

Las circunstancias agravantes del homicidio imprudente en el Código Penal colombiano*

Juan Oberto Sotomayor Acosta**

Gloria María Gallego García***

1. EL PUNTO DE PARTIDA: LAS CIRCUNSTANCIAS QUE MODIFICAN LA RESPONSABILIDAD PENAL EN EL CÓDIGO PENAL

Según el artículo 330 Código Penal colombiano, el homicidio imprudente se agrava: "1° Si al momento de cometer el hecho el agente se encontraba bajo el influjo de bebida embriagante o de droga o sustancia que produzca dependencia física o síquica; 2° Si el agente abandona sin justa causa el lugar de la comisión del hecho"¹.

Los antecedentes de la norma datan de la comisión redactora del Anteproyecto de Código Penal de 1974, recibiendo la siguiente explicación por parte del comisionado BAQUERO BORDA:

* Trabajo derivado de la investigación sobre "Los delitos contra la vida en el Código Penal colombiano", patrocinada por el Comité para el Desarrollo de la Investigación (CODI) de la Universidad de Antioquia.

** Profesor de Derecho Penal en la Universidad de Antioquia.

*** Auxiliar de Derecho Penal en la Universidad de Antioquia.

¹ En el mismo sentido el artículo 110 del Proyecto de Código Penal presentado al Congreso por el fiscal general de la nación, establece como agravantes del homicidio imprudente: "1. Si al momento de cometer la conducta el agente se encontraba bajo el influjo de bebida embriagante o de droga o sustancia que produzca dependencia física o síquica y ello haya sido determinante para su ocurrencia. 2. Si el agente abandona sin justa causa el lugar de la comisión de la conducta".

“Como ayer se llegó a un acuerdo para contemplar ciertas circunstancias agravantes específicas del homicidio culposo y se me confió redactar un anteproyecto, lo presento a la consideración de la comisión. Diría así: ‘La pena prevista en el artículo anterior se aumentará de la mitad a las tres cuartas partes: 1°) Si el agente se encuentra en estado de embriaguez al momento de cometer el delito; 2°) Si el agente abandona el lugar del delito sin prestar socorro a la víctima; 3°) Si el resultado proviene de la inobservancia del reglamento de un oficio o profesión, o negligencia o imprudencia o impericia en el ejercicio de los mismos’. En primer lugar, cuando el agente se encuentra en estado de embriaguez, se entiende que esta ha sido el motivo principal de la delincuencia y no se necesita hacer estudios profundos para concluir que, en un altísimo porcentaje, los delitos de tránsito se cometen en estado de embriaguez y esta situación debe sancionarse en forma muy especial, porque el agente fácilmente puede prever las consecuencias de su conducta. De antemano sabe que pierde el dominio de sí mismo porque el alcohol disminuye los reflejos. En segundo lugar, si el agente abandona el lugar del delito sin prestar inmediato socorro a la víctima, existe una obligación no solamente de sensibilidad humana, sino también de tipo legal, pues ya se considera como una contravención no prestar socorro a las personas que lo requieren, en este caso, con mucha mayor razón, cuando el agente ha sido el causante de esta situación. *A priori* no se puede decir si la persona ha fallecido o no; muchas veces se encuentra en estado de inconsciencia y una atención médica oportuna le puede salvar la vida o evitar consecuencias más graves para la salud. Esta situación se puede complementar con la sugerencia que hizo ayer el doctor Salgado, de considerar también el hecho de que el agente abandone el lugar con el fin de eludir la acción de la justicia. Me parece que con las dos circunstancias agravantes queda completa la norma y merece considerarse en este doble sentido”².

No son pocos, sin embargo, los inconvenientes que tanto desde el punto de vista teórico como de su aplicación práctica plantean tan peculiares circunstancias de agravación, los cuales parecen tener origen en el hecho de que nuestro legislador no tenía clara la distinción entre lo que es un *elemento* del hecho punible y una *circunstancia* del mismo, como es especialmente apreciable en la ponencia del comisionado BAQUERO BORDA. Por ello, antes de entrar al análisis del artículo 330 del Código Penal, es necesario abordar dicha distinción, desde la perspectiva de nuestra legislación penal.

Creemos que, en un sentido general o amplio, en nuestro Código Penal debe entenderse por *circunstancia* toda aquella condición que *modifica* la responsabilidad penal. Se requiere, por consiguiente, que se trate de una condición diferente a las *constitutivas* (elementos) del injusto y de la culpabilidad, pues estas no modifican, sino que fundamentan la responsabilidad³.

² Anteproyecto de Código Penal colombiano, acta núm. 107, Bogotá, 1974, pág. 668. A esta ponencia le fue suprimida la tercera de las agravantes propuestas y se suprimió sin explicación la referencia de que no se prestara ayuda a la víctima del hecho (vid. Anteproyecto..., op. cit., acta núm. 113, págs. 701 y 702).

³ Así, en nuestra doctrina, F. ESTRADA VÉLEZ, *Derecho penal*, parte general, Bogotá, Edit. Temis, 1986, pág. 369.

La modificación de la responsabilidad penal generada por las circunstancias puede significar a su vez, en algunos casos, una modificación del respectivo tipo de injusto del cual se parte, como sucede, por ejemplo, con las circunstancias previstas en los artículos 324 ó 330 del Código Penal, las cuales también modifican la responsabilidad penal por homicidio, *en el sentido* de que transforman el injusto de homicidio *simple* (doloso o imprudente) en el de homicidio (doloso o imprudente) *agravado*. En estos casos se trata de circunstancias del hecho punible, por cuanto así estas no se presenten, se configura un injusto penal, aunque deberá siempre tenerse presente que estas circunstancias lo son *solo* en relación con un tipo básico: v. gr., las previstas en el artículo 324 son circunstancias en relación con el homicidio doloso simple (art. 323); las del artículo 330 son circunstancias del homicidio imprudente simple (art. 329), pues respecto del correspondiente tipo agravado constituyen verdaderos elementos⁴, dado que así entendidas conforman condiciones sin las cuales no se configura el tipo agravado. Pese a ello, estas, también denominadas en nuestro medio *circunstancias específicas* (en cuanto rigen solo en relación con un delito o grupo de delitos en particular)⁵ no se pueden confundir con los elementos del tipo (básico) en sentido estricto, pues estos son requisitos sin los cuales el injusto no se configura, mientras la ausencia de aquellas no excluye el injusto (básico) sino el (injusto) agravado⁶. Dicho a manera de ejemplo:

⁴ Cfr. G. FIANDACA y E. MUSCO, *Diritto penale*, parte generale, 3ª ed., Bologna, Zanichelli, 1995, pág. 372; también a F. VELÁSQUEZ, *Derecho penal*, parte general, 3ª ed., Santa Fe de Bogotá, Edit. Temis, 1997, pág. 638.

⁵ Cfr. L. C. PÉREZ, *Derecho penal, partes general y especial*, t. II, Bogotá, Edit. Temis, 1982, pág. 219. En un *sentido restringido* o estricto, debe entenderse por “circunstancia”, simplemente, aquella condición o característica que si bien puede integrar el merecimiento de pena, no tiene ninguna incidencia sobre la configuración del supuesto de hecho (cfr., F. ESTRADA VÉLEZ, *Derecho penal*, cit., pág. 370; y F. VELÁSQUEZ, *Derecho penal*, op. cit., 1997, pág. 636.). Tal es el caso, por ejemplo, de las consagradas en los arts. 30, 60, 64 y 66 del C. P., puesto que su presencia o ausencia no entraña ninguna modificación de la tipicidad del hecho. Estas, también denominadas en nuestro país *circunstancias genéricas* (en cuanto, a diferencia de las “específicas”, rigen en principio para todos los delitos), constituyen en un sentido estricto las únicas circunstancias del hecho punible, pues son las que, como dice BUSTOS RAMÍREZ, tienen por objeto “una mayor precisión del injusto, es decir, están dirigidas a una mejor consideración graduacional de las valoraciones que lo componen e, igualmente, en relación con el sujeto responsable, se trata de una mejor graduación de la responsabilidad, sobre la base de determinar las circunstancias que han influido en su conciencia y en sus estados motivacionales” (*Manual de derecho penal*, parte general, Barcelona, Edit. Ariel, 1989, pág. 361).

⁶ Tal concepción de las circunstancias en nuestro derecho penal viene impuesta, entre otros, por el artículo 25 del C. P., que al referirse a la comunicabilidad de las “circunstancias”, emplea la expresión en un sentido amplio y por ello aplicable tanto a las llamadas circunstancias genéricas como a las específicas (de otra opinión, no obstante, F. VELÁSQUEZ, *Derecho penal*, op. cit., pág. 641.), pues de lo contrario no existiría ninguna diferencia, por ejemplo, entre consagrar la figura el “parricidio” como delito autónomo o con sustantividad propia y tratar el parentesco como una “circunstancia” agravante del homicidio, que es lo que hace el Código Penal colombiano [sobre la distinción entre ambos sistemas y las consecuencias que cada uno de ellos genera, cfr. L. GRACIA MARTÍN y J. L. DÍEZ RIPOLLÉS, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales (Vida humana independiente y libertad)*, Valencia, Edit. Tirant lo Blanch, 1993, págs. 24 a 28)]. Es más, creemos que una interpretación contraria conduciría, por ejemplo, a la aplicación automática de las agravantes específicas a los partícipes, pues el hecho principal al cual accedería la participación sería el “delito agravado” y no el básico, tal como parece plantearlo en nuestro país A. GÓMEZ MÉNDEZ (*Delitos contra la vida y la integridad personal*, 3ª ed., Santa Fe de

si no se presenta el resultado "muerte", no puede hablarse desde ningún punto de vista de la existencia de un homicidio consumado, por lo que la "muerte" debe considerarse *elemento* del homicidio; pero el hecho de que la muerte no se haya producido mediante "sevicia" (art. 324-6) no excluye la existencia del homicidio, sino solo su carácter de agravado, por lo que la "sevicia" debe considerarse una *circunstancia* y no un elemento del tipo de homicidio.

Como es bien sabido, las circunstancias pueden cumplir una función agravante o atenuante de la responsabilidad penal. Lo que ahora queremos destacar es que esta función agravante o atenuante se encuentra necesariamente vinculada a los presupuestos de la pena, puesto que si la existencia del hecho punible exige la configuración de un injusto y la culpabilidad del autor (C. P., art. 2º), una mayor o menor gravedad de la responsabilidad penal también debe encontrar su fundamento en un mayor o menor injusto (bien porque implique un mayor o menor desvalor del acto o del resultado) o una mayor o menor culpabilidad del sujeto (mayor o menor exigibilidad). Así, por lo demás, cabe deducirlo del artículo 61 del Código Penal que expresamente prevé que la fijación de la pena debe realizarse, entre otros aspectos, con base en la "gravedad y modalidad del hecho punible" (grado de injusto) y el "grado de culpabilidad".

Conforme a lo anterior, las circunstancias agravantes suponen la previa realización de los elementos del hecho punible y por lo mismo su contenido no puede coincidir en todo o en parte con los elementos del delito, pues ello entrañaría una doble desvaloración jurídica del hecho (como elemento del delito y como circunstancia agravante)⁷. No significa, sin embargo, que tales circunstancias sean totalmente independientes de los elementos del delito; por el contrario, solo pueden considerarse justificadas en la medida que impliquen un aumento del desvalor de la acción o del resultado o de la culpabilidad del sujeto, esto es, de los elementos del hecho punible.

Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, pág. 139). Creemos que a esta indebida y por lo tanto criticable ampliación de la punibilidad a los partícipes debería llegar también F. VELÁSQUEZ, quien, en relación con las llamadas "circunstancias específicas", considera que no tratándose de verdaderas circunstancias "sino de elementos típicos, no tiene sentido hablar de comunicabilidad, pues, se supone —acorde con los principios generales— que el instigador o cómplice debe actuar dolosamente, lo cual implica el conocimiento de 'las exigencias necesarias para que el hecho corresponda a su descripción legal'" (*Derecho penal, op. cit.*, pág. 641). No debería pasarse por alto, sin embargo, que el dolo del partícipe está referido a su propia acción y no a la del autor, luego, actuará con dolo el cómplice que conoce que está ayudando al autor a realizar el hecho y quiere ayudarlo, en razón de lo cual —según la interpretación que se comenta— si el hecho cometido por el autor es, por ejemplo, un "homicidio agravado", el cómplice lo debería ser del mismo hecho principal en razón del principio de accesoria de la participación. La única forma de evitar tal consecuencia es reconociendo de manera expresa o tácita que el hecho principal es el "homicidio doloso simple", por lo que la circunstancia de parentesco (art. 324-1) solo se podrá comunicar al partícipe si se dan los presupuestos legales para ello (art. 25).

⁷ Así lo señala de manera expresa el artículo 66 del C. P., al establecer que las circunstancias que allí se señalan se tendrán como agravantes, "siempre que no hayan sido previstas de otra manera". Esta previsión es una consecuencia obvia, en el ámbito del derecho penal material, del principio *non bis in idem*. Sobre el particular, en nuestro medio, E. SANDOVAL HUERTAS, *La pena privativa de la libertad en Colombia y en Alemania Federal*, Bogotá, Edit. Temis, 1988, págs. 126 y ss.

Aún más, entendemos que de una coherente fundamentación del injusto a partir del concepto de bien jurídico⁸, cabe derivar como consecuencia la consideración de que solo un mayor "desvalor objetivo de la acción" (es decir, el aumento del riesgo que la acción entraña para el bien jurídico desde una perspectiva *ex ante*) o un mayor "desvalor del resultado" (el mayor daño que la acción genera para el bien jurídico protegido)⁹, pueden fundamentar una circunstancia agravante.

Se excluye por tanto el recurso a conceptos como los de "desvalor subjetivo de acción" (simple ánimo o finalidad última del autor) y "necesidad de pena" a la hora de fundamentar agravantes: el primero, por cuanto ello supondría que lo que se desvalora no es el hecho lesivo para el bien jurídico sino el ánimo del sujeto (derecho penal de ánimo); y el segundo, por cuanto la "necesidad de pena" solo puede surgir del daño (lesión o puesta en peligro) a un bien jurídico por parte de un sujeto culpable, por lo que por sí misma, es decir, desligada del injusto y de la culpabilidad, no parece admisible, al menos desde una perspectiva garantista de la teoría del delito (como límite al poder punitivo). La "necesidad de pena" debe entenderse como una exigencia *adicional* a los elementos del hecho punible y no como un concepto sustitutivo de los mismos; de ahí que en nuestra opinión no puedan fundamentarse agravantes en la "necesidad de pena", pero sí pueda haber circunstancias atenuantes o excluyentes de la responsabilidad, fundadas en la menor necesidad de pena y en la no-necesidad de pena, respectivamente¹⁰.

En el caso concreto del homicidio imprudente, que es el que ahora nos ocupa, parece necesario insistir —dado que ello resulta insuficientemente atendido por la doctrina nacional de la parte especial— en el hecho de que los supuestos previstos en el artículo 330 del Código Penal, se plantean, frente al homicidio imprudente (art. 329), como *circunstancias modificativas de la responsabilidad penal*, esto es, como situaciones que rodean (*circum-stare*, 'estar alrededor') la realización del hecho, determinando la transformación del homicidio imprudente simple en agravado. En consecuencia, no depende de la concurrencia de estas circunstancias la *existencia* del homicidio imprudente sino solo su *gravedad*.

2. LA REALIZACIÓN DEL HOMICIDIO IMPRUDENTE BAJO EL INFLUJO DE BEBIDA EMBRIAGANTE O DE SUSTANCIA QUE PRODUZCA DEPENDENCIA FÍSICA O PSÍQUICA (C. P., ART. 330, NUM. 1)

Si algo llama la atención del tratamiento que la doctrina nacional dispensa a las agravantes del homicidio imprudente (C. P., art. 330) es la ausencia de criterios de justificación que den cuenta del mayor injusto o mayor culpabilidad que hipotéticamente

⁸ Sobre tal perspectiva, vid. J. BUSTOS RAMÍREZ, *Manual...*, op. cit., págs. 154 y ss.

⁹ Sobre los conceptos de desvalor de acción y de resultado, vid. S. MIR PUIG, *Derecho penal*, parte general, Barcelona, PPU, 1996, págs. 133 y ss.

¹⁰ En esta dirección, J. BUSTOS RAMÍREZ, *Manual...*, op. cit., pág. 397.

implica la realización del hecho en tales circunstancias, razón por la cual se vienen asumiendo de forma acrítica, dando por supuesta su validez¹¹. Así, frente a la circunstancia agravante de la embriaguez y uso de estupefacientes (C. P., art. 330-1), es recurrente encontrar alusiones no al sustento de la agravante, sino a algo previo, como el cometido de las normas que regulan los delitos imprudentes, o la concurrencia de la violación del deber objetivo de cuidado, dando lugar a la confusión entre elementos y circunstancias del delito a la que nos referíamos atrás.

A) La justificación de la agravante en la doctrina nacional

Entre los pocos autores nacionales que se refieren al tema de la fundamentación de esta agravante, encontramos dos tendencias: Un primer sector de nuestra doctrina parece fundamentar esta circunstancia agravante en *necesidades de motivación y prevención general positiva*, al considerar que en estos casos el aumento punitivo viene dictado por la necesidad de motivar a los ciudadanos a abstenerse de realizar acciones bajo el efecto de bebidas embriagantes o de narcóticos, estupefacientes, etc. Tal es, por ejemplo, la opinión de MOLINA ARRUBLA, para quien "A lo que apunta esta norma, no es a otra cosa que a exigir de los coasociados que guarden el mayor cuidado y diligencia en sus actuaciones personales, de tal manera que tengan siempre dispuestos los cinco sentidos, a fin de no ocasionar daño a los demás. Si a partir de la ingestión o administración de una substancia de aquellas que, genéricamente, producen dependencia física o psíquica, se llega a la materialización de un 'homicidio culposo', habrá que colegir que, precisamente, la afectación que en los sentidos normales de la persona ocasionó tal substancia, es la determinante de tal resultado dañoso"¹².

De opinión parecida es GÓMEZ LÓPEZ, quien estima que dicha circunstancia "tiene por fundamento una objetiva realidad, cual es la de que la mayor parte de los accidentes de tránsito se cometen bajo el influjo de bebidas embriagantes o de sustancias que producen dependencia física o psíquica, las cuales el autor sabía que enervan o menguan el normal funcionamiento de las capacidades psíquicas del hombre, o las alteran, las reducen o perturban, o, como en el caso del alcohol, entorpecen la actividad motora. Bajo los efectos del alcohol el sujeto que conduce no capta bien los objetos y estímulos, pierde sensibilidad visual, su proceso se enturbia y sus reflejos se debilitan, colocándose así en situación de disminución de posibilidades para impedir el hecho"¹³.

¹¹ Tanto es así que algunos autores ni siquiera se pronuncian sobre su fundamento y alcances; cfr. R. ACEVEDO BLANCO, *Manual de derecho penal*, Bogotá, Edit. Temis, 1983, págs. 129 y ss.; A. V. ARENAS, *Comentarios al Código Penal colombiano*, t. II, parte especial, 6ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 1986, pág. 449; A. ORTIZ RODRÍGUEZ, *Manual de derecho penal especial*, Medellín; U. de Medellín, 1983, pág. 543; L. C. PÉREZ, *Derecho penal*, partes general y especial, t. V, Bogotá, Edit. Temis, 1988, págs. 257 a 259.

¹² C. M. MOLINA ARRUBLA, *Delitos contra la vida y la integridad personal*, Medellín, Edit. Diké, 1995, pág. 293.

¹³ O. GÓMEZ LÓPEZ, *El homicidio*, t. II, Santa Fe de Bogotá, Edit. Temis, 1997, pág. 63. En la misma dirección se ha manifestado la Corte Suprema de Justicia: "... la embriaguez se ha previsto como circunstancia específica de agravación de los delitos de homicidio (art. 330.1) y lesiones personales (art. 341), debido a los

Otro sector de la doctrina nacional intenta fundamentar esta agravante acudiendo a criterios de injusto o de culpabilidad, al entender que en este caso se produce algo así como una infracción del deber de cuidado de mayor gravedad o una mayor reprochabilidad de la acción. En este sentido GÓMEZ MÉNDEZ estima que "la primera circunstancia tiene que ver con una especial situación del sujeto activo al momento de la realización del hecho punible. Es obvio que esa omisión del deber de cuidado es mayor cuando el agente voluntariamente ha alterado su organismo en condiciones que disminuyen su capacidad de previsión, los reflejos, las posibilidades de actuar, etc. Se comprende aquí el alcohol, la marihuana, la morfina, la cocaína, la heroína y, en general, todas las llamadas sustancias estupefacientes. En todos estos casos es mayor, así mismo, el riesgo para la sociedad. Un individuo que conduce un vehículo bajo los efectos de la marihuana, por ejemplo, está en mayor probabilidad de causar homicidio o lesiones, que un sujeto en 'condiciones normales'. El fundamento para la imposición de pena mayor no es propiamente el hecho de la ingestión misma de la bebida o la sustancia estupefaciente, sino la falta de previsión por parte del agente que dentro de tales condiciones personales se acrecienta la posibilidad de causar daño"¹⁴.

B) Inaplicabilidad de la agravante del artículo 330-1 del Código Penal

Muy poco satisfactorios resultan los argumentos de la doctrina nacional para justificar la agravante que nos ocupa. Lo primero que salta a la vista es que, tal como hizo nuestro legislador, los autores nacionales analizan la agravante solo desde el supuesto de los accidentes de tránsito, lo cual resulta de antemano criticable, pues la norma tiene carácter general y, por lo tanto, es aplicable a cualquier homicidio imprudente y no solo a los cometidos en accidentes de tránsito. Pese a ello, prácticamente todos los argumentos convergen en dicha dirección, sin que ni siquiera desde este particular punto de vista dicha circunstancia aparezca justificable.

En primer lugar, los argumentos de motivación y prevención general aducidos por algunos no alcanzan a constituir ninguna fundamentación propia de la agravante en examen, pues con ellos no se alude a la mayor gravedad del hecho o de la culpabilidad del autor, sino al problema general de la imprudencia, y más específicamente al cometido político-criminal (motivador) de las normas que la regulan, cual es el de lograr que los ciudadanos se comporten de manera cuidadosa al desempeñar ciertas actividades: como explica CADAVID QUINTERO, "el derecho penal dirige un mensaje normativo consistente en que al actuar debe observarse el cuidado necesario para no lesionar, ni poner en peligro de manera antijurídica los mencionados bienes jurídicos. De esa manera, un mandato de observancia del cuidado jurídicamente exigido para evitar la

efectos nocivos que esta produce en la actividad sicomotora del ebrio, los cuales incrementan la posibilidad de causación del resultado dañoso" (sent. de 8 junio 1995, magistrado ponente: F. Arboleda Ripoll, en "G. J.", núm. 2475, vol. 11, Bogotá, 1995, pág. 1121).

¹⁴ A. GÓMEZ MÉNDEZ, *Delitos contra la vida...*, op. cit., págs. 264 y 265.

antijurídica lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, es lo que formula el derecho en las normas que consagran los delitos imprudentes"¹⁵.

En definitiva, a lo sumo estos argumentos justificarían la existencia del tipo de homicidio imprudente, pero no agravante alguna. Es evidente que en estos casos el sujeto actúa con violación del deber objetivo de cuidado precisamente porque actúa en embriaguez o bajo el influjo de otras sustancias tóxicas, razón por la cual la "circunstancia" no es tal, sino un elemento del tipo básico¹⁶. En efecto, ciertos ámbitos de relación (por ejemplo, el tráfico automotor) obligan a afrontar situaciones de peligro, y, precisamente por ello, en tales ámbitos rige el deber de actuar con la máxima atención, para evitar que el peligro para los bienes jurídicos se convierta en lesión. De tal suerte, el sujeto debe conducir sin hallarse bajo el influjo de determinadas sustancias, pues parece que más allá de ciertos límites, el alcohol, las drogas tóxicas, las sustancias psicotrópicas y similares producen el efecto de disminuir las facultades psíquicas, reflejos, atención y capacidad de reacción del conductor. De ahí su deber de actuar conforme al *cuidado debido*, es decir, sin estar bajo el influjo de tales sustancias.

Esta confusión se acentúa aún más con el argumento de MOLINA ARRUBLA, de considerar que "mientras no exista tal 'nexo causal' entre la ingestión de la sustancia que crea adicción, y la causación del resultado dañoso, lo primero será penalmente irrelevante. Y en el sentido contrario, que si la sustancia ingerida, por mucho que cree adicción en la persona, no fue la determinante del resultado dañoso, ello también aparecerá como penalmente irrelevante, esto es, que no habrá de ser tenido en cuenta como configurante de esta específica circunstancia de agravación punitiva"¹⁷. Tal exigencia es en realidad un requisito estructural de todo delito imprudente (y no una característica exclusiva de la agravante), que exige que el resultado típico se haya producido precisamente como consecuencia de la inobservancia del cuidado objetivamente debido. Dicho de otra manera, entre uno (culpa) y otro (resultado) requisito debe existir una conexión interna o "relación de determinación", de lo contrario no habrá delito imprudente alguno¹⁸.

Luego, actuar bajo el influjo de las sustancias señaladas en el artículo 330 es lo que *constituye* la infracción del deber objetivo de cuidado, como lo prueba el simple

¹⁵ A. CADAVID QUINTERO, *Introducción a la teoría del delito (especial consideración a los fundamentos del delito imprudente)*, Medellín, Edit. Diké, 1998, pág. 168.

¹⁶ La confusión es especialmente evidente en los planteamientos de la Corte Suprema de Justicia (sent. de 8 junio..., *op. cit.*, pág. 1121), cuando afirma que "la agravante no consiste en la embriaguez abstractamente considerada, sino en la circunstancia de que al momento de cometer el hecho, el autor del mismo se encuentre 'bajo el influjo de bebida embriagante o de droga o sustancia que produzca dependencia física o síquica'".

¹⁷ C. M. MOLINA ARRUBLA, *Delitos contra la vida...*, *op. cit.*, pág. 293. Igual, O. GÓMEZ LÓPEZ, *El homicidio*, t. II, *op. cit.*, pág. 65; y la Corte Suprema de Justicia (sent. de 8 junio..., *op. cit.*, pág. 1121). De hecho la única novedad que introduce el Proyecto de Código Penal en este tema, es el agregado de que la embriaguez o el consumo de la sustancia tóxica haya sido "determinante" para la ocurrencia del hecho.

¹⁸ Cfr. J. CERESO MIR, *Curso de derecho penal español*, parte general, t. II, 5ª ed., Madrid, Edit. Tecnos, 1995, págs. 169 y 170; en Colombia, F. VELÁSQUEZ, *Derecho penal*, *op. cit.*, págs. 435, 436 y 733.

hecho de que si desaparece la embriaguez desaparece también el homicidio imprudente (y no la agravación).

El problema tampoco se resuelve con la afirmación de GÓMEZ MÉNDEZ de que en estos casos se está ante una más grave inobservancia del deber de cuidado¹⁹, pues tal cosa carece de fundamento alguno. No entendemos por qué razón debe considerarse más grave —continuando con el ejemplo del tráfico automotor— conducir bajo el influjo del alcohol o de drogas que hacerlo con luz insuficiente, marchar en contravía, tener el vehículo en malas condiciones mecánicas, etc. Ciertamente, cada uno de estos comportamientos descuidados ostenta alta capacidad lesiva para bienes jurídicos fundamentales como la salud y la vida, sin que pueda decirse que son menos graves que la embriaguez. ¿Acaso representa un menor riesgo un vehículo en contravía, sin luces y a velocidad excesiva que otro conducido por un sujeto en estado embriaguez?

Otra cosa es que la embriaguez sea la más recurrente de las infracciones de tránsito que terminan con resultado de muerte o lesiones, pero de ello no se puede deducir que conducir en estado de embriaguez sea de por sí más grave para la vida o la salud que hacer un adelantamiento prohibido, por ejemplo. Por el contrario, la explicación del alto índice de accidentalidad por consumo de alcohol debe buscarse más bien en el número de ebrios que conducen vehículos de motor, cosa que es directamente atribuible a la política estatal existente en nuestro país en materia de consumo de bebidas alcohólicas, la cual, por ser la producción de licores monopolio del propio Estado, se encamina más a la promoción del consumo que a su prevención²⁰.

También GÓMEZ MÉNDEZ acude a criterios de culpabilidad en busca de una justificación de la agravante, al entender que el hecho se hace más grave, por cuanto "el agente voluntariamente ha alterado su organismo en condiciones que disminuyen su capacidad de previsión, los reflejos, las posibilidades de actuar, etc."²¹. En el fondo, tal argumento implica admitir algo que resulta incuestionable, como es que la realización del hecho en estado de embriaguez o bajo el influjo de estupefacientes no solo no aumenta el injusto, sino que también disminuye la culpabilidad, pues en tales casos, precisamente por la influencia de dichas sustancias —y tal como lo sostiene el propio GÓMEZ MÉNDEZ—, el sujeto dispone de una menor capacidad de comprensión y/o determinación, teniendo lugar una especie de imputabilidad disminuida²². Lo que este autor plantea, entonces, es algo así como la existencia de una especie de *actio libera in causa*, al fundamentar la agravación no tanto en la embriaguez misma, sino en el hecho de que el sujeto se haya puesto *voluntariamente* en tal situación.

¹⁹ A. GÓMEZ MÉNDEZ, *Delitos contra la vida...*, *op. cit.*, págs. 264 y 265.

²⁰ Cfr. H. L. LONDOÑO BERRÍO, "La problemática de la droga en Colombia", en *Nuevo Foro Penal*, núm. 47, Bogotá, 1990, págs. 16 a 20.

²¹ A. GÓMEZ MÉNDEZ, *Delitos contra la vida...*, *op. cit.*, págs. 264 y 265. También argumenta en esta dirección, O. GÓMEZ LÓPEZ, *El homicidio*, t. II, *op. cit.*, pág. 61.

²² Sobre el tratamiento jurídico-penal de la embriaguez, véase a S. MIR PUIG, *Derecho penal*, *op. cit.*, págs. 596 a 598; y, en Colombia, F. VELÁSQUEZ, *Derecho penal*, *op. cit.*, págs. 570 y 571.

Este punto de vista es, sin embargo, equivocado, pues pasa por alto que la voluntad en estos supuestos no está orientada al resultado muerte, pues si así fuera el homicidio sería doloso y no imprudente²³. Mas, cuando la embriaguez ha llegado hasta el punto de excluir la capacidad de comprensión y/o determinación del sujeto (inimputabilidad, según el art. 31 C. P.), pero se comprueba que el sujeto *voluntariamente* se puso en tal situación sin prever las consecuencias previsibles o confiando en evitarlas, de lo único que podría hablarse sería, a lo sumo, de un hecho imprudente simple (consciente o inconsciente)²⁴. Si, por el contrario, la embriaguez no llega hasta el punto de excluir la imputabilidad sino solo de disminuirla, no se está ya en un supuesto de *actio libera in causa*, por lo que el sujeto, siendo imputable (así sea de manera disminuida), responderá por el dolo o culpa con que actuó, y si él mismo provocó dicha disminución de la imputabilidad ello solo tendrá relevancia para determinar si hay lugar o no a la atenuante por menor culpabilidad que normalmente cabría reconocer en estos casos²⁵.

GÓMEZ MÉNDEZ parece confundir entre la *existencia* de voluntad y la *dirección* de la misma: la primera es un requisito que inclusive desde planteamientos causalistas se exige de la acción para considerarla propiamente tal y por ende típica²⁶, mientras que de la segunda depende la configuración del dolo. En realidad, también en los delitos imprudentes se exige la existencia de una acción voluntaria, no *dirigida* hacia la producción del resultado pero sí *violatoria* del cuidado debido; por ello desde tal punto de vista no existe ninguna diferencia entre la imprudencia derivada de la embriaguez y la derivada del hecho de disparar un arma de fuego en un lugar público, o de conducir por vía contraria. En todos estos casos solo cabe hablar de culpa, si el sujeto *quería* conducir en estado de embriaguez, *quería* disparar el arma o *quería* conducir por vía contraria, precisamente por cuanto tales comportamientos *voluntarios* implican la infracción de un deber objetivo de cuidado. En otras palabras, si fuera más grave la culpa cuando el sujeto voluntariamente ha infringido el deber de cuidado, todos los delitos imprudentes serían agravados, pues ello es inherente a la imprudencia misma. En definitiva, también por esta vía se termina confundiendo entre los elementos y circunstancias del hecho punible.

²³ Sobre los problemas relacionados con la *actio libera in causa*, vid. C. ROXIN, *Derecho penal, parte general*, t. I, Madrid, Edit. Civitas, 1997, págs. 850 a 858.

²⁴ Cfr. C. ROXIN, *Derecho penal*, cit., pág. 851. Como bien explica J. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA (*Derecho penal fundamental*, vol. II, Bogotá, Edit. Temis, 1989, pág. 253), "En toda acción libre en su causa, lo que se examina es el *dolo criminal*, pues la sola consciencia y voluntad del trastorno mental transitorio llevaría a un *versari in re illicita* que, como se sabe, es forma de responsabilidad objetiva vedada por el artículo 5°. No es porque el sujeto se embriagó o se dejó hipnotizar voluntariamente por lo que debe responder, sino por haberse embriagado o hecho hipnotizar para cometer el delito, o a pesar de haber previsto la posibilidad de su comisión al colocarse o dejarse colocar en tal estado. Por lo tanto, no es cierto que la embriaguez tenga que ser fortuita, involuntaria, accidental o casual para que llegue a excluir la responsabilidad penal" (cursivas textuales).

²⁵ Cfr. C. ROXIN, *Derecho penal, op. cit.*, pág. 855.

²⁶ Idea ya claramente expuesta por F. VON LISZT, *Tratado de derecho penal*, t. II, Madrid, Reus, s/f, pág. 297.

Vistas las cosas de este modo, creemos que los argumentos a los que nos venimos refiriendo no dan cuenta del fundamento de esta peculiar circunstancia agravante; más bien explican que cada vez que se actúa bajo el influjo del alcohol o sustancias estimulantes (estupefacientes, narcóticos, etc.) se está violando el cuidado objetivamente debido en un determinado ámbito de relación. Y ello, en última instancia, puede dar cuenta de que se ha cometido un homicidio imprudente —si se cumplen los demás requisitos— pero no de que este deba agravarse.

En consecuencia, agravar en estos casos significaría una doble desvaloración jurídico-penal del hecho de actuar bajo el influjo de alcohol o sustancias que producen dependencia psíquica o física: a los efectos de la constitución del homicidio imprudente (infracción del deber objetivo de cuidado), y a los efectos de aumentar la punibilidad del hecho (circunstancia agravante del homicidio culposo). En suma: el influjo del alcohol o de sustancias psicoactivas desemboca en algo así como un comportamiento imprudente agravado por la imprudencia²⁷.

Llegados a este punto, podemos afirmar entonces que la circunstancia agravante del artículo 330-1 del Código Penal, al ostentar una doble consecuencia sancionatoria frente a un mismo hecho, en tanto *constituye* la tipicidad y *agrava* la pena al mismo tiempo, conculca la garantía constitucional del *non bis in idem* (art. 29) y por tanto es inaplicable.

Finalmente, existe aun otra objeción, esta vez de carácter político-criminal, aunque no por ello menos relevante: no resulta plausible que el Estado emita como directriz obligada una mayor represión del consumo de alcohol valiéndose del instrumento jurídico-penal (incremento de pena, para este caso), que siempre resulta oneroso y destructivo en términos de existencias humanas, al tiempo que la producción de bebidas alcohólicas constituye un monopolio rentístico del Estado, cuyos recursos se destinan a solventar rubros sociales de primer orden como la salud y la educación. Ciertamente, aunque determinados comportamientos produzcan efectos socialmente dañosos (y no se niega que el consumo de alcohol puede traerlos), el Estado carece de legitimidad para sancionarlos cuando es él mismo el que directa o indirectamente los promueve y se lucra de ellos.

3. EL HOMICIDIO IMPRUDENTE AGRAVADO POR EL ABANDONO DEL LUGAR DE COMISIÓN DEL HECHO (C. P., ART. 330, NUM. 2).

Tampoco son muchos los autores colombianos que se preguntan por el fundamento de la agravante del homicidio imprudente prevista en el numeral 2 del artículo 330 del Código Penal, consistente en abandonar, sin justa causa, el lugar de comisión

²⁷ Así queda evidenciado en los planteamientos de H. BARRERA DOMÍNGUEZ (*Delitos contra la vida y la integridad personal*, Bogotá, Derecho y Ley-Jurídica Radar, 1985, pág. 148), quien afirma: "Es imprudencia temeraria la del homicida culposo que, al momento de cometer el hecho, se encuentre bajo el influjo de bebida embriagante o de droga o sustancia que produzca dependencia física o síquica". Como quien dice, la embriaguez es la imprudencia y la embriaguez torna el hecho más grave.

del hecho²⁸. Sin embargo, con la excepción de BARRERA DOMÍNGUEZ, quien sostiene la inaceptable tesis de que tal circunstancia pone de manifiesto “una grave ausencia de sentido moral”²⁹, existen sobre el particular dos posiciones: a) La primera, sostiene —de forma expresa o tácita— respecto de la agravante un fundamento mixto, al entender que la misma obedece a un mayor daño, en un doble sentido: en primer lugar, porque con el abandono se aumenta el peligro para la vida; y, b) porque se afecta también la administración de justicia. La segunda posición, por el contrario, considera que solo la lesión del deber de solidaridad que significa el abandono del lugar de los hechos justifica la agravante.

A) *¿Fundamento mixto (alternativo) de la agravante (abandono de la víctima y elusión de la acción de las autoridades)?*

Sostiene TOCORA que esta agravante se fundamenta en “la falta de ayuda que pueda prestarle —a la víctima— en el accidente y en la finalidad de eludir la responsabilidad”³⁰. MOLINA ARRUBLA, por su parte, entiende que la agravante obedece “a dos consideraciones: la primera, porque con tal actuar no solo se impide el auxilio efectivo de la víctima, en la medida que de habersele prestado el auxilio debido y a tiempo, posiblemente la víctima se hubiera salvado, lo que demuestra una mayor insensibilidad moral (que no necesariamente ‘social’) de parte del agente delictivo; y la segunda, que con tal actuar, se está eludiendo (o buscando eludir), la acción de las autoridades”³¹.

Esta doble consideración del fundamento de la agravante en alguna medida recoge opiniones surgidas en el seno de la Comisión Redactora del Anteproyecto de 1974 y, aunque en las actas no aparece del todo claro, nos atrevemos a pensar que con la redacción final de la agravante, en la que se prescindió de la exigencia de que el abandono tuviese lugar “sin prestar socorro a la víctima” como lo propuso inicialmente el comisionado BAQUERO BORDA, se quiso cobijar también el abandono realizado con el solo fin de eludir la acción de la autoridad, como a su vez lo había sugerido el doctor SALGADO VÁSQUEZ³².

²⁸ También en relación con esta agravante tiene validez lo dicho en la nota 11.

²⁹ H. BARRERA DOMÍNGUEZ, *Delitos contra la vida...*, op. cit., pág. 148. Sin duda, una tal fundamentación deviene inaceptable pues en un Estado social y democrático de Derecho, fundado en el respeto de la dignidad humana (Const. Pol., art. 1º) carece de legitimidad el derecho penal para intervenir coactivamente sobre los ciudadanos apoyándose en su supuesta inmoralidad o conducta de vida, con lo cual no cabe emitir veredictos morales sobre el individuo, sino solo averiguar sus hechos penalmente prohibidos; vid. L. FERRAJOLI, *Derecho y razón (teoría del garantismo penal)*, Madrid, Edit. Trotta, 1995, págs. 222 y 223.

³⁰ F. TOCORA, *Derecho penal especial*, 4ª ed., Santa Fe de Bogotá, Librería del Profesional, 1996, pág. 38.

³¹ C. M. MOLINA ARRUBLA, *Delitos contra la vida...*, op. cit., pág. 294. De opinión similar, A. GÓMEZ MÉNDEZ (*Delitos contra la vida...*, ed. cit., pág. 265), si bien estima que la razón de la elusión de la acción de la autoridad, “pese a ser válida, me parece menos importante que la primera”.

³² Cfr. *Anteproyecto...*, op. cit., acta núm. 107, pág. 668.

Lo primero que hay que se debe resaltar es que tal punto de vista conduce a una desmesurada ampliación de la agravante, pues en el fondo no se trata de la exigencia conjunta de dos requisitos diferentes sino, por el contrario, de fundamentos alternativos: el hecho se agrava, bien porque el abandono aumente el riesgo para la vida o porque, aunque no lo aumente, se pretenda eludir la acción de la autoridad.

Las consecuencias de este que podríamos llamar “fundamento mixto alternativo” son sin embargo inaceptables, pues, entre otras cosas, lleva a apreciar la circunstancia inclusive en aquellos casos en los cuales el abandono se produce después de consumado el homicidio imprudente, esto es, cuando se abandona no a una persona en peligro de muerte sino a un cadáver, cosa que debe sin duda rechazarse, por cuanto constituye un planteamiento totalmente ajeno al bien jurídico vida, cuando se supone que es el atentado sufrido por este bien jurídico lo que se considera agravado.

Agravar el homicidio imprudente por el hecho de dejar abandonado el cadáver de la víctima a lo sumo podría relacionarse con el bien jurídico “administración de justicia”, en la medida que implicaría fijar una especie de “deber de permanencia” en el sitio de ocurrencia del hecho, a fin de asegurar la acción de las autoridades a los efectos de las pesquisas iniciales y posterior esclarecimiento de los hechos (v. gr., averiguación de la identidad del autor, obtención de su versión, etc.). No obstante, tal “deber de permanencia” no es admisible desde el punto de vista constitucional, por cuanto constituiría una flagrante violación de la garantía constitucional de la libertad personal y, más concretamente, del derecho a no declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable, uno de cuyos principales contenidos es el “derecho al silencio”, a no aportar a la investigación pruebas incriminantes que provengan de sí mismo³³ (Const. Pol., art. 33; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos —ley 74 de 1968—, art. 14, num. 4, lit. g; Convención Americana de Derechos Humanos —ley 16 de 1972—, art. 8º, num. 2, lit. g.).

Por otra parte, si lo determinante fuese la protección del bien jurídico administración de justicia, resulta contradictorio que tal “deber de permanencia” en el sitio de los hechos exista únicamente para el homicidio imprudente, cuando es de suponer que el interés por el esclarecimiento de todos los delitos sería el mismo. No puede ser ése, entonces, el sentido válido de la norma, pues, como bien ha dicho GÓMEZ LÓPEZ, “de exigírsele al autor de un homicidio imprudente que se entregue a la autoridad, con mayor razón debería exigirse un comportamiento igual al autor de un homicidio doloso, y en general de cualquier delito, lo cual de todas formas, resultaría inaceptable”³⁴.

³³ De esta opinión, O. GÓMEZ LÓPEZ, *El homicidio*, t. II, op. cit., pág. 68; vid. en relación con esta garantía, L. FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, cit., pág. 608; T. FREIXES SANJUÁN, “Reflexiones sobre la interpretación constitucional del derecho a la libertad personal”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 35, 1993, págs. 81, 86 a 88.

³⁴ O. GÓMEZ LÓPEZ, *ibidem*, pág. 66.

B) *La lesión del deber de solidaridad como fundamento único de la agravante del artículo 330-2 del Código Penal*

Por las razones antes mencionadas, tiene razón GÓMEZ LÓPEZ cuando considera que "es la omisión del cumplimiento del deber de auxilio a la víctima (C. P., art. 95, num. 2), lo que constituye la razón de la circunstancia de agravación y no el simple abandono del lugar del hecho. No es necesario que el autor tenga éxito en el auxilio que presta, basta que se esfuerce racionalmente en ofrecer la ayuda de que es capaz a la víctima y que procure suministrarle atención para evitar la muerte o daños mayores, bien por sí o por medio de terceras personas, o llevándola a un hospital, o solicitando oportuna atención médica"³⁵.

No se trata, por supuesto, de un deber de solidaridad en abstracto, sino en relación con la vida de una persona en particular (la víctima del hecho imprudente), bien jurídico en relación con el cual puede decirse que el abandono implica una mayor gravedad del hecho, en cuanto el riesgo creado para la vida por la acción imprudente se ve incrementado por la omisión de auxilio que tiene lugar al abandonar el autor el lugar de los hechos.

Entendida de esta manera la agravante, coincidimos también con GÓMEZ LÓPEZ, en un principio, al extraer de esta fundamentación las siguientes consecuencias³⁶:

a) En primer término, como ya se indicó, si al momento del abandono la persona ya ha muerto, no procede aplicar la agravante, pues no hay a quién prestar auxilio y la elusión de la acción de las autoridades no puede fundamentar incremento punitivo alguno.

b) La contravención de omisión de socorro (decr. 522 de 1971, art. 45) no concurra con el homicidio agravado por omisión de socorro a la víctima, por ser dicha omisión precisamente la circunstancia agravante del delito.

c) Como es apenas obvio, si el sujeto causó la muerte y abandonó sin justa causa a la víctima, pero no actuó de manera imprudente, o si habiendo actuado de forma imprudente el resultado no es imputable al riesgo creado por su acción sino al actuar de la víctima, de un tercero o, en definitiva, a un caso fortuito, etc., por supuesto no habrá homicidio imprudente al faltar uno de los *elementos* del tipo (imprudencia, imputación objetiva del resultado o relación de determinación, etc.). Solo podría apreciarse, en estos casos, la ya mencionada contravención de omisión de auxilio.

d) La aplicación de la circunstancia agravante desplaza y, por ende, hace inaplicables las circunstancias genéricas de agravación previstas en los numerales 10 (hacer más nocivas las consecuencias del hecho punible) y 13 (observar con posterioridad al hecho, conducta que indique una mayor perversidad) del artículo 66 del Código Penal.

En definitiva, solo puede aplicarse válidamente la agravante cuando el sujeto sin justa causa no socorre a la víctima de su acción imprudente, siempre y cuando esta se

³⁵ O. GÓMEZ LÓPEZ, *ibidem*, págs. 66 y 67.

³⁶ O. GÓMEZ LÓPEZ, *ibidem*, págs. 67-69.

encuentre aún con vida. Sobre el particular creemos necesario aclarar, adicionalmente, dos aspectos: en primer término, si el sujeto cree erróneamente que la persona está muerta y abandona el lugar de los hechos, no podrá apreciarse la agravante por la sencilla razón de la existencia de un error, que en todo caso, es decir, aunque hubiese sido evitable, excluye el dolo respecto de la omisión de socorro y por ende impide su apreciación, ya que este hecho solo es punible en su realización dolosa.

Por otra parte, cabría preguntar también si procede o no la agravante si el sujeto no abandona el lugar de los hechos, pero tampoco presta, siendo posible, ayuda a la persona en peligro, quien finalmente muere. Podría pensarse inicialmente que la agravante no es aplicable, dado que el sujeto no abandonó el lugar de los hechos y, por tanto, agravar en este caso iría en contra del tenor literal de la ley³⁷. Opinamos, no obstante, lo contrario, por dos razones fundamentales: en primer lugar, porque en relación con el artículo 330-2 no es admisible una aplicación literal, por cuanto conduciría al absurdo de agravar o por lo menos de afirmar la concurrencia de los requisitos típicos con el argumento del tenor literal de la ley, cuando el sujeto abandona el lugar de la comisión del hecho, pero con el fin de trasladar a la víctima a un hospital, por ejemplo³⁸.

En segundo término, ya hemos visto que la redacción de la agravante buscaba inicialmente cobijar dos supuestos: cuando se abandona a la víctima y cuando se buscaba eludir la acción de la autoridad. Este era el *sentido* original de la ley, mas, al no ser constitucionalmente admisible agravar por el mero hecho de pretender eludir la acción de las autoridades, la agravante queda con un solo sentido posible: el de agravar por el abandono de la víctima³⁹.

³⁷ De todas maneras vale la pena aclarar que de considerarse inaplicable la agravante por este motivo, lo será para *todos* los casos, pues el principio de igualdad (Const. Pol., art. 13) haría improcedente que el homicidio se agrave para quien no socorre a la víctima y se aleja del lugar de los hechos, pero que no se agrave cuando el sujeto se queda en el lugar sin auxiliar a la víctima. No es suficiente para garantizar un trato igualitario el hecho de que en este último supuesto el homicidio imprudente simple concurra con la contravención de omisión de socorro, pues de todas maneras se estaría imponiendo penas diferentes a un mismo hecho. De aceptarse esta interpretación, lo importante no sería entonces si con el abandono se aumenta o no el riesgo para la vida de la víctima del acto imprudente, sino el hecho del abandono en cuanto tal, cosa que, según se dijo atrás, resulta inadmisibles desde el punto de vista constitucional. La única manera de dejar a salvo el principio de igualdad de trato sería, entonces, inaplicando la agravante del art. 330-2 del C. P. y, por lo tanto, resolviendo todos los casos de la misma manera: homicidio imprudente simple (C. P., art. 329) en concurso con la contravención de omisión de socorro (decr. 522 de 1971, art. 45).

³⁸ Como explica O. GÓMEZ LÓPEZ, *El homicidio*, t. II, *op. cit.*, pág. 65: "no es el simple abandono lo que agrava el hecho punible, sino el abandono de la víctima sin prestarle ayuda o auxilio, pues una cosa es abandonar el *lugar* de comisión del hecho, esto es, irse del sitio, y otra bien distinta abandonar a la *víctima* sin prestarle auxilio. El autor puede abandonar el lugar de la comisión del hecho, pero llevando al herido rumbo a un hospital, caso en el cual sería no solo absurdo sino injurídico aplicarle la agravante, pues equivaldría a exigirle que deje morir al herido y que permanezca impávido en el lugar de los hechos" (cursivas textuales).

³⁹ De esta opinión también, O. GÓMEZ LÓPEZ, *El homicidio*, t. II, *op. cit.*, pág. 68. Habría que aclarar, como veremos luego, que si el sujeto no solo se queda en el lugar de los hechos, sino que además asume el *dominio* personal de la protección de la víctima (excluyendo por tanto la posibilidad de que se puedan presentar otras acciones de salvamento), pero no realiza ninguna acción tendiente a dicha protección, se configuraría un

C) *El artículo 330-2 del Código Penal: ¿Un supuesto de homicidio doloso de comisión por omisión? (injerencia, posición de garante y comisión por omisión en el código penal).*

Lo que no aparece claro en el análisis de GÓMEZ LÓPEZ es, sin embargo, si en el caso de la agravante del artículo 330-2 del Código Penal el sujeto adquiere solo el deber de prestar ayuda o más bien el de impedir el resultado muerte. La duda surge del hecho de que invoca como fuente de dicho deber de actuar, por un lado, la omisión de socorro prevista en el artículo 45 del decreto 522 de 1971, que establece un deber de auxilio para quien encuentra a una persona en peligro, sin necesidad de que él mismo la haya colocado en dicha situación; pero también invoca el actuar precedente o injerencia, esto es, cuando con una acción se da lugar al peligro inminente de un resultado típico, surgiendo en tal caso, en opinión de este autor, el deber de evitar que se produzca el resultado⁴⁰.

Lo anterior genera confusión acerca de qué deber grava al sujeto, a la vez que deja sin respuesta la cuestión acerca de qué norma de mandato infringiría en caso de no cumplirlo, cuestiones a las que directamente está vinculado el problema del fundamento de la circunstancia agravante. Es decir, ¿La pena se aumenta porque el sujeto omitió brindar auxilio a la víctima o porque no impidió el resultado de muerte? Estos deberes, desde luego, son diversos, pues en uno y otro el ordenamiento jurídico exige una intervención de muy distinta índole por parte del sujeto.

Nos explicamos: si se tratase de lo primero (omisión de socorro) se estaría únicamente frente a la infracción del deber (Const. Pol., art. 95-2) de prestar auxilio a quien se encuentra en peligro de muerte, y por ende ante un hecho punible propio de omisión (decr. 522 de 1971, art. 45), pues su contenido típico está dado por la simple infracción de un deber de actuar y por ello basta auxiliar a la persona en peligro para cumplir con el deber derivado del bien jurídico (solidaridad). Si se tratase de lo segundo, estaríamos frente a un delito impropio de omisión, el cual presupone el deber de evitar el resultado típico (en este caso la muerte); por tanto, desde este punto de vista, si quien

delito de homicidio de comisión por omisión y no un homicidio imprudente agravado; tal sería el caso, por ejemplo, de quien después de haber causado el accidente, traslada a la víctima a un lado de la carretera, ocultándola y quedándose en el lugar de los hechos hasta que aquella fallece. En este caso habría que apreciar un delito de homicidio doloso por omisión, siempre y cuando pueda establecerse la imputación del resultado a la omisión (cfr. a E. GIMBERNAT, "Causalidad, omisión e imprudencia", en el mismo, *Ensayos penales*, Madrid, Edit. Tecnos, 1999, págs. 250 a 252); de lo contrario, es decir, si el resultado muerte es imputable a la acción imprudente y no a la omisión, se estará en la situación que se comenta en el texto y por tanto solo cabe apreciar un homicidio imprudente agravado. Sobre la noción de *dominio* personal en los delitos de comisión por omisión, cfr. a B. SCHÜNEMANN, "Sobre el estado actual de la dogmática de los delitos de omisión en Alemania", en E. GIMBERNAT, B. SCHÜNEMANN y J. WOLTER (Edit.), *Omisión e imputación objetiva en derecho penal*, Madrid, U. Complutense, 1994, págs. 21 y 22; y L. GRACIA MARTÍN, "La comisión por omisión en el derecho penal español", en *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol. XXIII, La comisión por omisión, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1994, págs. 82 y ss.

⁴⁰ O. GÓMEZ LÓPEZ, *El homicidio*, t. II, *op. cit.*, pág. 67.

hiere de forma imprudente a una persona adquiere un deber de salvamento, si omite cumplir con dicho deber y la persona muere, sería responsable de un homicidio doloso por omisión (siempre que el resultado sea imputable a la no realización de una acción de salvamento) y no de homicidio imprudente agravado por el abandono.

Esta última parece ser la posición que GÓMEZ LÓPEZ entiende de *lege ferenda* como correcta, aunque considera que "esta interpretación, válida doctrinalmente, queda desplazada por existir para el caso una *solución legal*, pues sea que muera el sujeto a consecuencia del abandono, o que fallezca por las lesiones recibidas, si el sujeto activo no prestó ayuda es responsable de homicidio culposo agravado según el artículo 330, numeral 2, del Código Penal"⁴¹. En otras palabras, en opinión de este autor el artículo 330-2 del Código Penal en realidad lo que consagra es un supuesto de homicidio doloso de comisión por omisión que nuestro legislador, no obstante, optó por regular más bien como un homicidio culposo agravado.

No creemos en este punto acertado el planteamiento de GÓMEZ LÓPEZ, por cuanto entender que en estos casos simple y llanamente el legislador "se equivocó" al tratar como un delito de acción (imprudente) lo que es un delito de omisión (doloso), no solo es un pobre argumento dogmático, sino que, además, implica aceptar, por una parte, que el actuar imprudente descrito genera posición de garante, con todo lo criticable que ello resulta⁴²; y, por otra, admitir la no menos criticable presunción de que la no evitación del resultado lesivo, cuando el peligro para el bien jurídico ha sido creado por una acción precedente, es por ese solo hecho equivalente a la acción dolosa de producir dicho resultado⁴³.

Lo anterior significaría, por lo menos conforme a la legislación penal colombiana, que si bien por razones estrictamente legales no podría apreciarse un homicidio doloso por omisión en el caso que se comenta (C. P., art. 330-2), tal impedimento legal no existiría frente a otros supuestos. En efecto, de aceptarse esta interpretación debería responder por homicidio imprudente de comisión por omisión el tabernero que sirve alcohol a un cliente (actuar precedente), quien se embriaga, si luego aquel no impide que este conduzca en ese estado su automóvil, atropellando y matando un peatón⁴⁴.

⁴¹ O. GÓMEZ LÓPEZ, *El homicidio*, t. II, *op. cit.*, pág. 67 (cursivas textuales).

⁴² Cfr. a E. GIMBERNAT, "La omisión impropia en la dogmática penal alemana", en el mismo, *Ensayos penales*, *op. cit.*, págs. 273 a 282; y D. M. LUZÓN PEÑA, "Injerencia, comisión por omisión y omisión de socorro", en el mismo, *Derecho penal de la circulación*, Barcelona, PPU, 1990, págs. 169 a 178.

⁴³ Sobre el tema, vid. con especial claridad, a L. GRACIA MARTÍN, "La comisión por omisión...", cit., págs. 59 y ss.; y J. M. SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión (Concepto y sistema)*, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1986, págs. 349 y ss.

⁴⁴ El caso es citado por E. GIMBERNAT, "La omisión impropia...", pág. 274. Habría de todas formas que entender que para O. GÓMEZ LÓPEZ solo el actuar precedente imprudente genera posición de garante, mas no el fortuito, pues considera que "la circunstancia se aplica para cuando se establece que existió culpa de parte del procesado; si se demuestra que no hubo culpa de su parte, pero que abandonó sin justa causa al lesionado, no existirá delito de lesiones personales u homicidio, sino la contravención de "omisión de auxilio" (*El homicidio*, t. II, *op. cit.*, pág. 68). En Colombia, F. VELÁSQUEZ (*Derecho penal*, cit., págs. 447 y 448) sostiene una concepción amplia de la injerencia como fuente de la posición de garante, al afirmar la existencia de deberes de protec-

De igual forma, habría que apreciar una dolosa privación ilegal de la libertad por omisión en la conducta de quien, sin saber que una persona se encuentra dentro, cierra la puerta de una habitación (hacer precedente), omitiendo liberar al encerrado cuando posteriormente se percató del hecho⁴⁵.

Admitir en estos casos la existencia de un delito de omisión pero negarla en el caso que se analiza, genera graves confusiones valorativas, como, por ejemplo, entender que de la realización de un comportamiento lícito aunque riesgoso, como el consistente en vender bebidas alcohólicas a una persona adulta, se genera un deber de protección; pero, al mismo tiempo, negar el surgimiento de dicho deber frente a un hecho no solo igualmente riesgoso, sino inclusive típico (atropellar a un peatón de forma imprudente). Así mismo, también es contradictorio que el actuar precedente fortuito no genere posición de garante en relación con el bien jurídico vida (atropellar de manera fortuita a un peatón y sin embargo no socorrerlo), pero sí frente a otros bienes jurídicos (cerrar la puerta de una habitación, donde alguien queda encerrado, y luego de percatarse del hecho, no abrirla).

Cuando una interpretación genera tantas contradicciones no parece entonces que el problema esté en la ley que se interpreta sino más bien en la interpretación que de ella se hace. En realidad, si algo está diciendo el artículo 330-2 del Código Penal es que la injerencia, ni siquiera cuando tiene lugar por una acción imprudente, genera posición de garante alguna.

En el fondo de toda esta problemática se encuentra la ya mencionada y discutida cuestión de la distinción entre delitos propios e impropios de omisión y, más concretamente, del concepto de "comisión por omisión"⁴⁶, asuntos estos que un buen sector de nuestra doctrina ha creído resueltos por la fórmula de equivalencia del artículo 21 del Código Penal, según la cual, "Cuando se tiene el deber jurídico de impedir el resultado, no evitarlo, pudiendo hacerlo, equivale a producirlo"⁴⁷. En efecto, a partir de este artículo se ha entendido que para equiparar una omisión a la acción basta con la sola

existencia de un deber jurídico de acción. En palabras de FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, "no impedir un resultado de cuya evitación se es jurídicamente garantizador (por la calidad de protector o vigilante del bien jurídico), pudiendo hacerlo, equivale a producirlo; es decir, no es ello igual que causarlo, pero tiene legalmente su mismo valor"⁴⁸.

Dado que los supuestos en los cuales se considera que alguien tiene el deber jurídico de evitar el resultado de un tipo de acción no se encuentran determinados en forma clara y cierta, una tal concepción de los delitos impropios de omisión no solo no logra satisfacer las exigencias propias del principio de legalidad⁴⁹, sino que, además, lleva a cabo una extensión de la punibilidad de los tipos de la parte especial a supuestos que, al no estar comprendidos en ellos, realmente carecen del desvalor típico y, por ello, no deben merecer la misma pena⁵⁰, por lo que también se vulnera el principio de proporcionalidad.

Como bien explica SCHÜNEMANN, "la punibilidad de la omisión sobre la base del supuesto de hecho típico de comisión solo puede ser justa, si la posición del autor por omisión en relación con el suceso que lesiona un bien jurídico es comparable en sus aspectos determinantes de la imputación del resultado con aquellos que debe poseer el autor por comisión"⁵¹. Por tanto, la aplicación de los tipos de la parte especial presupone en todos los casos la existencia de los elementos materiales que configuran lo ilícito de la correspondiente figura delictiva, razón por la cual la comisión por omisión exige algo más que la existencia de un deber jurídico particular; se requiere la equivalencia o identidad valorativa (típica) entre acción y omisión⁵². Y "dado que el autor por comisión domina el suceso lesivo por medio de sus actividades corporales y, por lo tanto, a través del dominio sobre su cuerpo, una omisión equivalente a la comisión presupone un control actual sobre el suceso equiparable en intensidad a ese control"⁵³.

Dicho *dominio* no se puede confundir con la mera *posibilidad* de dominio o de evitación⁵⁴, por lo que la sola existencia del deber de evitar el resultado, así se trate de un deber particular, no es por sí suficiente para válidamente identificar tal omisión con

ción "cuando la persona tiene el deber de proteger determinadas fuentes de riesgo, como sucede con los deberes surgidos de comportamientos precedentes suyos (el que embriagó a otro tiene la obligación de protegerlo, el que conduciendo correctamente atropella al peatón desatento tiene el deber de asistirlo, etc.)" (cursivas textuales); J. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, sin embargo, parece rechazar la injerencia, al plantear que "El mayor problema de la acción precedente como fuente deber de garantía personal es que resulta, este sí, violatorio de la reserva de ley y representa un recurso inadmisibles a la costumbre" (*Derecho penal...*, op. cit., pág. 172).

⁴⁵ El caso es comentado también por E. GIMBERNAT, "La omisión impropia...", op. cit., pág. 274.

⁴⁶ Cfr. a J. M. SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, op. cit., págs. 311 y ss.; E. GIMBERNAT, "La omisión impropia...", págs. 262 a 265; L. GRACIA MARTÍN, "La comisión por omisión...", op. cit., págs. 57 y ss.

⁴⁷ Así lo plantea la gran mayoría de los comentaristas de la parte general: F. ESTRADA VÉLEZ, *Derecho penal*, cit., pág. 94; L. C. PÉREZ, *Derecho penal*, t. I, Bogotá, Edit. Temis, 1981, pág. 113; S. T. RUIZ, "Conducta omisiva y delitos de omisión", en J. E. VALENCIA (Director), *Estudios Penales (homenaje al profesor Luis Carlos Pérez)*, Bogotá, Temis, 1984, págs. 79 a 88; J. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal...*, op. cit., pág. 169; con dudas, F. VELÁSQUEZ, *Derecho penal*, op. cit., págs. 446 a 450. El más completo estudio de los delitos de omisión en el código penal colombiano es, sin embargo, el realizado por O. GÓMEZ LÓPEZ, *El homicidio*, t. I, Bogotá, Edit. Temis, 1993, págs. 225 a 268.

⁴⁸ J. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal...*, op. cit., págs. 169 y 170. En igual sentido, L. C. PÉREZ, *Derecho penal*, t. I, op. cit., pág. 113; S. T. RUIZ, "Conducta omisiva...", op. cit., pág. 88; O. GÓMEZ LÓPEZ, *El homicidio*, t. I, cit., págs. 230 y 231.

⁴⁹ Así lo plantea también F. VELÁSQUEZ (*Derecho penal*, op. cit., pág. 450), quien, pese a ello, sigue derivando la posición de garante de fuentes formales. Por el contrario, consideran que el art. 21, inc. 2°, resuelve los problemas de legalidad de los delitos impropios de omisión, F. ESTRADA VÉLEZ, *Derecho penal*, op. cit., p.; J. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal...*, op. cit., p.; y O. GÓMEZ LÓPEZ, *El homicidio*, t. I, cit., pág. 231.

⁵⁰ Así lo ha expuesto, en relación con el derecho español, L. GRACIA MARTÍN, "La comisión por omisión...", op. cit., pág. 68.

⁵¹ B. SCHÜNEMANN, "Sobre el estado actual...", cit., págs. 21 y 22.

⁵² Cfr. en este sentido, B. SCHÜNEMANN, "Sobre el estado actual...", op. cit., págs. 21 y 22; L. GRACIA MARTÍN, "La comisión por omisión...", op. cit., págs. 73 y ss.; D. M. LUZÓN PEÑA, "Injerencia...", cit., págs. 175-176; S. MIR PUIG, *Derecho penal*, op. cit., págs. 306 y 307; J. M. SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, op. cit., págs. 359 y ss.; E. GIMBERNAT, "Causalidad...", op. cit., págs. 248 a 256.

⁵³ B. SCHÜNEMANN, "Sobre el estado actual...", op. cit., pág. 22.

⁵⁴ Cfr. a B. SCHÜNEMANN, "Sobre el estado actual...", op. cit., pág. 22.

la acción típica, por la sencilla razón de que quien omite, a diferencia de quien actúa, no crea ningún riesgo para el bien jurídico sino que se encuentra frente a una situación de riesgo ya creada. Hablar de responsabilidad penal por comisión por omisión supone, pues, "que la existencia o indemnidad del bien jurídico cuyo peligro se ha creado queda efectivamente en manos del omitente: bajo su *control personal* —para lo que no basta la genérica 'posibilidad de salvación', condición también de la omisión pura—"⁵⁵.

Conforme a lo anterior, debe entenderse que cuando el artículo 21 inciso 2º del Código Penal hace equivalente la no evitación del resultado a su producción, a partir de la existencia de un deber jurídico, implícitamente está exigiendo que debe tratarse de la omisión de un deber jurídico penal (y no extrapenal), esto es, derivado de un tipo penal en particular y no normas de derecho civil o administrativo⁵⁶, pues solo en tal caso es posible establecer la identidad absoluta que plantea la norma. Tal identidad valorativa es la que precisamente falta en toda injerencia y en particular en el supuesto en el que, por ejemplo, se atropella a alguien y luego se le abandona, produciéndose su muerte (C. P., art. 330-2), pues aquí es evidente que el atropellamiento es el que crea el peligro para la vida. Como lo plantea LUZÓN PEÑA, "la posterior omisión de socorro ya no desencadena, no crea peligro alguno para la vida; solamente se encuentra con un peligro que ya está ahí, fuera del control y en este estadio el sujeto solo puede intentar volver a controlarlo. Por ello, porque no supone la creación del riesgo, se trata de una omisión propia, y no de comisión por omisión subsumible en el tipo del (y equiparable en desvalor al) homicidio"⁵⁷.

Creemos que una interpretación restrictiva como la que proponemos deberá ser aceptada inclusive por los autores que en nuestro país sostienen, en principio, la existencia de un deber jurídico como el único criterio de equivalencia exigido por el artículo 21 inciso 2º del Código Penal para equiparar una omisión a la acción típica⁵⁸, pues no creemos que tal punto de vista permita llegar a afirmar la configuración de una "violación por omisión", por ejemplo, en el caso del padre (garante) que no evitó, pudiendo hacerlo, que su hijo realizara la violación. Si en este caso, desde el punto de vista que se comenta, solo cabría apreciar, a lo sumo, una complicidad por omisión, se debe precisamente al hecho de que no es posible establecer una identidad valorativa entre la acción de acceder carnalmente de manera violenta a otra persona y el no evitar dicha acción. Tal ausencia de identidad valorativa es la que lleva en nuestro país a GÓMEZ MÉNDEZ a entender, con razón⁵⁹, que "Si, por ejemplo, un agente de la Policía Nacional que tiene la obligación de proteger la vida de los ciudadanos (decr. 1355 de

⁵⁵ S. MIR PUIG, *Derecho penal*, op. cit., págs. 306 y 307 (cursivas textuales). Así también, L. GRACIA MARTÍN, "La comisión por omisión...", op. cit., págs. 85 y 86; B. SCHÜNEMANN, "Sobre el estado actual...", op. cit., págs. 21 a 24.

⁵⁶ Sobre esta distinción, E. GIMBERNAT, "La omisión impropia...", op. cit., págs. 264 y 265.

⁵⁷ D. M. LUZÓN PEÑA, "Injerencia...", op. cit., pág. 175.

⁵⁸ Vid. nota 47.

⁵⁹ Así lo haga a partir de evidentes equívocos y confusiones conceptuales, como los de entender que el art. 21 inc. 2º del C. P., se refiere es a la omisión propia y que por lo tanto no es aplicable al tipo de homicidio; cfr. A. GÓMEZ MÉNDEZ, *Delitos contra la vida...*, op. cit., pág. 46. Una crítica a la posición de este autor puede verse en O. GÓMEZ LÓPEZ, *El homicidio*, t. I, op. cit., págs. 236 y 237.

1970, art. 1º) observa que alguien va a matar a otro, y no lo impide, su conducta es reprochable ciertamente, pero no puede ser considerado como autor del homicidio cometido. Tenía sí la obligación jurídica de impedir el resultado, pero si no lo hizo, no puede decirse que aquel no hacer es tanto como haber ocasionado el resultado mismo"⁶⁰.

La lectura que proponemos del artículo 21 inciso 2º, del Código Penal, aparece entonces no solo compatible, sino ratificada por el artículo 330-2 del Código Penal, que precisamente sanciona el hecho de atropellar a alguien y luego no socorrerlo, cuando se produce la muerte, no como un delito doloso de omisión sino como un homicidio imprudente de acción, agravado por la omisión de auxilio. La explicación y justificación de tal tratamiento legal está en la interpretación propuesta del artículo 21, inciso 2º y que, reiteramos, excluye el mero actuar precedente como generador de una posición de garante. En consecuencia, la que no parece válida es la ya criticada interpretación amplia del mencionado artículo 21 inciso 2º, en cuanto no logra explicar de manera satisfactoria lo previsto en el artículo 330-2 del Código Penal.

Por lo anterior, tampoco cabe derivar la existencia de una posición de garante del artículo 95-2 de la Constitución, entre otras razones, por cuanto si dicha posición no la adquiere quien con su actuar precedente imprudente ha ocasionado un riesgo para la vida, con mayor razón tampoco la adquiere quien se encuentra totalmente desvinculado de la creación del riesgo (v. gr., el conductor que encuentra a un accidentado y no lo socorre). Así mismo, un deber general como el previsto para *todas* las personas en la referida norma constitucional, niega de por sí la idea de la posición de garante, que por lo contrario lo que busca es *seleccionar* de entre todos los ciudadanos a uno o a unos pocos como encargados de vigilar la integridad del bien jurídico protegido⁶¹.

Una tal comprensión de la posición de garante parece además objetable también desde el punto de vista político criminal, puesto que un genérico y vago deber de solidaridad social que sirviera de base a la misma asfixiaría de deberes a los ciudadanos y conduciría a una parálisis de la actividad social, dado que esta conlleva cierto nivel de riesgos para la vida y la salud de las personas, riesgos que no puede exigirse que sean tenidos bajo control por todos los ciudadanos. No porque la Constitución proclame un deber de solidaridad para con las personas que estén en situación de peligro para su vida o su salud, adquieren posición de garante los ciudadanos; siempre y en todo caso será necesario que en el caso concreto concurren los presupuestos materiales de la posición de garante, vale decir, el dominio personal de la situación de riesgo. Si ello no sucede, el comportamiento se mantiene dentro de los límites de la omisión de socorro (decr. 522 de 1971, art. 45), hecho punible que precisamente encontraría amparo en la norma constitucional (art. 95-2).

⁶⁰ A. GÓMEZ MÉNDEZ, *Delitos contra la vida...*, op. cit., pág. 47. Lo que no es cierto es, como cree este autor, que tal equivalencia no se presente porque supuestamente el agente "no tuvo conciencia y voluntad de realizar el tipo" (op. cit., pág. 47). En realidad, en tal evento el sujeto conoce que no realiza ninguna acción de salvamento, solo que tal situación, por lo dicho, no puede entenderse recogida en el tipo de homicidio.

⁶¹ Cfr. a E. GIMBERNAT, "La omisión impropia...", op. cit., pág. 264.