

ARTÍCULOS DE DIVULGACIÓN

CONCURSO ENTRE EL DELITO DE PREVARICATO POR ACCIÓN Y HOMICIDIO CULPOSO DESDE LA PERSPECTIVA DE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

Julio Mendoza Anaya

JULIO MENDOZA ANAYA

Abogado, Universidad del Norte, Barranquilla (Colombia)

Dirección postal: Universidad del Norte, Km 5 vía a Puerto Colombia,

Barranquilla (Colombia)

juliohernan81@hotmail.com

REVISTA DE DERECHO

Nº 24, Barranquilla, 2005

ISSN: 0121-8697

Resumen

A mediados del siglo XX se fue erigiendo en Alemania la corriente funcionalista del derecho penal, cuyos principales ponentes son en la actualidad Günther Jakobs y Klaus Roxin. Con ella nace una nueva visión del derecho penal en cuanto a que este último debe adecuarse a la realidad social de la comunidad. Así, quien defraude las expectativas de la sociedad mediante la producción de un riesgo jurídicamente desaprobado, le debe ser aplicada la pena. Para determinar si un resultado es atribuible a una persona, el funcionalismo se vale de la Teoría de la Imputación Objetiva, que a su vez se fundamenta en las posiciones de garante para determinar el papel que determinada persona cumple en la sociedad. En este trabajo investigativo se planteará el caso de cómo un suceso que tradicionalmente fuese atribuido a la naturaleza, es causado por la actividad del hombre de la sociedad moderna.

Palabras claves: Riesgo, imputación, posiciones de garante.

Abstract

In the middle of the 20th Century the functionalist current of penal law started to develop in Germany. Some of its main representatives are Günther Jakobs and Klaus Roxin. With it a new vision of penal law is created, since it must now adequate to the social reality of the community. So, whoever defrauds society's expectations through the production of a disapproved juridical risk must be punished. To determine if a result can be charged to a person functionalism uses the Theory of Objective Imputation, which is based on the guarantee positions to determine the role that a given person plays in society. In this research paper we will state the case of how an event that was traditionally attributed to nature is caused by the activity of men of modern society.

Key words: Risks, imputation, guarantee positions.

INTRODUCCIÓN

La causalidad es uno de los temas más importantes en el ámbito de la ciencia penal. La dogmática de esta rama del derecho ha encausado sus esfuerzos con el fin de establecer teorías mediante las cuales se logre deducir cuál es la verdadera causa que produjo un determinado resultado.

En este sentido, la ciencia penal ha sido lo más parecido a un péndulo, pues las teorías causales han oscilado entre concepciones ontologistas y normativistas. Las primeras buscan las causas de los resultados en la naturaleza, y las segundas buscan ese objetivo en las normas jurídicas o en la *lex artis*.

Así, la ciencia penal comenzó a explorar el campo de la causalidad con concepciones meramente empírico-naturalistas, las cuales tenían como fundamento las relaciones causales basadas en las ciencias naturales. De manera que la acción fue *interpretada como la modificación del mundo exterior*¹. Luego entonces era muy difícil explicar los fenómenos de los delitos de omisión, porque en ellos no había una modificación del mundo exterior a partir las acciones humanas.

Este naturalismo tuvo un auge a partir de la segunda mitad del siglo XIX. Recordemos que el mundo vivía una etapa en la cual la ciencia natural jugaba un papel preponderante en el desarrollo del hombre moderno.

Posteriormente vinieron las ideas *neokantianas* que buscaban una nueva orientación en cuanto a los sistemas de imputación reinantes. Su punto de partida fue la premisa mediante la cual consideraban que la realidad empírica no podía tomarse como fundamento para los juicios de imputación. Por lo que consideraron separar la mera causalidad de la imputación, bajo el entendido que la simple causa no basta para atribuirle un hecho a alguien. De lo anterior concluyeron que había que *tomar el dato óntico de la causalidad tal como se presenta en la realidad*,

¹ AGUDELO BETANCOURT, Nódier, *Corrientes de Derecho Penal* (p. 10), Medellín (Antioquia), Ediciones Nuevo Foro.

para examinarlo de conformidad con los criterios de valoración que brinda el ordenamiento jurídico².

Luego del apogeo del *neokantismo* vuelve la ciencia penal hacia los predios de las ideas causales naturalistas. Esta vez fue en la década de los años treinta, en la que Hans Welzel realiza severas críticas a los sistemas causales anteriores señalando que el legislador está atado a ciertos elementos ónticos que no puede modificar arbitrariamente³. Uno de los cuales es el de la acción final, caracterizada porque el hombre, en virtud de su voluntad, puede dirigir sus acciones hacia un fin determinado. Así, lo determinante en el juicio de imputación era el fin que tenía el agente con su conducta desplegada.

Actualmente, la orientación del derecho penal es hacia la búsqueda de fundamentos normativos adecuados para realizar los juicios de imputación. La tendencia moderna es un derecho penal *funcionalista*, toda vez que *los elementos de la teoría del delito deben ser interpretados de conformidad con los fines y funciones que cumple el derecho en la sociedad*⁴.

Con esta idea del derecho penal surge el Funcionalismo, cuyos máximos ponentes son Günther Jakobs y Claus Roxin. Buscan que el derecho penal se adecue a la realidad social, determinada por las funciones que cada individuo cumple en ella. De manera que la imputación de los hechos estará elaborada a partir de los deberes que la persona tenga en sociedad. Para ello, el funcionalismo se vale de la Teoría de la Imputación Objetiva, que tiene como fin entregar elementos de juicio al juzgador para determinar a quién se le puede atribuir determinado hecho, más no busca, en ningún momento, responsabilidad penal.

Así las cosas, en este trabajo procuraremos darle aplicación a esta teoría dentro del ordenamiento jurídico colombiano, previa aclaración de algunos conceptos que se explicarán a continuación.

² LÓPEZ DÍAZ, Claudia (1996). *Introducción a la Imputación Objetiva* (p. 21). Ediciones Universidad Externado de Colombia.

³ WELL, Hans (1964). *El Nuevo Sistema de Impitación Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista* (p. 13 y 14). Ediciones Ariel, Barcelona.

⁴ LÓPEZ DÍAZ, Claudia, *op. cit.*, p. 23.

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

El artículo 2º constitucional establece como fin esencial del Estado la protección de la vida de sus habitantes. Esta misión adquiere gran importancia para las autoridades estatales, considerando que la sociedad actual está plagada de riesgos, debido a los notables avances tecnológicos realizados por el ser humano en pro de satisfacer sus necesidades.

En esta *sociedad del riesgo* puede haber múltiples causas y múltiples efectos. Razón por la cual en el campo jurídico penal la tarea del Estado en determinar si cierto hecho es atribuible a una persona se torna más ardua aún. La simple causalidad natural es insuficiente para imputar hechos, teniendo en cuenta que cada hombre tiene sus funciones determinadas en las normas estatales o técnicas (*lex artis*)⁵.

Así las cosas, el hombre de la sociedad moderna es un actor de diversos escenarios⁶. Tenemos que el hombre que conduce debe observar en ese momento las reglas sobre el tránsito de automóviles. Luego de bajarse de su automóvil llega a su sitio de trabajo, en donde debe cumplir todas las normas técnicas que ello implica. Finalmente llegar a su casa para atender a sus hijos como las reglas de familia lo dispongan.

Todo este escenario para decir que la Teoría de la Imputación Objetiva (en adelante T.I.O.) es aquella mediante la cual se le atribuye un hecho a una persona tomando como punto de partida el papel que las personas cumplen en la sociedad. No es una teoría de responsabilidad, sino una teoría de imputación a través de factores externos.

Yesid Reyes Alvarado concibe la Teoría de la Imputación Objetiva como aquella teoría que busca «determinar con precisión cuándo la lesión a un Bien Jurídico debe ser considerada como la **obra** de determinado sujeto, dependiendo del papel que cumplir el individuo en la sociedad»⁷.

⁵ Véase Claus Roxin, *Derecho Penal General (Strafrecht Allgemeiner Teil)*, p. 306, y Eduardo Montalegre Lynett, *Imputación objetiva y deber de cuidado*, p. 39.

⁶ CANCIO MELIA, Manuel (2004, 24 de octubre). Crisis del funcionalismo. Conferencias realizadas en la Universidad Externado de Colombia.

⁷ REYES ALVARADO, Yesid (1998). *Imputación objetiva*. Prólogo. Bogotá, Temis. Cabe destacar que para llegar a esta conclusión, el profesor Alvarado tomó como fundamento la concepción hegeliana del concepto de imputación.

La T.I.O. surge de la mano con el Funcionalismo, que es la corriente del derecho penal en la cual se busca la adecuación del derecho penal a las funciones que tiene el ser humano dentro de una sociedad determinada. Esta teoría es coadyuvante del funcionalismo, en el sentido que con ella se va a demostrar si algún individuo defraudó las expectativas sociales⁸.

Con el funcionalismo, el derecho penal no se estanca en la mera interpretación de la norma penal, sino que estudia los roles sociales para adecuar esta rama del derecho a la realidad de la comunidad. Entonces la conducta relevante para el derecho penal, desde la perspectiva funcionalista, es aquella que defraude las expectativas sociales.

Ante la renuencia de algún sector de la doctrina⁹ de aplicar la T.I.O. en el contexto social colombiano, el artículo 25 abre la puerta para su aplicación en Colombia, teniendo en cuenta que el mencionado artículo dispone:

Artículo 25. Acción y Omisión. *La conducta punible puede ser realizada por acción u omisión.*

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

Son constitutivas de posiciones de garantía las siguientes situaciones:

⁸ Teniendo en cuenta que cada individuo cumple un papel en la sociedad, quien no cumpla con ello defrauda a la sociedad en la que habita, habida cuenta de que esta última tenía la expectativa de que el asociado controlara las fuentes de riesgos asumidas por él.

⁹ Dentro de la doctrina colombiana, los autores más renuentes a aplicar la Teoría de la Imputación Objetiva son Fernando Velásquez y el exmagistrado de la Corte Suprema de Justicia Fernando Arboleda Ripoll. Ambos aducen que en la sociedad colombiana, las competencias sociales no se encuentran suficientemente delimitadas, lo que hace muy confusa la aplicación de dicha teoría. Postura que comparto parcialmente, debido a que existen en Colombia cargos en los cuales las funciones están adecuadamente delimitadas, como por ejemplo los servidores públicos, lo cual hace posible la aplicación de la T.I.O.

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

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

A fin de entender el artículo precitado es conveniente precisar dos conceptos fundamentales: *riesgo* y *posición de garante*. Estos conceptos son muy propios del Funcionalismo, por cuanto merecen especial análisis en esta investigación. Veamos a continuación.

1.1. El Riesgo

La Real Academia de la Lengua Española define el riesgo como «*contingencia o proximidad de un daño*». Dentro de la corriente Funcionalista el riesgo significa: «*El desfavorable devenir de un suceso, o la posibilidad de que una acción traiga consigo desventajosas consecuencias*»¹⁰. El riesgo es el resultado de una conducta que pone en peligro un bien jurídico. La misión de la T.I.O. en cada caso en particular es determinar qué conducta produjo el riesgo concretado un resultado.

Sin embargo, no todos los riesgos son relevantes para el derecho penal. Ante los numerosos avances tecnológicos del presente siglo se desprenden también innumerables riesgos, y punirlos sería atrofiar el desarrollo de ser humano en cuanto a la satisfacción de sus necesidades. Por esta razón, dentro de la T.I.O. se ha estructurado el concepto de *Riesgo Permitido*.

El *Riesgo Permitido*¹¹ es definido como aquel riesgo que es tolerable por la sociedad. Dicho en otras palabras, consiste en el umbral de riesgo

¹⁰ MADRICH, Mathias, *Das allgemeine Lebesrisiko* (p. 36). Edición Duncker y Humboldt. Berlín.

¹¹ Existen diversos conceptos de lo que significa el riesgo permitido. Por ejemplo, Claudio

autorizado por la comunidad y que no pone en peligro sus relaciones. El mecanismo por medio del cual se establece el riesgo permitido es la *reglamentación*¹², pues es la única forma de establecer normas de obligatoria observancia, y se constituyen en el punto de referencia más significativo que tiene la autoridad para realizar el debido juicio de imputación.

Para un mejor entendimiento de la situación planteada, supongamos que existe una industria de productos para el cabello, la cual utiliza gran cantidad de metales para fabricar acondicionadores. Luego de realizar este proceso, vierte los residuos de la producción en el río, cuyas aguas son utilizadas para la satisfacer las necesidades de la comunidad.

Prima facie, con la contaminación que sufre el agua de la comunidad deberían imputársele a la fábrica las posibles lesiones que en un futuro sufran los habitantes de dicha localidad. Pero, la administración de la comunidad, en vista que la fábrica representa un gran soporte para la economía de ésta última y es la mayor fuente de empleo, decide realizar una investigación tendiente a regular la cantidad de residuos que al vertirlos en el agua no produzcan daños fisiológicos a las personas beneficiadas con el líquido.

Supongamos que el estudio arrojó un resultado en el cual se concluye que vertiendo únicamente el 5% de los residuos fabricados en el agua, ésta es apta para el consumo humano. De manera que si se vierte más de la cantidad permitida generaría lesiones a la integridad de los habitantes.

Así las cosas, el riesgo permitido es aquel margen de espacio que la norma o la *lex artis* le otorga a las personas para que realicen actividades riesgosas, a fin de que no coloquen en peligro bienes jurídicos de quienes hacen parte de la sociedad. Dicho en otras palabras: es la *reglamentación del ejercicio de las actividades peligrosas*. Quien no actúe dentro del riesgo permitido debe ser imputado por los resultados producidos a través de la creación del riesgo.

López Díaz lo concibe como: «El límite que socialmente se tiene para permitir un riesgo». Por su parte, Eduardo Montealegre Lynn (1998) concibe como aquel que «es autorizado y no impone cargas punitivas» (tomado de las conferencias dictadas por ambos profesores en el seminario Crisis del Funcionalismo en la Universidad externado de Colombia, 26 de octubre del 2004).

¹² REYES ALVARADO, Yesid. *Imputación Objetiva* (p. 90). Bogotá, Temis.

1.2. La posición de garante

Cuando el artículo 25 del Código Penal expone dentro de su contenido que «*son constitutivas de posiciones de garantía(...)*», introduce un concepto innovador en cuanto a imputación de los sujetos agentes.

Sabemos que el hombre moderno realiza múltiples actividades de tipo riesgoso, por lo que el mismo hombre ha dictado reglas con el fin de evitar que tales riesgos se desborden afectando bienes jurídicos protegidos por el derecho penal. Estas reglas constituyen las expectativas sociales que deben cumplir los asociados. En caso de no cumplirlas, defrauda tales expectativas.

Todo lo anterior para decir que esas expectativas a las que se refiere el párrafo anterior van configurando en cada particular un papel en la sociedad que convive. Ese papel se conoce como *posición de garante*.

Las posiciones de garante surgen a partir de la idea hegeliana según la cual a nadie debe serle imputado nada que pueda ser considerado como su obra¹³. Lo anterior, desde la perspectiva funcionalista, debe entenderse como la posibilidad de que las personas no sólo respondan por aquellas actuaciones *físico -objetivas* vulneradoras de bienes jurídicos, sino que también pueden responder por aquellos comportamientos que defrauden las expectativas sociales.

Las posiciones de garante entran a ser las estructuras básicas en las que se edifica la Teoría de la Imputación Objetiva. La Corte Constitucional, en sentencia SU-1184 de noviembre 13 de 2001, fija el alcance que tienen las posiciones de garante en nuestro ordenamiento jurídico para explicar los delitos de omisión:

Actualmente, el juicio de imputación se fundamenta en la delimitación de ámbitos de competencia: sólo se responde por las conductas o resultados que debo desarrollar o evitar en virtud de los deberes que surgen en mi ámbito de responsabilidad y que se desprenden de los alcances de las posiciones de garante. Lo demás –salvo en lo que concierne a los

¹³ HEGEL, George Wilhem Friedrich (1930). *Filosofía del Derecho*. 3^a ed. Leipzig. (Traducido en Barcelona, España).

deberes generales de solidaridad que sirven de sustento a la omisión de socorro¹⁴.

Vimos entonces que las posiciones de garante son la columna vertebral de la Teoría de la Imputación Objetiva, toda vez que permiten al juzgador determinar el ámbito de competencia de las personas que intervinieron en las causas que dieron lugar a un determinado resultado.

Estas posiciones de garante surgen a partir de dos fuentes, que son determinadas por los roles o funciones que cumple el hombre en sociedad. Ellas son los *roles organizacionales* y los *roles institucionales*. Veamos en qué consisten las mencionadas fuentes.

- *Rol Organizacional:* Dentro de la sociedad actual hay diversas profesiones u oficios que puede desempeñar el ser humano miembro de una comunidad. La escogencia de esa actividad traerá consigo ciertas reglas tendientes a preservar el control de la fuente de riesgos asumida. Por ejemplo, quien decide ser médico está autorizado por el Estado para diagnosticar, recetar medicamentos farmaceúticos, realizar cirugías, entre otras funciones. Tales funciones acarrean ciertos riesgos que deben ser mantenidos en lo permitido, so pena de incurrir en una conducta delictual.

De manera que el papel que voluntariamente escoja la persona para desarrollarlo en sociedad es una fuente de riesgo, y su desbordamiento implica un juicio de imputabilidad para quien tiene el deber de controlarla.

- *Rol Institucional:* La Corte Constitucional definió este rol como aquellos *deberes que proceden de instituciones básicas para la estructura social, y que le son impuestas al ciudadano por su vinculación a ellas*¹⁵. Esta posición de garante se configura a partir de aquellas obligaciones connaturales que tiene el ser humano para con sus otros miembros de la comunidad, con los cuales tiene lazos que lo atan. Por ejemplo: las obligaciones que

¹⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia SU-1184 del 2001. MP. Eduardo Montealegre Ly net. Este pronunciamiento constituye un hito en materia penal, debido a que es la que aplica las teorías funcionalistas europeas al ordenamiento jurídico colombiano, más específicamente en el caso de la matanza de Mapiripán, respecto a la cual se concluye que hubo una omisión por parte del ejército colombiano que se concretó en la muerte de varios habitantes de esa localidad.

¹⁵ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia SU-1184 del 2001.

tiene el padre con el hijo. Allí se ve claramente que existe un lazo de consanguinidad que ata al padre con el hijo. De esa consanguinidad surge un rol de protección hacia el menor.

Las fuentes citadas anteriormente hacen surgir en las personas pertenecientes a una comunidad ciertos deberes por cuanto tienen bajo su cargo determinada fuente de riesgo. Lo anterior permite al juzgador determinar a quién se le atribuye un hecho, partiendo de los roles surgidos de las posiciones de garantes.

1.3. Reglas para determinar si un hecho es imputable a una persona desde la óptica de la imputación objetiva

Luego de haber esclarecido los conceptos fundamentales en los cuales se estructura todo el andamiaje de la Teoría de la Imputación Objetiva, es preciso entrar a determinar cuáles son las reglas que debe seguir el juzgador para atribuir un hecho a una persona. Para realizar lo anterior, nos valdremos de la estructura del profesor Klaus Roxin, que a juicio personal es quien mejor la expone de todos los autores del funcionalismo.

Según el doctrinante alemán, tenemos que los pasos que hay que seguir para determinar –desde la perspectiva de la imputación objetiva– si un hecho es atribuible a alguien son los siguientes:

Primero: Establecer qué papel desarrollaban los diferentes intervenientes en los hechos que, a juicio del juzgador, pudieron haber influido en el hecho resultado de la creación del riesgo.

Segundo: Una vez establecido el rol, determinar quién de los intervenientes en el suceso final creó un riesgo jurídicamente desaprobado, a partir de la inobservancia de las reglas que controlaban su fuente de riesgo.

Tercero: Determinar si el riesgo creado se concretó en el resultado.

Cumplidos estos tres pasos, se establecerá a cuál de los supuestos autores es atribuible el hecho. A continuación estudiaremos cada uno de los requisitos enunciados.

1.3.1. *Determinación del Rol*

Como en su oportunidad se explicó, el individuo de la sociedad moderna es un actor de diversos escenarios. Dependiendo de cada escenario, le surgen determinadas reglas que debe observar. En el proceso de imputación, lo primero que el juez debe realizar es determinar el rol que estaban desarrollando los intervenientes en determinado suceso, es decir, si sus posiciones de garantes surgían a partir de un rol organizacional o institucional.

Supongamos que una profesora de jardín infantil sale con sus pupilos a la calle porque van a visitar el zoológico que está en la otra acera. La profesora ordena en fila india a los pequeños para que crucen la calle. Al cruzar la calle, la profesora no observa que el semáforo de peatones estaba en rojo. En ese mismo instante viene un automóvil, cuyo conductor observaba todas las reglas de tráfico en ese sentido, venía conduciendo en la velocidad apropiada, cinturón de seguridad, etc., y arrolla a un niño.

Desde el punto de vista meramente *naturalista*, en principio el hecho es atribuible al conductor, pero desde la óptica de la Imputación Objetiva no es tan sencillo. Corresponde al fallador averiguar, a partir de los roles que en ese momento desarrollaban, quién incumplió las reglas que controlan su fuente de riesgo.

En esta hipótesis, quien las inobservó fue la profesora. Entonces, el paso que se debe seguir es determinar si esa inobservancia de las normas que controlan su fuente creó un riesgo jurídicamente desaprobado. Cuestión que estudiaremos enseguida.

1.3.2. *Creación del Riesgo*

Después de haber estudiado las posiciones de garante y haber establecido quién inobservó las reglas que surgen de su rol, debemos establecer si esa inobservancia creó un riesgo jurídicamente desaprobado. Es requisito indispensable que la inobservancia de las normas por parte de quien estaba obligado a cumplirlas sea determinante para que se haya creado un riesgo.

Roxin establece un grupo de supuesto en los cuales no estamos en presencia de la creación de un riesgo, partiendo de la base que «*el derecho penal no puede prohibir conductas que mejoren la situación del bien jurídico*»¹⁶. Ello permite al juzgador saber en qué momento se está ante una creación del riesgo o ante una conducta que entra a disminuirlo.

Dentro de esas conductas que no crean un riesgo tenemos aquellas que en realidad no crean un riesgo jurídicamente relevante. Es el ejemplo de quien odia a su suegra y le aconseja que se vaya de viaje a las Antillas con la leve esperanza de que pueda suceder lo esperado. La suegra, siguiendo los consejos de su yerno, toma un avión hacia las Antillas y sufre un accidente en el cual fallece. En este caso, el yerno no ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado, toda vez que fue la suegra quien asumió su propio riesgo.

También encontramos en la obra de Roxin conductas que no representan creación del riesgo porque se encuentran socialmente aceptadas. En la ciudad de Barranquilla es muy frecuente encontrar algunos lugares públicos conocidos como los *estaderos*. En ellos se vende gran cantidad de licor a quienes los freqüentan. Supongamos que un señor se embriagó a causa de un exceso de licor vendido por el dueño y luego toma el vehículo para trasladarse a su hogar y colisiona con un hospital pediátrico, específicamente con la sala de cuidados intensivos. Teniendo en cuenta que el hecho de vender licor es socialmente aceptado, no podría imputársele el hecho al dueño del estadero.

1.3.3. *Concreción del Riesgo*

El riesgo creado debe ser el que se concretó en el resultado. No hay lugar a imputación cuando, no obstante haber creado el riesgo, éste no llegó a concretarse en el hecho.

En el ejemplo de la profesora del jardín infantil, tenemos que ella creó un riesgo jurídicamente desaprobado cuando cruza la calle con el semáforo de peatones en rojo, teniendo a su cargo el cuidado de los niños. Ese riesgo se concreta cuando un auto arrolla a uno de sus estudiantes a cargo.

¹⁶ ROXIN, Klaus, *Tratamiento de la problemática de la Imputación en el Derecho Penal (Gendaken zur problematik der Zurechnung im Strafrecht)*, p. 136.

Traigamos otra vez el ejemplo de la profesora, pero en esta ocasión modifiquemos la situación del conductor, el cual venía sin tener de puesto el cinturón de seguridad y ocurre el mismo resultado: un estudiante muerto por causa del auto que venía transitando.

La variable introducida nos muestra que ambos inobservaron sus deberes en desarrollo de sus posiciones de garante. Luego, entonces, para determinar cuál riesgo creado fue el que realmente se concretó debemos analizar lo que Roxin denomina *el fin de protección de la norma*. Así, las normas inobservadas por el conductor tienen como fin la protección de quienes van adentro del vehículo, mas no la de los transeúntes, de manera que el riesgo por él creado como consecuencia de la no observancia de las disposiciones que regulan la conducción de automóviles no se concretó, debido a que la norma incumplida no tenía como finalidad la protección de los peatones.

Queda por analizar la situación de la profesora, que también inobservó las normas que regían sus posiciones de garante, creando un riesgo jurídicamente desaprobado. Desde el punto de vista de la profesora, el riesgo creado por ella se concretó debido a que la norma que incumplió tenía como fin la protección de la vida y la integridad física de los peatones. De manera que el hecho mediante el cual se arrolla al niño es atribuido a la profesora.

2. DEL PREVARICATO POR ACCIÓN Y EL HOMICIDIO CULPOSO

Después de haber revisado los conceptos propios y la técnica de aplicación de la T.I.O., es pertinente entrar a revisar los tipos de prevaricato por acción y homicidio culposo, para efectos de tener una mejor ubicación en el tema.

2.1. Prevaricato por acción

El prevaricato está contenido en el artículo 413 del Código Penal y dispone lo siguiente:

El servidor público que profiera resolución, dictamen, o concepto manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión de tres (3) a ocho (8) años, (...)

Es un tipo de acción, con sujeto activo cualificado, cuyo bien jurídico protegido por el tipo precitado es la Administración Pública. Adicionalmente, consta de varios elementos normativos: *resolución, dictamen o concepto*.

Para que se de la consumación de este tipo se requiere que la resolución, el concepto o el dictamen sea manifiestamente contrario a la ley. No es punible la conducta cuando por cuestión de hermenéutica jurídica se llega a una conclusión que sea errónea. En cuanto a este punto, la Corte Constitucional ha sostenido que

En cuanto a al prevaricato por acción descrito como una conducta residual tanto en el artículo 149 del Código Penal de 1980, como en el artículo 413 de la Ley 599 del 2000, encuentra la Corte que la conducta está descrita de manera inequívoca por el legislador, pero ello requiere que se haya proferido una resolución, dictamen o concepto que resulte contrario a la ley, de manera manifiesta, lo que indica claramente que esa conducta tiene como referente necesario la Ley, en cada caso concreto, para comparar, luego, la actuación del servidor público al emitir la resolución, dictamen o concepto, de lo que podrá concluirse, por parte del funcionario penal competente, si se ajustó a la ley, o la quebrantó, y si esa violación, en caso de existir resulta manifiesta, es decir, ostensible¹⁷. (El subrayado no es del texto original).

La providencia emitida por la autoridad debe ser grosera y manifiestamente contraria a la ley. Por ejemplo, el caso en el que el sujeto agente con un cuchillo de gran envergadura en reiteradas ocasiones apuñala la cabeza de su víctima y cuando cree que está muerta deja de ejecutar la conducta y se marcha confiado de haber culminado el consumado la conducta punible. Luego, la moribunda víctima es rescatada y trasladada a un hospital para que se le curen las heridas, lográndose a plenitud el objetivo.

Como consecuencia de lo anterior, la víctima instaura denuncia contra su agresor. El proceso llega hasta su culminación, etapa en la que el juez, con la totalidad de las pruebas allegadas al proceso, concluye

¹⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-917 de 2001. Magistrado ponente: Alfredo Beltrán Sierra.

que el delito cometido por el agente fue lesiones personales culposas. Conclusión que difiere de la que exponen los hechos, configurándose de esta manera un prevaricato por acción.

2.2. Del homicidio culposo

En virtud de asegurar el mandato consagrado en el artículo 11 constitucional, el legislador tipificó en el artículo 103 del Código Penal el delito de homicidio: «*El que matare a otro incurrirá en prisión de...*».

El bien jurídico protegido es la vida humana. Entrar a definir lo que significa aquello resulta un desgaste académico innecesario, a sabiendas que es obvio el valor que tiene la vida humana para las personas civilizados. Sin embargo, no sobra explicar la significativa importancia que tiene la *vida* en un Estado social de derecho.

En el caso específico colombiano, la Carta Política de 1991 en su artículo 2º establece el deber de los servidores públicos de proteger la vida de sus habitantes. En concordancia con lo expuesto, tenemos el artículo 6º constitucional, que señala el ámbito de competencias del servidor público; en cuanto a sus funciones dispone que «*Los particulares sólo son por infringir la Constitución o las Leyes . Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión y extralimitación en el ejercicio de sus funciones.*» (El subrayado no es del texto original).

Todo lo anterior para decir que los servidores públicos, por expreso mandato constitucional, deben proteger la vida. El mismo ordenamiento expresamente se los exige, de manera que cualquier servidor público que en ejercicio de sus funciones omita proteger el derecho a la vida de las personas, incurre en una infracción a su posición de garante respecto de sus deberes constitucionales.

La Corte Constitucional ha sido enfática en el deber que tienen los servidores públicos de abstenerse de realizar cualquier acción tendiente a obstaculizar el goce al derecho a la vida al señalar lo siguiente:

El derecho a la vida es uno de aquellos derechos inalienables de la persona cuya primacía reconoce el artículo 5º de la Constitución, lo que hace que ellos vinculen al Estado en dos sentidos: en la de su respeto y en la de su protección. La autoridad estatal está constitucionalmente obligada

a no hacer cosa alguna que destruya o debilite el contenido esencial de esos derechos y crear las condiciones indispensables para que tenga cabal importancia y pleno cumplimiento¹⁸ (El subrayado no es del texto original).

Establecido el alcance que tiene el bien jurídico en cuestión, es menester entrar a estudiar el caso concreto del homicidio culposo, establecido en el artículo 109 del Código Penal vigente, el cual dispone que «*El que por culpa matare a otro (...)*».

La modalidad de conducta en este tipo es la *culpa*, la cual merece un análisis especial por parte de quien estudie esta norma. La Ley 599 de 2000 en su artículo 23 define culpa de la siguiente manera:

Artículo 23. Culpa. *La conducta es culposa cuando el resultado típico es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió previsto por haber sido previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo.*

A diferencia del dolo, una conducta es culposa cuando el agente inobservó el deber objetivo de cuidado, entendiéndolo como aquella falta de diligencia que debió haber tenido una persona en cuanto a su fuente de riesgo. Por ejemplo, el piloto de avión que dejó de calibrar el altímetro debido a lo cual causó la muerte de sus pasajeros al estrellarse con una montaña.

Así, sin entrar en mayor análisis, alguien es responsable de homicidio doloso cuando a causa de la inobservancia del cuidado que debía mantener sobre la fuente de riesgo que maneja sobreviene la vulneración al bien jurídico de la vida.

3. CONCURSO DE CONDUCTAS PUNIBLES

El artículo 31 del Código Penal prevé la posibilidad de que con una o varias acciones u omisiones se vulneren el mismo o diferentes tipos penales. En la dogmática penal, lo anterior es conocido como concurso

¹⁸ CORTE CONSTITUCIONAL DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN PENAL, sentencia del 18 de febrero de 2000. Magistrado ponente: Dr. Fernando Arboleda Ripoll.

de conductas punibles. A continuación se expondrá el desarrollo que la dogmática penal sobre el tema.

3.1. Clasificación de los Concursos

A partir de las múltiples eventualidades que se pueden presentar por las acciones del sujeto agente, la dogmática penal ha clasificado los concursos en aparentes, ideales y materiales. Analicemos cada caso en particular.

3.1.1. *Concurso aparente*

En realidad, no se trata de un concurso propiamente dicho, sino que es una situación que se presenta cuando una acción parece encajar en dos tipos diferentes. La Corte Suprema de Justicia ha dicho al respecto lo siguiente: «*Plurales son pronunciamientos de la Sala donde ha sido sostenido que el concurso aparente de tipos se presenta cuando una misma conducta parece adecuarse, simultáneamente, en varios tipos penales que se excluyen por razones de especialidad, subsidiariedad y consunción, siendo solo uno de ellos, en consecuencia, el llamado a ser aplicado, pues de lo contrario se violaría el principio de non bis ídem*».¹⁹

3.1.2. *Concurso Ideal*

Es aquel en el cual con una misma acción u omisión se infringen varios tipos penales o se infringe el mismo tipo penal varias veces. A su vez, el concurso ideal se divide en *concurso ideal homogéneo* y *concurso ideal heterogéneo*. El primero se configura cuando con una acción se infringe varias veces el mismo tipo, por ejemplo, cuando el sujeto agente lanza una granada de fragmentación y causa la muerte a un número plural de personas. Allí hay una acción que vulneró un mismo tipo penal varias veces: el homicidio. Por otra parte, el *concurso ideal heterogéneo* es aquel en el cual con una acción se vulneran tipos diferentes. Por ejemplo, quien accede carnalmente a su hermana menor de catorce años. Para que exista concurso ideal heterogéneo se requieren las siguientes condiciones en la conducta desplegada:

¹⁹ CORTE CONSTITUCIONAL DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN PENAL, sentencia del 18 de febrero de 2000. Magistrado ponente: Dr. Fernando Arboleda Ripoll.

- *Unidad de acción:* Significa que desde el punto de vista jurídico - penal debe haber una acción. En caso de haber pluralidad de acciones, no habría concurso ideal sino otra clase de concurso que habremos de explicar posteriormente.
- *Pluralidad de Delitos:* Con la acción desplegada por el sujeto agente, es necesario que se vulneren por lo menos dos tipos penales.

Sila acción desplegada por el agente cumple los requisitos anteriores, estamos frente a un concurso ideal heterogéneo.

3.1.3. Concurso Material o Real

La Corte Constitucional lo ha definido como «*aquel concurso en el cual el sujeto agente con finalidades diversas producen una pluralidad de violaciones jurídicas, y por lo mismo, encuadran en varios tipos penales, o varias veces en un tipo penal*»²⁰. Nótese a primera vista que la diferencia estructural entre el concurso ideal y el formal es que en el primero se requiere que los hechos vayan concatenados el uno con el otro para lograr un fin; por su parte, las acciones en el concurso formal son independientes y autónomas, no tienen relación entre sí, por ejemplo, el que hoy hurta una motocicleta y mañana asesina a una persona.

En esta investigación estamos ante un concurso ideal heterogéneo, en el cual con una sola acción se vulneran dos tipos penales. Es decir, la conducta surtida por un juez, la cual encuadra perfectamente en los tipos de prevaricato por acción y homicidio culposo.

EL CASO

La única forma de abordar la problemática aquí planteada es mediante la formulación de casos hipotéticos. Supongamos el siguiente caso:

1. El señor A padece un infarto mientras veía televisión en su residencia.

²⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. C-133/99 sentencia del 3 de marzo de 1999. Magistrado ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz.

2. Como consecuencia del infarto es trasladado por sus familiares a un centro de urgencias.
3. Es atendido por los internistas, que logran salvarle la vida.
4. No obstante lo anterior, el infarto le produjo secuelas debido a que quedó con cantidades considerables de líquido en su corazón, y no puede realizar las actividades que comúnmente desarrollaba.
5. Con el fin de curarles la enfermedad, los médicos le ordenan un cirugía muy costosa, la cual es la única viable para salvarle la vida.
6. Los familiares de la víctima solicitan la práctica del examen requerido, y el seguro no se lo da argumentando que el examen no está incluido en el Plan Obligatorio de Salud (P.O.S.)
7. Ante la negativa del Seguro Social, la hermana presenta derecho de petición para que le autoricen el examen, y se lo vuelven a negar.
8. Razón ésta que lleva a la hermana, como agente oficioso, a interponer una acción de tutela para que se le protegiera el derecho a la salud en conexidad con la vida, debido a que su hermano no estaba en condiciones para realizar la diligencia.
9. Interpuesta la tutela, el juez procede a analizarla, y la rechaza de plano argumentando que falta el poder, por lo que no puede emitir un pronunciamiento de fondo.
10. Situación ésta que obliga a la hermana a volver a presentar la acción.
11. Antes de ser admitida su hermano muere, como consecuencia de no habersele practicado el examen.

a) *Determinar, desde el punto de vista normativista, la causal del resultado*

Anteriormente, con las precarias teorías de causalidad, el hecho descrito se le hubiese atribuido al infarto. Recordemos que durante finales del siglo XIX hasta mediados del siglo XX la concepción *naturalista* de los hechos primaba sobre cualquier otro método de imputación, debido al auge de la ciencia moderna que explicaba los fenómenos a partir de las modificaciones externas de la realidad. De manera que en este caso la causa de la muerte son las secuelas producidas por el infarto, cuestión que es irrefutable, pero insuficiente, toda vez que a la luz del Funcionalismo puede atribuirse el resultado a cualquiera de los intervenientes.

Cabe anotar que la T.I.O. es una teoría de imputación eminentemente normativista que, acorde con los postulados del Funcionalismo, busca

establecer las causas a partir de lo que cada individuo estaba obligado a hacer en virtud del papel que cumple en la sociedad (posición de garante). A continuación estudiaremos las diferentes posiciones de garante de los sujetos intervenientes, con el fin de establecer quién inobservó sus deberes ante la sociedad y produjo un resultado jurídicamente desaprobado.

• *Posición de Garante del Juez:* Se parte de la base que las funciones de los jueces están reguladas por la ley. Entrar a definir una y cada una de ellas es bastante desgastante y dispendioso. Para el caso en cuestión es importante tener en cuenta que los jueces son servidores públicos, y que ellos tienen que proteger la vida de los habitantes. Por lo tanto, las autoridades investidas de jurisdicción deben emitir providencias que busquen como fin preponderante la protección a la vida por encima de cualquier formalidad que no incida en el proceso. De manera que cualquier traba que imponga el fallador que impida el goce de este derecho sería una contravención a sus deberes constitucionales (veáse *ut supra*).

Después de haber determinado su posición de garante, es menester entrar a definir si con su actuación creó un riesgo jurídicamente desaprobado respecto de la muerte del señor A. Del caso se desprende que lo único que podía salvarle la vida al paciente era la cirugía negada por el Seguro Social. Así las cosas, el juez aumenta el riesgo cuando por su impericia en cuanto al manejo de las normas obstruye el goce de un derecho fundamental, a causa de no observar una norma constitucional que lo obliga a proteger la vida. Esa inobservancia, reiteramos, creó un riesgo jurídicamente desaprobado.

Ahora, cabe la pregunta: ¿ese riesgo creado por el juez se concretó en el resultado? Considero que sí, debido a que ya estaba clínicamente comprobado que con la práctica de esa cirugía, el mal que acongojaba al señor A sería eliminado de un tajo. Además, el fin de protección de la norma constitucional inobservada por el juez tiene como fin la protección de la vida de los habitantes del territorio colombiano.

• *Posición de Garante del Seguro Social:* El decreto 2148 de 1992, por medio del cual se reestructura el Instituto de Seguros Sociales en Colombia, establece las funciones de esta institución, entre las cuales se encuentra: «Garantizar a sus afiliados y beneficiarios la prestación de los

servicios médico-asistenciales integrales que por ley le corresponde, mediante acciones de prevención, curación y rehabilitación, de acuerdo con las normas del Ministerio de Salud y en coordinación con las entidades y organismos sujetos a las normas del Sistema Nacional de Salud».

La Ley 100 de 1993, conocida como el Sistema General de Seguridad Social, establece la obligación al Seguro Social de prestar los servicios médicos establecidos en el Plan Obligatorio de Salud (POS). Lo que no está incluido allí escapa del servicio que puede brindar la institución, por lo que no corresponde su obligación dentro de la sociedad.

Analizando las posiciones de garante de los intervenientes en el caso, tenemos que la causa de la muerte del Señor A pudo haber provenido de la actuación del juez por dos circunstancias: la primera es que la providencia por medio de la cual rechazó la tutela es manifiestamente contraria a la ley, toda vez que la agencia oficiosa no requiere poder para actuar. Allí el juez defraudó la expectativas sociales, bajo el entendido que para desarrollar la función de administrar justicia se requiere algún grado de preparación debido a los intereses que hay en juego, y el riesgo que significa administrar justicia en un Estado de derecho.

Los más grave de la actuación del juez es que con su providencia produjo otro resultado, que fue la muerte del señor A. Como se explicó anteriormente, el juez es un servidor público, y una de sus funciones es la de proteger la vida de los habitantes del territorio colombiano. Razón por la cual todas las providencias que emitan los jueces deben estar guiadas por la protección a ese derecho fundamental.

De manera que si el administrador de justicia mediante sus providencias obstruye el goce de ese derecho, actúa en contra de las normas que determinan su posición de garante ante la sociedad, y crea riesgos jurídicamente desaprobados que afectan las relaciones en sociedad.

Teniendo en cuenta que el Funcionalismo concibe un derecho penal adecuado a la realidad social, y que los resultados se le atribuyan a la persona sólo en la medida en que no observe las reglas que determinan la posición de garante, considero que la muerte del señor A debe ser atribuida al juez que decidió el rechazo de la acción de tutela, por razones que contraviene las reglas que determinan su posición de garante.

Entonces tenemos una acción que produjo dos resultados relevantes para el derecho penal: prevaricato por acción y homicidio culposo. Ambos resultados producidos por incumplir las normas reguladoras de la posición de garante, lo cual creó un riesgo jurídicamente desaprobado, concretado en la muerte del señor que se hubiese beneficiado con la cirugía requerida.

CONCLUSIONES

- a) El Funcionalismo es la corriente mediante la cual el derecho penal se adecua a la realidad social, con el fin de que se mantengan incólumes las relaciones de los miembros de ella.
- b) Luego entonces, la conducta delictiva es aquella que crea un riesgo jurídicamente desaprobado por la comunidad en la que se habita, provocado por la inobservancia de las reglas que determinan su papel en la sociedad.
- c) Para determinar si un individuo defraudó las expectativas sociales mediante la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, el funcionalismo se vale de una teoría de imputación mediante la cual se puede determinar qué causa produjo un resultado determinado: Teoría de la Imputación Objetiva.
- d) La Teoría de Imputación Objetiva no es una teoría para determinar responsabilidades penales, sino que sirve para determinar la causa, desde una perspectiva eminentemente normativista, que dio origen a un riesgo concretado en un resultado.
- e) Esta teoría parte de la premisa de que cada persona cumple un papel determinante en la sociedad: posición de garante. Estas posiciones están reglamentadas con el fin de que cada individuo conozca sus competencias. A quien incumpla esas reglas, y como consecuencia de ello se produzca un riesgo, le es atribuible el resultado.
- f) Dentro del ordenamiento jurídico colombiano, el artículo 25 de Código Penal abre la puerta para que dicha teoría se aplique en Colombia. Por lo que se plantea un caso hipotético en el que puede utilizarse la teoría de la imputación objetiva para atribuirle un hecho a alguien.

- g) En él se concluyó que mediante al imputación objetiva algunas causas no son tan atribuibles a la naturaleza, sino que desde la perspectiva funcional y normativista, deben atribuirse al mismo descuido del hombre.
- h) En el caso se demostró que el juez no controló su fuente de riesgo desde su posición de garante, habida cuenta de que no observó las normas que la determinaban.