto para delinquir, extorsión y falsedad por ocultamiento de documentos, entre otros.

Relataron que como clientes del Banco Andino Colombia fueron invitados a abrir una cuenta en el Banco Andino Nassau, en los primeros meses de 1997 con la promesa que los dineros depositados se manejaban en dólares, con las excepciones tributarias propias del capital en el exterior, la reserva bancaria y el portafolio propio de un banco con oficina en este país, respaldado en sus transacciones por el Banco Popular de Miami, para lo cual la señora Carmen Lucy Herrera Espitia, ejerciendo como directora de la oficina que decía representar al Banco Nassau, les entregó una copia de los estados financieros consolidados del Grupo



CEVAL INC., dueño del Banco Andino Colombia y su filial Banco Andino Nassau en esa ciudad de la Isla Bahamas.

Ante lo halagüeño de la inversión y del servicio abrieron la cuenta corriente No.503-000022-7 y depósitos a término que superaron los cien mil dólares.

Enterados que la Superintendencia Bancaria y el Ministerio de Hacienda tomaron posesión del Banco Andino, mediante resolución del 20 de mayo de 1999, notificando a los clientes que mientras no se liquidara el establecimiento no procedía acción alguna se dirigieron a las oficinas manejadas por la señora Herrera Espitia encontrándola totalmente desmantelada, sin que los empleados dieran información alguna, amén que previamente el 15 de mayo el ciudadano extranjero giró cheques contra el valor de su depósito y le fueron devueltos sin ninguna explicación.

Haciendo averiguaciones se enteró que las autoridades de Bahamas habían nombrado como liquidador del Banco Andino Nassau a un señor Kikivarakis, quien en conversación telefónica le informó que esa entidad no tenía dineros porque antes de la liquidación habían sido transferidos al Banco Andino Colombia, quien ordenó la liquidación de esa filial.”



La Corte mantiene su línea jurisprudencial, aplicándola al delito de captación masiva y habitual de dinero en los siguientes términos:

“Pero la autopuesta en peligro que impone al propio afectado cargar con los efectos de su acción sólo resulta predicable en aquellas hipótesis en que el afectado ejerce pleno control sobre la situación generadora del riesgo. O lo que es igual, que únicamente emerge aceptable tener por responsable a la víctima cuando quiera que haya defraudado las condiciones de autoprotección derivadas de su propio rol, siendo forzoso en hipótesis semejantes que tenga la víctima pleno control sobre la situación que se afirma peligrosa para poder concluir su autoresponsabilidad.

10. En este orden de ideas no puede confundirse la circunstancia de que los inversionistas hubieran adelantado una actividad riesgosa para sus recursos económicos -desde una perspectiva estrictamente financiera-, con aquella derivada de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado inherente al juicio de responsabilidad penal, toda vez que presupuesto de las acciones a propio riesgo es que la situación peligrosa



debe ser la misma que se concreta en la producción del resultado. En forma tal que si el resultado es producto de un riesgo distinto no hay manera de atribuírselo a la víctima.

(...)

Por tanto, el desmedro patrimonial como efecto lesivo de sus intereses no provino, precisamente, del “riesgo” asumido por los inversores en la forma en que es presentado por el actor, sino de la conducta desarrollada por los procesados a quienes resulta consiguientemente imputable dicho resultado.”

La Corte casa parcialmente la decisión recurrida respecto a concesión de subrogados y dosificación punitiva, pero no frente a aspectos sustanciales de responsabilidad penal.

18. DECIMO OCTAVA DECISION JUDICIAL: AÑO 2011

La Corte en sentencia de radicación 29.718 del 28 de enero de 2011, con ponencia del Magistrado Augusto Ibáñez Guzmán, analiza un caso de homicidio culposo en razón a accidente de tránsito, cuyos hechos fueron resumidos así:



“El 11 de marzo de 2004 en horas de la mañana, en el barrio La Villa de la ciudad de Pereira, la señora María del Pilar Suárez, de 82 años de edad, fue atropellada por el furgón de placas WTL-339 conducido por el procesado Luis Albeiro Valencia Marín, perteneciente a la empresa de transporte VELOTAX. A raíz de las lesiones causadas la accidentada falleció al día siguiente en la Clínica Risaralda.”

El recurrente argumentó autopuesta en peligro de la víctima al transitar por determinada zona, argumento inocuo y carente de razón jurídico, a lo que atinadamente la Corte rechazo. Aunque en esta sentencia la Corte no extendió su fundamentación sobre la figura, si preciso que no podría hablar de autopuesta en peligro de la víctima por cuanto el autor elevo el riesgo antijurídico al no atender la señal de pare, a diferencia de la víctima que nunca asumió ningún riesgo.

19. DECIMO NOVENA DECISION JUDICIAL: AÑO 2011

La Corte dentro de la radicación 36.554 del 9 de agosto de 2011 con ponencia del Magistrado Julio Enrique Socha Salamanca, a un caso similar al anterior donde converge una actividad peligrosa como es la conducción de automotores:



“El sábado 22 de junio de 2002, cerca de las 6:20 a.m., por una vía principal del barrio Compartir (Soacha), SERGIO ALBERTO NIÑO SÁNCHEZ conducía el vehículo de servicio público tipo microbús, placas SOC-569 (con doce pasajeros); al llegar a la intersección con la Autopista Sur, con el fin de atravesarla y girar a la izquierda rumbo al almacén ÉXITO de la avenida 68 con calle 80 de Bogotá, luego de pasar la primera calzada (de tres carriles en sentido norte-sur), se detuvo para abordar la siguiente en sentido sur-norte (de tres carriles también), cuando ejecutaba esa maniobra y rodaba a una velocidad aproximada de 14 k/h, su rodante fue impactado en la esquina trasera derecha por el automotor marca Chevrolet Sprint de placa ZOF-727, guiado por Jorge Leonardo Cuacali Muñoz (con siete ocupantes más, todos bajo el efecto del alcohol), quien tenía una embriaguez de tercer grado y traía una velocidad probable de 73 k/h.

Por la magnitud de la colisión el colectivo se volcó y quedó sobre el carril central y el derecho de la respectiva calzada, en tanto que el particular se destruyó desde la punta del capó hasta la mitad del techo y fue a parar en el separador central de esa vía.”



Es de anotar que a raíz del accidente fallecieron varios ocupantes de los vehículos. La Corte hace un importante recuento de la evolución del injusto culposos para llegar a la imputación objetiva en los siguientes términos:

8.3. En la doctrina penal contemporánea, la opinión dominante considera que la realización del tipo objetivo en el delito imprudente (o, mejor dicho, la infracción al deber de cuidado) se satisface con la *teoría de la imputación objetiva*, de acuerdo con la cual cuando un comportamiento ha creado un peligro para el objeto de la acción no abarcado por el *riesgo permitido* y a consecuencia de dicho peligro se realiza un concreto resultado lesivo, tal hecho le es jurídicamente atribuible al sujeto agente.

(...)

8.4.3. Igualmente, falta la creación del riesgo desaprobado cuando alguien sólo ha participado con respecto a la conducta de otro en una “acción a propio riesgo”⁴⁸, o una “autopuesta en peligro dolosa”⁴⁹, para cuya procedencia la Sala ha señalado los siguientes requisitos:

⁴⁸ Jakobs, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 293 y ss.

⁴⁹ Roxin, Claus, *Op. cit.* § 24, 45



“Para que la acción a propio riesgo o autopuesta en peligro de la víctima excluya o modifique la imputación al autor o participe es necesario que ella:

”Uno. En el caso concreto, tenga el poder de decidir si asume el riesgo y el resultado.

”Dos. Que sea autorresponsable, es decir, que conozca o tenga posibilidad de conocer el peligro que afronta con su actuar. Con otras palabras, que la acompañe capacidad para discernir sobre el alcance del riesgo.

”Tres. Que el actor no tenga posición de garante respecto de ella”⁵⁰.

8.4.4. En cambio, *“por regla absolutamente general se habrá de reconocer como creación de un peligro suficiente la infracción de normas jurídicas que persiguen la evitación del resultado producido”⁵¹.*

8.4.5. Así mismo, se crea un riesgo jurídicamente desaprobado cuando concurre el fenómeno de la elevación del riesgo, que se presenta *“cuando una persona con su comportamiento supera el arrisco admitido o tolerado jurídica y socialmente, así como cuando, tras sobrepasar el*

⁵⁰ Cfr. Sentencia de 20 de mayo de 2003, radicación N° 16636.

⁵¹ Roxin, Claus, *Op. cit.*, § 24, 17.



límite de lo aceptado o permitido, intensifica el peligro de causación de daño”⁵².

9. En el caso objeto de estudio el acusado desarrollaba una actividad que aun cuando permitida, se considera generadora de riesgo, cual es la conducción de vehículos automotores, y precisamente por ello la misma se encuentra regulada con el fin de que quienes intervienen en esta ajusten su comportamiento a unas pautas que aseguran o, mejor, minimizan la posibilidad de ocasionar un resultado lesivo de intereses jurídicamente tutelados.

La Corte analiza sucintamente la figura de la autopuesta en peligro de la víctima para efectos de determinar si tiene la potencialidad de excluir la imputación al tipo objetivo, sin embargo ello no es así. La Corte al final no casa la decisión recurrida.

20. VIGESIMA DECISION JUDICIAL: AÑO 2011

La Corte emite decisión de radicación 34.317 del 28 de septiembre de 2011 con ponencia del Magistrado Fernando Alberto Castro, un asunto similar al anterior cuyo recuento factico fue:

⁵² Cfr. Sentencia de 7 de diciembre de 2005, radicación N° 24696.



“Pasadas las dos de la tarde del 9 de diciembre de 2008, GILBERTO MORA MEDINA conducía el vehículo marca Daihatsu, tipo campero, de placa ALH 088, por el kilómetro 4 más 323 metros de la carretera que conecta la ciudad de Yopal (Casanare) con el municipio de Monterrey, saliéndose de la calzada y atropellando a FEDERICO GÓMEZ LEGUIZAMÓN, quien se encontraba afuera de la vía descansando momentáneamente de su trabajo como *“paletero”*, a consecuencia de lo cual murió en el lugar.”

Aunque el casacionista no menciona como argumento la autopuesta en peligro de la víctima, si aborda la temática de la imputación objetiva mencionando la acción a propio riesgo dentro de la doctrina que tradicionalmente se ha venido reiterando.

21. VIGESIMA PRIMERA DECISION JUDICIAL: AÑO 2012

Emite la Corte ahora decisión dentro de la radicación 36.824 del 12 de septiembre de 2012, con ponencia del magistrado Julio Enrique Socha



Salamanca. En esta ocasión analiza un caso de estafa agravado cuyo contexto factico consiste:

“En 1984, Luis Alberto Rojas Castañeda contrató a la abogada CLARA PATRICIA GAITÁN MESA para liquidar la sociedad conyugal que tenía con su esposa. A raíz de ese vínculo laboral, surgió uno sentimental con la profesional del derecho, que implicó la procreación de un hijo el 7 de enero de 1991, el reconocimiento judicial de una unión marital de hecho el 10 de noviembre de 1998 (con efectos a partir de 1990) y un matrimonio civil el 13 de diciembre de 1999.

El 22 de diciembre de 1999, Luis Alberto Rojas Castañeda le vendió a MAURICIO GONZÁLEZ RUBIO GAITÁN, hijo de CLARA PATRICIA GAITÁN MESA de una relación anterior, siete predios que había adquirido el 13 de diciembre de 1996, avaluados en la suma de \$3.000'000.000.

El 30 de diciembre de 1999, Luis Alberto Rojas Castañeda y CLARA PATRICIA GAITÁN MESA disolvieron y liquidaron la sociedad conyugal.

Las siete propiedades, que por la realización del negocio no fueron incluidas en la liquidación, pasaron a nombre de MAU-RICIO



GONZÁLEZ RUBIO GAITÁN. El 9 de marzo de 2001, él le traspasó cuatro de esos inmuebles a su progenitora.

Luis Alberto Rojas Castañeda los denunció a ambos el 21 de junio de 2002, aduciendo que simuló la venta de los predios con MAURICIO GONZÁLEZ RUBIO GAITÁN para evitar el pago de impuestos. Agregó que lo hizo por recomendación de CLARA PATRICIA GAITÁN MESA, bajo la promesa de que le iban a ser devueltos cuando él lo quisiera. Ello, sin embargo, no se produjo.”

El casacionista manifiesta la indebida aplicación de los artículos 246 y 247 del Código Penal por cuanto considera que no se podría imputar el tipo objetivo por la autopuesta en peligro de la víctima. A lo que la Corte reitera su línea jurisprudencial en los siguientes términos:

“4.1. La figura de la acción a propio riesgo (o autopuesta en peligro dolosa), como criterio excluyente de la imputación al tipo objetivo, contempla tres elementos para su procedencia: (i) conocimiento del peligro por parte del sujeto pasivo de la conducta (o capacidad para conocerlo), (ii) poder de control de esta persona acerca de la asunción de



dicho riesgo y (iii) ausencia de posición de garante respecto del sujeto agente.

(...)

Sin embargo, incluso en una situación de aparente igualdad, existen otros deberes jurídicos susceptibles de fundamentar una posición de garante. Por ejemplo, aquellos derivados de los roles específicos que asume cada persona en razón de las instituciones que integran la estructura social, como la familia, el matrimonio o las relaciones interpersonales.

Este tipo de responsabilidad institucional es relevante en lo que a la protección del bien jurídico del patrimonio económico atañe, siempre y cuando la relación de garantía se origine en lo que la opinión dominante denomina ‘confianza especial’, es decir, aquellos eventos en los cuales sea razonable confiar en que el otro obrará conforme a lo socialmente esperado. Por ejemplo, “los casos en los que hay una administración que otro (garante) hace de un patrimonio o negocio ajeno” .”



E igualmente la Corte refiere a la posición de garantía en razón al rol institucional de los sujetos que intervienen:

“Esta postura es suficiente para no excluir desde un punto de vista objetivo la imputación del resultado típico del delito de *estafa agravada* a favor de los procesados. Es decir, no viene al caso abordar el estudio de las calidades particulares de la supuesta víctima cuando entre ésta y los sujetos activos del comportamiento hay una relación de garantía trascendente para efectos de la protección del bien jurídico del patrimonio económico, a raíz de los deberes institucionales derivados de los roles especiales desempeñados por quien en su infancia el denunciante lo había tratado como un hijo y, con mayor razón, por quien era la esposa, así como la encargada de los asuntos de dinero de éste.”

La Corte manifestó que en el caso concreto existió posición de garantía a diferencia de lo que pensó el Tribunal, por ello no es admisible la aplicación de la acción a propio riesgo y en consecuencia no prospero el fallo. La Corte caso la decisión pero por otro cargo.

22. VIGESIMA SEGUNDA DECISION JUDICIAL: AÑO 2012



La Corte en sentencia 41.411 del 10 de julio de 2013 con ponencia del Magistrado Gustavo Enrique Malo Fernández, emite decisión en un caso de estafa agravada donde reitera la línea jurisprudencial de manera sucinta, a lo que explica sus elementos:

Por otro lado, carece de fundamentos la sustentación del reproche. La Sala no ha sido extraña al problema de las acciones a propio riesgo, sobre todo para la configuración del delito de *estafa*, y, al respecto, ha señalado que para excluir la imputación al tipo objetivo deberá verificarse en cada caso la concurrencia de tres ingredientes normativos, a saber:

“(i) [C]onocimiento del peligro por parte del sujeto pasivo de la conducta (o capacidad para conocerlo), (ii) poder de control de esta persona acerca de la asunción de dicho riesgo y (iii) ausencia de posición de garante respecto del sujeto agente”⁵³.

La valoración de estos aspectos implica, desde el punto de vista fáctico, el análisis de dos situaciones diferentes. Una es la

⁵³ Sentencia de 12 de septiembre de 2012, radicación 36824. En el mismo sentido, fallos de 10 de junio de 2008, radicación 28693, y 19 de agosto de 2009, radicación 26882.



relativa al procesado, en pro de predicar su condición de garante (aspecto en el cual entran en juego circunstancias de facto como la llamada ‘confianza especial’⁵⁴ o el contexto en el que se produjo el perjuicio patrimonial, a fin de encontrar un desequilibrio con el sujeto pasivo de la conducta⁵⁵); y la otra es la concerniente a las calidades de la víctima (en la que son relevantes datos fácticos como su experiencia, conocimientos y habilidades en el campo dentro del cual se produjo el daño económico)⁵⁶.

Aunque el recurrente erró en la formulación del cargo, la Corte reiteró la línea jurisprudencial.

⁵⁴ Cf., en este sentido, sentencia de 12 de septiembre de 2012, radicación 36824: “[...] no viene al caso abordar el estudio de las calidades particulares de la supuesta víctima cuando entre ésta y los sujetos activos del comportamiento hay una relación de garantía trascendente para efectos de la protección del bien jurídico del patrimonio económico, a raíz de los deberes institucionales derivados de los roles especiales desempeñados por quien [...] era la esposa, así como la encargada de los asuntos de dinero de éste”.

⁵⁵ Cf., al respecto, fallo de 10 de junio de 2008, radicación 28693: “[...] no asumirá la posición de garante y, por lo mismo, no tendrá la obligación de impedir el resultado dañoso el vendedor que se encuentra respecto del comprador en un plano de equilibrio frente al conocimiento de los alcances, vicisitudes y consecuencias de la transacción que celebran”.

⁵⁶ Sentencia de 12 de septiembre de 2012, radicación 36824: “Para efectos de la configuración de la acción a propio riesgo, el juez debe abordar dos situaciones independientes. Por una parte, la del autor del comportamiento que afectó el bien jurídico, en el sentido de que no sea garante de la evitación del resultado. Y, por la otra, la del titular del bien jurídico que de alguna manera contribuyó a la creación del peligro, en el entendido de que estuvo al tanto del mismo y haya podido controlar su ascensión. Si el agente tiene posición de garante (esto es, si no satisface el supuesto de exclusión que le es propio), no es entonces indispensable estudiar si la víctima contribuyó dolosamente a la puesta en peligro; y viceversa”.



23. VIGESIMA TERCERA DECISION JUDICIAL: AÑO 2013

La Corte emite decisión dentro de la radicación 36.842 del 27 de noviembre de 2013 con ponencia de la magistrada Maria del Rosario González de Lemos, donde resuelve de fondo un asunto de lesiones personales culposas y cuyo contexto factico se reduce a:

“El 10 de diciembre de 2005, en la carrera 52 entre calles 29 y 30 de la ciudad de Medellín, sobre las 11:45 p.m., *JAIME ALBERTO CORREA GIRALDO*, luego de departir en una fiesta empresarial en la que ingirió bebidas alcohólicas, perdió el control del vehículo de placas KFF 760 que conducía, estrellándose contra un andén y ocasionado lesiones a sus compañeros *Efraín Alonso Paniagua Molina, Claudia Patricia Castaño Hernández, Yovanny Castañeda Naranjo y Astrid Yaneth Montaña Ruíz.*”

De manera corta pero importante la Corte sienta unas bases sólidas sobre la imputación objetiva y acción a propio riesgo, en los siguientes términos:

“Según el artículo 9º del Código Penal, “*la causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado*”, de lo cual se deduce la



necesidad de acudir a criterios adicionales para considerar realizados los tipos de resultado descritos en la parte general de dicho estatuto.

Pues bien, la teoría de la imputación objetiva permite determinar los eventos en los cuales una acción causal puede ser considerada típica, pues para esta corriente doctrinal aunque el nexo causal constituye presupuesto esencial de toda imputación, no es suficiente para considerar realizado el tipo objetivo porque, adicionalmente, se requiere, i) que el agente haya creado un peligro para el bien jurídico no cubierto por el riesgo permitido, ii) que se concrete el resultado y, iii) que no se haya materializado una acción a propio riesgo o autopuesta en peligro⁵⁷.

En efecto, se parte de considerar la existencia de una serie de actividades cotidianas que aunque generan riesgos jurídicamente relevantes deben ser permitidas, siempre y cuando se respeten las reglas de cuidado previstas en la ley o el reglamento, a efectos de garantizar la convivencia social, *verbi gratia*, el tráfico automovilístico, aéreo,

⁵⁷ Cfr. CLAUS ROXIN, Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos. La Estructura del Delito, Madrid, Ed. Civitas 1997, páginas 345 a 364.



marítimo, las actividades deportivas, las intervenciones médicas, entre otras.

A la par con las conductas riesgosas permitidas por el ordenamiento jurídico para garantizar el normal funcionamiento de la colectividad, existen otras acciones que, acorde con la teoría citada, no son imputables al tipo objetivo⁵⁸, así:

“a) No provoca un riesgo jurídicamente desaprobado quien incurre en una “conducta socialmente normal y generalmente no peligrosa”, que por lo tanto no está prohibida por el ordenamiento jurídico, a pesar de que con la misma haya ocasionado de manera causal un resultado típico o incluso haya sido determinante para su realización.

b) Tampoco se concreta el riesgo no permitido cuando en el marco de una cooperación con división del trabajo en el ejercicio de cualquier actividad especializada o profesión el

⁵⁸ Cfr. Sentencias del 8 de noviembre de 2007, Rad. No. 27388; 4 de abril de 2003, Rad. No. 12742; 20 de mayo de 2003, Rad. No. 16636; 20 de abril de 2006, Rad. No. 22941 y 25 de enero de 2012, Rad. No. 36082.



procesado observa los deberes que le eran exigibles y es otra persona perteneciente al grupo la que no respeta las normas o las reglas del arte (lex artis) pertinentes. Lo anterior, en virtud del llamado principio de confianza, según el cual “el hombre normal espera que los demás actúen de acuerdo con los mandatos legales, dentro de su competencia”⁵⁹.

c) Igualmente, falta la creación del riesgo desaprobado cuando alguien sólo ha participado con respecto a la conducta de otro en una acción a propio riesgo, como la denomina Jakobs⁶⁰, o una autopuesta en peligro dolosa, como la llama Roxin^{61,62}.

En cuanto a la autopuesta en peligro, ésta se concreta cuando, i) el agente se pone en riesgo a sí mismo o ii) cuando, con plena conciencia de la situación, se deja poner en dicha situación por otra

⁵⁹ Sentencias del 25 de enero de 2012, Rad. No. 36082 y del 20 de mayo de 2003, Rad. No. 16636.

⁶⁰ JAKOBS, Günther, Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación, Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 293 y ss.

⁶¹ ROXIN, Op. cit., §

⁶² En realidad, ROXIN se refiere a dos modalidades de esa naturaleza, a saber, autopuesta en peligro dolosa y “puesta en peligro de un tercero aceptada por éste”, diferenciándolas en que en esta última la víctima no se pone dolosamente en peligro a sí misma sino que se deja poner en peligro por otro con conciencia del riesgo.



persona, eventos en los cuales no puede imputarse al tercero el tipo objetivo porque quien conscientemente se expone a un acontecer amenazante se hace responsable de las consecuencias de su propia actuación.

(...)

Así mismo, la doctrina considera que el resultado lesivo debe ser consecuencia del riesgo asumido y no de acciones adicionales no asumidas por la víctima, pues, si concurren otros factores, el daño se concreta en razón a éstos y no exclusivamente al peligro aceptado. Así,

“En primer lugar, el daño ha de ser la consecuencia del riesgo corrido y no de otros fallos adicionales, y el sujeto puesto en peligro ha de tener la misma responsabilidad por la actuación común que quien le pone en peligro. Y además aquél, al igual que la autopuesta en peligro, ha de ser consciente del riesgo en la misma medida que quien le pone en peligro. Si se dan estos dos supuestos habrá “asumido” el riesgo. ... en cambio, debería



*tener lugar la imputación si el conductor persuade al pasajero que vacila con buenos motivos, o si le hubiera ocultado o minimizado los riesgos o si el accidente se debió a fallos en la conducción independientes del riesgo aceptado*⁶³.

Entonces, no basta con que una agente asuma voluntaria y conscientemente el riesgo a que otra persona lo somete sino que, además, se requiere que el mismo no se incremente con acciones diversas no consideradas ni consentidas por la víctima.

De igual forma, se requiere el pleno conocimiento del riesgo afrontado para excluir la imputación jurídica, condición que comporta que la víctima esté en condiciones de discernir y de valorar *ex ante* el peligro al que se somete.”

La Corte no casa la sentencia recurrida en razón a que el casacionista pretendía que se reconociera la existencia de la acción a propio riesgo de la víctima, lo cual no fue procedente en razón a la existencia de la posición de garantía del sujeto agente al administrar una fuente de riesgo como es la conducción,

⁶³ Cfr. ROXIN, Ob cit. Página 395.



además de la incapacidad de autodeterminación de las víctimas pese a su estado de alicoramiento.

24. VIGESIMA CUARTA DECISION JUDICIAL: AÑO 2014

La Corte emite decisión dentro de la radicación 39.674 del 27 de marzo de 2014 con ponencia del magistrado Eugenio Fernández Carlier, a pesar de ser una decisión de admisión del recurso de casación la Corte recuerda que la autopuesta en peligro de la víctima se predica de aquellas personas naturales que puedan disponer de su bien jurídico; en este caso el recurrente solicita su aplicación frente al delito de fraude procesal contemplado en el artículo 453 del Código Penal, aspecto desafortunado por las razones explicadas, en términos de la Corte:

“La postura del profesional del derecho es completamente desafortunada. En primer lugar, creyó que el objeto llamado a proteger por el legislador en este asunto era *«el bien jurídico del patrimonio económico»* (folio 64), cuando lo que ampara la norma del artículo 453 del Código Penal es *«la eficaz y recta impartición de justicia»*, tal como se desprende del Título XVI Libro II de la Ley 599 de 2000. Ello significa que el sujeto pasivo contemplado por el tipo no es una persona natural, sino un ente de naturaleza colectiva y abstracta, de



manera que no es posible predicar en estos eventos la contribución por parte de la víctima a la producción del resultado.”

25. VIGESIMA QUINTA DECISION JUDICIAL: AÑO 2015

La Corte emite decisión dentro de la radicación 46.487 del 9 de septiembre de 2015 con ponencia del magistrado Gustavo Enrique Malo Fernández, donde resuelve decide la admisión de un caso de estafa agravada en concurso con captación masiva y habitual de dineros. El contexto factico es:

Los hechos jurídicamente relevantes ocurrieron durante el período comprendido entre enero de 2005 y octubre de 2008 cuando los hermanos CARLOS BERNARDO y LUIS FREDY GAITÁN CANCINO, para ese entonces Coronel y Teniente Coronel de la Fuerza Aérea Colombiana, respectivamente, en socio con su sobrino CARLOS ALBERTO GUTIÉRREZ GAITÁN⁶⁴ captaron dinero a pluralidad de personas civiles y uniformadas de esa fuerza, a quienes les ofrecían significativas ganancias a pesar de que no contaban con la autorización oficial para desempeñar esa actividad financiera.

⁶⁴ Condenado en virtud de un allanamiento parcial como coautor del reato contra el Orden Económico Social mediante proveído del 26 de marzo de 2014, proferido por el Juzgado 44 Penal del Circuito; confirmado por esta Sala el 2 de marzo de 2015. En su contra cursa proceso ordinario en cuerda separada por otros cargos.



Para tal fin ofrecieron al interior de la FAC los servicios de CARLOS ALBERTO GUTIÉRREZ GAITÁN como experto en el mercado de divisas FOREX a través de la red de Internet (Foreing Exchange Market) y comisionista de la empresa FOREX CAPITAL MARKETS, con sede en Nueva York (USA).

En desarrollo de su propósito ofrecían el pago de intereses mensuales a tasas que oscilaban entre 4.5% y el 20%, muy superiores a las reconocidas en el mercado, al tiempo que aseguraban que se trataba de un negocio con mínimo riesgo toda vez que existía una línea de crédito bancario que amparaba cualquier pérdida, expedían documentos con el logotipo de la empresa FOREX CAPITAL MARKETS (FXCM) para respaldar la entrega del dinero y emitían títulos valores por el valor del capital y los intereses que supuestamente reconocerían; empero, ocultaban los albures que conlleva la negociación de divisas.

Los fundamentos jurídicos más relevantes sobre la acción a propio riesgo usados por la corte para emitir su decisión son los siguientes:



Esto, por cuanto, cabe aclarar, se ha extendido la tesis referida a la autopuesta en peligro y las circunstancias que deben gobernar este como factor correctivo de la imputación penal.

Introducido el tema, entonces, dentro del espectro de la imputación objetiva, necesariamente, su definición obliga remitir a los elementos propios de esta institución y es por ello que se hace referencia al deber de garante, no en envío, desde luego, a los delitos de comisión por omisión, sino dentro del espacio que permita entender materializada o no, en el caso concreto, la alegada autopuesta en peligro.

(...)

Está claro, entonces, el entorno dogmático que gobernó la alusión al deber de garante, desde luego, completamente ajeno al límite normativo establecido en el artículo 25 del C.P. y con pleno soporte en jurisprudencia de la Sala, que jamás fue asumida por el demandante para efectos de controvertir su adecuación o justeza.

Es así como, a pesar de significar contraria al artículo 25 del C.P. la postura del Tribunal, el demandante desemboca en un aspecto sustancialmente diferente, que remite a determinar si la actividad y



cargo de los acusados pudo o no influir en la autoprotección exigida de los afectados, con lo cual no solo abandona el objeto de discusión, sino que penetra en el campo de la simple conjetura, al punto de exigir que su particular interpretación de los hechos prime sobre la que acogió el Tribunal, en típico alegato de instancia que a más de no demostrar ningún yerro específico, abandona la causal esgrimida al poner en entredicho el análisis probatorio del Tribunal, o cuando menos, las conclusiones fácticas que de allí extrajo.

(...)

Precisamente el amplio espectro de afectados y su grado de preparación intelectual, lejos de advertir la autopuesta en peligro u omisión negligente propuesta por la defensa, informa del daño específico que produjeron los actos engañosos y el papel social desempeñado por los procesados, a la manera de entender que estos prevalecieron y por ello generaron el efecto amplio que, de tratarse del simple comportamiento descuidado de la víctima, no hubiese alcanzado el delito la magnitud reflejada en el número de estafados.

Desde luego que la incidencia de la confianza despertada y el rol



social desempeñado por los acusados, opera efectiva de cara a los controles que por lo general debe tomar la persona para evitar el riesgo, pues, si se dijera que en todos los casos los inversionistas deben acudir al examen detallado de todas y cada una de las circunstancias que gobiernan el fraude, simplemente se despoja de sentido el factor en cita, dado que ningún efecto tendría en el delito.

Entonces, si se trata de un desconocido la persona que ofrece la inversión sin entregar ningún respaldo a la misma, desde luego que deben activarse mínimos de prevención para verificar que no se trata de una estafa; pero, si en contrario el encargado de reclutar a los inversionistas corresponde a alguien que ocupa un muy alto cargo en la Fuerza Aérea, el cual ofrece el producto a quienes saben de esa vinculación por pertenecer, en su gran mayoría, a la institución, y además asevera contar con conocimientos en la materia, para también respaldar la supuesta vinculación de su sobrino con la empresa encargada del manejo de divisas, ello incide en el deber de autoprotección, en cuanto, genera la confianza que conduce a estimar innecesario verificar otros aspectos.”



Universidad de Pamplona
Pamplona - Norte de Santander - Colombia
Tels: (7) 5685303 - 5685304 - 5685305 - Fax: 5682750 - www.unipamplona.edu.co

Aunque es un auto emitido por la Corte es de especial importancia en razón a la línea jurisprudencial expuesta en el acápite.

DQS is member of:



THE INTERNATIONAL CERTIFICATION NETWORK



Una universidad *incluyente* y *comprometida* con el desarrollo integral



2.1.5. INVESTIGACIONES NACIONALES

2.1.5.1. ACCIONES A PROPIO RIESGO. Marco de imputación penal.

Janiel David Melamed Visbal. Artículo publicado en Revista

Pensamiento Americano: “(...) analiza de manera crítica el concepto de las acciones a propio riesgo, y el marco de imputación penal entre el tercero y el posterior lesionado. Es por eso que se hace un análisis desde la perspectiva que otorga la Teoría de la imputación objetiva y el principio de Autoresponsabilidad que asume cada individuo. Concluyendo finalmente que el comportamiento de la víctima, bajo ciertas condiciones, puede eventualmente modificar y aun excluir la imputación jurídica del autor.”

2.1.5.2. ACTUACIÓN DE LA VÍCTIMA E IMPUTACIÓN OBJETIVA:

Comentario a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia 36.842 del (27) de noviembre de 2013, M.P. María del Rosario González Muñoz. Autor Sebastián Felipe Sánchez Zapata. “(...) La sentencia del (27) de noviembre de la Corte Suprema de Justicia –en adelante CSJ– se topa con una de las cuestiones dogmáticas más debatidas en la



ciencia penal de los últimos años: el problema de la relevancia de la conducta de la víctima para atribuir responsabilidad penal al autor. Precisamente, tal problemática, ha suscitado la elaboración de valiosas monografías extranjeras y nacionales, que han entendido que tal influencia puede, incluso, excluir la responsabilidad penal del sujeto activo de la conducta delictiva.”

2.1.6. INVESTIGACIONES INTERNACIONALES

2.1.6.1. CONDUCTA DE LA VÍCTIMA Y RESPONSABILIDAD

JURÍDICO-PENAL DEL AUTOR. Manuel Cancio Melia. “No es frecuente que en el marco de reflexiones dentro de la teoría del delito la figura del sujeto lesionado por el hecho penal, la víctima, ocupe un papel destacado. Más bien, la víctima vive un papel marginal, confinada a una consideración puntual como “sujeto pasivo” o incluso como “objeto material” del delito. De hecho, es prácticamente un lugar común la afirmación de que el nacimiento del Derecho Penal moderno se genera “con la neutralización de la víctima”, en el momento en el que la satisfacción del sujeto lesionado es sustituida por la retribución



de un hecho injusto. Tal “neutralización” de la víctima ha progresado hasta el punto de que parece que puede describirse el conflicto que está en la base del hecho penal prescindiendo completamente de la figura del sujeto concretamente lesionado: “En materia penal siempre hay dos intereses rivales y contrapuestos: el de la sociedad, que tiene derecho de castigar, y el del acusado, que tiene el derecho de defenderse.”

2.1.6.2. RELEVANCIA DE LA ACTUACIÓN DE LA VÍCTIMA PARA LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL AUTOR. Miguel Díaz y García Conlledo y José Manuel Paredes Castañón. “La problemática que plantea la intervención de la “víctima” junto con otro sujeto (“autor”) en la actividad que conduce a la lesión de sus bienes está siendo sometida a análisis cada vez con mayor frecuencia y profundidad en los últimos años en la doctrina y jurisprudencia españolas. La sentencia objeto de estudio en el presente comentario permite abordar dos cuestiones de especial relevancia en este contexto: en primer lugar, la de los límites dentro de los cuales resulta posible valorar la intervención de la víctima para excluir la responsabilidad jurídico-penal del autor; en segundo lugar, la cuestión acerca de en qué medida esa



conducta, cuando no conduce a una exclusión de la imputación al autor, puede, sin embargo, atenuar la responsabilidad de éste.”

CONCLUSIONES

1. La imputación objetiva es una doctrina propia de la tipicidad, cuyos inicios se remontan a Hegel con sus máximas sobre responsabilidad del sujeto sobre el hecho, filosofía que fue recogida por Karl Larenz para los estudios de responsabilidad civil en el derecho privado, y estos a su vez tomados por Von Beling y Von Lizst para el derecho penal, atribuyéndoles a estos últimos como los padres o fundadores de dicha doctrina que luego fue abordada por el finalismo Welzeniano y sus discípulos, especialmente Claus Roxin, cuyo trabajo de investigación a finales de los años 70 dio inicio al derecho penal contemporáneo.
2. La imputación objetiva es una doctrina que advierte la necesidad de implantarse como elemento propio del juicio de tipicidad. De antaño, los elementos propios de la tipicidad se consideraban básicos y mecánicos como el sujeto, verbo rectos (conducta), resultado (para aquellos que así lo determinase el tipo) y nexos de causalidad entre la conducta y el resultado.



De este último elemento –el nexo de causalidad- se ha intentado explicar desde el punto de vista naturalístico, adoptando teorías propias de la ciencia dando como resultados la insuficiencia de tal regla, pues la conducta humana no es mecánica, ni puede ser tratada como tal. Posterior a ello se trató de implementar un concepto más íntimo al derecho penal: la relevancia jurídico penal, la cual no niega la teoría naturalística, sino que la complementa, pero, aun persistieron los problemas de la excesiva causalidad sin límite. La imputación objetiva explica el nexo de causalidad, y es adoptada como elemento adicional a la tipicidad, máxime cuando su adopción no obedece a un estudio jurídico llanamente, sino además, en un estudio sociológico, pues la imputación objetiva es propia de una sociedad de riesgos, que reconoce las funciones del humano en el núcleo social.

3. La imputación objetiva puede ser negada mediante dos doctrinas básicas adicionales a su creación: principio de confianza y acciones a propio riesgo. El primero de ellos –principio de confianza legítima- denota esa convicción que todos los asociados tenemos implícita respecto del cumplimiento de la ley por parte de todo el conglomerado, una certeza que el ciudadano se comporte de acuerdo a los parámetros normativos de territorio. Ahora, las



acciones a propio riesgo corresponden a las conductas que realiza la víctima o persona en la cual recae las consecuencias negativas del delito, que son en riesgo de sus intereses o bienes jurídicos. Esta última conducta de la víctima en contra vía de sus intereses excluye la tipicidad y por ende el juicio de responsabilidad.

4. La Corte Suprema de Justicia empezó a construir su línea jurisprudencial sobre la autopuesta en peligro de la víctima desde el año 2003, sin embargo la ha extendido para campos de aplicación como delitos de resultado como homicidio o lesiones personales en accidentes de tránsito o fallas en el servicio médico; así como su tratamiento en delitos contra el patrimonio económico.
5. Existe una clara diferenciación entre heteropuesta en peligro y la autopuesta en peligro de la víctima, sin embargo excluirá de responsabilidad penal aquel evento en el que la propia víctima omita sus deberes de autoprotección asumiendo un riesgo contra sus bienes jurídicos y concretándose, sin que dicho resultado sea –en la mayoría de veces- querido por la víctima.
6. La Corte ha reiterado –hasta el año 2015- su línea jurisprudencial en materia de aplicación de la autopuesta en peligro de la víctima en delitos



contra el patrimonio económico, la cual resulta preocupante por cuanto se le exige al ciudadano un cuidado adicional o superior en materia de negocios jurídicos, pues la Corte desconoce totalmente la existencia del principio nuclear de todas las relaciones civiles y comerciales y es la buena fe contractual. Mantener la postura de la Corte es dejar la posibilidad que muchos asuntos se le apremie al tercero-autor su maniobra engañosa, pues varios de los asuntos analizados la maniobra consistió en guardar silencio, y la misma Corte Suprema ha reconocido que el silencio también puede constituirse como maniobra, ardid malintencionada para hacer caer en error a la víctima y depositar su confianza en su parte contractual.

7. Aunque la aplicación de la autopuesta en peligro de la víctima en delitos sexuales fue propuesta por el profesor Claus Roxin, y que el Tribunal Superior Alemán ha emitido decisiones al respecto, la Corte Suprema de Justicia Colombiana es negativa en su adopción, considerándola inviable para nuestro ordenamiento.



BIBLIOGRAFIA

- REYES ALVARADO, Y., (1996), *Imputación objetiva*, Santa Fe de Bogotá, Colombia, Editorial TEMIS S.A.
- LOPEZ DIAS, C., (2006), *Acciones a propio riesgo, Exclusión de la tipicidad por responsabilidad de la víctima con base en una concepción funcional estructural de la sociedad*, Santa Fe de Bogotá, Colombia: Editorial Universidad Externado de Colombia.
- CANCION MELIÁ, M., (2001), *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal*, Santa Fe de Bogotá, Colombia: Editorial Universidad Externado de Colombia y José María Bosch Editor.
- VILLANUEVA GARRIDO, G., (2011), *El Funcionalismo y la Imputación Objetiva. En la doctrina nacional y la jurisprudencia Nacional*, Santa Fe de Bogotá, Colombia: Ediciones Nueva jurídica.



- JAKOBS, G., (2000), *La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente.*, Santa Fe de Bogotá, Colombia: Editorial Universidad Externado de Colombia.
- LESCH, H., (1995), *Intervención delictiva e imputación objetiva*, Santa Fe de Bogotá, Colombia: Editorial Universidad Externado de Colombia.
- AGUDELO BETANCUR, N., (1995), *Curso de Derecho Penal. Esquemas del delito*, Santa Fe de Bogotá, Colombia: Ediciones La Constitución Ltda.
- JAKOBS, G., (1995), *La competencia por organización en el delito omisivo*, Santa Fe de Bogotá, Colombia: Editorial Universidad Externado de Colombia.
- CANCIO MELIA, M., (1998), *La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima “imputación a la víctima”*, Santa Fe de Bogotá, Colombia: Editorial Universidad Externado de Colombia.
- RUDOLPHI, H., (1998), *Causalidad e imputación objetiva*, Santa Fe de Bogotá, Colombia: Editorial Universidad Externado de Colombia.



- SANCINETTI, M., (2001), *Subjetivismo e imputación objetiva en derecho penal*, Santa Fe de Bogotá, Colombia: Editorial Universidad Externado de Colombia.
- KINDHAUSER, U., (1996), *Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa*, Santa Fe de Bogotá, Colombia: Editorial Universidad Externado de Colombia.
- BUSTOS RAMIREZ, J., *La imputación objetiva*, Santa Fe de Bogotá, Colombia: Editorial Temis S.A.
- LOPEZ DIAZ, C., (2000), *Introducción a la imputación objetiva*, Santa Fe de Bogotá, Colombia: Editorial Universidad Externado de Colombia.
- MOLINA ARRUBLA, M., (2010), *Funcionalismo e imputación objetiva en el derecho penal*, Santa Fe de Bogotá, Colombia: Editorial Leyer.
- VELASQUEZ VELASQUEZ, F., (2010), *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Bogotá D.C., Colombia: Ediciones Jurídicas Andrés Morales.



- PABON PARRA, P., (2011), *Manual de derecho penal. Tomo I. Parte General*, Bogotá D.C., Colombia: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- URBANO, J., RUIZ, C., BARRETO, H., MARIÑO, C., BUITRAGO, A., CALDAS, J., et al. (2011), *Lecciones de Derecho Penal: Parte General*, Bogotá D.C., Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- NUÑEZ, R., (1999), *Manual de derecho Penal: Parte general*, Córdoba, Argentina: Marcos Lerner Editora Córdoba.
- BACIGALUPO, E., (1996), *Manual de derecho penal*, Santa Fe de Bogotá, Colombia: Editorial Temis.
- FORERO RAMIREZ, J., (2002), *El delito de omisión en el nuevo Código Penal*, Colombia: Legis Editores S.A.
- REYES ECHANDIA, A., (1970), *Derecho Penal*, Santa Fe de Bogotá: Colombia, Editorial Temis.
- PEREZ, L., (1975), *Tratado de Derecho Penal. Tomo I*, Santa Fe de Bogotá, Colombia: Editorial Temis.
- FEIJÓO, B., (2003), *Resultado lesivo e imprudencia: Estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el*



criterio del fin de protección de la norma de cuidado, Santa Fe de Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia – JM BOSCH.

- BUSTOS RAMIREZ, J., HORMAZABAL MALARÉE, H., (1997), *Lecciones de Derecho Penal: Vol. 1 y 2*, Madrid, España: Editorial Trotta.
- SOLORZANO GARAVITO, C., (2015), *Derecho Penal y Responsabilidad Médica en Colombia*, Bogotá D.C., Colombia: Ediciones Nueva Jurídica.
- Código Penal y de Procedimiento Penal, (2016), Bogotá D.C., Colombia: Editorial Leyer.
- MUÑOZ CONDE, F., (2001), *Introducción al Derecho Penal*, Montevideo, Uruguay: B de F Ltda.
- MIR PUIG, S., (2003), *Introducción a las bases del Derecho Penal*, Montevideo, Uruguay: B de F Ltda.
- WELSEL, H., (1956), *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Argentina: Editorial Roque Depalma.
- ROXIN, C., JAKOBS, G., SHUNEMANN, B., FRISCH, W. y KOHLER, M., (2000), *Sobre el estado de la teoría del delito*:



Seminario en la Universitat Pompeu Fabra, Madrid, España:

Civitas Ediciones.

- ROXIN, C., (1979), *Teoría del tipo penal: Tipos abiertos y elementos del deber jurídico*, Buenos Aires, Argentina: Ediciones Depalma.
- WELZEL, H., (2004), *El nuevo sistema de derecho penal: una introducción a la acción finalista*, Madrid, España: Editorial B de F Ltda.
- CANCIO MELIA, M., *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, Mendoza, Argentina: Ediciones jurídicas Cuyo.
- SANCINETTI, M., (2009), *Causalidad, riesgo e imputacion*