REGLAS DE PRECEDENTE EN LA ADECUACIÓN TÍPICA DE LA CULPA CON REPRESENTACIÓN Y EL DOLO EVENTUAL

PRESENTADO POR:

ANDRES GIOVANNY NIÑO CABALLERO

UNIVERSIDAD AUTONOMA DE BUCARAMANGA

FACULTAD DE DERECHO

DERECHO

BUCARAMANGA

2015

REGLAS DE PRECEDENTE EN LA ADECUACIÓN TÍPICA DE LA CULPA CON REPRESENTACIÓN Y EL DOLO EVENTUAL

PRESENTADO A:

PRESENTADO POR:

ANDRES GIOVANNY NIÑO CABALLERO

UNIVERSIDAD AUTONOMA DE BUCARAMANGA

FACULTAD DE DERECHO

DERECHO

BUCARAMANGA

2016

CONTENIDO

1. Introducción
2. Elementos del tipo penal
- Elementos objetivos de la conducta
- Elementos subjetivos de la conducta
- Dolo
- Dolo eventual
- Culpa con representación
- Problemática

3. Desarrollo en la Corte Suprema de Justicia
   Análisis estático de las sentencias
   Análisis dinámico de las sentencias
   Reglas de precedente

4. Conclusiones

-Reglas de diferenciación entre el dolo eventual y la culpa con representación

5. Análisis crítico.

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como propósito fundamental estudiar un problema dogmático penal que se evidencia dentro del sistema jurídico colombiano. A menudo, académicos y juristas se cuestionan respecto de las diferencias entre el dolo eventual y la culpa con representación.

Se busca con esta investigación analizar las reglas de juzgamiento penal para aquellas personas que terminan ocasionando un daño al bien jurídico de otra persona en el desarrollo de una actividad peligrosa como es la conducción de un vehículo automotor, y como consecuencia de esto generan resultado típico de lesiones personales u homicidio y que para el caso que nos ocupa, tiene una relación directa con la vida e integridad personal como bien jurídico protegido por el derecho penal.

El documento que se presenta resulta de gran importancia puesto que hará un aporte dirigido a Jueces y demás personas interesadas en conocer acerca de los criterios de imputación de responsabilidad en cuanto al elemento subjetivo del tipo penal en la legislación penal colombiana.

Encontraremos criterios diferenciadores que resultarán útiles a la hora de realizar la valoración de los hechos jurídicamente relevantes por parte de los distintos operadores judiciales, siendo uno de estos el que señala la teoría de la “probabilidad” y cuyo principal exponente es el profesor Santiago Mir Pug. Teoría en la cual se resalta el elemento intelectivo: el conocimiento de la ilicitud de la conducta del sujeto, para determinar si nos encontramos ante una “culpa con representación” o ante un “dolo eventual”.

Lo anterior, relativo al aspecto intelectivo, resulta de gran importancia, al momento de analizar el caso en concreto, y pretendiendo determinar, al estudiar el resultado probable y la posibilidad de concreción del resultado, la vulneración de la norma penal y su relevancia respecto al daño ocasionado.

Incide en las decisiones judiciales el criterio fundamentado en la sentencia de radicado No. 32964, proferida por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia y cuya ponencia correspondió al Dr. José Leónidas Bustos Martínez

según el cual, cuando una persona en estado de embriaguez y bajo la influencia de sustancias estupefacientes y/o alucinógenas, conduce un vehículo automotor y genera un daño en la vida e integridad personal de determinada persona, obra bajo en la modalidad de Dolo eventual

El caso que analizaremos con el fin de abordar la temática, tiene su origen en "la noche del miércoles 22 de agosto de 2007, cuando el sujeto activo, piloto de profesión con 24 años de edad en ese entonces, y procesado en la causa referenciada, asistió a una fiesta en la calle 145 A #21-71 de Bogotá, lugar de residencia de una conocida, quien celebraba su cumpleaños, a donde llegó entre las 10 y las 11 de la noche en la camioneta Toyota Prado gris, identificada con las placas BYG 321, lugar en el cual permaneció hasta las cuatro de la madrugada ingiriendo licor en considerable cantidad[1].

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

Este caso concluyo en una de las sentencias más polémicas del momento, puesto que se resolvió que el autor actuó con "dolo eventual" y no con "culpa consciente", hasta esa fecha, la línea jurisprudencial manejada era que los homicidios por imprudencias al volante se calificaban como "culposos".

[1] Si se tiene en cuenta el examen de laboratorio que se le practicó horas después según el cual reportaba etanol en sangre en concentración de 181 miligramos.

2. ELEMENTOS DEL TIPO PENAL

El delito, lo podemos resumir como una conducta Típica, Antijurídica y Culpable, al hablar de conducta nos referimos a un comportamiento humano, que puede ser objeto de valoración, en esta valoración encontramos los elementos indispensables para que pueda ser considerado como delito.

Tipicidad, proviene del latín *typus*, que significa, en términos generales, símbolo representativo de una cosa figurada o imagen principal de algo a lo que se otorga una fisonomía propia[2], en este orden de ideas podemos entender que la tipicidad como tal, es la representación por parte del legislador de una conducta humana que considera debe estar penalizada y plasmarla en un texto jurídico.

Frecuentemente nos topamos con el problema de que no sabemos si la conducta que buscamos valorar se encuentra Tipificada por el legislador, ante este problema tenemos que encontrar una norma que nos sirva como marco para realizar un proceso mental llamado juicio de tipicidad, "*es la valoración que se hace con miras a determinar si la conducta objeto de examen coincide o no con la descripción típica contenida en la ley "*[3].

Para realizar el juicio de tipicidad contamos con características del tipo penal, que nos sirven de criterios para determinar si una conducta en concreto se ajusta o no a la tipificada por el legislador, estas características son los elementos subjetivos y objetivos del tipo penal.

Al hablar de elementos objetivos, hablamos de aquellos que son perceptibles por medio de los sentidos, son aquellos que no requieren una valoración o un juicio mental por parte de un individuo, diferente a los subjetivos que son unos procesos mentales que realmente solo existen en la esfera del pensamiento de un sujeto determinada

---

[2] Fernando Velázquez manual de derecho penal
[3] Fernando Velázquez la tipicidad

ELEMENTOS OBJETIVOS DEL TIPO

***a) El sujeto**,*

Para iniciar nuestro juicio de tipicidad el primer aspecto que debemos analizar son los sujetos que intervienen en la acción para así poder evaluar si se ciñe a los sujetos que se represento el legislador al momento de tipificar la conducta, iniciando de esta manera por el sujeto activo.

El sujeto activo:

> *es la persona que realiza la conducta que vamos a valorar, al hablar de Sujeto activo debemos ser consientes que nos debemos referir a personas, puesto que el derecho penal se aplica únicamente a humanos, de esta manera están fuera de esta categoría personas jurídicas, animales, objetos etc. Además de que solo se aplica a personas, el Tipo puede ser mucho más específico en la determinación del sujeto activo, el sujeto activo a su vez puede ser general o necesitar cualidades especiales para cumplir las especificaciones del tipo:*

Sujeto activo general: es el sujeto activo más común en un tipo penal no requiere cualidades especiales por lo que cualquier persona puede encajar en el, por ejemplo: "Artículo 125. El que por cualquier medio causare a un feto daño en el cuerpo o en la salud que perjudique su normal desarrollo", la expresión "el que" hace referencia a una persona indeterminada, esta persona puede ser cualquier hombre o mujer en otras ocasiones el legislador puede utilizar otras expresiones para indicar un sujeto general, "quien "

Sujeto activo calificado: es el sujeto activo que requiere cumplir con requisitos específicos para cumplir el tipo, por ejemplo "Artículo 175. El servidor público que prolongue ilícitamente la privación de libertad de una persona "para este

tipo en particular el sujeto activo debe ser un “servidor público” si realizamos nuestro juicio de tipicidad y encontramos que la persona que desempeño la conducta la cual buscamos valorar no es un servidor público, no podríamos ajustar este tipo penal.

No obstante, el que no se ajuste al tipo penal no implica que la conducta no esté tipificada, solo que la norma que tomamos como marco no coincide y debemos seguir evaluando otras normas para poder encontrar la adecuada, si en determinado caso ninguna de las normas existentes cumple todos los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal nos enfrentaremos a un problema de Atipicidad

Sujeto pasivo:

> el sujeto pasivo es la persona titular del bien jurídico que se afecto con la acción desempeñada por el sujeto activo, a veces se confunde el sujeto activo con los perjudicados, sin embargo, no todos los perjudicados por el accionar del sujeto activo se pueden considerar sujetos pasivos, por ejemplo A se apodera del dinero de B, en esta situación no es muy difícil identificar el sujeto activo (A) y el sujeto pasivo (B), pero si incluimos que C y D son hijos de B, quienes necesitaban el dinero de su padre para sus alimentos, vestidos y gastos, nos damos cuenta que también resultan afectados por el accionar de A, aun así el sujeto titular del bien jurídico afectado es B.

Al igual que en el sujeto activo el sujeto pasivo puede requerir cualidades especiales para cumplir las condiciones del tipo penal

Sujeto pasivo general: *es el sujeto que no requiere cualidades especiales por lo que cualquier persona puede encajar en el*

Sujeto pasivo calificado: *es el sujeto pasivo que requiere cumplir con requisitos específicos para encajar en el tipo, por ejemplo "Artículo 101. El que con el propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial, religioso o político que actúe dentro del marco de la ley, por razón de su pertenencia al mismo, ocasionare la muerte de sus miembros"* en este caso en particular encontramos que el sujeto activo es general (puede ser cualquiera), sin embargo el sujeto pasivo tiene que ser necesariamente miembro de un grupo nacional, étnico, racial, religioso o político de lo contrario no encajaría en el tipo penal especifico

b) **La acción**,

los tipos penales describen acciones humanas, estas acciones se pueden identificar por medio de un verbo encargado de regir la acción un "verbo rector", la acción típica se expresa en oraciones gramaticales, en la oración pueden haber varios verbos rectores y a su vez verbos que solo aluden a circunstancias modales de la conducta

Ejemplo: *"Artículo 207. El que realice acceso carnal con persona a la cual puso en incapacidad de resistir o en estado de inconsciencia, o en condiciones de inferioridad síquica que le impidan comprender la relación sexual o dar su consentimiento"* podemos identificar que el realizar la el acceso carnal es el verbo rector de la oración, pero existe una acción que atañe a poner a la víctima en estado de indefensión, este no es el verbo rector, es un verbo que especifica las circunstancias en que se desarrollo la acción principal

c) resultado, Todo comportamiento humano se manifiesta en el mundo exterior, pero no todas consecuencias de la acción son valoradas solo las negativas

d) *El nexo de causalidad y la imputación objetiva*

Para poder atribuir un resultado a una persona como producto de su acción, es necesario determinar si aquél aparece ligado a ésta, y que dicha acción se realizara excediendo el riesgo tolerado por la sociedad.

e) ***el bien jurídico***

Son conceptos abstractos, es el derecho que se busca proteger con la norma jurídica, no está implícito en el texto pero se puede inferir de este, por ejemplo, al tipificar el homicidio entendemos que el legislador busca proteger la vida

f) ***el objeto de la acción,***

Es aquello sobre lo que se concreta la trasgresión y hacia el cual se efectúa la acción del sujeto activo

G) otros el legislador puede hacer precisión en los medios, *El momento de la acción, El lugar de la acción, también a situaciones agravantes o atenuantes de la conducta*

ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL TIPO

"El componente fundamental de esta faz del supuesto de hecho es el dolo, junto al cual deben examinarse diversos elementos subjetivos distintos al dolo, cuya presencia puede ser fácilmente detectada en diversas descripciones típicas; el dolo, sin embargo, no debe confundirse con los motivos que guíen al autor,
Tan cierto es ello que puede haber dolo sin que los móviles sean antisociales"[4]

De acuerdo a la ley 599 de 2000 se entiende el dolo como el conocimiento y la voluntad de realizar el tipo objetivo, decir que se compone de dos elementos, uno cognitivo o intelectual y otro volitivo. En el caso del elemento cognitivo debe destacarse que, por un lado, debe referirse a la acción que se realiza

[4] Fernando Velázquez tipicidad

(saber qué se hace) y no de la tipicidad, y por otro, ese conocimiento debe ser efectivo y no potencial (lo que debía saber).

Zaffaroni, Alagia y Slokar lo explican: *"son dos conocimientos diferentes el saber qué hago y el de saber que lo que hago es contrario al derecho (...) El conocimiento de que lo que hago es contrario al derecho no se actualiza en la conducta (...) su naturaleza es completamente diferente de los conocimientos efectivos que corresponden al dolo.*

Tenemos entonces que el Dolo, implica el conocimiento y la voluntad del sujeto en la realización de los elementos objetivos del tipo; es decir, la persona se encuentra consciente acerca de su actuación y que con esta puede ocasionar una lesión a determinado bien jurídico, por ejemplo, la vida e integridad personal, y aún así, dirige su actuar a la comisión de esta lesión ya que su intención es la vulneración de este bien jurídico. Se han establecido las siguientes clasificaciones en cuanto al dolo:

- Dolo directo de primer grado: en él se conoce con certeza lo que se quiere hacer como delito y desea conseguir el resultado.

- Dolo directo de segundo grado: Se conoce con certeza lo que quiere hacer como delito, y considera necesario producir el resultado, aun cuando sea indirectamente, pero es consciente de que se producirá.[5] Es decir, e*l "saber" es todo lo exacto que es posible. Si quien realiza un atentado sabe con seguridad que la bomba que hará saltar por los aires a su víctima también causará la muerte a las personas de alrededor, se puede calificar de "querida" la muerte de éstas, aunque no la persiga y por tanto el momento volitivo sea menos intenso que en caso de intención*

- Dolo Eventual: Cuando la previsión de un resultado antijurídico no detiene al agente en la realización de su propósito inicial, dejando la

[5] El dolo y la imprudencia - Marisol Collazos Soto

producción del resultado librada al azar. En este predomina el elemento cognoscitivo.

El sujeto activo del ilícito considera como posible la realización del tipo penal y aun así se la realiza; es decir, se representa así mismo que con la comisión de su hecho delictivo puede ocasionar lesiones a bienes jurídicos diferentes a su objetivo pero aún así, deja la posibilidad de que se produzca o no este resultado al azar. Con dolo eventual "*actúa quien no persigue un resultado y tampoco lo prevé como seguro, sino que sólo prevé que es posible que se produzca, pero para el caso de su producción lo asume en su voluntad.*"[6]

Resulta importante resaltar que la denominación de la figura como "dolo eventual" la eventualidad o probabilidad está referida al resultado disvalioso y no a la voluntad realizadora del tipo objetivo (dolo).

El código penal Colombiano, en su artículo 22, reconoce la existencia del Dolo Directo de Primer grado, el dolo directo en segundo grado y del Dolo eventual

Según Claus Roxin la diferencia puede marcarse desde los distintos niveles de voluntad y conocimiento que en cada especie de dolo se presentan. Así, en el caso del dolo directo el nivel del saber (elemento intelectual del dolo) es escaso, basta con suponer la posibilidad de provocar el resultado, pero en cambio, el elemento volitivo tiene en este caso un nivel muy alto. En el supuesto del dolo directo de segundo grado, el nivel de conocimiento del agente respecto del resultado dañoso es lo más amplio posible, aunque el aspecto volitivo sea menor que en el supuesto del dolo directo.

Por ejemplo, quien pretende hacer explotar un vagón de tren para dar muerte a uno de los pasajeros, se sabe que con esa acción también causará la muerte

---

[6]Injuria, calumnia y medios de comunicación- Jaime Lombana Villalba

de otros pero no es su fin principal. Respecto del dolo eventual Roxin sostiene que se diferencia del dolo directo en que no se persigue el resultado y por tanto el elemento volitivo se presenta más débil, mientras que respecto del dolo directo de segundo grado también el saber referido a la producción del resultado es sustancialmente menor. Esta reducción tanto del elemento intelectual como del volitivo.

Afectan aspectos sustanciales del dolo por lo que colocan a la figura del dolo eventual en una posición que podríamos calificar de intermedia entre el dolo y la culpa con representación, a tal punto que en determinados casos resulte dificultosa la distinción. Justamente es la finalidad de este trabajo sistematiza los distintos criterios que la doctrina ha planteado con el fin de demarcar los límites entre una y otra figura.

Reyes Echandia define la culpa como "la reprochable actitud consciente de la voluntad que determina la verificación de un hecho típico y antijurídico por omisión del deber de cuidado que le era exigible al agente de acuerdo con sus condiciones personales y las circunstancias en que actúa", presentando los dos aspectos que contiene el delito culposo, a saber: un aspecto objetivo-normativo y un aspecto subjetivo.[7]

- Culpa Con Representación: se presenta cuando el agente se representa el resultado pero confía en poder evitarlo, Eugenio Raúl Zaffaroni postula que la culpa con representación es una categoría distinta del dolo eventual y solo cuando es temeraria puede lindar con el dolo eventual. Cabe recordar que la temeridad está referida a un supuesto de imprudencia grave o burda. tiene la distinción entre dolo eventual y culpa con representación en el hecho de la inclusión, (o no) del resultado típico dentro del plan de acción del sujeto. Es decir, si el agente consideró seriamente la posibilidad de producción del resultado y aun así actúa, incluye ese resultado representado dentro de su plan y lo acepta configurándose el dolo eventual. En cambio si el sujeto tiene tal

[7] http://jbpenalgeneral.blogspot.com/2011/01/20-la-culpabilidad.html

representación y confía en que no se producirá (no lo incluye en el plan) estaremos ante un caso de culpa con representación.[8]

Las definiciones tradicionales del dolor y de la imprudencia, no presentan mayores dificultades teóricas. Se ha entendido por dolo la conciencia y voluntad de la realización de los elementos objetivos de un tipo delictivo[9], mientras que la imprudencia se define como la divergencia entre la acción realmente realizada y la que debería haber sido realizada en virtud del deber de cuidado que, objetivamente, era necesario observar[10]. Esta, sin duda, es la estructura básica concebida por el legislador colombiano al consagrar las formas de realización de la conducta punible.

El artículo 22 C. Penal, establece como definición del dolo que "La conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización. También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar". A su vez, el artículo 23 define la culpa: "La conducta es culposa cuando el resultado típico es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo".

Refiriéndonos a los delitos culposos en general podemos decir que son una violación a un deber de cuidado, producen un resultado dañoso para un interés jurídicamente protegido. Podemos definir la imprudencia como la creación de un riesgo más allá de lo permitido a raíz de una violación de deberes de cuidado previamente definidos, a los cuales se les puede atribuir normativamente la producción de un resultado. El sujeto conoce y tiene voluntad de realizar aquello que la norma prohíbe: generar un riesgo realizado en el marco de un incumplimiento del deber de cuidado a través de la violación

[8] ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Estructura Básica del Derecho Penal, Editorial EDIAR, Primera Edición, Buenos Aires, 2.009, P.112

[9] JOSÉ CEREZO MIR, Lo injusto de los delitos dolosos en el Derecho penal español, en: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, T. XVI, Fasc. I, Madrid, 1961, p. 67.

[10] JOSÉ CEREZO MIR, Obras Completas I, Derecho penal, parte general, Lima, Ara Editores, 2006, p. 553 y ss.2

de un reglamento o ley. El agente quiere realizar la acción pero confía en que el resultado disvalioso no se producirá.

El artículo 23 del código penal establece la Culpa de la siguiente manera: La conducta es culposa cuando el resultado típico es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el gente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo.

TEORIA DEL RIESGO

La teoría del riesgo, es una teoría desarrollada por Claus Roxin, donde lo principal son los efectos de un acto determinado, para así poder imputar la producción de un resultado dañoso a un sujeto, esta imputación, consiste en determinar si su conducta ha creado un peligro, el cual excede el riesgo permitido por el ordenamiento jurídico para dicha actividad y si dicho peligro se ha visto materializado o realizado en el resultado.

Hay 4 que componen la teoría del riesgo, para que pueda ser aplicable a la imputación objetiva, 1- que esta actividad riesgosa debe ser permitida por las normas reguladoras del derecho penal y las buenas costumbres, estos daños son sancionados, teniendo en cuenta la aplicación de los principios de la teoría del caso. 2- esta que debe existir un riesgo de daño, que tenga su nacimiento más allá del riesgo normal que implica toda actividad humana en una sociedad expuesta a peligro en todo momento. 3- se encuentra que el cuidado y la diligencia no liberan de responsabilidad, pues se asume el riesgo de que ocurra el resultado dañoso, por tal razón la responsabilidad está presente en todo momento. 4- se encuentra el autor, es identificar el creador del riesgo, mas no saber quien fue materialmente el que lo causo, ya que el hecho de que la persona contribuyera a crear el riesgo lo vincula.

La teoría del riesgo es una teoría que se aplica para determinar la responsabilidad de las personas que ocasionan daño a otra persona. Es responsable toda persona que realiza una conducta que contraiga el riesgo de una conducta que pueda desencadenar un resultado dañoso.

Hay dos teorías que pretenden explicar el dolo eventual y la culpa con representación:

Teorías volitivas y teorías cognitivas del dolo

El dolo se puede definir como el **conocimiento y voluntad** de realizar conducta típica, el dolo tiene una doble carga psicológica sobre el sujeto, una correspondiente al componente cognitivo y la otra correspondiente a la voluntad de realizarla. En la primera el autor debería tener una imagen mental de la realidad antes de la acción que va a efectuar, y una imagen de cómo será el mundo después de realizar su acción.

Luego de este componente cognitivo, el dolo presuponía la voluntad en sentido psicológico, la decisión del sujeto de producir el cambio en la realidad que pueda conllevar su acción

Las teorías volitivas son las que piden la comprobación de la existencia empírica de los dos componentes psíquicos para justificar un reproche doloso
El gran problema del elemento volitivo es la prueba del mismo, puesto que se vuelve prácticamente imposible probar su existencia, debido a que el juez no puede tener certeza de lo que estaba o no pensando el sujeto en el momento de realizar la acción y en base al principio in dubio pro reo en la practica el dolo nunca se podría comprobar

+ Elemento intelectual o cognoscitivo del dolo

Para actuar dolosamente, el sujeto debe ser consciente de los elementos típicos de su acción, Ese conocimiento constituye un requisito previo a la voluntad, Pero no es necesario que el sujeto antes de actuar realice una reflexión sobre su futura acción, basta con que reconozca que en la situación concurren los elementos objetivos descritos en el tipo, no es imprescindible que el sujeto tenga un conocimiento exacto de cada uno de los elementos típicos, sino que es suficiente con que posea un conocimiento aproximado de la significación social o jurídica de los elementos del tipo

+ Elemento volitivo del dolo

Para actuar dolosamente no es suficiente con el conocimiento de los elementos del hecho típico, es preciso querer realizarlo. Es la concurrencia de esa voluntad lo que fundamenta el mayor desvalor de acción del tipo de injusto doloso frente al imprudente: quien actúa con dolo se ha decidido en contra del bien jurídico protegido en el tipo correspondiente.

PROBLEMÁTICA:

El dolo eventual y la culpa con representación suelen tener mucha similitud en su definición, tanto que a la hora de tipificar una conducta caemos en un mar de incertidumbres, razón por la cual la tipificación subjetiva de una conducta tiende a quedar en cabeza del juez, el que juzga según sus propias opiniones

Esto se ha convertido en un problema de gran importancia, es ilógico que no hayan criterios objetivos a la hora de tipificar una conducta, en el sistema jurídico colombiano el fallo de un proceso judicial está en cabeza de una sola persona, el juez, a pesar de que los jueces se capacitan día a día para tener un conocimiento normativo más amplio, enfrentan el problema de que existen muchos vacios jurídicos que tienen que llenar de acuerdo a su propio criterio.

Esto se torna una carga inmensa para el juez y un problema significativo para los ciudadanos, que serán juzgados basados en las propias creencias de un funcionario judicial, puede que respecto a la misma conducta diferentes jueces tengan diferentes opiniones, lo cual violaría el principio de igualdad que debe caracterizar todas las decisiones judiciales.

Por esta razón es más que necesario crear una serie de criterios objetivos, basados en la doctrina y jurisprudencia que puedan servir a un funcionario para guiar su decisión de la manera más adecuada.

3. DESARROLLO EN LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

En sentencia del 17 de agosto del año 2000[11] la corte decide sobre un caso donde un accidente automovilístico termina con la vida de un motociclista, el conductor de un autobús provoco el accidente al hacer caso omiso a la luz roja de un semáforo y cruzar a acceso de velocidad

La corte en esta situación opta por una postura cognoscitiva del dolor, tal como se manifestó textualmente"*la experiencia le indicaba que al conducir bajo esas precisas circunstancias, dada la naturaleza de la máquina que dirigía, lo más seguro era que a su paso saliera otro automotor al cual le estuviera dando luz verde el semáforo y que el encuentro traería consecuencias fatales, siendo así que corrió con esas contingencias".*

Un poco más adelante en sentencia del 29 de octubre de *2001*[12]*en este caso el autor deseaba abrir una puerta cerrada por la victima, para abrirla efectuó varios disparos a la puerta, los disparos traspasaron la puerta y le dieron muerte, la corte retoma la postura volitiva, asume el elemento cognoscitivo como prueba de la voluntad típica del autor.*

Lo anterior en el entendido de que si el autor tenía la capacidad de plantearse el siniestro en su campo mental y aun así no desplego ninguna acción para evitarlo, es porque tenía la voluntad de cometerlo, o por lo menos no le importaba su realización, el autor no tenía la intención de herir a nadie, pero en su comportamiento no hubo ni el más mínimo cuidado para evitar hacerlo, la corte textualmente manifestó:

"La previsibilidad del resultado presupone que el autor esté en condiciones de anticiparse mentalmente la potencialidad del acto realizado para desembocar en el evento típico no querido, y en tal sentido supone la idea de que existe un riesgo para el

[11]sentencia de RAD 14355 de diecisiete de agosto de 2000
[12]Sentencia de rad 10009 de veintinueve (29) de octubre de dos mil uno (2001)

bien ajeno, riesgo que, de aceptarse, llevará al dolo eventual ', diferenciando éste de la culpa con previsión "en la cual -prosigue el Tribunal- el agente rechaza o trata de evitar infructuosamente ese riesgo. En la culpa sin representación, llamada también inconsciente, el autor ignora 'la eficacia causal de su conducta respecto al efecto nocivo ' o las circunstancias en las cuales se desarrolló esa misma conducta existe cuando el sujeto se representa la posibilidad de un resultado que no desea, pero cuya producción consciente en última instancia, corriendo el riesgo de causarlo con tal de obtener el efecto que quiere ante todo"

El 18 de julio del *2002*[13]*la corte analiza un caso donde* MANUEL ANTONIO GÓMEZ GONZÁLEZ, en estado de embriaguez, tuvo una disputa con su pareja, empuño un revolver y disparo intentando agredirla, sin embargo fallo y lesiono a JUAN MEJÍA MUENTES, al darse cuenta de sus acciones abandono el lugar, el resultado fue condenatorio.

La corte se pronuncio diciendo:

"En realidad, ninguna prueba indica que el procesado hubiese disparado en alguna ocasión por la ventana externa de la casa hacia su interior sino siempre al aire, excepto cuando lo hizo por entre las piernas de CARMEN MUENTES. No puede afirmarse, entonces, que tenía elementos para confiar fundadamente en que no se produciría el resultado fatal".

8 septiembre de *2004*[14]*, la corte falló un caso donde una persona es agredida por otra en una discoteca, después de una pequeña riña el guardaespaldas del primero dispara al atacante de su protegido, lo que no se esperaba es que la bala reboto y dio muerte a un tercero, respecto del tercero, no había voluntad directa de lesionar el bien jurídico de la vida, pero la corte expreso.*

[13] Sentencia de rad 12764 de dieciocho (18) de julio de dos mil dos (2002)
[14] Sentencia rad 20373septiembre ocho (8) de dos mil cuatro (2004)

"No cabe duda pues, que se lo representó en su mente, así hubiese sido de manera fugaz, y sin embargo decidió correr el riesgo**".**

En esta sentencia se ve mucho más marcada la teoría cognoscitiva, puesto que el principal argumento para inferir el dolo fue el conocimiento de que había la posibilidad de generar un resultado lesivo

Pareciera que la corte adoptaría permanentemente esta línea, sin embargo observamos un cambio dramático en el 2005[15].

En mayo 18 del 2015 la corte falla una sentencia donde el autor acciona un arma de fuego disparando hacia atrás, sin mirar a ningún objetivo fijo, la corte considera que no existe dolo y manifiesta ***"no tenía ningún motivo para disparar contra una persona determinada, apuntó sin mirar hacia atrás, disparó sólo con la intención de causar daño o algún perjuicio yendo más allá"***

El 7 de marzo 2007 la corte falla una nueva sentencia donde el grupo ilegal, alzado en armas ELN llevo a cabo un ataque a una estación petrolera cuyas consecuencias fueron la muerte de centenares de personas y la lesión de aproximadamente 30mas, el argumento principal de la corte para sustentar el dolo en el actuar del grupo fue la capacidad que tenían para prever el hecho, textualmente

"es fácil concluir que la facción del grupo de izquierda ELN que llevo a cabo el acto terrorista, estando en plena capacidad de representarse el acto de riesgo en que colocaba la población de la Fragua o Machuca con la ejecución del mismo, lo aceptó, sin realizar esmero alguno por evitarlo; en tal virtud, les son atribuibles los resultados homicidas y lesiones que devinieron de su contra en la modalidad de dolo eventual." de esa manera se retoma la teoría cognoscitiva"

[15] Sentencia rad 18674mayo dieciocho (18) de dos mil cinco (2005)

4. CONCLUSIONES:

Intención de evitar el resultado:

El criterio más importante a la hora de diferenciar el dolo y la culpa es la intención final, no basta con que el autor simplemente no tuviese en su esfera mental la voluntad directa de realizar el tipo, es necesario de que además de no tener como objetivo llevar a cavo el daño en el bien jurídico, lleve a cabo acciones que en su parecer tengan como finalidad el evitarlos.

Hemos visto en el recorrido normativo y doctrinal que la principal diferencia entre el dolo eventual y la culpa con representación es que en la primera el sujeta deja el resultado de su acción al azar, mientras que en la segunda simplemente opera con negligencia en su actuar, obra creyendo que puede evitar el resultado lesivo.

La intención del autor como tal se puede valorar por su comportamiento al momento de realizar la acción, puede que el sujeto tome medidas para evitar el daño al bien jurídico estas medidas pueden ser llevadas a cabo en varios momentos de la acción:

a) Anteriores: el sujeto intenta prever un resultado dañino para un tercero y toma medidas que considera suficientes para evitarlo, estas medidas deben ser examinadas en el esfuerzo que realiza el sujeto para evitar que se produzca la consecuencia por ejemplo:

   Un sujeto desea terminar con la vida de una persona X, para ello desea usar una granada, el sujeto sabe que la explosión de la granada podría afectar a otras personas, respecto la victima X es indudable el dolo en el actuar, sin embargo respecto a las otras personas que puedan resultar lesionadas es confusa la calificación que deba darse a la conducta, para esto podríamos analizar si el sujeto:

1) intenta evitar la lesión de terceros: el sujeto puede intentar evitar lesionar a las personas que podrían resultar afectadas con su actuar, este intento debe ser una acción real y que el sujeto considere idónea para evitar las consecuencias negativas, en el ejemplo anterior el sujeto podría advertir a otras personas que no estén en el lugar, asegurarse que la victima X es la única en donde piensa realizar el atentado, realizar un cálculo y prácticas de cómo detonar la granada sin afectar a otros etc.…
2) es indiferente a la producción de estos hechos y lo deja al azar: el sujeto no intenta evitar el resultado lesivo o sus intentos son vanos e insignificantes, los intentos de evitar el resultado deben ser considerables de lo contrario no podría notarse una verdadera intención del autor, en el ejemplo anterior el hecho de que el sujeto arrojase la granada sin intentar disminuir el riesgo que causa su conducta muestra claramente su desinterés en las consecuencias, tampoco podría considerarse un intento de evitar las consecuencias acciones insignificantes como gritar "cuidado" justo antes de arrojar la granada, esta acción obviamente es ineficaz porque no da tiempo de reacción para realmente atenuar los resultados

b) Simultaneas: el sujeto omite planear medidas que disminuyan el riesgo o se da cuenta que fueron ineficientes, sin embargo al momento de realizarse la acción y teniendo presente el posible resultado lesivo, su actuar se dirige en evitar las consecuencias del mismo, ejemplo un conductor que excedía el límite de velocidad, ve a un peatón en su camino podría intentar evitarlo o frenar, no tomo las precauciones para evitar ese suceso, pero al darse cuenta que puede afectar a una persona y siendo consciente de las consecuencias que podría conllevar el chocar con él, intentar evitarlo es muestra de un desinterés en las consecuencias.

c) Posteriores: el resultado negativo se llevo a cabo, el sujeto activo es consciente de la lesión e intenta disminuirla en la medida de sus capacidades, en el ejemplo del vehículo a exceso de velocidad, suponiendo que choca con el peatón, quien conducía puede pedir ayuda, llamar una ambulancia, intentar socorrer al herido etc., estas conductas demostrarían una intención de disminuir un poco el alcance de su conducta.

Experiencia en el resultado:

Una persona que realiza una acción en repetidas ocasiones puede trazar una regla de experiencia en su cabeza, por ende al momento de volver a desempeñar la misma acción en circunstancias parecidas, se puede decir que antela el resultado, sin embargo, una persona que nunca ha realizado una acción desconoce el resultado de la misma y deja las consecuencias de su acción al azar

En esta regla hacemos referencia a que el ser humano es un ser capaz de aprender empíricamente con su contacto con el mundo, siendo así una persona que lleva a cabo una acción pasa por una interacción con la realidad que lleva a generar un conocimiento, donde asume que repitiendo la misma acción volvería a generar el mismo resultado.

Este conocimiento y esta experiencia se refuerzan más cada vez que el sujeto vuelve a desempeñar la misma acción y obtiene los mismos resultados, es evidente que el sujeto confiara que los agentes de su comportamiento no son variables y que siempre que lleve a cabo la misma acción obtendrá el mismo resultado.

Ejemplo A festeja todos los fines de semana, ingiere grandes cantidades de alcohol, sale muy tarde y para no esperar transporte prefiere manejar su automóvil, todos los fines de semana conduce desde el lugar donde festeja hasta su casa, nunca ha si quiera rayado su carro, afortunadamente a esa hora

de la noche no tienden a haber carros, esta es una conducta hasta cierto punto reprochable, sin embargo el sujeto A esta plenamente convencido de sus capacidades de conducción, de que puede controlar el estado que le proporciona el alcohol y que todos los fines de semana culminaran con el mismo resultado que venía presentándose hasta ahora.

Sin embargo, es evidente que las probabilidades de un resultado lesivo aumentan con cada fin de semana que A toma el volante en el estado de embriaguez, aunque A no se lo plantea no todos los elementos que rodean su actuar son estáticos, ha tenido suerte y hasta el momento no se han presentado incidentes, pero suponiendo que un sujeto B por una u otra razón transita la vía que A siempre usa para llegar a su casa (que normalmente está despejada) esto elevaría considerablemente el riesgo.

En el caso de que se efectuara un accidente donde A le quita la vida a B, como observadores imparciales nos podría parecer que era un evento probable, aunque viéndolo desde la perspectiva de A podríamos entender, que imprudentemente estaba completamente convencido que su actuar no ponía en peligro a otra persona.

Este es un claro ejemplo de una regla de experiencia que influye en la psiquis del sujeto haciéndole pensar que su actuar esta acomodado en el límite de lo correcto, sin embargo pensemos en otro cosa:

Un sujeto A desea ser un mago de talla mundial, este sujeto se da cuenta que para ser realmente aclamado por el público no basta con sacar conejos de sombreros y decide pedirle a B que le ayude con su acto, B confía en que A tiene todo su número preparado sin saber que es la primera vez que A realizara este número, A intenta llevar a cabo un numero con cuchillos confiando en su habilidad y destreza, sin embargo termina fallando y causando la muerte a B.

A no tenía la intención de causar la muerte a B, no solo acabo con su vida, sino que también con su carrera, sin embargo es evidente que la falta de experiencia de A y la ausencia de precauciones a la hora de llevar a cabo la acción, hace altamente probable el resultado

Capacidad cognoscitiva:

Se juzga la capacidad que tenía el autor a la hora de cometer su conducta, en este entendido si el autor podía plantearse la consecuencia negativa de su actuar y aun así lo desempeñaba es porque tenía desinterés en los bienes jurídicos que pudo lesionar

En la sentencia de radicado 20373 del 2004 la corte resalta este criterio, en el caso un guarda espaldas dispara contra un hombre que estaba agrediendo a su protegido, el disparo atraviesa a la victima inicial y resulta hiriendo a un tercero, los hechos sucedieron en una discoteca llena de gente y el autor llevaba años ejerciendo como guarda espaldas.

El sujeto activo estaba entrenado en el uso de armas de fuego, por inferencia lógica podemos deducir que puede calcular la potencia de un disparo y que pudo haberse planteado en su campo mental que había si quiera la probabilidad de que en un lugar tan concurrido otra persona pudiese resultar lesionada.

5. ANALISIS CRÍTICO

1- Es importante señalar que estamos diferenciando un elemento subjetivo del tipo penal, en mi parecer en las acciones que el sujeto activo lleven a cabo para disminuir el riesgo de afectar el bien jurídico no necesariamente tienen que ser idóneas, en el entendido de que dando un vistazo general a la sociedad Colombiana, podemos darnos cuenta de que prima un alto nivel de ignorancia, puede que el autor de la conducta considere medios espirituales, religiosos, supersticiosos etc. Como una forma valida de intentar evitar las consecuencias lesivas por ejemplo: una persona que imprudentemente atropella a otro, pero que baja a socorrerlo con cantos chamanicos o rezos está plenamente convencida que puede ayudarle, aun así si intención no se vea reflejada en actos materiales, no obstante estos intentos deben ser evidentes y no banales, como decir “yo me eche la bendición antes de manejar y por ello confié en que no pasaría nada malo”

2- Es importante no tener aislado este criterio, puesto que la falta de experiencia no necesariamente implican un desinterés en las consecuencias de la acción, puede que el autor allá analizado el resultado de manera diferente en su esfera mental, pienso que esta regla debe aplicarse basados en el principio de favorabilidad y simplemente es una guía para determinar la no intención del autor, pero que se debe omitir a la hora de concluir la intención del mismo

3- Es un criterio un poco peligroso, porque es difícil tener una certeza de los juicios mentales que pueda llevar a cabo el autor, en este entendido, en mi opinión solo deben tenerse en cuenta para este análisis los hechos notorios y los de gran conocimiento para el autor

BIBLIOGRAFÍA

- CONCHA, José, Tratado de derecho Penal, Librería Paul Ollendorff, Paris, 1890.
- DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES DE LA UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, Lecciones de derecho penal parte general, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011.
- DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES DE LA UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, Lecciones de derecho penal parte especial, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011.
- GÓMEZ SERRANO, Laureano, Hermenéutica Jurídica, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, 2008.
- JESCHECK, H. Tratado de Derecho Penal Parte General, Granada, Quinta edición, 2002.
- MANTILLA JÁCOME, Rodolfo, La imputabilidad y la inimputabilidad penal, Editorial Leyer, Segunda Edición, Bogotá, 2008.
- MOYA VARGAS, Manuel Fernando, Los fallos penales por inasistencia alimentaria. Un desfase entre la ley y la práctica judicial, Universidad Santo Tomas, 2007.
- PEREZ, Luis Carlos, Derecho Penal General y Especial, Tomo IV, Editorial Temis, Bogotá, 1985.
- SOLER, Sebastián, Derecho Penal Argentino, Tomo II, TEA, Segunda Reimpresión Buenos Aires, 1953.
- VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Manual de Derecho penal, parte general. 5ª. ed. Bogotá, Ediciones jurídicas Andrés Morales, 2013.