

CONCEPTO DE CAUSALIDAD HIPOTÉTICA EMPLEADO POR LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA EN CASOS EN LOS QUE SE JUZGAN DELITOS DE COMISIÓN POR OMISIÓN

POR: NATALIA VALLEJO RIOS

TESIS PRESENTADA COMO REQUISITO PARCIAL PARA OPTAR AL TÍTULO DE MAGÍSTER EN DERECHO PENAL

ASESOR: FERNANDO LEÓN TAMAYO ARBOLEDA

ESCUELA DE DERECHO

UNIVERSIDAD EAFIT

MEDELLÍN

2015

CONTENIDO

Introducción.....	4
--------------------------	----------

Capítulo 1. Apuntes sobre la parte objetiva del tipo

1.1 Causalidad

1.1.1 Principio del acto y necesidad de la causalidad en Colombia.....	6
1.1.2 Breve repaso sobre la evolución de la dogmática penal.....	9
1.1.3 Desarrollo de las teorías causales.....	12
1.1.3.1 Teoría de la equivalencia de las condiciones.....	13
1.1.3.2 Teoría de la adecuación	16
1.1.3.3 Teorías individualizadoras.....	19
1.1.3.4 Teoría de la relevancia.....	20
1.2 Teoría de la imputación objetiva. Historia y evolución.....	21

Capítulo 2. Omisión

2.1 Breve alusión a la evolución del concepto de omisión en la dogmática penal.....	32
2.2 Causalidad en la omisión.....	37

Capítulo 3. El concepto de causalidad hipotética empleado por la Corte Suprema de Justicia en casos de delitos de comisión por omisión

3.1 Anotaciones preliminares.....	47
3.2 Casos evaluados por la Corte Suprema de Justicia	48
3.2.1 Sentencia 26.409 del 04 de febrero de 2009. Magistrado Ponente: Sigifredo Espinosa Pérez.....	48
3.2.2 Sentencia 32.582 del 28 de octubre de 2009. Magistrado Ponente: Javier Zapata Ortiz.....	52
3.2.3. Sentencia 33.073 del 16 de junio de 2010. Magistrado Ponente Sigifredo Espinosa Pérez.....	56

3.2.4. Sentencia 37.327 del 8 de noviembre de 2011. Magistrado Ponente: José Leonidas Bustos Martínez.....	61
3.2.5. Sentencia 35.899 del 5 de diciembre de 2011. Magistrado Ponente: Augusto Ibáñez Guzmán.....	65
3.2.6. Sentencia radicado 33.920 del 11 de abril de 2012. Magistrado Ponente: Augusto Ibáñez Guzmán.....	71
3.2.7. Sentencia radicado 40.319 del 29 de mayo de 2013. Magistrado Ponente: José Leonidas Bustos Martínez.....	75
3.2.8. Sentencia 44.505 del 22 de octubre de 2014. Magistrado Ponente: Fernando Alberto Castro Caballero.....	77
Conclusiones.....	81
Bibliografía.....	84

INTRODUCCIÓN

El ordenamiento jurídico penal colombiano procura dotar a los operadores judiciales de instrumentos que permitan que la aplicación del derecho penal se desarrolle equilibrando la tensión que se presenta entre la necesidad de utilizar el poder punitivo del Estado con el fin de disminuir las reacciones violentas informales y evitar la instrumentalización del individuo en garantía de la dignidad humana; esas herramientas son los límites al ejercicio del poder punitivo.

Con el fin de orientar la aplicación de la totalidad de normas penales, la Ley 599 de 2000 prevé un listado de principios positivizados que se corresponden con esos controles impuestos a la aplicación de la violencia estatal. Dentro de estas normas denominadas “rectoras” por el mismo legislador, ocupa nuestra atención el artículo 9, concretamente en el aparte que señala: *“La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado.”*

El tema de la causalidad ha sido ampliamente tratado por la doctrina durante varios siglos de desarrollo de la dogmática penal y según la redacción de la norma referida, su aplicación resulta indispensable para afirmar la existencia de una conducta punible. Según lo anterior, al operador judicial colombiano le ha sido impuesto el mandato consistente en que encontrándose en presencia de una presunta conducta delictiva, debe iniciar por hacer una constatación de la existencia de un vínculo entre el actuar del sujeto activo y el resultado jurídico penalmente desaprobado, para lo cual habrá de servirse de la que considere la mejor construcción alrededor del concepto de causalidad.

Ahora, la conducta punible dentro de las formas en que se presentan los delitos, según lo ha definido el legislador, posibilita la declaratoria de

responsabilidad penal por comisión por omisión¹, especie de tipicidad en la cual el tema de la causalidad toma un enfoque que es objeto de análisis en este trabajo, pues los múltiples contenidos que diferentes orientaciones doctrinarias le han otorgado a este concepto, denuncian la necesidad de evaluar su concreción y utilización en punto de la definición de responsabilidad penal en Colombia, concretamente en las decisiones del máximo tribunal de la justicia ordinaria, pues su análisis, según lo dispone el legislador, sigue siendo irrenunciable.

Dado que el tema bajo estudio es la causalidad en una clase específica de omisión, en el presente trabajo se detectó la necesidad de establecer a grandes rasgos cuál es el marco constitucional en el que se encuadra nuestra legislación penal y que a su vez sirve de criterio interpretativo de cada uno de los principios e institutos contenidos en el código sustantivo penal. Para comprender por qué son esas y no otras las opciones teóricas que dan la pauta para las atribuciones en materia penal, se considera relevante describir de manera general cuál ha sido el desarrollo metodológico de la ciencia penal, dedicando un aparte especial a las últimas orientaciones al respecto y estudiando en mayor detalle las aristas por las que ha trasegado el concepto de causalidad.

¹ Si bien el código penal colombiano expresamente no hace la distinción entre omisión pura y comisión por omisión, debe precisarse que los delitos de omisión se dividen en los delitos de omisión pura en los que se sanciona la infracción de un deber de actuar y se caracterizan por la existencia de una situación típica y la ausencia de una acción determinada encontrándose en la posibilidad de realizarla y los delitos de comisión por omisión en los que se requiere además de los elementos anteriormente referidos, la no evitación de un resultado. Esta distinción tampoco ha sido pacífica, pues hay quienes aluden a omisión propia e impropia, incluyendo en el concepto de omisión propia todas aquellas omisiones que se encuentran previstas en la ley, tanto las omisiones puras como las comisiones por omisión y dejando el concepto de omisión impropia para todos aquellos casos que no se encuentran previstos en la ley. También hay un sector doctrinal que se refiere a los delitos de omisión impropia como equivalente de los delitos de comisión por omisión. Sobre estas diferenciaciones ver Santiago Mir Puig, *Derecho Penal Parte General*, Barcelona, Editorial Reppertor, 2010.

En un segundo momento de esta elaboración, debido a la complejidad y especificidad del tema, se expone cuál fue la historia del surgimiento del concepto de omisión en el derecho penal y cómo se ha entendido la causalidad en esta clase de tipos penales, tanto a nivel internacional como nacional, para ofrecer herramientas teóricas de cara a un análisis hermenéutico de algunos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia en delitos de comisión por omisión.

Vale precisar que durante todo el desarrollo de este trabajo se preferirá hacer referencia a los delitos de comisión por omisión y no a los delitos de omisión impropia, por cuanto se considera más preciso acudir a ese concepto que no sólo es más pacífico en la doctrina, sino que ofrece una significación más concreta en cuanto a que se refiere a aquellas omisiones en las que además de no hacerse algo determinado se requiere la producción de un resultado, sin resaltar tanto el aspecto relativo a que se encuentre o no descrita la omisión en la ley penal.

Capítulo 1. Apuntes sobre la parte objetiva del tipo

1.1. Causalidad

1.1.1 Principio del acto y necesidad de la causalidad en Colombia

La declaración de Colombia como un Estado Social de Derecho tiene importantes implicaciones en el desarrollo y enfoque de la dogmática penal, pues ello implica que además del sometimiento de todos a las normas jurídicas, es objeto de protección jurídica el interés general y, en especial, la dignidad humana.

La obediencia irrestricta de este postulado constitucional obliga a que la existencia de responsabilidad penal tenga que estar precedida de la referencia al actuar del hombre y que no puedan castigarse entonces, ni los pensamientos, ni las formas de ser de los individuos, lo que es también conocido como principio del acto. A esta garantía o límite a la intervención del poder punitivo, como también se le conoce, se le pueden adjudicar múltiples contenidos², los cuales tienen en común actuar como barrera infranqueable en la aplicación de la violencia estatal manifestada a través de la imposición de la pena.

Una de las serias implicaciones que conlleva el reconocimiento de dicho principio tiene que ver con que sólo podrá ser objeto de sanción penal quien ha cometido un injusto. También, su operatividad queda manifestada en la necesidad de aplicar un castigo proporcional en diferentes eventos, esto es, ayuda a realizar una graduación de la sanción según se trate de la realización de una conducta punible a título de autor o de partícipe, según se haya presentado un delito consumado o tentado o atendiendo a si el ataque al bien jurídico es desvalorado en mayor o menor medida, imponiendo sanciones que den cuenta de estas circunstancias.

Según Fernández Carrasquilla, el acto con relevancia penal debe tener varias características que vale denotar: el acto debe ser externo, para descartar la punición de disquisiciones internas de los individuos; debe ser subjetivo, esto es, debe ser consecuencia de la materialización de la voluntad del sujeto, sin que interese en este punto el contenido de esa voluntad; debe ser idóneo, lo que implica que debe tener capacidad lesiva del bien jurídico y debe ser ejecutivo, con lo que se alude a su materialización en la realidad³.

² VELÁSQUEZ, *Manual de Derecho Penal*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2010, p. 60.

³ FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal fundamental 1*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2004.

De acuerdo con las características que acaban de resaltarse y los diferentes contenidos que puede imputársele al principio del acto, es nítida la importancia de su utilización de cara al respeto de la dignidad humana y su connatural prohibición de instrumentalización del individuo; en materia punitiva se encuentra implícitamente previsto en algunas de las denominadas “normas rectoras”, concretamente en los artículos 5, 10 y 11 del código penal y de forma explícita en el artículo 9 de la Ley 599 de 2000⁴. En dicho precepto, además de un acto o una conducta humana, se exige la utilización de otros criterios para la atribución jurídica de un resultado.

Por su fuerza normativa⁵ y por su ubicación sistemática, dicha disposición debe orientar la interpretación de las demás normas del estatuto punitivo concernientes a los delitos de resultado, lo que quiere decir que sin distinguir si se trata de tipos activos u omisivos deviene necesario constatar la existencia de un acto humano jurídicamente reprochable y la forma para hacer esto no es otra distinta a una constatación o elaboración de la causalidad.

Dentro de la categoría de los delitos de omisión existen dos subcategorías: los delitos de omisión pura asimilados a los de mera conducta en los que el tema de la causalidad no tiene ninguna importancia y los delitos de comisión por omisión, que se caracterizan por ser delitos de resultado. En estos últimos, en los que se reprocha la no realización de una acción mandada por un sujeto calificado, el tema de la constatación de la causalidad como mandato ineludible del legislador y como garantía de aplicación del principio del acto adquiere trascendencia constitucional,

⁴ Artículo 9. “Para que una conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable. La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado.

Para que la conducta del inimputable sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y se constate la inexistencia de causales de ausencia de responsabilidad.”

⁵ Teniendo en cuenta que el artículo 13 del código penal dispone lo siguiente: “Las normas rectoras contenidas en este código constituyen la esencia y orientación del sistema penal. Prevalecen sobre las demás e informan su interpretación.”

pues su desconocimiento en última instancia lo que transgrede es el mandato de la dignidad humana como límite a la intervención punitiva del Estado.

Destacada entonces la importancia de la determinación en cada caso concreto del enlace existente entre el acto del sujeto cuya posible responsabilidad penal se examina y resultado jurídico-penalmente desvalorado, deviene útil establecer si a pesar de los múltiples y diversos enfoques que se le ha dado a la causalidad a nivel doctrinario, en alguna de sus versiones sigue siendo un concepto utilizado por el máximo tribunal penal en Colombia.

1.1.2 Breve repaso sobre la evolución de la dogmática penal

La ciencia jurídica a lo largo de la historia ha definido que para atribuir responsabilidad penal por un hecho a una persona, es necesaria la existencia de un nexo entre la acción del individuo y el resultado producido; sin embargo, la concreción de esta exigencia ha tenido diferentes perspectivas según el estado en el que se encuentre la dogmática penal en un momento determinado.

En un primer período de avance de la dogmática moderna se presentó una orientación al positivismo naturalista que dio lugar al causalismo característico de la escuela clásica del derecho penal. Su desarrollo se dio desde finales del siglo XIX, rechazaba la metafísica, pretendía la científicidad y la exclusión de juicios de valor. En este momento histórico se comprendía la acción como un fenómeno natural compuesto por la manifestación de la voluntad, el resultado y la relación de causalidad, allí el tipo tenía una función eminente descriptiva⁶.

⁶ VELÁSQUEZ, *Manual de Derecho Penal*, op. cit. p. 285.

Posteriormente, por las dificultades que fue exhibiendo el positivismo naturalista debido a la carencia de valoraciones, emergió el Neokantismo que se distinguió por reconocer que los hombres le otorgamos significados a los hechos y por incorporar elementos valorativos a cada una de las categorías dogmáticas del delito. Esta opción metodológica tuvo profundas repercusiones en el concepto de acción, respecto del cual se empezó a aceptar su significado social, no obstante se continuaba reclamando la voluntariedad⁷.

Hasta este punto puede notarse que continuaba desarrollándose la teoría del delito a partir de un fundamento ontológico, el cual tendría un papel primordial en la evolución posterior de lo que se conocería como Finalismo, propuesta dogmática que se cimienta sobre la existencia de las denominadas estructuras lógico-objetivas, una de ellas la acción, para cuya conceptualización se parte de reconocer que al contar el hombre con la posibilidad de obtener un conocimiento causal, puede dirigir su actividad exterior hacia un propósito y de esta forma es posible concluir que la acción es el ejercicio de la actividad final, la cual estaría constituida por la anticipación mental del fin, la selección de los medios y la valoración de los efectos concomitantes. En cuanto a la tipicidad, uno de sus aportes más importantes fue la incorporación del dolo en el tipo⁸.

El común denominador de las teorías expuestas fue el paulatino aumento de elementos en el tipo, no obstante el injusto seguía caracterizándose por un enfoque netamente causal; a pesar de esta permanente tendencia a definir los conceptos jurídicos con base en elementos de la realidad, se presentó una importante variación en la evolución teórica en la década del setenta del siglo

⁷ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE Y OTROS, *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, Barcelona, Editorial Praxis, 2009, p. 88.

⁸ SCHÜNEMANN, Introducción al razonamiento sistemático en derecho penal, en: *El sistema moderno del Derecho Penal: Cuestiones fundamentales*, Madrid, Editorial Tecnos, 1991, p. 31 y siguientes.

inmediatamente anterior⁹, cuando surgieron algunas propuestas según las cuales el sistema de la dogmática penal no podía formularse a partir de realidades ontológicas preexistentes, sino que debía orientarse a las finalidades trazadas por el derecho penal. De acuerdo con esto la realidad fáctica no se agota en el naturalismo causal, sino que se extiende a lo social que regularmente se define en términos normativos, lo que desembocó en una concepción que se estructura como una definición de la realidad a partir de elaboraciones normativas¹⁰.

Con la incorporación definitiva de estas estructuras de contenido valorativo, se fue aceptando que no resultaba suficiente con la causalidad para definir si una conducta es o no punible, es decir, más que una comprobación del actuar de un sujeto ahora resultaba necesaria una valoración de su conducta, con lo que emergió con protagonismo la teoría de la imputación para definir cuándo se consideraría que la acción de un sujeto adquiere relevancia típica.

De ninguna manera puede concluirse de lo anterior que la causalidad haya perdido relevancia al momento de la definición de responsabilidad penal, sino que a lo largo del desarrollo de la dogmática, al comprobarse la falta de validez absoluta de las leyes físicas que podrían servir de base para la definición de leyes causales y ante la incorporación de criterios de política criminal en la definición del injusto, se fue evidenciando la necesidad de un complemento para la imputación jurídica de un resultado.

Es por lo anterior que deviene importante realizar un recuento de cuáles han sido los diferentes alcances que se le han otorgado al concepto de causalidad y cómo

⁹ SCHÜNEMANN, *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio*, Madrid, Editorial Tecnos, 2002, p. 76.

¹⁰ MIR PUIG, *Los límites del normativismo en derecho penal*, incluido en el texto *Imputación objetiva y dogmática penal*, BOLAÑOS GONZÁLEZ (Compiladora), Mérida, Universidad de los Andes, 2005, p. 37.

se ha estructurado la imputación jurídica luego del reconocimiento de la insuficiencia de la causalidad para la atribución de un resultado jurídicamente desvalorado.

1.1.3 Desarrollo de las teorías causales

Vista la importancia del principio del acto en el derecho penal, se encuentra como consecuencia del mismo que los tipos penales son elaborados a través de la descripción de conductas humanas; algunos de esos tipos penales además de la realización de un comportamiento ordenan, para que proceda su aplicación, la ocurrencia de un resultado en el mundo exterior que sea separable espacio temporalmente de la acción del autor. Ese resultado no sólo tiene que ver con una modificación de carácter físico en el mundo, sino que puede ser de otra naturaleza¹¹, esto es, puede ser un resultado físico, fisiológico, psicológico o jurídico.

De acuerdo con la importancia que la ciencia penal le ha otorgado al resultado, han surgido diferentes teorías para conectar la acción del sujeto con ese resultado; éstas han sido denominadas teorías causales, que se exponen a continuación, aclarándose de una vez que aún no se está abordando el tema de la imputación de responsabilidad penal, pues las teorías causales aún no dicen absolutamente nada respecto de lo que debe ser considerado típico, pues esto, como se explicará más adelante, es un juicio valorativo o normativo que se realiza de acuerdo con otros criterios y en un momento posterior.

¹¹ VELÁSQUEZ, *Manual de Derecho Penal*, op. cit., p. 355.

1.1.3.1 Teoría de la equivalencia de las condiciones

También llamada teoría de la condición, surge con Stuart Mill y Von Buri, sugiere que se tendrá como causa del resultado toda condición positiva o negativa que interviene en la producción de un resultado, de ahí que resulte imposible diferenciar entre causas y condiciones¹².

La primera fórmula utilizada para desentrañar el sentido de la causalidad en esta teoría fue la de *conditio sine qua non*. Esta propuesta supone el conocimiento previo de la capacidad causal de una acción u otras similares y consiste en un ejercicio de supresión mental hipotética de tal forma que se entenderá que un resultado está causado por una conducta humana cuando esa conducta no puede ser suprimida mentalmente sin que el resultado también desaparezca.

En este primer momento de la teoría de la condición, Traeger propuso una comprensión de lo que se entiende por resultado a partir de una generalización y no en su forma concreta, esto es, entendiendo por resultado una abstracción jurídica y no la forma exacta en la que devino el mismo en el caso sometido a estudio, utilizando para ello el prisma de la valoración jurídica, según el cual se examinaría si eliminando mentalmente la conducta enjuiciada se constata que “*el resultado pasaría a ser otro desde el punto de vista de la valoración jurídica*”¹³ lo que dio inicio a una serie de desacuerdos, básicamente se le acusó a tal propuesta de ser un tanto engañosa al permitir desarrollar una simple abstracción jurídica del resultado, lo que fue posibilitando el ingreso de unos mínimos juicios de valor en las consideraciones relativas a la causalidad.

¹² LARRAURI y BUSTOS RAMÍREZ, *La imputación objetiva*, Santa Fe de Bogotá, Editorial Temis S.A., 1998, p.44.

¹³ Autor citado por ENGISCH en *La causalidad como elemento de los tipos penales*, Buenos Aires, Hammurabi, 2008, p. 34.

Debido a esta discrepancia, autores como Müller y Hartmann pretendieron lograr una mayor concreción del resultado con el fin de realizar una delimitación de lo que se entiende por causa. Según el primero de estos autores, cuando se pregunta por la causalidad de una conducta, la misma debe referirse a un resultado concreto y sólo se deben tener en cuenta los hechos concretos cuyo carácter de condición debe averiguarse desde el punto de vista de las categorías dogmáticas¹⁴.

A esta fórmula de la *conditio sine qua non* se le acusó de generar algunos inconvenientes, veamos: se dijo que si se aplicara esta fórmula en los cursos causales hipotéticos, según los cuales aun si fuera eliminada la condición que ocasionó el resultado, el mismo se seguiría produciendo de igual forma y en el mismo momento, necesariamente habría que negar que el comportamiento que ocasionó el resultado fuera causa del mismo¹⁵.

También se le endilgó a esta teoría que de aplicarse un juicio hipotético a los casos de causalidad adelantada, que se refiere a aquellos eventos en los que cierta causa obra más rápido que otra causa que hubiera sido dispuesta con antelación, sería imposible afirmar la desaparición del resultado, lo que daría lugar a una punición exagerada¹⁶. Así mismo, se le criticó que en los casos de causalidad cumulativa en los que dos causas independientes actúan en conjunto a pesar de que cada una de ellas hubiera sido suficiente para ocasionar el resultado, llevaría a concluir que al eliminarse cualquiera de las causas el resultado no desaparecería, lo que permitiría concluir que ninguna de las acciones podría considerarse causal.¹⁷

¹⁴ *Ibíd*em, p. 35.

¹⁵ LARRAURI y BUSTOS RAMÍREZ, *La imputación objetiva*, op. cit., p.46.

¹⁶ *Ibíd*em, p. 47.

¹⁷ *Ibíd*em, p. 47.

Pese a la relevancia que pudo dársele a estas críticas, en la actualidad se han ofrecido explicaciones convincentes acerca de que el fracaso de la teoría de la *conditio sine qua non* en los cursos causales hipotéticos era sólo aparente, lo que además de respaldar un regreso triunfal de la teoría de la equivalencia de las condiciones en el tema de la causalidad, las más de las veces deja en evidencia que a pesar del surgimiento de otras teorías causales, ninguna de ellas pareciera brindar el completo cubrimiento que la teoría de la equivalencia ofrece para la determinación de la conexión entre una conducta y un resultado.

Valga mencionar los planteamientos de Luzón Peña sobre este punto¹⁸. Para este autor, en la fórmula hipotética, “*la única modificación que hay que efectuar en la realidad es la suposición (hipótesis) de que la acción no se hubiera producido, para ver si así (si suprimida mentalmente la acción) desaparece o no el resultado; pero aparte de la supresión mental de la acción real no se debe añadir una segunda modificación hipotética de la realidad consistente en otra hipotética actuación alternativa*”, pues ello constituye tanto como añadir una actuación completamente distinta. A renglón seguido destaca este autor que en los cursos causales hipotéticos, existirá relación causal aun aplicando este ejercicio de supresión de la acción ejecutada, pues sin añadir una acción correcta o la intervención dolosa de un tercero, el resultado de la eliminación mental de la conducta será la desaparición del resultado.

En conclusión, si bien como acaba de verse esas críticas y la supuesta incorrección de la aplicación de la *conditio sine qua non* a estos grupos de casos de mayor complejidad no eran completamente ciertas, en tanto luego de un análisis más profundo se logran superar, las supuestas falencias de esta propuesta fueron las que paulatinamente fueron posibilitando la incorporación de

¹⁸ Luzón Peña, *Curso de derecho penal*, Madrid, Editorial Universitas S.A., 1996, p. 371.

la teoría de la condición ajustada a las leyes de la naturaleza de Engisch, la cual, según su propio autor, consiste en lo siguiente: “*Una conducta se manifiesta como causal de un resultado (positivo) concreto, delimitado según un determinado tipo de la ley penal, cuando a aquella conducta le han seguido modificaciones en el mundo exterior temporalmente sucesivas, que estaban ligadas a la conducta entre sí en una secuencia, según una ley (de la naturaleza), y que han desembocado en alguna parte integrante de la situación de hecho concreta que está delimitada como resultado conforme a la ley penal*”¹⁹.

Según este planteamiento teórico, al ser necesaria una mayor concreción de las circunstancias bajo las cuales se está evaluando la relación de condición de una conducta respecto de un resultado, debe acudirse a las leyes de la naturaleza entendidas como la relación de manifestaciones que se siguen una detrás de la otra, ley que debe ser aplicada con la mayor rigidez posible, es decir, se prescinde del juicio hipotético propuesto por la *conditio sine qua non* y se indaga acerca de si el resultado se halla unido a la acción como efecto de ésta con arreglo a las leyes de la naturaleza²⁰.

1.1.3.2 Teoría de la adecuación

Dado que a la teoría de la equivalencia en sus dos versiones se le acusó de algunos desatinos, que fueron explicitados anteriormente y que para un sector importante de la doctrina llevarían a negar la relación de causalidad en algunos casos un poco más complejos de causalidad hipotética y de causalidad cumulativa o daría lugar a que se consideraran causales conductas a las que no cabe imputar el resultado como en los casos de causalidad adelantada, y muy a pesar de que

¹⁹ENGISCH, *La causalidad como elemento de los tipos penales*, op. cit, p. 50.

²⁰ MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, Barcelona, Editorial Reppertor, 2010, p. 242.

actualmente ya se ha demostrado que estas críticas no logran realmente restarle solidez a esa propuesta teórica, se abonó el terreno para el surgimiento de la teoría de la adecuación que, según la definición que ofrece Mir Puig, consiste en que únicamente se tomen en cuenta las condiciones que *ex ante*, para un espectador objetivo, prudente, con los conocimientos del autor más los conocimientos del observador, surgiesen como adecuadas para la producción del resultado, descartando aquellas condiciones que darían lugar al mismo sólo de forma muy improbable²¹.

Según este autor, la previsibilidad resulta ser un concepto fundamental en esta definición, vale anotar "*Lo previsible debe ser el concreto resultado, con sus circunstancias esenciales*"²². De esta forma podrían distinguirse con mayor facilidad las causas adecuadas de aquellas consideradas inadecuadas a partir de la concreta relación entre conducta y resultado, y entra a jugar un papel importante la probabilidad, concretamente a través del entendimiento de que la teoría de la adecuación utiliza una fórmula negativa "*No lo serán cuando apareciese como muy improbable que produjesen el resultado y no pudiese contarse con su causación*"²³.

Esta teoría fue propuesta por el fisiólogo J.V. Kries y pretende analizar si determinado factor resulta apropiado para producir un resultado, tiene una tendencia a ello o ha sido ocasionado de forma casual²⁴. Según Jescheck, "*la condición debe ser adecuada al resultado y adecuadas son sólo aquellas condiciones que típicamente son idóneas para producir aquel*"²⁵.

²¹ Ibídem. p. 248.

²² Ibídem. p. 248.

²³ Ibídem, p. 248.

²⁴ ENGISCH, *La causalidad como elemento de los tipos penales*, op. cit., p. 86.

²⁵ JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal Parte General*, Granada, Editorial Comares, 2002, p. 305.

A pesar de la consideración inicial de que se trataba de una teoría de la causalidad, con posterioridad se fue entendiendo como una teoría de la imputación objetiva, en tanto tiene en cuenta la previsibilidad de causación del resultado a partir de los conocimientos de la situación de que disponía el autor al momento de llevar a cabo la acción, además de aquellos que hubiera tenido el observador objetivo y prudente. De acuerdo con esto se reduce la selección de las causas a aquellas que jurídicamente hacen viable la imputación del resultado, haciendo necesaria una interpretación del verbo típico desde la finalidad de protección del derecho penal.

Se le han hecho algunas críticas a este enfoque de la causalidad, por ejemplo Larrauri considera que esta teoría no puede ser entendida como una teoría de la causalidad por cuanto tiene en cuenta consideraciones valorativas con marcado carácter normativo como es la idea de la previsibilidad²⁶. Para Gimbernat la utilización de esta teoría implicaría que para la afirmación de la existencia de nexo de causalidad debía establecerse primero el dolo del sujeto, desconociéndose con ello que el dolo es verificable luego de que se comprobó la existencia de causalidad material²⁷.

La imprecisión de criterios como el de grado de posibilidad para establecer que un resultado era previsible, tuvo como consecuencia el poco éxito de esta teoría, lo que confluó en la aparición de las teorías individualizadoras.

²⁶ LARRAURI y BUSTOS RAMÍREZ, *La imputación objetiva*, op. cit., p. 56.

²⁷ GIMBERNAT, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Madrid, 1966, p. 93.

1.1.3.3 Teorías individualizadoras

Estas teorías distinguen entre causas y meras condiciones a partir del caso concreto. Serán consideradas como causas aquellas condiciones que poseen una mayor eficacia causal, esa mayor eficacia se obtiene a partir de diversas teorías: puede ser según cuál sea el factor decisivo, es decir, dando mayor importancia a las condiciones que tienden al resultado respecto de aquellas que lo entorpecen (Binding), o según cuál sea la última condición (Oertmann), o cuál sea la condición más eficaz (Birkmeyer) o la que es cualitativamente decisiva para la naturaleza y esencia del efecto (Köhler)²⁸. Mir Puig ubica dentro de estas teorías la denominada “interrupción del nexo causal”²⁹ que tiene que ver con aquellos casos en los que interfiere la actuación posterior de otra persona, sea la víctima o un tercero, sea dolosa o en determinados eventos culposa, aunque para este autor lo que permite esta teoría es excluir la imputación objetiva de un resultado y no el nexo de causalidad.

Ninguna de estas teorías es aplicada en la actualidad, pues además de que conlleva a que la definición de la condición que será tenida como causa dependa en cada caso de la prioridad que se le otorgue a alguna de esas propuestas sin atender a un criterio uniforme para la generalidad de los casos, también implica dificultades para la explicación de las modalidades de participación delictiva, pues si antes de ingresar en el análisis de este u otros elementos del tipo, se descartan acciones que han condicionado el resultado por aplicación de alguna de estas teorías, desde el principio se está desconociendo la posibilidad de otorgarle

²⁸ ENGISCH, *La causalidad como elemento de los tipos penales*, op. cit., p. 78.

²⁹ MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, op. cit., p.247.

relevancia a una conducta que luego de ser sometida a juicios normativos, sea tenida como una modalidad delictiva, por ejemplo a título de complicidad³⁰.

1.1.3.4 Teoría de la relevancia

Propuesta por Mezger, indica que no toda condición de un resultado tiene el mismo peso jurídico para su imputación, de ahí que se reconozca como el desarrollo inicial de la teoría de la imputación objetiva³¹. Tiene en cuenta el aspecto causal, que es definido a partir de la teoría de la equivalencia y para la definición de la responsabilidad, tendrá en cuenta aquellos aspectos que jurídicamente resultan relevantes, entendiéndose como relevante aquello que es apropiado generalmente para producir el resultado. La causalidad adecuada de una acción se determina desde el tipo penal, de acuerdo con esto, es el tipo penal el que indica qué cursos causales son relevantes para vulnerar el bien jurídico protegido³².

Esta teoría abiertamente reconoce la existencia de dos planos necesarios para la imputación: la causalidad entendida como un dato ontológico que arroja una primera información sobre la relevancia de una acción y un momento posterior, en el que se realiza un análisis de la misma conducta a partir de criterios normativos facilitando así la determinación de cuándo una acción puede adscribirse a un tipo penal. A pesar de introducir la necesidad de este doble análisis, su estudio continuó haciéndose en sede de causalidad, sin precisarse cuáles son los criterios a utilizar para dar importancia jurídica a una causa.

³⁰ Al respecto ver ENGISCH, *La causalidad como elemento de los tipos penales*, op. cit., p. 138 y siguientes.

³¹ JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal Parte General*, op. cit., p. 307.

³² MEZGER, *Derecho penal parte general*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1958. p. 113-114.

1.2 Teoría de la imputación objetiva. Historia y evolución.

El declive del positivismo y el descubrimiento de la relativización de las leyes físicas, tuvieron repercusiones en el ámbito del derecho penal en el quebranto de la seguridad que se supone que ofrecían las teorías causales, lo que aunado a su insuficiencia para la determinación de cuál es la acción con relevancia jurídico penal, principalmente por la aparición de los delitos de omisión en los que no se presenta causalidad natural y en los delitos de mera o pura conducta en los que no existe un resultado verificable en la naturaleza y susceptible de ser separado de la acción del sujeto, entre otras modalidades delictivas, permitió que se fuera haciendo más oportuna la introducción de valoraciones en la determinación del injusto³³.

Esos juicios valorativos supusieron el avance de concepciones normativistas en el derecho penal, según las cuales el análisis de las normas y sus funciones y de la política criminal sirven de herramienta para concluir cuál es la acción con connotaciones penales y por contera para establecer a quién puede imputársele la lesión de un bien jurídico. Es en este punto donde la teoría de la imputación objetiva empieza a tener un papel protagónico en el avance de la ciencia jurídico penal, por lo que vale hacer un breve recuento de la forma como fue presentándose la paulatina normativización metodológica en la teoría del delito.

En lo que tiene que ver con la categoría del injusto se ha venido entendiendo la tipicidad como la categoría sistemática fundamental, y la consecuencia más

³³ ROXIN, *Derecho Penal Parte General Tomo I Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, Madrid, Editorial Civitas S.A., 1997, p. 346. En el mismo sentido, CORCOY BIDASOLO, La distinción entre causalidad e imputación objetiva y su repercusión en el proceso –presunción de inocencia e *in dubio pro reo*-, en: *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo, Libro homenaje al profesor doctor Don José Cerezo Mir*, Madrid, Editorial Tecnos, 2002, p. 593.

importante de esta normativización en la teoría del delito es que en los delitos de resultado ya no es suficiente con la mera causación de una lesión para imputar responsabilidad penal, sino que es necesario que el resultado pueda imputarse objetivamente al sujeto como su autor.

El análisis de la dogmática penal en los últimos años se ha caracterizado por la existencia de dos enfoques: de un lado la aceptación de hechos o realidades fácticas que ulteriormente son sometidas a valoraciones normativas, y de otro lado la negación de la relevancia penal de esas realidades fácticas en tanto constituyen elementos naturalísticos que operan en un ámbito ajeno al meramente normativo³⁴; por lo que interesa en este trabajo, el estudio con el que se procede a continuación se centrará en el segundo de estos enfoques denominado funcionalismo y que ha dado lugar a dos corrientes distintas: una denominada funcionalismo moderado planteada por Claus Roxin y otra llamada funcionalismo radical planteada por Günter Jakobs. Ambas tienen en común su comprensión del delito como una amenaza a la estabilidad social, el individuo deja de ser considerado como el elemento central en el análisis del derecho para ser valorado en la medida en que desempeña un papel funcional en relación con la totalidad del sistema social, ambas resaltan la importancia del resultado, sin ser suficiente la causalidad, requiriendo de criterios normativos para vincular un resultado a una acción.

En cuanto al primero de estos enfoques, hay que indicar que es seguido en la actualidad por un sector importante de la doctrina y es partidario de la utilización del concepto de bien jurídico como herramienta limitadora del derecho penal; sin embargo el concepto de bien jurídico que se plantea es el siguiente: "*los bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y*

³⁴ CADAVID QUINTERO, *Introducción a la teoría del delito*, Medellín, Biblioteca Jurídica Diké, 1998, p.72.

*su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema*³⁵; según lo anterior, es posible afirmar que el bien jurídico es un concepto que puede ser enriquecido con diferentes contenidos, pero que tiene un claro enfoque funcionalista y normativo.

En cuanto al segundo planteamiento, denominado funcionalismo radical, debe indicarse que su principal representante es el alemán Günter Jakobs quien, partiendo de la teoría propuesta por Niklas Luhmann, aduce que el derecho es un sistema cerrado en el que no tiene interferencia ni la ética, ni la moral, ni la política. En orientación contraria a la propuesta antropocéntrica que había caracterizado la dogmática penal anterior, parte de una desindividualización total, en la que lo importante a la hora de explicar la sociedad actual es el sistema social, afirmando que el ser humano es un tipo de sistema cuya existencia se encuentra al lado de otros sistemas como los sistemas sociales y los sistemas vivos. Se comprende al ordenamiento jurídico como un sistema de normas dirigido a los individuos y el delito como un proceso de comunicación entre personas que son definidas como estructuras normativas. Para este autor, el derecho penal es un ordenamiento orientado a garantizar la identidad normativa y la configuración básica de la sociedad³⁶.

Según esta perspectiva que se viene exponiendo, el orden social se fundamenta en la existencia de ciertas expectativas de comportamiento generalmente estables que permiten deducir en determinada situación qué es lo que se puede esperar de

³⁵ ROXIN, *Derecho Penal Parte General Tomo I Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, op. cit., p. 56.

³⁶ JAKOBS, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 15, *passim*. Realiza una exposición detallada de este planteamiento FEIJOO SÁNCHEZ, *Normativización del derecho penal y realidad social*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 39 y siguientes.

los otros participantes en el sistema social, lo cual es motivado principalmente por la complejidad de los intercambios anónimos entre individuos, que cada vez evidencia la necesidad de la estandarización del comportamiento, sin que su defraudación modifique en nada la existencia de la expectativa.

Tal como lo expusiera Feijoo, la normativización entendida como un punto de partida metodológico es completamente ajena a fundamentaciones de carácter ontológico y busca la orientación a las consecuencias y a enfoques político-criminales de acuerdo con los resultados benévolos que la norma y la pena ejercen sobre la sociedad³⁷.

Partiendo de estas proposiciones, para la imputación penal se ve al individuo como un sujeto general, como sujeto portador de un rol, restándole importancia a las características que lo distinguen de los demás individuos, dado que lo que realmente interesa es la relevancia comunicativa que el sistema social le otorga a la acción culpable; el delito es defraudación de expectativas y la función que tiene asignada la pena es mantener la vigencia de la norma.

El desarrollo del funcionalismo desempeñó un papel especialmente relevante en la evolución de la dogmática penal que ahora se caracteriza por el rechazo del sistema penal elaborado a partir de realidades ontológicas previas como la acción, las estructuras lógico objetivas y la misma causalidad. Este estado de cosas resultó propicio para el surgimiento de la teoría de la imputación objetiva como un correctivo o requisito adicional de la causalidad, según el cual, además de la causalidad entre la acción y un determinado resultado, se impuso como necesaria la constatación de una relación de riesgo. En cuanto a esta nueva corriente

³⁷ FEIJOO SÁNCHEZ, *Normativización del derecho penal y realidad social*, op. cit., p. 56-57.

Cancio Meliá señala que “*la teoría de la imputación objetiva es la traducción dogmática en la teoría del tipo de las corrientes jurídico dogmáticas funcionales de las últimas décadas*”³⁸.

Los primeros autores en tratar el tema de la imputación fueron Kelsen, Larenz y Honing. Kelsen aludió a la naturaleza y la sociedad. En lo que respecta a la primera de ellas conceptuó que se trata de un cierto orden de las cosas o un sistema de elementos enlazados entre sí como causa y efecto, de ahí la existencia del principio de causalidad, diferenciándola de la sociedad que fue definida como un orden normativo del comportamiento humano. Precisó que el comportamiento humano al ser parte de la naturaleza, si bien se ve determinado por el principio de causalidad, también está ampliamente influido por otro principio ordenador denominado principio de imputación que se presenta en el pensamiento y permite el enlace de determinada conducta con su consecuencia punitiva³⁹.

Según este autor, es ésta la razón por la que puede decirse que la consecuencia de lo ilícito es imputada a lo ilícito, sin que sea acertado asegurar que esa consecuencia sea efecto de lo ilícito como su causa, pues la ciencia jurídica no explica causalmente los fenómenos jurídicos; asegura que las normas jurídicas no son enunciados declarativos sobre un objeto, sino que son mandamientos, permisiones o autorizaciones⁴⁰.

En cuanto a Larenz, plantea que la imputación sólo es posible si existe voluntad. Partiéndose de la existencia de un hombre libre, los hechos son transformados por

³⁸ CANCIO MELIÁ, *Aproximación a la teoría de la imputación objetiva*, en: Imputación objetiva y dogmática penal, Mérida, Universidad de los Andes, 2005, p. 87.

³⁹ KELSEN, *Teoría pura del derecho*, México D.F., Editorial Porrúa, 2002, p. 90.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 96.

la voluntad dirigida hacia una finalidad, siempre que se trate de un suceso previsible y dominable⁴¹.

Honig, por su parte, resalta la importancia de la relación de causalidad en su vínculo con el derecho y no con la causalidad natural de la conducta, indaga por la significación de la causalidad para el ordenamiento jurídico, estableciéndola de acuerdo con criterios señalados por el propio sistema legal, defiende que sólo tendrán significación jurídica los comportamientos causales que tienen en cuenta la alcanzabilidad o evitabilidad del resultado⁴².

Si bien estos autores anteriores son tenidos como precursores de la teoría de la imputación objetiva, el gran desarrollo posterior de este planteamiento se debe a Roxin, quien indica que esta propuesta tiene como fin la identificación de las circunstancias que hacen de una causación una acción típica⁴³ y se estructura a partir de diversos criterios fundamentales; veamos: que la acción constituya una creación de un riesgo no permitido, que el resultado consista en la realización del riesgo no permitido y que el resultado ocurrido esté abarcado dentro del fin de protección de la norma típica.

De forma mayoritaria, excluyendo a Jakobs que será analizado más adelante en este trabajo, los partidarios de esta teoría han reconocido que, previo a la utilización de los criterios de imputación objetiva en los delitos de resultado, es necesario el examen sobre la causalidad, esto es, como lo ha definido Luzón Peña

⁴¹ LARRAURI y BUSTOS RAMÍREZ, *La imputación objetiva*, op. cit., p. 69-70.

⁴² *Ibídem*, p. 74, también resulta ilustrativo al respecto FRISCH, *La imputación objetiva: Estado de la cuestión*, en: *Sobre el estado de la teoría del delito (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra)*, Madrid, Civitas, 2000, p.22.

⁴³ ROXIN, *Derecho Penal Parte General Tomo I Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, op. cit., p. 363.

“el enlace o nexo de unión, lógico y real, entre una conducta (o, por el contrario, entre otro factor del mundo no humano) como causa u origen y un resultado material o formal como efecto o consecuencia de aquélla”⁴⁴, para lo cual, de forma mayoritaria se sigue aplicando la teoría de la equivalencia de las condiciones⁴⁵, luego de este paso viene entonces la aplicación de los criterios de imputación objetiva.

Teniendo presente estos recientes desarrollos en la evolución de la dogmática penal, resulta innegable la importancia de realizar una primera valoración de la conducta enjuiciada, considerando únicamente aspectos apreciables física o mentalmente. Para ello deviene útil recurrir a la teoría de la equivalencia de las condiciones, de un lado porque en ese momento de análisis es suficiente con acreditar la existencia de un vínculo cierto y patente entre la conducta examinada y el resultado, para lo que basta con la percepción sensorial o intelectual que tengamos de un fenómeno; y de otro lado, porque las objeciones que se le han hecho a esta teoría han sido superadas de manera satisfactoria a través del reconocimiento de que esa primera admisión de causalidad aún no nos dice mucho sobre la posible existencia de responsabilidad penal.

Posteriormente, tiene lugar entonces una valoración de carácter eminentemente normativa para una mayor concreción de la conducta realizada frente al tipo penal, valiéndose para ello de criterios jurídicos, de modo únicamente enunciativo, como los relativos a la creación de un riesgo, a la materialización del mismo, a la existencia de responsabilidad subjetiva o a la aplicación de dispositivos amplificadores del tipo penal; pues son estos otros raciocinios los que permiten

⁴⁴ LUZÓN PEÑA, *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p. 199.

⁴⁵ CADAVID QUINTERO, *Introducción a la teoría del delito*, op. cit, p. 66, igualmente VELÁSQUEZ, *Manual de derecho penal parte general*, op. cit., p. 361.

determinar de manera concreta si por una conducta específica una persona es responsable jurídicamente de la producción de un resultado.

Concretamente, en lo que tiene que ver con los criterios de imputación objetiva divulgados por la doctrina alemana y española tenemos los siguientes:

1. Creación de un riesgo no permitido: *ex ante* se debe establecer que de acuerdo con la conducta que se ejecute puede ser objetivamente previsible la producción de un resultado con consecuencias para el bien jurídico, para ello se tiene en cuenta el conocimiento del hombre medio y los conocimientos especiales que pueda tener el autor en particular. De acuerdo con este criterio, debe determinarse que el comportamiento supone un peligro para el bien jurídico, lo que se excluye en los casos de disminución del riesgo, de acción acorde a los riesgos permitidos y en los casos en los que no se crea peligro para el bien jurídico.
2. El segundo momento de la imputación objetiva tiene que ver directamente con el resultado, específicamente se trata de un examen acerca de si el riesgo⁴⁶ se ha realizado en el resultado, debe tenerse en cuenta una perspectiva *ex post*, el resultado debe ser la materialización del peligro, se denomina también la relación de riesgo o nexo de antijuridicidad. En estos casos se excluye la imputación objetiva si no se realiza el peligro, si no se realiza el riesgo no permitido, en los casos de resultados que no están cubiertos por el fin de protección de la norma de cuidado y en los casos de conducta alternativa ajustada a derecho.

⁴⁶ Cuya existencia previa debió haberse verificado

3. Por último, se tiene como requisito el alcance del tipo, también conocido como el fin de protección de la norma típica, según el cual, el resultado ocurrido tiene que ser precisamente de aquellos que pretende evitar el mandato contenido en la norma penal para evitar la punición de sucesos que realmente no buscan ser disuadidos con la norma sancionatoria. A pesar de que su utilización es discutida, se emplea este criterio principalmente en conductas imprudentes y en el caso de los delitos dolosos se presenta su cuestionamiento en tres grupos: la cooperación en una autopuesta en peligro dolosa, la puesta en peligro de un tercero aceptada por éste y la imputación de un resultado a un ámbito de responsabilidad ajeno.

Si bien antes se ha insistido en que fue Claus Roxin el gran desarrollador de la teoría de la imputación objetiva, no pueden dejarse de lado los aportes en la construcción de una perspectiva de análisis que, en esta misma materia, proporcionara Günter Jakobs. Para este autor, el bien jurídico penal al cual se enfoca el funcionamiento del sistema jurídico es la vigencia de la norma⁴⁷, considera que el mundo no está ordenado con base en relaciones de causalidad sino de forma normativa según el significado que cada comportamiento tenga en su contexto y la acción no es un concepto satisfactorio, pues tiene que ver con un resultado externo, que no debe ser lo relevante en un derecho penal que castiga acciones sin resultado y comportamientos en los que no se configura una relación de causalidad.

Acción, para él, consiste en convertirse de manera evitable en la razón determinante de un resultado teniendo en cuenta el esquema social de interpretación. En el mismo sentido, en la omisión se plantea la atribución de un suceso a un ser humano, trátase de acción u omisión no interesa, pues lo

⁴⁷ JAKOBS, *El concepto jurídico penal de acción*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 35 y siguientes.

realmente importante es la vinculación de un ser humano a un curso que conduce a un resultado⁴⁸.

En su criterio, la imputación objetiva consta de dos momentos: el primero es la calificación de un comportamiento como típico y el segundo es la constatación (en lo que tiene que ver con los delitos de resultado) de que el resultado producido queda explicado precisamente por el comportamiento objetivamente imputable. Además propone que esta teoría debe utilizarse a la luz de cuatro instituciones dogmáticas⁴⁹:

1. El riesgo permitido que es aquel inherente a la configuración social y que irremediablemente ha de tolerarse.
2. El principio de confianza que permite determinar en una actividad riesgosa cuándo se tiene la obligación de tener presente las faltas de otros individuos que también participan de ella.
3. La prohibición de regreso, planteamiento con el que se quiere limitar la participación punible a partir de criterios objetivos normativos. De acuerdo con esto, no hay responsabilidad por un delito de resultado mediante comisión, cuando una acción llega a ser causal de un resultado típico sólo porque un tercero desvía las consecuencias de la acción hacia el resultado sin tener relación con el agente.
4. Actuación a riesgo propio de la víctima o competencia de la víctima.

Para Jakobs lo imputable son aquellas desviaciones respecto de las expectativas que se refieren al portador de un rol, entendido como un sistema de posiciones definidas de modo normativo y que puede estar ocupado por individuos cambiantes. En consonancia con esto, para determinar por qué a un autor le

⁴⁸ JAKOBS, *El concepto jurídico penal de acción*, op. cit., p. 34.

⁴⁹ JAKOBS, *La imputación objetiva en el derecho penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 26 y siguientes.

puede competir la realización de un tipo, existen dos clases de competencia: competencia por organización y competencia institucional⁵⁰, la primera de ellas alude a la responsabilidad fundamentada en deberes generales y la segunda a la responsabilidad basada en deberes especiales.

En cuanto a la competencia por organización afirma la existencia de una obligación originaria que consiste en mantener el propio ámbito de libre organización en una situación inofensiva para los demás, esta obligación tiene un contenido negativo consistente en que el otro no sea perturbado en su existencia, de ella hace parte no sólo la prohibición de dañar a los demás, sino también los mandatos enfocados a impedir peligros para bienes ajenos que surjan del propio ámbito de organización⁵¹.

En lo que respecta a la competencia institucional, precisa este autor que los deberes en virtud de responsabilidad institucional son aquellos relacionados con ámbitos vitales vinculados con aquellas formas de relación social respecto de las cuales no existe ninguna alternativa de organización, esos deberes se deducen de la ley y sólo serán equivalentes a la comisión si la institución es de la misma importancia básica para la existencia de la sociedad que la libertad de organización y la responsabilidad por las consecuencias. Los ámbitos de responsabilidad institucional son: la relación paterno-filial y sus sustitutos, el matrimonio, la confianza especial, las relaciones estatales de poder, la función policial de velar por la seguridad básica y la función de velar por la sujeción a la ley de la administración y de la administración de justicia⁵².

⁵⁰ *Ibíd*em, p.56 y siguientes.

⁵¹ JAKOBS, *Acción y omisión en derecho penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 11 y siguientes.

⁵² JAKOBS, *Derecho penal parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid, Marcial Pons, 1995, p. 994.

CAPITULO 2. OMISIÓN

2.1 Breve alusión a la evolución del concepto de omisión en la dogmática penal.

De acuerdo con el análisis llevado a cabo por Silva Sánchez, las explicaciones sobre el concepto de omisión pueden clasificarse en dos grandes grupos: las concepciones negativas y las concepciones positivas⁵³, pues no resulta exacto presentar una descripción de lo ocurrido a lo largo del desarrollo de la teoría del delito a partir de la contraposición entre las dos tendencias metodológicas recientes, esto es, el finalismo y el funcionalismo o la metodología de raíz jurídico-normativa, por cuanto en realidad ninguna de ellas logra abarcar por completo alguna de estas teorías que explican el concepto de omisión o estar al margen de las propuestas incluidas dentro del punto de vista contrario.

Las concepciones negativas contienen planteamientos explicativos de la omisión que abarcan el naturalismo, el finalismo y el concepto negativo de acción. En cuanto al naturalismo, definía la omisión como el no ser, como una contención de los nervios motores dominada por la voluntad, y tuvo dos enfoques:

1. El concepto intransitivo de omisión según el cual la omisión era entendida como un no hacer nada, la ausencia querida de todo movimiento corporal⁵⁴.
2. El concepto transitivo de omisión, que la considera como un no hacer algo posible, algo determinado, debiendo existir la voluntad causante y posibilidad de actuar. Dentro de esta orientación pueden ubicarse los planteamientos de Liszt y Radbruch. Este último autor propuso que no se presentaba la relación de causalidad en la omisión, fuera ésta entendida como un vínculo entre la

⁵³ SILVA, *El delito de omisión concepto y sistema*, Montevideo-Buenos Aires, B de F, 2006, p. 24.

⁵⁴ *Ibíd*em, p. 25.

ausencia de movimiento corporal y algún acontecimiento real o como conexión entre la voluntad de omitir y la propia ausencia de movimiento corporal⁵⁵.

La concepción negativa liderada por el finalismo argumentó que omite quien no realiza una acción final pese a tener capacidad de acción. Este último concepto se estructura a partir de los siguientes elementos: posibilidad física de actuar externa y objetiva, capacidad de conducción final, esto es, la adopción de la decisión y el control del proceso que se ha puesto en movimiento, además de unos requisitos intelectuales como son los conocimientos teóricos de que dispone el sujeto, conocer o tener por posible el fin de la acción y el conocimiento o la posibilidad de conocer y elegir los medios de la realización de la decisión⁵⁶.

Por último, dentro de la concepción negativa de la omisión, deben ubicarse las corrientes doctrinales orientadas por un concepto negativo de acción que parten de la renuncia a una aprehensión de la realidad ontológica de la acción humana y pretenden encontrar en la conducta activa los elementos de la omisión, específicamente la no evitación del resultado y la existencia de una posición de garante⁵⁷.

Ahora, los desarrollos de las concepciones positivas de la omisión, como las describe Silva Sánchez en el texto al que se viene aludiendo, se caracterizan por un enfoque neokantiano que permite otorgar a la omisión un contenido de sentido trascendente al mero no hacer algo. Para un grupo de seguidores de estas teorías, la omisión constituye una forma diferente de ser con independencia de los juicios y expectativas de terceros; para los seguidores de la positividad ontológica

⁵⁵ *Ibíd*em, p.28.

⁵⁶ *Ibíd*em, p. 43-44.

⁵⁷ *Ibíd*em, p. 75.

la omisión es una realidad prejurídica y rechaza cualquier clase de concepción valorativa respecto de ella⁵⁸.

Para otros partidarios de la concepción positiva de la omisión, la misma debe ser comprendida en el marco de un sistema de normas como una forma de defraudación de expectativas. Dentro de estas propuestas encontramos la teoría de la expectativa que a su vez tiene diferentes enfoques: según algunos el concepto de omisión se basa en la defraudación de una expectativa social, para otros se basa en la defraudación de una expectativa jurídico-penal situando este concepto antes del tipo, en cambio para otros la omisión es considerada como una forma de realización típica⁵⁹.

Para quienes consideran la omisión la defraudación de una expectativa social, tanto la acción como la omisión son entendidas como una respuesta a exigencias situacionales, una manifestación del pensamiento que revela la no ejecución de un hacer jurídicamente ordenado⁶⁰. Para los que consideran que se trata de la defraudación de una expectativa jurídica existen dos corrientes: los que aducen que no es posible tratar la omisión en sentido penal antes de la tipicidad y los que configuran el concepto de omisión previo a la tipicidad, sin embargo ambas tienen en común que parten de un concepto de acción entendido como imputabilidad personal que consiste en un principio normativo ubicado en el tipo⁶¹.

Para Silva Sánchez el sentido de una acción en derecho penal sólo puede ser decidido a partir de los tipos penales, lo cual abarca dos niveles: uno en el que se hace una interpretación del tipo y en el que se define si la conducta realiza un tipo

⁵⁸ *Ibíd*em, p. 103.

⁵⁹ *Ibíd*em, p. 111.

⁶⁰ *Ibíd*em, p.119.

⁶¹ *Ibíd*em, p.126.

comisivo u omisivo y otro nivel en el que se define qué clase de comisión u omisión es⁶². Asegura que la omisión no es una forma de comportamiento, ni tiene existencia antes del juicio de imputación jurídica, la conducta efectiva juega un papel importante en la configuración de la omisión que consiste en la atribución a dicha conducta de un determinado sentido a partir de la interpretación que se hace de ella. Concluye que la omisión surge en virtud de un juicio de imputación que se produce en el tipo, en el que se le atribuye a la conducta de un sujeto la no realización de una prestación positiva estimada *ex ante* como necesaria para la salvaguarda de un bien jurídico⁶³.

En la doctrina se ha reseñado que la comisión por omisión está constituida por los siguientes elementos⁶⁴:

1. Debe existir un deber de actuar, denominado por algún sector de la doctrina como la existencia de una situación típica, sea porque el ordenamiento jurídico ordena una determinada acción como en los casos de omisión pura, sea porque existe una cláusula de equiparación que en algunos eventos castiga como si se atentara contra el bien jurídico por acción. Específicamente en los casos de comisión por omisión se destaca que el deber de evitación puede ser de dos características: a) orientado a la minimización del riesgo sin deber de evitar el resultado y b) deber de contención del riesgo.
2. Debe presentarse la ausencia de la acción mandada por el ordenamiento, lo que implica la existencia de un peligro para el bien jurídico.

⁶² *Ibíd*em, p. 157.

⁶³ *Ibíd*em, p. 195.

⁶⁴ MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, op. cit., p. 316 y siguientes.

3. Debe haber capacidad de actuar, consecuencia lógica de que nadie está obligado a lo imposible.
4. Debe existir una cláusula de equiparación que permita la atribución de un resultado como si se hubiera cometido una comisión, para lo que resulta relevante la determinación acerca de cuáles sujetos detentan la posición de garante.
5. Debe acontecer la producción de un resultado.
6. Debe existir la posibilidad de evitar el resultado.

En cuanto a la omisión, la propuesta normativista radical de Jakobs, que, como ya se dijo, parte del reconocimiento de dos competencias: la competencia por organización y la competencia institucional, asegura que tanto en la acción como en la omisión se trata de la misma competencia por organización o del mismo fundamento jurídico especial de la institución, de ahí que afirme la completa congruencia de la responsabilidad por acción y la responsabilidad por omisión⁶⁵.

Destaca que la distinción entre deber positivo y negativo se encuentra en la configuración social, por tanto la distinción entre acción y omisión, entre prohibición y mandato únicamente afecta las características técnicas de la lesión del deber o del cumplimiento del mismo y la forma en que ese deber es recogido en el tipo penal⁶⁶. Ese desvanecimiento de la diferencia entre acción y omisión se hace especialmente patente en que el deber de no dañar a otra persona implica

⁶⁵ JAKOBS, *Acción y omisión en derecho penal*, op. cit. 59-60.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 64.

también una relación positiva consistente en reconocer al otro como persona y en la existencia de unos deberes positivos que tienen la misma importancia que un deber negativo como son los deberes de garante.

En su criterio no es cierto que para un delito de omisión se requiere de posición de garante, mientras que para un delito comisivo no es necesaria, pues el fundamento de la responsabilidad tanto en los delitos comisivos como omisivos está en la lesión de las reglas del estatus general (cuando se trata de competencia por organización) que se determina por el derecho a configurar libremente la organización dentro del riesgo permitido y por el deber de evitar que los riesgos superen ese nivel⁶⁷. Por ello, también es posible que exista posición de garante para el autor en comisión en casos de competencia por organización.

2.2 Causalidad en la omisión

Las tensiones metodológicas existentes en la dogmática penal actual y el paulatino avance de las propuestas funcionalistas, otorgan vigencia al problema jurídico de establecer cómo se constituye el momento previo al netamente normativo en los delitos de omisión, si existe o no y cuál es su naturaleza. Para resolver estas cuestiones y como rezago del principio de inversión, entendido como la aplicación en contrario de los postulados examinados en la acción⁶⁸, adquiere utilidad un análisis de lo que podría denominarse transitoriamente causalidad en la omisión.

⁶⁷ JAKOBS, *La competencia por organización en el delito omisivo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1994, p. 15.

⁶⁸ KAUFMANN, *Dogmática de los delitos de omisión*, Madrid, Marcial Pons, 2006, p. 104.

Previo a la siguiente exposición, debe precisarse que debido a que la omisión en derecho penal se presenta de dos formas como se anunciara al principio de este escrito, sólo se mencionará lo relativo a la comisión por omisión en la cual se presenta un resultado separable de la conducta del autor, dejando de lado la omisión pura que es asimilable a los delitos de mera actividad, pues en estos el problema de la causalidad carece de importancia.

Antes de la aparición del positivismo en la teoría del delito, predominaba la concepción propuesta por la Escuela Hegeliana que no realizaba ninguna distinción entre el injusto y la culpabilidad y que consideraba la acción como la exteriorización de la voluntad moral, abarcando dentro de este concepto tanto la acción como la omisión⁶⁹.

Posteriormente, con el surgimiento del positivismo, se impuso un punto de vista naturalístico con un claro enfoque empírico que diseñó estrategias para reemplazar la falta de causalidad natural en la omisión. Fue este el origen de las teorías a partir de las cuales se podía afirmar la existencia de causalidad en un resultado acaecido en eventos en los que se reprochaba una conducta omisiva: la teoría del actuar de otro modo, la teoría del actuar precedente y las teorías de la interferencia⁷⁰.

La teoría del actuar de otro modo propuesta por Luden vio el momento causal en los delitos de omisión en el hecho de que el sujeto desarrolla otra actividad durante el tiempo en que hubiera debido evitar el resultado. La teoría del actuar precedente, por su parte, indicaba que la causa de la omisión no se encontraba en una acción simultánea, sino en una acción previa, y las teorías de la interferencia

⁶⁹ SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión concepto y sistema*, op. cit., p. 5.

⁷⁰ JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal Parte General*, Barcelá, Bosch Casa editorial, 1981, p. 852.

consideraron el abandono de la natural voluntad de impedir el hecho la anulación positiva de una condición que apartaría el resultado, considerando así, en la omisión, un hacer positivo⁷¹.

No obstante los esfuerzos que se denotaron con los planteamientos que acaban de exponerse, rápidamente se detectó la necesidad de acudir a valoraciones para definir la omisión, pues no resultaba suficiente la constatación empírica de la realidad⁷². Una corta alusión a los planteamientos de los autores de la dogmática moderna, permite hacerse una idea de los avatares por los que ha trasegado el concepto de causalidad en la omisión. Liszt, por ejemplo, propuso que en la omisión no se trata de una causalidad sino de algo análogo⁷³.

Para Mezger la causalidad en el hacer activo y en la omisión tiene idéntica estructura lógica que es de carácter hipotético, siendo un error considerar que la causalidad en la conducta activa es real, pues tanto en las acciones como en las omisiones para determinar la causalidad de “algo” respecto de un resultado, se trata del examen de ese “algo” que o bien se llevó a cabo o bien no se realizó, según si se trata de acción o de omisión, efectuándose siempre un proceso intelectual hipotético, que implica que la representación de la causalidad es la misma⁷⁴. En un sentido muy similar a este autor, Maurach conceptuó que el juicio sobre la causalidad pertenece al tipo objetivo y el examen sobre la causalidad en la comisión y en la omisión se realiza de manera semejante acudiendo a un juicio hipotético, siendo el objetivo del juez determinar “*qué acción hubiera debido haber llevado a cabo el autor de la omisión para evitar el resultado*”, siendo de importancia el juicio general de la experiencia sobre el probable efecto de la

⁷¹ Ibídem, p. 852.

⁷² SILVA, *El delito de omisión concepto y sistema*, op. cit, p. 16.

⁷³ NOVOA MONREAL, *Fundamentos de los delitos de omisión*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1984, p. 163.

⁷⁴ MEZGER, *Derecho Penal Parte General* Traducción de la sexta edición Alemana de 1955, op. cit., p. 121.

acción omitida, esto es, una perspectiva *ex ante* del funcionario judicial, sin desatender que la probabilidad de que la acción omitida hubiera evitado el resultado debe ser rayana en la certeza⁷⁵.

Kaufmann afirmó la posibilidad de que exista causalidad en la omisión; para ello une la causalidad con la finalidad como un fin prefijado por el autor y la entiende como potencial, en tanto sólo como falta de realización de una acción puede constituirse en producción de un resultado, no obstante niega la existencia de alguna relación de causalidad entre el omitente y su omisión⁷⁶. Por su parte, Welzel consideró que la causalidad y la finalidad son ajenas a la omisión, que consiste en la no producción de la finalidad potencial de un hombre en relación a una determinada acción⁷⁷.

La visión de la causalidad en la omisión ofrecida por Jescheck parte de que al derecho no le interesan las relaciones causales en el sentido de la mecánica y tampoco le resulta de utilidad el concepto de causa utilizado en las ciencias de la naturaleza. Afirma que una perspectiva jurídica demanda la determinación acerca de si la acción posible para el omitente hubiera evitado el resultado, utilizando entonces una causalidad hipotética que se sirve de la teoría de la condición, esto es, *“si la acción esperada no puede suprimirse mentalmente sin que desaparezca el resultado”*⁷⁸. Partidario también de que esa causalidad hipotética debe tener una probabilidad rayana en la seguridad, pues este *“representa el grado más elevado de certidumbre alcanzable por el entendimiento humano en los juicios hipotéticos”*.⁷⁹

⁷⁵ MAURACH, *Tratado de Derecho Penal*, Barcelona, Ediciones Ariel, 1962, p. 274.

⁷⁶ KAUFMANN, *Dogmática de los delitos de omisión*, op. cit., 83-84.

⁷⁷ NOVOA MONREAL, *Fundamentos de los delitos de omisión*, op. cit., p. 163.

⁷⁸ JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal Parte General Volumen Segundo*, op. cit., p. 838.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 838.

Según Günter Stratenwerth la causalidad en la omisión no es real sino potencial, por cuanto es la acción cuya no ejecución se reprocha la que hubiera eliminado o disminuido el peligro que se concreta en el resultado, lo fundamental es la posibilidad de que ese resultado haya sido evitado. Es la no evitación del resultado la que fundamenta la imputación objetiva⁸⁰.

En cuanto a la causalidad en la omisión, Mir Puig propone que es suficiente con la posibilidad fáctica de evitación del resultado cuando se tiene la posición de garante, a lo que posteriormente habrá de sumarse el juicio que propone la imputación objetiva; por eso para determinar la responsabilidad por omisión realmente no es necesaria ninguna relación de causalidad. Resalta que no es posible desde un enfoque físico-naturalístico determinar cuándo una conducta constituye una acción o una omisión, pues para ello lo importante es analizar la estructura del tipo⁸¹.

Roxin, por su parte, sobre este tema concreto, inicia por reconocer que la imputación no necesariamente está ligada a la causalidad, sin embargo considera conveniente aplicar la fórmula de la causalidad, entendida como condición legal, tanto en los delitos de acción como en los de omisión. Según esto, habrá causalidad en la omisión cuando la misma está en condición legal con el resultado, distingue en que en la acción para que haya causalidad, además del vínculo del comportamiento del autor con el resultado, es necesaria la producción

⁸⁰ STRATENWERTH, *Derecho Penal Parte General I. El Hecho Punible*, Fabián J. Di Plácido Editor, Segunda Edición, 1976, p. 303.

⁸¹ MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, op. cit., p. 330; en el mismo sentido el artículo del mismo autor *Límites del normativismo en derecho penal*, incluido en el texto *Imputación objetiva y dogmática penal*, op. cit., p. 55-56.

de energía activa positiva, mientras que en la omisión es suficiente con la conexión legal entre la omisión y el resultado⁸².

Para Gimbernat la aplicación del juicio hipotético no es adecuado para determinar la presencia de una omisión, por lo que propone que se establezca si el garante ha cumplido o no con su obligación de mantener el nivel de riesgo causante del resultado típico dentro del margen permitido o lo reconduce hacia él en los casos en los que ha sido sobrepasado, con independencia de que el cumplimiento de esa obligación hubiera podido impedir o no la producción del resultado típico⁸³.

Según la concepción normativista radical de Jakobs, que insiste en que lo relevante no es si existe una actividad corporal o no, lo relevante no es la determinación de algo que pertenece a lo fáctico-naturalista, sino la adscripción de resultados a determinados garantes, pues “actuar significa convertirse de manera individualmente evitable en la razón determinante de un resultado”⁸⁴. En otras palabras, a la hora de determinar en qué consiste el comportamiento no permitido, no se trata de recortar una competencia por cualquier causación de acuerdo con criterios externos, sino que hay que lanzar la causalidad que es una construcción para la explicación de la naturaleza, al plano de sentido social, a la semántica del comportamiento, es un material en bruto en la construcción de un sentido normativo.

Como sólo se vincula jurídicamente a un resultado a quien lleva a cabo una conducta por cuyas consecuencias, de acuerdo con el contexto social, es

⁸² ROXIN, *Causalidad en la omisión*, en: *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo, Libro homenaje al profesor doctor Don José Cerezo Mir*, Madrid, Editorial Tecnos, 2002, p. 963.

⁸³ GIMBERNAT ORDEIG, *La causalidad en la omisión impropia y la llamada omisión por comisión*. En *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, T. LIII, 2000, p. 72, <http://dialnet.unirioja.es/revista/108/V/53>. Fecha de consulta 30 de septiembre de 2015.

⁸⁴ JAKOBS, *El concepto jurídico penal de acción*, op. cit., p. 34.

responsable⁸⁵, lo que realmente interesa es el significado jurídico que se le pueda otorgar a los datos suministrados por los sentidos. Según esta normativización, “*la causalidad hipotética de una conducta no significa nada; al contrario, es necesario que también se produzca la atribución de lo acontecido al ámbito de cometidos de una determinada persona si se quiere alcanzar el plano del significado*”⁸⁶. De lo anterior se deduce con claridad que para esta orientación la causalidad carece de relevancia, siendo decisiva la determinación del ámbito de competencia de las personas cuya conducta es cuestionada.

La narración realizada hasta aquí está referida exclusivamente a la doctrina a nivel internacional, sin embargo algunos doctrinantes colombianos han expuesto también sus consideraciones relativas al tema de la causalidad en la comisión por omisión. Veamos: Gómez López asegura que el fundamento de esta clase de conducta punible no está enlazado con un resultado, sino con un juicio de equiparación o equivalencia respecto de la acción de protección ordenada por el derecho que el sujeto tenía la posibilidad de realizar. Afirma que en la omisión impropia⁸⁷ no existe un nexo causal material, sino una atribución jurídica del resultado, esto es, una imputación valorativa que dependerá de criterios jurídicos, en tanto lo importante es el significado social de la no evitación del hecho para responsabilizar como autor a quien no evita la muerte. Expresa que no es que en la omisión impropia no exista la causalidad, sino que lo que se tiene en cuenta es si el sujeto tenía en sus manos la posibilidad cierta de controlar la no producción del resultado típico⁸⁸.

⁸⁵ JAKOBS, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico penal*, op. cit., p. 36.

⁸⁶ *Ibíd.*, p. 38.

⁸⁷ Al inicio de este trabajo se hizo alusión a la distinción de conceptos como comisión por omisión y omisión impropia, sin embargo vale destacar que algunos autores, entre ellos, por ejemplo, Gómez López, aluden a la omisión impropia atribuyéndole el mismo contenido que a lo que es conocido como comisión por omisión.

⁸⁸ GÓMEZ LÓPEZ, *Tratado de Derecho Penal Tomo II*, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley Ltda, 2001, p. 283 y siguientes.

Para Fernández Carrasquilla la causalidad en la omisión es hipotética, figurativa o normativa, en tanto se determina a partir de la valoración de lo que habría sido el curso de los hechos si el agente hubiera cumplido oportunamente con su deber jurídico de interponer su acción para evitar, desviar o interrumpir el curso causal que en efecto condujo al resultado⁸⁹.

Salazar Marín declara estar de acuerdo con el normativismo en que la relación de causalidad entre la acción humana y la lesión al bien jurídico es inútil frente a los delitos de omisión, a menos que se acuda a un concepto de causalidad por equivalencia, normativa o hipotética que consiste precisamente en un concepto de causalidad acompañado de valoración o de una visión teleológica. Especifica que en esta clase de conductas punibles se invoca el carácter normativo-valorativo y no natural, por lo que no existe un nexo causal real entre el comportamiento no desarrollado y el daño al bien jurídico⁹⁰.

Por último, se destaca la clara exposición que al respecto ofrece Velásquez, quien asegura que la causalidad en la omisión es potencial o hipotética, para algún sector de la doctrina denominada nexo de evitación, según la cual es posible determinar si la omisión es causa del resultado a partir del ejercicio que realice el operador jurídico consistente en emplear la teoría de la equivalencia de las condiciones y los aportes de la teoría de la imputación objetiva, para verificar si, puesta mentalmente en el lugar de la omisión la acción esperada que no fue realizada realmente por el agente, el resultado desaparece con seguridad⁹¹.

⁸⁹ FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal fundamental 1*, op. cit., p. 617 y *Derecho penal fundamental Volumen II Teoría general del delito y punibilidad*, Bogotá, Editorial Temis S.A., 1998, p. 171.

⁹⁰ SALAZAR MARÍN, *Teoría del delito con fundamento en la escuela dialéctica del derecho penal*, Tunja, Grupo Editorial Ibáñez, 2007, p. 237.

⁹¹ VELÁSQUEZ, *Manual de derecho penal parte general*, op. cit., p. 425.

De lo anterior es posible extraer dos conclusiones importantes: La primera de ellas parte de que para un sector representativo de los estudiosos de la dogmática penal cuando se alude a la causalidad en la omisión, en realidad se está haciendo referencia a un juicio hipotético sobre lo que hubiera ocurrido si se hubiera ejecutado la acción omitida; para otros, ese juicio hipotético no es importante, en tanto es la posición de garante o una condición legal relacionada con el ámbito de competencia del sujeto la que permite enlazar un resultado a una conducta.

La segunda conclusión muy vinculada con el primero de los enfoques acabados de mencionar, tiene que ver con el grado de conocimiento que demanda ese juicio hipotético sobre las consecuencias de la acción no realizada: para la posición mayoritaria debe exigirse la constatación de que la realización de la conducta debida hubiese evitado el resultado con una probabilidad rayana en la seguridad; para otro sector, partidarios de la teoría de la disminución del riesgo, en los delitos de omisión impropia es suficiente que la interposición de la acción esperada hubiera significado con seguridad un aumento de posibilidades de evitación del resultado, es decir, que se diera una segura disminución del riesgo para que proceda la imputación de un resultado.

De acuerdo con el estado de la cuestión, si bien es cierto que ya no resulta suficiente para determinar la existencia de responsabilidad penal realizar constataciones de carácter naturalístico, es irrenunciable tener en cuenta la percepción de la realidad que se obtenga por los sentidos (así sea para concluir la inexistencia de un fenómeno), para posteriormente efectuar valoraciones de contenido normativo.

Se está de acuerdo con el normativismo en cuanto a que para el estudio de un hecho en materia penal lo importante es la relevancia jurídica que se le otorgue a

la información percibida por los sentidos. También se admite que en el derecho el concepto de causalidad no tiene que coincidir con lo que se entiende por ella en las ciencias de la naturaleza, sin embargo con ello no se está optando por la renuncia a los datos fácticos, pues el dato real concerniente a la inexistencia de una acción concreta es de utilidad para que, acudiendo a la teoría de la equivalencia de las condiciones (igual que acontece con la causalidad en materia de comisión), se establezca si existe un vínculo de carácter hipotético⁹² entre ésta y un resultado concreto.

La determinación de este vínculo continuaría utilizándose como un primer eslabón en la escala de la definición de responsabilidad penal, al que necesariamente en un momento posterior se le sumaría lo relativo a los juicios netamente normativos, en los que adquieren trascendencia los distintos elementos de la comisión por omisión que ya se vieron anteriormente.

⁹² Se alude, de acuerdo con la doctrina mayoritaria, a causalidad hipotética por cuanto se trata de un ejercicio mental de suposición de hechos a partir de unos mínimos datos reales.

CAPITULO 3. EL CONCEPTO DE “CAUSALIDAD HIPOTÉTICA” EMPLEADO POR LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA EN CASOS DE DELITOS DE COMISIÓN POR OMISIÓN.

3.1 Anotaciones preliminares

Antes de proceder al siguiente análisis jurisprudencial deben realizarse algunas precisiones metodológicas para su comprensión:

1. El rastreo que se hizo para la ubicación de estas sentencias únicamente tiene en cuenta las decisiones adoptadas bajo el código penal de 2000, es por esto que se omitieron ciertos casos que, no obstante haber sido resueltos por el máximo tribunal después de ese año, fueron tramitados bajo las disposiciones del Decreto Ley 100 de 1980.
2. Cuando se hace referencia a los presupuestos para la declaratoria de responsabilidad penal adoptados por la Corte Suprema de Justicia, se deja de lado el examen sobre elementos como la antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad, en tanto el tema que nos concierne se limita a puntos abordados en sede de acción y tipicidad o únicamente de tipicidad, según el enfoque de quien la lea. Con ello no se pretende desconocer su carácter absolutamente necesario, sino que escapa los propósitos de este estudio ahondar en estos aspectos en las sentencias examinadas.
3. En cumplimiento de lo previsto en el artículo 9 de la Ley 599 de 2000, además de acudir a la causalidad hipotética se utilizan algunos criterios de imputación objetiva para la resolución de los casos, pues los mismos deben ser utilizados como garantía de una mayor racionalización del poder

punitivo que desde hace muchas décadas ha superado enfoques netamente causalistas como se mencionó en otros apartes de este trabajo.

3.2 Casos evaluados por la Corte Suprema de Justicia

Debe precisarse que, a pesar de la extensa y copiosa búsqueda realizada, no fue posible detectar otros procesos que hayan sido decididos por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en sede de casación en los que se debatiera la imputación de esta clase de omisiones.

3.2.1. Sentencia 26.409 del 04 de febrero de 2009. Magistrado Ponente: Sigifredo Espinosa Pérez

En este caso se pronuncia la CSJ en sede de casación sobre el desacuerdo manifestado por el apoderado de la parte civil con la sentencia absolutoria de segunda instancia que, por el delito de homicidio culposo, se profiriera a favor de la propietaria de unos perros que ocasionaron el deceso de una menor.

En la narración de los hechos se dijo que la sentenciada era la dueña de una finca ubicada en una vereda del Departamento de Huila. Allí tenía para su custodia un número aproximado de veinte perros conocidos por su extrema ferocidad, los cuales deambulaban por dicho terreno sin ningún tipo de seguridad. Un ganadero de la región, que había tomado en arrendamiento un lote de la mencionada finca, acudió con su hija de nueve años a realizar labores en ese lugar. La procesada, quien se encontraba haciendo limpieza a la perrera, le solicitó a su arrendatario que se llevara del lugar más o menos quince de los canes mientras ella terminaba de lavar el sitio.

El ganadero procedió con lo solicitado y encontrándose en una zona apartada de su arrendadora recordó que había dejado “un broche” abierto, por lo que le pidió a su hija de nueve años que acudiera a realizar el cierre correspondiente. La menor, con el fin de cumplir esa petición, se alejó aproximadamente unos 260 metros en compañía de los perros. Luego de haber transcurrido algunos minutos sin que regresara, el padre emprendió la búsqueda de la niña hallándola en el suelo sin vida a causa de los mordiscos de los fieros animales.

Luego de hacerse una extensa referencia a anteriores pronunciamientos de la CSJ en casos de delitos imprudentes y en casos de comisión por omisión y reconociendo previamente que no es el caso enjuiciar la posible responsabilidad penal del padre de la menor fallecida, para la Sala de Casación Penal fue necesario hacer una valoración de su conducta atendiendo a las consideraciones que había hecho el juez de segunda instancia, pues se determinó que él tuvo incidencia importante en el fatal desenlace.

En una primera parte de la decisión, al abordar la problemática de los delitos imprudentes y citando una providencia anterior de la misma Sala, se dijo que la teoría de la imputación objetiva es el instrumento teórico idóneo para explicar la relación que debe mediar entre la acción y el resultado, reemplazándose así la verificación de la causalidad sobre bases exclusivamente naturales, introduciendo consideraciones jurídicas siguiendo la teoría de la relevancia.

Posteriormente, citando también sentencias previas y tratando el tema de la omisión, la CSJ afirmó que la acción en la actualidad se entiende en un sentido normativo en el que se entra a verificar el nexo de evitación que consiste en la conducta esperada que de haber sido realizada, habría permitido la interrupción o evitación del resultado.

Se reconoció que la dueña del predio detentaba la posición de garante al ser la propietaria de los perros agresivos, quien además no adoptó ninguna medida para evitar los ataques permanentes de que eran víctimas los vecinos del sector; a pesar de ello, se señaló los diferentes linderos por lo que transitan la responsabilidad penal y la responsabilidad civil, para afirmar que si bien esta ciudadana incumplió algunos deberes en cuanto a la tenencia de esos animales, ello por sí mismo nada dice de la responsabilidad penal, en tanto la evaluación de la culpabilidad culposa implica demostrar la inobservancia del deber objetivo de cuidado por la vía de un comportamiento omisivo que haya tenido incidencia causal en el resultado.

Se dijo que el padre de la menor, por su parte, tenía la obligación legal de velar por ella, habiendo asumido la carga de proteger la fuente de riesgo que implicaba llevar consigo a los agresivos perros, momento en el cual la fuente de riesgo se desplazó de la propietaria de los animales hacía el progenitor de la niña, pues fue en razón del traslado y de autorizar el desplazamiento de la infante acompañada únicamente de los animales que se ocasionó el deceso.

La CSJ resaltó que el padre de la menor tenía un doble deber, uno el de garante en su condición de padre y otro por asumir el cuidado cuando optó por hacerse cargo de los fieros animales, asumiendo con ello el control de un peligro dentro de su específico ámbito de dominio. La omisión de la dueña de los perros, según la CSJ, en haber puesto a los perros en condiciones de, no tuvo ninguna influencia causal en la muerte de la menor.

Para la determinación de la causalidad, la CSJ eliminó la omisión del papá de la niña, consistente en permitir que ella abandonara su esfera de vigilancia en compañía de los violentos animales, para concluir que de no haberse presentado esa desatención del progenitor y si, por el contrario, se hubiera evitado el desplazamiento de la niña con la única compañía de los perros, nunca se habría materializado el trágico resultado. Realizando la misma operación con el

comportamiento de la acusada, en criterio de la CSJ, el desenlace de igual forma hubiera ocurrido, pues por la asunción del riesgo por parte del padre de la menor, el deber de garante de la acusada desapareció.

Aunque en el desarrollo de la sentencia se adujo que la imputación objetiva era la herramienta idónea para establecer la conexión jurídica entre la acción y resultado utilizando la teoría de la relevancia, la absolución de la acusada se caracterizó por un temprano descarte de la causalidad y la utilización de criterios normativos referentes al ámbito de competencia de la acusada y del padre de la fallecida.

Se resalta que el análisis de la CSJ se centró en la conducta del padre (quien no era objeto de ese proceso penal) y la aplicación de la fórmula hipotética de la *conditio sine qua non* (no obstante se dijo en desarrollo de la sentencia que resultaba recomendable la aplicación de la teoría de la relevancia), aplicando luego de ello criterios normativos.

Según la CSJ, la causalidad extrema no desvincularía a la procesada de los hechos, aduciendo a continuación que ello constituye un total desacierto por cuanto hasta el momento en que ella estuvo con la menor y su progenitor, el curso causal que desencadenó el resultado no se había iniciado; sin embargo esa solución pareciera acudir a definir en qué momento inicia el curso causal a partir de criterios normativos, así ello no se dejara explícitamente anotado, pues en todo caso, atendiendo únicamente a una conexión de hecho, forzado resulta negar la importancia de que la propietaria de la finca haya solicitado al ganadero trasladar los canes de lugar.

Al margen de si es ella responsable o no, para lo que resultan de utilidad las disertaciones sobre la posición de garante y su ámbito de competencia, sí se evidencia por lo menos una conexión causal por activa, a través de la utilización de la *conditio sine qua non* con el resultado en las gestiones ejecutadas por la

propietaria de los perros para arrojar un diagnóstico de su causalidad en los hechos.

En cuanto al padre, y de cara al análisis de la causalidad en la omisión que es lo que más interesa a efectos de este trabajo, se hizo un adecuado ejercicio de sustitución a través de la fórmula hipotética como ya se señalara, la que estuvo acompañada de disertaciones relativas a la posición de garantía, cumpliéndose con ello con una satisfactoria determinación de la existencia de causalidad hipotética en un caso de omisión impropia, aunque se insiste, si bien era relevante señalar la importancia de su conducta en el caso, no era él la persona sometida a juicio.

3.2.2. Sentencia 32.582 del 28 de octubre de 2009. Magistrado Ponente: Javier Zapata Ortiz.

Si bien los hechos tuvieron ocurrencia antes de que entrara en vigencia la Ley 599 de 2000, se le dio aplicación a esa normatividad en virtud del principio de favorabilidad, es por ello que se tiene en cuenta esta providencia para el análisis con el que aquí se procede.

En esta providencia resuelve la CSJ el recurso de casación interpuesto contra la sentencia condenatoria proferida al Gerente de uno de los hospitales del Instituto de Seguro Social a la pena de treinta (30) meses de prisión y multa equivalente a treinta (30) salarios mínimos legales mensuales vigentes al hallarlo penalmente responsable en calidad de autor del delito de homicidio culposo. La víctima del deceso fue una mujer que murió como consecuencia del choque cardiogénico por infarto agudo del miocardio generado por una arterioesclerosis coronaria.

Los hechos fueron los siguientes: el 9 de julio de 2000 una mujer acudió a una clínica del Instituto de Seguro Social por una gripa que la aquejaba. Estando allí

sufrió un infarto, siendo internada en la unidad de cuidados intensivos. Cuarenta y ocho (48) horas después se realizó una junta conformada por un cardiólogo, intensivistas y el jefe de medicina crítica, quienes ordenaron la práctica de una coronariografía y el tratamiento por hallazgo urgente.

El 13 de julio la familia de la paciente interpuso una acción de tutela con el fin de que le fueran realizados los mencionados procedimientos, los que fueron ordenados mediante medida provisional notificada a la EPS al día siguiente. El 14 de julio el procesado, en su condición de Gerente de la E.P.S., ordenó la práctica de un cateterismo a la mujer, autorización que fue recibida por un pariente de la accionante el 21 de julio.

El 24 de julio la Junta Médica de la Fundación Cardiovascular conformada por especialistas en cardiología, hemodinamia e intervencionista realizó el cateterismo requerido, siendo devuelta la paciente en condiciones estables a la Clínica del ISS donde permaneció hospitalizada.

Al día siguiente, como consecuencia de los hallazgos detectados en el examen, se encontró que padecía una enfermedad coronaria de complejidad, determinándose en una nueva junta médica la necesidad de realizar una revascularización miocárdica prioritaria + reemplazo valvular mitral + colocación y manejo de balón de contrapulsación intraaórtico, previa realización de un ecocardiograma transesofágico prequirúrgico para definir intervención en la válvula mitral.

Una nueva junta médica ordenó la remisión para revascularización miocárdica quirúrgica de carácter urgente. Ese mismo día el procesado procedió con la aceptación de servicios, que fue recogida el 27 de julio por un pariente de la paciente.

El 26 de julio la mujer presentó bajos signos cardiacos y dos días después fue ingresada a la unidad de cuidados intensivos donde falleció el 29 de julio de 2000.

La CSJ partió de reconocer que la teoría de la imputación objetiva para esa fecha venía teniendo cierta acogida en la legislación y en la jurisprudencia nacional, sin embargo no se podría afirmar la total incorporación de sus presupuestos, en tanto su filosofía es eminentemente normativista. Reprochó que en libelo del defensor, que pedía la aplicación de teorías causales por encima de la imputación objetiva, no se haya mencionado la teoría de la *conditio sine qua non* o la teoría de la equivalencia de las condiciones, la causa eficiente, la causalidad adecuada, entre otras, para demostrar por qué tenía que ser absuelto su defendido.

Para el máximo tribunal, la constatación de la causalidad natural requiere unas pautas mínimas que nunca podrán ser suficientes para la atribución de un resultado antijurídico, siendo necesaria una posterior evaluación del riesgo frente al resultado, esto motivó que fuera desechada la censura propuesta por el defensor relativa a la necesidad de que la declaratoria de responsabilidad penal se determinara a partir de teorías causales.

En sede de casación, se optó por absolver al sentenciado, quien únicamente tenía funciones administrativas relacionadas con la autorización de servicios y quien resultó condenado por homicidio culposo por la mora en el procedimiento requerido por la paciente. Para ello se tuvo en cuenta el informe de necropsia según el cual el deceso de la mujer se debió al choque cardiogénico por infarto agudo del miocardio por arteriosclerosis coronaria, muy a pesar de que si bien los resultados del cateterismo que le fue realizado recomendaron la práctica de una revascularización coronaria que no se hizo, la agravación de su condición clínica ocurrida el 25 de julio impedía la intervención quirúrgica.

Se dijo que el Gerente de la EPS tenía posición de garante, para ello se trajo a colación una cita jurisprudencial según la cual lo relevante es el rol que desempeña el individuo dentro de la sociedad y no si actúa por acción o por omisión, pues lo importante es si defraudan las expectativas.

Para la CSJ sus actuaciones no podían contravenir las recomendaciones de los médicos tratantes y, si bien tenía posición de garante, su ámbito de competencia se restringía a la parte administrativa; según eso, su rol no abarcaba cuestiones médicas, además, de acuerdo al concepto de un especialista, por la particular situación en la que se encontraba la paciente y la mortalidad del procedimiento requerido, que podía significar muy probablemente la presentación de un reinfarto con desenlace fatal, lo recomendado era esperar de 4 a 6 semanas después del primer infarto para disminuir la mortandad de la cirugía.

Por lo anterior, se consideró que el sentenciado actuó dentro del riesgo permitido, sin tener dentro de su rol la obligación de atender directamente a la paciente; esto es, su ámbito de competencia estaba claramente delimitado, de lo contrario se facultaría la declaratoria de responsabilidad objetiva. En un aparte de la sentencia afirmó la CSJ lo siguiente:

“La mora en la que pudo haber incurrido el procesado (10 días), es intrascendente porque no era viable en términos de morbimortalidad intervenir quirúrgicamente a Leticia, en ese lapso, sin esperar un término prudente de 4 a 6 semanas (según los cardiólogos) dado que el riesgo de un resultado altamente fatal podía presentarse como una consecuencia natural al estado crítico de la paciente, por la severa y avanzada enfermedad cardíaca que padecía.”

Según el desarrollo teórico que se le dio a la providencia, es claro que la causalidad por sí misma no es suficiente para la declaratoria de responsabilidad penal y no obstante la CSJ aludió a conceptos propios del normativismo radical, no se dejó de lado la aplicación de la causalidad hipotética, pues atendiendo a que lo que se le endilgó al galeno fue la omisión en expedir oportunamente una autorización de servicio requerida por la paciente, atendiendo a las pruebas arrojadas al proceso, aun si se hubiera realizado la intervención cuya mora se le reprochó, no por ello se hubiera evitado el fatídico desenlace. Puede decirse que se hizo una completa y adecuada aplicación teórica de los planteamientos que

ofrece la imputación objetiva, sin dejar de lado la causalidad, en este caso hipotética, cumpliendo a cabalidad con lo previsto en el artículo 9 del código penal.

3.2.3. Sentencia 33.073 del 16 de junio de 2010. Magistrado Ponente: Sigifredo Espinosa Pérez

En esta providencia se pronuncia la CSJ sobre la demanda de casación interpuesta por la Fiscalía en contra de la absolución de dos infantes de marina acusados como coautores de los delitos de rebelión, terrorismo, homicidio y tentativa de homicidio agravados.

La narración fáctica de lo ocurrido da cuenta de un ataque que tuvo lugar en una base de infantería fluvial perpetrado por un grupo de subversivos pertenecientes a un grupo armado ilegal, reyerta de la que estaban plenamente informados dos de los infantes pertenecientes a dicha base, quienes días anteriores, por sus estrechos lazos con algunos de los alzados en armas, tuvieron conocimiento exacto de la fecha y hora en que realizaría el asalto.

La CSJ dio plena validez a la sentencia de primera instancia que los había declarado penalmente responsables como coautores de las conductas aludidas en la modalidad de comisión por omisión. En cuanto a uno de los marineros enjuiciados, se dijo que prestó ayuda eficaz en el asalto armado del grupo ilegal, pues se le hizo llegar una cámara filmadora para que grabara las instalaciones en las que se iba a hacer el ataque, se le puso a su disposición un arma de fuego por parte de los miembros de la guerrilla para que la empleara en contra de aquellos marineros que no respaldarían su actuar, así como que quedó suficientemente acreditado que después del atentado, se le hizo llegar un dinero al padre de este uniformado, circunstancias que condujeron a la conclusión de que la reunión que

sostuvo horas antes este sentenciado con miembros de la guerrilla, estaba estrechamente vinculada con la colaboración activa que estaba proporcionando para la toma de la base naval.

Además de ello, se le otorgó plena credibilidad a uno de los infantes atacados, que aseguró recibir un disparo en su pierna, que sólo pudo ser propinado por este mismo sentenciado, hechos que permitieron dejar en firme la sentencia de primera instancia.

Frente al otro de los condenados, la CSJ realizó unas valoraciones diferentes: se dijo que este ciudadano antes del ataque tuvo información precisa y cierta acerca de la fecha en la que se iba a adelantar la incursión guerrillera y guardó silencio al respecto, lo que fue confirmado con el hecho de que para el momento del asalto este militar no se encontraba en la base naval. Aseguró la CSJ que con el ocultamiento de esa información contribuyó al actuar del grupo alzado en armas, en tanto con su silencio impidió una adecuada respuesta a la agresión por parte de los ocupantes de la base fluvial, incurriendo así en responsabilidad penal por los delitos de homicidio con fines terroristas, tentativa de homicidio con fines terroristas, rebelión y terrorismo, en calidad de autor en la modalidad de comisión por omisión.

Respecto a la forma como se concluyó la responsabilidad penal de los acusados habrán de indicarse varios aspectos: en cuanto a los razonamientos expuestos frente al primero de los sentenciados, se hace una vinculación incoherente y de alguna manera contradictoria del actuar del infante de marina, pues difícilmente puede configurarse la omisión de los deberes que tenía en su posición de garante (afirmada por la CSJ) a partir de la ejecución de acciones como grabar el lugar que iba a ser atacado con el claro propósito que los insurrectos conocieran en

detalle las instalaciones de la base y aún más, el hecho de haber utilizado el arma de fuego proporcionada por quienes se supone que tenía como enemigos en contra de un compañero suyo.

No resulta admisible entender estos comportamientos como simplemente pasivos, pues allí lo que se denota con claridad es una participación activa en el empleo de un arma contra un compañero de filas y el adelantamiento de gestiones que le proporcionaba certeza a los atacantes sobre la estructura física de la base naval, por lo que no debió ser declarado responsable penalmente por haber incurrido en comisión por omisión, sino que se debió examinar la estructuración por activa de cada uno de los tipos penales que le fueron enrostrados.

Se echa de menos también que debió examinarse la importancia del aporte de este infante en cada uno de los punibles que le fueron endilgados para determinar si la comisión se estructuraba a título de autoría o de participación, si se tiene en cuenta el concepto restrictivo de autor que opera en nuestra legislación penal, resultando inadmisibles la generalización de su contribución, que a lo largo de la providencia se reconoció como “ayuda eficaz” y “colaboración activa”. No fue afortunada la solución planteada por la CSJ, en tanto se llegó a una conclusión equivocada a partir de las premisas fácticas con las que se contaba.

Las afirmaciones que condujeron a que la CSJ casara la sentencia de segunda instancia, se limitan a referir en qué consistió la intervención del sentenciado, sin precisar, con los demás elementos que ofrece la imputación objetiva, por qué haber ejecutado este tipo de actuaciones conducía a la declaratoria de responsabilidad penal; de ahí que al parecer, aun detectando la contribución en los hechos de ese infante, su injusto únicamente se basó en tener en cuenta una selección de acciones, sin examinar siquiera la importancia causal de ellas frente

al resultado acaecido y sin tener en cuenta valoraciones de carácter normativo frente a cada una de las conductas punibles reprochadas. Tampoco explicó la CSJ cuáles eran las razones por las que entendía configurada una comisión por omisión, cuando, como ya se dijo, este procesado ejecutó físicamente acciones encaminadas a lesionar los bienes jurídicos que resultaron comprometidos en estos hechos.

Distintas disquisiciones pueden hacerse en cuanto a los juicios expresados contra el otro infante sentenciado. Si bien el supuesto fáctico fue sustancialmente diferente al de su compañero de causa, en tanto lo que se le atribuye fue haber guardado silencio a pesar de tener conocimiento exacto sobre lo que iba a suceder, la Corte aludió a su posición de garante y de forma parca a un juicio de causalidad hipotética, según el cual, de haber compartido la información que tenía con el personal del batallón, se hubiera diseñado una oportuna reacción para repeler el ataque.

Al hecho de que se contara con datos precisos sobre la fecha y el lugar en que iba perpetrarse la agresión como fundamento de la causalidad hipotética, como se mencionó en la sentencia, hubiera sido relevante añadir un análisis cuidadoso de la prueba para determinar de cara a la situación concreta, qué tan oportuna hubiera resultado una manifestación en ese sentido, teniendo en cuenta no solamente el momento en el que pudo hacerse la misma, sino otros aspectos como la cantidad de personal que ocupaba la base, la disponibilidad e idoneidad de las armas que tenían y las posibilidades reales de contar con apoyo si fuera necesario, para de esta forma concluir si realmente con haber suministrado la información echada de menos, muy probablemente hubiera desaparecido el resultado lesivo y de esta forma hacer un juicio de causalidad hipotética de forma completa y adecuada.

De ser suficiente con la información que tenía ese castrense sobre el ataque guerrillero, sin figurarse si en caso de haberla suministrado el resultado probablemente hubiera sido distinto, no puede otorgársele la propiedad de que automáticamente su divulgación hubiera evitado el resultado, pues lo que seguía a continuación implicaba acciones de otros individuos. Como señala LUZÓN PEÑA⁹³, no es correcta la utilización de la formula hipotética cuando se suprime mentalmente una acción y se suman otras que tampoco han acontecido, lo que en este caso se hizo de forma implícita al considerar que la acción echada de menos fue causal hipotéticamente frente al resultado, dándose por sentado que todas las actuaciones posteriores a ella y que también resultaban necesarias, se harían de forma adecuada, pues ello conlleva a la sustitución no sólo de una acción inexistente sino la suposición de varias que se desconoce si en realidad habían ocurrido.

También frente a este militar, como ocurrió con su compañero, ningún juicio se hizo sobre la importancia de su aporte en la realización de las múltiples conductas delictivas que fueron censuradas, como rebelión, terrorismo y homicidio con fines terroristas, desconociendo de plano la posibilidad de que incluso una persona que detenta la posición de garante puede ser responsable penalmente a título de cómplice.

Sobre este aspecto valga traer a colación lo que ha señalado Roxin: *“El deber de evitar el resultado tiene, pues, la virtualidad de fundamentar la autoría siempre que el no evitar un delito se corresponda con la cualidad de injusto de un cometer activo. Faltando esta equivalencia, ciertamente la posición de garante surte efecto fundamentador de la pena, pero no se da autoría por omisión correspondiente a la comisión y, por tanto, tampoco tipo prescriptivo autónomo. La inactividad contraria*

⁹³ LUZÓN PEÑA, *Curso de derecho penal*, op. cit., p. 371.

a deber puede entonces entrañar el castigo por participación.”⁹⁴ Omitió la CSJ evaluar la naturaleza del aporte de este soldado en cada una de las conductas punibles que le fue endilgada.

Si bien no por lo anterior se descarta la posibilidad de que se le imputen los delitos a título de comisión por omisión a este militar, resultaba necesario concretar cuál era la realidad fáctica en la que se encontraban para poder afirmar causalidad de su conducta, en este caso hipotética, y posteriormente realizar los demás juicios necesarios para la imputación jurídica del resultado, que tampoco se detectaron en el análisis de la sentencia, para dar cumplimiento a lo ordenado en la norma rectora prevista en el artículo 9 del código penal.

Según esto, se desconoció ese precepto legal instituido como garantía de aplicación del principio del acto, pues no obstante algún sector doctrinal niega la posibilidad de algún examen de la causalidad en los delitos de comisión por omisión, de forma mayoritaria se afirma la necesidad de su verificación, por lo menos de forma hipotética, como obstáculo adicional para la aplicación del poder punitivo, por lo que teniendo presente que en Colombia está inserta en un mandato expreso del legislador, su aplicación deviene ineludible.

3.2.4. Sentencia 37.327 del 8 de noviembre de 2011. Magistrado Ponente: José Leónidas Bustos Martínez.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia conoció de un recurso extraordinario de casación interpuesto por la defensa de una médica condenada por la conducta punible de homicidio culposos.

⁹⁴ ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, Madrid, Marcial Pons, 2014, p. 518.

La imputación fáctica fue la siguiente: arribó al establecimiento hospitalario donde prestaba servicios la acusada un hombre en evidente estado de embriaguez, el cual presentaba varias heridas con arma corto punzante, así: dos heridas en el antebrazo izquierdo, una en el hemitórax izquierdo y otra en la región cigomática izquierda.

La facultativa que lo atendió y que posteriormente fue procesada, luego de suturarle las heridas, le formuló un antibiótico, le ordenó un examen de rayos x de tórax y lo dejó en observación sin percatarse que presentaba una lesión cerebral. Al día siguiente el paciente falleció como consecuencia de síndrome de hipertensión endocraneana ocasionado por la fractura que sufría en el hueso temporal izquierdo y una laceración encefálica del lóbulo temporal izquierdo.

Para la Corte, las pruebas de la actuación fueron suficientes para demostrar que en la atención del paciente la médica no se ciñó a la *lex artis*, por cuanto omitió la realización de un examen neurológico total, hecho que dio lugar a la elevación del riesgo que derivó en la lesión del bien jurídico.

A las anteriores conclusiones pudo llegar la CSJ a partir del testimonio del médico forense que intervino en este caso, el cual indicó que por la clase de lesión que presentaba el paciente, el arma con la que estas le fueron inferidas y su estado de beodez, era necesario practicar un examen en los términos que lo ordenan los protocolos de manejo de trauma craneoencefálico, esto es, se requería el establecimiento de una escala de coma de Glasgow y una valoración neurológica completa con examen de pares craneales, fuerza, sensibilidad, reflejos y motricidad. Además de lo anterior, se destacó que no se realizó un correcto diligenciamiento de la historia clínica dejando allí anotado que se hubiera

realizado un examen completo incluyendo la inspección y exploración cuidadosa del hombre herido.

Debido a este supuesto fáctico, pudo concluir la Sala Penal de la CSJ que la sentenciada desconoció una correcta práctica médica, pues no sólo omitió valorar adecuadamente al ciudadano, sino que ignoró su evolución mientras estaba bajo su cuidado, esto es, mientras ella conservaba la posición de garante. Se adujo en la providencia que el fallecido era un paciente rescatable que con un adecuado diagnóstico e intervención hubiera tenido un final diferente y se resaltó que la declaración de responsabilidad se fundamentaba en gran parte por las infracciones a los deberes que le imponía la *lex artis* a la procesada quien tenía posición de garante.

Ahora, en este caso en el que se censuró una conducta por activa, vale realizar algunas precisiones relativas a la forma de realización de la conducta punible. La acción y la omisión hacen parte de la tipicidad objetiva y ello tiene que ver en exclusiva con la forma en la que son redactados los tipos penales. El tipo puede presentarse de forma comisiva u omisiva. La definición de una conducta como culposa o imprudente, como también la denomina la doctrina, o dolosa, tiene que ver con la tipicidad subjetiva. De ahí que al tratarse de aspectos que apuntan a elementos diferentes de la tipicidad, existe la posibilidad de que se ejecuten tipos comisivos culposamente o dolosamente y también cabe la posibilidad de que se ejecuten tipos omisivos culposamente o dolosamente.

En este evento sometido a estudio, llama la atención cómo a pesar de que la CSJ identifica una serie de actuaciones infractoras del deber objetivo de cuidado como lo fueron la falta de un examen neurológico completo, la omisión en examinar la evolución del paciente y la falta de un correcto diligenciamiento de la historia

clínica, todo ello unido a la insistencia en la posición de garante que detentaba la médica, la declara penalmente responsable de una conducta activa, cuando con claridad emerge que el juicio de responsabilidad se basó no sólo en una, sino en varias omisiones cometidas imprudentemente.

A partir de la información contenida en la sentencia, no se avizora ningún inconveniente en que se hubiera afirmado la responsabilidad de la médica por comisión por omisión culposa, pues lo que si se evidenció a lo largo de toda la providencia fue la mención a cada uno de los elementos tanto de la conducta culposa como de la comisión por omisión, exactamente se hizo alusión a la existencia de posición de garante, del nexo de evitación (que coincide con el nexo de determinación en este caso), de la existencia de una situación típica, de la ausencia de la acción mandada que, en este caso, se dio a través de la infracción al deber objetivo de cuidado, de la capacidad de actuar y un resultado desvalorado jurídicamente, de ahí que resulta incomprensible cómo se terminó sentenciando por una conducta activa.

Si bien en la decisión de la CSJ se hizo referencia a un juicio hipotético sobre lo que hubiera ocurrido con una conducta respetuosa del deber objetivo de cuidado, sustituyendo las omisiones en que incurrió la médica por un examen completo a nivel neurológico y un correcto seguimiento a la evolución del paciente, llegando a la conclusión de que muy posiblemente se hubiera detectado la lesión craneana que presentaba este hombre o por lo menos habiéndose omitido ello, con un seguimiento cuidadoso de la evolución, se hubiera posibilitado la detección de la lesión que finalmente acabó con su vida, no especificó la CSJ a qué teoría causal se acudió antes de la utilización de la causalidad hipotética.

Puede decirse entonces que además de echarse de menos un poco de claridad en la especificación de la teoría causal acogida, resulta especialmente problemático en este caso, que a pesar de tratarse de una comisión por omisión, se haya censurado la conducta de la médica por activa, sin que se evidenciara a lo largo de la sentencia cuáles fueron los razonamientos que obligaron esta determinación.

3.2.5. Sentencia 35.899 del 5 de diciembre de 2011. Magistrado Ponente: Augusto Ibáñez Guzmán.

En este pronunciamiento judicial se sometió a estudio de la CSJ un recurso extraordinario de casación interpuesto por la defensa del Registrador Municipal de Magangué, quien fuera declarado responsable por el delito de ocultamiento, retención y posesión ilícita de cédula.

La situación fáctica fue la siguiente: por labores de inteligencia, en el año 2003, días antes de los comicios electorales, se llevó a cabo una diligencia de allanamiento y registro de una vivienda en Magangué donde fueron halladas 163 cédulas de ciudadanía originales, en la habitación ocupada por un primo del Registrador de ese municipio. Este funcionario fue condenado por el delito de ocultamiento, posesión y retención ilícita de cédula, imponiéndosele en consecuencia una pena de doce meses de prisión.

Antes de proceder con el análisis concreto de la causalidad y la omisión en esta sentencia, vale resaltar someramente algunos aspectos que dan una idea de las perspectivas asumidas en esta providencia: al momento de tocar el tema de la

posición de garante⁹⁵, se hace una generalización de la misma en atención al rol que detente el sujeto, sin considerar si la afectación al bien jurídico se da por un ataque directo o por la falta de una prestación exigida a un individuo determinado a quien está encomendada la protección del mismo. Expresamente se anota lo siguiente:

“...En tales condiciones, la imputación solamente puede ser consecuencia del incumplimiento de las obligaciones impuestas por la Constitución o por la ley a una persona que está compelida a resguardar específicamente un bien jurídico; luego, si el derecho impone tal carga y éste se sustrae a la misma, ya sea intencionalmente o por infracción al deber objetivo de cuidado, y con ello se produce un resultado contrario al ordenamiento jurídico, vulnera la posición de garante y responderá penalmente por esa omisión.”

En este primer apunte de la sentencia se detecta una amalgama de elementos según la cual lo procedente no es determinar en primera medida si estamos ante una infracción de un tipo penal de forma activa u omisiva, para luego establecer si dicha conducta se ejecutó culposa o dolosamente, sino que se parte de generalizar la posición de garante (lo que no es posible atendiendo a la redacción actual del artículo 25 del código penal), reconociendo el origen de ésta únicamente en las fuentes formales como son la constitución y la ley, desconociendo la posibilidad de que se tengan en cuenta las fuentes propuestas por la teoría material del deber jurídico o funcional, que también se encuentran consagradas en la legislación nacional⁹⁶.

Además, en palabras de la CSJ, se concluye que la realización de un resultado lesivo es lo que permite afirmar la afectación de un deber de garante y no al contrario, esto es, que tener la posición de garante, junto otros elementos, es lo que posibilita predicar la afectación de un bien jurídico que haga posible la imputación jurídica de un resultado lesivo a título de comisión por omisión.

⁹⁵ Citando la sentencia 25.536 del 27 de julio de 2006.

⁹⁶ FORERO RAMÍREZ, *El delito de omisión en el nuevo código penal*, Bogotá, Legis, 2002, p.64.

De la lectura detallada que puede hacerse de la cita extractada de la sentencia, puede decirse que se descarta que para aseverar la existencia de responsabilidad por omisión impropia, se requiera que exista una amenaza para el bien jurídico cuya protección fue ordenada al garante y la posibilidad de actuar como elementos integrantes del tipo objetivo en los delitos de comisión por omisión, así como la ineludible verificación del nexo de evitación a partir de la causalidad hipotética.

Ahora, en otro aparte de la sentencia se indica lo siguiente⁹⁷:

“...4. De manera que, si por regulación legal el señor Rodelo Ramírez, en su condición de registrador era responsable por el manejo de las cédulas que ingresaban en la oficina a su cargo, sabía de la importancia de custodiar tales documentos y tenía posición de garante sobre su manejo, es la inobservancia de tales obligaciones la que torna viable la imputación del comportamiento doloso que se le atribuye; pues en tal caso, lo que se le reprocha no es la comisión de una conducta imprudente, sino la comisión de una omisión ya que no evitar el resultado pudiendo hacerlo equivale a producirlo.”

Según este fragmento, se evidencia una inadecuada aplicación de los conceptos de posición de garante y de la infracción al deber objetivo de cuidado, desconociendo con ello que la posición de garante apunta a que se propenda por la indemnidad del bien jurídico *“cuando corresponde al sujeto una específica función de protección del bien jurídico afectado o una función personal de control de una fuente de peligro”*⁹⁸ y el deber de cuidado que tiene que ver con *“la manera como habría actuado un hombre medio perteneciente al mismo sector de tráfico jurídico que el autor”*⁹⁹. Además de lo anterior, pareciera concluir que siempre que se incumplan deberes tendrá que procederse con la imputación a

⁹⁷ Página 16 de la providencia.

⁹⁸ MIR PUIG, *Derecho penal parte general*, op. cit., p. 318.

⁹⁹ CADAVID QUINTERO, *El delito imprudente en el proyecto de reforma a la legislación penal*. En Nuevo Foro Penal N° 61, Medellín, Temis, 1999, p. 64.

título de dolo, sin que tenga cabida un análisis de la modalidad en que se incurrió en el desconocimiento de los mismos, lo que a nuestro juicio no es acertado.

Sí lo que se pretendía era la imputación jurídica del resultado en comisión por omisión por la especial relación que con el bien jurídico de la participación democrática tenía el registrador, primero debió verificarse la existencia del tipo objetivo de la omisión impropia, teniendo en cuenta, además de sus otros elementos, que la posición de garante de este funcionario lo obligaba a realizar la totalidad de acciones que tuviera a su alcance para evitar la ocurrencia de un resultado lesivo del bien jurídico y luego definirse la tipicidad subjetiva.

Justamente, luego de verificar cómo se dio la inobservancia de las obligaciones de garante, es que es posible determinar si el ataque al bien jurídico que procura proteger el tipo penal que se le endilgó al Registrador se hizo de forma dolosa o imprudente. Definir primero la tipicidad subjetiva, para luego afirmar que por la responsabilidad subjetiva es que resulta factible la imputación de comisión por omisión, en tanto no evitar el resultado pudiendo hacerlo equivale a producirlo, deviene en contravía de los avances que ha tenido la dogmática penal y el orden que se ha establecido para los diferentes juicios que permiten afirmar la existencia de responsabilidad.

Vale resaltar un aparte del pronunciamiento judicial que despeja cualquier duda respecto de la metodología estrictamente normativista con que se llegó a la conclusión de la declaratoria de responsabilidad:

“Luego, si la posición de garante en el ámbito de su competencia administrativa coincide con su conducta omisiva y obsecuente frente a las irregularidades advertidas, ello lo identifica como una persona indiferente y displicente con sus deberes legales, lo que permite estructurar su participación activa en el delito investigado.”

Si bien no es objeto de este trabajo ahondar sobre las consecuencias político criminales que podría acarrear el acogimiento total del funcionalismo sistémico radical, lo que al parecer fue lo que aconteció en este caso, acudiendo a voces autorizadas al respecto¹⁰⁰ puede decirse que esta clase de orientaciones implica una desaparición del referente extrajurídico en la dogmática penal que todavía es tenido como un requisito en nuestra regulación penal por mandato expreso del legislador.

Esta eliminación del referente extrajurídico en la determinación del injusto aún no parece posible, lo que se deduce no sólo por la forma en la que está redactado el artículo 9 del código penal, que exige la causalidad y valoraciones adicionales para la imputación jurídica del resultado, sino por la orientación toda de nuestra legislación en la que fines como la prevención especial y la reinserción social se encuentran ligados a derechos fundamentales como la dignidad humana y la libertad, es por ello que está descartado acudir a una opción dogmática en la que el referente deja de ser el individuo para que sea el sistema.

No obstante la providencia bajo estudio alude a la afectación del bien jurídico de la participación democrática, se deja claro que la imputación se da en esta ocasión por la inobservancia de los deberes que como Registrador le impuso la Constitución y la ley al condenado. Con esto lo que se quiere reseñar es que en esta sentencia no se acogen a cabalidad los mandatos definidos por el legislador para determinar si es necesaria la aplicación de la pena estatal, pues la imputación jurídico penal únicamente tiene como fundamento tener la posición de garante que, en este caso, se estructuró a partir de las reglamentaciones de la actividad del Registrador y de los múltiples protocolos de seguridad que respecto de las cédulas de ciudadanía ha dispuesto el ordenamiento jurídico. Se echan de

¹⁰⁰ VELÁSQUEZ, *El funcionalismo jakobsiano: una perspectiva latinoamericana*, en Revista de Derecho Penal y Criminología, N° 15, 2005.

menos los elementos estructurantes del tipo omisivo, en especial el examen de la causalidad hipotética.

A mi juicio lo que resultaba relevante no era haber denunciado oportunamente las pérdidas de los documentos, que en últimas constituye una consecuencia de la ocurrencia del resultado que el condenado debió evitar, sino que lo necesario para establecer el nexo de evitación era concretar el mandato a partir del cual es posible estructurar su comisión por omisión, el cual consistía precisamente en que el registrador enjuiciado hubiera implementado al interior del despacho a su cargo un manejo ordenado, estricto y restringido no sólo de los documentos que ingresaban a esa oficina para ser entregados a los finales destinatarios sino de las personas que ocupaban esas dependencias, con lo que se hubiera controlado directamente la fuente de peligro que le fue encomendada. La acción mandada a quien detentaba la posición de garante sólo vino a ser asumida por el registrador pocos días antes de que las autoridades tuvieran conocimiento de lo acontecido.

Según lo anterior, a lo largo de toda esta providencia se echa de menos un examen sobre la causalidad hipotética, a partir de la teoría de la equivalencia de las condiciones acudiendo a la fórmula de la *conditio sine qua non*, pues no se realizó ninguna constatación de lo que posiblemente hubiera acontecido si se hubieran observado los deberes de garante que tenía el Registrador, para concluir si el resultado consistente en el ocultamiento de los documentos de identidad hubiera realmente devenido.

Pareciera que lo relevante es la motivación del sujeto procesado, quien a pesar de tener conocimiento de la especial relación que tenía con las cédulas de ciudadanía en su condición de registrador, abusivamente desacató los mandatos que le habían sido impuestos. Como consecuencia de esto, adquiere importancia la defraudación de la expectativa que sobre el comportamiento del Registrador se

tenía, en tanto integrante de institución y detentador de un estatus especial frente al Estado, restándosele trascendencia a un análisis sobre la lesión al bien jurídico a partir de un referente extrajurídico, lo que deja en evidencia la postura normativista asumida por la CSJ en la resolución de este caso.

3.2.6. Sentencia radicado 33.920 del 11 de abril de 2012. Magistrado Ponente: Augusto Ibáñez Guzmán.

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia decidió un recurso extraordinario de casación promovido por el apoderado de la parte civil en contra de una sentencia absolutoria en segunda instancia. El caso es el siguiente: una mujer que se practicó una intervención quirúrgica de implantación mamaria, inyección glútea y lipoescultura, tres días después del procedimiento, presentó úlceras en la piel del abdomen, dolores intensos, fiebre, vómito y malestar general, síntomas que con el pasar de los días evidenciaron una gran necrosis tisular y una infección grave producida por dos bacterias que no recibieron adecuado tratamiento.

Verificada la actuación del galeno que realizó el mencionado procedimiento, pudo establecerse que luego de comparecer a la residencia de la paciente, se limitó a recomendar diez sesiones de cámara hiperbárica, afirmando que los síntomas que presentaba no eran más que una reacción normal que se presenta con regularidad después en esta clase de intervenciones.

Para definir la responsabilidad penal del procesado por el delito de lesiones culposas, la CSJ parte de reconocer que el sólo nexo de causalidad entre la acción y el resultado no es suficiente para la imputación jurídica, resaltando la necesidad de que se configure la creación de un riesgo no permitido y que el mismo se concrete en la producción del resultado. En este caso concreto, en aras

de determinar el compromiso penal del sentenciado, se tuvo en consideración su posición de garante¹⁰¹ y posteriormente se aludió a la causalidad próxima para determinar la atribución del resultado, valga traer a colación un aparte jurisprudencial:

“Obsérvese que el resultado lesivo de la integridad personal de la paciente, no se produjo por la intervención de los médicos especialistas en dermatología e infectología, pues es el mismo dictamen pericial médico legal el que señala que la participación de estos profesionales “*fue necesaria y pertinente*”¹⁰², sino que fue **causa próxima** de la deficiente aplicación de los cánones de la *lex artis* por parte del cirujano durante un período de prácticamente de dos meses, durante los cuales el enjuiciado omitió vigilar la evolución de las lesiones y tomar medidas pertinentes para evitar mayores secuelas, al punto que para la última época descrita, es decir, cuando se puso en manos de la dermatóloga, el cirujano no había solicitado el cultivo necesario para determinar el tipo de microorganismo y el tratamiento antibiótico a suministrar.” (negritas no incluidas en el texto original)

En esta providencia se insistió en que fue esa actitud imprudente del médico en el manejo de la patología desarrollada por la paciente la que causó la deformación de su abdomen, pues situados en una posición *ex ante* es posible establecer que la infección que culminó con el resultado de lesión a la integridad física de la mujer era completamente previsible, como lo prueba el hecho de estar mencionada en el consentimiento informado y que las bacterias que la vinieron a afectar son justamente aquellas que aparecen luego de un procedimiento de liposucción como el realizado.

Se destacó que ante la sospecha de infección, el médico debió adoptar las medidas de vigilancia pertinentes y el tratamiento adecuado, realizando exploraciones para identificar el foco de la infección, su etiología y el grado de

¹⁰¹ Se aseguró en la providencia que esa posición de garante va desde el inicio de la atención médica hasta que la paciente fue dada de alta con carácter definitivo, en tanto era en ese lapso de tiempo en el que le resultaba exigible y actual el mandato de velar por la recuperación de la paciente.

¹⁰² Cfr. folio 170 del cuaderno original 1.

afectación, con el fin de lograr su caracterización y así determinar qué tanto podía verse comprometida la salud de la paciente, sin embargo el profesional enjuiciado sólo acudió a revisarla días después de la intervención con ocasión de la llamada que hicieran algunas personas allegadas a la misma, omitiendo aplicar los cuidados necesarios en el post quirúrgico, momento en el que regularmente surgen las primeras evidencias de alguna afección.

En cuanto a la omisión, se destacó que desde esa primera visita al tercer día del post quirúrgico el acusado notó el eritema, la epidermólisis y la fiebre que presentaba la mujer, limitándose a ordenar diez sesiones de terapia hiperbárica sin tomar medidas frente al proceso infeccioso que empezaba, además, también se le reprochó a este ciudadano que al momento de retirar el tejido necroso cuando la infección ya había causado los daños en la piel de la víctima, ni siquiera ordenó su hospitalización como era debido, atendiendo a las características de la infección, asumiendo nuevamente el sentenciado una actitud descuidada.

Se echó de menos que el inculpado no haya aplicado las terapias correctivas que ha definido la comunidad científica para disminuir los efectos del eritema, permitiendo que la infección avanzara hasta su estado más devastador, adicionalmente se le endilgaron una multiplicidad de omisiones como no haber programado citas de control, o ante la evidencia del enrojecimiento de la piel no haber iniciado el suministro de oxígeno hiperbárico utilizando a la vez cremas antibióticas, tampoco hizo escarectomias parciales para mantener la piel limpia, ni tomó muestras del tejido para las investigaciones de rigor, no realizó curaciones externas, ni procedió con el desbridamiento necesario.

Concluyó la CSJ que el resultado de lesiones es una expresión de la inobservancia del deber objetivo de cuidado, de ahí que resultara viable su declaratoria de responsabilidad penal.

De acuerdo con las consideraciones hechas por la Corte, si el procesado hubiera aplicado de forma oportuna las terapias correctivas para disminuir los efectos nocivos del eritema, la enfermedad no hubiera avanzado hasta el estado crítico al que llegó, pues ubicados *ex ante* pudo detectarse oportunamente que la infección era manejable y podía ser tratada de forma preventiva.

La CSJ acude a la causalidad próxima según la cual se tiene por causa la última condición, tesis enmarcada dentro de las teorías individualizadoras de la causalidad. Además de ello, se utilizaron varios conceptos propios de los delitos imprudentes, como fue la identificación de las acciones infractoras del deber objetivo de cuidado, la determinación del resultado lesivo y el análisis de lo que hubiera acontecido con la aplicación de las medidas de cuidado que son ordenadas por la *lex artis*, esto es, se hizo la verificación de la causalidad hipotética para definir el nexo de determinación.

A pesar de la utilización de estos conceptos, llama la atención que igual que aconteció en la sentencia 37.327 de 2011 ya analizada, se censuró al procesado por una conducta activa, a pesar de que se trató de una comisión por omisión imprudente frente a la que no se hubieran presentado mayores problemas de estructuración, si se tiene de presente que a lo largo de la providencia se admitió la posición de garante del galeno y se reconoció la existencia de otros elementos como la situación típica, la ausencia de varias acciones que eran necesarias por parte del médico, las cuales por demás fueron minuciosamente detalladas por la

CSJ, y se reconoció la capacidad de actuar cuando era su obligación evitar un empeoramiento de la salud de la paciente.

Entonces, aun cuando la CSJ fue prolija en la explicación de la causalidad, tanto en lo relativo a la teoría causal acogida, como en cuanto a la causalidad hipotética, se optó por la censura penal por acción a pesar de exponerse en detalle una serie de numerosas omisiones que dieron lugar al resultado lesivo que hubieran permitido una mejor adecuación jurídica de esos hechos como una comisión por omisión culposa.

3.2.7. Sentencia 40.319 del 29 de mayo de 2013. Magistrado Ponente: José Leonidas Bustos Martínez.

En esta oportunidad, la CSJ inadmite las demandas de casación presentadas por los defensores de dos profesoras que fueron condenadas en primera y segunda instancia por los delitos de acceso carnal violento agravado, acto sexual violento agravado y pornografía con menores. Los hechos fueron los siguientes: algunas niñas de entre 4 y 6 años de edad, estudiantes de un jardín infantil, fueron agredidas sexualmente por parte de un sujeto que ellas llamaban “el hombre malo”, esas ofensas consistieron en el tocamiento de sus genitales, la práctica de sexo oral al agresor y la obtención de algunas fotografías desnudas, hechos que se dieron con la anuencia de la rectora y dos profesoras del plantel educativo.

A pesar de que la CSJ inadmitió las demandas de casación, con lo que se entendería que no se pronunciaría de fondo sobre las cuestiones planteadas por la defensa, realizó unas acotaciones importantes que adquieren trascendencia de cara a los temas abordados en este escrito.

La primera de ellas tiene que ver con la respuesta proporcionada por la CSJ a la defensa de una de las condenadas que había manifestado su desacuerdo con las sentencias de primera y segunda instancia, aludió este defensor a la existencia de un vicio de congruencia fundamentado en que la conducta de su prohijada fue calificada en el mérito del sumario por la fiscalía como autoría material, en la sentencia de primera instancia fue condenada a título de coautora impropia y en el libelo de segunda instancia fue condenada por comisión por omisión.

Frente a este cargo, la CSJ de manera vehemente destaca que la posición de garante no es una forma de participación sino que es una condición que exige la ley para la imputación de la conducta por comisión por omisión. Seguidamente refirió que la conducta de esa sentenciada fue calificada a título de autoría y así fue condenada en los dos fallos, admitiendo que si bien en algún momento se dijo que la procesada había intervenido a título de coautoría impropia (*“lo cual implicaba haber contribuido activa o positivamente a la realización de la conducta”*), y no obstante en la sentencia de segunda instancia se dijo que actuó dentro de los linderos de la omisión impropia (que requiere haber dejado de actuar teniendo el deber legal de impedir el resultado), ello es algo que deviene intrascendente frente a la declaratoria de responsabilidad de la acusada y las consecuencias que por ello le fueron infligidas.

Se señaló en la sentencia que aun en el evento de que las profesoras enjuiciadas hubieran actuado como simples espectadoras de los ataques sexuales, lo que no ocurrió en el presente caso, de todos modos implicaría para ellas responsabilidad penal, en tanto tenían la obligación legal de impedir esos resultados y su omisión conllevó a la producción de los mismos, además optar por la omisión impropia de ninguna manera conllevó la agravación de la situación de la sentenciada, pues ello no comporta adición alguna al núcleo fáctico, ni sorprendimiento a la defensa ya que la pena prevista para la acción y la omisión es la misma.

Estas afirmaciones llaman la atención por varios aspectos: de un lado, pareciera desconocerse que no obstante la existencia de la posición de garante, en cada caso concreto, se hace necesario evaluar en qué consiste la actuación reprochada para delimitar adecuadamente el núcleo fáctico y jurídico de la definición de responsabilidad penal, pues la posición de garante por sí misma ni siquiera es suficiente para afirmar la existencia de una comisión por omisión, y la persona enjuiciada debe conocer con claridad qué clase de atribución se le está haciendo para la adecuada estructuración de su defensa; y, de otro lado, pareciera que para la CSJ, en casos en los que existe posición de garante, es irrelevante establecer cuál es la importancia del aporte realizado por las personas enjuiciadas, lo que posibilitaría incurrir en la proscrita responsabilidad objetiva, según la cual basta con la constatación de una circunstancia, como en este caso la existencia de la posición de garantía, para afirmar la existencia de responsabilidad penal a título de autoría, situación que adquiere mayor connotación cuando se trata de punibles de propia mano como los enrostrados, que ameritaban un mayor análisis de la intervención de las enjuiciadas.

No se desarrolló a lo largo de la sentencia ningún juicio de causalidad hipotética y a pesar de que no se resolvió de fondo la demanda de casación, pareciera que según lo consignado en la providencia, es suficiente con elementos netamente normativos para la definición de responsabilidad penal, admitiendo de entrada la posibilidad de coautoría en delitos de propia mano y la suficiencia de la posición de garantía para la declaratoria de responsabilidad penal.

3.2.8. Sentencia 44.505 del 22 de octubre de 2014. Magistrado Ponente: Fernando Alberto Castro Caballero.

Se pronunció la Corte en sede de un recurso extraordinario de casación. El supuesto fáctico es el siguiente: en enero de 2006, en la Sexta Brigada del

Ejército Nacional, mientras se estaba llevando a cabo la instrucción de la materia denominada “evasión y escape”, se cometieron algunos excesos en los reclutas que cursaban dicha materia consistentes en golpes, inmersiones forzosas, ubicación de hormigas en las orejas y fosas nasales, quemaduras y ataques de índole sexual. Por estos hechos fueron vinculados a la investigación penal tres subtenientes del Ejército Nacional quienes finalmente fueron condenados por el delito de tortura agravada en concurso homogéneo.

Se dijo respecto de uno de los procesados, que él en especial se encontraba en posición de garante frente a los soldados lesionados, pues era quien debía supervisar el desarrollo de las actividades, además de ser el superior jerárquico de quienes estaban impartiendo la instrucción, circunstancias que le imponían la obligación de evitar la afectación de sus subalternos, por recaer sobre él deberes de aseguramiento en el tráfico por asunción de una determinada fuente de riesgo.

En cuanto a la estructuración de la responsabilidad penal, adujo la CSJ que la misma deviene de la creación de riesgos para los bienes jurídicos, pues siendo superior de los militares que realizaron los ataques, teniendo mando sobre ellos y encargado de velar por la salud y la integridad de las víctimas no adoptó ninguna medida para protegerlas, a pesar de tener conocimiento de las golpizas de que eran objeto, todo eso unido a que tenía la posición de garante, permitió deducir la imputación por comisión por omisión de lo realizado por los instructores a su cargo.

De acuerdo entonces con lo narrado, puede detectarse que el juicio de tipicidad se fundamentó en la posición de garante que tenía este militar frente a sus subalternos, basada en la infracción de los deberes de aseguramiento que sobre él recaían, acudiendo además al criterio de imputación objetiva de creación de un

riesgo jurídicamente desaprobado para los bienes jurídicos respecto de los cuales se le había encargado su indemnidad.

Se le imputaron los delitos cometidos por los subalternos a título de comisión por omisión, conclusión a la que llegó la CSJ no sólo omitiendo una verificación de la causalidad, obviamente hipotética, como se recomienda en estos casos, sino asumiendo un enfoque netamente normativo y desechando los demás criterios estructurantes de la omisión impropia, esto es, teniendo únicamente en cuenta la posición de garante y un criterio de imputación objetiva como es la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado.

Emplear una lógica de esta naturaleza, al margen de un juicio ético al respecto, implica un claro desconocimiento al mandato del legislador, pues no obstante algún sector de la doctrina afín al normativismo radical indica que en la imputación por omisión no resulta necesario ningún juicio de causalidad, el código penal colombiano en el artículo 9 refiere que la causalidad por sí misma no es suficiente para la imputación jurídica de un resultado, lo que nos lleva no sólo a enriquecer el juicio de tipicidad con otros correctivos dentro de los que resultan de gran utilidad los múltiples criterios que ofrece la imputación objetiva, sino a la obligatoria aplicación de la causalidad hipotética reconocida por un sector importante de la doctrina como adecuada para estructurar el momento previo a la utilización de los criterios de imputación en los delitos omisivos.

Lo anterior, a pesar del desacuerdo que puede generar, continúa siendo un obstáculo que debe ser superado por el mismo Estado para la aplicación del poder punitivo, pues según el modelo constitucional adoptado en Colombia, en el que el principio de dignidad humana y con ello, el principio del acto, deben ser tenidos en cuenta sin importar qué clase de actuación es la que ha sido sometida

a juicio, queda descartada la posibilidad de que se imponga la pena estatal a partir de la simple infracción de deberes. Según esto, el reproche realizado a este militar con poder de mando sobre los instructores del batallón que cometieron vejámenes en los soldados, contraviene la regla que en materia de causalidad ha dispuesto el legislador.

El examen sobre la causalidad hipotética pudo haberse realizado, por ejemplo, sustituyendo la omisión en los deberes de supervisión del procesado en condición de superior, por una intervención activa para impedir las medidas excesivamente violentas que se implementaron en el entrenamiento de los soldados al interior del batallón.

Ahora, la existencia de un deber de evitar como fundamento de la posición de garante, no puede convertirse por sí mismo en un argumento para afirmar la autoría en la comisión de un punible, pues eso sería tanto como hacer depender el juicio sobre el injusto del rol que desempeñe el sujeto enjuiciado en una determinada situación. Además de ello, parece acogerse la propuesta del normativismo radical, según la cual la inobservancia de deberes positivos impide la determinación de un grado de participación.

En esta decisión se toma distancia de la teoría del dominio del hecho para establecer la autoría a partir de un concepto restrictivo de autor y en su lugar se opta por un concepto unitario, en el que no se evalúa si el devenir de los hechos está incorporado a la esfera de dominio del sujeto, para lo que debió utilizarse la causalidad hipotética y la teoría de la equivalencia de las condiciones, por lo que termina dándosele significación a su participación a título de autoría, a pesar de que en los hechos media un curso causal lesivo dominado por otro autor principal que directamente emprendió la lesión dolosa de los bienes jurídicos.

CONCLUSIONES

- La orientación de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia al resolver estos asuntos no es predecible, pues si bien en algunos casos ha asumido un enfoque radicalmente normativista eliminando cualquier consideración que se aparte del análisis de la posición de garante y la infracción de los deberes que ella impone, en otro de los escasos eventos en que este tema fue sometido a estudio, se verificó la concurrencia de otros elementos constitutivos de la causalidad, la omisión y de la imputación objetiva.
- Desde que entró en vigencia la Ley 599 de 2000 han sido muy pocos los procesos penales en los que la Corte Suprema de Justicia ha tratado el tema de la comisión por omisión, lo que puede explicarse no sólo porque pareciera que en la práctica judicial son de ocasional ocurrencia, sino porque existe una utilización generalizada del concepto de posición de garante (que frecuentemente se le atribuye a los médicos sin analizar el concreto dominio del riesgo en una situación específica) para elaborar argumentaciones relacionadas exclusivamente con delitos de acción imprudentes.
- La adopción de tesis doctrinarias para la resolución de casos sometidos a la justicia, jamás podrá hacerse al margen del desconocimiento de los mandatos del legislador¹⁰³, pues no obstante las leyes muchas veces son expedidas al margen de cualquier análisis científico en materia jurídico penal, la labor judicial impone un complicado pero obligatorio equilibrio entre las disposiciones legales y la hermenéutica que ofrece la doctrina.

¹⁰³ A menos que se utilicen las herramientas que el mismo ordenamiento otorga para esos efectos como la excepción de inconstitucionalidad.

- Se detectaron algunos casos que, no obstante tratarse de conductas de comisión por omisión, fueron resueltas por la Corte Suprema de Justicia como si se trataran de delitos culposos, lo que puede obedecer a una generalización de la aplicación de la posición de garante y su importancia en la definición de lo que se entiende por conducta punible, más allá de la distinción que pueda aplicarse entre acción y omisión adhiriendo con ello al normativismo radical.
- Si bien la autoría no fue uno de los objetos de estudio en este escrito, resulta pertinente llamar la atención sobre la poca trascendencia que pareciera dársele a la estructuración de este concepto en las sentencias sometidas a estudio, pues el análisis de los aportes de los sujetos enjuiciados se realizó de forma superficial, posibilitando con ello la aplicación de un concepto unitario de autor que pareciera no tener lugar en la legislación actual.
- No es posible eliminar el examen sobre la causalidad hipotética en los delitos de comisión por omisión, no sólo porque *de lege data* se impone el juicio sobre causalidad en cualquier clase de conducta y de tipicidad, sino porque con ese juicio hipotético se continúa aludiendo a un referente extrajurídico que resulta acorde con el acatamiento del principio del acto.
- La referencia al dato fáctico en los delitos omisivos no es directa en cuanto realidad constatable como en los casos comisivos¹⁰⁴, pero sí se articula por lo menos de manera potencial, lo que resulta de utilidad si como vemos en el artículo 9 del código penal lo que se pretende es obtener la imputación de un resultado a partir de verificaciones fácticas y razonamientos jurídicos

¹⁰⁴ Sin desconocer que para algunos autores como Maurach y Mezger la causalidad en la acción también es hipotética. Al respecto MAURACH, *Tratado de Derecho Penal*, op. cit., pag. 273-274 y MEZGER, *Derecho Penal Parte General* Traducción de la sexta edición Alemana de 1955, op. cit., p. 121.

por parte del operador judicial. Este mandato y su real obediencia sirven como garantía adicional del ciudadano en un ordenamiento jurídico tendiente a la expansión¹⁰⁵, que aunque por ahora no ha padecido los rigores de la asunción de posturas exclusivamente normativistas, según los avances de un importante sector doctrinario y las permanentes iniciativas legislativas orientadas a la utilización de este mecanismo de control social de forma exagerada y directa, permiten augurar un permanente aumento de la intervención estatal en la vida de los ciudadanos.

¹⁰⁵ Sobre el fenómeno expansivo de la punición de delitos puede verse al autor SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona, José María Bosch, 1992, p. 16 y sobre el mismo fenómeno en el contexto colombiano vale destacar los textos de SOTOMAYOR ACOSTA, ¿El derecho penal garantista en retirada? en: *Revista Penal* N° 21 (Enero 2008) y Las recientes reformas penales en Colombia: un ejemplo de irracionalidad legislativa en: *Nuevo Foro Penal*. N° 71 (Enero-Junio. 2007).

BIBLIOGRAFIA

LIBROS:

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE Y OTROS, *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, Barcelona, Editorial Praxis, 2009.

CADAVID QUINTERO, ALFONSO, *Introducción a la teoría del delito*, Medellín, Biblioteca Jurídica Diké, 1998.

CADAVID QUINTERO, ALFONSO, *El delito imprudente en el proyecto de reforma a la legislación penal*. En Nuevo Foro Penal N° 61, Medellín, Temis, 1999.

CANCIO MELIÁ, MANUEL, *Aproximación a la teoría de la imputación objetiva*, en: *Imputación objetiva y dogmática penal*, Mérida, Universidad de los Andes, 2005.

CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU, *La distinción entre causalidad e imputación objetiva y su repercusión en el proceso –presunción de inocencia e in dubio pro reo-*, en: *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo, Libro homenaje al profesor doctor Don José Cerezo Mir*, Madrid, Editorial Tecnos, 2002.

ENGISCH, KARL, *La causalidad como elemento de los tipos penales*, Buenos Aires, Hammurabi, 2008.

FEIJOO SÁNCHEZ, BERNARDO, *Normativización del derecho penal y realidad social*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, JUAN, *Derecho penal fundamental Volumen II Teoría general del delito y punibilidad*, Bogotá, Editorial Temis S.A., 1998.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, JUAN, *Derecho penal fundamental 1*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2004.

FORERO RAMÍREZ, JUAN CARLOS, *El delito de omisión en el nuevo código penal*, Bogotá, Legis, 2002.

FRISCH, WOLFGANG, *La imputación objetiva: Estado de la cuestión*, en: *Sobre el estado de la teoría del delito (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra)*, Madrid, Civitas, 2000.

GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Madrid, 1966.

GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE, *La causalidad en la omisión impropia y la llamada omisión por comisión*, En Anuario de derecho penal y ciencias penales, T. LIII, 2000, <http://dialnet.unirioja.es/revista/108/V/53>. Fecha de consulta 30 de septiembre de 2015

GÓMEZ LÓPEZ, JESÚS ORLANDO, *Tratado de Derecho Penal Tomo II*, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 2001.

JAKOBS, GÜNTER, *La competencia por organización en el delito omisivo*. En: *Cuadernos de conferencias y artículos N° 1*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1994.

JAKOBS, GÜNTER, *Derecho penal parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid, Marcial Pons, 1995.

JAKOBS, GÜNTER, *La imputación objetiva en el derecho penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996.

JAKOBS, GÜNTER, *El concepto jurídico penal de acción*. En: *Cuadernos de conferencias y artículos N° 11*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996.

JAKOBS, GÜNTER, *Acción y omisión en derecho penal*. En: *Cuadernos de conferencias y artículos N° 23*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.

JAKOBS, GÜNTER, *La omisión: Estado de la cuestión*, en: *Sobre el estado de la teoría del delito (Seminario en la Unibversitat Pompeu Fabra)*, Madrid, Civitas, 2000.

JAKOBS, GÜNTER, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004.

JESCHECK, HANS HEINRICH, *Tratado de Derecho Penal Parte General*, Barcelona, Bosch Casa editorial S.A., 1981.

JESCHECK, HANS-HEINRICH, *Tratado de Derecho Penal Parte General*, Granada, Editorial Comares, 2002.

KAUFMANN, ARMIN, *Dogmática de los delitos de omisión*, Madrid, Marcial Pons, 2006.

KELSEN, HANS, *Teoría pura del derecho*, México D.F., Editorial Porrúa, 2002.

LARRAURI, ELENA y BUSTOS, JUAN, *La imputación objetiva*, Santa Fe de Bogotá, Editorial Temis S.A., 1998.

LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL, *Curso de Derecho Penal Parte General I*, Madrid, Editorial Universitas S.A., 1996.

LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL, *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.

MAURACH, REINHART, *Tratado de Derecho Penal*, Barcelona, Ediciones Ariel, 1962.

MEZGER, EDMUND, *Derecho Penal Parte General* Traducción de la sexta edición Alemana de 1955, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1958.

MIR PUIG, SANTIAGO, *Los límites del normativismo en derecho penal*, incluido en el texto *Imputación objetiva y dogmática penal*, BOLAÑOS GONZÁLEZ (Compiladora), Mérida, Universidad de los Andes, 2005.

MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal Parte General*, Barcelona, Editorial Reppertor, 2010.

NOVOA MONREAL, EDUARDO, *Fundamentos de los delitos de omisión*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1984.

ROXIN, CLAUS, *Derecho Penal Parte General Tomo I Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, Madrid, Editorial Civitas S.A., 1997.

ROXIN, CLAUS, *Causalidad en la omisión en: La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo, Libro homenaje al profesor doctor Don José Cerezo Mir*, Madrid, Editorial Tecnos, 2002.

ROXIN, CLAUS, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, Madrid, Marcial Pons, 2014.

SALAZAR MARÍN, MARIO, *Teoría del delito con fundamento en la escuela dialéctica del derecho penal*, Tunja, Grupo Editorial Ibáñez, 2007.

SCHÜNEMANN, BERND, "Introducción al razonamiento sistemático en derecho penal", en: *El sistema moderno del Derecho Penal: Cuestiones fundamentales*, Madrid, Editorial Tecnos, 1991.

SCHÜNEMANN, BERND, *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio*, Madrid, Editorial Tecnos, 2002.

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

SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Montevideo-Buenos Aires, B de F Ltda, 2006.

SOTOMAYOR ACOSTA, JUAN OBERTO, "Las recientes reformas penales en Colombia: un ejemplo de irracionalidad legislativa", en: *Nuevo Foro Penal*. N° 71, (Enero-Junio. 2007).

SOTOMAYOR ACOSTA, JUAN OBERTO, “¿El derecho penal garantista en retirada?”, en: *Revista Penal* N° 21, (Enero 2008).

STRATENWERTH, GÜNTER, *Derecho Penal Parte General I. El Hecho Punible*, Fabián J. Di Plácido Editor, Segunda Edición, 1976.

VELÁSQUEZ, FERNANDO, “El funcionalismo jakobsiano: una perspectiva latinoamericana”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N° 15, 2005.

VELÁSQUEZ, FERNANDO, *Manual de Derecho Penal*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2010.

SENTENCIAS

- CSJ, radicado 26.409 de 2009
- CSJ, radicado 32.582 de 2009
- CSJ, radicado 33.073 de 2010
- CSJ, radicado 37.327 de 2011
- CSJ, radicado 35.899 de 2011
- CSJ, radicado 33.920 de 2012
- CSJ, radicado 40.349 de 2013
- CSJ, radicado 44.505 de 2014