

RESPONSABILIDAD PENAL DEL CONDUCTOR EBRIO

MAURICIO GAMBOA MOSQUERA

CODIGO 3000260

C. C. 79135629

DOCENTE Dr. RICARDO ARTURO ARIZA LOPEZ

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA

MAESTRIA DERECHO PROCESAL PENAL

AÑO 2012

RESPONSABILIDAD PENAL DEL CONDUCTOR EBRIO

¿Dolo eventual o culpa con representación?

Sea lo primero señalar que en manera pacífica la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha venido admitiendo que, en aquellos casos en los cuales existe duda sobre la modalidad o especialidad de un delito -con estricto apego a principios de raigambre constitucional- siempre se debe optar por la decisión más favorable, teoría conocida a nivel doctrinal y jurisprudencial como de **“determinación optativa o alternativa”**.¹ C. S. de J, Sala Penal, Radicado 32.964, sentencia 25 de agosto 2010, M.P. Leonidas Bustos, página 26.

Aclarado lo anterior, adentrémonos entonces en el asunto cardinal del presente estudio:

Conducir automóviles es, per se, una actividad peligrosa, un riesgo permitido que se debe desarrollar acatando las normas de conducción recogidas en el Código Nacional de Tránsito y Transporte; dicho riesgo traspasa el nivel de “permitido” cuando quien conduce viola determinadas normas de tránsito, verbi gracia, adelanta en curva invadiendo el carril contrario, maneja a exceso de velocidad, se cruza un semáforo en rojo, lo hace bajo estado de embriaguez.

El Código Penal prevé en sus artículos 22 y 23 al dolo y la culpa como dos de las modalidades de comisión de conductas punibles, siendo el problema jurídico a resolver el de determinar si quien causa un accidente al conducir automóvil violando una de las citadas prohibiciones de tránsito, en especial el caso específico tratado por la Sala de Casación Penal en el fallo citado –cruzándose un semáforo en rojo a exceso de velocidad y bajo estado de embriaguez- ha de responder a título de dolo eventual o de culpa consciente o culpa con representación.

La posición mayoritaria de la Sala de Casación Penal, en el fallo 32.964, considera que el elemento subjetivo del delito se debe definir a partir de las circunstancias temporo espaciales del caso concreto, para concluir si el sujeto actuó con consciencia y voluntad en la producción del resultado, si lo quiso en forma directa o indirecta, si sólo lo previó en forma eventual, o si su comportamiento se desplegó dentro de los linderos de la imprudencia.

Se mostró la mayoría de la Corte Suprema partidaria de optar por el dolo eventual cuando un conductor ocasionaba la muerte de un tercero mientras se desplazaba verbi gracia doblando la velocidad máxima permitida, en cambio que lo consideran una imprudencia cuando la velocidad es ligeramente superior a la permitida; igual diferenciación se plantea cuando el resultado muerte es producto de la distracción

del conductor por contestar un celular -determinándose para este caso la culpa-, que cuando el accidente es producto de pasarse un semáforo en rojo o por invadir en curva el carril contrario -en cuyo caso se muestran partidarios del dolo eventual-. En otras palabras, la culpa se aplica para aquellos casos en que los niveles de riesgo creados sobre los permitidos son objetivamente menores, en el entendido que el conocimiento de la probabilidad de producción del resultado se mantiene en el plano de lo abstracto, no se lo representa el sujeto agente en el caso específico, porque lo prevé pero confía en poder evitarlo, o porque lo viene haciendo en manera habitual sin que nada ocurra, que es la teoría conocida como de la “habitación al riesgo”

La Corte le resta importancia, por completo, al hecho de existir la posibilidad para el sujeto agente de perder su propia vida o la de quienes lo acompañan al violar en forma ostensible una determinada norma de tránsito, incrementando en forma objetiva y significativa el riesgo permitido (cruzar un semáforo en rojo, adelantar en curva invadiendo el carril contrario, transitar doblando la velocidad máxima permitida, hacerlo bajo alto estado de embriaguez), pues la representación de la probabilidad del resultado antijurídico lleva implícita la representación de peligro para quien la origina, amén que para imputar la conducta bajo la modalidad de dolo eventual no interesa demostrar este aspecto por lo superflua que resulta esta circunstancia.

Reitera la Corte que el dolo eventual exige para su configuración que el sujeto se represente como probable la producción del resultado típico objetivo y que deje su no producción librada al azar; agrega que **en la representación de la probabilidad de producción del resultado lesivo debe darse en el plano de lo concreto**, puesto que **si el conocimiento de la probabilidad de producción queda en el ámbito de lo abstracto la imputación deberá realizarse a título de culpa**.

Los hechos estudiados en el fallo bajo análisis –los de la casación N° 32.964-, se remontan a la noche del 22 de agosto de 2007, cuando el ciudadano RODOLFO SEBASTIAN SANCHEZ RINCON sale de una fiesta a las cuatro de la madrugada conduciendo su vehículo en considerable estado de embriaguez hacia su casa, cruza con exceso de velocidad la intersección vial de la calle 116 con avenida 19 de la ciudad de Bogotá estando el semáforo en rojo, sin hacer nada para evitar la colisión estrella a otro vehículo causando la muerte de sus dos ocupantes –los del otro vehículo-.

En primera instancia el Juez Penal del Circuito condenó a SANCHEZ RINCON como autor responsable del delito de homicidio culposo agravado, al tenor del artículo 110 del Código Penal, irrogando 32 meses de prisión a pesar que la

Fiscalía había formulado imputación a título de dolo eventual, sentencia que arribó al Tribunal de Bogotá por vía de apelación, Corporación que revocó la decisión y en su lugar profirió condena contra el conductor a título de dolo eventual imponiendo 220 meses de prisión; a la Corte llega por vía de casación, se decide no casar la sentencia del Tribunal, y dos magistrados salvan voto al considerar que se ha debido condenar al conductor bajo los parámetros del homicidio culposo.

En la sentencia la Corte considera que el conductor desde el momento mismo en que aborda el automotor en avanzado estado de embriaguez inicia un proceso de puesta en peligro de bienes jurídicos, que se concretan cuando imprime al automotor velocidad excesiva y en especial cuando decide saltarse el semáforo en rojo sin ninguna precaución. Agrega que cuando un conductor advierte la luz en rojo está recibiendo una señal, un mensaje de advertencia sobre el peligro que representa cruzar en esas condiciones, se le está avisando que por el carril que pretende atravesar transitan otros vehículos por lo que debe detenerse para no causar una colisión, circunstancia que indiscutiblemente le permite actualizar los conocimientos sobre ese riesgo, sumado a que, en el caso de la especie, no se evidenció de parte de SANCHEZ RINCON la realización de maniobra alguna para evitar el resultado, por lo que la conclusión es que dejó la no producción del resultado al azar, coincidiendo con la previsión típica del dolo eventual.

Parte de la base -la mayoría de la Sala de Casación penal-, **que el sujeto se hallaba en pleno ejercicio de sus funciones cognitivas, según lo estableció Medicina Legal en la prueba psiquiátrica y psicológica.**

Los anteriores son los parámetros generales sobre los cuales se edificó el fallo que se cuestiona.

En ese orden de ideas, desde ya anúnciese que mediante el presente artículo se busca mostrar cómo la Corte Suprema de Justicia, en aplicación de la teoría citada *ut supra*: “**determinación optativa o alternativa**”, ha debido aplicar por favorabilidad la condena del conductor a título de homicidio culposo, como quiera que con los mismos elementos de juicio utilizados para concluir que se actuó con dolo eventual, se ha podido arribar al delito imprudente, esto es, al comportamiento culposo.

Recuérdese que la diferencia entre dolo eventual y culpa con representación estriba en los conceptos “**dejar librado al azar**” o “**confiar**” respectivamente, y qué difícil, o quizás imposible, resulta en el plano probatorio poder determinar si el conductor alicorado “confió” en poder evitar un resultado trágico o “dejó librado al azar” la producción del mismo, pues como lo apunta Martín García “*El problema*

de la prueba del dolo en la práctica es siempre un problema de la prueba del elemento intelectual del dolo”.

Para inclinar la balanza a favor del dolo eventual, la mayoría de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia consideró que los conductores alicorados que se cruzan un semáforo en rojo deben responder a título de dolo eventual, como quiera que **se representaron en concreto el riesgo y dejaron librado al azar el resultado**, pues el observar el semáforo en rojo es una circunstancia que les permite actualizar ese conocimiento y tomarse en serio el riesgo; empero, el razonamiento que impide admitir esa teoría lo es el innegable hecho que el propio sujeto agente, esto es, el conductor alicorado, al cruzarse el semáforo en rojo bajo estado de embriaguez coloca en riesgo su propia vida, luego si se representara en concreto el riesgo, si hubiese tenido la posibilidad de **tomarse en serio ese riesgo** -requisito para determinar el dolo eventual en lugar de la culpa con representación-, con toda seguridad que se habría abstenido de ejecutar la peligrosa acción, no habría violado la señal de tránsito, por lo que consideramos que la conducta bajo análisis no puede valorarse en manera diversa que bajo la línea de la imprudencia.

Cómo negar que quien maneja alicorado y se cruza un semáforo en rojo a alta velocidad confía en poder evitar el resultado trágico, si a diario conductores en estado de embriaguez logran llegar a su destino sin sufrir accidentes a pesar de quebrantar esas básicas normas; las leyes de la experiencia y las estadísticas enseñan que no todo el que se cruza un semáforo en rojo bajo estado de embriaguez a alta velocidad choca su vehículo, es más, la minoría de ocasiones ocurren los siniestros bajo estas circunstancias, ello porque, por lo menos en Colombia, sobre todo en las ciudades principales, los conductores no se fían del todo de lo que marque la luz del semáforo, sino que, sobre todo en horas de la madrugada, quienes manejan en su sano juicio se atienen más a lo que observen en las vías que a lo que les permita la luz, pues saben que en muchas ocasiones transitan a esas horas conductores ebrios que no respetan esas señales de tránsito, resultando mayor la proporción de veces en que el conductor alicorado consigue ir de un lado a otro bajo estas circunstancias sin que nada ocurra, y mínima, excepcional o remota la ocurrencia de accidentes generados por conductores que lo hagan bajo esas condiciones.

Preguntémonos si quien maneja un vehículo bajo estado de embriaguez no ha cruzado un semáforo en rojo confiado en que en horas de la madrugada nada pasará, sin poderse sostener un argumento de semejante alcance como que: el advertir el semáforo en rojo le permite a ese conductor actualizar el conocimiento para tomarse en serio o en concreto el riesgo o eventualidad y por ende con toda seguridad, más allá de cualquier duda, que ello signifique haber dejado librado al

azar la producción del siniestro; es más, hasta qué punto precisamente ese estado de embriaguez resulta siendo circunstancia que impide tomarse en serio ese riesgo.

La irresponsabilidad de un conductor como el del ejemplo es manifiesta, ostensible, palmaria, pero no lo es el dolo eventual, por la sencilla razón que para ello ha de establecerse en primer lugar que realmente el conductor se representó en lo concreto el resultado y lo aceptó.

Un conductor que alicorado sale de la fiesta junto con su esposa e hijos y transita a exceso de velocidad cruzando semáforos en rojo no se toma en serio ni se representa en concreto el riesgo, no sólo porque su estado le reduce las posibilidades reales de estar actualizando ese conocimiento, sino porque el sentido común y la lógica indican que nadie va a tomarse en serio la posibilidad de perder su propia vida junto con la de sus seres más queridos y, aun así, dejar librado al azar el resultado trágico que en concreto se representó; si este conductor avanza hacia su casa bajo ese estado es porque necesariamente confía en poder evitar un accidente, confía en que como tantas veces anteriores ha sucedido no se va a estrellar, es previsible el accidente pero confía en poder evitarlo, confía en que nada trágico va a suceder, pues se ha habituado a ese riesgo sin que se produzca el siniestro, y si ello es así entonces no existe razón de peso suficiente para condenarlo a título de dolo eventual en lugar de irrogarle sanción bajo los parámetros de la imprudencia agravada.

Si el dolo es conocer y querer un resultado, y el dolo eventual es dejar librado al azar ese resultado, es bastante cuestionable la postura de la mayoría de la Corte al considerar que cruzar el semáforo en rojo es una actividad que le posibilita representarse en concreto el resultado trágico al conductor, que le permite actualizar su conocimiento acerca del riesgo de inobservar las reglas de tránsito, sin olvidar que para castigar el delito imprudente se acude precisamente a la misma valoración, tipificando esta conducta como culposa por violación a reglamentos a falta del deber objetivo de cuidado.

Yesid Reyes Alvarado, en su obra *Imputación Objetiva* (página 97 de la segunda Edición), señala *“el riesgo permitido es entonces un elemento del injusto, que por su absoluta independencia del aspecto subjetivo es aplicable tanto a los delitos dolosos como a los culposos, de manera que con la finalidad de unificar la terminología, proponemos abandonar la antigua denominación de deber objetivo de cuidado que tradicionalmente se ha empleado dentro del delito imprudente, para sustituirla por la genérica expresión de riesgo permitido, que como elemento de la imputación objetiva es predicable de ambas modalidades delictivas”*, y agrega o advierte más adelante (página 104) que la teoría de la imputación

objetiva es igualmente aplicable a las tentativas, pues ellas suponen no solo la creación de riesgos desaprobados sino igualmente su realización en un resultado entendido como quebrantamiento de la norma, circunstancia que, como veremos más adelante, implicaría castigar a los conductores ebrios por tentativa de homicidio en los casos en los que se cruzan el semáforo en rojo sin producir siniestros.

Ya es complejo determinar en quien conduce en su sano juicio las posibilidades de actualizar su conocimiento frente a la actividad riesgosa, intrincada labor aquella de pretender adentrarse en la psiquis del conductor con el propósito de establecer si el mismo se pudo representar en concreto el riesgo o tomarse en serio el hecho que al violar normas de tránsito -como cruzarse un semáforo en rojo, invadir el carril contrario al adelantar en curva, transitar a una velocidad que doble la máxima permitida-, podía vulnerar bienes jurídicos; con mayor razón se torna prácticamente imposible determinar esa representación en concreto, esa posibilidad de actualizar el conocimiento para tomarse en serio esa eventualidad siniestra, toda vez que justo su estado mengua no solo reflejos sino capacidad de discernimiento, se ven necesariamente aminoradas sus aptitudes físicas y psíquicas.

Aquí cabe traer a colación lo referido por Bernd Schunemann, en su obra "Temas actuales y permanentes del Derecho Penal después del Milenio", específicamente al estudiar la libertad de voluntad en el centro de las modernas ciencias naturales dentro de la teoría del conocimiento, para constatar que, en realidad, es bastante ambiciosa e ilusa la pretensión de querer determinar en un individuo qué lo llevó a tomar una decisión, si tuvo la oportunidad de hacerlo, si su conciencia participó en ello a plenitud en forma menguada o fue una decisión mecanicista sin intervención de la conciencia.

Apunta el autor que el proceso de las decisiones conscientes genera dificultades para un esquema de explicación causal, al resultar que muchos comportamientos se generan sin que se agote una ponderación consciente de las razones favorables y contrarias a las mismas, por lo que sólo es posible hablar de una decisión libre bajo el aspecto de la posibilidad de la participación de la conciencia, en los casos contrarios, esto es, cuando la decisión correcta se la plantea el sujeto a conciencia, podemos encontrar la libertad de la decisión en ese análisis cognitivo, sin embargo, una circunstancia que impide obtener resultados fiables a nivel objetivo, lo es que el determinismo psicológico ha mostrado que se imponen siempre para el sujeto los motivos que para él resulten más fuertes, de mayor preferencia de las cuales el individuo no es plenamente consciente ni entran a jugar en su ponderación para decidir qué hace, pues son decisiones que finalmente las adopta en una *cuasi inconsciencia* interviniente en ese turbulento

proceso de la formación de la voluntad, en otras palabras, existe una alta dosis de mecanicismo influido por prejuicios o conceptos subjetivos como el aspecto moral, emocional, de cálculo o referente estadístico aún equívoco pero que para el sujeto le resulta suficiente al momento de decidirse prácticamente en forma automática. Agrega el autor que el determinismo fisiológico-cerebral ó determinabilidad de procesos de la consciencia en la construcción de la voluntad revela la imposibilidad de conocer ese punto base del cual algunos quieren partir, como lo es el saber qué factores influyen en un individuo para tomar una decisión, si es consciente de ello, si tuvo tiempo para ponderarlo, cómo influyeron esos factores al momento de decidirse, si en realidad la decisión no fue tomada a consciencia sino en forma mecanicista, para concluir con sensatez que *“en el momento en que en la conciencia tienen lugar operaciones lógicas ya no es posible una explicación causal del suceso...el determinismo fisiológico-cerebral muestra otras lagunas que resultan claras a partir de una combinación de la mecánica cuántica con la teoría de las catástrofes de los sistemas inestables...la moderna fisiología cerebral ha favorecido la enorme complejidad e inestabilidad de los procesos cerebrales, y como una diversificación del rendimiento hasta en niveles moleculares parece posible para funciones importantes del cerebro como el rendimiento de la memoria...el determinismo sociobiológico es una versión moderna de la fórmula acuñada por Franz V. Liszt, de la determinación del comportamiento que se presenta a través de la predisposición y el medio ambiente y que consiste en una utilización de la teoría de la evolución en el desarrollo de la sociedad...En suma, en la actualidad, no sólo estamos lejos de una estricta explicación causal de los procesos de formación de la voluntad, sino que tampoco disponemos ni siquiera de procesos teóricos inobjetables para la formulación de las leyes causales pertinentes.”*

Y eso que el autor no pondera los casos en los cuales el individuo actúa bajo los efectos del alcohol, circunstancia que, se itera, impone plantear otras variables que dificultan acercarse a la realidad de lo que el sujeto se tomó en serio, se representó en concreto.

Recordemos que el dolo presupone la categoría más grave del injusto, y por ello el legislador prevé sanciones mucho más drásticas para quien actúa bajo esa modalidad que quien vulnera bienes jurídicos como resultado de conductas imprudentes. Alessandro Baratta en su obra Criminología crítica y crítica del derecho penal, apunta con certeza que *“el criterio de la medida de la pena es el mínimo sacrificio necesario de la libertad individual que ella implica”* (página 26), luego si existen dos opciones para condenar a alguien siempre se deberá preferir la más benigna.

No se puede igualar o dar tratamiento similar a quien conoce y quiere como resultado la muerte de un tercero -como sucede con el homicida que conociendo y deseando ese resultado le quita la vida a otro-, que a quien jamás ha querido producir ese resultado porque confía en que el mismo no se va a producir a pesar de estar violando determinadas normas de tránsito como cruzar semáforos en rojo, transitar a exceso significativo de velocidad, o invadir un carril contrario al adelantar en curva, hacerlo bajo estado de embriaguez; mucho menos se torna proporcional o razonable infligir sanción a título de dolo eventual a una persona de quien existen dudas acerca de si en verdad tuvo la posibilidad de tomarse en serio, o de representarse en concreto un siniestro.

Lo que permite decidirse por el dolo eventual o por la culpa con representación es el elemento intelectual, esas modalidades de culpabilidad son creación normativa en cambio el elemento intelectual no lo es. No debe pasarse por alto que tanto en el dolo como en la imprudencia hay violación a un deber, que por resultar evidente en el dolo se puede tener la equivocada impresión que ese quebrantamiento del deber pertenece en forma exclusiva a las transgresiones culposas. Así mismo, cuando el individuo desconoce el riesgo propio que genera su conducta, cuando no tiene la posibilidad de actualizar el conocimiento, tomarse en serio el resultado o no se pueden probar esas circunstancias intelectuales, no podemos determinar la voluntariedad en ese comportamiento. Si es ese conocimiento en el sujeto agente lo que autoriza decidirse por el dolo al momento de ubicar la modalidad de su conducta, significa que lo que ese autor piense que puede suceder, confíe en que no sucederá, o no quiera la ocurrencia del siniestro es circunstancia superflua; el dolo no consiste en querer producir el resultado sino en no querer evitar la conducta típica: *“el que mata y **sabe** que mata también **quiere** matar, no quiere evitar esa muerte, quiere producirla”*, sin que se pueda admitir una confianza desbordada, ilusoria o irracional para excluir el dolo, como quien pretenda alegar en su defensa que a pesar de haber transitado en contravía, con exceso de velocidad -en su sano juicio- en hora de alta movilidad por una calle céntrica de ciudad capital, confió en que los demás conductores le abrirían paso para evitar la colisión, sin que el temerario conductor del ejemplo desplegara maniobra alguna de la que se pudiera deducir que procuró impedir un choque.

Sin embargo, en el caso de la especie, la presencia de alcohol en cantidades significativas en el conductor, lejos de servir como circunstancia para derivar el dolo eventual, ha debido ser razón para desecharlo y decidirse por la modalidad culposa agravada, precisamente por la dificultad o imposibilidad de determinar ese elemento intelectual que viene a ser requisito *sine qua non* para optar por el dolo eventual.

Siendo entonces ese elemento intelectual o cognitivo el que permite la diferenciación y se constituye como determinante –que no exclusivo- para decidir frente a un caso el dolo eventual o la culpa con representación, obligado resulta desechar al elemento volitivo como factor determinante, de suyo, conceptos volitivos como **tomarse en serio** ó **confiar** no pueden ser los que sirvan en manera basilar o principal para definir casos como los evaluados en la sentencia bajo examen, es ese elemento intelectual el que debe ser probado en el proceso.

Dos teorías han venido siendo desarrolladas de tiempo atrás en la búsqueda de la solución del problema: i) **la teoría de la voluntad o del consentimiento** que determina el dolo en el sujeto cuando éste consiente en la posibilidad del resultado, lo acepta, lo aprueba, mientras que considera culposo o imprudente cuando el sujeto se representa ese resultado pero considera que muy seguramente ese resultado no se producirá y, ii) **la teoría de la probabilidad** cuya base argumentativa se edifica sobre el componente cognitivo del dolo, acentúa la decisión en aspectos motivacionales, es decir, existirá dolo eventual cuando el sujeto se representa como probable la realización del tipo objetivo y a pesar de ello decide actuar sin importar la circunstancia de admitir o no su producción, en cambio que será culposa en esta teoría la actividad desarrollada por el agente cuando no se representa la probabilidad o la advierte remota.

En nuestra propia legislación, se debe admitir, pasamos de la aplicación genérica de la teoría del consentimiento como estructura dogmática para explicar la frontera entre el dolo eventual y la culpa con representación, a la aplicación de la teoría de la representación dada la definición de dolo eventual.

Sin embargo, los nuevos tiempos traen teorías eclécticas, entre las que se destaca la “teoría de la decisión” que se caracteriza por la utilización de un elemento volitivo pero no en sentido psicológico- descriptivo, sino de imputación normativa, por ello consideran elemento de la esencia del delito imprudente el descuido, el actuar en forma peligrosa sin observar el cuidado objetivamente debido, al tiempo que es válido sostener que son criterios normativos el tomarse en serio el riesgo ó confiar en la no producción de resultado que dependen de las posibilidades de conocer la situación completa y concreta.

Son varias las teorías puras, muchas más las eclécticas, existe una pluralidad de estudiosos de la materia: Philipps, Ziegert, Stratenwerth, Köhl, Díaz Pita, Frish, Cuello Contreras, R. Montañés; algunos proponen que el problema no está en defender nominalmente la mayor relevancia del elemento intelectual o del volitivo para distinguir el dolo de la imprudencia, sino que lo determinante es partir de la

visión psicológica del sujeto basada en criterios normativos, resultado que lo decisivo no es entonces si el autor se tomó en serio el riesgo o el resultado sino si debía tomárselo en serio, para así poder concluir que la única opción que admitía la norma era no realizar la conducta, o como concluye Mir Puig, concepto al cual adherimos, dolo es “sólo la voluntad consciente”; diferenciarlas es dispendioso, ninguna de ellas se ha impuesto en manera definitiva, tampoco alguna de ellas ofrece soluciones indiscutibles, como sucede con cualquier argumentación jurídica o en general en el campo del derecho que no es una ciencia exacta, muestra clara que ha sido uno de los temas respecto de los que la teoría del delito ha encontrado más dificultad, al punto que los Tribunales europeos y nuestra Corte han echado mano de planteamientos expuestos por varias de ellas sin que se pueda observar una adscripción exclusiva por alguna en especial, razón por la que se erige como válida la propuesta de hacer prevalecer la teoría de determinación optativa o alternativa y decidirse por la imprudencia en lugar del dolo eventual al momento de tener que solucionar caso como el de la especie, al tenerse que admitir, luego de estudiadas todas ellas, que los criterios utilizados dentro de los límites del dolo eventual también se pueden observar en los delitos imprudentes, en los cuales el autor quiere la realización de una determinada conducta contraria a la normatividad que prohíbe actuar en manera imprudente, por lo que la diferencia se encuentra en los diferentes niveles de conocimiento que tiene el sujeto al momento específico de actuar, en los dos se presenta una voluntariedad.

Apuntó con certeza Vallés Ragués I **“Cada una de las elaboraciones enunciadas –que tienen como común denominador su punto de partida subjetivo, en la medida en que pretenden precisar cómo elaborar el autor desde el punto de vista psíquico su decisión incorrecta, mas no desde el objetivo- tiene sus propias variantes; incluso existen teorías unitarias, con lo que se llega a un amplio espectro de posiciones conformado por más de doce concepciones sobre el asunto, que van desde las más difundidas en la época del causalismo hasta las defendidas por los funcionalistas contemporáneos”**, lo que demuestra que el tema está inconcluso, se torna confuso y complejo, como suele ocurrir cada vez que se pretende definir el dolo eventual dentro del marco de las citadas teorías.

Se necesita hacer un reproche al desvalor del acto desplegado por el conductor irresponsable que bajo los efectos del alcohol se cruza un semáforo en rojo a exceso de velocidad, pero debemos analizar si para endilgarle una determinada modalidad comportamental, dolo eventual o culpa con representación, lo hacemos en el entendido que este conductor tomó una decisión consciente, debiendo probarse que tenía a su alcance la posibilidad de medir las consecuencias de su acto, prever en concreto el alcance del riesgo asumido, o si lo hacemos en el

entendido que en realidad no tenemos cómo determinar que ese conductor realizó o pudo realizar un pronóstico fiable, acertado, cercano a la realidad, de lo que implicaba su conducta, de las posibilidades de dimensionar los alcances de su comportamiento; si existe duda en este aspecto, esto es, si no se puede diferenciar el uno del otro en punto a lo correcto o incorrecto del diagnóstico, pronóstico, consciencia de voluntad, conocimiento actualizado del alcance de su acción, entonces lo correcto es inclinarse a favor del delito imprudente conforme el *in dubio pro reo*.

Otro planteamiento a cuya reflexión invito es la siguiente: al autor doloso, es decir, a aquél que conoce el resultado de su acto, que es plenamente consciente de lo que va a ejecutar y de las consecuencias de su comportamiento, que quiere ese resultado, que despliega toda una actividad previa idónea y materializa conforme su voluntad, fácil le queda en ese camino, antes de la consumación, desistir de su propósito, con lo que consigue, o bien quedarse en el plano de la tentativa no punible, lo de la tentativa punible dependiendo del nivel al que haya alcanzado a poner en riesgo el bien jurídico tutelado. Ejemplo, quiero matar a alguien con un arma de fuego de mi propiedad respecto de la cual tengo el respectivo salvoconducto vigente, me dirijo a la potencial víctima pero antes de sacar siquiera el arma desisto de mi acto por arrepentimiento o falta de arrojo para ejecutar ese acto, en este caso el sujeto agente ni siquiera habría alcanzado a pisar los terrenos del homicidio tentado; pero supongamos que este sujeto, por necesidad y ventaja de las circunstancias, decide primero dispararle a su víctima en un pie para que caiga y luego en esa posición sí pueda rematarlo, pero con posterioridad a conseguir herirlo en el pie el agresor decide no rematarlo; ahora bien, supongamos que el sujeto agresor hiere a la víctima a nivel del pecho pero luego se arrepiente, lo lleva al hospital donde le logran salvar la vida, en todos estos casos el agresor tuvo la posibilidad de desistir a conciencia de su acto, tuvo el conocimiento suficiente para conocer los resultados de su acto, tuvo la libertad de desistir de su objetivo, de salvar el bien jurídico tutelado que el mismo pensó o puso el peligro, en conclusión, su esfuerzo psicológico es mínimo al depender de lo que él decide con toda la voluntad dejar de hacer.

En cambio, el conductor que alicorado maneja a exceso de velocidad y cruza un semáforo en rojo qué oportunidades tiene para desistir de su acto, qué posibilidades reales tiene de tratar de menguar las consecuencias de su acto, de resguardar el bien jurídico tutelado que puso en peligro por su irresponsable conducta?, indiscutiblemente que su esfuerzo psicológico es mucho mayor que el del ejemplo anterior, al encontrarse en estado de embriaguez. A nivel de esfuerzo psicológico el autor doloso del primer ejemplo que en manera previa sí quiere un resultado está en ventaja frente al conductor alicorado que viola normas de

tránsito y no quiere el resultado además de existir serias dudas sobre las posibilidades que tuvo para tomarse en serio ese riesgo, con la adicional circunstancia que el primero no tiene mayor riesgo para su integridad física al poder seleccionar las circunstancias de tiempo, modo y lugar para llevar a cabo su conducta, en cambio que el segundo no goza de esas prerrogativas.

Proporcionalidad y sobre todo razonabilidad son los principios que entran en juego a la hora de castigar al delincuente, y con independencia de lo censurable que resulte conducir vehículos en estado de embriaguez cruzándose semáforos en rojo, lo cierto es que no se le puede imponer la misma sanción a esta persona que a quien mata a un tercero bajo circunstancias indiscutiblemente dolosas.

El legislador ha venido incrementando las penas en procura de castigar en manera más severa al conductor embriagado, como si con ello lograra intimidar a esta clase de autores –culposos-, pasando por alto que precisamente por la naturaleza de su ánimo al transgredir en manera imprudente la norma, ese incremento punitivo no tiene vocación de persuadirlo como que en esta clase de individuos prevalece la errada convicción de que el siniestro no se va a producir, que lo que las estadísticas muestran no sucederá en su caso concreto, que su familia, amigos ni si propia vida se verán afectados por la irresponsable conducción bajo ese estado. Igualmente, no se puede negar que el factor voluntariedad real de resultado es bastante discutible, en el sentido que una persona puede comenzar a ingerir alcohol creyendo que no va a llegar a un estado de alcoholemia significativo que le impida perder reflejos, pero a pesar de ese plan va ingiriendo poco a poco licor hasta que llega el momento en que, sin darse cuenta, sin hacerlo a conciencia, ya está alicorado e impedido para realizar la peligrosa tarea de manejar vehículos, sin embargo, como suele suceder, este conductor cree erradamente en medio de su borrachera, que va a llegar a su destino sin que nada ocurra, empero en el camino se presenta el siniestro; para esta persona qué grado de persuasión tiene el incremento punitivo del legislador si cuando tomó los primeros tragos no se representó que continuaría ingiriendo licor hasta perder sus cabales y decidir manejar poniendo en riesgo su propia vida.

En la jurisprudencia Española, como ponencia de Bacigalupo entre otros, se ha venido aceptando que “...el dolo eventual no sólo requiere que el autor se haya representado la posibilidad de la realización del tipo de una manera probable, **sino además ha exigido que éste haya aceptado las consecuencias, aún no deseadas de su acción**”, por lo que entonces, tendríamos que partir de la base que un conductor que conduce embriagado a exceso de velocidad y se cruza un semáforo en rojo, para ser condenado en la modalidad del dolo eventual, debe no solo haberse representado en serio la posibilidad de acabar con la vida de alguien más, lo que de suyo implica la posibilidad de terminar con su propia vida, sino que

además debe aceptar ese resultado, esa consecuencia, ser consciente y aceptar que puede matar a su familia, matarse a sí mismo, quedar él, su familia o sus amigos con graves lesiones, y la pregunta es, cuál es el baremo que se utiliza para obtener esa convicción, cuál la herramienta psicológica o de ponderación probatoria para adentrarse en su cerebro y establecer el proceso de la formación de la voluntad de su acto?, qué nos indica el sentido común y la lógica?.

La respuesta no se hace esperar, si un individuo se llega a representar en serio ese resultado, difícilmente va a aceptar sus consecuencias y sigue adelante con su ejecución, si lo hace, no es entonces porque sea consciente, quiera y acepte el resultado, sino porque precisamente su estado le impide detener la acción peligrosa, parar y suspender el riesgo.

Es decir, admitiendo que un conductor en estado de embriaguez se cruza un semáforo en rojo, por el solo hecho de confiar en que nada sucederá tendría que ser condenado como autor culposo de las consecuencias que su acto produzca, por la potísima razón que es esa confianza lo que predomina en su conducta, imposibilitándose adquirir conocimiento más allá de duda razonable para descartar la confianza y hacer prevalecer en su psiquis la representación y aceptación del siniestro.

La imputación objetiva ha pretendido solucionar la confusión que se presenta al escoger entre dolo eventual y culpa con representación, también denominada imprudencia consciente, en el sentido que definir que no es la probabilidad de producción de resultado lo que determina el alcance del tipo, sino que la respuesta ha de encontrarse en la interpretación teleológica de los criterios de la misma norma, y esto sucede porque resulta cuestionable que un dato probabilístico, es decir, estadístico, venga a servir de parámetro para efectuar esta decisión, cuando las personas no deciden a partir de esos cálculos, en otras palabras, el mero hecho de conocer que mi acto es prohibido por su peligrosidad estadística no es circunstancia que permita deducir el dolo, al no pasar de ser un conocimiento abstracto de las consecuencias potenciales que conllevan ese hecho típico.

En la obra “El dolo eventual”, Feijóo Sánchez lo plantea sin ambages:

“Para la realización del dolo no basta con que un conductor sepa que ha bebido de más y se encuentra bajo la influencia del alcohol y puede provocar un accidente por esas razones. Es decir, en muchas ocasiones el mero hecho de saber que se realiza una actividad o se desempeña una profesión fuera de los límites tolerados o permitidos por el ordenamiento jurídico no es suficiente para considerar la existencia de un delito doloso. También en la

*imprudencia consciente el autor sabe que está haciendo algo no permitido y de cierto peligro. Por lo general se denomina imprudencia consciente al conocimiento del peligro abstracto no permitido, con una determinada actuación (no respetar un stop o un ceda el paso, realizar adelantamiento en curva sin visibilidad o en un cambio de rasante etc.). Sólo existe dolo si el autor llega a darse cuenta de que su actividad pone en peligro concreto a otra persona o a sus bienes, y a pesar de esto decide seguir adelante”, y más adelante agrega **“Es posible que el sujeto esté convencido de que, en su caso no va a dar lugar al delito. Esta posibilidad de coexistencia de la consciencia del peligro estadístico y, a la vez, de la creencia que no va a realizarse, es lo que permite la existencia de la culpa consciente”**.*

Pero sigamos abundando en consideraciones para develar lo complejo que resulta endilgar responsabilidad a título de dolo eventual.

No basta entonces para que se decida el juzgador por el dolo eventual el sólo hecho de determinar que el sujeto tenía el conocimiento sino que debe existir claridad en punto a los alcances que tiene ese sujeto acerca del conocimiento para poder entender de qué forma fue que se representó y aceptó ese resultado potencial que generó su acto.

Como se observa, las fronteras entre el dolo eventual y la culpa con representación no se avista en forma clara, puesto que cuando se quiere echar mano de alguna de las teorías planteadas para solucionar el problema nos encontramos con la dificultad de depender casi siempre de datos suministrados por ciencias empíricas como la psicología, la medicina y la misma psiquiatría, las cuales jamás podrán ofrecer conclusiones objetivas e indiscutibles, no solo por la individualidad que pertenece a cada ser humano, lo que hace que cada quien, dependiendo de muchos factores pueda representarse en diversa forma un resultado, sino porque ese conocimiento debe ser actualizado, es decir, la consciencia actual del autor frente a una determinada circunstancia a partir de la cual tenga la posibilidad de proyectarla en el tiempo para medir o realizar un pronóstico de lo que a futuro puede llegar a suceder en concreto.

En la actualidad, la diferencia punitiva entre el homicidio culposo agravado y el homicidio cometido en modalidad de dolo eventual es significativa: al tenor del canon 103 del Estatuto Penal, quien matare a otro incurrirá en pena de prisión de 208 a 450 meses de prisión, que traducido a años son 17 años 4 meses mínimo hasta 37 años 6 meses máximo. Entre estos lindes será la pena que el juzgador deberá imponer si se decide condenar al conductor homicida bajo la modalidad del dolo eventual. Por su parte, el artículo 109 ibídem prevé que quien por culpa matare a otro incurrirá en pena de 32 a 108 meses de prisión, es decir, mínimo 2

años 8 meses y máximo 9 años, fronteras punitivas que se incrementan de la mitad al doble de la pena conforme el numeral 1° del artículo 110 del Código Penal, modificado por el artículo 1° de la Ley 1326 de 2009, para los eventos en que el agente se encuentre bajo el influjo de bebida embriagante o sustancia que produzca dependencia física o síquica es decir, que los extremos irán de 48 meses de prisión mínimo a 216 máximo, o lo que es lo mismo, de 4 años de prisión el mínimo a 18 años el máximo.

Una pena de mínimo 4 años de prisión se ofrece proporcional para alguien que bajo los efectos del alcohol se cruza un semáforo en rojo y le causa la muerte a un tercero, en cambio que 17 años 4 meses mínimo se muestra como una sanción desproporcional para alguien que jamás tuvo la intención de matar a otra persona cuando despliega la peligrosa actividad de manejar vehículo incrementando ese riesgo por hacerlo bajo los efectos del alcohol. Es desproporcional si se tiene en cuenta que con el mismo rasero se pretende medir al conductor del ejemplo con un homicida cualquiera que mata a otra persona.

Si la justicia es, como lo define Rawls en su magnífica obra Teoría de la Justicia, *“la primera virtud de las instituciones sociales”* y *“una teoría, por muy atractiva, elocuente y concisa que sea, tiene que ser rechazada o revisada si no es verdadera”*, significa que primero habría que determinar si es verdadero concluir que un conductor ebrio que cruza un semáforo en rojo se representó en serio el resultado y lo aceptó, para luego entonces sí endilgarle responsabilidad a título de dolo eventual.

Hacer depender de un dato tan falible como lo es un diagnóstico psicológico una decisión que representa semejante diferencia punitiva no se ofrece legítimo, justo, proporcional ni acertado; está en duda la veracidad de las bases jurídicas sobre las que se han edificado todas las teorías que han pretendido solucionar el complejo problema, por lo que esa sola circunstancia impediría seleccionar al dolo eventual como fórmula de solución para este tipo de casos.

El Congreso Colombiano nos tiene acostumbrados a la denominada hipertrófia legislativa, que como lo resalta el doctor Eduardo Fierro Manrique en su obra La problemática de la administración de justicia, desde los tiempos del ex presidente Lleras Camargo se censuraba el hecho que: *“...la parturienta legislativa es permanente y pernicioso, se legisla sobre todo y para todo; y de cualquier manera. No bien acaba de ser expedido un estatuto, aún no conocido suficientemente ni probadas sus bondades, cuando ya algún congresista acucioso pero superficial procura inmortalizarse al prohijar cualquier proyecto de reforma que con ostensible ligereza le sea propuesto...”* (página 96). Resultado de este fenómeno lo fue la introducción de la Ley 1326 del 15 de julio de 2009, a través del cual se

incrementó la pena de prisión para aquellos casos en que se producen muertes por parte de conductores en accidente de tránsito que lo hacen bajo los efectos del alcohol o de droga que produzca dependencia.

Se evidencia en forma palmaria el afán de “calmar” los medios de comunicación que en noticia de primera plana o titular principal registran siniestros cometidos con estas específicas características, esto es, por conductores ebrios. La ciudadanía entonces soliviantada por los medios reclama penas más drásticas para este tipo de personas, y claro, el Congreso se “inmortaliza” expidiendo reformas con incrementos punitivos.

Pero en el caso de la especie el aumento de penas para conductores embriagados se efectuó en el entendido que responderían bajo la modalidad culposa, que no dolosa en su variable dolo eventual, razón de más para admitir que el propósito del legislador no fue otro que el de castigar con mayor severidad a estos conductores imprudentes pero jamás en el entendido que ellos respondieran a título doloso, pues nótese que estas circunstancias agravantes sólo se predicán del homicida culposo, amén que para los delitos imprudentes rige el sistema del *númerus clausus*, que impediría aplicarle estas agravantes previstas para el homicidio culposo al homicidio simple cometido por el conductor embriagado si se opta por el dolo eventual.

En el fallo de la Corte que estamos analizando, vemos cómo la mayoría de magistrados destacan criterios fácticos para determinar que el conductor conoció los requisitos objetivos del tipo, pero ante la imposibilidad de constatar directamente lo que pensó el autor aquella madrugada, acuden a los indicios, en una forma cuestionable, pues se apartan de reglas de la experiencia y la lógica, además de confiar demasiado en el dictamen psicológico que concluye capacidad del sujeto para conocer y comprender su acto, es decir, integridad en sus funciones cognoscitivas.

La doctrina (Hassemer, Díaz Pita, Muñoz Conde y Scheffler entre otros) ha desarrollado algunos criterios que sirven para tratar de establecer el conocimiento que pudo haber llegado a tener el conductor al momento del choque, denominado “indicadores del dolo”.

El primero y respecto del cual se clama especial atención, es el de la amenaza de una ***poena naturalis*** para el autor o para sus seres queridos, lo que facilita constatar si existe en el autor dolo o por el contrario confió en la no producción del resultado para decidir en su caso la modalidad culposa o delito imprudente. Es innegable que todo el mundo busca siempre salvaguardar su integridad física así como la de sus seres queridos, bien sean familiares o amigos, siendo ello así, la

poena naturalis como criterio indicador del dolo sirve para reflexionar acerca de si una persona en realidad actúa con dolo eventual a pesar que su conducta bien puede ocasionarle una grave lesión o la muerte a él mismo, a sus familiares o seres queridos que con él viajan, o por el contrario la existencia así sea a nivel potencial de esa *poena naturalis* entendida como la exposición del autor de salir también perjudicado, se constituye en elemento visor de la modalidad culposa.

El otro criterio es el del error sobre la situación típica en los accidentes viales, mostrando la experiencia que a diario los conductores se acostumbran a incurrir en determinados riesgos desaprobados, pero que han venido convirtiéndose en una circunstancia denominada “**habitación del riesgo**”, que incide psicológicamente en el sentido de irse calando en el cerebro la errada idea que a pesar de transgredir una norma de tránsito por lo general nada pasará, esto es, que el riesgo no se convertirá en siniestro, y esa habituación al riesgo hace que la persona en su inconsciente vaya perdiendo el miedo y se sienta seguro de pasarse un semáforo en rojo, adelantar en curva invadiendo el carril contrario o manejando bajo estado de embriaguez sin que se accidente. Esta circunstancia o criterio no solo se predica de la propia experiencia sino también de la de los demás, como cuando a diario nuestros compañeros de trabajo comentan, o nosotros mismos nos damos cuenta, que algunos de ellos incurrir a diario, semanal o mensualmente en este tipo de irregularidades o violaciones a las normas de tránsito sin que nada les ocurre, lo que nos envía una errónea idea de que no necesariamente quebrantar la señal de tránsito, conducir bajo estado de ebriedad o incurrir en forma simultánea en estas dos situaciones va a generar un accidente.

Este criterio cobra importancia al reflexionar acerca de lo que exigió la Corte en el caso de la especie para decidirse por el dolo eventual, que en últimas fue el de partir del hecho que el conductor se representó en el plano de lo concreto los hechos sobrevinientes como probables dejando su producción librada al azar, que su actitud frente a esa representación permite considerarlo autor a título de dolo eventual, dejando de lado que cuando el conductor se aferra a la posibilidad que el resultado no se producirá, que la producción del siniestro se advierte lejana o remota, lo correcto es optar por la culpa con representación.

En la página 39 del fallo sub lite, la mayoría de la Sala admite la dificultad que suscita la comprobación directa de los componentes internos del dolo eventual, por lo que se acude a los razonamientos inferenciales con fundamento en hechos externos, y en constantes derivadas de la aplicación de las reglas de la experiencia, empero desestiman estos criterios doctrinales de la amenaza de una *poena naturalis* o el error sobre una situación típica por habituación del riesgo, y

concluyen que se trata de circunstancias superfluas por no exigir la modalidad dolosa eventual incluir o descartar estos aspectos.

Otra problemática cuya puerta quedó abierta con la sentencia estudiada, es la posibilidad de enjuiciar por tentativa de homicidio bajo la modalidad de dolo eventual a aquellos conductores que se crucen un semáforo en rojo, puesto que si se consideran autores a título de dolo eventual a los conductores que violen concretamente esa señal de tránsito, el que no se produzca el accidente resulta circunstancia que no desnaturaliza el delito imperfecto.

No hay confusión en la redacción de los racionios de la Corte frente a este aspecto, al final de la página 58 del fallo se consigna: *“Igual acontece con el conocimiento o representación en concreto de la probabilidad de producción del resultado típico. Desde el momento mismo en que el procesado decide abordar el automotor en avanzado estado de alicoramiento y bajo los efectos de sustancias estupefacientes, y ponerlo en marcha, inicia un proceso de puesta en peligro de los bienes jurídicos, que empieza a concretarse cuando ingresan nuevos factores de riesgo, como el exceso de velocidad, y que se tornan definitivamente de concreta representación cuando decide saltarse el semáforo en rojo de la calle 116, sin ningún tipo de precaución”*.

Es decir, para la Corte es claro que el cruzarse el semáforo en rojo es el factor que le permite al conductor concretar la representación del resultado, tomarse en serio el riesgo, actualizar ese conocimiento. Pero a la página 60, sin ambages, reconoce que “..el procesado no se encontraba en condiciones de controlar el vehículo en razón del alto grado de alicoramiento y la velocidad a que se desplazaba, es decir, en forma simultánea edifica la representación en concreto del riesgo por cruzarse el semáforo en rojo y reconoce que bajo el influjo de alcohol no estaba en condiciones de controlar el vehículo.

Entre el caso de la especie y otros tantos que resolvió la Corte Suprema antes del cuestionado fallo en realidad no hay diferencias; la postura de la Corte se inclinó hasta entonces por la culpa consciente al momento de decidir la responsabilidad del conductor ebrio que se cruza semáforos en rojo y causa la muerte de terceros, bajo el razonamiento lógico que estas personas jamás quisieron producir este resultado por más irresponsables que puedan ser; de ahí que la misma fiscalía por lo general lo tenía claro, acusaba por homicidio culposo agravado y con el nuevo sistema acusatorio venía imputando cargos por el citado delito imprudente; el temor es que en lo sucesivo el Ente investigador en este tipo de casos decida imputar el dolo eventual y los jueces apliquen a ojo cerrado los parámetros de la Sala Penal, en el entendido que ya está definido por la máxima jurisdicción Penal que si el conductor se cruza el semáforo en rojo tuvo la posibilidad de actualizar el

conocimiento, tomarse en serio el riesgo, representarse el siniestro y aceptarlo, por ende, en lugar de arriesgarse, juez o fiscal, a que les inicien un proceso por prevaricato, una indagación disciplinaria, más bien acuden a la comodidad de “pensar” como la Corte, con lo que garantizan blindarse a eventuales investigaciones.

Pero por lo mismo, deberían entonces esos fiscales imputar tentativa de homicidio en aquellos casos en los que sólo se pueda probar que se cruzaron el semáforo en rojo y que por fortuna no ocasionaron la muerte de terceros y los jueces condenar, lo que a todas luces se torna desproporcional, irrazonable.

El destacado tratadista Carlos Bernal Pulido, en su obra El derecho de los derechos apunta que la racionalidad es un concepto más abstracto y complejo de proporcionalidad y razonabilidad, se habla de racionalidad de las decisiones jurisprudenciales cuando se hace referencia a las exigencias que las sentencias y sus motivaciones deben satisfacer para que sean racionales, y una decisión es racional si se respetan las reglas de la lógica deductiva, la coherencia, se agrega por el autor trayendo a colación doctrina Española, que una decisión razonable es una decisión no arbitraria, fundada en una razón jurídica legítima, por lo que se prohíben los ejercicios del poder público abiertamente irrazonables, al tiempo que el principio de proporcionalidad aparece como la columna vertebral de la estructura, es un principio propio del estado de derecho, prohíbe cualquier exceso, y recuerda la advertencia para el derecho penal contenida en el fallo C-370 de 2002, con ponencia de EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT, precisamente quien hoy dirige a los fiscales de todo el país, con el siguiente tenor “..esta Corte ha señalado que el principio de proporcionalidad o prohibición de exceso limita la libertad de configuración del legislador en materia punitiva. Esta corporación ha concluido entonces que sólo el uso proporcionado del poder punitivo del Estado, esto es, acorde con el marco de derechos y libertades constitucionales, garantiza la vigencia de un orden social justo, fundado en la dignidad y la solidaridad humanas...El derecho penal en un Estado social de derecho está entonces también limitado por el principio de necesidad, pues tiene el carácter de última ratio: En consecuencia, resultan inconstitucionales aquellas penalizaciones que sean innecesarias.

La decisión no fue fácil para la Corte, de los nueve magistrados dos salvaron voto para postular en estos casos la culpa con representación o delito imprudente en lugar del dolo eventual, destáquese además que de los siete magistrados que conformaron la posición mayoritaria en la actualidad cuatro de ellos ya no fungen como tal, los doctores ALFREDO GOMEZ QUINTERO, JORGE LUIS QUINTERO MILANES, AUGUSTO IBAÑEZ GUZMAN y YESID RAMIREZ BASTIDAS, por lo

que sería interesante que a la Corte llegara un caso similar para conocer si con los nuevos miembros mantienen la postura o quizás sea replanteada.

Tratadistas de la talla de Claus Roxin consideran que el conductor que se cruza un semáforo en rojo, adelanta en curva invadiendo el carril contrario cometen el delito a título imprudente, y destacan el hecho que en aquellos casos en que el conductor se somete a sí mismo a un riesgo tan grande como el que es puesto en peligro “resulta plausible admitir que, pese a la creación del peligro concreto, él ha confiado en evitar el resultado”, circunstancia que, per se, sería suficiente para desechar el dolo eventual.

En igual sentido Ferrajoli consigna en su obra Derecho y razón, a partir de la página 397 en la que aborda los principios de proporcionalidad, equidad y certeza de las penas, los montos punitivos mínimos y máximos para cada caso, como corolarios de principios como la legalidad y retributividad, señala que *“...afortunadamente, en el derecho penal de los actuales ordenamientos evolucionados –en los que el coste global de las penas ha llegado a ser sin duda inferior al de los delitos- un criterio similar ya no está en condiciones de cumplir ninguna función de limitación de la violencia punitiva: sería en efecto bien poca cosa si esta función se limitase, en una lógica puramente retributiva, a exigir que la violencia criminal fuese a lo sumo duplicada, -en vez de, por hipótesis, triplicada- por la violencia de las penas. Por lo demás, para el propio Hart el criterio benthamiano parece reservado únicamente para las transgresiones leves. Debo añadir que éste, en particular, no puede en consecuencia valer para los delitos culposos –**como las muertes en accidentes de tráfico, para las que legitimaría penas draconianas-**, al menos si se considera que la culpabilidad, en él completamete descuidada, debe tener relevancia en la determinación de la pena”.* de lo cual se concluye que lejos está el autor italiano de avalar una sanción de mínimo 17 años de prisión en contra de un conductor como el del ejemplo.

En conclusión, espero de esta manera, expuestos los pretéritos raciocinios, haber conseguido por lo menos poner en duda que la postura mayoritaria de la Sala de Casación Penal sea la correcta para solucionar este tipo de casos.
