

CONFIGURACIÓN DEL “PRINCIPIO DE CONFIANZA” COMO CRITERIO NEGATIVO DE TIPICIDAD OBJETIVA*

José María Peláez Mejía**

Fecha de recepción: 27 de diciembre de 2014

Fecha de evaluación: 1 de julio de 2015

Fecha de aprobación: 18 de agosto de 2015

Artículo de reflexión

DOI: <http://dx.doi.org/10.18359/prole.1677>

Forma de citación: Peláez, J. M. (2016). Configuración del “principio de confianza” como criterio negativo de tipicidad objetiva. *Revista Prolegómenos Derechos y Valores*, 19, 37, 15-35. DOI: <http://dx.doi.org/10.18359/prole.1677>

Resumen

Este artículo tiene como objetivo mostrar las diversas soluciones propuestas por la doctrina para los problemas jurídicos derivados de la pregunta atinente a cuál es la estructura de aplicación del principio de confianza en el ordenamiento jurídico-penal colombiano desde la óptica de la teoría del delito, para luego poner en evidencia la línea jurisprudencial que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha manejado al respecto, proponiendo entonces una solución desde el marco de la imputación objetiva que pueda ser plenamente satisfactoria y coherente con los engranajes constitucionales y legales que rigen para el derecho penal y procesal penal colombiano.

Palabras clave:

Principio de confianza, imputación objetiva, causalidad, atipicidad objetiva, precedente.

CONFIGURATION OF “PRINCIPLE OF CONFIDENCE” AS NEGATIVE CRITERION OF OBJECTIVE AUTHENTICITY

Summary

This article has as an objective to show the different solutions proposed by the doctrine for legal problems derived from the question related to the structure of application to the principle of confidence in the Colombian legal-penal law from the view of the crime theory,

* El presente artículo es el resultado del proyecto “Investigación crítica de las líneas jurisprudenciales colombianas en torno a los problemas jurídicos que plantea el sistema penal acusatorio y la dogmática jurídico penal”, financiado por el Centro Seccional de Investigaciones de la Universidad Libre, Cúcuta, Colombia y adscrito al Grupo de Investigación Derecho Procesal (GIDPRO), categoría D en Colciencias. Para la realización de este artículo se contó con la colaboración de la auxiliar de investigación Rosa Angélica Quintero Jaimes, estudiante de cuarto año de Derecho de la Universidad Libre, seccional Cúcuta.

** Abogado de la Universidad Libre, Cúcuta, Colombia. Director del semillero de investigación penal “Claus Roxin”, magíster en Derecho Penal, candidato a magíster en Filosofía del Derecho y Teoría Jurídica de la Facultad de Filosofía de la Universidad Libre de Colombia y profesor asociado de pregrado y posgrado de la misma institución en Filosofía del Derecho y Teoría del Delito. Correo electrónico: josemaria.pelaez@unilibrecucuta.edu.co

in order to put in evidence the jurisprudential line that the Criminal Appellate Division of the Supreme Court of Justice has handled regarding this, proposing then a solution from the frame of objective imputation that may be completely satisfactory and coherent with the constitutional and legal gearings that rule Colombian penal and procedural law.

Keywords:

Principle of confidence, objective imputation, causality, objective authenticity, precedent.

CONFIGURAÇÃO DO “PRINCÍPIO DE CONFIANÇA” COMO CRITÉRIO NEGATIVO DE OBJETIVIDADE LEGAL

Resumo

Este artigo tem como objetivo demonstrar as diversas soluções propostas pela doutrina, referente aos problemas jurídicos derivados da questão sobre qual é a estrutura de aplicação do princípio de confiança no ordenamento jurídico-penal colombiano, a partir da ótica da teoria do delito, que se coloque em evidência a linha jurisprudencial que a Sala de Cassação Penal da Corte Suprema de Justiça deve utilizar. Propõe-se assim uma solução desde o marco inicial da imputação objetiva que possa ser plenamente satisfatória e coerente com as engrenagens constitucionais e legais que regem o direito penal e processual colombiano.

Palavras-chave:

Princípio de confiança, imputação objetiva, causalidade, objetividade legal, ilegalidade objetiva, precedentes.

Introducción

A. Metodología de investigación

La presente investigación es de tipo jurídico-exploratorio. Se expondrá cómo históricamente, desde el derecho penal general, se ha tratado y evolucionado, científica y filosóficamente, el tema de ubicación sistemática del principio de confianza, tomando como referencia los máximos exponentes mundiales de dicha teoría.

El método de investigación que emplearemos será el hermenéutico-dialéctico¹ (comprendido este

dentro del grupo de los teóricos²), por medio del cual se establecerá la situación actual del principio de confianza en la teoría jurídica del delito, observando, según las diferentes interpretaciones internacionales, cómo se entiende en Colombia; qué justificación se le ha dado en la solución de los casos concretos donde se ha utilizado o

o malentendidas. En contraste, Habermas ve la hermenéutica como un medio para superar no solo casos de comunicación sistemáticamente distorsionada, sino las condiciones sociopolíticas que nos impiden vivir en un mundo donde imperen la libertad, la justicia y la verdad. Habermas sugiere tres vías para la superación de lo que él percibe como las conclusiones relativistas e idealistas de la hermenéutica filosófica: la conjunción del entendimiento hermenéutico con la crítica de las ideologías, con diversos marcos teóricos y con una filosofía de la historia con inclinaciones prácticas.

² Carvajal (2006) nos muestra que en materia de investigación jurídica no existe únicamente el método de investigación cualitativa y cuantitativa, sino también el teórico y el práctico. Para otros autores este forma parte del método cualitativo.

¹ Para Habermas (1988) la esfera de la hermenéutica es ilimitada en tanto que el diálogo interpretativo tenga lugar bajo una “situación ideal de comunicación”. Desde la perspectiva de Gadamer (1977) la función de la hermenéutica es la de participar en el diálogo (con otras personas, el pasado y otras culturas) para mejorar el entendimiento de expresiones aún no comprendidas

intentado utilizar; hasta dónde se extiende dentro su real aplicación, y si definitivamente satisfizo o no, su pragmatización.

En cuanto a las unidades de población propiamente dicha y como objeto de estudio para nuestra investigación, estas no aplican. No obstante debe decirse que sí hay fuentes secundarias y terciarias de información abundantes para el desarrollo de este documento. Así las cosas y teniendo en cuenta el planteamiento del problema, el objeto, el tipo y el método a emplear, la técnica de recolección de información será el análisis de la teoría del derecho penal; doctrina, normatividad y legislación nacional e internacional, es decir, se manejará información proveniente de diversas fuentes secundarias y terciarias, entre estas, obras y materiales electrónicos relativos a las causales de ausencia de responsabilidad.

B. Delimitación y génesis del problema jurídico

El principio de confianza es considerado tradicionalmente³ uno de los criterios negativos de imputación objetiva debiéndose por lo tanto, comenzar por clarificar lo que tal nivel de adscripción significa, para luego ahí sí delimitar el problema jurídico en cuestión.

Para la honorable Corte Suprema de Justicia, acogiendo las posturas más autorizadas sobre el tema, la teoría de la imputación objetiva entra en el escenario académico con el fin de reemplazar la simple relación de causalidad material que no permitía delinear con total exactitud el ámbito de responsabilidad de una persona, ni las razones precisas por las cuales era posible atribuirle un resultado, lo que impedía además establecer si dicho efecto conductual podía realmente

adecuarse en alguno de los tipos construidos por el ordenamiento jurídico penal.

¿Qué permitió entonces la imputación objetiva? Dos cosas –según la jurisprudencia–: hallar una fundamentación más razonable, sopesada y suficiente que la sola causalidad material para poder concluir la responsabilidad penal de un procesado, y agregar motivaciones de mejor construcción argumentativa a partir de las cuales sea factible demostrar que la consecuencia lesiva es “obra suya”; en otras palabras, que depende de su comportamiento como ser humano (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 2003). Sobre el aspecto denotativo de la imputación objetiva en el año de 1995, con el radicado 9973, la Sala de Casación Penal dijo que dicha teoría podía concebirse

[...] como una forma de la imputación jurídico-penal, partiendo de los juicios éticos y del deber del ciudadano que busca eliminar en principio las tesis causalistas o materialistas para encontrar las causas del delito y centrarse en las teorías puramente o de contenido normativo.

Así mismo, en sentencia del 27 de octubre de 2004 (radicado 20926), explicó que la imputación jurídica del resultado se constituye apenas en el primer nivel de desarrollo de la teoría de la imputación objetiva, puesto que aquella encuentra su sustento en el principio de que el riesgo jurídicamente desaprobado debe concretarse de manera efectiva en la producción del resultado.

Bastante esclarecedora nos resulta la sentencia 23157/2007, con ponencia del doctor Yesid Ramírez Bastidas, respecto del significado y alcance que tiene la imputación objetiva en el seno de la jurisprudencia de casación, porque allí se nos dice lo siguiente:

Se ha tenido la teoría de la imputación objetiva del resultado como el instrumento teórico idóneo para explicar la relación que debe mediar entre la acción y el resultado, entre otros, en los delitos culposos. Reem-

³ En esta línea está la doctrina mayoritaria integrada principalmente por: Jakobs (1995), Roxin (1997), Bacigalupo (1999), Cancio (2001), Gómez (2005) y Velásquez (2009). Para otro sector, en cambio, el principio de confianza es una regla negativa de la infracción al deber objetivo de cuidado en los delitos culposos, siendo defendida por autores como: Maurach, Gössel y Zipf (1995), Jescheck y Weigend (2014), entre otros.

plaza una relación de causalidad sobre bases exclusivamente naturales, introduciendo consideraciones jurídicas, siguiendo las pautas marcadas por la teoría de la relevancia. En este marco, la verificación de la causalidad natural será un límite mínimo, pero no suficiente, para la atribución del resultado.

Conforme a estos postulados, comprobada la necesaria causalidad natural, la imputación del resultado requiere además verificar si la acción del autor ha creado o incrementado un peligro jurídicamente desaprobado para la producción del resultado y si el resultado producido por dicha acción es la realización del mismo peligro –jurídicamente desaprobado– creado por la acción. Caso de faltar algunos de estos dos condicionantes complementarios de la causalidad natural, se eliminaría la tipicidad de la conducta y, por consiguiente, su relevancia para el derecho penal. *Recuérdese que el causalismo se preguntaba si la acción era la causa de un resultado, en cambio la imputación objetiva se pregunta si una relación de causalidad concreta es la que quiere ser evitada por el ordenamiento jurídico.* Por ello ahora la cuestión jurídica principal no es averiguar si se presentan determinadas circunstancias sino establecer los criterios conforme a los cuales se quiere imputar determinados resultados a una persona (énfasis fuera de texto).

Para la Corte Suprema de Justicia la teoría de la imputación objetiva tendría como uno de sus objetivos preponderantes el de explicar la relación, el verdadero nexos o la sustentación jurídica del ligamen que debe mediar entre la acción y el resultado, genéricamente en lo relativo al tipo subjetivo (o sea dolosos o culposos) pero no incluyendo –en principio– los delitos de mera conducta o simple actividad.

Sin embargo, respecto de conductas punibles imprudentes, la Sala de Casación Penal precisó que la realización de su tipo objetivo (la infracción al deber de cuidado) se satisface completamente con la teoría de la imputación objetiva si un hecho causado por el agente le es jurídicamente atribuible a él, porque con su comportamiento

ha creado un peligro para el objeto de la acción no abarcado por el riesgo permitido y dicho peligro se ha realizado en el resultado concreto (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 2008).

Lo anterior nos indica, en relación con el significado de la imputación objetiva, que la Corte pareciera seguir la posición del ilustre tratadista colombiano Fernando Velásquez (2009) por cuanto la considera, en general, como un instrumento idóneo para lograr estipular si el resultado producido es la consecuencia de una acción o de una omisión específicas, pero extendiéndolo hasta la denotación y consecuencias que sobre el tema tan acertadamente ha hecho la profesora Margarita Martínez Escamilla (1998), porque decide significar la teoría de la imputación objetiva como una doctrina cuyo fin será el descubrir la configuración de ese ligamen objetivo-normativo que una la conducta con un resultado preciso, para que este pueda serle objetivamente atribuido a un sujeto determinado a quien se le pasará a considerar jurídicamente como su autor.

Ha de afirmarse además que cuando el artículo 9° del Código Penal expresa que la “causalidad no basta para la imputación jurídica del resultado”, ello implica que nuestra ley penal le da cabida al ingreso de la imputación objetiva exigiendo criterios no naturalísticos para completar la atribución de significado típico a una conducta.

En cuanto a los criterios de imputación objetiva hay una gran dificultad para sistematizarlos, pues se logró evidenciar una profunda disparidad de criterios por parte de la Corte Suprema de Justicia en su enunciación, ya que por ejemplo –y este es solo uno de tantos– la causalidad a veces aparece incluida dentro de la imputación (2004), en otras oportunidades es ubicada como presupuesto de la misma pero con independencia de los niveles de atribución objetiva (2007) y las más de las veces equiparada con uno de los criterios de imputación denominado la “realización del riesgo en el resultado” (radicado 24557/2007), como si de alguna manera la causalidad se encontrara ínsita esencialmente a este.

Sin embargo y en aras de la mayor claridad conceptual posible, hemos ordenado los criterios de imputación objetiva contruidos por la jurisprudencia colombiana así⁴: (i) primer nivel de imputación: creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y (ii) segundo nivel de imputación: realización del riesgo en el resultado. A esta conclusión, de dividir en dos niveles (o grupos) los criterios de imputación objetiva, se llega luego de evidenciar el siguiente análisis de la Corte al respecto:

[...] el juez, en primer lugar, debe valorar si la persona creó un riesgo jurídicamente desaprobado desde una perspectiva *ex ante*, es decir, teniendo que retrotraerse al momento de realización de la acción y examinando si conforme a las condiciones de un observador inteligente situado en la posición del autor, a lo que habrá de sumársele los conocimientos especiales de este último, el hecho sería o no adecuado para producir el resultado típico⁵.

En segundo lugar, el funcionario tiene que valorar si ese peligro se realizó en el resultado, teniendo en cuenta todas las circunstancias conocidas *ex post* (Corte Suprema de Justicia. Sentencia 27388 de 2007, (MP. Julio Enrique Socha).

Este pensamiento de la Corte, como “regla de derecho”, lo vemos reiterado en las sentencias: 26513/2007, 27357/2008, 36554/2011,

⁴ Debe señalarse sobre este punto que la Corte Suprema de Justicia es poco clara en cuanto a sus criterios de imputación, siendo muy itinerante la ubicación que le otorga a conceptos tales como “infracción al deber objetivo de cuidado”, “causalidad”, “posición de garante”, “relación de riesgo”, “resultado”, etc. Inclusive mediante sentencia 36082/2012, reiterando otras providencias, expresó que los criterios de imputación objetiva se daban en tres niveles, ya que su existencia puede afirmarse cuando “con su comportamiento el autor despliega una actividad riesgosa; va más allá del riesgo jurídicamente permitido o aprobado, con lo cual entra al terreno de lo jurídicamente desaprobado; y produce un resultado lesivo, siempre que exista vínculo causal entre los tres factores”. No obstante, analizando la jurisprudencia en su conjunto hemos concluido que la posición más reiterada implica comprender la imputación objetiva en dos grandes niveles de afirmación.

⁵ Cfr. Molina (2001, p. 378).

34317/2011, 37327/2011 y 33920/2012. Aunque se aclara que tales “niveles de imputación” aun cuando en la sentencia fundadora de línea –23157/2007– se aplicaron para un delito culposo, ello no implica que tales grupos de criterios sean diferentes para las conductas punibles dolosas (aunque obviamente cada forma de tipicidad subjetiva tendrá sus particularidades), ya que en sentencia 31362/2009 –por dar un ejemplo– los aplicó de modo genérico –y dentro del desarrollo de un caso cuyo delito es eminentemente doloso⁶–:

En segundo lugar, si como tantas veces lo ha señalado la Sala la teoría de la imputación objetiva parte de la base de que puede atribuirse determinado tipo al autor de una conducta al valorar *ex ante* (es decir, según las condiciones de un observador inteligente situado en la posición del autor) la creación por parte del sujeto agente de un riesgo no permitido o jurídicamente desaprobado para el bien jurídico, y al valorar *ex post* (o sea, teniendo en cuenta todas las circunstancias a la postre conocidas) la realización de ese peligro en el resultado, no hay duda de que ello también comprende una apreciación, que igualmente tendrá que efectuarse *ex post*, acerca de la lesividad de dicho resultado en directa relación con lo que es materia de protección por parte del legislador.

En síntesis, los dos niveles que existen de imputación son: imputación objetiva del comportamiento –creación de un riesgo jurídicamente desaprobado– e imputación objetiva del resultado –realización del riesgo en el resultado–.

Dado que el problema jurídico principal es ¿cuál es la estructura de aplicación del principio de confianza en el ordenamiento jurídico colombiano?, habrá de solucionarse otros cuestionamientos anexos a este:

- ¿En qué nivel de la imputación objetiva se ubica el principio de confianza?

⁶ Artículos 21 y 271 del Código Penal.

- ¿Qué requisitos exige el principio de confianza para ser aplicado?
- ¿En qué casos no opera el principio de confianza o se encuentra excepcionado?

Todos estos son problemas recurrentes en la praxis judicial de nuestro país y por lo tanto, el funcionario jurisdiccional debe tener argumentos que puedan darle solución a los mismos de forma clara y racional. Para tales efectos, se pasará a mostrar la postura que al respecto tiene la doctrina y la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal.

En relación con la doctrina se optó por usar únicamente las tesis de los autores más representativos del funcionalismo alemán (Roxin y Jakobs), por ser quienes mayor influencia han tenido en nuestras latitudes. Así mismo, de la doctrina española se tomaron como puntos de referencia a tres autores en los que se observa algún rasgo de novedad sobre la temática y no solo la automática repetición de las tesis alemanas, haciendo idéntica selección doctrinal en lo atinente a la producción colombiana.

C. Solución a los problemas jurídicos planteados

I. Solución doctrinal

1. Postura de Claus Roxin

Al igual que en los delitos dolosos, en los culposos es imprescindible la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado como criterio inicial de imputación. Ello comprende que la conducta llevada a cabo por el autor imprudente se enmarque en la serie de comportamientos prohibidos expresamente por el legislador.

Es fundamental resaltar que el maestro alemán reemplaza el criterio de “infracción al deber objetivo de cuidado” por el nivel actual de “creación de un riesgo jurídicamente desaprobado”, adaptando para este los avances que sobre la anterior institución se tenían.

En torno al principio de confianza expone lo siguiente: el mismo se edifica básicamente para negar el incremento de un peligro inadmisibles al producirse un resultado como consecuencia de un actuar conforme a derecho, con la convicción de que los demás también se conducían respetando el ordenamiento jurídico establecido. Al respecto el padre del funcionalismo moderado lo trata en diversos acápites:

- *En la circulación:* de manera más o menos amplia el principio de confianza sirve para la negación de un incremento del peligro inadmisibles cuando alguien se comporta de forma correcta en la circulación, confiando en que los demás participantes de dicho tráfico también lo hacen, siempre y cuando no existan indicios o evidencias concretas que pudieran llevar a suponer lo contrario. Empero dicho principio no aplicará cuando se trate de: (i) niños o menores de edad, (ii) peatones adultos frágiles por ser de edad avanzada o manifiestamente desorientados, o (iii) presentarse una situación de tráfico en especial peligrosa o complicada.
- *En la cooperación con división de trabajo:* este principio es perfectamente aplicable en situaciones donde la particularidad de la tarea o especialidad requiera de una necesaria repartición de funciones. No obstante, habrá que tenerse en cuenta que el personal se halle lo suficientemente cualificado para asignársele el cumplimiento de sus labores encomendadas, porque de lo contrario este principio no podrá tener aplicación si tales cualificaciones desde un inicio no se evidenciaron.
- *Respecto de delitos dolosos de otros:* el principio de confianza permite confiar a las personas en que los demás sujetos no van a llevar a cabo delitos dolosos a partir de las conductas jurídicas que los participantes de la interacción social normal han realizado. En tal sentido, quien vende un cuchillo o un veneno para ratas puede esperar que quien compra tales productos no los empleará

en la comisión de algún delito. Al respecto Roxin nos dice que allí se encuentra el punto medular y adecuado de la antigua teoría de la prohibición de regreso y agrega:

[...] en esta medida se trata también de un caso de riesgo permitido: los peligros inevitables se asumen o soportan en atención a las ventajas individuales y sociales que el principio de confianza ofrece también en este terreno. [...] La solución no consiste por tanto en una prohibición absoluta de regreso, sino que se trata de trazar los límites del principio de confianza y por tanto del riesgo permitido (Roxin, 1997, p. 1.007).

Sin embargo, no puede compartirse la opinión de Roxin en el ejemplo por él dado ya que: (i) la situación pertenece realmente al ámbito de la prohibición de regreso, (ii) no tiene en cuenta la excepción de los “deberes especiales de aseguramiento de objetos peligrosos”, según los cuales “debido a la peligrosidad de su utilización, básicamente solo se asignan al individuo con la misión de cuidar de que los objetos no caigan en manos indebidas”⁷ (Frisch, 2004, pp. 267-268) y (iii) desatiende la excepción que plantea la “seriedad del peligro” o la “proximidad del riesgo desaprobado”, de acuerdo con la cual la mera posibilidad teórica del resultado no es causal excluyente de imputación, por lo que se requiere que exista vecindad entre la actuación inocua y la elevadora del riesgo.

⁷ Resulta importante añadir lo siguiente: “Una conducta típica en el sentido de los delitos de resultado se da, pues, cuando (1) existen indicios concretos de un acceso inminente, por parte de las personas no autorizadas o decididas a un abuso delictivo, a cosas sometidas a los correspondientes deberes de organización, (2) simultáneamente, a este acceso está vinculado el peligro de menoscabo de bienes jurídicos en el sentido de los delitos de resultado, (3) este peligro podría eliminarse o reducirse decisivamente observando los deberes de organización, y (4) el obligado a organizar no cumple tales deberes” (Frisch, 2004, pp. 267-268).

2. Postura de Günther Jakobs

En el pensamiento de Jakobs la presente teoría se divide en dos grandes niveles: la imputación objetiva del comportamiento y la imputación objetiva del resultado –para el caso de los delitos de resultado–. En cuanto al tema de la causalidad, debemos decir que el maestro alemán no la descarta como parte de los elementos configurativos de su teoría, explicando sobre la misma:

La causalidad es solo condición mínima de la imputación objetiva del resultado; a ella debe añadirse aún la relevancia jurídica de la relación causal entre la acción y el resultado. Naturalmente, la relevancia de los cursos causales no se limita solo objetivamente, sino que también la exigencia de un aspecto subjetivo del hecho, congruente, tiene un efecto limitador (Jakobs, 1995, p. 237).

Respecto a los criterios de imputación objetiva, añade:

Los criterios de la imputación en su conjunto cabe reconducirlos a dos raíces y tienen –correlativamente a ambas raíces– dos contenidos distintos. Por una parte, se trata de la finalidad propia del derecho penal de garantizar la seguridad de las expectativas. [...] Por otra parte, los criterios de la imputación objetiva sirven a la forma de regulación predominante en derecho penal, la de los delitos de resultado. Aquí reside el principal ámbito de aplicación de las reglas desarrolladas para la causalidad (Jakobs, 1995).

En cuanto al principio de confianza: “Cuando el comportamiento de los seres humanos queda entrelazado, no forma parte del rol del ciudadano controlar permanentemente a todos los demás; de otro modo, no podría haber reparto del trabajo. Existe un principio de confianza” (Jakobs, 1997, p. 29).

Este principio de confianza puede aparecer en dos modalidades según nos lo explica Jakobs. Primera, cuando alguien actuando como tercero genera una situación que es inocua, pero si y solo

si el autor que actúa a continuación cumple con sus deberes. Segunda, la confianza irá guiada a que una determinada situación, previamente dada, haya sido dispuesta correctamente por parte de un tercero, de modo que quien haga uso de ella, el potencial autor, si cumple con su rol no generará daño alguno (p. ej. el cirujano que confía en la esterilización de sus herramientas).

Desde esa perspectiva tendríamos entonces que el principio de confianza tiene por destino hacer viable el reparto de trabajo. Sin su existencia las miles de divisiones de labores actuales serían imposibles, ya que entonces cada persona debería estar controlando absolutamente a todos los que cooperan con ella, y esto conllevaría una definitiva irresponsabilidad para cumplir con sus propias obligaciones. Fijémonos en un detalle: una circunstancia de esta índole solo podría generar la irreparable ausencia de seguridad para el cabal desenvolvimiento de un sistema social. Ello significa en últimas que el principio de confianza otorga libertad de acción a pesar del peligro de un desenlace negativo, pues de este peligro ha de responder otra persona; y todo porque dicho principio no solo permite la división de trabajo sino también el reparto de la responsabilidad según el estadio de organización de su rol.

Es necesario tener en cuenta los límites del principio de confianza planteados por Jakobs en su ensayo “La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del ‘riesgo permitido’, la ‘prohibición de regreso’ y el ‘principio de confianza’” y en su monografía “Imputación objetiva en el derecho penal”:

1. Este principio queda excluido si la otra persona no tiene capacidad de ser responsable o está disculpada de su responsabilidad. Ejemplo: no habrá en el tráfico automovilístico un principio de confianza que se dirija a la corrección de la conducta de niños pequeños.
2. No puede permitirse la confianza si la misión de uno de los intervinientes consiste precisa-

mente en compensar los fallos que eventualmente el otro comete; y esto puede suceder recíprocamente. Así por ejemplo, en una carretera el conductor de un automóvil deberá prestar sumo cuidado al desplazamiento de los ciclistas, porque no puede comportarse como si estos no se balancearan ni siquiera un poco más de lo cotidianamente normal.

3. Habrá cesación del principio de confianza cuando concurra la conducta que defrauda las expectativas. De esta manera

[...] si el primariamente competente no dispone ya de la posibilidad de mantener el curso en un estado inocuo o comienza de un modo manifiesto a dejar pasar tal posibilidad sin aprovecharla, se tiene que revitalizar la competencia, hasta entonces latente, del otro sujeto [...] (Jakobs, 1997, p. 220).

Por ejemplo, cuando el copiloto del avión está embriagado, al piloto le corresponde asumir de nuevo las tareas eventualmente delegadas. El principio de confianza no es un suceso psíquico, sino que debe entenderse como una autorización, un “estar permitido confiar”, significando ello que no es solo un supuesto particular del riesgo permitido, sino también de la prohibición de regreso:

[...] no se trata únicamente de que las personas, en acciones comunes o contactos anónimos, puedan ser factores perturbadores al igual que los procesos naturales impredecibles (en esta medida, riesgo permitido), sino que también se trata de la responsabilidad de estas personas por sus fallos (en esta medida prohibición de regreso) (Jakobs, 1995, p. 254).

Sin embargo, a diferencia de la prohibición de regreso, en el principio de confianza el agente es garante en la evitación de un curso de daño, pero dicho curso dejaría de ser lesivo si todos los intervinientes se comportasen correctamente.

3. Postura en algunos sectores de la doctrina española

Manuel Cancio Meliá

En la óptica de este importante tratadista español, la imputación objetiva implica la normativización del tipo penal objetivo en reemplazo de la visión causalista-naturalista que se tenía en otrora, por cuanto el mismo se llena de contenido jurídico. Su teoría parte de la formulación tradicional que se tiene sobre imputación objetiva; es decir, que un tipo penal se considera cumplido o materializado cuando se ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado y dicho riesgo se concreta en el resultado.

A diferencia de Roxin, Cancio supone –junto con Jakobs y Frisch– que la teoría de la imputación objetiva es aplicable a toda la teoría general del delito, sin que sea un concepto privativo de los delitos de resultado, por cuanto con ella se pretende es delimitar normativamente cuando una conducta adquiere la calidad de típica. En tal sentido nos explica:

Desde el punto de vista aquí adoptado, esta es la visión correcta de la teoría de la imputación objetiva: se trata de definir la conducta típica, más allá de elementos fáctico-naturales y de accidentes particulares de la infracción, normativamente como conducta con significado (objetivo) típico. Vista desde esta perspectiva, el peso esencial de la teoría –aplicable a cualquier infracción– estaría en los mecanismos dogmáticos de la imputación de la conducta como típica, pasando los problemas de imputación objetiva del resultado a convertirse en una especialidad de los delitos de resultado. Vista así, la teoría de la imputación objetiva es la traducción dogmática en la teoría del tipo de las corrientes jurídico-dogmáticas funcionales de las últimas décadas (Cancio, 2010, p. 187).

Criterios de imputación objetiva: al igual que Jakobs el autor en comento considera que la imputación objetiva se divide en dos niveles: (i) una imputación objetiva del comportamiento,

mediante la cual se delimitan las características esenciales para que una conducta sea tomada como típica y (ii) una imputación objetiva del resultado, en la cual se establece si efectivamente dicha conducta creadora de un riesgo jurídicamente desaprobado se ha realizado en el resultado.

De estos criterios nos interesa resaltar el primero, puesto que allí es donde se desarrollará como uno de los elementos negativos de la imputación objetiva el principio de confianza, pero estructurado de forma distinta a los autores alemanes reseñados. Miremos:

Todo tipo penal se encuentra conformado por unos parámetros normativos que lo caracterizan y que hacen de la conducta descrita un comportamiento generador de riesgos jurídicamente desaprobados. Sin embargo, esos elementos integradores de todo tipo penal, funcionan de forma escalonada-negativa en vez de positiva; es decir, que tan solo la no configuración sucesiva de los mismos es lo que permite la afirmación de la imputación objetiva del comportamiento.

Uno de tales criterios es el riesgo permitido el cual, siguiendo en lo fundamental a los grandes doctrinantes alemanes de la imputación objetiva, es considerado por Cancio como una institución jurídica, cuyo sentido cobra valor al existir ámbitos de la configuración vital sobre los cuales ciertos riesgos son plenamente tolerados, aun cuando constituyan organizaciones evidentemente peligrosas. Así mismo, agrupa dentro de este elemento negativo de la imputación objetiva del comportamiento dos colecciones de casos: (i) las situaciones que vienen a ser permitidas en ciertas circunstancias especiales debidamente reglamentadas (por el legislador u organismos similares) o inclusive sin reglamentación expresa pero aun así claramente parametrizadas (como por ejemplo la *lex artis* de la medicina) y (ii) aquellos eventos cuya normalidad social constituye el elemento preponderante para estimarlos como riesgos permitidos. Así las cosas y de manera sintética, el profesor español afirma,

parafraseando a Jakobs, que el riesgo permitido es una institución dogmática en virtud de la que se determina el estado de interacción normal frente a ciertos riesgos.

Una novedad que debe resaltarse es el hecho de que Cancio ubica el principio de confianza dentro del riesgo permitido y no como un criterio independiente de imputación. Y ello lo hace porque considera que en últimas la esencia de dicho principio radica en la actuación del sujeto conforme con los parámetros jurídicos de su rol; esto es, dentro del marco del denominado riesgo permitido, puesto que en caso contrario no sería admisible la posibilidad de aplicación de este principio. En lo demás mantiene la línea tradicional de configuración de esta institución dogmática, siendo novedoso únicamente su lugar al interior de la teoría de atribución jurídico-normativa.

Diego-Manuel Luzón Peña

Al igual que Cancio, el tratadista español Diego-Manuel Luzón Peña (2012) comprende el principio de confianza como una expresión del riesgo permitido. No obstante, pareciera circunscribirlo únicamente a los delitos culposos y a su versión original de aplicación; es decir, al campo de la circulación, debiendo oponer a su aplicación el principio de defensa o de desconfianza (como él lo llama) cuando otro sujeto evidentemente ya comenzó a actuar con imprudencia o porque “los otros participantes en el tráfico sean personas de las que por experiencia cabe esperar reacciones o conductas anormales o descuidadas, como niños, ancianos, incapacitados o personas ebrias (máxime si intervienen como peatones o ciclistas, que están más desprotegidos)” (Luzón, 2012, p. 298).

Un sector doctrinal quiere aplicar el principio de confianza a casos de trabajo en equipo con funciones en parte coordinadas y en parte jerarquizadas, como en el caso de las intervenciones quirúrgicas o en la construcción, elaboración y ejecución de proyectos de ingeniería o arquitectura, etc. Ello parece más viable respecto de las relaciones de coordinación, en que se puede confiar en la actuación prudente de otros miem-

bros del equipo si no hay motivos suficientes para sospechar lo contrario; pero en cuanto a los superiores respecto de los subordinados hay que introducir tantas matizaciones –que el superior cuente con una buena selección y formación de los inferiores, que coordine bien su labor y supervise lo suficiente su actuación–, que queda un margen muy reducido para el principio de confianza (Luzón, 2012, p. 298).

4. Postura en algunos sectores de la doctrina colombiana

Fernando Velásquez

Como bien lo expone el maestro Velásquez

[...] la ubicación de este principio es bastante discutida, pues mientras algunos lo sitúan en el segundo nivel [...], casi siempre como manifestación del riesgo permitido, otros prefieren darle la entidad de principio general extensible a toda la imputación objetiva; sin faltar voces que lo entiendan como un “tópico” o “punto de vista genérico” empleado para comprobar en un caso concreto diligencia debida (2009, p. 380).

Aunque la definición que da el autor del mismo es bastante cercana a la de Roxin, ya que lo considera un criterio negativo de imputación objetiva, según el cual se puede y debe confiar en que todos los que participan en el desarrollo de la vida cotidiana y laboral cumplen con las normas y los roles que les son asignados.

Jesús Orlando Gómez López

Para el maestro Gómez López el principio de confianza es un elemento negativo de la imputación jurídica de resultado, sin darle un sitio específico al interior de la misma. Ahora bien, en cuanto al significado, alcance y excepciones de tal elemento se apoya esencialmente en el pensamiento de Jakobs afirmando que

[...] en actividades que han de ejecutarse con la intervención conjunta de varias personas (actividad industrial, equipo quirúrgico, operarios técnicos, tráfico automotriz, pilotos

y copilotos de naves, etc.), cada uno de los partícipes tiene la justa expectativa de confiar en que los demás han cumplido correcta y cuidadosamente la actividad que les compete, y cada individuo no puede convertirse en un supervisor de la actividad de los demás, pues haría imposible la tarea conjunta. Es claro que el derecho a la confianza en la acción correcta ajena supone que aquel de quien esperamos la acción adecuada posea el mínimo de conocimientos que se exigen para la actividad, pues de lo contrario desaparecería el fundamento de la confianza (Gómez, 2005, p. 328).

En tal sentido, cuando se trata de situaciones de niños, trastornados mentales, embriaguez o similares, no se tendrá derecho a confiar en el otro, por cuanto ese “otro” no tendrá la capacidad para cumplir operativa e idóneamente con su rol.

Yesid Reyes Alvarado

Los niveles de imputación según el jurista Reyes Alvarado serían dos: la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y la realización de riesgos. Así mismo, dentro del primer nivel de atribución ubicaría como parte de determinación del riesgo el principio de confianza, aseverando sobre este que

[...] como consecuencia de ese consenso que teóricamente debería fundar las directrices de comportamiento social, surge la necesidad de que cada sujeto pueda organizar su actividad sobre el supuesto de que las demás personas se comportarán también de manera reglamentaria, a pesar de que la experiencia enseñe que ello no siempre ocurre (Reyes, 1996, p. 142).

Se estima también que las limitaciones al principio de confianza se establecen según el caso concreto, teniendo en cuenta principalmente la “posición de garante” y el hecho de que tal principio es una especie de derivación del “riesgo permitido”, por lo cual, la clave de aquel se encontrará en el hecho de que el mero autor causal del evento para poder invocar tal exclusión de la atribución

objetiva del comportamiento, deberá haberse comportado conforme su propio rol y los parámetros normativos que lo rigen.

Otros sectores doctrinales

Muchos más autores colombianos han escrito monografías, manuales o tratados en los que se analiza la institución del principio de confianza, pero desde el modelo de afiliación con alguna de las posturas alemanas ya reseñadas, razón por la que se resumirá dicha línea teórica sin ahondar más en ello:

El profesor Francisco Bernate Ochoa (2010) elabora su monografía “Imputación objetiva y responsabilidad penal médica” desde la óptica del funcionalismo jakobsiano, por lo que puede evidenciarse que al desarrollar el principio de confianza, aplicado a casos médicos, utiliza como referentes teóricos a Jakobs y otros autores que siguen el mismo modelo teórico del pensador alemán.

No obstante, es viable enunciar las conclusiones a las que llega sobre la aplicación del mismo en casos médicos concretos: (i) frente al abandono de compresas y material quirúrgico en la humanidad del paciente el principio de confianza es perfectamente aplicable “siempre y cuando todo el equipo haya estado presente tanto en el conteo inicial como en el conteo final y se hayan percatado que el mismo se realizó de manera adecuada” (Bernate, 2010, p. 174); (ii) frente al manejo de equipos en desarrollo del acto médico debe clarificarse la aplicación del principio respecto a la adquisición del instrumental y los equipos en general, y respecto al mantenimiento de los mismos. En cuanto a lo primero si la adquisición fue legal y se cumplieron todos los procedimientos jurídicos de compra y revisión “es procedente aplicar el principio de confianza frente al manejo de las cosas, en tanto que el profesional puede confiar en la idoneidad de los mismos” (Bernate, 2010, p. 175). Ya en el segundo aspecto, el propietario de los materiales deberá velar por el mantenimiento de los equipos y si tal situación ha ocurrido “el principio de confianza es aplicable y por ende no habrá imputación

objetiva frente a eventuales resultados causados por los equipos” (Bernate, 2010, p. 176); y (iii) en lo relativo al empleo de capacidades ajenas son verificables tres hipótesis, según Bernate (2010): (i) aquella en que la elección del personal la realiza el cirujano (H1); (ii) aquella en que la elección del equipo se deriva de una vinculación con la institución (H2); y (iii) los eventos en que la elección de personas es hecha directamente por el paciente (H3).

En H1 el principio de confianza obrará respecto de todos los integrantes del personal médico “en la medida que existen relaciones independientes y principales, así como una clara distribución de tareas” (Bernate, 2010, p. 178). En H2 operarán las mismas reglas de H1. Y en H3 aun cuando el principio de confianza es también plenamente aplicable dado que “se parte del presupuesto de que quienes laboran para la institución cumplen con unas calidades profesionales que les permitieron acceder a las mismas” (Bernate, 2010, p. 179), no podrá perderse de vista que ante la clara falta de cualificación profesional, el médico no podrá ampararse en dicho principio y con la justificación de que fue el paciente quien escogió el equipo médico.

La docente Claudia López (1996) en una ya tradicional monografía sobre imputación objetiva, expone el principio de confianza de forma descriptiva, enunciando la configuración del mismo desde la perspectiva alemana. En ese orden de ideas, afirma que tal principio encuentra su fundamento en el principio de autorresponsabilidad, dado que por regla general “cada uno debe orientar su conducta de tal forma que no lesione bienes ajenos; pero no es su deber preocuparse porque los demás observen el mismo comportamiento” (López, 1996, p. 120).

Luego de ello refiere que dicha institución se utiliza actualmente en cuatro ámbitos fundamentales: (i) en el tráfico automotor, donde surge en el escenario jurisprudencial en casos de delitos culposos; (ii) en la realización de trabajo en equipo, puesto que “no es posible que alguien pueda cumplir acertadamente su

tarea si tiene el deber de controlar y vigilar la conducta de los demás colaboradores” (López, 1996, p. 123); (iii) en los comportamientos dolosos de terceros, por cuanto era lógico que también debía tenerse el derecho a esperar que los demás no se comportaran dolosamente y así por ejemplo, no habrá responsabilidad, cuando terceros utilicen de forma intencional objetos peligrosos en actividades delictivas (lo cual tal vez sea más un tema de prohibición de regreso que de principio de confianza como lo alcanza a enunciar López, 1996); y (iv) en la ejecución de riesgos, aunque tal postura resulta minoritaria, ya que dicha hipótesis en realidad pertenecería a un escalón distinto de estructuración de la imputación objetiva.

II. Solución jurisprudencial

La honorable Corte Suprema de Justicia nos explica que de acuerdo con este principio, no se imputan objetivamente los resultados producidos por quien ha obrado confiando en que otros permanecen dentro de los límites del peligro permitido (radicado 25536/2006). Esta conceptualización se mantiene casi invariable a lo largo de los años de producción jurisprudencial sobre el tema.

Nos resulta obligado decir que su estructura adolece de una clara sistematización, ya que la alta corporación toma el principio de confianza a veces como una circunstancia de exclusión aislada (radicado 16636/2003), a veces como criterio limitante o correctivo de la teoría de la imputación objetiva (radicado 27537/2008) –en una tesis muy similar a la de Roxin– y otras tantas como criterio normativo de esta (radicado 32053/2009) (siguiendo en su contenido y –al parecer– también en su ubicación a Jakobs; esto es, atribución por verificación de ausencia de causales de exclusión objetivas). Miremos una de las más recientes definiciones de la Sala de Casación Penal sobre el principio de confianza:

[...] es un criterio normativo que [forma] parte de la teoría de la imputación objetiva según el cual no es posible atribuirle el resul-

tado típico a una persona si esta ha obrado convencida de que otras no han incurrido en riesgos jurídicamente desaprobados, a menos que haya tenido motivos suficientes para suponer lo contrario (radicado 32053/2009).

En cuanto a la fundamentación que ha tenido la presente jurisprudencia para la configuración de este principio, podemos aseverar que se ha seguido, invariablemente desde el año 2003, la que emplea Jakobs, puesto que al relacionar dicho “criterio normativo” con algún caso en concreto, nos señala que tampoco se precisa el riesgo no permitido cuando, en el marco de una cooperación con división del trabajo, en el ejercicio de cualquier actividad especializada o profesión, el sujeto agente observa los deberes que le eran exigibles y es otra persona perteneciente al grupo la que no respeta las normas o las reglas del arte (*lex artis*) pertinentes, agregando además la alta corporación, que “la organización de la sociedad actual se basa en el reparto de roles” (radicado 27537/2008) por lo que cada individuo tiene asignado uno y conforme a él se espera que se comporte de un cierto modo en cada evento específico.

Así que, de acuerdo con tal sustentación, si cada persona espera que la otra actúe satisfaciendo la expectativa que de ella se deriva, su comportamiento será uno y no otro;

[...] es decir, no se puede esperar el actuar imprudente de los demás ya que esto llevaría a una situación caótica en la que el exceso de celo provocaría una paralización de cualquier actividad que entrañe riesgo, que no son pocas (radicado 27537/ 2008).

Pero al margen de lo referido, pasemos a ver la configuración que mediante reglas y subreglas tiene establecida la Corte Suprema de Justicia en torno a la aplicación del principio de confianza⁸:

⁸ Cada una de las reglas y subreglas que se enunciarán constituyen doctrina probable por haber sido reiteradas en más de tres sentencias. Sin embargo, solo mostraremos algunas a modo de ejemplo.

Regla de orden general: el principio de confianza es un criterio normativo que forma parte de la teoría de la imputación objetiva y, según este, no es posible atribuirle el resultado típico a una persona si esta ha obrado convencida de que otras no han incurrido en riesgos jurídicamente desaprobados (fallos 16636/2003, 17765/2003, 21241/2004, 22511/2005, 22941/2006, 24031/2006, 24557/2007, 25104/2008, 25536/2006, 27388/2007 y 33920/2012). En tal sentido, el principio de confianza es una circunstancia que exime de la imputación jurídica u objetiva por disolución de la actividad peligrosa o por desaparición de la superación del riesgo permitido, en virtud del cual el hombre normal espera que los demás actúen de acuerdo con los mandatos legales que les corresponde observar (verbigracia sentencia 39023/2013).

Primer calificador modal⁹: no se podrá predicar el principio de confianza si se tenían motivos suficientes para suponer el incumplimiento de los roles por parte de los demás intervinientes en el curso lesivo de bienes jurídicos (p. ej. sentencia de 28 de septiembre de 2006, radicado 24031).

Segundo calificador modal: no hay lugar a la aplicación del principio de confianza cuando la persona posee un especial deber de vigilancia o cualquier otra función de control, pues en tales eventos no es posible afirmar que la conducta del actor ha quedado supeditada a la intervención de los demás (entre otras, sentencias de 9 de febrero de 2005, radicado 21547 y de 28 de septiembre de 2006, radicado 24031). (En este punto es necesario decir que el principio de confianza entonces no regirá si la persona que lo invoca se encuentra en una posición de garante respecto del objeto material del bien jurídico)¹⁰.

Tercer calificador modal: no es procedente el reconocimiento de este principio en los casos en los que el procesado está obligado por los referidos deberes especiales y son otros quienes

⁹ Excepciones a la aplicación del “principio de confianza” comienzan a perfilarse en 31692/2009.

¹⁰ Véase radicado 32053/2009 y SP-4451/2014, radicado 4363.

incurren de manera activa en comportamientos culposos e, incluso, dolosos para la producción del resultado típico (sentencia del 3 de octubre de 2007, radicado 28326). (Al igual que en el segundo calificador modal, el principio de confianza no opera por existir una posición de garante de parte del sujeto que predica su aplicación).

Cuarto calificador modal: no puede ser exonerado de imputación con fundamento en el principio de confianza, quien divide el trabajo con personal sin suficiente cualificación profesional para desplegar determinadas tareas, pues en este supuesto se requiere de su parte aún más vigilancia, custodia y supervisión estricta (sentencia del 27 de julio de 2006, radicado 25536).

Quinto calificador modal: no podrá aplicarse el principio de confianza cuando se halle presente el principio de defensa o de seguridad, porque en alguna situación específica se prevea que ciertas personas podrán actuar en contra de los reglamentos (por caso, ancianos, personas en condición de discapacidad, niños¹¹, enfermos, etc.) (radicado 22941).

Sexto calificador modal: como no todo principio es absoluto, se tiene que el de confianza se exceptúa por el también conocido como principio de seguridad. Este postulado significa que el hombre medio debe prever que si bien su comportamiento puede, en general, sujetarse al principio de confianza y así tener una cierta seguridad en cuanto a que aquel con quien interactúa también cumplirá su función, de todos modos existen circunstancias excepcionales en las que, con el fin de evitar el riesgo y el consiguiente daño antijurídico, debe actuar conforme el principio de defensa y así adecuar su comportamiento a una excepcional situación en la que no tiene vigencia el principio de confianza. Si así no lo hiciera, el agente creará un riesgo no permitido y le será imputable el resultado dañoso que se produzca como consecuencia de no obrar

¹¹ 32275/2009.

de acuerdo con el principio de defensa¹² (v. gr. sentencia 39023/2013).

Primera regla específica para su aplicación: el principio de confianza aplica para toda la gama de delitos del Código Penal, por cuanto además de las situaciones de tráfico rodado y circulación, este rige sobre todo en aquellas actividades compartidas o de colaboración, en donde opera una división del trabajo o de las labores encomendadas (sentencia del 12 de agosto de 2009, radicado 32053).

Segunda regla específica para su aplicación: el reconocimiento del principio de confianza parte del supuesto de que el agente que lo invoca ha cumplido a cabalidad con todas las actividades propias de su rol¹³, de manera que no se le puede imputar, ni la creación ni la agravación de riesgos jurídicamente desaprobados, en tanto la realización del riesgo en el resultado resulta imputable a otra persona (sentencia del 17 de febrero de 2010, radicado 32254).

Calificador modal: no aplicará el principio de confianza cuando se infringe el derecho por incumplimiento de los deberes que este impone, ya que uno de los fundamentos para esquivar la responsabilidad es haberse comportado correctamente –25536/2006–.

¹² Radicado 39023/2013: “Sobre las situaciones específicas en las que se exceptúa el principio de confianza, especialmente en el tráfico vehicular, se ha citado, entre otras, el comportamiento de individuos, quienes por sus especiales características o por la alteración de sus facultades mentales superiores (v. gr. menores de edad, ancianos, personas en estado de embriaguez) no se espera de ellas razonablemente que ajusten su actuar como lo haría una persona en condiciones normales. Pero más allá de estas particulares situaciones, la jurisprudencia de la Corporación ha señalado que la excepción del principio de confianza está guiada por la apreciación racional de las pautas que la experiencia brinda o de las concretas condiciones en que se desenvuelve una actividad u organización determinada, porque son elementos que posibilitan señalar si una persona, al satisfacer las reglas de comportamiento que de ella se esperan, está habilitada para confiar en que el dolo o la culpa de los demás que interactúan en el tráfico jurídico no la van a afectar”.

¹³ Cfr. 32071/2011 y 36422/2012.

En relación con el calificador modal de la segunda regla específica para su aplicación, debe indicarse que recientemente la Sala de Casación Penal ha expresado una postura diferente, puesto que considera que aun cuando el agente actúe con negligencia en el cumplimiento de sus deberes, podrá invocar el principio de confianza:

Efectivamente, el principio de confianza al estar relacionado con el riesgo permitido es predicable aun respecto de quien actúa imprudentemente, pues aunque obre sin el debido cuidado tiene el derecho de esperar que los demás asuman acciones ajustadas a los reglamentos, como aquí ocurrió respecto de los ocupantes de la bicicleta toda vez que por el número que allí se desplazaba y por las prendas utilizadas por la conductora, intentaron el cruce de la vía confiados en que el vehículo que venía a la distancia no invadiera la vía contraria y menos que se desplazara a excesos de velocidad¹⁴ (sentencia de 12 de febrero de 2014, radicado 42000).

No obstante, tal postura de la alta corporación –que formó parte de su *ratio decidendi*, pues la empleó como regla y fundamento para negar la censura del casacionista– no constituye doctrina probable y, en consecuencia, no es –hasta el momento en que se redacta este artículo– un precedente de obligación relativa¹⁵ sino tan solo una

“jurisprudencia” o “antecedente jurisprudencial”¹⁶ que reviste la característica de mero criterio auxiliar¹⁷ en los términos del artículo 230 de la Constitución Política.

Teniendo en cuenta que los calificadores modales segundo y tercero (de la regla de orden general) se fundamentaron en la posición de garante para no dar aplicación al principio de confianza, pasaremos a explicar la tesis que sobre la materia tiene la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (haciendo la salvedad de que aún la alta corporación no tiene definido si la “posición de garante” es un presupuesto de la imputación, un criterio de esta o un subnivel

exponer las razones jurídicas que lo llevan a considerar su criterio hermenéutico como superior al precedente judicial desechado, ‘ya que se prohíbe el cambio jurisprudencial discrecional’, arbitrario o caprichoso dada la gran cantidad de principios constitucionales que están en juego [...]. Esta última carga argumentativa se cumple cuando se presenta alguna de las siguientes hipótesis en torno al precedente del cual se apartará el funcionario jurisdiccional: a) si se lleva a cabo un tránsito legislativo, b) cuando por un cambio social, político o económico se vuelva diferente la situación actual examinada de aquella en la que se produjo el precedente, c) si hay anfibología u oscuridad en el precedente, y d) cuando la regla de derecho fijada en el mismo contraría materialmente los valores, objetivos, principios y derechos en los que se fundamenta el ordenamiento jurídico” (Peláez, 2013).

¹⁴ Véase también: AP639/2014 (42000).

¹⁵ “También ha de definirse como una regla de derecho fijada mediante el empleo de una providencia judicial a través de la metodología de ‘caso análogo’ o a través de la ‘doctrina probable’ de la Corte Suprema de Justicia [...]. Al respecto ha de señalarse que tales precedentes resultan vinculantes por cuanto permiten la coherencia del sistema jurídico, la seguridad jurídica, la interpretación armónica de los principios de autonomía e independencia judicial y otros principios y derechos fundamentales como la igualdad. No obstante, el grado de obligación de dicho precedente será relativo por cuanto existirá en el funcionario jurisdiccional la posibilidad y potestad de apartarse del mismo siempre y cuando cumpla con dos cargas argumentativas: (i) la carga de transparencia, según la cual la autoridad judicial deberá señalar expresamente que conoce el precedente y que se apartará de él y (ii) la carga de argumentación (llamado en lógica jurídica como ‘principio de razón suficiente’ y asociado íntimamente con el ‘deber de motivación’ consagrado en la Constitución Política) a partir de la cual el funcionario tendrá que

¹⁶ “[...] las denotaciones ‘antecedente jurisprudencial’ y ‘jurisprudencia’ son sinónimos, y se refieren a aquellos análisis jurídicos, criterios interpretativos o efectiva interpretación que una sentencia aislada y no reiterada lleva a cabo sobre un derecho fundamental determinado o cualquier otro canon de índole constitucional que si bien constituyen una herramienta útil para el análisis de las reglas sobre el entendimiento de los mismos, sus contenidos no resultan de manera alguna obligatorios en cuanto a su aplicación, sirviendo tan solo como un criterio auxiliar prescindible o guía hermenéutica para la toma de una decisión cualquiera” (Peláez, 2013)

¹⁷ “Este ha de entenderse como aquel razonamiento jurídico proposicional o no, llevado a cabo por la Corte Constitucional o la Corte Suprema de Justicia que no resulta vinculante para el funcionario jurisdiccional y del cual es posible apartarse sin ningún tipo de motivación, ya que tan solo sirve de guía interpretativa de la ley y su nivel de obligatoriedad es nulo por cuanto posee la misma jerarquía de ligamen que la equidad, los principios generales de derecho y la doctrina jurídica, según así se desprende del artículo 230 de la Constitución Política colombiana y conforme al sentido que a dicho precepto le ha otorgado nuestra Corte Constitucional” (Peláez, 2013).

normativo de instituciones propias del juicio de imputación, como por ejemplo el principio de confianza o la prohibición de regreso): la posición de garante puede ser definida como la situación en que se halla una persona, en virtud de la cual tiene el deber jurídico concreto de obrar para impedir que se produzca un resultado típico que es evitable (radicado 25536/2006). Si al incumplir la obligación que constitucional o legalmente tiene, hace surgir un evento lesivo que podía ser impedido, habrá abandono de la posición de garante.

En este punto claramente se nota cómo la Corte Suprema de Justicia asume la posición amplia de Jakobs sobre el asunto, ya que la extiende a todo tipo de delitos; inclusive llega a afirmar que la posición de garante

[...] es la situación general en que se encuentra una persona que tiene el deber de conducirse de determinada manera, de acuerdo con el rol que desempeña dentro de la sociedad. Desde este punto de vista, es indiferente que obre por acción o por omisión, pues lo nuclear es que vulnera la posición de garante quien se comporta en contra de aquello que se espera de ella, porque defrauda las expectativas (radicado 25536/2006).

En cuanto a las circunstancias específicas que constituyen posición de garantía, la Corte sigue lo fijado por el artículo 25 del Código Penal, aunque haciendo la siguiente advertencia: en una primera hipótesis existe posición de garante para todos aquellos eventos en los cuales, frente a cualquier bien jurídico, la persona tiene la obligación precisa, de raigambre constitucional o legal, de actuar (o sea ejercer positivamente una conducta) pudiendo y debiendo hacerlo, siendo la segunda hipótesis constitutiva de garante el grupo de casos en que, frente a los bienes jurídicos particularmente mencionados por el parágrafo del artículo 25¹⁸ de la ley 599/2000, (i)

¹⁸ Artículo 25. Acción y omisión. “La conducta punible puede ser realizada por acción o por omisión. Quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado

la persona asume voluntariamente la protección real de otra o de una fuente de riesgo, dentro de su propio ámbito de dominio; (ii) mantiene una estrecha comunidad de vida con otras personas; (iii) emprende la realización de una actividad riesgosa con otros individuos; o (iv) crea con antelación una situación antijurídica de riesgo cercano para el bien jurídico correspondiente. En palabras de la Corte:

[...] existe posición de garante en todos aquellos eventos en los cuales, frente a cualquier bien jurídico, la persona tiene la obligación constitucional o legal de actuar y no lo hace, pudiendo y debiendo hacerlo (primera hipótesis); y existe posición de garante en los casos en que, frente a los bienes jurídicos particularmente mencionados, la persona asume voluntariamente la protección real de otra o de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio; mantiene una estrecha comunidad de vida con otras; emprende la realización de una actividad riesgosa con otros individuos; o crea con antelación una situación antijurídica de riesgo cercano para el bien jurídico correspondiente (radicado 25536/2006).

perteneciente a una descripción típica y no lo llevar a cabo, estando en posibilidad de hacerlo, quedará sujeto a la pena contemplada en la respectiva norma penal. A tal efecto, se requiere que el agente tenga a su cargo la protección en concreto del bien jurídico protegido, o que se le haya encomendado como garante la vigilancia de una determinada fuente de riesgo, conforme a la Constitución o a la ley. Son constitutivas de posiciones de garantía las siguientes situaciones:

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

Parágrafo. Los numerales 1, 2, 3 y 4 solo 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”.

1. Aplicación práctica de este criterio

Caso:

Los esposos Dolly Inés Mojica García y Gustavo Alfonso Mahecha Martínez, en compañía de sus hijas, entre ellas Dolly Johana, de dos años de edad, se encontraban de vacaciones en Santa Marta, en el condominio Santa María del Mar, de El Rodadero.

Aproximadamente a las ocho de la mañana del 29 de marzo de 1997, el padre y la niña se dirigieron a la recepción, pues aquel iba a firmar unos documentos. Al cabo de unos minutos, se detectó la desaparición de la infante.

Luego de la búsqueda, su cuerpo sin vida se halló en el fondo del tanque de almacenamiento de agua, cuya tapa, por orden de la administradora la señora B, era quitada diariamente para medir el nivel del líquido. Esta, a su vez, siempre disponía que se obstaculizara el paso con diversos muebles, que el día del suceso fueran un escritorio y una silla. Al día siguiente se puso una reja (Corte Suprema de Justicia, sentencia 22941/2006).

Respuesta de la Corte: decide no casar la sentencia, confirmando en su lugar la absolución por el delito de homicidio culposo al considerar que: (i) si la ubicación de ese pozo significaba el peligro que desencadenó el suceso, incontestable resulta concluir que la acusada no creó ese riesgo, que el mismo fue ajeno a su actuar, pero, además, que la situación era conocida y admitida por todos los copropietarios del condominio, incluido el padre de la niña –cuatro años atrás había comprado el inmueble y lo frecuentaba–, quienes sabían de la existencia del depósito de almacenamiento y de la necesidad de que, en las “temporadas altas”, periódicamente fuera necesario quitarle la tapa para controlar el nivel del agua; (ii) la procesada no dio origen a esa situación, los mismos medios de convicción demuestran que tampoco incrementó ese riesgo, que dentro del contexto normal de las relaciones sociales

generadas por la existencia del condominio, fue asumido como permitido por los usuarios; (iii) las funciones de la administradora del edificio le exigían adelantar las gestiones necesarias para velar, entre otras cosas, por la seguridad de los residentes, como se lee en el literal (l) del artículo 63 de los estatutos del condominio. Sobre este aspecto, en consecuencia, tenía posición de garante. Sin embargo, la totalidad del material probatorio indica que, por orden de la acusada, cada vez que la tapa del estanque era retirada, se colocaban diversos muebles, que tenían la finalidad de impedir el paso a los transeúntes, a la par que servían de señal preventiva; y (iv) el material probatorio demuestra que la acusada actuó con el deber objetivo de cuidado que le era exigible, que no creó ni incrementó el riesgo jurídicamente relevante, y que en virtud del principio de confianza razonablemente podía esperar que los demás fueran igualmente diligentes y, por ende, le era permitido confiar en que los padres de la menor cuidarían de ella (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia 22941/2006).

En síntesis, el principio de confianza se da cuando el riesgo prohibido se presenta como consecuencia de haberse cumplido cabalmente el ordenamiento jurídico frente al incumplimiento de otra persona, a quien también se le exigía normativamente la conducción adecuada de su comportamiento de acuerdo con la Constitución, la ley y los reglamentos particulares de cada caso; ante tal situación se puede decir que, el ordenamiento jurídico “me autorizó o permitió confiar en que así como yo cumplía con los parámetros de mi rol, los demás también lo hacían”.

Ante este panorama, bien vale la pena terminar con un valioso razonamiento que para tales efectos lleva a cabo el maestro Yesid Reyes Alvarado:

Si no existiera ese principio de confianza, actividades como el tráfico automotor serían difícilmente realizables, pues en cada esquina deberíamos contar con la posibilidad de que los demás conductores no respetaran el derecho de prioridad o los semáforos, así como siempre tendríamos

que contar con la posibilidad de que los peatones cruzaran imprudentemente las calles; una tal exigencia desembocaría en la necesidad de conducir los vehículos lentamente apenas con la velocidad suficiente para enfrentar todas las vicisitudes, con lo cual las ventajas que a nivel social brinda el tráfico automotor habrían desaparecido por completo (Reyes, 1996, p. 142).

Es por esta razón que quien actúa en el marco de un principio de confianza, no actúa típicamente, puesto que en últimas “no crea un riesgo jurídicamente desaprobado” (Bernate, 2010, p. 162), lo cual es un presupuesto necesario para poder afirmar la tipicidad objetiva del comportamiento desplegado.

Desde una perspectiva funcionalista –como la seguida por la Corte Suprema de Justicia–, se puede decir que el principio de confianza se presenta cuando quien es un cumplidor de las expectativas normativas, confía en que los demás también materializarán su rol atinente a cumplir de igual modo las expectativas asignadas según sus funciones de vida o trabajo (Sánchez, 2011).

Ahora, como pudo verse, tanto la doctrina como la jurisprudencia plantean una serie de excepciones a la aplicación automática del principio de confianza, siendo ellas –según la síntesis del maestro Filemón Torres Vásquez– las siguientes:

[...] a) el *principio de defensa*, que se aplica respecto de los niños (siempre debe esperarse que un niño salga corriendo, inopinadamente, tras un balón), de los ancianos y de los ebrios; b) no se aplica el principio de confianza cuando el riesgo ya ha surgido verbigracia, cuando el peatón ya está cruzando la calle; c) tampoco opera el principio de confianza cuando existen deberes especiales de vigilancia y control de la conducta de terceros (2011, p. 317).

Por el contrario, sino se dan esas excepciones será

[...] lícito confiar en que el otro no delinquirá gravemente, incluso si ambos están desarro-

llando comportamiento antijurídico, pues se trata de un ámbito de competencia que solo a cada cual incumbe organizar. Pero hay que asumir la organización del otro cuando salta a la vista que la situación se le ha salido de control (Fernández, 2012, p. 215).

Conclusiones

1. Jurisprudencialmente, en el ámbito de la Corte Suprema de Justicia, puede decirse que hay doctrina probable en torno a:
 - Dividir en dos niveles la teoría de la imputación objetiva: (i) creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y (ii) realización del riesgo en el resultado.
 - Considerar que los criterios de imputación objetiva del primer nivel son: (i) principio de confianza, (ii) prohibición de regreso, (iii) superación del riesgo permitido, (iv) elevación del riesgo y (v) acciones a propio riesgo.
 - La configuración, aplicación y conceptualización del principio de confianza como criterio excluyente de la imputación objetiva.
2. Cuando el artículo 9° del Código Penal dice expresamente que la “causalidad no basta para la imputación jurídica del resultado”, ello implica que nuestra ley penal le da cabida al ingreso de la imputación objetiva exigiendo criterios no naturalísticos para completar la atribución de significado típico a una conducta.
3. La teoría de la imputación objetiva se introdujo en nuestra legislación penal con la denominación de “imputación jurídica del resultado”, trayendo como consecuencia esta afirmación, el hecho de considerar que la misma ya no será un simple cuerpo doctrinal, sino una verdadera exigencia legal o elemento *sine qua non* para la estructuración de la tipicidad objetiva.

4. El principio de confianza se encuentra ubicado como un elemento negativo del primer criterio o escalón de la imputación objetiva llamado “creación de un riesgo jurídicamente desaprobado” (según Roxin) o imputación objetiva del comportamiento (según Jakobs).
5. El principio de confianza se da cuando el riesgo prohibido se ha presentado como consecuencia de haberse cumplido cabalmente el ordenamiento jurídico frente al incumplimiento de otra persona, a quien también se le exigía normativamente la conducción adecuada de su comportamiento, de acuerdo con la Constitución, la ley y los reglamentos específicos de cada caso.
6. La exclusión no se produce porque se confíe o no en la actuación de los demás (ello resulta irrelevante para el derecho), sino porque yo cumplí con lo establecido en el ordenamiento jurídico al haber una equivalencia obligacional (deontológica) que pesa sobre las demás personas y les exige un igual cumplimiento normativo.

Ejemplo clásico de ello es el caso de “A” que al atravesar un cruce con el semáforo en verde –en virtud de la autorización dada por norma de tránsito que a su vez obligaba a los conductores circulantes de la otra dirección de cruce a respetar el semáforo en rojo– se encuentra con el automovilista “B”, quien temerariamente había decidido no acatar su obligación legal de no cruzar el semáforo en rojo, produciéndose así un violento choque que le ocasionó la muerte al imprudente conductor (también cabe acá el ejemplo del cirujano que cumple con su deber de operar utilizando los materiales entregados por su auxiliar, ya que el último tendrá como equivalente obligacional la esterilización de aquellos).

7. No obstante, aun cuando el principio de confianza niegue la imputación para el autor directo o material, debe resaltarse que esto no implica que el “autor mediato” sí responda

por el hecho ocurrido, ya que esta causal de atipicidad objetiva solo cobija al ejecutor material pero deja indemne la responsabilidad del “hombre de atrás”.

8. Se consideran excepciones del principio de confianza (haciendo una síntesis de la jurisprudencia y la doctrina) las siguientes:
 - Cuando la obligación de uno de los intervinientes consiste precisamente en compensar los fallos que eventualmente el otro cometa. Ejemplo: es obligación del automovilista suplir la latente potencialidad de daño de un ciclista. No existiría entonces equivalente obligacional entre un ciclista y un conductor de automóvil porque, tal y como nos lo dice Jakobs (1997), no hay norma alguna que obligue a los ciclistas a no balancearse tan si quiera un poco más de lo habitual.
 - Cuando no haya equivalencia obligacional, por cuanto se active el principio de defensa o seguridad debido a que la otra persona es un inimputable. A título de ejemplo, diremos que no se podrá excluir la imputación objetiva del comportamiento si el sujeto produce el accidente por cumplimiento del ordenamiento jurídico en un caso donde quien atraviesa el semáforo en rojo es un niño ciclista. En ninguna circunstancia podría aseverarse que existía un equivalente obligacional por parte del niño de cumplir con las normas de tránsito.
 - Cuando exista posición de garante por parte del sujeto actuante, en virtud de: (i) deberes de vigilancia o cualquier otra función de control, pues en tales eventos no es posible afirmar que las obligaciones del actor son equivalentes a la de los otros, y (ii) deberes especiales, ya que precisamente la especialidad de esos deberes impedirá la existencia de algún tipo de equivalencia obligacional.

- Cuando el sujeto actuante divide el trabajo con personal sin suficiente cualificación profesional para desplegar determinadas tareas, pues en este supuesto se requiere de su parte aún más vigilancia, custodia y supervisión estricta. En tal sentido, dos razones justificarían la imposibilidad de aplicar el presente instituto de la imputación objetiva: (i) el incumplimiento del rol del sujeto actuante al haber contratado personal sin la suficiente cualificación, ya que era su deber jurídico el buscar trabajadores que satisficieran los requisitos mínimos exigidos para el cargo y (ii) no existirá equivalencia obligacional entre los trabajadores no cualificados y el empleador, porque al haber sido contratados ellos con menos calidades de las requeridas, no se les podrá exigir deberes cuyo manejo jurídico era inasignable.

Referencias

- Bacigalupo, E. (1999). *Derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Bernate, F. (2010). *Imputación objetiva y responsabilidad penal médica*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Cancio, M. (2001). *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo.
- Cancio, M. (2010). *Estudios de derecho penal*. Lima: Palestra.
- Carvajal, L. (2006). *Metodología de la investigación* (28ª ed.). Cali: USC, Cooprusaca, Poemia.
- Fernández, J. (2012). *Derecho penal. Parte general. Teoría del delito y de la pena. El delito, visión positiva y negativa. Vol. I*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- Frisch, W. (2004). *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Barcelona: Marcial Pons.
- Gadamer, H. (1977). *Verdad y método I*. Salamanca: Sígueme.
- Gómez, J. O. (2005). *Tratado de derecho penal. La tipicidad. Vol. III*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.
- Habermas, J. (1988). *Teoría de la acción comunicativa*. Madrid: Taurus.
- Jakobs, G. (1995). *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Madrid: Marcial Pons.
- Jakobs, G. (1997 a). *La imputación objetiva en el derecho penal*. Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc.
- Jakobs, G. (1997b). La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del “riesgo permitido”, la “prohibición de regreso” y el “principio de confianza”. En: autor, G. Jakobs. *Estudios de derecho penal*. Madrid: Unam, Civitas.
- Jescheck, H.-H. & Weigend, T. (2014). *Tratado de derecho penal. Parte general*. Granada: Comares.
- López, C. (1996). *Introducción a la imputación objetiva*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Luzón, D. (2012). *Lecciones de derecho penal, parte general*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Martínez, M. (1998). *Imputación objetiva del resultado*. Madrid: Edersa.
- Maurach, R., Gössel, K. H. & Zipf, H. (1995). *Derecho penal. Parte general. Vol. II*. Buenos Aires: Astrea.
- Molina, F. (2001). *Antijuridicidad penal y sistema de delito*. Barcelona: J. M. Bosch.
- Peláez, J. M. (2013). Estructura y aplicación del precedente judicial en Colombia. Una visión desde la Constitución Política de 1991. *Navaja de Ockham, I*, pp. 13-41.

Reyes, Y. (1996). <i>Imputación objetiva</i> . Bogotá: Temis.	20669 de 16 de marzo de 2006.
Roxin, C. (1997). <i>Derecho penal. Parte general. Fundamentos de la estructura de la teoría del delito</i> . Madrid: Civitas.	22941 de 20 abril de 2006.
Sánchez, E. M. (2011). Imputación objetiva y delito imprudente. En: J. Bernal (coord...). <i>Lecciones de derecho penal</i> (pp. 457-468). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.	25536 de 27 de julio de 2006.
Torres, F. (2011). <i>Manual de derecho penal</i> . Bogotá: Ediciones Usta.	24031 de 28 de septiembre de 2006.
Velásquez, F. (2009). <i>Derecho penal. Parte general</i> . Bogotá: Comlibros.	23157 de 30 de mayo de 2007.
	28326 de 3 de octubre de 2007.
	24557 de 17 de octubre de 2007.
	26513 de 5 de noviembre de 2007.
	27388 de 8 de noviembre de 2007.
	27357 de 22 de mayo de 2008.
	25104 de 5 de noviembre de 2008.
	31362 de 13 de mayo de 2009.
	31692 de 22 de julio de 2009.
	32053 de 12 de agosto de 2009.
	32275 de 11 de noviembre de 2009.
	32254 de 17 de febrero de 2010.
	32071 de 16 de marzo de 2011.
	36554 de 9 de agosto de 2011.
	34317 de 28 de septiembre de 2011.
	37327 de 8 de noviembre de 2011.
	36082 de 25 de enero de 2012.
	33920 de 11 de abril de 2012.
	36422 de 2 de mayo de 2012.
	39023 de 16 de octubre de 2013.
	SP1458-2014.
	AP639-2014 (42000).
	SP4451-2014, RAD. 4363.
Legislación	
Código de Procedimiento Civil.	
Código General del Proceso.	
Constitución Política de Colombia.	
Ley 153/1887.	
Ley 906/2004.	
Providencias	
Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal	
16636 de 20 de mayo de 2003.	
17765 de 17 de septiembre de 2003.	
20926 de 27 de octubre de 2004.	
21241 de 24 de noviembre de 2004.	
22511 de 11 de mayo de 2005.	
21547 de 31 de agosto de 2005.	