

**DELIMITACIÓN DE LAS REGLAS DE IMPUTACIÓN AL ÁMBITO DE
RESPONSABILIDAD DE LA VÍCTIMA DESDE UNA PERSPECTIVA
CONSTITUCIONAL.**

Autor: Rosa Angélica Quintero Jaimes

Director metodológico: Darwin Clavijo Cáceres.

Director Disciplinar: José María Peláez Mejía

Trabajo presentado para optar por el título de Magister en Derecho Penal, Procesal Penal y
Ciencias Penales.

Universidad Libre de Cúcuta

Maestría en Derecho Penal, Procesal Penal y Ciencias Penales, I Cohorte.

2020

RESUMEN.

INTRODUCCIÓN.

1. CONTEXTUALIZACIÓN DEL PROBLEMA.....	9
2. LAS REGLAS DE IMPUTACIÓN AL ÁMBITO DE RESPONSABILIDAD DE LA VÍCTIMA: la perspectiva de la dogmática jurídico penal alemana.....	21
2.1. Precisiones iniciales.....	21
2.2. Las acciones a propio riesgo de la víctima.....	22
2.2.1. Autopuestas y heteropuestas en peligro: la visión de Roxin.	
2.2.1.1. La teoría de la imputación objetiva en Roxin.	
2.2.1.1.1. La creación de un riesgo jurídicamente desaprobado.	
2.2.1.1.2. La realización del riesgo en el resultado.	
2.2.1.1.3. El alcance del tipo penal.	
2.2.1.2. La cooperación en una autopuesta en peligro dolosa.	
2.2.1.3. La problemática de la heteropuesta en peligro.	
2.2.1.3.1. Generalidades.	
2.2.1.3.2. ¿Cuál es el tratamiento que debe dársele a la heteropuesta en peligro?	
2.2.1.3.3. ¿Qué implicaciones jurídicas conlleva el tratamiento diferenciado entre la “autopuesta en peligro” y la “heteropuesta en peligro”?	
2.2.1.3.4. El fundamento jurídico de las autopuestas y heteropuestas en peligro como ausencias de responsabilidad.	
2.2.2. Las actuaciones a propio riesgo en la visión de Günther Jakobs.	
2.2.2.1. Consideraciones particulares sobre la competencia de la víctima.	
2.2.3. Otros sectores de la doctrina alemana: Jescheck & Weigend, Harro Otto, Frister, y Wessels/Beulke/Satzger.	
2.3. Situaciones imputables a ámbitos de responsabilidad ajenos.....	49
2.4. Eventos adecuables a la figura del consentimiento.....	50
3. LA RECEPCIÓN ESPAÑOLA Y COLOMBIANA DE LAS REGLAS DE IMPUTACIÓN AL ÁMBITO DE RESPONSABILIDAD DE LA VÍCTIMA: visión doctrinal y jurisprudencial.....	55
3.1. La recepción doctrinal española.....	56
3.2. La recepción doctrinal colombiana.....	62
3.3. La recepción de la jurisprudencia colombiana.....	74
4. CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL DE LAS REGLAS DE IMPUTACIÓN AL ÁMBITO DE RESPONSABILIDAD DE LA VÍCTIMA: toma de postura.....	88
4.1. La configuración del libre desarrollo a la personalidad y la dignidad humana en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.....	89

4.1.1. La dignidad humana	
4.1.2. El libre desarrollo de la personalidad.	
4.2. Armonización de las reglas de imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima y las reglas constitucionales sobre el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana. Acerca de por qué constitucionalmente no se debe exigir la ausencia de posición de garantía para el reconocimiento de una autopuesta o heteropuesta en peligro como criterio negativo de imputación objetiva.....	97
4.2.1. La esencia de las posiciones de garantía: El por qué la posición de garantía es un elemento extraño a la configuración de las autopuestas y heteropuestas en peligro. Crítica a la jurisprudencia y doctrina colombiana.	
4.2.2. El fundamento jurídico de las autopuestas y heteropuestas en peligro.	
(a) Argumentos constitucionales:	
(b) Argumentos legales:	
(c) Argumentos dogmáticos:	
CONCLUSIONES.....	119
BIBLIOGRAFÍA.....	121

RESUMEN.

El documento presenta los resultados de la investigación desarrollada para demostrar que, desde una perspectiva constitucional, la posición de garantía como elemento para establecer la configuración de la ausencia de responsabilidad denominada acción a propio riesgo, tendencia expresada por la Corte Suprema de Justicia, es ajeno, innecesario y carece de fundamento constitucional. La postura del tribunal obedece a un error dogmático de la alta corte, razón por la cual, se realiza una propuesta de elementos más armonizados con la Constitución Política. Para lo anterior se diferencia las autopuestas de las heteropuestas en peligro, configurando requisitos independientes para cada una de ellas.

Palabras clave: heteropuesta, autopuesta, acciones a propio riesgo, imputación objetiva, víctima.

INTRODUCCIÓN.

Este documento contiene los resultados de la investigación que se desarrolló con el propósito de determinar la evolución dogmática alemana, en el pensamiento de Jakobs y Roxin, de las autopuestas y heteropuestas en peligro, en comparación con la doctrina española, para contrastarlas con la recepción teórica y jurisprudencial de las denominadas “acciones a propio riesgo” en Colombia y, principalmente, buscando verificar la constitucionalidad de exigir la “inexistencia de posición de garantía” como uno de sus requisitos configurativos puesto que tal condición de procedencia ha hecho carrera en la praxis judicial y científica.

La iniciativa de realizar la investigación surge ante la extrañeza de ver que casos tradicionalmente considerados impunes en la doctrina y jurisprudencia alemana – como, por ejemplo, lo sería la muerte del pasajero del carro por parte del conductor ebrio (Roxin, Derecho Penal, Parte General. Tomo I, 1997, pág. 394 y 395) o del viajero de un barco que sufre un accidente en una tormenta (Caso del Río Memel, 1923) – en Colombia terminan siendo resueltos de forma contraria, esto es, imputando responsabilidad penal derivada de que el “autor” tenía “garantía sobre la víctima” – Vgr., dice la jurisprudencia que el conductor de un vehículo tiene posición de garantía sobre el pasajero (Sentencia Casación 36842, 2013) y la doctrina que el tripulante es garante del viajero (Reyes Alvarado, 1996, pág. 178) –, a pesar de argumentar nuestra Corte Suprema de Justicia (Sentencia Casación 27388, 2007; Sentencia Casación 27357, 2008; Sentencia Casación 33920, 2012; Sentencia Casación 36082, 2012; Sentencia Casación 36842, 2013) y un buen sector de la doctrina (López C. , 2006; Gomez, 2020; Poveda Buitrago, 2014) que para la aplicación de los criterios de “imputación objetiva”, con los que se solucionan estos casos, están utilizando las mismas instituciones que los alemanes (“autopuestas en peligro”, “heteropuestas en peligro”, “acciones a propio riesgo”) y además, supuestamente, también los mismos requisitos configurativos para ellas.

La anterior posición del Tribunal genera serias contradicciones dogmáticas y carecería, adicionalmente, de sustento constitucional pues estaría limitando el libre desarrollo

de la personalidad y la dignidad humana, mediante la inclusión de requisitos ajenos a la edificación de las acciones a propio riesgo, con los cuales coartan los espacios de libertad sin argumentos sólidamente contruidos y visibles, pervirtiendo, por decirlo de alguna manera, una doctrina sólidamente contruida en otras latitudes mediante la tergiversación de la esencia misma de su pensamiento.

Con base en ello y ante la demostración que se realizará de la silente mutación doctrinal originaria, queda el problema de establecer si es posible continuar aceptando las acciones a propio riesgo como causal eximente de responsabilidad y, en caso afirmativo (acorde como se fundamentará en esta investigación), la determinación de los requisitos que deberían exigirse teniendo como fuente limitativa de toda interpretación dogmática de la ley penal, la Constitución Política y sus normas fundamentales.

Así las cosas, el problema de investigación que surge de todo lo expuesto es el siguiente: ¿De qué manera deben ser configuradas las reglas de imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima desde una perspectiva constitucional que permita su armonización con el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana?

Para responder esta pregunta se trazaron como objetivos establecer la función que cumple la posición de garantía en la atribución de responsabilidad dentro de la escuela funcionalista moderada y en la escuela funcionalista radical. Así mismo, se revisó como fue la recepción de dichas teorías en la doctrina española y colombiana, para que a renglón seguido se pudiera estudiar el desarrollo en la jurisprudencia de las altas cortes nacionales. Finalmente, se estudiaron los fundamentos constitucionales que dan sustento a las acciones a propio riesgo para proponer las reglas de imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima acorde a nuestra carta política.

Ahora bien, en cuanto a los métodos de investigación para el desarrollo de la presente tesis, se emplearon los siguientes:

La construcción de líneas jurisprudenciales para detectar las reglas de precedente vigentes en torno a los ejes temáticos tratados y, así mismo, la aplicación del método dogmático para lo cual se agotaron los tres pasos que a continuación se enuncian:

Primero: interpretación que consistió en desentrañar el significado de los enunciados normativos existentes en los textos legales; es decir, en hallar las normas aplicables a las distintas hipótesis factuales mediante los cuatro métodos hermenéuticos mencionados, estableciendo similitudes y diferencias hasta reducir todo su significado a conceptos generales, categorías, unidades simples o dogmas, con los que sea posible elaborar luego una construcción lógica o teoría, en la que cada uno de ellos encuentre su explicación, enlace y coherencia.

Segundo: sistematización. Con los “dogmas” obtenidos en la interpretación de la ley se procedió a construir un “sistema” de reglas de imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima mediante el cual fuese posible solucionar los casos sometidos a consideración del mismo. Esto significó, que a través de la sistematización se elaboró una teoría constitucional de las acciones a propio riesgo.

Tercero: crítica. Finalmente, se evidenció que la construcción dogmática vigente padecía de una completa incorrección, resultaba anacrónico, inconstitucional y definitivamente inarmónico, situación ante la cual se pasó a reconstruir todas las reglas de atribución al ámbito de responsabilidad de la víctima.

En ese orden de ideas, la tesis se presenta dividida en 4 capítulos, así: en el primer capítulo se realiza una breve contextualización del problema de investigación y los avatares que éste conlleva. Luego, en el segundo capítulo, se reconstruyen las reglas de imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima desde la perspectiva de la dogmática jurídico penal alemana con especial énfasis en Jakobs y Roxin, pero no porque en esta investigación se siga el pensamiento de alguno de dichos autores, sino porque la Corte Suprema de Justicia y la doctrina colombiana, al aplicar y reconstruir las instituciones dogmáticas de las

“autopuestas” y “heteropuestas en peligro” (agrupadas conceptualmente como “acciones a propio riesgo”) aseguró estar siguiendo a dicho sector doctrinal.

Ya en un tercer capítulo se realiza diálogo crítico y reconstructivo de la recepción doctrinal española y colombiana de las acciones a propio riesgo, finalizando tal sección de la investigación con el análisis jurisprudencial de las providencias proferidas por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, desde el año 2003 y hasta el año 2020, efectuando una breve contrastación de dicha perspectiva con la visión jurisprudencial acerca de la teoría de la imputación objetiva que fuera estructurada por la Corte Constitucional en la sentencia SU-1184 de 2001.

Por último, se presenta la propuesta jurídica principal de esta investigación, ofreciendo al lector la configuración constitucional de las reglas de imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima de forma totalmente al margen de cualquier perspectiva teórica, explicando el por qué constitucionalmente no se debe exigir la ausencia de posición de garantía para el reconocimiento de una autopuesta o heteropuesta en peligro como criterio negativo de imputación objetiva y armonizando las reglas dogmáticas de las acciones a propio riesgo con las reglas derivadas de los derechos fundamentales a la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad.

1. CONTEXTUALIZACIÓN DEL PROBLEMA.

*“¿Cuál es, entonces, el justo límite a la soberanía del individuo sobre sí mismo?
¿Dónde empieza la autoridad de la sociedad?
¿Cuánto de la vida humana debe asignar a la individualidad y cuánto a la sociedad?”*

John Stuart Mill.

Tradicionalmente la posición de garantía ha jugado un papel determinante en la imputación de la omisión impropia. Es decir, gracias al concepto de posición de garantía se hizo posible explicar por qué se le debía atribuir el resultado típico de delitos de “acción” a quien realizaba un comportamiento omisivo.

De esta manera, la razón jurídica por la cual una madre debe responder por la muerte (resultado) de su hijo recién nacido cuando omite alimentarlo, a pesar de no haber ejecutado una “acción de matar” como conducta prevista en el tipo penal, es precisamente por la posición de garantía que tendría toda progenitora sobre su hijo recién nacido de acuerdo con la ley civil de cualquier país y, además, por razones materiales surgidas del dominio que ella tendría sobre el desamparo del bien jurídico objeto de protección (esto es, posición de garantía de protección o custodia) (Roxin, 2014, pág. 857), lo que a su vez permitiría establecer que la omisión del “garante” equivaldría a la acción literalmente exigida por el tipo penal.

En el pensamiento de Roxin y, en este punto, de la mayoría de la doctrina penal¹, la posición de garantía no juega ningún papel posterior al establecimiento de la equivalencia entre acción y omisión (2014, pág. 763). Por lo tanto, la posición de garantía es una institución impertinente o que en nada se relaciona con la imputación objetiva; esto es, que resulta totalmente extraña al juicio de imputación.

¹ Por todos: (Frister, 2016, pág. 153) (Wessels, Beulke, & Satzger, 2018, págs. 19, 501 y ss) (Hilgendorf & Valerius, 2017)

Teniendo en cuenta las anteriores premisas, resulta apenas lógico comprender y evidenciar que Roxin al elaborar el tercer nivel de imputación objetiva llamado alcance del tipo penal estructura como criterio negativo de tal escalón la autopuesta y heteropuesta en peligro de forma totalmente al margen del concepto de posición de garantía y sin tenerla para nada en cuenta al elaborar sus requisitos indispensables para su reconocimiento.

Por el contrario, Jakobs y su escuela piensan algo muy distinto, pues para este autor (La imputación objetiva en derecho penal, 1998) solo se puede imputar objetivamente un resultado típico a una persona (independientemente de que la causa sea una acción o se trate de un comportamiento omisivo) cuando ese individuo tenga la posición de garantía o el deber jurídico (la competencia) de evitar el resultado.

Así las cosas, es necesario comprender que para Jakobs no existe distinción entre acción y omisión (2006, pág. 191), pues él, en estricto sentido de su teoría radical, al evaluar un caso jamás mira qué comportamiento realizó el individuo, sino únicamente dos cosas:

- i)** ¿Se consumó el resultado típico?
- ii)** ¿Tenía el procesado el deber jurídico de evitar el resultado? Es decir, ¿tenía posición de garantía o competencia jurídica de impedir el acaecimiento lesivo?

En ese orden de ideas, resulta indispensable armonizar lo anterior con el concepto que tiene Jakobs de imputación objetiva y el cual consistiría en el juicio a través del cual se averigua quién tiene la posición de garantía acorde a los conceptos de competencia institucional y competencia por organización a los que suele referirse en sus distintas obras jurídicas, lo que, por supuesto, tendrá que ser acompasado en Colombia con los cánones del artículo 25 del C.P.

Entonces, desde la óptica jakobsiana, los criterios negativos de imputación objetiva serían parámetros encargados de ayudar a establecer cuándo se puede o no atribuir un comportamiento típico a la luz del concepto totalizador de la posición de garantía.

Lo expuesto explicaría por qué la acción a propio riesgo, como criterio negativo de imputación objetiva, exija siempre la ausencia de posición de garantía.

Ahora bien, cada uno de los argumentos analizados, sin lugar a duda, conlleva grandes consecuencias para los casos de actividades peligrosas (comunidad de peligro del artículo 25 numeral 3 del C.P.) y en los eventos en los cuales el sujeto activo tenga la obligación de evitar el resultado por haber asumido voluntariamente la protección real de una fuente de riesgo (art. 25, numeral 1, Vgr., la tenencia de un arma de fuego) por ser ellas generadoras de posición de garantía como ocurre en el caso de la Ruleta Rusa dado que desde Roxin la conducta sería atípica objetivamente (por autopuesta y heteropuesta en peligro), mientras que con Jakobs tales comportamientos sí serían típicos habida cuenta que en todos ellos los autores tendrían posición de garantía, lo que impediría el reconocimiento de la exclusión de tipicidad por acción a propio riesgo.

Así las cosas, en ejemplos como el de la ruleta rusa, ya mencionado, donde un sujeto le propone a 6 compañeros ingresar en un juego, a cambio de mucho dinero, consistente en dispararse en la sien con un revólver en cuya recámara de 6 proyectiles hay una sola bala y por dicha proposición todos aceptan hacerlo, razón por la cual termina, necesariamente, uno de ellos muerto, ¿habría que imputarse al proponente Homicidio con dolo eventual, Inducción o ayuda al suicidio o sencillamente se trataría de una conducta atípica por falta de imputación objetiva? Y en eventos en los que un conductor de automóvil, en evidente estado de ebriedad, acepta llevar como pasajero a un amigo perfectamente sobrio, si este último muriera, ¿deberíamos exonerarlo de responsabilidad o imputarle el Homicidio culposo?

En realidad, la respuesta, en principio, depende de la teoría que se acoja. ¿Por qué? Porque ambos casos se tratan de las denominadas intervenciones relevantes de la víctima en el delito, siendo el primero un caso de cooperación psíquica de autopuesta en peligro dolosa y el segundo evento una hipótesis muy común de heteropuesta en peligro relevante. De esta manera, si tomamos la tesis de Roxin, este tipo de situaciones no se encontrarían cobijados por el tercer nivel de Imputación objetiva denominado el “alcance del tipo penal”. Es decir,

los delitos de Homicidio (culposos o dolosos) no estarían criminalizados, a nivel primario, para evitar que la gente se suicidara o pusiera en riesgo su vida dolosa y conscientemente, dado que, en últimas, ello sería un problema de libre desarrollo de la personalidad y, por ende, si la persona deseara acabar con su propia vida, el hecho de que cualquier ser humano le ayudara a hacerlo sería una situación impune en Alemania, entre otras razones, por el principio de accesoriadad limitada el cual establece que el partícipe sólo es responsable de un delito si el autor realiza, al menos, una conducta típica y antijurídica (es decir, injusta). Por lo tanto, como el autor sería el sujeto que causa su propia muerte disparándose en la sien y ese comportamiento sería una conducta atípica, el segundo interventor del hecho, que es quien propone tal acción debería calificarse como un partícipe bajo la modalidad de determinador, pero su inducción quedaría completamente impune, justamente, porque si el autor no realiza ni siquiera una conducta típica, mucho menos típica será la acción del mencionado partícipe.

Así pues, siguiendo el pensamiento de Roxin, la profesora Margarita Martínez Escamilla (Derecho Penal. Introducción. Teoría jurídica del delito. Materiales para su docencia y aprendizaje, 2012, pág. 102) establece lo siguiente:

Por último, hay quien distingue un tercer nivel de imputación, en el que operaría el criterio del **fin de protección de la norma** (entendiendo en este caso norma no como norma genérica de cuidado, sino como tipo delictivo en cuestión) acostumbran a excluirse los casos de cooperación en la puesta en peligro de un tercero o los supuestos en los que la evitación del resultado cae dentro de la esfera de responsabilidad de otro. Si no se trata de una inducción o una cooperación al suicidio que está específicamente castigada en el artículo 143 del CP, no son típicas, porque —se afirma— el Derecho penal no protege a quien voluntaria y conscientemente se pone en peligro. Ej.: A induce a B a jugar a la ruleta rusa, B decide hacerlo con tan mala fortuna que le toca la bala y muere. En este caso se está induciendo a alguien a llevar a cabo una acción peligrosa que éste acepta, pero dándose cuenta del peligro que entraña. No es un fin perseguido por el Derecho penal evitar que la gente se ponga a sí misma en peligro.

Sin embargo, en Colombia, si siguiéramos la tesis de Roxin, aunque se exoneraría al proponente del juego del Homicidio doloso por el criterio excluyente de imputación objetiva denominado cooperación de una autopuesta en peligro dolosa, sí sería posible atribuirle el delito de Inducción o ayuda al suicidio que en Alemania no existe como conducta punible. Al respecto, bastaría con recordar que para la atribución de este delito (a nivel de tipicidad) se requiere:

- i)** Que un sujeto induzca o preste una ayuda eficaz a otro para que se suicide, lo cual se presentaría en este caso porque el proponente habrá determinado a 5 personas a causar sus propias muertes. No obstante, esto también podría ser discutible en la medida en que, propiamente, no se está induciendo a un suicidio sino a ponerse en una situación de riesgo aleatoria y quizás, tal variación de la perspectiva del hecho, puede afectar de entrada la tipicidad misma de la conducta.
- ii)** Que dicha inducción: **(a)** se dirija contra una persona determinada – como aquí ocurrió con los 5 sujetos pasivos –; **(b)** que sea seria lo excluye el simple animus jocandi – lo cual también se cumplió en este evento pues no se trató de una simple broma –; **(c)** que sea explícita – encontrándonos con que el proponente fue claro en explicar las condiciones del juego y la necesaria muerte que le ocurriría a uno de los participantes –; y **(d)** que sea eficaz – lo que igualmente se cumplió pues, justamente, terminó con la muerte de uno de los participantes –.
- iii)** Quien se suicida debe ser una persona con la capacidad de comprender lo que hace y de autodeterminarse a hacerlo, lo que también se presentó en este caso, dado que todos eran mayores de edad y sin problemas mentales.
- iv)** El sujeto activo debe actuar con dolo, al menos, eventual lo que sin lugar a dudas fue la hipótesis que aquí se presentó.

No obstante, la suerte del proponente sería distinta si asumiéramos la tesis de Jakobs. ¿Por qué? Porque para este doctrinante la posibilidad de excluir o afirmar la imputación objetiva depende del rol de cada sujeto investigado. ¿Y cómo se determina el rol de las personas? A partir de la posición de garantía. Por ello, para saber si una persona debía evitar o no un resultado típico, en todos los delitos habrá que saber, primero, si tenía posición de

garantía, porque de ser así, no procedería la exclusión de la imputación objetiva del delito, dado que dentro del rol del sujeto habría estado la competencia necesaria de evitar que el resultado ocurriera. Así pues, la posición de garantía cumple dos funciones en el pensamiento de Jakobs: (i) es útil para saber cuándo a una persona se le puede atribuir un delito de acción por omisión impropia como lo es el Homicidio, amplificando el verbo rector activo (por ejemplo, “matar”) hasta los valles de las conductas omisivas (por ejemplo, “no impedir que alguien muera”) – lo que también hacen Roxin y la mayoría de la doctrina penalista –; y (ii) también cumple la función de precisar si es posible aplicar un criterio negativo de imputación objetiva o no (Vgr., acción a propio riesgo, prohibición de regreso, riesgo permitido, etc.) – lo que constituiría el punto de diferencia entre Jakobs y Roxin –.

En ese orden de ideas, la acción a propio riesgo en la que estuvieron involucrados los 6 participantes de la ruleta rusa no serviría de excusa para exonerarlos de responsabilidad, dado que dicho eximente sólo aplicaría si no tuvieran posición de garantía, pero aquí resulta que como todos “emprendieron la realización de una actividad riesgosa por varias personas” serían mutuamente garantes de evitar la muerte de todos. En consecuencia, el proponente de la Ruleta rusa y todos los participantes serían responsables de Homicidio doloso por omisión impropia en los siguientes términos: (i) es claro que ninguno impidió que la persona finalmente fallecida se matara lo que constituiría la “conducta omisiva”; (ii) el sujeto pasivo finalmente murió, evidenciándose que acaeció el resultado típico descrito por el tipo penal acción conocido como Homicidio; (iii) los 5 participantes tenían posición de garantía con relación a la persona fallecida pues habían emprendido la realización conjunta de una actividad riesgosa (art. 25, numeral 3 del CP), lo que permite la selección del delito de Homicidio por omisión impropia; y (iii) dicha muerte les sería imputable a todos porque habrían creado un riesgo desaprobado no cobijado por ninguna excluyente de imputación objetiva, habida cuenta que, al tener todos posición de garante, poseían el rol y la competencia de evitar la muerte de su compañero y, a pesar de eso, no lo hicieron. A esto, naturalmente, habrá que sumársele la realización dolosa de tal omisión impropia.

Idénticas soluciones encontradas u opuestas se darían para el caso de la heteropuesta en peligro que se presenta en casos como el del conductor ebrio, puesto que conforme la

postura de Roxin, aplicada a Colombia, el borracho no sería responsable de ningún delito porque el Homicidio culposo no busca evitar que la gente termine muerta por ponerse de manera consciente en situaciones que acarreen un alto riesgo para su vida. En cambio, con Jakobs, la acción a propio riesgo no aplicaría, dado que, según su teoría, la posición de garantía que tenía el conductor con el pasajero impediría su aplicación.

¿Cuál de las anteriores soluciones resultan compatibles con la Constitución Política colombiana y nuestro ordenamiento jurídico penal? En realidad, si tomamos sentencias como la C-239 de 1997 y la C-224 de 2008, en donde la Corte Constitucional estudió el homicidio por piedad y la inducción o ayuda al suicidio, respectivamente, pareciera que el libre desarrollo de la personalidad constituye un fuerte argumento para asumir una postura roxiniana. Sin embargo, el problema emerge cuando la doctrina colombiana asume posturas diversas y, además, la propia Corte Constitucional, así como la Corte Suprema de Justicia realizan las siguientes afirmaciones:

La Corte Constitucional en sentencia SU-1184 de 2001 comienza explicando que antiguamente la posición de garantía **sólo** servía para que la omisión pudiera equivaler a la acción en delitos que estructuralmente eran activos:

El énfasis hacia el estudio material de las posiciones de garante es una tarea del siglo XX, que tuvo su máximo exponente en la llamada teoría de las funciones: es la posición que ocupe el sujeto en la sociedad, independientemente del reconocimiento expreso del deber de actuar en una ley, lo que fundamenta la obligación de evitar determinados resultados. Si bien el concepto de garante, como criterio básico de equivalencia entre la acción y la omisión se debe a Nagler (1938), el principal representante de un criterio material fue Armin Kaufmann. Para él, la posición del sujeto con respecto al control de fuentes de peligro (garantes de vigilancia) o frente a bienes jurídicos que debe defender ante ciertos peligros que los amenace (garantes de protección) determina la posición de garante.

Luego, nos dice que ahora la posición de garantía constituye el fundamento de todo delito para saber si es posible o no realizar un juicio afirmativo de imputación objetiva:

El moderno derecho penal de orientación normativista, se caracteriza por el abandono de los criterios con base en los cuales la dogmática naturalista del siglo XIX - predominante hasta la década de 1980 en el siglo XX- edificó la teoría del delito:

causalidad, evitabilidad y dolo. Actualmente, **el juicio de imputación se fundamenta en la delimitación de ámbitos de competencia:** sólo se responde por las conductas o resultados que debo desarrollar o evitar en virtud de los deberes que surgen de mi ámbito de responsabilidad y que se desprenden de los alcances de la posición de garante. Lo demás –salvo los deberes generales de solidaridad que sirven de sustento a la omisión de socorro- no le concierne al sujeto, no es de su incumbencia.

Desde esta perspectiva, el núcleo de la imputación no gira en torno a la pregunta acerca de si el hecho era evitable o cognoscible. Primero hay que determinar **si el sujeto era competente** para desplegar los deberes de seguridad en el tráfico o de protección frente a determinados bienes jurídicos con respecto a ciertos riesgos, para luego contestar si el suceso era evitable y cognoscible. Ejemplo: un desprevenido transeúnte encuentra súbitamente en la calle un herido en grave peligro (situación de peligro generante del deber) y no le presta ayuda (no realización de la acción esperada); posteriormente fallece por falta de una oportuna intervención médica que el peatón tenía posibilidad de facilitarle trasladándolo a un hospital cercano (capacidad individual de acción). La muerte no le es imputable a pesar de la evitabilidad y el conocimiento. En efecto, si no tiene una posición de garante porque él no ha creado el riesgo para los bienes jurídicos, ni tampoco tiene una obligación institucional de donde surja un deber concreto de evitar el resultado mediante una acción de salvamento, el resultado no le es atribuible. Responde sólo por la omisión de socorro y el fundamento de esa responsabilidad es quebrantar el deber de solidaridad que tiene todo ciudadano.

De esta manera, en perspectiva de la Corte, para todo delito siempre deberá hacerse el siguiente análisis:

La imputación de una conducta o un resultado en derecho penal, depende del ámbito de competencia a que corresponda su protección. Para su delimitación (la del ámbito de competencia) hay que precisar en primer lugar (1) cuál es la posición de garantía que tiene el sujeto (si esta se origina en la creación de riesgos o en roles institucionales) y cuáles son los deberes que surgen de ella. Establecido este elemento, (2) hay cuatro que sirven para concretar el juicio de imputación : i) el riesgo permitido que autoriza la creación de peligros dentro de los límites que la sociedad va tolerando en virtud de las necesidades de desarrollo, ii) el principio de confianza, indispensable para que pueda darse una división del trabajo y que le permite al sujeto delegar ciertas tareas sobre la base de que los demás son personas autorresponsables que cumplirán con las expectativas que surgen de una determinada función, iii) las acciones a propio riesgo, en las cuales se imputa a la víctima las conductas que son producto de la violación de sus deberes de autoprotección y iv) la prohibición de regreso, según la cual, el favorecimiento de conductas dolosas o culposas por un tercero, no le son imputables a quien las hubiere facilitado dentro del riesgo permitido. Demostrada la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, se requiere además (3) una realización del riesgo. Es decir, que el mismo riesgo creado

para el sujeto sea el que se concrete en la producción del resultado. Criterios como el fin de protección de la norma de diligencia, la elevación del riesgo y el comportamiento doloso o gravemente imprudente de la víctima o un tercero, sirven para saber cuándo se trata de la misma relación de riesgo y no de otra con distinto origen, no atribuible a quien ha creado inicialmente el peligro desaprobado.

No obstante, podríamos realizar una re-interpretación de esta sentencia y decir lo siguiente: que la Corte Constitucional mantiene la postura tradicional en punto de considerar que la posición de garantía sólo sirve para atribuir delitos de acción a personas que no impiden la realización de los resultados típicos, pero que luego – como se observa en el texto transcrito – no se utiliza nuevamente la posición de garantía para determinar si aplican o no los criterios negativos de imputación objetiva, lo que permitiría – como en Roxin – argumentar en la Ruleta Rusa y el Conductor Ebrio la acción a propio riesgo como eximente de responsabilidad. Sin embargo, aunque esta sería una interpretación novedosa de la sentencia, la doctrina no está de acuerdo y al realizar una lectura integral de la misma terminan sosteniendo que la postura allí asumida es plenamente jakobsiana. Un indicio claro de ello es las numerosas referencias al autor en la misma. (Poveda Buitrago, 2014, pág. 153).

Adicionalmente, ya en el seno de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, vemos que para que se configuren las acciones a propio riesgo es necesario que la persona:

Uno. En el caso concreto, tenga el poder de decidir si asume el riesgo y el resultado.
Dos. Que sea autorresponsable, es decir, que conozca o tenga posibilidad de conocer el peligro que afronta con su actuar. Con otras palabras, que la acompañe capacidad para discernir sobre el alcance del riesgo. **Tres.** Que el actor no tenga posición de garante respecto de ella (Sentencia Casación 46612, 2018)

Así pues, según lo recordó la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, dicha figura sería un criterio excluyente de la imputación al tipo objetivo por eliminar el primer nivel de atribución conocido como la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado. De esta manera, señaló la Corte en un caso de Estafa, al aplicar dicha figura, que los negocios jurídicos pueden ser fuente de mentiras que estructuren el elemento típico del engaño en el delito de estafa (por ejemplo, en eventos de simulación). Sin embargo, cuando las partes están en igualdad de condiciones personales, ninguna tendría el deber de evitar el daño económico

que pueda derivarse de la celebración del contrato y, en consecuencia, quien se decide por el negocio que, al final termina mal, sencillamente asume el riesgo concretado en el resultado lesivo para su patrimonio económico (CSJ SP, 12 de septiembre de 2012, rad. 36824).

Otro conocido caso en el cual la Corte Suprema de Justicia aplicó dicha figura fue el siguiente:

El 30 de agosto de 2003, AC y su padre JC llegaron hasta la casa de PPH, donde se encontraba **MZ** y otras personas más, con la intención de ingerir licor en la casa de la mencionada señora, una vez llegaron a dicho inmueble AC lanzó improperios y amenazó de muerte con un arma de fuego a P, por lo cual **MZ** llamó la atención a AC y éste último respondió con disparos que impactaron en la humanidad de **MZ**, quien a su vez disparó causándole heridas a AC y contra JC (que intempestivamente se atravesó para evitar se siguieran disparando) quien falleció a causa de las heridas mortales. La Corte decide absolver a **MZ** por la muerte de JC con base en los siguientes argumentos (entre otros) relativos a la acción a propio riesgo:

(...) cuando una persona de manera consciente y voluntaria se expone a un riesgo, en desmedro del deber de autoprotección, asume exclusivamente la responsabilidad por los efectos negativos que se concreten en razón de dicho riesgo, por tanto, es improcedente imputar al tipo objetivo la causación del daño derivado de ese actuar (...)

Examinados desde una perspectiva ex ante los requisitos de las llamadas acciones a propio riesgo o de autopuesta en peligro, en orden a determinar si en el caso analizado excluyen la imputación al tipo objetivo, vale decir, si el hoy occiso JC se hallaba en condiciones de conocer la existencia del riesgo y de asumirlo, se advierte que los mismos concurren a cabalidad.

En efecto, se estableció que en los momentos previos a su fallecimiento JC fue testigo de la conducta agresiva de su hijo, quien estaba bajo el influjo del licor y portaba un arma de fuego, de la que inicialmente fue víctima PPH, a quien amenazó e incluso hizo algunos disparos en dirección al piso para atemorizarla.

Esa situación que de suyo comportaba un claro riesgo, se tornó aún más compleja cuando AC disparó contra **MZ** alcanzándolo en dos oportunidades, y éste en defensa de su vida respondió la agresión accionando el arma de fuego que portaba, lo cual revela, para cualquier persona, un enfrentamiento de naturaleza mortal entre los

oponentes con evidente peligro de lesión o muerte para quienes allí estaban presentes, no obstante lo cual JC en un fallido esfuerzo por contener a su hijo AC, se interpuso entre éste y el otro contendiente, pese a que conocía el peligro al que se exponía y teniendo el poder de decidir si lo asumía o no, pues no hay evidencia de que así no fuera, pese a que también se encontraba alicorado, siendo alcanzado por los disparos de quien repelía la agresión.

Ahora bien, en cuanto a si el procesado **MZ** ostentaba posición de garante respecto del hoy obitado, o tenía el deber jurídico de evitar el resultado, cabe señalar que si bien el mencionado accionó su arma de fuego, lo hizo para defenderse de una injusta agresión de la que era objeto por parte del hijo del fallecido JC, y obró con la pretensión de lesionar o dar muerte a aquél (AC) y no a éste, según lo indica la prueba, luego no creó previamente una situación antijurídica que pusiera en riesgo inmediato el bien jurídico de la vida en cabeza del interfecto –art. 25 num.4º del Código Penal, de donde se sigue que en relación con este último no tenía la mencionada calidad.

Así las cosas, la muerte de JC obedeció a su autopuesta en peligro y no a culpa de quien hizo el disparo mortal.

En esa medida, la conducta del inculcado **MZ** deviene atípica y, consecuentemente, procede su absolución, por lo que a pesar de la extinción de la acción penal por prescripción, se casará oficiosamente el fallo confutado para dejar sin efecto la condena proferida en su contra por el juez colegiado, como autor responsable del delito de homicidio en JC. (Sentencia Casación 45329, 2015)

¿Pero por qué la Corte considera que la acción a propio riesgo exige siempre la posición de garantía? Porque, según esta Corporación, estas instituciones se han deducido, no del artículo 9 del CP, sino de categorías desarrolladas a partir del artículo 25 del Código Penal (Ley 599 del 2000) con las cuales se puede establecer en qué situaciones no hay lugar a la imputación como elemento integrante del tipo objetivo y, por ello, tampoco tipicidad como categoría dogmática de la entidad delictiva (Sentencia Casación 49680, 2018).

Como se observa, entonces, la posición de Jakobs ha sido asumida (aunque de forma errada, como se verá más adelante) por la Corte Suprema de Justicia al momento de exigir la ausencia de posición de garantía como requisito necesario en la configuración de la “acción a propio riesgo”. Sin embargo, una lectura kantiana de la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad (como lo hace la Corte Constitucional) nos llevaría a plantear como hipótesis que la visión hegeliana y jakobsiana de la Corte sería errada por ser incompatible, definitivamente, con la filosofía de la Constitución Política.

Así las cosas, según se puso de presente en la introducción, el problema de investigación que surge de todo lo expuesto es el siguiente: ¿De qué manera deben ser configuradas las reglas de imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima desde una perspectiva constitucional que permita su armonización con el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana?

2. LAS REGLAS DE IMPUTACIÓN AL ÁMBITO DE RESPONSABILIDAD DE LA VÍCTIMA: la perspectiva de la dogmática jurídico penal alemana.

2.1.Precisiones iniciales:

Siguiendo a Cancio Melia (2001, pág. 325 y ss) podemos definir las “acciones a propio riesgo” (que él prefiere denominar “imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima”) como aquellos eventos en los cuales, por emprenderse conjuntamente, por parte de la víctima y el “autor”, “una actividad que puede producir una lesión” al bien jurídico de aquélla, es posible imputarle la creación del riesgo de forma preferente a la víctima y no al “autor”. Y, ¿por qué no, también al autor? Porque en virtud del principio de autorresponsabilidad y del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, la víctima se encuentra autorizada para ejercer actividades que sean riesgosas para sus bienes jurídicos, así como para autorizar a otros a la ejecución conjunta de las mismas. En consecuencia, si no es punible que la víctima pueda arriesgar sus bienes jurídicos, si lo desea, tampoco lo será que otra persona participe en dicho riesgo.

¿En qué se diferencia del consentimiento? Al respecto, siguiendo de cierta manera a Claudia López (1996, pág. 171) y a Roxin (1997, pág. 388 y 389) puede explicarse la diferencia de la siguiente manera:

Consentimiento	Aquí se acepta el resultado lesivo y no únicamente el riesgo de lesión.
Acciones a propio riesgo	En cambio, aquí lo único que se consiente es el riesgo de lesión , más no el resultado lesivo, aunque se conozca su probable ocurrencia.

Fuente: Elaboración propia.

Ahora bien, ¿en qué casos la intervención de la víctima puede ser relevante a efectos de imputación objetiva? Al respecto tendríamos tres grupos de casos: **(a)** las acciones a propio riesgo (sean como autopuestas o heropuestas en peligro), **(b)** las situaciones

imputables a un ámbito de responsabilidad ajeno y (c) los eventos abarcados por el consentimiento.

2.2.Las acciones a propio riesgo de la víctima:

La primera hipótesis surgiría cuando la víctima interviene, desde su génesis, junto con el autor en la creación de la actividad lesiva ya sea mediante un mero acto comunicativo (pidiendo al autor que haga algo) o realizando directamente la acción riesgosa con la colaboración del autor (intervención anterior).

2.2.1. Autopuestas y heteropuestas en peligro: la visión de Roxin.

Existen dos opciones estructuralmente diferentes a nivel “dogmático” en el pensamiento de Roxin: (i) que la víctima se ponga a sí misma en una situación de peligro con la colaboración de otra persona (“cooperación en una autopuesta en peligro”) o (ii) que la víctima permita que otro la ponga en peligro de forma consentida (“heteropuesta en peligro” o “puesta en peligro de un tercero aceptada por éste”). Estos dos grupos de casos constituyen hipótesis que, en caso de cumplirse ciertos requisitos normativos, viabilizan la estructuración de una ausencia de responsabilidad por “atipicidad objetiva” al no serle imputable al autor el “resultado” que su “acción”, causalmente, ocasione. Por ende, antes de estudiar lo relativo a dichas figuras y la evolución del pensamiento de Roxin al respecto, resulta indispensable realizar, primero, una breve contextualización de su teoría de la imputación objetiva (Roxin, 2013). (1997, pág. 345 y ss)

2.2.1.1.La teoría de la imputación objetiva en Roxin.

En los Esquemas Causalistas (Clásico y Neoclásico) (Schünemann B. , 2012, págs. 21-35; Donna, 2010, pág. 21 y ss; 231 y ss; Bustos Ramírez & Hormazábal Malarée, 2006,

pág. 147; Agudelo Betancur, 2013) era suficiente (aunque problemático) el nexo empírico de *causalidad* entre una “acción” y un “resultado” para considerar que una persona había realizado una conducta típica, por supuesto, si, además de ello, su comportamiento encajaba en los demás presupuestos del tipo penal como, por ejemplo, los elementos normativos, las condiciones específicas del objeto material, etc. Luego, en el Esquema Finalista, Welzel (2011; 1980) intentó limitar la atribución de responsabilidades mediante, al menos, dos mecanismos: la teoría de la adecuación social a partir de la cual consideraba atípico toda conducta que fuera considerada conforme al orden social consolidado y la edificación del “tipo subjetivo” desde cuya estructura el dolo, la culpa y los elementos subjetivos especiales permitían “filtrar”, por decirlo de alguna manera, una gran cantidad de casos que en los Esquemas Clásicos parecían “dogmáticamente” punibles, pero “político-criminalmente” irrelevantes para el Derecho Penal.

No obstante, los múltiples problemas de la causalidad y la “impertinencia” del tipo subjetivo como herramienta heurística para la solución de casos que, *prima facie*, resultaban impunes ya desde el “tipo objetivo”, llevaron a la construcción de una teoría totalmente normativa y sistemáticamente novedosa: la Teoría de la Imputación Objetiva. Esta construcción dogmática es desarrollada en su forma actual por el profesor Claus Roxin a partir de un pensamiento que él mismo autodenomina como teleológico-racional funcionalista (2013, pág. 417). Al respecto, puede decirse que su sistema parte de tres exigencias básicas: (i) una orientación hacia las finalidades político-criminales (teleología), que busque, en consecuencia, derivar las categorías dogmáticas del delito (como la tipicidad, el dolo, la antijuricidad, la culpabilidad, la tentativa, etc.) a partir de la “política criminal” que rija en un Estado, la cual será entendida por Roxin como el conjunto de principios y valoraciones constitucionales encargados de limitar el *ius puniendi* o poder punitivo mediante sus estándares y fines sociales previamente establecidos tales como serían el principio de culpabilidad, el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, el principio de legalidad, y muchos otros; (ii) así mismo, su sistema se configura partiendo de la búsqueda de un orden conceptual y claridad absoluta (racionalidad), lográndose ello a partir de la completa constitución de un “sistema dogmático” en el cual se entrelacen todos sus elementos y (iii) la referencia a la realidad social y empírica puesto que, como

funcionalista, es a su vez un consecuencialista al organizar su sistema de cara a las consecuencias verdaderas que tendrán sus tesis en el mundo real de cada ser humano. De esta manera, cada categoría jurídica que Roxin ha construido parte de analizar qué efecto práctico tiene en la vida de los hombres y qué función político-criminal se cumple con la misma. Por ejemplo, mediante el tipo penal se busca lograr como función el desarrollo del principio político-criminal del *nullum crimen sine legem praevia* y con la culpabilidad establecer cuándo es necesaria o no la pena (Roxin, 2002).

Ahora bien, esto lo ha llevado, por supuesto, a precisar cuál es la finalidad o tarea del Derecho Penal desde su perspectiva teórica, concluyendo que, sin lugar a dudas, la constituye la exclusiva protección de bienes jurídicos. Sin embargo, dicha finalidad debe ser restringida por las exigencias de la política criminal una de las cuales nos dice que “únicamente pueden ser amenazadas con pena aquellas afectaciones de los bienes jurídicos que no puedan ser evitadas mediante la implementación de medidas menos incisivas” (Roxin, 2016). Así pues, “esto lleva a la siguiente tesis: La tarea del derecho penal consiste en la protección subsidiaria de los bienes jurídicos. El principio de subsidiariedad encuentra su fundamento de teoría estatal en la prohibición del exceso: Según esta prohibición el Estado no puede restringir la libertad de los ciudadanos más allá de lo necesario para el aseguramiento de la paz y la libertad” (Roxin, Fundamentos político-criminales y dogmáticos del Derecho Penal, 2016).

A partir de esa tesis Roxin, a su vez, ha deducido varias categorías dogmáticas entre las cuales podemos destacar la imputación objetiva cuya inferencia es el producto de las siguientes premisas (Roxin, 2012): (a) Si la función del Derecho Penal es la protección de bienes jurídicos, el injusto jurídico-penal solamente podría ser edificado sobre la base de prohibir comportamientos que, de forma no permitida, lesionaran o pusieran en peligro efectivo dichos bienes jurídicos y cuyos resultados fuera la consecuencia o realización de dichos riesgos lesivos de los mismos; (b) Lo anterior implica que para la configuración de un sistema de responsabilidad penal se requieran como elementos constitutivos y necesarios del delito derivados del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos: *uno*, la creación de situaciones riesgosas o peligrosas para ellos; *dos*, la caracterización de los riesgos como “prohibidos” o “desaprobados” porque al ser la protección a los bienes jurídicos “subsidiaria”

se parte del hecho que las demás ramas del ordenamiento deben haber tejido normativamente las conductas permitidas e ilícitas, razón por la cual solamente se prohibiría “superar los límites del riesgo tolerado” o ejecutar una conducta cuyo riesgo nunca fue permitido; y *tres*, si se criminaliza también el resultado y no únicamente la conducta causante, será necesario que dicho riesgo desaprobado sea el que se realice en el resultado prohibido; y (c) Si un juicio de responsabilidad penal se realizara de espaldas a la teoría de la imputación objetiva, tendrían que castigarse también las acciones ausentes de todo riesgo, inocuas y en general no lesivas de bienes jurídicos pues la prohibición no tendría ningún tipo de freno y podría criminalizarse inclusive cualquier clase de comportamiento sin importar que el mismo hiciera parte únicamente del desenvolvimiento estereotipado de la convivencia humana.

Según Roxin la imputación objetiva sería un elemento implícito de los tipos penales de resultado, como el homicidio, más no de los de mera conducta, como el porte ilegal de armas. Así mismo, ha asegurado que con la imputación objetiva se buscan delimitar las “razones”, “elementos” o “requisitos” a partir de los cuales a un proceso causal puede atribuírsele el carácter de típico e imputárselo luego de ello a su autor. De esta manera, a partir de Roxin, aunque los hechos “formalmente” encajasen en el “tipo penal” y existiera causalidad, eso no significaría que necesariamente se configure la “tipicidad objetiva”, pues a su vez tendrían que verificarse otras condiciones: (i) que la persona haya creado un riesgo jurídicamente desaprobado; (ii) que dicho riesgo se concrete en el resultado; y (iii) que el resultado se encuentre abarcado por el Alcance del Tipo Penal.

Por lo tanto, en palabras del profesor alemán “imputar objetivamente un resultado a alguien significa apreciar la realización de un tipo como obra suya. La sola causalidad no puede bastar para ello. (...) Imputada será, por tanto, la realización por parte del autor de un riesgo no permitido para el bien jurídico protegido” (Roxin, 2019, pág. 139).

Todo lo expuesto nos remite ahora a los niveles de imputación objetiva requeridos para realizar la atribución del comportamiento al tipo penal, encontrándonos con que son los siguientes:

2.2.1.1.1. La creación de un riesgo jurídicamente desaprobado.

En este primer nivel de imputación objetiva se verifican dos cosas: primero, si el autor ha lesionado o puesto en peligro efectivo el bien jurídicamente tutelado, razón por la cual el análisis de lesividad (antigua antijuridicidad material) es efectuado en este escalón inicial. Por el contrario, si el agente, en vez de crear una situación de peligro para el bien jurídico lo disminuye (por ejemplo, el médico que amputa a pierna para impedir que una persona muera) o lo lesiona de forma insignificante (piénsese en el caso del señor que estando en un supermercado de cadena nacional se come una uva y no la paga), tendrá que exonerarse de toda responsabilidad a sus autores porque, sencillamente, faltará la configuración de este escalón inicial de imputación objetiva.

Lo segundo que habrá de establecerse es si, el riesgo creado (esto es, la lesión o puesta en peligro efectivo para el bien jurídico), estuvo jurídicamente desaprobado porque, en caso de que se haya actuado dentro del “riesgo permitido”, en virtud de la unidad del sistema jurídico, no podría “imputarse” como típica y, por ende, desaprobada una conducta. En contraste, si el autor comenzó la ejecución de su comportamiento dentro del marco de lo “permitido”, pero luego superó o elevó el riesgo, al incumplir alguno de los baremos de la permisión, tendrá entonces que imputársele como típica la acción u omisión por él desplegada (por supuesto, si, además, cumple las restantes condiciones de imputación objetiva).

2.2.1.1.2. La realización del riesgo en el resultado.

Una vez que se ha comprobado la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado es necesario determinar si dicho “riesgo” y no otro, se ha concretado en el resultado típico. De esta manera, si se lleva a cabo una acción peligrosa para un bien jurídico y totalmente desautorizada, por ejemplo, dispararle a alguien con la intención de matarlo, y el resultado que termina ocurriendo corresponde a la materialización de un riesgo distinto del creado, dado que, verbigracia, la víctima muere, no por el disparo, sino por un accidente camino al

hospital, tendrá que excluirse de la atribución dicha consecuencia lesiva, pues no podría imputarse como típica de homicidio consumado su acción de matar inicialmente ejecutada aunque, desde el punto de vista causal, sí le perteneciera.

En idéntico sentido, Roxin agrupa otra serie de hipótesis en las que, según él, se rompe el vínculo normativo que permite la imputación del proceso causal como obra del autor, resaltándose entre todos ellos los siguientes: (i) casos en los cuales la superación del riesgo permitido no se concreta en el resultado lesivo (por ejemplo, el caso de los pelos de cabra china, en el cual un fabricante de pinceles, al importar unos pelos para diseñar unas brochas decidió no aplicar el aerosol con el cual se desinfectaran los mismos, causando así el contagio de todos sus trabajadores, para terminar comprobándose pericialmente que dicho líquido esterilizante hubiese sido inútil en el proceso de desinfección porque tan sólo cubría el espectro de las bacterias “A”, “B” y “C”, demostrándose que los trabajadores habían muerto por la bacteria “D” ante cuya acción el aerosol resultaba por completo ineficaz); y (ii) casos de exclusión de imputación por tratarse de resultados no cobijados por el fin de protección de la norma de cuidado (al respecto, puede pensarse en el caso de los tres ciclistas que no llevaban reflectores, colisionando, de frente, dos de ellos y siendo procesado el tercero con el argumento de que al no llevar luces delanteras no les había podido alumbrar el camino a los otros y por tal razón, causalmente, había ocasionado el accidente, contraargumentando Roxin que, por el contrario, allí se evidenciaría una ausencia de imputación objetiva, dado que, el fin de protección de la norma de cuidado que obligaba al tercer ciclista a llevar luces era impedir accidentes de otras personas consigo mismo y no para evitar que el resto de seres humanos, incluidos los otros ciclistas, se accidentaran, razón por la cual las lesiones o muertes de estos no le serían imputables).

Vale también la pena destacar que, dentro de este nivel de imputación objetiva, Roxin ha desarrollado su Teoría del incremento del riesgo y según la cual, cuando posiblemente el comportamiento alternativo conforme a Derecho hubiese impedido el resultado típico (aunque no exista certeza de ello), tendrá que reconocerse la realización del riesgo en el resultado e imputarse el mismo a su autor, pues “frente a esto hay que insistir en que el ordenamiento jurídico no tiene ningún motivo para tolerar siquiera una conducta que

posiblemente rebase los riesgos dados en caso de observar las normas de cuidado” (Roxin, 1997, pág. 382), dada la máxima protección de bienes jurídicos que debe imperar como regla rectora del ordenamiento constitucional.

2.2.1.1.3. El alcance del tipo penal.

Finalmente, Roxin explica que el “tipo penal” tiene un ámbito de protección y que, por lo tanto, todo resultado que dicho typus no busque evitar, aun cuando provenga de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y constituya la realización o concreción de tal peligro, tendrá que declararse atípico por no hallarse cobijado por el marco de criminalización que buscaba establecer el legislador. De esta manera, concluye el profesor alemán que, entre muchas otras hipótesis, los tipos penales de homicidio y lesiones personales no buscan impedir las muertes o los daños que sean consecuencia del propio accionar de la víctima o cuya evitación le esté atribuida a un tercero y no al agente causal. En consecuencia, es en este nivel de imputación objetiva en donde se resuelve lo relativo a los casos de autopuesta y heteropuesta en peligro por parte de la víctima, las cuales serán analizadas, en detalle, en los siguientes acápite.

2.2.1.2.La cooperación en una autopuesta en peligro dolosa.

Se tendría que, en perspectiva de Roxin, no estaría cobijado por el Alcance del Tipo Penal (como tercer nivel de imputación objetiva) la cooperación de una autopuesta en peligro dolosa, lo cual implica que cuando dos o más personas imputables, con conocimientos estandarizados, crean un peligro que rebasa claramente el riesgo general (vgr. una competición de motos en estado de embriaguez) y una de ellas muere, aunque hubo una creación y concreción del riesgo en el resultado lesivo, tendrá que descartarse la imputación porque el tipo penal de homicidio (por poner un ejemplo) no se configuró para evitar las autopuestas en peligro dolosas, y si ello no se prohíbe, mal podría deducirse entonces la proscripción de su cooperación. Sobre este punto Roxin concluye de la siguiente manera:

“Aquí habrá que distinguir: si el que se pone a sí mismo en peligro es plenamente consciente del riesgo y sólo tiene disminuida su capacidad de inhibición, el cooperador ha de quedar impune; pues el que se pone a sí mismo en peligro sigue siendo dueño de sus decisiones, aunque le sea más difícil la decisión. Si por el contrario tiene disminuida su capacidad de intelección, de tal modo que ya no es correctamente consciente del riesgo, se le debe imputar el resultado al extraño (...)” (1997, pág. 391)

Desde esa óptica y en lo relativo a la cooperación en una autopuesta en peligro dolosa, deberá excluirse la imputación porque el alcance de los tipos penales generalmente no se extiende hasta los resultados producidos por dicha cooperación donde lo decisivo para la configuración de los efectos adversos al bien jurídico es, en sí, la autopuesta en peligro dolosa, abarcándose por ello un sector importante del grupo de casos en el que tenía su imperio la antigua teoría de la prohibición de regreso.

El ejemplo que nos ofrece Roxin (inspirado en la jurisprudencia alemana) es el siguiente: quedaría cobijado en estos casos el ejemplo de los heroinómanos, donde “A” le entrega a “B” heroína para su uso privado quien al inyectársela muere al instante. Y ello es así porque quien únicamente posibilita o promueve que una persona responsable se ponga a sí mismo en peligro no lleva a cabo una conducta punible de lesiones u homicidio, pues los tipos penales no intentan excluir las autopuestas en peligro dolosas y en consecuencia tampoco podrían prohibir la cooperación de las mismas.

Así las cosas, los dos requisitos que se deben verificar para la configuración de esta eximente de responsabilidad son:

- (i) La asunción propia del riesgo de forma consentida; y
- (ii) El conocimiento de la situación de riesgo por parte de la víctima.

2.2.1.3.La problemática de la heteropuesta en peligro.

2.2.1.3.1. Generalidades.

Si lo que ocurre es que la víctima permite, autoriza u ordena al autor la realización de la actividad que pondrá en riesgo los bienes jurídicos de aquella, se tratará de una puesta en peligro por parte de un tercero o, simplemente, heteropuesta en peligro (esto es, permitir que otro me ponga en peligro a mí).

Así pues, se presentaría una exclusión de la imputación porque el alcance del tipo no cubre tampoco esta situación por ser equiparable con la autopuesta en peligro dolosa. Valga aclarar pues que la primera variante (la autopuesta en peligro) impide directamente la desaprobación jurídica de la conducta. En cambio, la segunda variante (desde la perspectiva de Roxin – la heteropuesta) únicamente excluye responsabilidad eliminando la desaprobación jurídica de la conducta si, dadas unas condiciones especiales, puede ser equiparada a la autopuesta en peligro (exclusión de responsabilidad por equivalencia).

De esta manera, podríamos considerar como ejemplos clásicos de esta situación, reseñados por Roxin, el de la persona que de forma insistente le pide al barquero que lo lleve a dar un paseo al río, a pesar de que dicho barquero lo desaconseja constantemente por la furiosa tormenta que cubre los espacios del perfilado horizonte, pero que de todas maneras terminan por realizar, falleciendo el pasajero obstinado al volcarse el bote a consecuencia de una fuerte oleada.

Igualmente, quedarían abarcados los casos en los que una persona ingresa a un vehículo conducido por una persona en evidente estado de ebriedad y éste muere por un accidente causado por el conductor alcoholizado.

En los casos de riesgo de adquirir VIH mediante relaciones sexuales, la doctrina es clara en afirmar que “tal contacto sexual (también en caso de un acto sexual sin protección)

es impune cuando ambas partes saben que existe el riesgo de contagio y responden conjuntamente por su acción. En cambio, las consecuencias deben imputarse al enfermo de SIDA cuando éste, al realizar el contacto sexual desprotegido, hubiera ocultado su enfermedad, pero también cuando, insistiera al no infectado aún y que no quiera realizar el acto, a asumir la aventura riesgosa” (Roxin, La imputación objetiva en el Derecho Penal, 2013, pág. 144).

2.2.1.3.2. ¿Cuál es el tratamiento que debe dársele a la heteropuesta en peligro?

Roxin agrupa en “tres teorías” las distintas perspectivas teóricas a partir de las cuales se edifica la solución de los “casos” de heteropuesta en peligro, así (Roxin, La heteropuesta en peligro consentida: ¿una discusión sin final?, 2018):

La primera línea teórica la denomina la Teoría de la Equiparación cuya tesis central consiste en considerar que la autopuesta y heteropuesta en peligro son lo mismo, razón por la cual los únicos requisitos que deberían exigirse para su configuración (como eximente de responsabilidad) serían (i) el consentimiento del riesgo y (ii) el conocimiento de dicha situación de peligro. Al respecto, consideraría Roxin representantes de esta teoría los siguientes (Roxin, La polémica en torno a la heteropuesta en peligro consentida. Sobre el alcance del principio de autorresponsabilidad en el Derecho Penal., 2013):

Autor	Tesis
Manuel Cancio Melia (Conducta de la víctima e imputación objetiva en el Derecho Penal, 2001, pág. 238 y ss)	Basado en el <i>principio de autorresponsabilidad</i> considera que no es necesario realizar una distinción entre <i>autopuesta</i> y <i>heteropuesta</i> , pues la clave de la exoneración se encontraría en verificar el cumplimiento de un requisito constituido a partir de la regla derivada de tal principio (idéntica para ambos grupos de casos): la ocurrencia del suceso lesivo dentro del marco de lo conjuntamente organizado por el autor y la víctima.
Harro Otto (Manual de Derecho Penal. Teoría general del Derecho)	Argumenta que no existe una necesidad práctica de diferenciación entre ambos eventos y que la supuesta tesis según la cual sólo en la <i>autopuesta en peligro</i> la víctima domina el suceso es falsa, dado que también en la

Penal., 2017, pág. 121 y ss)	<i>heteropuesta</i> esta podría impedir la continuación del mismo mediante una manifestación al respecto.
Wolfgang Frisch (Comportamiento típico e imputación del resultado, 2004, pág. 165 y ss)	Explica la inutilidad de la diferenciación a partir de dos razones: (i) existen dificultades fenomenológicas de aplicación pues, dependiendo de la perspectiva adoptada, un mismo caso puede ser encajado en una u otra categoría y (ii) más allá de la distinción formal entre <i>autopuesta</i> o <i>heteropuesta</i> , la razón para eximir de responsabilidad no se encontrará en ella, sino en consideraciones de índole material que deberán siempre utilizarse para todo caso.
Günther Stratenwerth & Ingeborg Puppe <i>Citado por</i> (Roxin, La heteropuesta en peligro consentida: ¿una discusión sin final?, 2018)	Equiparan ambas figuras con el argumento de que ninguna de ellas resulta ser contrarias al deber de cuidado, pues constituyen la materialización del ámbito de libertad de la víctima.
Gerhard Timpe <i>Citado por</i> (Roxin, La heteropuesta en peligro consentida: ¿una discusión sin final?, 2018)	Considera que la <i>heteropuesta en peligro</i> no constituye nada diferente que una forma particular de <i>autopuesta en peligro</i> y que, por lo tanto, una distinción más allá de esta caracterización es innecesaria.

Fuente: Elaboración propia.

Roxin no está de acuerdo con dicha equiparación por las siguientes razones:

(i) Desde el punto de vista material la diferenciación implica algo más que simple estética jurídica, pues para la heteropuesta en peligro habrá de requerirse un “elemento” adicional del exigido para la autopuesta en punto de la configuración de la eximente: la identidad de responsabilidades entre el “autor” y la “víctima”.

(ii) La ausencia de distinciones y de dicha condición adicional conlleva a que ciertos autores terminen generando soluciones auto-contradictorias con el pensamiento de la equiparación, pues resuelven casos de forma diferente aunque, desde sus perspectivas, serían idénticos. De esta manera, por ejemplo, Puppe, considera que sí existiría responsabilidad penal en el caso del SIDA si el hombre infectado induce a su novia a tener relaciones sexuales sin protección utilizando como recurso persuasivo el hecho de que es una “prueba de amor” hacerlo de esa manera y sólo así. Por lo tanto, según Roxin, si dichos autores fueran coherentes con sus perspectivas, éste caso conllevaría la misma solución de aquel en el cual

el hombre infectado insiste en no tener relaciones y es su novia la que se empeña en hacerlo, porque en últimas se tratarían de situaciones en las que la víctima “consintió el riesgo” de forma consciente. Empero, no llegan a una solución unánime porque, internamente, evidencian que para los casos de heteropuesta en peligro la exoneración de responsabilidad requiere de condiciones distintas y más exigentes como bien lo establece Roxin.

Así mismo, existe una segunda perspectiva teórica denominada por el profesor alemán como la Teoría de la punición y acorde con la cual todos los casos de heteropuesta deben ser juzgados como punibles sin excepción alguna. Los representantes de esta visión son los siguientes (Roxin, La heteropuesta en peligro consentida: ¿una discusión sin final?, 2018):

Autor	Tesis
Enrique Gimbernat Ordeig (Imputación objetiva y conducta de la víctima, 2005)	Según este autor español de los artículos alemanes que regulan la prohibición del homicidio a petición o consentido y las lesiones personales consentidas, es evidente la necesaria imposición de pena para casos de heteropuesta en peligro. Además, argumenta que el denominado <i>principio de autorresponsabilidad</i> no se deriva de forma convincente de la regulación penal mencionada.
Hauck (Roxin, La heteropuesta en peligro consentida: ¿una discusión sin final?, 2018)	Asegura que la indisponibilidad de la vida humana, que prohíbe el consentimiento para morir, también prohíbe el ponerse en peligro, pues tal norma carece de gradación.

Fuente: Elaboración propia.

Al respecto, Roxin plantea como contraargumentos los siguientes:

(i) Es equivocado considerar que toda heteropuesta en peligro sea siempre punible, pues existirán muchas de ellas que sean completamente equiparables con las autopuestas y en esa medida no se podría llevar a la punición de otra persona su participación en la autopuesta en peligro autorresponsable como, justamente, estos autores reconocen.

(ii) La regla de la indisponibilidad de la vida humana es erradamente aplicada puesto que cada caso es distinto y en esa medida “Cuando solo se trata de riesgos cuya

materialización quieren evitar todos los intervinientes, se puede permitir que el consentimiento de la víctima excluyente de la responsabilidad penal se otorgue de forma más generosa que en el caso de lesiones dolosas.” (Roxin, La heteropuesta en peligro consentida: ¿una discusión sin final?, 2018).

Por último, se tendría la **Teoría de la diferenciación** fundada por Roxin y acorde a la cual existe una diferencia formal y material entre la autopuesta en peligro y la heteropuesta en peligro. No obstante, dicha distinción no se basaría en el “dominio del hecho” como lo ha intentado hacer el Tribunal Supremo Alemán en los casos de delitos imprudentes pues, en estos casos, “nadie tiene el dominio del hecho porque el resultado se produce contra la voluntad de los intervinientes, es decir, no es controlado por nadie.” (Roxin, La heteropuesta en peligro consentida: ¿una discusión sin final?, 2018).

Por el contrario, Claus Roxin considera que la base de la distinción se encuentra en tres argumentos:

(i) Quien no desencadena el curso lesivo y se somete a él, entra en el ámbito del desarrollo imprevisible, lo cual significa que no exista ya la “ posibilidad de intervenir para controlarlo o cancelarlo que todavía podría tener quien se pusiera a sí mismo en peligro” (Roxin, La polémica en torno a la heteropuesta en peligro consentida. Sobre el alcance del principio de autorresponsabilidad en el Derecho Penal., 2013).

(ii) Quien se somete a una heteropuesta en peligro nunca tendrá el mismo conocimiento para valorar la habilidad y capacidad del otro en su dominio del riesgo, que tendría para evaluar sus propias aptitudes y competencias como ocurre, naturalmente, en las autopuestas en peligro.

(iii) Finalmente, la clave de la distinción debe hallarse, no en el dominio del hecho, sino en la verificación de qué persona procede la puesta en peligro respectiva: Si el riesgo es generado por la víctima será una autopuesta en peligro, en cambio, si el riesgo es producido por el autor, aunque consentido por la víctima, será heteropuesta.

Otro yerro del Tribunal Supremo Alemán lo encontraría Roxin en la consideración de la heteropuesta como forma particular del consentimiento puesto que existen las siguientes diferencias:

En primer lugar, los fundamentos de la ausencia de responsabilidad conocida como heteropuesta en peligro requeriría, además de la declaración de la voluntad, de una serie de criterios normativos a partir de los cuales se pudiera justificar por qué el resultado lesivo no le es imputable objetivamente al autor. En segundo lugar, olvida el Tribunal Supremo Alemán que el consentimiento está referido al resultado, mientras que la heteropuesta tendría por objeto la acción riesgosa pues siempre se partiría de esperar que no se produzca la lesión.

En ese orden de ideas, aunque la heteropuesta, autopuesta y el consentimiento tendrían por base constitucional el libre desarrollo de la personalidad, lo cierto es que constituyen instituciones jurídicas totalmente diversas y con fundamentos también distintos.

2.2.1.3.3. ¿Qué implicaciones jurídicas conlleva el tratamiento diferenciado entre la “autopuesta en peligro” y la “heteropuesta en peligro”?

Existen varias consecuencias jurídicas de la diferenciación:

La primera la encontramos en el hecho de que la autopuesta en peligro implica, siempre que se configure, una eximente de responsabilidad. En cambio, para los casos de heteropuesta en peligro la regla general no será la exoneración de la responsabilidad sino la imposición de la pena, evidenciándose sólo por excepción la configuración de una eximente.

La segunda implicación se hallaría en la dependencia analógica de la heteropuesta con la autopuesta en peligro de tal forma que sólo si aquélla es idéntica a la última podrá concederse la ausencia de responsabilidad. Sobre éste último punto vemos una evolución del pensamiento de Roxin, pues en su manual la configuración de la heteropuesta aun no era del

todo clara y sólo hasta sus más recientes artículos puede evidenciarse toda la estructura completa de la figura. De esta manera, se observa en las primeras ediciones de tal manual que Roxin aceptó como requisitos para la exclusión de la imputación objetiva los siguientes:

Uno. Quien se somete a sí mismo a un peligro por un tercero debe ser imputable.

Dos. No puede haber sido víctima de coacción.

Tres. Tiene que haberse percatado de la situación de riesgo que existía de la misma manera en que lo hizo el generador del peligro.

No obstante, de forma más reciente se observa que el pensamiento de Roxin configura estas instituciones jurídicas así:

Autopuesta en peligro	Heteropuesta en peligro
i. Conocimiento del riesgo al cual se expone.	i. Conocimiento del riesgo el cual se expone.
ii. Consentimiento en la ejecución, por sí mismo, en la acción riesgosa respecto de la cual otra persona colabora.	ii. Consentimiento de que otra persona lo ponga en riesgo.
	iii. Que ambos sujetos tengan la misma responsabilidad

Fuente: Elaboración propia.

Así pues, según se observa, la tercera implicación jurídica es el establecimiento de un requisito adicional para la configuración de la heteropuesta en peligro como eximente de responsabilidad. Este condicionamiento agregado a la heteropuesta requiere que la víctima asuma el riesgo en virtud de una propia y completamente libre decisión, sin ser presionado para ello por el agente causante del riesgo y sin haberse, de alguna forma sometido, a su voluntad.

Por lo tanto, para lograr aplicar la analogía exitosa entre autopuesta y heteropuesta se requerirá que la víctima tenga la misma o una mayor responsabilidad en el resultado lesivo, lo cual sólo se vislumbra en 2 grupos de casos:

(i) Cuando la puesta en peligro surge de la iniciativa de la víctima, quien vence las objeciones del victimario. El caso que utiliza Roxin para explicar esta situación es el ya citado caso del río Memel².

(ii) Cuando haya una configuración equivalente en los intervinientes como ocurriría, por ejemplo, en el denominado proyecto común de peligro dado que en esos casos víctima y victimario han co-creado el peligro. El ejemplo que nos da Roxin es el siguiente (Roxin, La polémica en torno a la heteropuesta en peligro consentida. Sobre el alcance del principio de autorresponsabilidad en el Derecho Penal., 2013):

El caso del autosurfista („Auto-Surfer-Fall“)

En este caso varios jóvenes practicaban, de acuerdo con el conductor de un automóvil, el “deporte” de mantenerse en pie sobre el techo del vehículo circulando a una velocidad de 70-80 km/h. Cuando uno de los jóvenes se cae y resulta gravemente lesionado.

2.2.1.3.4. El fundamento jurídico de las autopuestas y heteropuestas en peligro como ausencias de responsabilidad.

Según se observó en precedencia el fundamento político-criminal de la imputación objetiva como requisito adicional de la tipicidad se encuentra en el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. No obstante, aunque este aspecto terminaría de alguna forma relacionándose también con los fundamentos de exoneración de responsabilidad en casos de imputación del resultado a la propia víctima, lo cierto es que Roxin no acude explícitamente a la teoría del bien jurídico para soportar su postura y tampoco desarrolla la conexión que estas ausencias de responsabilidad podrían tener con el derecho fundamental al libre

² “El caso del río Memel („Memel-Fall“)

Este caso, aún hoy famoso, fue resuelto por el Tribunal Supremo imperial (Reichsgericht, RG) antes de la Segunda Guerra mundial. Un barquero, ante la insistencia de dos viajeros y a pesar de haberles advertido del peligro que suponía para su empresa tanto el tiempo tormentoso como la profundidad de las aguas, accedió a cruzar el río Memel con ellos a bordo. La barca zozobró y los viajeros se ahogaron.” (Roxin, La polémica en torno a la heteropuesta en peligro consentida. Sobre el alcance del principio de autorresponsabilidad en el Derecho Penal., 2013)

desarrollo de la personalidad, como sí lo hace cuando delimita la “razón de ser” del consentimiento como causal de atipicidad del comportamiento, lo que nos hace pensar que, hasta el momento, desde la visión del profesor alemán las autopuestas y heteropuestas en peligro encontrarían sustento únicamente en una serie de reglas generales obtenidas a partir de deducciones lógicas del sistema dogmático y normativo del Derecho Penal alemán, mas no con base en preceptos de índole constitucional.

En ese orden de ideas, tendríamos que Roxin considera impune la “cooperación e una autopuesta en peligro dolosa” porque, interpretando el alcance del tipo penal de “homicidio” (principalmente imprudente, aunque también doloso) se concluiría que el mismo excluye como uno de sus “resultados típicos” tanto el suicidio intencional como el culposo y, por ende, si tales comportamientos o su tentativa son lógicamente impunes, en virtud del principio de accesoriedad limitada de la participación, también impune habrá de ser toda colaboración que un tercero le brinde al suicida doloso o imprudente. Pero inclusive Roxin va mucho más allá de estas consideraciones y agrega que “la impunidad del hecho de facilitar imprudentemente el suicidio no se deriva de consideraciones generales de la teoría de la participación, sino del específico tratamiento legislativo del suicidio: el fin de protección del §222³ StGB no abarca ese caso.” (Roxin, Sobre el fin de protección de la norma en los delitos imprudentes, 1973, pág. 185) Por lo tanto, agrega como conclusión:

(...) en un caso de suicidio se deduce con la misma lógica irrefutable que también ha de ser impune la cooperación en un caso de autopuesta en peligro dolosa; porque si ni siquiera la provocación dolosa de la lesión del bien jurídico está cubierta por el fin de protección de la norma de homicidio, menos lo podría estar la participación en una autopuesta en peligro, que por regla general sólo se basa en imprudencia en relación en el resultado. (Roxin, 1973, pág. 186)

Ahora bien, en cuanto a las heropuestas en peligro, estas hallarán su fundamento en las mismas reglas derivadas para las autopuestas con la salvedad de que aquellas quedarán impunes “cuando la puesta en peligro de un tercero aceptada por éste equivalga bajo todos

³ “§ 222. Homicidio culposo.

Quien cause la muerte de una persona por imprudencia, será castigado con pena privativa de la libertad hasta cinco años o con multa” (Código Penal Alemán del 15 de mayo de 1871, con la última reforma del 31 de enero de 1998., 1999, pág. 81)

los aspectos relevantes a un autopuesta en peligro” (1973, pág. 192). Empero, para este momento (1973) aun Roxin no había establecido qué requisitos particulares permitían analogizar la heteropuesta, los cuales ya los encontramos clarificados en artículos recientes (2013; 2018) en donde de forma expresa argumenta que “Junto al conocimiento del riesgo y al consentimiento en la acción arriesgada causante del daño yo había exigido y exijo aún hoy además que ‘el sujeto al que se pone en peligro cargue con la misma responsabilidad que quien lo provoca por la acción común’.” (Roxin, La polémica en torno a la heteropuesta en peligro consentida. Sobre el alcance del principio de autorresponsabilidad en el Derecho Penal., 2013) Requisito éste que terminaría por dilucidar Roxin, en punto de su alcance particular, al argumentar que tal situación se presenta en dos grupos de casos:

El primero se da cuando la puesta en peligro resulta de una iniciativa del sujeto al que se pone en peligro que vence las objeciones del sujeto que lo pone en peligro (1). El segundo se presenta cuando se puede demostrar una conformación equivalente y conjunta de la puesta en peligro por parte de los intervinientes (2). (Roxin, La heteropuesta en peligro consentida: ¿una discusión sin final?, 2018)

2.2.2. Las actuaciones a propio riesgo en la visión de Günther Jakobs.

El pensamiento de Jakobs es altamente complejo y se basa en la teoría sistémica de Luhmann y la filosofía del derecho de Hegel (Pañaranda Ramos, Suárez González, & Cancio Meliá, 1999). Así pues, con base en la teoría de los roles niega la importancia de la diferenciación analítica de las categorías jurídicas (por ejemplo, entre acción y omisión) y aboga por la elaboración de un sistema total del delito, considerando a su vez que el Derecho Penal fue edificado para confirmar la vigencia de la norma y no para la protección de los bienes jurídicos.

Desde esta perspectiva, la elaboración de las categorías dogmáticas no puede hacerse a partir de datos ontológicos y por lo tanto el injusto y la culpabilidad no se deducen de estructuras lógico-objetivas sino de los fines y funciones que cumpla el Derecho, consistentes en garantizar la identidad de una sociedad. Son conceptos normativos edificados con total independencia de la naturaleza de las cosas. Por lo tanto, la estructura social y la finalidad de

la pena serían los instrumentos a partir de los cuales se le va a dar contenido a las categorías centrales de la teoría del delito. Con base en ello, elimina (o pretende hacerlo) la distinción entre el suceso perturbador valorado negativamente (injusto) y el sujeto responsable de tal hecho (culpabilidad) (Peláez Mejía & Quintero Jaimes, 2020, pág. 184).

A partir de todo ese entramado teórico, el profesor Jakobs concluye que la clave para la atribución de responsabilidades se encuentra en la determinación del rol que se deriva del tipo de competencia asignado al sujeto. De esta manera, de la competencia institucional (surgida en el marco de instituciones sociales o jurídicas como la familia o la administración pública) surgiría como “posición de garantía” o deber especial de evitación del resultado, la obligación de impedir el mismo aun cuando el garante no haya organizado el peligro para el objeto de protección (así, por ejemplo, aunque los padres no generen peligros para sus hijos, se encontrarían obligados a evitar cualquier lesión a estos de peligros que provengan de fuentes externas a ellos). En cambio, cuando la competencia es por organización la posición de garantía surge de la injerencia que realiza un individuo en la vida de otra al “introducirse” en los espacios de libertad del otro en uso de autonomía, razón por la cual el deber de impedir el resultado surgirá por la puesta en peligro del objeto de protección que generó la correspondiente persona (es ya clásico el ejemplo según el cual si “X” atropella a “B” dejándolo inconsciente, deberá auxiliario e impedir su muerte, de tal forma que si tal deceso ocurre porque un segundo vehículo lo lesiona mortalmente, tendrá que atribuírsele como suyo el fallecimiento de “B”, independientemente de la responsabilidad que tal situación implique para el tercer conductor).

Así pues, conforme lo expuesto, Jakobs considera que la imputación objetiva no sería nada distinto que una teoría acerca del “significado del comportamiento” con miras a determinar si es posible atribuirlo como la defraudación de expectativas normativas, derivadas de un rol, al individuo, razón por la cual, a través de la misma, se aportaría

(...) el material con cuya ayuda puede interpretarse el suceso puesto en marcha por una persona, como acontecer socialmente relevante o irrelevante, socialmente extraño o adaptado, que socialmente ha de considerarse un mérito o, especialmente, que se destaca de modo negativo. Sin este material de interpretación, lo sucedido no es más que un conglomerado naturalista, en el mejor de los casos algo que el individuo

perseguía, un curso causal o un curso causal psíquicamente sobredeterminado; en todo caso, no es más que una amalgama heterogénea de datos que no han adquirido significado social. Sólo la imputación objetiva la convierte en algo comunicativamente relevante, en algo comprensible. Dicho de otro modo, sólo aquello que es objetivamente imputable puede denominarse en un sentido general “acción”. Por consiguiente, el Derecho penal no se plantea la cuestión acerca de si una acción se ha producido de manera objetivamente imputable, sino si un suceso, por ser objetivamente imputable, constituye una acción jurídico-penalmente relevante. Sin el esquema objetivo de interpretación no se llega al ámbito social (Jakobs G. , 1998, 2, pág. 28).

Así las cosas, Jakobs utiliza como criterios negativos de imputación objetiva que ayudan a delimitar, precisamente ese esquema de interpretación del mundo los siguientes:

Instituciones dogmáticas de imputación objetiva	Significado y alcance
1. El riesgo permitido	Enunciación: “no forma parte del rol de cualquier ciudadano que elimine cualquier riesgo de lesión de otro. Existe un riesgo permitido” (Jakobs G. , 1998, 2, pág. 32). Por lo tanto, no sería imputable a las personas, aquellos resultados que sean el producto de la configuración de su mundo, ajustado a lo que el propio ordenamiento jurídico ha establecido.
2. El principio de confianza	Enunciación: “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 G. , 1998, 2, pág. 34). Es por ello que cada ser humano solamente será responsable del cumplimiento de su rol sin que pueda imputársele las consecuencias lesivas que ocasionen sus comportamientos, si, dentro de su ámbito de competencia, no se encontraba el deber de impedir un determinado proceso causal y, en consecuencia, actuó confiando en el hecho de que los demás habían cumplido con su rol.
3. La prohibición de regreso	Enunciación: “el carácter conjunto de un comportamiento no puede imponerse de modo unilateral-arbitrario. Por tanto, quien asume un vínculo estereotipado-inocuo con otro ser humano no quebranta su rol como ciudadano, aunque el otro incluya el vínculo en una organización no permitida. Por consiguiente, existe una prohibición de regreso con el contenido de que un comportamiento estereotipadamente inocuo no constituye participación en una organización no permitida.” (Jakobs G. , 1998, 2, pág.

	36). Con esto se evidencia que quien realiza un comportamiento socialmente común, aprobado y adecuado, aunque otro individuo lo desvíe hacía lo delincencial, no tendrá por qué imputársele al primero las consecuencias lesivas de ese desvío.
4. Las actuaciones a propio riesgo.	Enunciación: “puede que la configuración de un contacto social competa no sólo al autor, sino también a la víctima, y ello incluso en un doble sentido: puede que su comportamiento fundamente que se le impute la consecuencia lesiva a ella misma, y puede que se encuentre en la desgraciada situación de estar en la posición de víctima por obra del destino, por infortunio. Existe, por tanto, una competencia de la víctima” (Jakobs G. , 1998, 2, pág. 38). Según puede observarse, para Jakobs existen muchos casos en los cuales la competencia de impedir cierta lesión a sus derechos proviene, no del autor causalmente generador del daño, sino de la propia víctima y, en esa medida, el resultado típico no le sería imputable al “autor”, sino a la víctima.

Fuente: Elaboración propia.

En este punto, es importante agregar algo más: para la configuración o reconocimiento de algunas de las anteriores instituciones dogmáticas Jakobs no es que exija la inexistencia de una “posición de garantía”, sino que, precisamente, a través del estudio de ellas (es decir, de la determinación de la existencia o inexistencia de un riesgo permitido, una prohibición de regreso, un principio de confianza o una competencia de la víctima) se establece si el sujeto tiene o no una “posición de garantía”, es decir, un deber de impedir el resultado típico. Por lo tanto, es necesario precisar lo siguiente: (i) que en Jakobs la acción y la omisión como categorías dogmáticas distintas, en donde para ésta última se requería verificar la existencia de una posición de garantía (si se trataba, por supuesto, de una omisión impropia), desaparecen y, simplemente, se convierten en una sola cosa: una conducta que puede o no ser atribuida a una persona (Jakobs G. , La competencia por organización en el delito omisivo. Consideraciones sobre la superficialidad de la distinción entre comisión y omisión., 2016); (ii) de esta manera, tanto para los delitos de acción como para los omisión, siempre, habrá de verificarse o estudiarse la existencia o no de una posición de garantía (derivada de la defraudación de los roles generados en virtud de la competencia por organización y la competencia institucional); y (iii) a las instituciones dogmáticas negativas de la imputación objetiva no se les exige la ausencia de posición de garantía, sino que son

ellas mismas los esquemas de interpretación a partir de los cuales se precisa quién tenía el deber de impedir un resultado y quién no, es decir, se establece quién tenía realmente la posición de garantía.

En palabras del propio Jakobs (La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del 'riesgo permitido', la 'prohibición de regreso' y el 'principio de confianza', 2016, pág. 211):

Si las personas entran en contacto no como seres salvajes, sino como miembros de una sociedad, ello sucede en roles más o menos perfilados. Cabe entender estos roles como un haz de expectativas recíprocas y de las correspondientes posibilidades de reacción. Esto suena conocido y lo es en efecto: en el delito omisivo se denomina al portado del rol 'garante' y sólo responde en el marco de su posición de garante, si bien en este marco siempre se produce su responsabilidad. La imputación objetiva no es sino la constatación de quién es garante de qué. No todo atañe a todos, pero al garante atañe lo que resulte de la quiebra de su garantía; y esto rige tanto para la comisión como para la omisión.

2.2.2.1. Consideraciones particulares sobre la competencia de la víctima.

Este instituto de la imputación objetiva Jakobs lo considera de constante aplicación, sobre todo en los casos de consentimiento del sujeto pasivo, y puede ser genéricamente definido como aquellos eventos en los cuales el deber de evitación del resultado no recaía en el sujeto activo sino en la propia víctima. Al respecto, es absolutamente claro que, en la visión del profesor alemán, quedan cobijadas las siguientes hipótesis (aparte del consentimiento ya mencionado): (i) casos en los cuales la víctima posee una tendencia inusualmente fuerte a ser dañada y es, por lo tanto, parte de su rol central el compensar sus debilidades mediante actos de autoprotección (Vgr. La persona que deja de regar sus propias plantas y, como consecuencia de ello, se secan también las de su vecino, dado que antes la humedad generalizada favorecía al otro, no constituirá un caso de imputación de daño en bien ajeno o delito similar, pues esa debilidad de su propia organización y el casual beneficio causado por el primero, en nada fundamenta una posición de garantía sobre el primero); (ii) también quedarían abarcados los casos en los que la víctima realiza una actuación precedente contraria a sus deberes de autoprotección desviando así en una dirección nociva el comportamiento

de otras personas que estaban actuando dentro del riesgo permitido, lo cual entonces impediría poder atribuir al autor causal la responsabilidad penal (por ejemplo, no será responsable el que construye la barandilla de una puente si, la víctima se asoma demasiado por ella y cae al vacío produciéndose su muerte); y (iii) habrá que distinguirse entre “autolesión” y “heterolesión”, por cuanto tal distinción tiene efectos jurídicos relevantes (Peláez Mejía & Quintero Jaimes, 2020): La autolesión es aquella manifestación de la voluntad lesiva de bienes jurídicos llevada a cabo mediante comisión de propia mano o directa; es decir, cuando la competencia de la víctima resulta ser la que fundamenta ya en último lugar. Por el contrario, la heterolesión ocurre cuando la competencia del autor se genera después de la de la víctima. Uno de los ejemplos que pone Jakobs es el siguiente: “la entrega de un arma para que quien la recibe se lesione a sí mismo, de propia mano, obrando en último lugar, es participación en una autolesión, mientras que el uso del arma contra quien lo requiere sería una heterolesión a petición” (Jakobs, 1997, pág. 397). Ahora bien, la consecuencia lógica de dicha diferencia sería que en el primer caso estaríamos en presencia de un suicidio impune mientras que en la segunda hipótesis se predicaría la imputación de un homicidio doloso. Empero, Jakobs realiza una salvedad (La organización de autolesión y heterolesión especialmente en caso de muerte., 2016, pág. 411):

(...) el hecho de que concurra una heterolesión no implica automáticamente que haya injusto, ya que puede ser que quien sufre la lesión participe de su lesión a través de su consentimiento, excluyendo de ese modo que se genere un injusto. (...)

(...) En la medida en que el consentimiento tiene efectos, es innecesario diferenciar entre autolesión y heterolesión. Sin embargo, su efectividad se halla limitada, aunque estos límites sólo existan en el ámbito de aquellos bienes que en la vida diaria no se consumen o permutan para el desarrollo de la personalidad, sino que, al contrario, constituyen a la persona. Dicho de otro modo: existen límites a la efectividad del consentimiento en caso de pérdida de la vida y de daños masivos a la salud. (...)

Estos límites al consentimiento, que conducen a realizar la diferenciación de la que aquí nos ocupamos, entre participación en una autolesión y una heterolesión con consentimiento de la víctima, se mantienen si se prolonga el consentimiento de la víctima desde el ámbito de la creación de la competencia de la que la víctima es consciente al de la creación inconsciente. El consentimiento de la lesión sólo es *una* modalidad de fundamentación de la competencia de la víctima respecto de su lesión. Dicho de otro modo: quien pide a un sujeto que evidentemente se halla ebrio que le lleve en su automóvil, debe adscribirse a sí mismo la consecuencia de lesión en caso de accidente, careciendo de importancia a tal efecto que haya consentido en ella en

sentido literal o que sólo la haya reconocido o que – quizás por indiferencia – no haya reflexionado al respecto. Sin embargo, esta *actuación a propio riesgo* sólo puede tener efectos justificantes si la finalidad del viaje aún se halla en una relación adecuada a la magnitud del riesgo ya que lo que no puede quedar justificado por el consentimiento no puede estar justificado, en caso de falta del consentimiento, a propio riesgo. Si la relación es desproporcionada, sigue habiendo una heterolesión punible.

En cuanto a las reglas particulares para su aplicación se tienen las siguientes (Peláez Mejía & Quintero Jaimes, 2020): (i) Se excluye la imputación cuando el resultado producido ha sido fruto de la desgracia o del infortunio ya que dicho curso lesivo simplemente, no era cognoscible para ninguno de los intervinientes; (ii) Se excluye la imputación aun cuando el curso lesivo era cognoscible si el autor se ha comportado conforme a su rol ya que la víctima tenía derecho a que no se produjera ese comportamiento dañino; (iii) Se excluye la imputación cuando la víctima lesiona un deber de autoprotección o hubo voluntad propia por ser estas infracciones acciones a propio riesgo; y (iv) Se excluye la imputación cuando el actuar precedente es el consentimiento ya que, si el titular del bien jurídico incita a otro a realizar una conducta dañosa sin una razón poderosa para hacerlo, el otro no tiene entonces la obligación de proteger los bienes del instigador de un modo más cuidadoso que éste mismo.

2.2.3. Otros sectores de la doctrina alemana: Jescheck & Weigend, Harro Otto, Frister, y Wessels/Beulke/Satzger.

A nivel general, la dogmática alemana ha estado intensamente interesada en la problemática de la imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima. No obstante, haremos referencia, muy brevemente, a algunos otros autores de gran influencia en el ámbito germánico:

Jescheck & Weigend (Tratado de Derecho Penal. Parte General, 2014, pág. 309) reconoce la posibilidad de exoneración de responsabilidad frente a lo que ellos llaman el favorecimiento de la autolesión ajena si se cumplen dos condiciones: (i) la actuación plenamente responsable de la víctima y (ii) la inexistencia de posición de garantía. Así

mismo, aseguran a pie de página número 43 que en la doctrina es mayoritaria la postura de reconocer la impunidad de la colaboración al suicidio de otra persona o a una puesta en peligro ajena si (i) se desarrolla libremente, (ii) bajo la propia responsabilidad de la víctima, y (iii) la colaboración proviene de un autor que carece de posición de garantía sobre la víctima y “sin un conocimiento reflexivo de la situación”. No obstante, explican tales autores que esa exigencia de “posición de garantía” y la responsabilidad derivada de la misma no es aceptada por Eser, Roxin, Stree, Fünfsinn y Herzberg.

Desde otro sector muy particular, Harro Otto (Manual de Derecho Penal. Teoría general del Derecho Penal., 2017, pág. 120 y ss) equipara la heteropuesta y autopuesta en peligro como una forma de interrupción de la relación de imputación por parte de la víctima del hecho, no exigiendo para su configuración de una posición de garantía, sino esencialmente las siguientes condiciones: (i) la intervención por parte de la víctima en el acontecimiento, ya sea poniendo en marcha un nuevo proceso causal o excluyendo al primer autor de la influencia salvadora de éste sobre tal suceso, u omitiendo las medidas de salvamentos que le eran exigibles y estaban a su disposición; (ii) la realización consciente de tal intervención; y (iii) el cumplimiento de los criterios materiales necesarios para la validez del consentimiento, esto es, realizando la actuación bajo su propia responsabilidad “sin vicios de la voluntad y con pleno conocimiento del riesgo de la decisión” (Otto, 2017, pág. 120). Por su puesto, estos aplican para cualquier forma de autopuesta, heteropuesta en peligro o autolesión, siendo irrelevante, por ejemplo, la esperanza que pueda tener el sujeto pasivo en que el riesgo no se realice pues tal situación tan sólo serviría para caracterizar la intervención como una forma de “autolesión consentida” y no de simple “autopuesta” riesgosa.

Frister (Derecho Penal, Parte General, 2016, pág. 205) va a plantear algunas diferencias de sistematización sobre esta temática: recordemos que Roxin ubicaba la problemática de las autopuestas y heteropuestas en peligro como criterios negativos de imputación objetiva de su tercer nivel de atribución, es decir, el alcance del tipo penal. Otto, a su vez, pareciera considerarlo un criterio de interrupción del nexo de imputación. En cambio, Frister considera que los riesgos en los que median acciones del lesionado constituyen un problema de creación de riesgos jurídicamente desaprobados y en esa medida

afirma que “el ordenamiento jurídico tampoco puede reprobarnos en general acciones que solamente les posibilitan a otros tal auto-puesta en peligro” (Frister, 2016, pág. 205). Como fundamento de ello acude al principio de autonomía del individuo y a su derecho fundamental a la libertad, por lo tanto, argumenta que “nuestro ordenamiento jurídico considera que no es cometido del Estado tomar a los hombres en tutela. Éstos, básicamente, tienen el derecho de decidir por sí mismos acerca de si ellos querrán poner en peligro sus bienes jurídicos por su propia conducta, y en qué medida” (Frister, 2016, pág. 205). Ahora bien, en lo esencial sigue a Roxin, no exigiendo posición de garantía alguna como requisito configurativo de la ausencia de responsabilidad mencionada y, además, incluyendo las hipótesis de heteropuestas en peligro cuando el afectado conoce la situación de hecho que fundamenta el riesgo y dispone del conocimiento empírico necesario para reconocerlo o advertirlo. Así pues,

Quien sube al automóvil de un conductor ebrio y se deja llevar por éste a la casa, tiene que tolerar que se le impute una lesión resultante de un accidente de tránsito producido por el alcohol, ya como consecuencia de su propia decisión, si conocía la ebriedad del conductor y sabía de los peligros del alcohol en el tránsito vial. Cómo aplique él este conocimiento es su propio asunto. Forma parte de la configuración autónoma de la vida también el reprimir la representación de riesgos y en razón de esto aprobar acciones peligrosas. En lo sustancial, esta valoración está reconocida hoy ampliamente.

Finalmente se tiene que Wessels, Beulke & Satzger (Derecho Penal, Parte General. El delito y su estructura., 2018, pág. 109 y ss) pasarían a realizar una sistematización completa del grupo de casos de “autolesión y autopuesta en peligro” cuya fundamentación se encontraría en el principio de autorresponsabilidad y acorde con el cual “cada uno solo es responsable de su propio comportamiento”, por lo tanto, “se trata de no imputar al autor, como obra suya, aquellos resultados que únicamente son de responsabilidad de la víctima” (pág. 109). Según estos autores, es posible estructurar los ámbitos de imputación de la víctima de la siguiente manera (sin llegar a incluir dentro de sus requisitos la inexistencia de posición de garantía):

Ámbito de imputación aplicable	Reglas de imputación cuando la víctima se lesiona o se pone en peligro a sí misma
Acorde a Wessels, Beulke & Satzger los problemas atinentes a las	1. La autolesión y la autopuesta en peligro debe realizarse de forma voluntaria.

<p>actuaciones imputables al ámbito de responsabilidad de la víctima implican la no creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, como primer nivel de imputación objetiva.</p>	<p>2. El ámbito de protección de las normas sólo protege al titular del bien jurídico frente a las intervenciones de terceros, sin embargo, ella termina en el punto en el cual empieza el ámbito de responsabilidad del propio afectado.</p>
	<p>3. Las condiciones necesarias para la exclusión de la responsabilidad penal son las siguientes (Wessels, Beulke, & Satzger, 2018, pág. 111):</p> <p>(i) “Un ámbito de responsabilidad de la víctima solo tiene lugar cuando este actúa realmente de forma ‘autorresponsable’. Con ello surge aquí la cuestión referida al criterio de autorresponsabilidad.”</p> <p>(ii) “La víctima realmente tiene que lesionarse a ‘sí misma’. Ella no puede ser lesionada por el autor”.</p> <p>Lo anterior implica distinguir entre: (a) una autopuesta y una heteropuesta; y (b) una autolesión y la lesión a un tercero.</p>
	<p>4. Entre el agente y la víctima deberá existir una base de información semejante y, por lo tanto:</p> <p>(i) No existirá autopuesta en peligro por propia responsabilidad cuando el titular del bien jurídico se encuentre bajo un error relevante y sólo el autor pueda comprender el riesgo.</p> <p>(ii) Se deberá imputar al ámbito de responsabilidad del autor si, a pesar de una actuación libremente responsable de la víctima, se presenta un conocimiento superior del autor.</p>
	<p>5. Finalmente, para los casos de heteropuesta en peligro, aunque Roxin excluye el tipo penal en aquellos casos en los que sea equiparable con la autopuesta en peligro, Wessels, Beulke & Satzger consideran preferible “afirmar la configuración del tipo” y “reconocerse el efecto justificante del consentimiento” (pág. 116).</p>

Fuente: Elaboración propia.

2.3.Situaciones imputables a ámbitos de responsabilidad ajenos.

La segunda hipótesis se presenta cuando la víctima interviene luego de que el autor ha creado el riesgo jurídicamente desaprobado y tomando el control del mismo, lo mantiene o agrava (Pelález Mejía & Quintero Jaimes, 2020).

Estos casos son denominados, propiamente, “imputación al ámbito de responsabilidad ajeno”. En consecuencia, dichas hipótesis no se tratarían como acciones a propio riesgo, sino como eventos que deberán resolverse mediante la figura o institución eximente, estudiada en un escaño posterior de imputación objetiva, y que es denominada Atribución del resultado a un ámbito de responsabilidad ajeno.

El ejemplo clásico de estos eventos se presenta cuando “A” es lesionado por “B”. “A” se dirige al hospital y allí le manifiestan que la herida no es grave pero que debe cuidarse lavando la herida y tomando los antibióticos para evitar complicaciones al respecto. Sin embargo, “A” decide no seguir ninguna de las indicaciones médicas enunciadas y por el contrario comienza a ejecutar actividades totalmente antisépticas que agravan la herida, cuya infección termina ocasionándole la muerte.

En estos casos, la razón de la exclusión de responsabilidad no se produce porque el resultado fuese fortuito, sino atendiendo al hecho de que cuando estaba avanzando el curso causal iniciado por el primer interviniente, un tercero o la propia víctima tomó el riesgo inicial y asumió el control del mismo desplazando al autor o partícipe originario mediante la inclusión de su propia causalidad lesiva, lo cual impidió que el “primer” riesgo jurídicamente desaprobado se realizara en el resultado, razón por la cual se terminó concretando un “segundo” riesgo: el aportado por el tercero o la víctima.

El caso que Roxin (1997, pág. 398) nos pone sobre este ítem es el siguiente: “A conduce en la oscuridad un camión cuya parte trasera va sin alumbrado, y es detenido por una patrulla de policía, que le denuncia para que se le imponga la correspondiente multa. A efectos de seguridad frente a otros vehículos que pudieran llegar, uno de los policías coloca una linterna con luz roja en la calzada. La policía le ordena a A que prosiga la marcha hasta

la próxima gasolinera, para lo que el coche patrulla marchará detrás para seguridad del camión sin alumbrado trasero. Pero antes de que A arrancara, el policía vuelve a quitar la linterna de la calzada; y a continuación el camión sin alumbrado es embestido por otro camión, cuyo copiloto resulta lesionado mortalmente.”

También quedarían abarcados en este ítem el siguiente grupo de casos, según se dijo en precedencia: (a) a una lesión inicial se suma un tratamiento médico posterior inadecuado y determinante para la muerte o una mayor lesión que no hubiese ocurrido sin el ingreso de ese riesgo adicional novedoso; y (b) la omisión del tratamiento médico por parte de la víctima de forma “gravemente imprudente” o dolosa.

2.4.Eventos adecuables a la figura del consentimiento.

Finalmente, la tercera hipótesis se configura cuando la víctima consiente o acepta el resultado lesivo y la acción que sea necesaria para hacerlo. En estos eventos estaríamos en presencia, sencillamente, de un “consentimiento” como ausencia de responsabilidad penal independiente.

Así pues, el ejemplo clásico sería el de un hombre homosexual se dirige a una clínica y solicita la realización de una cirugía de reasignación de sexo, aceptando con ello la amputación de su miembro viril y las acciones médicas que se necesitan para realizarla.

El consentimiento como causal de ausencia de responsabilidad aparece expresado ya desde el Libro 47 del Digesto con la frase “lo que se realiza con la voluntad del lesionado, no constituye injusto”.

En Alemania, desde la tesis de Geerds suele distinguirse entre el acuerdo, excluyente de tipicidad y el consentimiento excluyente de antijuridicidad. Para la doctrina dominante en Alemania, el acuerdo se presenta únicamente en los tipos penales que exigen para su configuración, expresamente, la coacción del sujeto activo o la falta de consentimiento del sujeto pasivo. En cambio, habrá consentimiento excluyente de la antijuridicidad si se trata de

un delito en el cual no se exige para su configuración de coacción del sujeto activo o de ausencia de aquiescencia por parte del pasivo.

Así las cosas, y siguiendo la lógica alemana, tendríamos que, por ejemplo, en los casos de acceso carnal violento tipificado en el artículo 206 se exige para su estructuración que se “realice acceso carnal con otra persona mediante violencia”; a su vez, el artículo 212a del cp define como violencia, entre otras cosas, “la coacción física o psicológica, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación”. por lo tanto, si el señor “x” accede carnalmente a la señorita “y”, utilizando para ello la fuerza física o prácticas sádicas provenientes de una parafilia, como lo serían la catafilia (la excitación cuando el hombre somete a la pareja femenina) o el bondage (que es una práctica erótica basada en la inmovilización del cuerpo de una persona), pero con el consentimiento, aquiescencia o autorización sin coacción de la mujer la conducta será atípica objetiva, porque se tratará de un acuerdo; o, en otras palabras, de la ausencia de un elemento normativo exigido expresamente por el tipo penal y consistente en la realización del hecho mediante “violencia” entendida como coacción o falta de voluntad libre por parte del sujeto pasivo.

Por el contrario, en los delitos de daños y lesiones personales suele hablarse de consentimiento como causal de justificación dado que el “tipo penal” no exige para que se estructure la presencia de coacción ejercida por el sujeto activo sobre el pasivo. de esta manera, si el señor “x” le amputa dos dedos al señor “z” porque éste último acordó la realización de dicha conducta con el primero (que es médico) para lograr realizar su sueño de infancia que es irse transformando en un pingüino, la conducta, según la doctrina mayoritaria alemana, será típica pero no antijurídica, pues se habrá presentado en realidad un consentimiento cuya concurrencia justificaría la amputación realizada y por ese motivo no existirá delito.

En ese orden de ideas, si queremos aplicar dicha doctrina la clave se encuentra en leer el tipo penal y buscar en sus elementos palabras que exijan para la configuración del delito de “coacción”, “violencia”, “intimidación”, “ausencia de consentimiento”, etc., y si lo encuentran se tratará de un acuerdo la autorización que el sujeto pasivo otorgue para la

realización del acto descrito por el tipo penal. en cambio, si ninguna de esas palabras aparece como exigencias para la edificación del delito se le llamará entonces a la autorización que otorgue el sujeto pasivo como consentimiento, el cual, en vez de eliminar la tipicidad, impedirá la estructuración de la antijuridicidad.

Ahora bien, en cuanto a su fundamento como criterio negativo de tipicidad en todos los eventos se tendría, siguiendo a Roxin, que el consentimiento excluiría el tipo penal porque “Si los bienes jurídicos sirven para el libre desarrollo del individuo (para más detalles § 2, nm. 9 ss.), no puede existir lesión alguna del bien jurídico cuando una acción se basa en una disposición del portador del bien jurídico que no menoscaba su desarrollo, sino que, por el contrario, constituye su expresión.” (1997, pág. 517).

Así las cosas, la traducción dogmática de lo anterior es la siguiente: el consentimiento, como expresión del Derecho Constitucional a la libertad, elimina el desvalor del resultado, es decir, la existencia de una lesión o puesta en peligro efectiva el bien jurídicamente tutelado y, por lo tanto, no alcanza a crearse un riesgo jurídicamente desaprobado.

Por supuesto, habrá que considerarse que existen bienes jurídicos indisponibles, como por ejemplo la vida y sobre ellos no operaría el consentimiento, siendo ello adecuado, en la perspectiva de Roxin, desde el punto de vista político-criminal. Además, el legislador alemán ha consagrado que el libre desarrollo de la personalidad en el cual se fundamentaría el consentimiento posee dos limitaciones: (i) los derechos de los demás y (ii) las buenas costumbres.

Ahora bien, surge el siguiente interrogante: ¿por qué en la perspectiva de Roxin no puedo consentir mi propia muerte, pero sí el riesgo de morir (en las autopuestas y heteropuestas en peligro)? Y, además, ¿por qué el libre desarrollo de la personalidad no puede servir, también, como soporte del consentimiento para morir? ¿Será acaso que Hauck tiene razón cuando argumento que la regla de la indisponibilidad de la vida es absoluta y no admite gradación, razón por la cual no sería posible aceptar exoneración de responsabilidad en ningún caso?

Estos interrogantes por estar íntimamente relacionados con la presente investigación serán resueltos en el acápite 5, sin embargo, anticipo que (i) las autopuestas y heteropuestas en peligro se basan, no solo en el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, sino, también y en buena medida, en el principio de autorresponsabilidad; (ii) el derecho a la vida es una norma que no toma la forma de una regla (aunque también lo puede hacer y en efecto lo hace), sino de un principio y, en ese sentido, es ponderable, lo que permite a su vez la graduación propia de cualquier mandato de optimización, de ahí que, en eventos como los casos permitidos de eutanasia cuando el vivir se ha vuelto una pesada cruz que humilla al ser humano día a día y convierte su existencia en una constante de dolor y sufrimiento, sea evidenciable que los tribunales constitucionales hayan aceptado que ceda el principio fundamental de la vida ceda el principio de la dignidad humana y la autonomía del individuo derivada de éste; y (iii) es equivocado equiparar el consentimiento con las autopuestas y heteropuestas en peligro, dado que, en el primer caso lo que se consiente es el resultado, mientras que en las segundas hipótesis lo que se acepta es “tomar el riesgo” más no la consecuencia lesiva, aunque se prevea la misma. Por ende, es posible aceptar cierta flexibilidad en la permisión de la toma de riesgos y la participación que se haga de ellos, mientras que la heterolesión o causación de un daño por otro pueda resultar, de alguna manera, más susceptible de mayores restricciones e inclusive de su prohibición.

En todo caso, respecto a la participación en el suicidio y su delimitación frente al homicidio a petición Roxin ha planteado también su postura en favor de la impunidad así:

Tal como hemos afirmado al inicio, en el Derecho alemán vigente la participación en el suicidio es impune. De acuerdo a la concepción dominante, la delimitación frente al homicidio a petición, punible, dependerá de quién ostenta el “dominio sobre el momento que da lugar a la muerte”; esto es, quien realiza el acto inmediatamente causante a la muerte. Quien dispara siguiendo la petición seria y expresa de otro, realiza una conducta punible de homicidio a petición. Quien, en cambio, proporciona una pistola a quien desea morir, siendo éste quien se dispara a sí mismo, ha cometido únicamente una participación en el suicidio y queda, por ello, impune. A menudo se ha puesto en duda el sentido de esa diferenciación. Se ha entendido al respecto que solo puede basarse en que únicamente cuando es el propio suicida quien, de propia mano, pone fin a su vida, puede el legislador asumir con seguridad la autonomía del acto suicida frente a la influencia ajena. Solo quien actúa de ese modo materializa su

decisión. Quien, en cambio, deja que otro le dispare, permite que sea otro quien realice el acto que plasma la decisión definitiva, de cuya ejecución pudiera quizá haberse arrepentido en el último momento. Ciertamente, muchos son los que se han puesto la pistola en la sien, pero pocos quienes han llegado a disparar. Cuando quien dispara es un tercero, asume la responsabilidad última de la muerte, por lo que ha de imponérsele la pena del §216 StGB.

(...) Debo destacar que, en todo caso, mi alegato en favor de la impunidad de la participación en el suicidio alcanza únicamente a los supuestos en los que tal intervención está basada en la compasión, o al menos en la finalidad de servir a los intereses del suicida. Si, en cambio, la contribución al suicidio se basa en motivos egoístas como, en particular, los económicos, exige el riesgo de que el agente no sólo no respete la voluntad de morir del suicida, sino que, bajo el debido apoyo y consuelo, podría haberse evitado. En la discusión científica es mayoritaria la opinión de que ello debería evitarse con la intervención del Derecho penal. (Roxin, Homicidio A Petición Y Participación En El Suicidio Derecho Vigente Y Propuestas De Reforma, 2019)

3. LA RECEPCIÓN ESPAÑOLA Y COLOMBIANA DE LAS REGLAS DE IMPUTACIÓN AL ÁMBITO DE RESPONSABILIDAD DE LA VÍCTIMA: visión doctrinal y jurisprudencial.

Los estándares doctrinales referidos en el anterior acápite han servido de influencia para la recepción de las reglas de imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima en Colombia y España. No obstante, como resalta Diego López Medina en el proceso de trasplante de una teoría desde los sitios de producción y hasta los sitios de recepción puede ocurrir que se realice “una mala lectura o transmutación que exige corrección y estandarización” (López Medina, 2009, pág. 23). Por ende, debe tenerse mucho cuidado en la lectura que se realice de la doctrina y jurisprudencia periférica, dado que en múltiples ocasiones se termina asimilando una tergiversación del pensamiento de un autor y no sus propias ideas. Justamente por ello, López Medina explica lo siguiente que, *mutatis mutandi*, puede aplicar para el análisis de las teorías penales españolas y colombianas:

(...) en los sitios de recepción de iusfilosofía ocurren importantes transmutaciones o tergiversación de las ideas provenientes de los sitios de producción. Esas ideas, a pesar de ser transmutaciones o tergiversaciones, no pueden ser desestimadas, sin más, por tratarse de productos miméticos o traslaticios. No se trata de ‘errores’ que requieran de corrección mediante ajustamiento a la lectura estandarizada que se hace en otros sitios. Las transmutaciones terminan siendo, para bien o para mal, parte del inventario disponibles de ideas filosóficas disponibles en una jurisdicción. En ese sentido, las lecturas tergiversadas no pueden ser reemplazadas por lecturas normalizadas. Las lecturas tergiversadas han impulsado prácticas jurídicas locales, y, por tanto, están ya imbricadas con la cultura local produciendo dinámicas, pasadas y futuras, que ya no se pueden deshacer. Pero hay más: no es simplemente por fatalidad que debemos conformarnos con la transmutación eidética que produce la recepción. No se trata simplemente que un error teórico se haya vuelto moneda corriente a través de tergiversaciones locales (...). Muy por el contrario: en la lectura tergiversada se abre la posibilidad de variación, adaptación y verdadera creación. (López Medina, 2009, pág. 34)

De esta manera, abordaremos a continuación la recepción de tales teorías en la doctrina española y colombiana, para luego ver las variaciones o transmutaciones que las mismas ha realizado la jurisprudencia de nuestro país.

3.1.La recepción doctrinal española.

Sistemáticamente Muñoz Conde & García Arán (Derecho Penal, parte general, 2012, pág. 229 y ss) ubican el problema de la imputación objetiva en la determinación de la existencia de una acción en sentido jurídico penal y, por ello, en su Manual aparece sistemáticamente analizada de forma previa a la tipicidad objetiva. No obstante, en punto de los criterios o niveles de imputación objetiva siguen a Roxin pues establecen que para poder atribuir un proceso causal a una persona se requiere la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, la realización de dicho riesgo en el resultado y la producción de un resultado que se encuentre dentro del fin o ámbito de protección de la norma infringida. Justamente, en este tercer nivel ubican (como si fuese una misma figura) casos de autopuestas y heteropuestas designándolos con el nombre que emplea Roxin para ésta última institución dogmática: la puesta en peligro de un tercero aceptada por éste. Luego, a renglón seguido, afirman que los requisitos para exonerar de responsabilidad al autor es la comprobación de que el sujeto pasivo se expuso al peligro de forma (i) consciente y (ii) voluntariamente. Ahora bien, en torno al fundamento de la aplicación de esta institución, se observa que los autores mencionados realizan el siguiente análisis mediante el uso de casos:

Así, por ejemplo, inducir a alguien a beber más de la cuenta o a realizar ejercicios acrobáticos en una cuerda floja, salvo que se trate de una inducción al suicidio ya de por sí constitutiva de un delito específicamente tipificado en el Código Penal (art. 143), es ciertamente una forma de incrementar el riesgo de que se produzca un accidente, pero no parece que entre dentro del fin de protección de la norma proteger a quienes consiente y voluntariamente se exponen a peligros, bien aceptando apuestas ('ruleta rusa'), bien participando voluntariamente en una actividad peligrosa (copiloto de un coche de carreras). Todos estos resultados caen fuera del ámbito de protección normal que se previó al dictar la norma penal y, por ello, deben ser excluidos del ámbito jurídico-penal relevante (Muñoz Conde & García Arán, 2012, pág. 230).

Como puede verse, Muñoz Conde & García Arán realizan una mezcla curiosa del pensamiento de Roxin con ideas propias, que bien puede entenderse como una lectura tergiversada de aquel autor o, simplemente, como una construcción (poco sólida y rigurosa) de las reglas de imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima. Esto se afirma porque

(i) ubica en un lugar extraño la teoría de la imputación objetiva, (ii) a pesar de lo anterior, usa los mismos criterios de Roxin, (iii) además emplea los mismos criterios negativos de imputación objetiva, pero (iv) al momento de desarrollar lo relativo a los casos de imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima (como hipótesis excluyentes de punición penal al no estar abarcados por el alcance del tipo penal como tercer nivel de imputación objetiva) usa la figura de la “puesta en peligro de un tercero aceptada por éste” como categoría englobadora de las “autopuestas” y “heteropuestas” en peligro asignando, además, los mismos requisitos configurativos para el reconocimiento de ambas figuras, a pesar de que Roxin empleó tal institución dogmática, tan solo, para referirse a la heteropuesta en peligro (como el propio nombre, de forma evidente, lo indica) y aun cuando para ésta última agregó un requisito adicional (la identidad de responsabilidades para el autor y la víctima) como fundamento necesario para establecer una analogía con la “autopuesta en peligro” y así poder reconocer la exoneración de responsabilidad.

Por el contrario, Santiago Mir Puig remite toda esta problemática a dos ámbitos: (i) la posibilidad jurídica de reconocer el consentimiento en los delitos imprudentes, en cuyo caso, el mismo estaría referido a la conducta y no al resultado. No obstante, nos precisa que el fundamento de reconocer la eficacia del consentimiento en las acciones peligrosas para la vida se encuentra en el libre desarrollo de la personalidad tutelado por la Constitución española, lo cual implica comprender que “respetar la voluntad del que consiente en el riesgo no es respetar la voluntad de ser matado – cosa que rechaza el Derecho vigente -, sino la de vivir peligrosamente, y que no son raros los ejemplos que la vida actual ofrece de deportes u otras actividades socialmente aceptadas que implican someterse a peligros para la vida” (Mir Puig, 2011, pág. 524); y (ii) en todos aquellos casos en los cuales una persona se pone a sí mismo en peligro de forma descuidada y obtiene el auxilios de los otros, entonces estos deberán ser absueltos de responsabilidad, pero por la aplicación de las reglas generales de la participación acorde el principio de accesoriedad que rige en el ordenamiento jurídico español.

En lo relativo a la tesis de Diego-Manuel Luzón Peña este la resume de la siguiente manera:

La no imputación objetiva de una lesión a la conducta del tercero en algunos de aquellos supuestos en los que la propia víctima acepta o consiente el riesgo de lesión, no se puede fundamentar satisfactoriamente con la mera argumentación desde la impunidad de la participación en el suicidio (que rige en Derecho alemán, pero no en otros Códigos Penales) o con el pretendido principio de autorresponsabilidad; sino que dicha no imputación ha de basarse en el principio de alteridad o no identidad entre autor y víctima de la puesta en peligro. La distinción de Roxin entre participación impune en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro o puesta en peligro ajena consentida, que es punible con la excepción de ciertos casos de equiparación de ésta a la participación en una autopuesta en peligro, es correcta en principio; pero tal equiparación no puede depender del mero conocimiento común y exacto del riesgo por parte de la víctima y el agente, sino de que haya un control compartido del riesgo por la víctima y el tercero. (Luzón Peña, 2010)

Así pues, respecto al principio de autorresponsabilidad explica Luzón Peña que este carece de una base legal, constitucional o de principios generales del Derecho suficiente, por lo cual, es desacertado concluir que en el reconocimiento jurídico de la libertad y la dignidad de la persona o el libre desarrollo de la personalidad pueda deducirse indefectiblemente que el sujeto tiene una responsabilidad primaria o preferente –que en el fondo sería exclusiva y excluyente– en la organización de su vida y en la protección de sus bienes jurídicos, lo cual conllevaría como regla equivocada que si se corre un riesgo, a su vez se asume exclusivamente su responsabilidad y los terceros ya no tendrían un deber de tutela y respeto de sus bienes jurídicos quedando así exonerados de responsabilidad si los lesionan, lo que en su perspectiva no sería más que una simple falacia de petición de principio. Por el contrario, Luzón Peña aboga por el mencionado principio general del derecho conocido como alteridad o ajenidad y desde el cual para que surja la responsabilidad jurídica habrá de requerirse que **no** exista una identidad entre el autor y la víctima “porque se parte de la base de que si un sujeto se daña a sí mismo, eso como regla no afecta a la convivencia externa y por tanto al Derecho, sino en todo caso al ámbito interno de la moral.” Así pues, desde un punto de vista práctico esto lo lleva a concluir lo siguiente en torno al fenómeno de la heteropuesta en peligro al evidenciar que la víctima tendría un papel puramente pasivo en donde el autor es quien pone el peligro y lo controla:

(...) la regla es que, en la heteropuesta en peligro o autoría de una puesta en peligro ajena, por mucho que sea aceptada o consentida por la víctima, es aplicable como

totalmente prevalente el criterio de la alteridad (la prohibición de lesionar o poner en peligro a otro) y por tanto la imputación objetiva del resultado a la puesta en peligro realizada por el tercero; salvo en los casos excepcionales de equiparación al mero favorecimiento de una autopuesta en peligro: v. infra C. 6. Y exactamente lo mismo ocurre y por las mismas razones en los supuestos de heterolesión o lesión ajena consentida –en los que la víctima no sólo consiente en el riesgo, sino también en la lesión– a efectos de imputación objetiva, es decir que el resultado no se le puede imputar objetivamente a la conducta pasiva de la víctima, que no crea ni domina o determina objetivamente el riesgo, sino a la conducta que tiene esa cualidad (de modo doloso o excepcionalmente imprudente), o sea la del tercero autor de la lesión; otra cosa es, como luego veremos, que pese a la imputación objetiva el consentimiento pueda en algunos delitos operar como causa de justificación o de atipicidad. (Luzón Peña, 2010)

No obstante, existe una excepción (lo que termina remitiendo a Luzón Peña al mismo argumento de Roxin pero con palabras diferentes): la equiparación de alguna heteropuesta en peligro consentida a la participación en una autopuesta en peligro por el control del peligro por la víctima. De esta manera, el control o dominio compartido del riesgo (sobre el hecho peligroso) entre la víctima y el autor conlleva a una coautoría del tercero lo que se convierte en una mera participación secundaria y atípica en la autopuesta en peligro de la víctima.

Al respecto, se tendrían como ejemplos de esta situación, acorde la postura del profesor español, la aceptación a tener relaciones sexuales sin protección o el caso del río Memel ya referido pues, en ambos, la víctima sigue teniendo el pleno control de la situación riesgosa. Empero, lo que vale la pena resaltar de esta postura que parafrasea con términos diferentes a Roxin, es el hecho de que tampoco exigiría de una posición de garantía como limitante del ámbito de imputación a la víctima. Así pues, lo novedoso en últimas sería el fundamento que le da a dicha institución, que no sería el principio de autorresponsabilidad sino el principio de alteridad.

Por el contrario, en la perspectiva de Cancio Melia se evidencia que este sostiene que no existirá imputación objetiva, sin importar que se trate o no de autopuestas o heteropuestas en peligro, cuando (i) la actividad de riesgo “se corresponda con la organización conjunta de autor y víctima” y permanezca en el ámbito de esa organización conjunta; (ii) cuando la víctima no tenga una falta de responsabilidad o de conocimiento suficiente que viabilice su instrumentalización por el autor, y (iii) que el autor no tenga un deber de protección

específico frente a los bienes de la víctima, es decir, no tenga posición de garantía. Ahora bien, ¿por qué exige la inexistencia de dicha posición de garantía? Sus argumentos son los siguientes:

En primer lugar, porque se tratan de restricciones que surgen de razones normativas específicas que desplazarían el principio de responsabilidad. En segundo lugar, por cuanto, precisamente, la posición de garantía es un estatus que asigna un deber especial de evitación del resultado que surge del ordenamiento jurídico independientemente se trate de una acción u omisión y los cuales puede agruparse en tres grandes supuestos (Cancio Melia, 2001, pág. 356 y ss), no siendo todas ellas aplicables como limitaciones de la reglas de imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima: (i) las posiciones de garantía que surgen cuando el ordenamiento jurídico establece una relación de tutela a cargo del autor, en virtud de la organización de su actividad arriesgada que ha llegado hasta el ámbito de la víctima; (ii) las posiciones de garantía que surgen en el ámbito estrecho de las personas, como por ejemplo, en el plano familiar (padres respecto de sus hijos), que las lleva a tener una función de protección del autor frente a los bienes jurídicos de la víctima; y (iii) la posición de garantía derivada de la injerencia, es decir, del actuar precedente antijurídico ocasionado por el autor a la víctima.

Así pues, Cancio Melia no establece una ecuación matemática según la cual posición de garantía = responsabilidad penal e imputación al ámbito del autor. No, nada de eso. Por el contrario, él establece que siempre habrá de ponderarse, caso a caso, entre los límites que plantea la posición de garantía y el principio de autorresponsabilidad. Y, además, de los tres grupos de casos mencionados no todos aplican como limitantes de las reglas de imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima según se dijo:

Operatividad de las posiciones de garantía	
Posiciones de garantía	Funcionalidad como restrictora o no la imputación de responsabilidad
1. Posición de garantía en virtud de organización.	Por regla general en determinados ámbitos de organización conjunta de una actividad generadora de riesgo, se pueden atribuir funciones de tutela a un sujeto que lleve a

	<p>imputársele preferentemente la responsabilidad penal y no a la víctima. Un ejemplo de ello lo encontramos en el ámbito de las normas que rigen la organización de determinados espectáculos públicos (organización de un rally automovilístico o una corrida de toros), puesto que allí se impone a los organizadores determinadas medidas de seguridad que deberán cumplir y no podrán excusarse en la autopuesta en peligro para eludir su responsabilidad penal. No obstante, habrá casos en los cuales decaiga esa posición de garantía frente al principio de autorresponsabilidad porque, por ejemplo, definitivamente la víctima haga caso omiso de toda medida de protección y esto genere un daño en contra de sus bienes jurídicos, lo que no alcanzaría a fundamentar un deber de vigilancia del cual se deduzca alguna forma de responsabilidad para el autor.</p>
<p>2. Posiciones de garantía por funciones de protección.</p>	<p>Siguiendo a Roxin, Cancio Melia considera que los deberes que surgen de estas posiciones de garantía no limitan la imputación del ámbito de responsabilidad de la víctima porque las mismas “están dirigidas a la protección frente a heterolesiones, y no pretenden proteger a un sujeto autorresponsable frente a su propia conducta arriesgada” (Cancio Melia, 2001, pág. 360).</p>
<p>3. Posición de garantía derivada de la injerencia.</p>	<p>Al respecto, plantea distinciones: esta posición de garantía no viabiliza la imputación del delito comisivo, pero sí de la omisión propia. Por ende, “si la organización inicial debe ser imputada al ámbito de responsabilidad de la víctima, y, de manera correlativa, la conducta del autor no puede considerarse objetivamente imputable, no parece que la posterior omisión de éste pueda equivaler a una comisión (típica) activa. En el caso de la entrega de heroína, por lo tanto, parece que la solución correcta era la del tribunal de instancia: condena por un delito de omisión de socorro” (Cancio Melia, 2001, pág. 361).</p>

Fuente: Elaboración propia.

Finalmente, se trae a colación la perspectiva Gimbernat Ordeig (Imputación objetiva y conducta de la víctima, 2005) para quien siempre es impune la autopuesta en peligro dolosa y punible toda heteropuesta en peligro puesto que en el primer caso se trata de una participación en una conducta atípica y, en la segunda situación, estaríamos en presencia de un verdadero acto de matar o lesionar que acorde los tipos penales que los rigen son punibles.

3.2.La recepción doctrinal colombiana.

En Colombia las producciones monográficas sobre este aspecto resultan más bien escasas. No obstante, existe suficiente literatura para conocer cuál es la perspectiva teórica que se sigue en estas latitudes. Así pues, se tendría lo siguiente:

Fernando Velásquez en su ya tradicional Manual lleva a cabo una mezcla de teorías alemanas destacándose principalmente las de Roxin y Jakobs a la hora de explicar la doctrina de la imputación objetiva, aunque, por supuesto, haciendo prevalecer la postura del primer doctrinante. De esta manera, desde esa línea teórica asume como criterios excluyentes de la imputación objetiva, en su tercer nivel (el alcance del tipo penal) la cooperación de una autopuesta en peligro dolosa con los mismos argumentos que Roxin, pero realizando la siguiente acotación:

Esta regla, que parece clara en la doctrina y en el derecho alemanes, encuentra –sin embargo– tropiezos en la codificación penal nacional que castiga la inducción o ayuda al suicidio cuando alguien actúa con dolo en la producción del resultado (Código Penal, artículo 107); desde luego, no en los eventos de imprudencia (culpa) en los cuales podría ser invocada. (Velásquez, 2020, pág. 376)

Igualmente, refiere la puesta en peligro de un tercero consentida por éste en los mismos términos que Roxin, aunque sin desarrollar ni explicitar sus requisitos configurativos, agregando solamente que en la discusión doctrinal actual se buscan solucionar de diversas maneras: como casos de consentimiento del sujeto pasivo o eventos de atipicidad por falta del deber de cuidado en los hechos culposos o imprudentes.

También se observa una reproducción descriptiva de las teorías de Jakobs y Roxin, por parte de Jesús Alberto Gómez Gómez, evidenciándose que, al momento de edificar los requisitos para las acciones a propio riesgo, se basa en la postura de la Corte Suprema de Justicia, reproduciendo los errores dogmáticos de esta, que más adelante se explicaran. (Gomez, 2020, pág. 220 y ss).

Lo mismo es verificable en Carlos Molina Arrubla, quien usando como fuentes doctrinales a Claudia López y Jakobs, termina por asumir como adecuada la configuración de las acciones a propio riesgo que hace la Corte Suprema de Justicia y que tácitamente equipara con los anteriores autores mencionados, a pesar de que como vimos, Jakobs no exige la ausencia de posición de garantía como condición para el reconocimiento de la eximente de responsabilidad mencionada pues, al contrario, es justo a través de la misma que se determina si el autor era garante o no, en la evitación de un resultado específico. (Molina Arrubla, 2018, pág. 333 y ss)

Una reproducción similar de la Teoría de Roxin (por demás, superficial y vaga en punto de las autopuestas y heteropuestas) la encontramos en autores como Diego Araque Moreno (2018, pág. 262), Gerardo Barbosa Castillo (2019, pág. 272) (quien, por cierto, sin fundamentación alguna considera inaplicable en Colombia la solución de Roxin de impunidad para el caso de la pareja adultos que conscientemente acuerdan sostener relaciones sexuales sin protección aun cuando uno de ellos posee el virus del VIH), Ferré Olivé, Núñez Paz & Ramírez Barbosa (2010, pág. 258) (los cuales, siguiendo a Paz de la Cuesta, se saltan un análisis profundo en torno al Alcance del Tipo Penal como tercer nivel de imputación objetiva porque consideran que allí lo que hace Roxin es simplemente usar criterios de política criminal para interpretar los tipos penales y que ello, en realidad, debe realizarse caso a caso y teniendo como base la parte especial del Código Penal) y Jesús Orlando Gómez López (2005, pág. 332) (quien, aunque en general asume la postura de Roxin, termina restringiéndola, en claro seguimiento de Claudia López, cuando afirma que si la persona que “invoca la aceptación del riesgo por parte del titular, tiene la posición de garante del bien

jurídico, la aceptación del propio riesgo no excluirá la imputación, pues en ese caso el garante debe actuar para controlar el peligro con los medios a su alcance”).

Por su parte, Juan Fernández Carrasquilla hace un barrido meramente enunciativo de las teorías de Roxin y Jakobs sin decidirse por ninguna de ellas, argumentando que “la teoría de la imputación objetiva no es falsa, sino innecesaria; se le pudo usar por gusto por la moda dogmática o tal vez por predilecciones de elegancia, e incluso por el peso de su aceptación generalizada, pero se puede prescindir de ella sin falsear el sistema de la teoría del delito, ni incurrir en proposiciones materialmente injustas o político-criminalmente inconvenientes” (Fernández Carrasquilla, 2012, pág. 209). Así pues, nos queda debiendo cuál sería su postura frente a casos de autopuesta y heteropuesta en peligro pues, describe la forma como Roxin los resuelve y luego, según se ve, critica esa teoría, pero no nos dice, entonces, cuál sería la forma de solucionar tales casos.

El profesor Filemón Torres (Manual de Derecho Penal, 2011, pág. 319), por otro lado, asume la postura jakobsiana sin realizar el más mínimo agregado, aunque a través de la interpretación que realizan diversos autores como Claudia López en Colombia. Ahora bien, esta autora (1996, pág. 151) exige como requisitos para la configuración de dicha institución negativa de imputación objetiva los siguientes:

- i) “La víctima debe tener bajo su control la decisión sobre el sí y el cómo del desarrollo de la situación peligrosa”.
- ii) “La víctima debe ser un sujeto autorresponsable, con capacidad para calcular la dimensión del riesgo. El peligro debe ser conocido o cognoscible.”
- iii) “El tercero no debe tener una especial situación de protección frente al bien jurídico. Es decir, no debe ostentar una posición de garante con respecto a la persona que se autopone en peligro.”

Sobre este último requisito la autora (basándose en Jakobs, Derksen, Walther, Lenckner y otros) considera que la acción a propio riesgo no aplicará si los deberes de garante surgen porque “el tercero ha organizado el peligro (competencia en virtud de organización),

o porque existe un deber institucional (competencia en virtud de una institución)” (1996, pág. 164). Luego explica que este presupuesto no es aceptado unánimemente por la doctrina, citando como un crítico al respecto al propio Roxin. Empero, deberemos precisar desde ya que Jakobs tampoco entiende, como lo cree la autora colombiana, que la posición de garantía limite la acción a propio riesgo, sino que, por el contrario, es la acción a propio riesgo uno de los esquemas de interpretación a través de los cuales es posible determinar quién tiene posición de garantía y quién no.

Puntualmente, la autora en el pie de página 218 de su libro *Introducción a la Imputación Objetiva*, nos reconduce al Derecho Penal Parte General de Jakobs en el apartado 21 parágrafo 78a, siendo esta su primera cita, quizás porque el doctrinante alemán considera que no hay exoneración de responsabilidad penal en un caso de relaciones sexuales consentidas con una persona portadora de alguna enfermedad de transmisión sexual “cuando el miembro de la pareja ha dado pie para la confianza en su integridad (p. ej., en una relación amorosa, etc.) o es garante por otros motivos”. No obstante, evidentemente esto obedece a una errada comprensión de Jakobs, pues lo que este autor nos dice es que NO aplica la acción a propio riesgo y por lo tanto, se es garante en la evitación del resultado cuando existen motivos para que ya no se pueda considerar competente a la víctima al momento de asumir el riesgo, como en este caso lo sería el hecho de confiar en la pareja y en consecuencia, no conocer al riesgo en que se expone. De esta manera, no es que la posición de garantía limite la acción a propio riesgo, sino que la acción a propio riesgo es una de las instituciones a través de las cuales cuando alguien tiene esa posición de garantía o no, por ejemplo, en el caso de Jakobs el autor al valerse de la confianza que daba la relación amorosa para tener relaciones sexuales sin protección con la misma, la convirtió en un incompetente para decidir si asumía el riesgo o no, y él a su vez, (esto es, el agente) adquirió el deber de evitar que su pareja fuese contagiada.

En consecuencia, Jakobs no nos está incluyendo la posición de garantía como un límite a la acción a propio riesgo, sino que nos está estableciendo la siguiente estructuración lógica de aplicación de dicha institución: (i) Sí hay acción a propio riesgo, el competente es la víctima y por lo tanto, el autor no es garante en impedir un resultado lesivo para ella; (ii)

Sino hay acción a propio riesgo, ni otra de sus instituciones, el competente o garante será el autor y no la víctima; y (iii) un ejemplo en el que NO hay acción a propio riesgo y como consecuencia de ello el autor resultaría competente o garante en la evitación de una lesión a la víctima sería cuando valiéndose de la confianza especial que hay entre ambos, el autor le oculta la información necesaria para que, el sujeto pasivo pueda conocer el riesgo al que se enfrenta.

En cuanto a la segunda cita a pie página que corresponde al apartado número 29 y los párrafos 53 y siguientes la crítica, en torno a los errores de comprensión del pensamiento de Jacob son similares, sin embargo, se llevan a cabo las siguientes precisiones:

Lo primero que se observa es que la cita a la cual nos remite su pie de página nos lleva a lo que en Jakobs se denomina los deberes derivados de la competencia por organización para impedir autolesiones. Esto es importante en la medida en que esa competencia por organización, encuentra como instituciones encargadas de precisar los deberes que se derivan de la misma (y por lo tanto la existencia de una posición de garantía): (i) El principio de confianza; (ii) el riesgo permitido; (iii) la prohibición de regreso y; (iv) las acciones a propio riesgo. De esa manera si vemos el apartado 54 del Manual (Derecho Penal parte general. Fundamentos y teoría de la imputación), allí quedaría claro que la posición de garantía surge, no como un límite a la acción a propio riesgo, si no como la consecuencia natural de que no se haya configurado la misma, en casos tales como situación de inferioridad entre la víctima y el autor o falta de conocimiento de la situación de peligro por parte del sujeto pasivo.

Así pues y en segundo lugar vemos que el error interpretativo es producto de no entender que la posición de garantía no constituye, ni un elemento, ni un límite de las acciones al propio riesgo, si no el producto o la consecuencia de negar dicha eximente de responsabilidad. Precisamente por ello La misión de la imputación objetiva se centra en resolver el siguiente interrogante: “¿cuándo existe precisamente esta garantía resultante de organización o, con una formulación diferente, cuándo es imputable objetivamente una conducta de organización?” (1997).

De esta manera es importante entender como síntesis del pensamiento de Jakobs que la acción a propio riesgo no tiene como límite la posición de garantía, sino que esta es la conclusión a la que se llega cuando no hay a acción a propio riesgo.

Ahora bien, en su obra denominada acciones a propio riesgo (Lopez Diaz, 2006) encontramos qué la necesidad de exigir como requisito la inexistencia de posición de garantía resulta insostenible por las siguientes razones:

En la página 30 del texto la exige, pero no justifica por qué debe requerirse de esa condición para reconocer la acción a propio riesgo, en consecuencia, habría una falta de justificación interna, o sea, de premisas para soportar dicha conclusión. Pero naturalmente esto obedece a que nos encontraríamos apenas en la introducción del libro.

Más adelante en la página 236 lleva a cabo una fundamentación de tipo dogmático, es decir, apoyada en un autor que por distintas consideraciones desde su perspectiva exige la inexistencia de posición de garantía como un requisito para reconocer la exoneración por acción a propio riesgo. No obstante, este fundamento dogmático parte nuevamente del error de interpretación de la teoría de Jakobs que ya fue reseña y que necesita ser precisada en los siguientes términos:

Lo primero, es que ni en su tratado, ni en los dos artículos que cita en alemán como fundamento (que han sido traducidos al español por Manuel Canción Meliá) aparece lo que ella relaciona en el texto, pues la posición de garantía a la que se hace referencia en el tratado de Jakobs y en sus dos artículos, corresponde a la conclusión final de un juicio positivo de imputación objetiva y no, a una condición o requisito particular de la acción a propio riesgo o incluso, un elemento aislado cómo se usa en la mayoría de los esquemas del delito (de otros autores) cuando se va a establecer la equivalencia entre acción y omisión para casos de delitos de omisión impropia. Reiteramos que, en Jakobs, la posición de garantía es un macro concepto que puede equipararse al fundamento general o total por el que alguien es

responsable penalmente por la comisión de una acción y cuya determinación se hace a través de la imputación objetiva.

Lo dicho hasta el momento puede entenderse mejor con el ejemplo que cita la autora en su libro y que toma a su vez de Jakobs, consistente en que un médico que se encuentra enfermo y en reposo, le ordena a su ama de llaves, en un día de invierno, que abra las ventanas y la puerta de la habitación para que se ventile la misma, en cuanto él se haya dormido, evidenciándose que no es tarea del ama de llaves instruir al médico los efectos perjudiciales para la salud que puede ocasionar recibir aire helado, aunque sea ella la que al abrir las ventanas deje entrar, actuando en último lugar y de propia mano, el aire helado. El sentido de su comportamiento se agota con la ejecución de la orden. Este ejemplo nos permite mostrar la siguiente diferencia: para Claudia López es posible reconocer la acción a propio riesgo y en consecuencia la ausencia de responsabilidad de la enfermera, por cuanto ella no tenía la posición de garantía. En cambio, en Jakobs la solución final es igual, pero con distintos argumentos, dado que, la enfermera no tendría posición de garantía precisamente porque el médico habría actuado a propio riesgo. En otras palabras, para la autora colombiana la posición de garantía (o más exactamente su inexistencia) sería una de las condiciones del reconocimiento de la acción a propio riesgo, mientras que en Jakobs sería la consecuencia general e inevitable de que no existiera ninguna de las instituciones dogmáticas negativas de imputación objetiva (Vrg. Prohibición de regreso, principio de confianza, etc). Empero, el problema se encuentra en que la doctrinante colombiana considera que el autor alemán está afirmando lo mismo que ella, aunque, lógicamente, no hay cercanía en sus pensamientos, pues lo que es condición para una, es resultado para otro.

Ahora bien, en torno a la “necesidad de una posición de garantía” vemos que en la página 392 de la obra en donde usa la expresión transcrita, no existe una justificación clara de por qué debería incluirse este requisito como una limitante a la acción a propio riesgo, frente a lo cual podría pensarse que el fundamento es dogmático, dado que a pie de página número 318 cita un artículo de Jakobs, no obstante remitiéndonos al mismo y acorde a las citas que anteriormente se transcribieron es evidente que nada de eso dice el mencionado autor.

Finalmente, en la página 417 nos encontramos con el desarrollo de la perspectiva doctrinal de Claudia López en torno a que el tercero no debe tener una posición de garantía para poder reconocerse la acción a propio riesgo. No obstante, aunque desarrolla esa tesis no justifica las premisas que la soportarían y si partimos que la justificación es dogmática pues ya vimos que tales soportes argumentativos son sencillamente equivocados. Se extraña además el uso de argumentos propios para defender esta postura.

Empero a pie de página número 378 utiliza como apoyo a Manuel Cancio Meliá. Lastimosamente conforme lo que se explicó en precedencia este autor tampoco dice lo que ella afirma, pues para él ciertas posiciones de garantía por su configuración tan particular, hacen decaer el principio autorresponsabilidad y se convierten en límites a la misma, lo cual es muy distinto de lo que afirma Claudia López y que, consistiría, en exigir que no haya ninguna forma de posición de garantía para poder reconocer la eximente.

Ahora bien, las razones por las cuales en el tratado no aparece esa posición de garantía como un requisito aislado y particular de las acciones a propio riesgo ya fueron expresadas en las explicaciones anteriores, por lo cual vamos a referirnos a los artículos citados por Claudia López puntualmente y adicionales al tratado de Jakobs:

En el artículo citado denominado “La prohibición de regreso en el delito de resultado. Estudio sobre el fundamento de la responsabilidad juridico-penal en la comisión” (1977) se observa que lejos de darle la razón a la autora, se evidencia lo que en verdad debe entenderse por posición de garantía en este autor así: “En este ámbito, la imputación en el delito de comisión y la fundamentación de una posición de garante pasan a ser una misma tarea”

El siguiente artículo mencionado por la autora es “La organización de autolesión y heterolesión especialmente en caso de muerte” (2016), estableciéndose allí lo siguiente:

intentaré brevemente aclarar el requisito de la posición de garante: la afirmación de que el autor por comisión debe ser garante al igual que el autor por omisión puede parecer algo extraña, pero solo es la síntesis de los presupuestos de la imputación

objetiva: no toda causación es contraria a la norma, sino que solo lo es la que constituye una defraudación, es decir, la causación cuya evitación está garantizada.

Lo anterior significa que la posición de garantía es un “requisito” pero entendido como un elemento general del injusto o condición universal de imputación objetiva y no porque constituya un límite a los criterios negativos de atribución normativa.

El último artículo que se cita es “La interrupción del tratamiento médico a petición del paciente y el 216 StGB (Homicidio a petición de la víctima)” (1991). En este texto, en la página 416, si bien es cierto se dice que:

el médico que ha aceptado un tratamiento y se ha convertido por ello (en todo caso) en garante, pasa a ser, en virtud de la asunción del tratamiento y en el marco de su deber de garante, un elemento que mejora el *status* quo del paciente. Por ello, el médico que, infringiendo su deber de garante, no evita una muerte, responde por homicidio del mismo modo que quien le impide al médico evitar la muerte.

También es verdadero que esa posición de garantía viene a decaer frente a una acción a propio riesgo, razón por la cual, no sería a su vez, un requisito de configuración de esta última, surgiendo como evidente esta conclusión cuando en la página 421 dice:

Es el paciente el que organiza su propia muerte cuando el médico, para continuar el tratamiento, debiera emprender algo más o algo distinto de lo que sería preciso de no haber actuado el paciente. El médico no tiene por qué, e incluso no debe perseguir al paciente que se escapa, no debe coaccionar al paciente reticente a soportar el tratamiento, no está obligado a citar al paciente que no comparece. Pero el médico debe tratar al paciente que simplemente protesta, si la situación del tratamiento no sufre alguna modificación, una vez que ha comenzado el tratamiento y éste ha generado riesgo, incluso anestesiándole, si ello es necesario según la *lex artis*. La mera protesta solo elimina la obligación de generar mejoras, pero no el deber de suprimir el peligro creado.

Como puede verse de estos artículos no es posible inferir que la posición de garantía o más bien su inexistencia sea un elemento de la acción a propio riesgo sino la condición general de responsabilidad que se establece a través de la imputación objetiva de ahí que, cuando en ese juicio de imputación objetiva, se concluya que por ejemplo, no aplicaba la acción a propio riesgo dado que, hipotéticamente la víctima era un menor de edad y en

consecuencia carecía de auto responsabilidad, el autor deberá ser considerado garante de la evitación de ese resultado ocurrido, naturalmente si hay fundamentos adicionales para hacerlo como por ejemplo una posición especial ante ese menor que provendría de una relación paternofilial.

En todo caso, la autora es clara en considerar la inexistencia de posición de garantía como un elemento o requisito básico para el reconocimiento de toda acción a propio riesgo y, en un escrito posterior, inclusive, utiliza como fundamento de tales asertos a Cancio Melia argumentando que “esta posición de garante se deriva entonces de una situación normativa especial y puede en el caso concreto desplazar al principio de autorresponsabilidad con sus consecuencias dogmáticas” (López C. , 2006). No obstante, según se explicó en precedencia el autor español tampoco ha afirmado que siempre que exista posición de garantía deberá imputarse responsabilidad pues dependiendo del caso y del tipo de fuente del que provenga la posición de garantía podrá prevalecer el principio de autorresponsabilidad.

Ahora, para que no quede ninguna duda con lo dicho hasta este punto, basta con citar un reciente artículo del profesor alemán Jakobs. (Sistema de Imputación penal. Fundamentos y determinación de la conducta no permitida, 2019):

Según la tesis que vamos a desarrollar aquí, la imputación jurídico-penal cumple la función de concretar el caso en el que la norma, debido a la conducta de una persona, deba ser confirmada y cognitivamente corroborada. Ello significa en otras palabras, que las reglas de la imputación jurídico-penal determinan cuando un resultado debe ser concebido como contradicción a la norma por parte de una persona competente que se manifiesta de esa manera en el ámbito público.” (2019, pág. 155)

(...)

A partir del delito de omisión es conocido que, sobre la base de la equiparación de la omisión a la acción, únicamente un garante se halla obligado a impedir un inminente curso causal lesivo. En el delito de comisión no sucede algo diferente, solo que quien actúa de manera activa es, por regla general, también garante de que no se inflija mediante su actuación un daño a sujeto alguno. Debido a esta regla, los penalistas se han acostumbrado a no dedicar palabra alguna a la posición de garante en los delitos de comisión.” (2019, pág. 161)

(...)

Así, también en el hacer activo, en la acción, la posición de garante depende de la respuesta a la pregunta de si el actuante ha de garantizar que la víctima quede indemne de lesión o si eventualmente también es cosa de la víctima el hecho de responder de daños inminentes” (2019, pág. 162)

(...)

Con ello, se ha esbozado, no el único, pero sí un requisito para que una conducta pueda llegar a significar algo eventualmente delictivo: “matar”, “lesionar a otro” etc.: la conducta ha de poder ser entendida, tanto en función de la semántica determinante en la sociedad como teniendo en cuenta su propia configuración, así como la de su contexto, como “matar”, “lesionar corporalmente”, etc. Ese es el caso cuando se produce, atendiendo al resultado, un riesgo en sí no permitido, especialmente cuando la víctima no actúa a riesgo propio y no rige un principio de confianza: con otras palabras, cuando se materializa un curso causal lesivo, cuya evitación era competencia propiamente del mismo autor.” (2019, pág. 167)

(...)

La aplicación de una omisión de los principios que hasta ahora hemos desarrollado respecto de los delitos de comisión no debe plantear problema alguno: un garante únicamente ha de detener un riesgo hasta aquella medida en que se corresponda con un riesgo permitido. Si aquel sujeto que ha de ser protegido renuncia por su parte de manera responsable a su protección, entonces todo ello sucede a su riesgo propio. Si un sujeto tiene que eliminar un peligro puede servirse para ello de una persona competente y de confianza que colabore en ello: principio de confianza. (2019, págs. 167-168)

La postura defendida por la doctrinante Claudia López es seguida por Nilson Poveda Buitrago en su monografía (Imputación objetiva, acciones a propio riesgo y responsabilidad penal médica en Colombia, 2014), quien al realizar un compendio de las posturas de Jakobs, Claudia López y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, termina aceptando la inexistencia de posición de garantía como un requisito esencial para el reconocimiento de las acciones a propio riesgo.

En este punto valga mencionar al ex magistrado de la Corte Suprema de Justicia Herman Galán Castellanos (Teoría del Delito, 2010, pág. 93) quien caóticamente toma la posición de Claudia López en cuanto a los requisitos exigidos para establecer la existencia de la acción a propio riesgo, pero citando como fundamento doctrinal de tales condiciones de aplicación de la eximente a Roxin, que como sabemos jamás ha exigido la inexistencia de

la posición de garantía para configurar las autopuestas o heteropuestas en peligro. No obstante, es necesario aclarar que el autor nos hace una cita indirecta, puesto que, emplea para afirmar que Roxin dice lo mencionado, a la doctrinante Española María ángeles Rueda, aunque tampoco ella es una autora que defienda una posición como la que menciona el autor. Pues inclusive ha sido crítica en la exigencia de posición de garantía como requisito de imputación para los delitos de acción. (Rueda, 2015, pág. 14)

Finalmente, Yesid Reyes Alvarado en su libro sobre Imputación Objetiva (Imputación Objetiva, 1996, pág. 174) parte del presupuesto que el derecho a la vida e integridad personal de los ciudadanos puede entenderse como una tutela del individuo frente a eventuales agresiones de terceros, pero que en ningún modo puede ser interpretado como protección frente a las acciones peligrosas desarrolladas por el propio individuo, puesto que esto, sería exigir un inexistente derecho a vivir.

A renglón seguido, establece que el problema de la participación impune en las acciones temerarias de otros no puede resolverse mediante consideraciones puramente causales, ni con las reglas del consentimiento. En este punto, vale aclarar que Reyes Alvarado parte del concepto de consentimiento que maneja el autor Dieter Dolling, citado en su obra al referirse a este tema y que dicha concepción ha sido rebatida por Roxin en diversas oportunidades. (La polémica en torno a la heteropuesta en peligro consentida. Sobre el alcance del principio de autorresponsabilidad en el Derecho Penal., 2013) (La heteropuesta en peligro consentida: ¿una discusión sin final?, 2018).

En el tema que nos compete, Reyes Alvarado establece que:

para poder establecer cuándo es la víctima la que se coloca en autopeligro y cuándo un tercero quien genera un riesgo para aquella. Lo determinante es la existencia de la obligación de impedir el daño; relevante no es quien coloca la última condición irreversible del resultado, ni quien posee los mejores conocimientos sobre la situación peligrosa, sino quien es garante para la evitación de determinados resultados dañosos (Imputación Objetiva, 1996, pág. 177)

Para fundamentar su postura, el autor no recurre a Jakobs. A pie de pagina invita a confrontar lo mencionado con el autor Wolfgang Frisch, Rolfdietrich Herzberg, Claus Roxin, Susanne Walther y Eberhard Schmidhäuser.

No obstante, no relaciona cuales son los argumentos que emplean esos autores para sustentar que la posición de garantía es un requisito a examinar para la configuración de la acción a propio riesgo.

Posteriormente, cita una serie de ejemplos y los resuelve negando lo posibilidad de una acción a propio riesgo, si se observa que el tercero tenía posición de garantía. Es así como el famoso caso del balseiro en el rio Memel, lo resuelve de manera contraria a como fue decidido por parte del Tribunal Supremo del Reino Alemán, (que considero al balseiro impune) pues para este autor debieron ser objetivamente imputables las muertes de los pasajeros de la balsa, comparando la situación de la balsa a las aerolíneas comerciales, empresas ferroviarias, marítimas o de transporte, las cuales son garantes de la seguridad de sus pasajeros.

3.3.La recepción de la jurisprudencia colombiana.

La jurisprudencia de la corte suprema de justicia ha elaborado desde el año 2003 una doctrina probable absolutamente consistente, pacífica y coherente en punto de los requisitos necesarios para la configuración de las acciones a propio riesgo y la cual se ha repetido hasta la saciedad en las siguientes líneas que se transcribe de la sentencia fundadora de línea del año (Sentencia Casación, 16636, 2003):

- a) Es sabido que el comportamiento de la víctima, bajo ciertas condiciones, puede eventualmente modificar y hasta excluir la imputación jurídica al actor.
- b) Para que la *acción a propio riesgo* o *autopuesta en peligro* de la víctima excluya o modifique la imputación al autor o partícipe es necesario que ella:

Uno. En el caso concreto, tenga el poder de decidir si asume el riesgo y el resultado.

Dos. Que sea autorresponsable, es decir, que conozca o tenga posibilidad de conocer el peligro que afronta con su actuar. Con otras palabras, que la acompañe capacidad para discernir sobre el alcance del riesgo.

Tres. Que el actor no tenga posición de garante respecto de ella.

Como puede verse, para lo que interesa a este trabajo, la inexistencia de posición de garantía, en cuanto requisito configurativo es una constante en el pensamiento de la corte. Por lo tanto, siempre, en todo caso en el que se estudie la posibilidad de reconocer esta ausencia de responsabilidad habrá de verificarse, (sin importar que se trate de un delito de acción o de omisión) que el agente no tenga alguna forma de posición de garantía respecto de la víctima.

En consecuencia, con base en estos requisitos reseñados la dinámica argumentativa de solución de los casos ha sido, ejemplificativamente, la siguiente:

En el caso del año 2003 que dio lugar a la sentencia fundadora de línea, los hechos consistieron en que un conductor de bus, recibió en su trayecto a un pasajero que se encontraba en estado de embriaguez, dicho pasajero se quedó en la puerta del automotor y a pesar de las indicaciones del chofer que sugerían que ingresara y tomara asiento, el pasajero ebrio continuó en la puerta, con tan mala suerte que en una curva se salió del vehículo, recibiendo graves heridas en su cabeza que finalmente le ocasionan la muerte.

Adicionalmente a las reglas jurídicas antes citadas, la Corte Suprema de Justicia agrega a su argumentación lo siguiente:

Si se vuelven a mirar los folios, concretamente aquellos que constituyen la prueba, la conclusión es fácil: don Efraín Alfonso, dado su estado de ebriedad, el sueño que tenía según un testigo, y su edad, sentado en el estribo del automotor, no contaba con la posibilidad de decidir si asumía o no riesgos; por las mismas razones, no tenía suficiencia para determinar si con su conducta se colocaba en situación de riesgo; y, por último, que podría ser lo primero y único, *el conductor tenía posición de garante*, como se dijo atrás, respecto del ofendido.

Es claro, así, que el comportamiento de la víctima, en este supuesto, no podía atomizar ni disolver la imputación que se ha hecho a Fermín Ascanio Escobar.

La posición de garante del conductor del autobús, derivada de la realización de una actividad riesgosa como lo es conducir, fue uno de los argumentos para que se mantuviera la condena del procesado.

En otra sentencia, proferida el 16 de marzo (Sentencia Casación, 20493, 2005), se discutió el tema de las acciones a propio riesgo y los hechos que dieron lugar a la misma consistieron en el accidente automovilístico que dejó dos muertos y cinco heridos que ocupaban el vehículo que colisionó con un poste de luz y que era conducido por el señor Israel Fernández quien se encontraba en estado de embriaguez.

En esta oportunidad, además de citar las reglas jurídicas aplicables que se reiteran en distintas sentencias, se esbozó lo siguiente:

En el presente caso, el señor FERNÁNDEZ no sólo tenía la posición de garante respecto de las víctimas, derivada de los deberes que para la conducción de automotores le imponía el Código Nacional de Tránsito, sino que además las personas que resultaron afectadas con su conducta no se hallaban en condiciones de asumir el riesgo y el resultado por no encontrarse en plena capacidad –dado el estado de embriaguez que registraban- de conocer el peligro que significaba subir a un vehículo conducido a excesiva velocidad por un ebrio. (Sentencia Casación, 20493, 2005)

En un caso resuelto por la Corte Suprema de Justicia en el año 2008, en el marco de un delito de estafa, se mencionó (Sentencia Casación 28693, 2008):

Hablando en términos de la teoría de la imputación objetiva, implica que quien ostenta un nivel de preponderancia sobre alguien que, por su bajo grado académico, cultural o social, carece de suficiente capacidad para entender cabalmente los pormenores de un negocio jurídico, asume la posición de garante para la evitación de resultados dañosos cuando con su comportamiento ha generado un riesgo jurídicamente desaprobado, siempre que conociese las condiciones especiales del sujeto pasivo de la conducta. Solamente en esos casos, si no actúa de conformidad con la posición de garante que el ordenamiento jurídico le atribuye, le será imputable de manera objetiva el resultado.

En esas condiciones, no asumirá la posición de garante y, por lo mismo, no tendrá la obligación de impedir el resultado dañoso el vendedor que se encuentra respecto del comprador en un plano de equilibrio frente al conocimiento de los alcances,

vicisitudes y consecuencias de la transacción que celebran (Sentencia Casación 28693, 2008).

En esta sentencia, de alguna forma la corte logra deducir una posición de garantía, que no existe en la ley penal colombiana, consistente en tener especial consideración si una persona tiene bajo nivel académico, cultural o social, o carece de suficiente capacidad para entender un negocio jurídico.

Un caso bastante particular del año 2007 cuyos hechos consistieron en el ingreso por urgencias al hospital el tejar de Bogotá de una madre gestante, debido a que presentaba sangrado vaginal y expulsión de coágulos por dicho conducto. Adicionalmente, se le había diagnosticado una “placenta previa” situación que hacía que su estado de salud fuera delicado, por lo cual recibió la atención y tratamiento de dos médicos. Pasaron varios días en esa institución, hasta que uno de los médicos tratantes decide que es conveniente remitirla a un centro médico de tercer nivel. La señora llega por sus propios medios al otro centro asistencial, le realizan una intervención quirúrgica de emergencia, tiene prematuramente a su bebe y días después, las dos fallecen por cuadro infeccioso.

Uno de los argumentos esgrimidos por la defensa, consistía en la acción a propio riesgo de la madre gestante, al quedar embarazada a pesar de su estado de salud y antecedentes médicos, por lo cual la corte responde lo siguiente:

Y, en gracia de discusión, aun en el evento de considerar la posible configuración de una acción a propio riesgo o de una auto-puesta en peligro dolosa por parte de la víctima al haber decidido quedar en estado de embarazo a pesar de los antecedentes de salud que presentaba, tal situación de ninguna manera excluiría la imputación en cabeza de los médicos FRANKLIN ALFREDO GUEVARA TAPIA y FERNANDO BARÓN BARRERA, pues, como se verá más adelante (4.2.3), cada uno de ellos asumió de manera autónoma una posición de garante en relación con la vida e integridad física de la madre y del neonato (Sentencia Casación 27388, 2007).

Una sentencia con unas citas doctrinales muy particulares es la del 25 de enero de 2012, providencia que se refiere a un caso de un accidente automovilístico que surgió en el marco de los denominados “piques” en Colombia. Lo que resulta de interés para este trabajo, es la cita reiterada de la posición de garantía y la verificación de la misma, para poder

establecer la materialidad de una acción a propio riesgo. Mientras la corte desarrolla su argumento, cita como apoyo un ejemplo de Roxin, pero no se menciona que justamente este doctrinante no exige la inexistencia de la posición de garantía para reconocer la acción a propio riesgo. Adicionalmente, se referencia a los doctrinantes Claudia Lopez y Yesid Reyes Alvarado en el mismo contexto, sin realizar la aclaración que la postura de estos dos es diametralmente distinta en este punto a la de Roxin:

A nivel nacional, los doctrinantes CLAUDIA LÓPEZ DÍAZ y YESID REYES ALVARADO citan, precisamente, como ejemplo paradigmático de la presencia de una acción a propio riesgo o autopuesta en peligro de la víctima el evento referido por ROXIN (Sentencia Casación 36082, 2012).

En otras palabras, la corte menciona a los autores refiriéndose al ejemplo académico de los libros, pero no hace mención a los requisitos que uno y otros establecen para el reconocimiento de la ausencia de responsabilidad.

En un caso de estafa del año 2012, la Corte Suprema de Justicia explica de manera clara que es indispensable analizar la inexistencia de posición de garantía para establecer si existió una acción a propio riesgo:

La capacidad de conocer el peligro y el poder de asumirlo no son elementos que con su concurrencia eliminen la necesidad de valorar la relación de garantía entre los sujetos de la conducta. Para efectos de la configuración de la acción a propio riesgo, el juez debe abordar dos situaciones independientes. Por una parte, la del autor del comportamiento que afectó el bien jurídico, en el sentido de que no sea garante de la evitación del resultado. Y, por la otra, la del titular del bien jurídico que de alguna manera contribuyó a la creación del peligro, en el entendido de que estuvo al tanto del mismo y haya podido controlar su asunción. Si el agente tiene posición de garante (esto es, si no satisface el supuesto de exclusión que le es propio), no es entonces indispensable estudiar si la víctima contribuyó dolosamente a la puesta en peligro; y viceversa. Sin embargo, el cumplimiento de un aspecto no puede suplir, alterar o descartar la consecuente (y en tal evento ineludible) verificación del otro requisito (Sentencia Casación 36824, 2012).

En esta misma sentencia es citada la doctrinante Claudia López para justificar que se debe estudiar la posición de garantía y evaluar el rol específico que asume el agente en la conducta:

Sin embargo, incluso en una situación de aparente igualdad, existen otros deberes jurídicos susceptibles de fundamentar una posición de garante. Por ejemplo, aquellos derivados de los roles específicos que asume cada persona en razón de las instituciones que integran la estructura social, como la familia, el matrimonio o las relaciones interpersonales.

Este tipo de responsabilidad institucional es relevante en lo que a la protección del bien jurídico del patrimonio económico atañe, siempre y cuando la relación de garantía se origine en lo que la opinión dominante denomina ‘confianza especial’, es decir, aquellos eventos en los cuales sea razonable confiar en que el otro obrará conforme a lo socialmente esperado. Por ejemplo, “*los casos en los que hay una administración que otro (garante) hace de un patrimonio o negocio ajeno*” (Sentencia Casación 36824, 2012).

Existe una providencia que llama poderosamente la atención, se trata del radicado 48005 del año 2017, en la cual, para justificar la absolución en un caso de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, se esgrime el siguiente argumento por parte de la corporación:

Ahora, frente al caso concreto, se tiene que los hechos que demarcaron esta actuación, tal cual lo dedujeron los sentenciadores de instancia, reflejan de manera incontrovertible que el procesado portaba 19 gramos de sustancia a base de cocaína (bazuco), lo que equivale a 19 dosis máximas permitidas, las que bien podrían tratarse de las requeridas por razón a su adicción, pero que en todo caso, y ello es lo trascendente, no evidenciaron que fuera una conducta orientada al tráfico de estupefacientes.

Tal supuesto, entonces, encaja dentro de la interpretación tanto de la Corte Constitucional, como de la Corte Suprema de Justicia y, por ende, la absolución es sustentable en el concepto del ejercicio de un derecho, que ha venido siendo aludido por esta Corporación como la “*autopuesta en peligro bajo responsabilidad propia*” (p.ej. CSJ SP, 15 de mar, rad. 43725) (Sentencia Casación 36824, 2012).

Como puede observarse, se menciona que fue el ejercicio de un derecho, es decir, una autopuesta en peligro bajo responsabilidad propia, que no es otra cosa que una modalidad de acción a propio riesgo. Esto es relevante, porque de alguna manera en esta providencia se encuentra respaldo a lo que será una de las conclusiones de este trabajo. Además, que se torna evidente la contradicción de la Corte, en el punto de considerar que aquí no era necesario revisar o estudiar si existía o no una posición de garantía.

Finalmente, se relaciona una sentencia proferida en el año 2019 en el estudio de un caso por el delito de conservación de explosivos, en la cual la corte fue absolutamente clara en fijar el alcance de la acción a propio riesgo en relación con los bienes jurídicamente tutelados que podría abarcar de la siguiente manera: “En tal sentido, en el ámbito de las acciones a propio riesgo, los acusados no podrían disponer de un bien jurídico que excede su titularidad individual, como es, la seguridad pública.”. Lo anterior, tiene mucho sentido, por cuanto la acción a propio riesgo presupone la disponibilidad que puede tener la víctima de sus bienes jurídicos, sin que los bienes colectivos puedan encajar en dicha situación (Sentencia casación 50525, 2019).

No obstante, más allá de esto la Corte es absolutamente incoherente porque:

Primero: en algunas ocasiones incluye dentro de las acciones a propio riesgo tanto las autopuestas como las heteropuestas (Sentencia Casación 36082, 2012; Sentencia Casación 36842, 2013), mientras que en otras tan sólo acepta las primeras como formas posibles de hipótesis de esta ausencia de responsabilidad (Sentencia Casación, 16636, 2003; Sentencia Casación 36082, 2012; Sentencia Casación 22941, 2006; Sentencia Casación 26882, 2009; Sentencia Casación 23508, 2009; Sentencia Casación 36824, 2012; Sentencia Casación 34494, 2012).

Segundo: en otras sentencias la disparidad se presenta en punto de la ubicación sistemática de la acción propio riesgo al interior de la imputación objetiva dado que, en algunas ocasiones vemos que es un tercer nivel de atribución objetiva (Sentencia Casación 36842, 2013), en otros un criterio orientativo para determinar la misma (Sentencia Casación 28124, 2008), en algunas ocasiones constituye un factor para establecer la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, es decir, el primer nivel de atribución normativa (Sentencia Casación 27388, 2007; Sentencia Casación 43033, 2013) y en otras decisiones, simplemente, no le otorga una postura precisa al interior de la imputación objetiva, aunque, eso sí, considerándola como un “motivo de exclusión de la imputación” (Sentencia Casación 16636, 2003; Sentencia Casación 22941, 2006; Sentencia Casación 26882, 2009; Sentencia Casación 23508, 2009; Sentencia Casación 36824, 2012; Sentencia Casación 34494, 2012).

Pero, no bastando estas contradicciones, observamos que inclusive la corte ha llegado a afirmar que las acciones a propio riesgo, o más bien su inexistencia, constituyen elementos del tipo penal autónomos como si se tratara de una especie de elementos normativos implícitos (Sentencia Casación 28693, 2008; Sentencia Casación 28693, 2008; Sentencia Casación 26197, 2009; Sentencia Casación 26882, 2009; Sentencia Casación 36824, 2012; Sentencia Casación 41411, 2013). Esto último se ha presentado, por ejemplo, en el delito de Estafa, aunque la Corte Suprema de Justicia, luego, reevaluó tal criterio al considerar que “la acción a propio riesgo se edifica en el mismo a partir de reprochar al sujeto pasivo el no uso de mecanismos de autoprotección en orden a evitar el menoscabo a su patrimonio económico, con lo cual se le introduce al delito de estafa una exigencia totalmente extraña a su estructura típica, que se limita a describir una conducta de acción traducida en la obtención de un provecho ilícito, induciendo o manteniendo a otro en error por medio de artificios o engaños, sin que entonces sean de su esencia comportamientos de carácter omisivo. (...) De tal suerte que constituye un equívoco introducir al tipo penal de estafa acciones indiligentes o negligentes, que no son propias de su naturaleza descriptiva.” (Sentencia Casación 42548, 2013).

Tercero: también nos encontramos con los problemas de impureza dogmática en punto de la recepción que ha hecho la Corte de esta figura dado que, en algunos eventos, combina de forma inapropiada teorías incompatibles como las de Roxin y las de Jakobs al creer, equivocadamente, que las similitudes en los nombres de las instituciones dogmáticas de imputación objetiva por ellos desarrolladas, respecto ámbito de competencia de la víctima, las convertía en categorías jurídicas asimilables, aun cuando en verdad sus requisitos de configuración y alcance resultan, por completo, diferentes (Sentencia Casación 27388, 2007; Sentencia Casación 27357, 2008; Sentencia Casación 33920, 2012; Sentencia Casación 36082, 2012; Sentencia Casación 36842, 2013). Así pues, a modo de ejemplo, en la sentencia de radicado 27388 dijo lo siguiente “Igualmente, falta la creación del riesgo desaprobado cuando alguien sólo ha participado con respecto a la conducta de otro en una acción a propio riesgo, como la denomina Jakobs , o una autopuesta en peligro dolosa, como la llama Roxin [...]” y luego de ello agrega que el tercer requisito de la acción a propio riesgo de la víctima es “Que el actor no tenga posición de garante respecto de ella”, aun cuando esa condición de

la institución dogmática utilizada resultan por completo extraña en Jakobs y en Roxin, evidenciándose, además, que en el caso del primer autor la posición de garantía tendría un significado y alcance distinto del que le da la Corte y, con relación a Roxin, ni siquiera cumpliría papel alguno en el análisis de imputación objetiva. En otras providencias fundamenta, por ejemplo, el requisito de la posición de garantía desde la perspectiva del primer autor citado aun cuando evidentemente este teórico del derecho penal jamás ha firmado algo como lo que la Corte asegura (Sentencia Casación 36082, 2012).

Cuarto (Sentencia Casación 16636, 2003; Sentencia Casación 20493, 2005; Sentencia Casación 22511, 2005; Sentencia Casación 22941, 2006; Sentencia Casación 27388, 2007; Sentencia Casación 28124, 2008; Sentencia Casación 28693, 2008; Sentencia Casación 36082, 2012; Sentencia Casación 36854, 2012; Sentencia Casación 36824, 2012; Sentencia Casación 33920, 2012; Sentencia Casación 34494, 2012; Sentencia Casación 38904, 2013; Sentencia Casación 41411, 2013; Sentencia Casación 36842, 2013; Sentencia Casación 43033, 2014; Sentencia Casación 39674, 2014; Sentencia Casación 45329, 2015; Sentencia Casación 42548, 2016; Sentencia Casación 47901, 2017; Sentencia Casación 43725, 2017; Sentencia Casación 48005, 2017; Sentencia Casación 49680, 2018; Sentencia Casación 46612, 2018; Sentencia Casación 49588, 2019; Sentencia Casación 52750, 2019; Sentencia Casación 50870, 2019; Sentencia Casación 50525, 2019): finalmente observamos una deficiencia argumentativa en punto a justificar por qué la configuración de las acciones a propio riesgo requeriría de una posición de garantía puesto que los autores que cita no exigen tal condición y, el estatuto legal, tampoco fundamenta una exigencia de tal índole. En consecuencia, cuando la Corte establece como condición de reconocimiento de dicha eximente de responsabilidad la ausencia de posición de garantía nos encontraríamos con un acto de creación legislativa y no de simple construcción dogmático interpretativa, pues para esto último habría hecho falta una argumentación suficiente que lo justificara y que se encuentra totalmente ausente en todas las providencias citadas. En otras palabras, exige de una condición que la ley no establece, tampoco la doctrina que cita, que resulta incompatible con la Constitución política Y que no se justifica argumentativamente en ninguna de las decisiones analizadas.

Sin embargo, podría pensarse, que el fundamento implícito de la Corte Suprema de Justicia para haber incluido la posición de garantía (mas exactamente su inexistencia) como requisito configurativo de las acciones a propio riesgo se encontraría en el precedente constitucional sentado por la corte mediante la sentencia SU -1184 de 2001. No obstante, tal consideración sería errada por las siguientes razones: (i) Como se mostrara a continuación la Corte Constitucional no asume la curiosa variante de empleo ilegítimo de la posición de garantía que construye la doctrina Colombiana, sino que importa a nuestro territorio, de forma pura, el uso totalizante u holístico de la posición de garantía que construye el profesor Gunther Jakobs; (ii) lo anterior reflejaría una disparidad evidente entre la perspectiva de la Corte Constitucional y la de la Corte Suprema de Justicia, pues para la primera, la posición de garantía sería el fundamento general de la imputación objetiva e inclusive, el primer nivel de atribución normativo, viéndose la misma limitada por instituciones como la acción a propio riesgo, lo cual significa que para esta corporación la inexistencia del rol de garante no sería una condición de reconocimiento de ninguna de las instituciones negativas de imputación objetiva, a diferencia de lo que ha hecho la Corte Suprema de Justicia, al incluir tal institución dogmática como baremo para la determinación de la eximente de responsabilidad aquí estudiada; y (iii) en todo caso, tampoco podría considerarse que la importación de la posición de garantía hecha por la Corte Constitucional resultaría un argumento de autoridad vinculante porque dicho tribunal de justicia en primer lugar, al resolver el caso, no hizo un juicio de responsabilidad penal pues esa no era su competencia; en segundo lugar, el caso que resolvió fue uno típico de omisión impropia, razón por la cual el empleo de la posición de garantía como criterio de atribución de resultados típicos, sería común a cualquier teoría empleada; y por último, la explicación que hace de la doctrina de Jakobs, aunque interesante, no sería más que parte del *obiter dictum* de la decisión, lo que le quitaría cualquier carácter vinculante a la misma, máxime cuando la verdadera *ratio decidendi* fue la siguiente:

En este orden de ideas, las fuerzas militares, así como la Policía Nacional, tienen una posición de garante derivada de su obligación de cumplir deberes irrenunciables en un Estado social de derecho. El artículo 217 de la Constitución dispone que es función de las fuerzas militares garantizar el orden constitucional. Dicho orden no se limita a preservar la estructura democrática del país, sino que comprende el deber de participar activa y eficazmente (C.P. art. 209) en la defensa de los derechos

constitucionales de los asociados. Tales derechos constituyen los bienes respecto de los cuales el Estado tiene el deber –irrenunciable- de proteger.

(...)

Sobre este punto no puede quedar duda alguna. Las fuerzas militares tienen la obligación absoluta de impedir el desconocimiento del derecho internacional humanitario (restricción absoluta aun frente a los estados de excepción según lo dispone el artículo 214 de la Constitución) y los derechos que, conforme a los tratados internacionales ratificados por Colombia, no pueden ser suspendidos durante tales estados (C.P. art. 93). Permitir que ocurran, sea porque activamente intervienen en ellas o porque omiten el deber estatal de proteger a los asociados en sus derechos, constituye una flagrante violación a la posición de garante de las condiciones mínimas y básicas de la organización social y, por lo mismo, nunca podrán considerarse como un acto relacionado con el servicio.

(...)

La existencia de esa posición de garante significa que **el título de imputación se hace por el delito de lesa humanidad**, o en general por las graves violaciones a los derechos humanos, sin importar la forma de intervención en el delito (autoría o participación), o el grado de ejecución del mismo (tentativa o consumación) o la atribución subjetiva (dolo o imprudencia). Las estructuras internas de la imputación no modifican la naturaleza del delito realizado; estas no cambian porque el interviniente (para el caso, quien omite) se limite a facilitar la comisión de un hecho principal, o porque no se alcance la consumación del hecho.

En ese orden de ideas, en la sentencia SU-1184 de 2001 – Caso Mapiripán – la Corte Constitucional asumió como teoría de la imputación objetiva la perspectiva de Jakobs y la Escuela de Bonn, pero dentro de una serie de consideraciones que no hicieron parte de la *Ratio decidendi* y considerando, a diferencia de la Corte Suprema de Justicia, que la misma se estructuraba de la siguiente forma:

¿En qué se fundamenta el juicio de imputación objetiva?	<i>“Actualmente, el juicio de imputación se fundamenta en la delimitación de ámbitos de competencia: sólo se responde por las conductas o resultados que debo desarrollar o evitar en virtud de los deberes que surgen de mi ámbito de responsabilidad y que se desprenden de los alcances de la posición de garante. Lo demás –salvo los deberes generales de solidaridad que sirven de sustento a la omisión de socorro- no le concierne al sujeto, no es de su incumbencia</i>
¿De qué depende la imputación de una conducta o un	<i>“La imputación de una conducta o un resultado en derecho penal, depende del ámbito de competencia a que corresponda su protección.”</i>

<p>resultado en el derecho penal?</p>	
<p>¿Cuáles son los niveles de imputación objetiva? O, en otras palabras, ¿cómo se delimita el ámbito de competencia?</p>	<p>Nivel I:</p> <p><i>“(…) hay que precisar en primer lugar (1) cuál es la posición de garantía que tiene el sujeto (si esta se origina en la creación de riesgos o en roles institucionales) y cuáles son los deberes que surgen de ella.”</i></p> <p>Nivel II:</p> <p><i>“Establecido este elemento, (2) hay cuatro que sirven para concretar el juicio de imputación : i) el riesgo permitido que autoriza la creación de peligros dentro de los límites que la sociedad va tolerando en virtud de las necesidades de desarrollo, ii) el principio de confianza, indispensable para que pueda darse una división del trabajo y que le permite al sujeto delegar ciertas tareas sobre la base de que los demás son personas autorresponsables que cumplirán con las expectativas que surgen de una determinada función, iii) las acciones a propio riesgo, en las cuales se imputa a la víctima las conductas que son producto de la violación de sus deberes de autoprotección y iv) la prohibición de regreso, según la cual, el favorecimiento de conductas dolosas o culposas por un tercero, no le son imputables a quien las hubiere facilitado dentro del riesgo permitido.”</i></p> <p>Nivel III:</p> <p><i>“Demostrada la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, se requiere además (3) una realización del riesgo. Es decir, que el mismo riesgo creado para el sujeto sea el que se concrete en la producción del resultado. Criterios como el fin de protección de la norma de diligencia, la elevación del riesgo y el comportamiento doloso o gravemente imprudente de la víctima o un tercero, sirven para saber cuándo se trata de la misma relación de riesgo y no de otra con distinto origen, no atribuible a quien ha creado inicialmente el peligro desaprobado.”</i></p>
<p>¿Cómo se determina el Nivel I – es decir, la posición de garantía – dentro de esta teoría de la imputación objetiva?</p>	<p><i>“Si bien el concepto de garante, como criterio básico de equivalencia entre la acción y la omisión se debe a Nagler (1938), el principal representante de un criterio material fue Armin Kaufmann. Para él, la posición del sujeto con respecto al control de fuentes de peligro (garantes de vigilancia) o frente a bienes jurídicos que debe defender ante ciertos peligros que los amenace (garantes de protección) determina la posición de garante.</i></p> <p>(…)</p> <p><i>En la actualidad, un sector importante de la moderna teoría de la imputación objetiva (la nueva escuela de Bonn: Jakobs, Lesch, Pawlik, Müssig, Vehling) estudia el problema desde una perspectiva distinta a la tradicional de Armin Kaufmann: el origen de las posiciones de garante se encuentra en la estructura de la sociedad, en la cual existen dos fundamentos de la responsabilidad, a saber:</i></p> <p><i>1) En la interacción social se reconoce una libertad de configuración del mundo (competencia por organización) que le permite al sujeto poner en peligro los bienes jurídicos ajenos; el ciudadano está facultado para crear riesgos, como la construcción de viviendas a gran escala, la aviación, la exploración nuclear, la explotación minera, el tráfico automotor etc. Sin embargo, la contrapartida a esa libertad es el surgimiento de deberes de</i></p>

	<p><i>seguridad en el tráfico, consistentes en la adopción de medidas especiales para evitar que el peligro creado produzca daños excediendo los límites de lo permitido. Vg. Si alguien abre una zanja frente a su casa, tiene el deber de colocar artefactos que impidan que un transeúnte caiga en ella. Ahora bien, si las medidas de seguridad fracasan y el riesgo se exterioriza amenazando con daños a terceros o el daño se produce – un peatón cae en la zanja- surgen los llamados deberes de salvamento, en los cuales el sujeto que ha creado con su comportamiento peligroso anterior (generalmente antijurídico) un riesgo para los bienes jurídicos, debe revocar el riesgo – prestarle ayuda al peatón y trasladarlo a un hospital si es necesario- (pensamiento de la injerencia). Esos deberes de seguridad en el tráfico, también pueden surgir por asunción de una función de seguridad o de salvamento, como en el caso del salvavidas que se compromete a prestar ayuda a los bañistas en caso de peligro.</i></p> <p><i>Los anteriores deberes nacen porque el sujeto ha configurado un peligro para los bienes jurídicos y su fundamento no es la solidaridad sino la creación del riesgo. Son deberes negativos porque su contenido esencial es no perturbar o inmiscuirse en los ámbitos ajenos. Corresponde a la máxima del derecho antiguo de no ocasionar daño a los demás.</i></p> <p><i>2) Pero frente a la libertad de configuración, hay deberes que proceden de instituciones básicas para la estructura social (competencia institucional) y que le son impuestas al ciudadano por su vinculación a ellas. Por ejemplo, las relaciones entre padres e hijos y ciertas relaciones del estado frente a los ciudadanos. Estos deberes se caracterizan, porque el garante institucional tiene la obligación de configurar un mundo en común con alguien, de prestarle ayuda y protegerlo contra los peligros que lo amenacen, sin importar que el riesgo surja de un tercero o de hechos de la naturaleza. Vg. El padre debe evitar que un tercero abuse sexualmente de su hijo menor y si no lo hace, se le imputa el abuso.</i></p> <p><i>Los deberes institucionales se estructuran aunque el garante no haya creado el peligro para los bienes jurídicos y se fundamentan en la solidaridad que surge por pertenecer a ciertas instituciones básicas para la sociedad. Se trata de deberes positivos, porque contrario a los negativos en los cuales el garante no debe invadir ámbitos ajenos, en éstos debe protegerlos especialmente contra ciertos riesgos”</i></p>
<p>Dado que, como bien lo dice la Corte Constitucional, la “posición de garantía” (Nivel I) surgió como criterio básico para establecer una equivalencia entre la acción y la omisión en los delitos de omisión impropia, ¿estos criterios de imputación objetiva y, principalmente, el</p>	<p><i>“En una teoría de la imputación objetiva construida sobre las posiciones de garante, predicable tanto de los delitos de acción como de omisión, la forma de realización externa de la conducta, es decir, determinar si un comportamiento fue realizado mediante un curso causal dañoso o mediante la abstención de una acción salvadora, pierde toda relevancia porque lo importante no es la configuración fáctica del hecho, sino la demostración de si una persona ha cumplido con los deberes que surgen de su posición de garante.</i></p> <p><i>Si alguien tiene deberes de seguridad en el tráfico, lo trascendente para la imputación es si esa persona desplegó deberes de diligencia para evitar que el peligro creado no excediera los límites de lo prohibido. Si se es garante, no interesa si el sujeto originó un curso causal (acción) o no impidió el desarrollo del mismo (omisión), sino, si ha cumplido con los deberes de seguridad que le impone el ejercicio de una actividad peligrosa. Vg. Si alguien maneja una represa y el agua se desborda ocasionándole daño a una población, en el juicio de imputación lo sustancial no es si el operario abrió la compuerta más de lo debido (acción) o simplemente no la cerró a tiempo (omisión); lo</i></p>

<p>nivel I – la posición de garantía – sólo se exigiría para los delitos de omisión impropia?</p>	<p><i>fundamental es si cumplió o no con los deberes de seguridad que surgían del control de una fuente de peligro. Lo mismo acontece, cuando en virtud de relaciones institucionales se tiene el deber de resguardar un determinado bien jurídico contra determinados riesgos. El padre de familia incumple sus deberes de protección frente a su hijo, no sólo cuando entrega el arma homicida, también lo hace cuando no evita que un tercero le ocasione una lesión mortal. En la actualidad, se afirma que la técnica moderna y el sistema social, hacen intercambiables la acción y la omisión. Günther Jakobs ha demostrado que todos los problemas del delito de omisión son trasladables a la acción. Hay conductas activas, socialmente adecuadas, que se convierten en un riesgo jurídicamente desaprobado cuando la persona tiene una posición de garante. Ejemplo: es socialmente adecuado apagar la luz del portón de una casa (acción) aun cuando sea probable que un peatón puede tropezar en la oscuridad; pero se convierte en un comportamiento prohibido (apagar la luz) si el propietario ha realizado una construcción frente a ella, porque al crear una fuente de peligro aparecen deberes de seguridad en el tráfico: alumbrar la obra para que nadie colisione con ella.</i></p> <p><i>Conclusión: si una persona tiene dentro de su ámbito de competencia deberes de seguridad en el tráfico o de protección frente a determinados bienes jurídicos, en el juicio de imputación es totalmente accesorio precisar si los quebrantó mediante una conducta activa – vg. facilitando el hecho mediante la apertura de la puerta para que ingrese el homicida- o mediante una omisión – vg. no colocando el seguro de la entrada principal-. En una grave violación a los derechos fundamentales, la conducta del garante que interviene activamente en la toma de una población, es similar a la de aquel que no presta la seguridad para que los habitantes queden en una absoluta indefensión. En virtud del principio de igualdad, cuando la acción y la omisión son estructural y axiológicamente idénticas, las consecuencias deben ser análogas: Si la conducta activa es ajena al servicio, también deberá serlo el comportamiento omisivo.”</i></p>
--	--

Fuente: *Elaboración propia.*

Nótese que la Corte Constitucional, al igual que Jakobs, considera que la posición de garantía es algo que se determina a través de la imputación objetiva y no que la posición de garantía sea un elemento particular de cada criterio negativo de dicha imputación objetiva como lo ha desarrollado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Por lo tanto, tampoco desde la argumentación de la Corte Constitucional podría justificarse la inclusión de la inexistencia de posición de garantía como un requisito particular para el reconocimiento de las acciones a propio riesgo dado que ese no fue el sentido con el que el Alto Tribunal operativizó la posición de garantía.

4. CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL DE LAS REGLAS DE IMPUTACIÓN AL ÁMBITO DE RESPONSABILIDAD DE LA VÍCTIMA: toma de postura.

4.1. La configuración del libre desarrollo a la personalidad y la dignidad humana en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Siguiendo a Greco en su obra “Lo vivo y lo muerto en la Teoría de la pena de Feuerbach. Una contribución al debate actual sobre los fundamentos del derecho penal” (2015) y su artículo “Las reglas detrás de la excepción. Reflexiones respecto de la tortura en los grupos de casos de las *ticking time bombs*” (2007) es posible comprender que la única forma de diferenciar el Estado de una banda de ladrones, se encuentra en que aquél detenta un poder legítimo. Ahora bien:

- i) ¿De dónde proviene el poder legítimo? Del título en virtud del cual lo ejerce.
- ii) ¿Cuál es ese título? Antiguamente, el mandato divino o la tradición familiar, pero, hoy día, el hecho de que habla en nuestro nombre.
- iii) ¿Qué significa que habla en nuestro nombre? Que el Estado debe tener en cuenta - fundamentalmente- el mero hecho de que los ciudadanos sean capaces de querer, es decir, que tienen voluntad. El título de legitimidad estatal, por lo tanto, presupone que existen seres humanos que tienen voluntad.

En consecuencia, la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad fundadas en el reconocimiento de la voluntad de las personas constituye la médula misma de la legitimidad del poder político y cualquier criminalización del ejercicio de aquellas constituiría una intervención irrazonable e inconstitucional por parte del Estado.

4.1.1. La dignidad humana

Acorde con este principio constitucional las penas que cree el legislador no podrán anular, aunque sí limitar, tres posibilidades del ser humano que tiene por el solo hecho de pertenecer a la especie humana: vivir como se quiera, vivir sin humillaciones y vivir bien.

La dignidad humana, según se desprende del art. 1 de nuestra Constitución Política, es el fundamento del ordenamiento jurídico, es decir que este concepto es un pilar determinante en el Estado Social de Derecho y en la democracia constitucional, y por tanto de los Derechos Humanos y de los derechos fundamentales en general, y constituye una norma vinculante para toda autoridad.

Se ha determinado en distintas oportunidades por parte de la Corte Constitucional (Sentencia C-143, 2015; Sentencia T- 645, 1996) que el principio de la dignidad humana, indica que debe existir un trato especial hacia el individuo, ya que la persona es un fin para el Estado y por tanto para todos los poderes públicos especialmente para los jueces, pues este principio debe ser el parámetro interpretativo de todas las normas del ordenamiento jurídico, este principio impone una carga de acción positiva de cara a los demás derechos.

Para sustentar la postura anteriormente mencionada, la Corte Constitucional asume la teoría “iusfilosófica de origen kantiano según la cual toda persona tiene un valor inherente a su propia condición humana que es su dignidad, la cual la hace ser no un medio, un instrumento para la consecución de diversos fines, sino un fin en sí mismo” (Sentencia C-143, 2015) .

La línea de pensamiento de Kant consiste en afirmar que un ser humano y generalmente todo ser racional es un fin en sí mismo. De esta máxima se deriva la primera formulación del Imperativo Categórico, esto es, la Fórmula de Humanidad que ordena que uses a la humanidad, tanto en tu propia persona o en la persona de cualquier otro siempre al mismo tiempo como un fin y nunca solo como un medio. De esta manera, la persona contiene

en sí misma un valor moral que no tiene ninguna equivalencia posible en el mundo material, y que se deriva de su condición de sujeto moral, libre y autónomo. (Kant, 2008)

Por su parte, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha encontrado tres lineamientos claros y diferenciables con relación al objeto de protección del enunciado normativo “dignidad humana”:

(i) entendida como autonomía o como la posibilidad de diseñar un plan vital y determinarse según sus características, es decir, **vivir como se quiera**; (ii) como ciertas condiciones materiales concretas de existencia, o sea **vivir bien**; y (iii) entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física y moral, en otras palabras, **vivir sin humillaciones**. (Sentencia C-143, 2015)

Así mismo, el tribunal constitucional ha mencionado que la dignidad humana tiene una triple naturaleza de valor, principio y derecho:

(i) como **derecho fundamental** que implica la correlatividad entre la facultad de exigir su realización en los ámbitos a los que atañe y el deber de propiciarlos; (ii) como **principio** puede entenderse como una de los fundamentos que dieron origen a la aparición del Estado colombiano de hoy, así como un mandato de optimización, cuya realización se debe propender en la mayor medida posible; (iii) como **valor**, la dignidad representa un ideal de corrección al que tiende el Estado y que le corresponde preservar. (Sentencia C-143, 2015)

De igual manera, la Corte Constitucional ha sido enfática en afirmar que la dignidad humana es absoluta y al ser un principio fundante del Estado colombiano, tiene un valor imperioso en nuestro ordenamiento jurídico, que no puede ser limitado como otros derechos relativos bajo ningún argumento, en ninguna circunstancia, con base en la aplicación de doctrina jurídica o filosófica alguna, como la denominada “doctrina del mal menor”, o con excepciones, como si lo pueden ser en forma contraria otros principios o derechos fundamentales que para su aplicación concreta pueden ser limitados a partir de un ejercicio de razonabilidad o de proporcionalidad, esto es, de ponderación con otros principios, cuando entren en colisión con ellos, puesto que no ostentan un carácter absoluto como la dignidad humana, sino relativo, y pueden ser objeto de restricciones.

Para efectos de la postura a defender en la presente tesis, resulta fundamental lo afirmado por el tribunal constitucional al considerar que:

El hombre es un fin en sí mismo. Su dignidad depende de la posibilidad de autodeterminarse (CP art. 16). Las autoridades están precisamente instituidas para proteger a toda persona en su vida, entendida en un sentido amplio como "vida plena". La integridad física, psíquica y espiritual, la salud, el mínimo de condiciones materiales necesarias para la existencia digna, son elementos constitutivos de una vida íntegra y presupuesto necesario para la autorrealización individual y social. Una administración burocratizada, insensible a las necesidades de los ciudadanos, o de sus mismos empleados, no se compadece con los fines esenciales del Estado, sino que al contrario, cosifica al individuo y traiciona los valores fundantes del Estado Social de Derecho (CP art. 1º) (Sentencia T- 499, 1992) (Negrillas fuera de texto)

En resumen, el deber del Estado y sus autoridades es el de adoptar las medidas necesarias para que se le garantice a cada individuo un trato acorde con su condición digna de ser humano, como parte y miembro de la sociedad.

4.1.2. El libre desarrollo de la personalidad.

Nuestra Constitución Política en su artículo 16 establece que “Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico.” Al respecto, ha dicho la Corte Constitucional que el derecho al libre desarrollo de la personalidad afirma la autonomía de cada ser humano como individuo único e irrepetible, cuyas tendencias y naturales inclinaciones merecen respeto en tanto no impliquen daño a otros o a la colectividad. Así pues:

El legislador no puede válidamente establecer más limitaciones que aquéllas que estén en armonía con el espíritu de la Constitución. La primera consecuencia que se deriva de la autonomía, consiste en que es la propia persona (y no nadie por ella) quien debe darle sentido a su existencia y, en armonía con él, un rumbo. Si a la persona se le reconoce esa autonomía, no puede limitársela sino en la medida en que entra en conflicto con la autonomía ajena. El considerar a la persona como autónoma tiene sus consecuencias inevitables e inexorables, y la primera y más importante de

todas consiste en que los asuntos que sólo a la persona atañen, sólo por ella deben ser decididos. Decidir por ella es arrebatárle brutalmente su condición ética, reducirla a la condición de objeto, cosificarla, convertirla en medio para los fines que por fuera de ella se eligen. Cuando el Estado resuelve reconocer la autonomía de la persona, lo que ha decidido, ni más ni menos, es constatar el ámbito que le corresponde como sujeto ético: dejarla que decida sobre lo más radicalmente humano, sobre lo bueno y lo malo, sobre el sentido de su existencia. Que las personas sean libres y autónomas para elegir su forma de vida mientras ésta no interfiera con la autonomía de las otras, es parte vital del interés común en una sociedad personalista, como la que ha pretendido configurar la Carta Política que hoy nos rige. Si el derecho al libre desarrollo de la personalidad tiene algún sentido dentro de nuestro sistema, es preciso concluir que, por las razones anotadas, las normas que hacen del consumo de droga un delito, son claramente inconstitucionales. (Sentencia C-221, 1994).

Así las cosas, como consecuencia lógica del respeto por la dignidad de la persona se encuentra el del libre desarrollo de la personalidad, cuyo núcleo esencial protege la libertad general de acción, involucrando el derecho a la propia imagen y la libertad sexual, entre otras manifestaciones de la personalidad merecedoras de protección. El derecho al libre desarrollo de la personalidad, conocido también como derecho a la autonomía e identidad personal, busca proteger la potestad del individuo para autodeterminarse; esto es, la posibilidad de adoptar, sin intromisiones ni presiones de ninguna clase, un modelo de vida acorde con sus propios intereses, convicciones, inclinaciones y deseos, siempre, claro está, que se respeten los derechos ajenos y el orden constitucional.

En este sentido, puede afirmarse que este derecho de opción comporta la libertad e independencia del individuo para gobernar su propia existencia y para diseñar un modelo de personalidad conforme a los dictados de su conciencia, con la única limitante de no causar un perjuicio social. Se configura una vulneración del derecho al libre desarrollo de la personalidad cuando a la persona se le impide, de forma arbitraria, alcanzar o perseguir aspiraciones legítimas de vida o valorar y escoger libremente las circunstancias que dan sentido a su existencia. Así, para que una limitación al derecho individual al libre desarrollo de la personalidad sea legítima y, por lo mismo no arbitraria, se requiere que goce de un fundamento jurídico constitucional. No basta que el derecho de otras personas o la facultad de la autoridad se basen en normas jurídicas válidas, sino que en la necesaria ponderación valorativa se respete la jerarquía constitucional del derecho fundamental mencionado.

Ahora bien, en cuanto las limitaciones al libre desarrollo de la personalidad la Corte Constitucional ha establecido las siguientes (según se nos recordó en sentencia C-248 de 2019):

El desarrollo jurisprudencial del artículo 16 de la Constitución ha precisado, no obstante, que no cualquier incompatibilidad entre el ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad y los derechos ajenos puede servir para restringir el ejercicio de aquel derecho. Justamente, en Sentencia T-562 de 2013 se reiteró que “para que la limitación al libre desarrollo de la personalidad sea legítima debe tener un fundamento jurídico constitucional. De lo contrario, es arbitraria, pues las simples invocaciones del interés general, de los deberes sociales, o de los derechos ajenos de rango legal, no son suficientes para limitar este derecho.” (Énfasis fuera de texto). El anterior postulado fue mayormente desarrollado por la Sentencia T-565 de 2013 cuando precisó que “con el fin de determinar qué tipo de limitaciones al libre desarrollo de la personalidad resultan constitucionalmente admisibles, la jurisprudencia parte de distinguir dos tipos de actuaciones del sujeto que son susceptibles de un escrutinio igualmente diferenciado. En primer lugar, están aquellos comportamientos que solo conciernen a la persona y que, por ende, no interfieren en la eficacia de derechos de terceros. Estos actos son expresiones propias del núcleo esencial del derecho al libre desarrollo de la personalidad y, de manera general, no pueden ser válidamente orientadas o restringidas. En segundo lugar, concurren aquellas actuaciones en donde el comportamiento del sujeto puede incorporar afectaciones a derechos fundamentales de otras personas, caso en el cual sí son admisibles limitaciones, siempre y cuando superen satisfactoriamente criterios de razonabilidad y proporcionalidad. En ese sentido, la restricción correspondiente solo devendrá legítima cuando cumpla con finalidades constitucionalmente obligatorias, como son precisamente la protección de los derechos fundamentales de otras personas.” (Énfasis fuera de texto).

Así pues, basadas en estas consideraciones y otras, atinentes al libre desarrollo de la personalidad, la Corte Constitucional en la mencionada sentencia C-248 de 2019 argumentó que la restricción que imponía el artículo 370 de la Ley 599 de 2000 sobre los derechos

sexuales de quienes padecen del VIH y/o del VHB no resultaba razonable y por lo tanto declaró inconstitucional dicho artículo, reiterando como jurisprudencia relevante la siguiente:

Por otra parte, descendiendo al segundo problema jurídico que en esta providencia se debe resolver, que atañe con el eventual enfrentamiento que existiría entre la faceta del derecho al libre desarrollo de la personalidad que remite a los derechos sexuales de las personas y el fin de salud pública por el que propende la norma acusada (ver supra 1), la Corte recuerda como en Sentencia **T-1096 de 2004** señaló que “las dimensiones afectivas y sexuales de todo ser humano, manifestación del libre desarrollo de la personalidad, pueden ser objeto de **restricciones razonables, pero no anulados**” (Énfasis fuera de texto); o como en Sentencia **T-732 de 2009** se indicó que “(e)n virtud del derecho a la libertad sexual las personas tienen derecho a decidir autónomamente tener o no relaciones sexuales y con quién (artículo 16 de la Constitución)⁴. En otras palabras, el ámbito de la sexualidad debe estar libre de todo tipo de discriminación (...)

Una situación similar la encontramos en el caso del cinturón de seguridad como medida que podría afectar el libre desarrollo de personalidad. Sin embargo, la Corte Constitucional mediante sentencia C-309 de 1997 llevó a cabo el siguiente razonamiento:

En ese orden de ideas, una política de protección invade el contenido esencial del libre desarrollo de la personalidad cuando se traduce en una prohibición de un determinado proyecto de realización personal y de una opción vital, aun cuando ella sea riesgosa para intereses que la propia Constitución considera valiosos, como la vida o la salud. Por ejemplo, el Estado puede intentar disuadir a la persona de asumir determinados riesgos para su salud, por lo cual tiene la facultad de establecer regulaciones que impliquen obstáculos a fin de evitar que la persona lleve a cabo una actividad que puede tener consecuencias fatales, pues es razonable pensar que la mayoría de las personas no quieren ver afectada su vida ni quieren morir. **Sin embargo, si una persona plenamente competente y consciente de los peligros que implica una determinada actividad decide, a pesar de las advertencias de las autoridades y de los obstáculos que ellas han impuesto, llevarla a cabo, el Estado no puede llegar al extremo de prohibírsela en forma absoluta, ya que, con su persistencia, la persona ha mostrado que esa actividad constituye un elemento esencial de su proyecto personal.** Un ejemplo puede fácilmente explicar lo anterior: una típica medida de protección que opera en muchos países es la prohibición de que, en las playas públicas, las personas naden sin la presencia de un salvavidas, o en determinadas condiciones climáticas, por los riesgos que existen de que un mal nadador se ahogue, sin quererlo, y pudiendo ser salvado. La presunción que justifica la medida es que muy pocas personas valoran tanto la natación como para aceptar un

⁴ En el caso de los niños y niñas este derecho está sometido a mayores limitaciones debido a su edad. Ver al respecto, la sentencia C-507 de 2004, entre otras

riesgo de muerte, por lo cual el ingreso al mar en condiciones de peligro puede ser considerado como un típico caso de “debilidad de voluntad” o de incompetencia básica transitoria. **Sin embargo, si un individuo valora tanto los desafíos de la natación, a tal punto que enfrentar tales riesgos constituye un elemento esencial de su forma realización personal, es ilegítimo que el Estado le impida, por ejemplo, cruzar a nado unas aguas peligrosas, si es claro que la persona conoce y acepta los riesgos de tal actividad.** En ese orden de ideas, las prohibiciones o los deberes derivados de las medidas de protección operan como especies de filtros que ponen a prueba la autenticidad de la decisión de una persona de asumir un determinado riesgo, de tal manera que aquellos que no valoraban realmente la actividad, puedan ser desestimulados, y sólo terminen enfrentando efectivamente los peligros las personas que los consideran un elemento esencial de su modo de vida. (negrillas fuera de texto).

Conforme a lo anterior, para la Corte es claro que una legítima medida de protección de los intereses de la propia persona se trueca en un ilegítimo perfeccionismo cuando las prohibiciones ya no se limitan a proteger al individuo frente a situaciones de incompetencia o de debilidad de voluntad, sino que se traducen en la prohibición de actividades que no afectan derechos de terceros y que constituyen para la persona elementos vitales de realización personal. En tales casos, no sólo se están prohibiendo modos de vida, lo cual es incompatible con la garantía del pluralismo, sino que la propia dignidad humana se ve afectada, ya que la persona queda reducida a un instrumento para la defensa de valores abstractos pues, a pesar de no afectar derechos de terceros con su conducta, su autonomía individual es sacrificada en nombre de la protección de tales valores, que son importantes para el orden constitucional, pero que la persona considera de menor trascendencia frente a otros intereses que le parecen más vitales.

(...)

Con base en el anterior análisis, para la Corte es claro que la obligatoriedad del cinturón de seguridad no sólo cumple los anteriores requisitos, sino que incluso puede ser considerada como el prototipo de una medida coactiva de protección legítima y compatible con el respeto de la autonomía individual, tal y como se verá a continuación [La corte nos ofrece 8 razones de las cuales solo la quinta tendría relación con la presente investigación].

En quinto término, esta medida no impone un modelo de vida, pues es plausible pensar que son muy pocos los que realmente quieren asumir los riesgos de la velocidad, por lo cual la no utilización del cinturón es en general debida a una debilidad de voluntad o a presiones de terceros. Las reacciones mismas de aquellos que, después de un accidente, se felicitan de haber sido obligados a utilizar ese dispositivo de seguridad, muestra que se trata de una medida coactiva que en general se legitima por un consentimiento ex post de los beneficiados.

Además, la Corte destaca que quien quiera verdaderamente asumir los riesgos de la velocidad, por cuanto lo considera un elemento esencial de su forma de vida, puede

hacerlo en otros contextos, por ejemplo, convirtiéndose en corredor de autos. Es cierto que para algunos estas opciones vitales no deberían merecer ninguna protección constitucional, por cuanto consideran que no es admisible que un intenso gusto del peligro o de la velocidad pueda llevar a la muerte a una persona. La Corte respeta profundamente esas opiniones, **pero considera igualmente respetables las decisiones de aquellos, que sin poner en peligro derechos de terceros, han asumido en forma libre esos riesgos como elementos esenciales de su desarrollo personal.** Por ejemplo, el campeón de Fórmula 1, Alain Prost, justificó su opción existencial en una entrevista en términos que evidencian la manera autónoma en que asumió los riesgos y la importancia que esa actividad tiene en su vida. (negritas fuera de texto)

(...)

Las anteriores consideraciones permiten concluir que la imposición por la ley de la obligación de llevar cinturón de seguridad es legítima y no vulnera la autonomía personal. El anterior análisis muestra también que la obligación de utilizar ese dispositivo de seguridad es distinta de la penalización del consumo de drogas, lo cual justifica la diferente decisión tomada por la Corte en los dos casos. En efecto, las normas declaradas inexecutable en la sentencia C-221/94 no se limitaban a obstaculizar el consumo de sustancias psicoactivas haciendo difícil el acceso a ellas, o no eran prohibiciones a su uso en determinados ámbitos, caso en el cual muy posiblemente se hubieran ajustado a la Carta como formas legítimas de protección coactiva, sino que eran disposiciones que prohibían en forma absoluta todo consumo de determinadas sustancias psicoactivas. Por tal razón, esas normas del Estatuto de Estupefacientes configuraban una típica medida perfeccionista, ya que se excluía un determinado modo de vida, a pesar de que éste no afectaba derechos de terceros, por lo cual tuvo razón la sentencia C-221 de 1994 en retirar del ordenamiento esas disposiciones. (...) Por ende, el presente análisis y la declaratoria de exequibilidad de la obligación de llevar cinturón de seguridad no implican ningún cambio de jurisprudencia en relación con la referida sentencia.

Por supuesto, esta postura de la Corte Constitucional en nada resulta extraña a la Filosofía del Derecho que desde hace mucho tiempo ha privilegiado en la fundamentación de derecho el margen más amplio de libertad. Por ejemplo, John Stuart Mill desde el utilitarismo nos ha enseñado que los individuos pueden escoger hacer cualquier tipo de cosas que afecten su propio cuerpo, pero no el de otras personas. Es decir, sobre su cuerpo, mente y vida el individuo, el ser humano como ser racional y pensante, es soberano y, por lo tanto, el único límite que legítimamente puede establecerse al ciudadano, desde el derecho, es el deber de evitar todo aquello con lo que pueda perjudicar a los otros (*harm principle*) (Mill, 2017, pág. 179 y ss).

4.2. Armonización de las reglas de imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima y las reglas constitucionales sobre el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana. Acerca de *por qué* constitucionalmente no se debe exigir la ausencia de posición de garantía para el reconocimiento de una autopuesta o heteropuesta en peligro como criterio negativo de imputación objetiva.

4.2.1. La esencia de las posiciones de garantía: El por qué la posición de garantía es un elemento extraño a la configuración de las autopuestas y heteropuestas en peligro. Crítica a la jurisprudencia y doctrina colombiana.

El fundamento de la responsabilidad penal en los delitos comisivos lo encontramos en la acción en sí misma pues constituye la causa del resultado típico y es, además, el supuesto de hecho descrito por el verbo rector. Igualmente, en los delitos de omisión propia, como tipos de infracción de deber, puede verificarse con facilidad que la razón de ser de su atribución jurídica se halla en la no realización de una concreta acción esperada, cuya consagración y características aparecen claramente delimitadas en la misma descripción del tipo penal. Sin embargo, cuando entramos en los terrenos de la omisión impropia, se observa que la situación se complica, pues el tipo penal que debe imputarse es de acción, y pese a ello, el resultado típico ocurrido se ha alcanzado, no a través de dicha acción, sino mediante una omisión de parte del agente. Entonces, ¿cómo lograr establecer un puente de equivalencia entre la acción descrita por la ley penal y la omisión ocurrida en el mundo real? La respuesta la encontramos en la posición de garantía y es justo para ello que nació dicha institución jurídico-penal⁵. Por lo tanto, cualquier funcionalidad adicional al hecho de servir como fundamento de la cláusula de equivalencia entre la acción y omisión, no sólo resulta extraña a su naturaleza y origen, sino que además desborda su capacidad de rendimiento.

En Colombia, lo anterior aparece establecida en el artículo 25 del Código Penal de la siguiente manera:

⁵ Por todos: (Wessel, Beulke, & Satzger, 2018, pág. 501)

ARTICULO 25. ACCION Y OMISION. La conducta punible puede ser realizada por acción o por omisión.

Quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica y no lo llevare 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.

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

De esta manera la posición de garantía se ha entendido en la ley y también a nivel dogmático como un estatus jurídico especial en virtud del cual se le asigna a ciertas personas un deber u obligación concreta de impedir determinados resultados lesivos para los bienes jurídicamente protegidos. Por lo tanto, más allá de las diferentes teorías jurídicas existentes es posible identificar como elementos de la posición de garantía: (i) el deber jurídico de impedir un resultado típico; y (ii) las condiciones fácticas de su activación, atinentes a la posición social del sujeto agente.

Ahora bien, las consecuencias jurídicas de que una persona ostente un rol derivado de su posición de garantía son: (i) la asignación de un deber concreto de actuar impidiendo la lesión a bienes jurídicos, lo cual hace que en los delitos de omisión impropia el sujeto activo siempre será calificado como garante; (ii) la atribución de un delito de acción en caso de que se materialice la lesión al bien jurídico mediante la aplicación de la cláusula de correspondencia; y (iii) la transformación de los delitos de dominio en delitos de infracción

del deber, lo cual conlleva que quien ostente el rol de garantía y omita la acción esperada siempre sea considerado como autor y nunca como partícipe.

Dicha posición de garantía, desde esta óptica, no jugaría ninguna función en la determinación de los criterios de aplicación de la imputación objetiva para delitos comisivos y sólo sería útil como fundamento de la equivalencia en la omisión impropia, puesto que como bien lo señala María Ángeles Rueda Martín “el criterio de valoración de un comportamiento basado en el quebrantamiento del rol no aporta claridad a la cuestión relativa a la atribución de responsabilidad penal, puesto que dicho quebrantamiento no se puede valorar sin vincularse a un comportamiento concreto.” (p. 5). Así pues, en el caso por ella reseñado y consistente en el procesamiento de una mujer por un acto de mutilación genital a su hija menor de edad, consideró, apartándose de la postura del Tribunal Español y las tesis normativistas de autores como Reyes Alvarado o Piña Roquefort, que “si se hubiera acreditado que fue la madre la persona que materialmente realizó la mutilación genital sobre su hija menor de edad, la atribución de responsabilidad penal no habría dependido de su condición de madre sino de la realización de la acción típica descrita en el artículo 149.2 del Código penal con el dominio del hecho”. Por lo tanto, desde su perspectiva, aquí compartida, “lo primero que hay que determinar cuando se estudia si una persona ha cometido un delito es si ha realizado una acción o una omisión, puesto que la atribución de responsabilidad penal es diferente en ambas modalidades de comportamiento” (p. 6) no siendo por lo tanto trasladable la posición de garantía a delitos comisivos como criterio decisivo y excluyente de la imputación objetiva del comportamiento.

Empero, esta perspectiva hoy en día encuentra ciertos detractores tales como Günther Jakobs y la Escuela Funcionalista Radical de Bonn dado que, como lo explica Enrique Bacigalupo (Derecho Penal, Parte General, 1999, pág. 244):

En la actualidad se abre camino un punto de vista que extiende la posición de garante a todos los tipos penales, sean éstos omisivos o activos, especiales o comunes. La posición de garante resulta de esta manera un elemento general de la autoría también en los delitos activos de resultado. La posición de garante en los delitos comunes activos se fundamenta en la realización misma de la acción, dado que todo ciudadano debe responder como garante de que sus acciones no producirán lesiones en los bienes

de otros ciudadanos. En los delitos especiales (delitos de infracción de deber), como se dijo, se fundamenta en el deber emergente de la posición estatutaria del autor (por ejemplo, funcionario, administrador, etcétera). En un sentido acaso similar otros autores incluyen en todos los tipos de ilicitud un elemento caracterizado como "la lesión de un deber de evitar", que también alcanzaría a los tipos activos.

No obstante, aquí la posición de garantía para el funcionalismo, según se ha explicado al estudiar a Jakobs, sería la condición general para la imputación objetiva de cualquier delito y no un requisito particular de cada criterio negativo de la correspondiente atribución normativa como lo ha entendido un sector de la doctrina colombiana y la totalidad de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal.

En ese orden de ideas se observa que la posición de garantía ha asumido tres usos:

(i) Uso originario y auténtico	(ii) Uso holístico contemporáneo	(iii) Uso impuro o ilegítimo (no justificado).
<p>Función: La posición de garantía sería el fundamento de la cláusula de equivalencia entre acción y omisión cuando se deben atribuir delito de omisión impropia, exigiendo para ello que el sujeto activo tenga dicho estatus jurídico especial.</p>	<p>Función: La posición de garantía es la condición general que fundamenta el injusto de cualquier delito; es decir, el requisito universal necesario para considerar que un delito ha ocurrido.</p>	<p>Función: La <u>inexistencia</u> de posición de garantía es un requisito o condición para el reconocimiento de las causales negativas de imputación objetiva conocidas como prohibición de regreso, acciones a propio riesgo y principio de confianza</p>
<p>Ubicación: Se emplea en el tipo objetivo en el momento de imputar el resultado a la omisión desplegada, mediante la calificación del sujeto activo como garante obligado a impedir dicha consecuencia lesiva. Desde esta perspectiva, la posición de garantía no cumple ningún rol en (i) el análisis de los criterios positivos o negativos de la imputación</p>	<p>Ubicación: Es precisamente dentro de la teoría de la imputación objetiva en donde se lleva a cabo la determinación de la posición de garantía. Por lo tanto como bien lo explican Peñaranda Ramos & otros "la determinación de esa posición de garantía es equivalente a la afirmación de que el comportamiento es objetivamente imputable, es decir, al primer escalón de la</p>	<p>Ubicación: A diferencia del uso holístico en donde la posición de garantía se determina mediante los criterios negativos de imputación objetiva, en esta perspectiva teórica, la posición de garantía NO sería el resultado de verificar si existe o no imputación objetiva, sino uno de sus elementos necesarios para llevar a cabo el juicio</p>

<p>objetiva y (ii) al momento de atribuir responsabilidad al sujeto activo en los denominados delitos de acción.</p>	<p>imputación objetiva, la imputación objetiva del comportamiento”. (Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs, 2016, pág. 65). Para precisar cuándo se tiene esa posición de garantía, es decir, la competencia o rol de impedir un determinado resultado, deberá verificarse que NO exista riesgo permitido, acción a propio riesgo, principio de confianza y prohibición de regreso.</p>	<p>particular de atribución normativa. Por lo tanto, al estudiar cada institución negativa de imputación objetiva (principio de confianza, acciones a propio riesgo y prohibición de regreso) se verificará como requisito común a ellas, para su reconocimiento, que NO exista posición de garantía.</p>
<p>Esquema (tipo objetivo → solo se usa en delitos de omisión impropia): * Equivalencia entre acción → omisión de la acción esperada. * Fundamento de la equivalencia → un sujeto activo especial → solo aquí se estudia la existencia de <u>posición de garantía</u>. * Verificación de un resultado típico. * Imputación objetiva.</p>	<p>Esquema (tipo objetivo → de cualquier delito): * Imputación objetiva del comportamiento (primer nivel) - Misión → determinar si el agente era <u>garante</u> en la evitación del resultado típico. - Forma de establecer lo anterior → se debe verificar si no existe riesgo permitido, acción a propio riesgo, principio de confianza o una prohibición de regreso. * Imputación objetiva del resultado (segundo nivel)</p>	<p>Esquema (tipo objetivo → de cualquier delito): * Imputación objetiva del comportamiento (primer nivel) - Misión → determinar si el sujeto ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado. - Criterios para hacerlo que no exista: → Riesgo permitido. → Acciones a propio riesgo (ellas exigen que el sujeto activo NO tenga <u>posición de garantía</u>). → Principio de confianza (exige que el sujeto activo NO tenga <u>posición de garantía</u>). → Prohibición de regreso (exige que el sujeto activo NO tenga <u>posición de garantía</u>). * Imputación objetiva del resultado (segundo nivel)</p>

<p>Representantes: Claus Roxin (2014, pág. 844 y ss) Günther Strantenwerth, (2016, pág. 458 y ss) Maurach/Zipf & Gössel (1995, pág. 248 y ss) Helmut Frister (2016, pág. 437 y ss) Hilgenforf & Valerius (2017, pág. 272 y ss) Wessels/Beulke & Satzger (2018, pág. 501 y ss) Bernd Schünemann, (2002) (1998) (2013) Harro Otto (2017, pág. 243 y ss) entre otros.</p>	<p>Representantes: Günther Jakobs (2010) Bernd Müssig Enrique Bacigalupo (1999) José Antonio Caro John (2015) Juan Ignacio Piña Rochefort</p>	<p>Representantes: Jescheck & Weigend (2014) Claudia López (2006) Yesid Reyes Alvarado Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia</p>
---	---	--

Fuente: Elaboración propia.

Acorde a lo explicado hasta ahora el único uso admisible dogmáticamente es el originario y auténtico porque corresponde a la función histórica y operativa con la que se creó e instituyó la posición de garantía. Adicionalmente, todas las posiciones de garantía que nuestra ley ha incorporado al ordenamiento jurídico (tales como la injerencia, asunción voluntaria, comunidad de peligro, etc.) fueron edificadas normativamente y surgieron, además, en la ciencia penal para justificar la equivalencia entre una acción y una omisión⁶, razón por la cual su importación a otras instituciones dogmáticas resultaría, no solo completamente extraña, sino que además no permitirían un desenvolvimiento adecuado pues fueron pensadas para los delitos de omisión impropia y no para los delitos de acción, ni tampoco para delimitar los criterios de imputación objetiva.

Adicionalmente, debe descartarse el uso impuro e ilegítimo de la posición de garantía porque: (i) dogmáticamente obedece a una errada interpretación de la teoría de Jakobs y (ii) ninguno de los autores citados ha desarrollado y explicitado las premisas que soportan el traslado de la posición de garantía, de los delitos de omisión impropia, hasta los criterios negativos de imputación objetiva en todas las conductas punibles. Por lo tanto, aun cuando

⁶ Para una reconstrucción histórica de la posición de garantía: (Perdomo Torres, 2007)

autores como Claudia López han efectuado un completo desarrollo de las distintas fuentes de posición de garantía, vemos que en su argumento hace falta una premisa fundamental que responda a este interrogante: ¿por qué exigir la inexistencia de la posición de garantía para aceptar la estructuración de los criterios negativos de imputación objetiva?

En consecuencia, como en el artículo 25 del CP las posiciones de garantía aparecen vinculadas a la cláusula de equivalencia en los delitos de omisión impropia y, además, los autores colombianos no justifican el porqué de su traslado hasta la imputación objetiva, tendrá que aceptarse como dogmáticamente correcto tan solo el uso originario y legítimo de esta institución jurídico-penal.

4.2.2. El fundamento jurídico de las autopuestas y heteropuestas en peligro.

Acorde lo dicho en precedencia, es posible establecer las siguientes premisas que le dan sustento a la presente tesis:

Primera: la dignidad humana como derecho fundamental autónomo conlleva la facultad de toda persona para exigir de los demás y, en especial del Estado, un trato acorde con su condición humana, siendo uno de ellos la posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características, dado que, al ser persona, tiene también autonomía y por ello, negar la misma, implicaría a su vez una anulación de su dignidad humana (Sentencia T-881, 2002, reiterado en Sentencia T-436, 2012; Sentencia T-143, 2015; y Sentencia SU-696, 2015, entre otros). Ahora bien, este derecho hallaría su soporte constitucional en el artículo 1 de la Carta Política el cual nos dice lo siguiente: “ARTICULO 1o. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, **fundada en el respeto de la dignidad humana**, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.”

Segunda: la dignidad humana es, además, el fundamento de la libertad personal, que se concreta en la posibilidad de elegir el propio destino, cuando dicha elección no repercute de manera directa en la órbita de los derechos ajenos. En consecuencia, ese “espacio de libertad” se trataría

de una órbita precisamente sustraída al derecho y, a fortiori, vedada para un ordenamiento que encuentra en la libre determinación y en la dignidad de la persona (autónoma para elegir su propio destino) los pilares básicos de toda la superestructura jurídica. Sólo las conductas que interfieran con la órbita de la libertad y los intereses ajenos, pueden ser jurídicamente exigibles. No se compadece con nuestro ordenamiento básico la tipificación, como delictiva, de una conducta que, en sí misma, sólo incumbe a quien la observa y, en consecuencia, está sustraída a la forma de control normativo que llamamos derecho y más aún a un sistema jurídico respetuoso de la libertad y de la dignidad humana, como sin duda, lo es el nuestro. (Sentencia C-221, 1994).

Tercero: entonces sería evidente que la dignidad humana la encontramos proyectada de forma inmediata en aquellos derechos que se fundan en las decisiones racionales y autónomas del sujeto (Sentencia T-472, 1996), siendo el primero y más importante de estos derechos el consagrado en el artículo 16 de la Constitución Política cuyo tenor literal es el siguiente: “Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico”, razón por la cual, como ha dicho la Corte Constitucional, se constituiría en el fundamento último de todos aquellos derechos que tienden a la protección de las opciones vitales que adopte cada individuo de manera autónoma.

En todo caso, deberán tenerse en cuenta como límites y reglas para la aplicación de tal derecho las siguientes premisas: **(i)** el libre desarrollo de la personalidad sólo puede ser limitado por la afectación de los derechos de otras personas y no con la finalidad de proteger los derechos propios. Esto es, no puede haber obligaciones para con uno mismo (Sentencia C-221, 1994); **(ii)** es posible limitar en condiciones de tiempo, modo y lugar, razonables y proporcionadas, el goce efectivo del libre desarrollo de la personalidad que permite decidir a las personas cuando dichos límites operen respecto de comportamientos que interfieran los derechos de los demás, bien por lesionar un bien jurídico penalmente relevante o bien por ponerlo en peligro (Sentencia C-252, 2003); y **(iii)** el legislador no puede válidamente

establecer más limitaciones que aquéllas que estén en armonía con el espíritu de la Constitución (Sentencia C-253, 2019).

Cuarto: justamente por ello la Corte Constitucional en la sentencia C-239 de 1997, creó una causal de justificación o eximente de responsabilidad, en el caso del homicidio por piedad, ya que uno de los ejes de la argumentación fue el de la dignidad humana, entendida como autonomía del enfermo para decidir sobre su vida en determinadas circunstancias. Dentro de la argumentación que como *ratio decidendi* vincula a todas las autoridades expresó lo siguiente:

(...) la Constitución se inspira en la consideración de la persona como un sujeto moral, capaz de asumir en forma responsable y autónoma las decisiones sobre los asuntos que en primer término a él incumben, debiendo el Estado limitarse a imponerle deberes, en principio, en función de los otros sujetos morales con quienes está avocado a convivir, y por tanto, si la manera en que los individuos ven la muerte refleja sus propias convicciones, ellos no pueden ser forzados a continuar viviendo cuando, por las circunstancias extremas en que se encuentran, no lo estiman deseable ni compatible con su propia dignidad... El deber del Estado de proteger la vida debe ser entonces compatible con el respeto a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad. Por ello la Corte considera que frente a los enfermos terminales que experimentan intensos sufrimientos, este deber estatal cede frente al consentimiento informado del paciente que desea morir en forma digna.

Quinto: no obstante, cada vez que el ser humano va emprender una actividad riesgosa en el mundo y que, de esa manera, consiente el riesgo de lesión o el resultado lesivo en sí mismo (inclusive la muerte en caso de enfermedades terminales, el no permitir la transfusión de sangre por razones religiosas o el aceptar una transformación corporal profunda como lo sería la cirugía de reasignación de sexo) se ha evidenciado que la Corte Constitucional ha exigido el cumplimiento de unos requisitos mínimos para que tal decisión pueda considerarse una verdadera materialización de los derechos a la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, siendo ellos los siguientes: la existencia de un **consentimiento (i) libre, (ii) informado** y **(iii) inequívoco**. En relación con el carácter **libre** este pretende que el ejercicio del derecho sea consecuencia de la decisión voluntaria, genuina y despojada de injerencias o presiones de terceros, el carácter **informado** busca que la persona conozca toda la información relevante para la toma de la decisión y el carácter **inequívoco** pretende asegurar

el carácter definitivo de la decisión del sujeto (Sentencia T-544, 2017). Adicionalmente, y como (iv) requisito se encontraría que toda decisión de riesgo debe implicar que el sujeto que la toma sea **plenamente capaz**; es decir, que goza “suficiente juicio y discernimiento para autodeterminarse en asuntos que comprometen su fuero interno” y externo (Sentencia T-474, 1996).

Justamente, en un caso puntual (Sentencia T-476, 2016) la Corte Constitucional expresó lo siguiente:

La negativa del demandante de aceptar que se le practique una cirugía de reemplazo de válvula aórtica con transfusión sanguínea, en razón de sus creencias religiosas, constituye una clara expresión de su autonomía individual, materializada en un acto razonado, libre y espontáneo, acogido producto de la información que le suministró su médico tratante de manera clara, detallada completa e integral sobre las alternativas existentes para tratar la enfermedad que padece. Por consiguiente, ni el especialista tratante, ni la EPS, ni el juez constitucional pueden desconocer tal manifestación y, menos aún, imponer su criterio, en tanto que proviene de la voluntad del paciente, expresada de manera consciente, como titular del derecho fundamental a la libertad religiosa y al libre desarrollo de la personalidad. Acorde con ello, para la corte es claro que, en ejercicio de tales garantías, el accionante puede rechazar, bajo su propio riesgo y responsabilidad, la práctica de cualquier procedimiento o tratamiento médico que requiera con necesidad.

Por cierto, la postura de la Corte Constitucional no se reputa extraña a los desarrollos teóricos de la filosofía del derecho y a la filosofía política, razón por la cual es posible encontrar en autores como John Stuart Mill posiciones coincidentes con la expuesta al momento de desarrollar el derecho fundamental a la libertad:

(...) no cabe plantear ninguna cuestión de ese tipo cuando la conducta de una persona no afecta los intereses de ninguna otra persona salvo ella misma, o no los afecta necesariamente salvo que los demás lo desee (todas las personas concernidas son mayores de edad y con capacidad intelectual normal). En tales casos debe existir una perfecta libertad, legal y social, para emprender la acción y afrontar las consecuencias (Mill, 2017, pág. 181).

(...) Pero ninguna persona ni ningún grupo de personas están autorizados para decirle a otra criatura humana madura que no puede hacer con su vida lo que ha elegido hacer con ella en su propio beneficio (Mill, 2017, pág. 181).

(...) Los denominados deberes con nosotros mismos no son socialmente obligatorios, excepto cuando las circunstancias los convierten al mismo tiempo en deberes hacia los demás. El término deber “con uno mismo”, cuando significa algo más que prudencia, significa autorrespeto o autorrealización; y por ninguno de ellos nadie es responsable ante sus semejantes, porque en ninguno de los casos el que sea así responsable redundaría en beneficio de la humanidad (Mill, 2017, pág. 185).

Y entonces, nos agrega que el Estado sólo puede intervenir en nuestras vidas cuando ocurre una situación o estado de cosas particular: “siempre que haya un daño definido, o un riesgo definido de daño, tanto para un individuo como para el público, el caso sale del ámbito de la libertad y se sitúa en el de la moralidad o la ley” (Mill, 2017, pág. 190).

Inclusive, tan amplio es el derecho al libre desarrollo de la personalidad que la Corte Constitucional ha viabilizado la posibilidad de consentir grandes riesgos a menores adultos, precisando como reglas para que ello sea conforme a derecho las siguientes (Sentencia T-474, 1996):

Categoría	Reglas (Fundamento común: “En el Estado Social de Derecho, que reivindica al hombre como individuo libre y autónomo, incurso en continuo proceso evolutivo, epicentro de la organización política, fin y no medio de las acciones del Estado, el consentimiento del paciente se erige como manifestación expresa del principio constitucional que reconoce en él un ser razonable, dotado de entendimiento que posibilita la realización de su libertad, pues es su "razón" la única que puede válidamente determinar”)
1. Adulto plenamente capaz	Luego de que se brinde información sobre las características y posibles consecuencias de un determinado tratamiento médico, si lo acepta o no, su “decisión será legítima y constitucional siempre que provenga de un individuo plenamente capaz” , siempre y cuando con ella no incumpla el deber de no infringir con sus decisiones daños a terceros o a la colectividad.
2. Menor adulto (persona mayor de 14 años y menor de 18 años)	“Si bien el menor adulto goza de una capacidad relativa, ésta no es suficiente para optar por una alternativa que pone en serio peligro su vida, pues aún no puede presumirse que ella sea el producto de su propia y autónoma reflexión, guiada únicamente por su razón y entendimiento, motivo por el cual las decisiones que tengan que ver con su salud, que comprometan su vida, deben ser compartidas con sus padres o representantes quienes tienen el derecho y el deber de participar en ellas.” Ahora bien,

	<p>en un caso "extremo" en el que está de por medio la vida de un menor, darle prevalencia al consentimiento que otorga el padre para que le practiquen un determinado tratamiento médico, aún en contra de la voluntad del hijo, no atenta contra la autonomía del menor. La Corte en su jurisprudencia ha señalado tres criterios de cuyo análisis comparado es viable concluir si se configura o no un caso extremo, que permita dirimir a favor de la prevalencia de la decisión del padre: (i) la edad misma del menor; (ii) la urgencia e importancia misma del tratamiento para los intereses del menor.; y (iii) la intensidad del impacto del tratamiento sobre la autonomía actual y futura del menor.</p>
<p>3. Impúberes (entre los 7 y los 14 años), niños e infantes (menores de 7 años).</p>	<p>Es claro que para los menores “la incapacidad es la regla general, pues en principio ellos se proclaman incapaces de pleno derecho; sin embargo, tal condición sólo se atribuye sin excepción a los infantes, niños menores de 7 años, de quienes se presume la total ausencia de "juicio y discernimiento"; a medida que tales características se afianzan en el individuo, no obstante éste se mantenga en el intervalo de edad en que se es menor de edad, la ley le reconoce un mayor grado de capacidad para realizar y ejercer actos jurídicos que lo comprometan.”</p>

Fuente: Elaboración propia.

Con base en todo lo expuesto surgen dos interrogantes: **(i)** ¿cuáles serían los requisitos configurativos de las autopuestas y heteropuestas en peligro desde un punto de vista constitucional?; y **(ii)** ¿encontraría fundamento jurídico el exigir para la configuración de las mismas la inexistencia de posición de garantía por parte del sujeto activo?

Para dar respuesta al **primer interrogante** se debe establecer como premisa que lo que se propone en esta tesis no parte de la elección de una teoría jurídico-penal particular adscrita a algún autor. Es decir, no se fundamenta ni en Jakobs, ni en Roxin, así como tampoco en ningún otro doctrinante, aunque, naturalmente, se empleen ciertas categorías jurídicas y dogmáticas que resulten comunes con el desarrollo de la Ciencia Penal alemana o colombiana. Lo anterior por cuanto, considerar que uno u otro autor es mejor implica un componente subjetivo y lo que en verdad se busca mediante esta investigación es construir un fundamento constitucional para las reglas de imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima, como criterios negativos de imputación objetiva.

De esta manera, partiendo de la propia Constitución Política y la aplicación de los derechos fundamentales a la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, es claro que los requisitos para la configuración de las acciones a propio riesgo son las siguientes (diferenciando las autopuestas de las heteropuestas en peligro):

Autopuestas en peligro	Heteropuestas en peligro
1. La víctima se debe poner en riesgo a sí misma.	1. La víctima permite que otra persona lleve a cabo acciones riesgosas sobre ella o sus bienes jurídicos.
2. La víctima debe ser plenamente capaz, es decir, que goce de suficiente juicio y discernimiento para autodeterminarse en los asuntos que comprometen su fuero interno.	2. La víctima debe ser plenamente capaz, es decir, que goce de suficiente juicio y discernimiento para autodeterminarse en los asuntos que comprometen su fuero interno.
3. La víctima debe <i>consentir el riesgo</i> de forma: (i) libre, (ii) informada, y (iii) inequívoca.	3. La víctima debe <i>consentir el riesgo</i> de forma: (i) libre, (ii) informada, y (iii) inequívoca.
	4. El autor no debe incrementar el riesgo con acciones diversas, no consideradas ni consentidas por la víctima.

Fuente: Elaboración propia.

Como puede observarse se parte de diferenciar las autopuestas en peligro de las heteropuestas, no solo porque ontológicamente en la primera, la víctima es quien se pone en riesgo y el agente colabora para ello, mientras que en las segundas el riesgo es causado y dominado por el autor, sino porque normativamente la víctima, al ceder su esfera de libertad, habrá de esperar que el autor sólo utilice dicho ámbito cedido y nada más que ello. De alguna manera, al entregar esa esfera de libertad y el dominio del riesgo al sujeto activo, se hace necesario imponer un requisito más estricto (el número 4) para que las heteropuestas puedan ser consideradas verdaderas materializaciones de la voluntad del titular del bien jurídico.

Por supuesto, el consentimiento de la acción riesgosa no implica el consentimiento del desenlace fatal y, por ello, cuando se asume correr ciertos peligros estaremos en presencia de una autopuesta o heteropuesta en peligro, mientras que, cuando se acepte, desee y acuerde la realización de la lesión misma al bien jurídicamente tutelado la vía de solución la encontraremos en el consentimiento como ausencia de responsabilidad prevista en el artículo

32, numeral, 2 del CP con sus limitantes respectivas. En consecuencia, será de la esfera de esa exoneración de responsabilidad el establecimiento de la disponibilidad del bien jurídico de la vida y sus restricciones, pues lo que concierne a la eximente de las acciones a propio riesgo solo alcanza a cobijar las probabilidades de ocurrencia de los resultados lesivos.

Ahora bien, debemos partir de algunas precisiones y anticipar posibles objeciones como las atinentes a que “no se puede consentir, por regla general, la causación de la propia muerte” (suicidio), aclarando que la “vida” es un principio ponderable lo que permite la graduación como cualquier mandato de optimización, por ello los tribunales constitucionales en casos los de la eutanasia hacen ceder la “vida” frente a la “dignidad humana” y la correlativa “autonomía del individuo”. Pero se insiste que (i) el consentimiento es una ausencia de responsabilidad autónoma y diferente de las acciones a propio riesgo pues, ejemplificativamente, en aquél se consiente la propia muerte (en los casos que es posible, vgr. Sentencia C-239, 1997) mientras que en el última se acepta la probabilidad de la muerte, es decir, se consiente el riesgo de morir más no el propio deceso; y (ii) la presente investigación versa es sobre las acciones a propio riesgo, más no respecto del consentimiento como ausencia de responsabilidad en materia penal.

No obstante, ambas eximentes pueden llegar a concurrir en algún punto. En la actualidad ha surgido una nueva forma de vivir la vida para los jóvenes: pareciera que el “aquí y ahora” son más relevantes que los planes a futuro. Ello trae consigo la experimentación de sensaciones nuevas a través de prácticas que podrían ser riesgosas, pero que la persona decide realizar o experimentar como parte de su proyecto de vida. Por ejemplo, modificaciones corporales como la bifurcación de la lengua, el tatuaje intraocular, el implante intraocular y la reasignación de sexo. Entonces, vamos a suponer que una persona consiente el tatuaje intraocular (es decir, acepta la lesión personal consistente en la pigmentación de la esclerótica) y ello conlleva un daño más grave del esperado, aunque probable: la ceguera. ¿Cómo se resolvería este caso? De la siguiente manera: (i) respecto al daño consentido, es decir, que la esclerótica cambiara de color se aplicarían las reglas del artículo 32, numeral 2, del CP y según el cual “No habrá lugar a responsabilidad penal cuando: 2. Se actúe con el consentimiento válidamente emitido por parte del titular del bien jurídico, en los casos en

que se puede disponer del mismo.”, mientras que (ii) con relación al daño más grave (es decir, haberse quedado ciego) tendrán que examinarse la concurrencia de los requisitos propuestos anteriormente para el reconocimiento, en este caso, de una heteropuesta en peligro, formulando lo siguientes interrogantes:

1. ¿La víctima permitió que otra persona llevara a cabo acciones riesgosas sobre ella? Sí puesto que aceptó que <i>otra persona</i> le tatuara el ojo.
2. ¿La víctima era plenamente capaz, es decir, gozaba de suficiente juicio y discernimiento para autodeterminarse en los asuntos que comprometieran su fuero interno? Si era una persona mayor de edad con pleno uso de sus facultades mentales, la respuesta tendrá que ser afirmativa.
3. ¿La víctima <i>consintió el riesgo de forma: (i) libre, (ii) informada, y (iii) inequívoca?</i> Sí dado que: (i) el ejercicio de su derecho a tatuarse el ojo se presentó de forma voluntaria, genuina y despojada de injerencias o presiones de terceros; (ii) el tatuador le informó que existía la posibilidad de quedar ciego con ese procedimiento; y (iii) la víctima, conociendo lo anterior, de forma definitiva aceptó le tatuaran los ojos.
4. ¿El autor incrementó el riesgo con acciones diversas, no consideradas ni consentidas por la víctima? No, puesto que se limitó a realizar el procedimiento estándar establecido y explicado al sujeto pasivo.

Fuente: Elaboración propia.

En ese orden de ideas, al tatuador no le sería imputable objetivamente el daño causado por su accionar, es decir, la ceguera pues ella habría sido el resultado de una heteropuesta en peligro aceptada con plena responsabilidad por parte de la víctima. Por lo tanto, dado que el consentimiento (como causal autónoma y diferente de las acciones a propio riesgo) requiere que no exista un desbordamiento de los precisos límites respecto de los cuales versa el acuerdo, estaría absolutamente claro que la solución para aquellos casos en los que se presenta un daño mayor del consentido e incluso la muerte la encontramos en cualquiera de las siguientes variables:

- (i) Si era previsible ese daño mayor y se informó de su posible ocurrencia y el sujeto pasivo, a pesar de ese conocimiento, lo aceptó se tratará de una *heteropuesta en peligro* como ausencia de responsabilidad.
- (ii) Si era previsible y no se informó de ello, entonces el autor será responsable.

- (iii) Si era imprevisible la solución será la exoneración por *caso fortuito* (art. 32 numeral 1 del CP) ya sea que se trate como en evento de ausencia de conducta o de ausencia de imputación objetiva.

Ahora bien, la respuesta al **segundo interrogante** (esto es, si existe o no un fundamento jurídico para incluir la inexistencia de posición de garantía como requisito de las acciones a propio riesgo – autopuestas y heteropuestas en peligro –) es **negativa** dado que, a dicha conclusión se llega, con base en los siguientes argumentos:

(a) Argumentos constitucionales:

- (i) Acorde el artículo 1 y subsiguientes de la Constitución Política de 1991 tenemos un Estado Social y Democrático de Derecho. En consecuencia, al ser democrático, nuestro Estado parte de la "autonomía de la voluntad" como presupuesto básico de toda Democracia, pues no podemos ser autores de las "leyes" si carecemos de "libertad" para edificarlas.
- (ii) Así mismo, el artículo 1° de dicha Carta Política funda el Estado colombiano, literalmente, en la Dignidad Humana la cual, desde Kant, y acorde el desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional (Cfr. Sentencia C-542, 1993; Sentencia C-221, 1994; Sentencia C-239, 1997; Sentencia C-309, 1997; Sentencia T-881, 2002; Sentencia C-355, 2006; Sentencia C-075, 2007; Sentencia C-186, 2011; Sentencia T-129, 2015; Sentencia C-143, 2015) tiene como un presupuesto y componente básico la "autonomía de la voluntad".
- (iii) A todo esto, se le debe sumar el concepto de "libre desarrollo de la personalidad" que, según se dijo, viabiliza la organización de nuestro mundo conforme la planificación que deseemos, con el único límite de no interferir en la vida de los demás y estableciendo, a su vez, como límite al legislador la prohibición de imponernos deberes para con nosotros.

- (iv) Lo anterior hace que la "acción a propio riesgo" sea un hecho, en sí mismo, impune porque surgiría, no solo del principio general del derecho denominado "autorresponsabilidad" (lo cual apenas constituiría un criterio auxiliar de interpretación del orden jurídico), sino además de los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, la dignidad humana y de su norma básica consistente en autonomía de la voluntad.
- (v) En contraposición a ello, la posición de garantía implicaría un límite incompatible con el máximo general de libertad que establece la Constitución Política, pues establecería restricciones a la toma de decisiones, convirtiendo a las personas en policías civiles de los demás y generando así impedimentos a nuestra libertad.
- (vi) Por lo tanto, la posición de garantía, al limitar la "autonomía de la voluntad", nos quita la condición de "personas" revestidas de dignidad humana y, en ese sentido, adicionalmente destruye el presupuesto básico del principio democrático porque envía un mensaje equivocado y acorde al cual "no eres libre, ni autónomo de elegir una vida arriesgada" aunque, según se vio, nuestro propio actuar solo nos incumbe a nosotros.
- (vii) Finalmente, la posición de garantía resultaría ser una institución incompatible a nivel constitucional con los derechos fundamentales a la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad y sus desarrollos jurisprudenciales, pues convertiría en ineficaces los ámbitos de libertad que la propia Corte Constitucional ha considerado como derechos viables de las personas en casos de toma de decisiones arriesgadas o inclusive lesivas, tales como el rechazar la transfusión de sangre aunque de ello dependa la vida o la salud de la persona por motivos religiosos (dado que el médico, al ser garante del paciente, siempre tendría el deber de obligarlo a recibir el tratamiento terapéutico o curativo, pues de no hacerlo respondería penalmente por la suerte del paciente). En consecuencia, como al exigir la inexistencia de posición de garantía limitamos el espacio de libertad de los individuos (pues muchas conductas arriesgadas requieren de la participación del otro para que sea posible su realización), al criminalizar tal cooperación o co-

realización, la constitución de ese requisito es sencillamente inconstitucional pues contraría la regla jurídica superior contenida en el artículo 2 de la Carta Política y consistente en que el Estado tiene como fin esencial “garantizar la efectividad (...) de los derechos consagrados en la Constitución”, siendo ellos la dignidad humana (art. 1º) y el libre desarrollo de la personalidad (art. 16) de los cuales se deriva la posibilidad, el permiso, la facultad y la autorización de tomar decisiones arriesgadas para nuestra vida, razón por la cual, si tal comportamiento es impune, nadie puede ser garante de quien lo haga y su cooperación o co-realización tampoco podrá ser sujeto de criminalización de ningún tipo.

(b) Argumentos legales:

- (i) El artículo 25 del CP consagra la operatividad de la posición de garantía circunscribiéndola, tan solo, a permitir la equivalencia entre acción y omisión en determinadas circunstancias pues literalmente dice que “*Quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica y no lo llevar a cabo [es decir, omite la acción esperada], estando en posibilidad de hacerlo, quedará sujeto a la pena contemplada en la respectiva norma penal [o, en otras palabras, equivaldrá dicha “omisión” a la “acción típica” exigida por el delito]. 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.*” Por lo tanto, el propio legislador estructuró la posición de garantía sólo para los delitos de omisión impropia y sólo para permitir la equivalencia entre acción y omisión, más no para limitar la posibilidad de aplicación de las acciones a propio riesgo.
- (ii) Lo anterior significa que, de dicho artículo, no es posible inferir que la posición de garantía sea (a) un criterio general de responsabilidad o (b) que cumpla alguna función en los delitos de acción o algún cometido, más allá de la omisión impropia.

- (iii) Esto a su vez, implica descartar el requisito de la inexistencia de posición de garantía como elemento necesario para el reconocimiento de las acciones a propio riesgo, porque el principio de legalidad, según se describe en el artículo 6 del Código Penal impide que alguien sea juzgado y condenado por normas que no hayan sido previamente establecidas por el legislador. Lo anterior, por cuanto, quedaría claro que el uso o aplicación de la posición de garantía se encuentra claramente delimitado y restringido por la ley, aun cuando sus fuentes tengan apertura normativa.
- (iv) Además, esto nuevamente nos remite al plano constitucional dado que: (a) la propia constitución establece en el artículo 29 el principio de legalidad; (b) en los artículos 150, 151 y 152 de la Carta Política es posible encontrar el principio constitucional de reserva legal y en virtud del cual se le impide al intérprete construir enunciados normativos o preceptos jurídicos de cualquier clase pues tal competencia tan solo la tiene el legislador y precisamente sería eso lo que estaría haciendo la Corte Suprema de Justicia al agregar, por extensión, la posición de garantía como criterio de imputación objetiva, en todos los delitos, cuando se deba examinar la configuración o no de las acciones a propio riesgo; y (c) el artículo 6 de la Constitución Política establece algo denominado cláusula general de responsabilidad y acorde a la cual "Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes". De esta manera, inventarnos criterios de responsabilidad adicionales a los previstos en la constitución o en la ley sería una actuación, sencillamente, incompatible con la propia norma normarum. Además, enlazando el argumento (b) y (c) es pertinente recordar que la Corte Constitucional ha establecido como jurisprudencia consistente que "La expresión reserva de ley tiene varios significados o acepciones, en primer lugar, se habla de reserva general de ley en materia de derechos fundamentales, para hacer referencia a la prohibición general de que se puedan establecer restricciones a los derechos constitucionales fundamentales en fuentes diferentes a la ley. Sólo en normas con rango de ley se puede hacer una regulación principal que afecte los derechos fundamentales."(Sentencia C-507, 2014) Por ende, como la posición de garantía nació legalmente sólo para los delitos de omisión impropia y con la

finalidad de cumplir una función muy precisa (esto es, viabilizar la cláusula de equivalencia), estaría claro que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia al extender dicha posición de garantía como restrictor de toda acción a propio riesgo en cualquier clase de delito, estaría estableciendo límites no previstos en la ley para restringir los derechos fundamentales a la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, lo cual se encontraría claramente prohibido.

(c) Argumentos dogmáticos:

Dogmáticamente ningún autor colombiano ni sentencia ofrecen razones de peso para incluir la posición de garantía como limite a las acciones a propio riesgo, sino que presuponen tal limitante como evidente y, en clara petición de principio, terminan por incluirla en su “haber” tanto la jurisprudencia como la doctrina colombiana. A todo esto, deberá sumársele que la Sala de Casación Penal parte de **errores dogmáticos serios** al momento de configurar los requisitos de las "acciones a propio riesgo" puesto que:

- (i) Mezcla autores y teorías incompatibles pues, en algunas ocasiones, utiliza como fundamento de sus afirmaciones a Jakobs y Roxin a pesar de sus claras divergencias para estructurar las acciones a propio riesgo dado que, con base en el primero, la acción a propio riesgo sería uno de los esquemas de interpretación a partir de los cuales se podría determinar quién tiene posición de garantía y quién no, erigiendo, en esa medida, para todo delito (como elemento general del injusto y conclusión última de toda imputación) la "posición de garante". En cambio, Roxin parte de la idea de que la posición de garantía sólo cumple un papel en los delitos de omisión impropia y, en consecuencia, los criterios de imputación objetiva, se construyen al margen de aquélla.
- (ii) Utiliza las acciones a propio riesgo de forma disímil y confusa pues, a veces, es un tercer nivel de imputación objetiva (lo que resulta extraño a cualquier construcción dogmática), en otras providencias es un criterio meramente enunciativo para determinar cuándo existe o no la atribución normativa del

comportamiento y, otras veces, la incluye como un elemento normativo implícito de algunos tipos penales. Por ende, la jurisprudencia de la Corte, no es solamente inconsistente desde el punto de vista interno del argumento (dada la disparidad del mismo), sino que además es incoherente con cualquier visión seria de imputación objetiva que se tome.

- (iii) Finalmente, se verifica que utiliza una figura (la posición de garantía) como un elemento constitutivo de uno de los criterios de imputación objetiva, aun cuando ello es errado porque: **(a)** histórica y dogmáticamente la posición de garantía nació para establecer un puente entre la acción y la omisión, cuando se presentaba un delito de omisión impropia, razón por la cual resultaría ser una institución extraña para la imputación objetiva; **(b)** duplica su uso en casos de omisión impropia, pues la emplea tanto para determinar la cláusula de equivalencia (lo cual es un tema necesario para establecer la cualificación del sujeto activo), como para negar o afirmar la imputación objetiva en casos donde se esté debatiendo la aplicación de la acción a propio riesgo, lo que por supuesto es un uso tautológico del concepto dogmático y revela la incompreensión de la teoría de la posición de garantía; y (iii) ninguna de las teorías de la imputación objetiva que cita (ni la de Jakobs ni la de Roxin) entienden que la posición de garantía funcione como un elemento de los criterios de imputación objetiva, pues en Roxin jamás es empleada para tales fines y en Jakobs la "posición de garantía" es lo que viabiliza imputar objetivamente un comportamiento a una persona, para lo cual se vale de criterios como la acción a propio riesgo. En otras palabras, para Jakobs la acción a propio riesgo es concebida como una institución dogmática con la cual es posible saber si alguien tiene o no posición de garantía y NO es la posición de garantía lo que viabiliza concluir si hubo o no la acción a propio riesgo. Esta inversión perversa que hace la Corte Suprema de Justicia cambia el panorama sin fundamento jurídico alguno y es lo que ha tergiversado, en desmedro del procesado, una institución jurídica como la estudiada.

(iv) Ahora bien, en cuanto a los fundamentos constitucionales y dogmáticos acerca de la estructura de la imputación objetiva y de la ubicación de los criterios negativos de la misma, se sigue en lo esencial la teoría de Peláez Mejía (Fundamentos de un esquema bipartito del delito, 2019) quien deduce de los principios constitucionales de exclusiva protección de bienes jurídicos, lesividad, culpabilidad y legalidad la “creación de un riesgo jurídicamente desaprobado” como un elemento general del injusto, ubicándolo como un primer nivel de atribución normativa de los comportamientos, dentro del cual, se satisfaría a plenitud todo el juicio de contrariedad jurídica lo que hace, de esta manera, innecesario el requerir de un elemento adicional a la tipicidad (como lo es la propia antijuridicidad) para examinar la antinormatividad (concreta y general) del riesgo creado y la efectiva lesión o puesta en peligro del bien jurídicamente tutelado. En consecuencia, coherente con esta doctrina, la tesis aquí defendida y según la cual las autopuestas y heteropuestas en peligro constituirían la materialización de los “derechos constitucionales y fundamentales al libre desarrollo de la personalidad y dignidad humana”, en caso de configurarse, implicarían la ausencia de imputación objetiva pues el riesgo creado por el autor (heteropuesta en peligro) o respecto del cual realizó una colaboración efectiva (autopuesta) no conllevaría la creación de un peligro jurídicamente desaprobado pues haría parte del margen general de libertad autorizado y permitido por el propio ordenamiento jurídico constitucional.

CONCLUSIONES

- 1) En la dogmática jurídico penal alemana existe tres grandes visiones de las acciones a propio riesgo: (a) una que no exige para su configuración de la ausencia de posición de garantía (vgr. Roxín); (b) otra que sí la exige (Vgr. Frisch); y (c) otra para la cual ella constituye un límite a la determinación general de la posición de garantía (Vgr. Jakobs).
- 2) Suele diferenciarse en la dogmática alemana las autopuestas en peligro de las heteropuestas en peligro agregando requisitos más estrictos para las segundas.
- 3) Rara vez los alemanes fundamentan dichas eximentes de responsabilidad en estándares constitucionales y suelen hacerlo en el principio general del derecho denominado principio de autorresponsabilidad.
- 4) La ubicación mayoritaria que los autores alemanes dan a las acciones a propio riesgo (sean autopuestas o heteropuestas en peligro) suele ser como criterios negativos de imputación objetiva. No obstante, algunos consideran que elimina el tercer nivel de imputación objetiva (el alcance del tipo penal, como Roxin) mientras que otros el primer nivel de imputación objetiva (la creación del riesgo jurídicamente desaprobado, como Jakobs).
- 5) A nivel español las tesis jurídicas sobre las acciones a propio riesgo son similares. Sin embargo, Manuel Cancio Meliá plantea una perspectiva diferente al proponer que ciertas posiciones de garantías (no todas) constituirían límites a dichas eximentes de responsabilidad.
- 6) En el caso colombiano, se evidenció que la doctrina se divide en dos frentes: (a) algunos simplemente reproducen las posturas de Roxin y Jakobs (Vgr. Fernando Velásquez); y (b) otros limitan las acciones a propio riesgo mediante la exigencia de una inexistencia de posición de garantía sin dar argumentos para tal aserto (Vgr. Yesid Reyes Alvarado) o partiendo de una lectura dogmática equivocada de la teoría de Jakobs (Vgr. Claudia López).

- 7) En ningún sector de la doctrina colombiana se ha buscado edificar la teoría dogmática de las acciones a propio riesgo desde una perspectiva puramente constitucional, como aquí se ha realizado.
- 8) La jurisprudencia de la Corte Constitucional importó, mediante razonamientos de *obiter dictum*, la teoría de la imputación objetiva de Jakobs. No obstante, no alcanza a desarrollar la perspectiva de este autor respecto de las acciones a propio riesgo, y en todo caso dicho precedente (Sentencia SU-1184, 2001) según se explicó carecería de fuerza vinculante.
- 9) La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, ha construido una doctrina consistente en la configuración de las acciones a propio riesgo (derecho viviente) e inconsistente en lo que respecta a su ubicación dentro del esquema del delito.
- 10) Así mismo, la Sala de Casación Penal ha exigido unánimemente la inexistencia de posición de garantía para la configuración de las acciones a propio riesgo partiendo de (a) errores dogmáticos al mezclar teorías incompatibles como las de Roxin y Jakobs; y (b) evidenciándose una ausencia de fundamentación y falacias de petición de principio en la exigencia de tal requisito pues no ha justificado su inclusión desde la ley o la Constitución y, según se explicó, el fundamento teórico sería, además, un completo desatino.
- 11) El fundamento constitucional de las acciones a propio riesgo no se encuentra en el principio de autorresponsabilidad que, en realidad, sería un simple principio general del derecho, sino en la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad.
- 12) A partir de los anteriores fundamentos, es posible construir los requisitos esenciales de las autopuestas y heteropuestas en peligro y fundamentar, por qué, la posición de garantía resultaría ser un elemento extraño a las mismas e inconstitucional como límite a dichas exigencias de responsabilidad.

BIBLIOGRAFÍA.

- Agudelo Betancur, N. (2013). *Curso de Derecho Penal (Esquemas del Delito)*. Bogotá: Nuevo Foro.
- Araque Moreno, D. (2018). *Derecho penal. Introducción y fundamentos de imputación de responsabilidad penal*. Bogotá: Editorial Ibáñez.
- Bacigalupo, E. (1999). *Derecho Penal, Parte General*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Barbosa Castillo, G. (2019). Lección 13. Teoría del delito. Tipo objetivo. En J. A. Andrade Castro, & otros, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General* (págs. 261-274). Bogotá: Externado de Colombia.
- Bustos Ramírez, J. J., & Hormazábal Malarée, H. (2006). *Lecciones de Derecho penal. Parte general*. Madrid: Editorial Trotta.
- Cancio Melia, M. (2001). *Conducta de la víctima e imputación objetiva en el Derecho Penal*. Bogotá: Externado.
- Caro John, J. A. (2015). Sobre la identidad de imputación a la acción y a la omisión. *Biblioteca virtual Miguel de Cervantes*.
- Caso del Río Memel, 57 (Tribunal Supremo imperial 03 de enero de 1923).
- Donna, E. A. (2010). *Derecho Penal, Parte General. Tomo II. Teoría General del Delito*. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni Editores.
- Fernández Carraquilla, J. (2012). *Derecho Penal, Parte General. Teoría del Delito y de la Pena. Volumen 1. El delito. Visión positiva y negativa*. Bogotá: Ibáñez.
- Ferré Olivé, J. C., Núñez Paz, M. Á., & Ramírez Barbosa, P. A. (2010). *Derecho penal colombiano. Parte General. Principios fundamentales y sistema*. Bogotá: Editorial Ibáñez.
- Frisch, W. (2004). *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Madrid: Marcial Pons.
- Frister, H. (2016). *Derecho Penal, Parte General*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Galan Castellanos, H. (2010). *Teoría del Delito*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.
- Gimbernat Ordeig, E. (2005). Imputación objetiva y conducta de la víctima. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 733-806.
- Gómez López, J. O. (2005). *Tratado de Derecho Penal. Tomo III. La tipicidad*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.
- Gomez, J. (2020). *El Derecho Penal de la libertad*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.
- Greco, L. (2007). Las reglas detras de la excepcion. Reflexiones respecto de la tortura en los grupos de casos de las ticking time bombs. *Indret. Revista para el analisis del derecho*, 1-28.
- Greco, L. (2015). *Lo vivo y lo muerto en la teoria de la pena de Feuerbach. Una contribución al debate actual sobre los fundamentos del Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons. Ediciones Juridicas y Sociales.
- Hilgendorf, E., & Valerius, B. (2017). *Derecho penal parte general*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Jakobs, G. (1977). La prohibición de regreso en el delito de resultado. Estudio sobre el fundamento de la responsabilidad juridico-penal en la comisión. En G. Jakobs, *Estudios de Derecho Penal* (págs. 241-271). Madrid: Editorial Civitas.
- Jakobs, G. (1991). La interrupción del tratamiento médico a petición del paciente y el 216 StGB (Homicidio a petición de la victima). En G. Jakobs, *Estudios de Derecho Penal* (págs. 413-423). Madrid: Editorial Civitas.

- Jakobs, G. (1997). 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 G. Jakobs, *Estudios de Derecho Penal*. Madrid: UAM Ediciones; Editorial Civitas S.A.
- Jakobs, G. (1998). Imputación juridicopenal: Desarrollo del sistema a partir de las condiciones de vigencia de la norma. En J. Gunther, *Problemas capitales del derecho penal moderno* (págs. 33-55). Buenos aires: Hamurabi.
- Jakobs, G. (1998, 2). *La imputación objetiva en derecho penal*. Bogotá: Editorial Externado.
- Jakobs, G. (2010). *Derecho Penal parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Madrid: Marcial Pons.
- Jakobs, G. (2016). La competencia por organización en el delito omisivo. Consideraciones sobre la superficialidad de la distinción entre comisión y omisión. En G. Jakobs, *Estudios de Derecho Penal* (págs. 347-364). Madrid: UAM Ediciones & Civitas.
- Jakobs, G. (2016). 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 G. Jakobs, *Estudios de Derecho Penal* (págs. 209-222). Madrid: UAM Ediciones & Civitas.
- Jakobs, G. (2016). La organización de autolesión y heterolesión especialmente en caso de muerte. En G. Jakobs, *Estudios de Derecho Penal* (págs. 395-412). Madrid: UAM Ediciones & Civitas.
- Jakobs, G. (2019). Sistema de Imputación penal. Fundamentos y determinación de la conducta no permitida. En G. Jakobs, *Teoría del delito. Cuestiones fundamentales de dogmática penal*. (págs. 155-173). Ciudad de Mexico: Flores Editor y Distribuidor.
- Jescheck, H.-H., & Weigend, T. (2014). *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Granada: Comares.
- Kant, I. (2008). *La metafísica de las Costumbres*. Madrid: Tecnos.
- Lopez Diaz, C. (2006). *Acciones a Propio Riesgo. Exclusión de la tipicidad por responsabilidad de la victima con base en una concepción funcional estructural de la sociedad*. Bogota : Universidad Externado de Colombia.
- López Medina, D. (2009). *Teoría impura del derecho. La transforamción de la cultura jurídica latinoamericana*. Bogotá: Legis.
- López, C. (. (1999). *Código Penal Alemán del 15 de mayo de 1871, con la última reforma del 31 de enero de 1998*. Bogotá: Externado de Colombia.
- López, C. (2006). Acciones a propio riesgo. *REVISTA CENIPEC*, 115-174.
- Luzón Peña, D.-M. (2010). Principio de alteridad o de identidad vs. principio de autorresponsabilidad. Participación en autopuesta en peligro, heteropuesta en peligro consentida y equivalencia, el criterio del control del riesgo. *Revista Nuevo Foro Pena*, 58-80.
- Martínez Escamilla, M., Martín Lorenzo, M., & Mariscal de Gante, M. V. (2012). *Derecho Penal. Introducción. Teoría jurídica del delito. Materiales para su docencia y aprendizaje*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid.
- Maurach, R., Gössel, K. H., & Zipf, H. (1995). *Derecho Penal Parte General Vol 2*. Buenos Aires: Astrea.
- Mill, J. S. (2017). *Sobre la libertad*. Madrid: Tecnos.
- Mir Puig, S. (2011). *Derecho Penal, parte general*. Barcelona: Editorial Reppertor.
- Molina Arrubla, C. M. (2018). *Teoría del Delito*. Bogota: Leyer Editores.

- Muñoz Conde, F., & García Arán, M. (2012). *Derecho Penal, parte general*. México: Tirant Lo Blanch.
- Otto, H. (2017). *Manual de Derecho Penal. Teoría general del Derecho Penal*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos.
- Pañaranda Ramos, E., Suárez González, C., & Cancio Meliá, M. (1999). *Un nuevo sistema del Derecho penal: consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs*. Bogotá: Externado.
- Peláez Mejía, J. M. (2019). *Fundamentos de un esquema bipartito del delito*. Bogotá: Tirant Lo Blanch.
- Peláez Mejía, J. M., & Quintero Jaimes, R. A. (2020). *Esquemas del delito Requisitos para la existencia de una conducta punible*. Bogotá: Tirant Lo Blanch.
- Peñaranda Ramos, E., Suárez González, C. J., & Cancio Meliá, M. (2016). Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs. En G. Jakobs, *Estudios de Derecho penal* (págs. 17-69). Madrid: 2016.
- Poveda Buitrago, N. (2014). *Imputación objetiva, acciones a propio riesgo y responsabilidad penal médica en Colombia*. Bogotá: Editorial Ibáñez.
- Puppe, I. (2003). *La imputación del resultado en el Derecho Penal*. Perú: Ara Editores.
- Reyes Alvarado, Y. (1996). *Imputación Objetiva*. Bogotá: Temis.
- Roxin, C. (1973). Sobre el fin de protección de la norma en los delitos imprudentes. En C. Roxin, *Problemas básicos del derecho penal* (págs. 181-199). Madrid: REUS S.A.
- Roxin, C. (1997). *Derecho penal parte general, fundamentos. La estructura de la teoría del delito* (1 ed., Vol. 1). Madrid, España: Civitas.
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal, Parte General. Tomo I*. Madrid: Civitas.
- Roxin, C. (2002). *Política criminal y sistema penal del derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Roxin, C. (2012). El principio de la protección del bien jurídico y su significado para la teoría del injusto. En K. Ambos, & M. L. Böhm, *Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania. Primera Escuela de Verano en Ciencias Criminales y Dogmática Penal alemana*. (págs. 295-311). Bogotá: Temis.
- Roxin, C. (2013). Evolución y modernas tendencias de la teoría del delito en Alemania. En C. Roxin, *Sistema del hecho punible/1. Acción e imputación objetiva*. (págs. 409-433). Buenos Aires: Hammurabi.
- Roxin, C. (2013). *La imputación objetiva en el Derecho Penal*. Perú: Editorial Griley.
- Roxin, C. (2013). La polémica en torno a la heteropuesta en peligro consentida. Sobre el alcance del principio de autorresponsabilidad en el Derecho Penal. *Indret*.
- Roxin, C. (2014). *Derecho Penal Parte General. Tomo II. Especiales formas de aparición del delito*. Pamplona: Civitas & Thomson Reuters.
- Roxin, C. (2018). La heteropuesta en peligro consentida: ¿una discusión sin final? *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 53-73.
- Roxin, C. (2019). Homicidio A Petición Y Participación En El Suicidio Derecho Vigente Y Propuestas De Reforma. *Revista de Derecho. Debates & Personas*.
- Roxin, C. (2019). La imputación objetiva en su significado para la teoría del tipo penal. En M. Polaino-Orts, *Teoría del delito. Cuestiones fundamentales de dogmática penal*. (págs. 137-154). México: Editorial Florez.
- Rueda, M. A. (2015). Sobre la necesidad de exigir una posición de garante para atribuir una responsabilidad penal. *InDret. Revista para el análisis del derecho*, 1-28.

Schünemann, B. (2002). Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva. En *Aspectos Puntuales de la Dogmatica Juridico- penal* (págs. 19-54). Bogota: Ibañez.

Schünemann, B. (2012). Introducción al razonamiento sistemático en Derecho penal. En B. Schünemann, *El sistema moderno del Derecho penal. Cuestiones fundamentales* (págs. 1-78). Buenos Aires: B de F.

Schünemann, B. (2013). El denominado delito de omisión impropia o la comisión por omisión. En *Temas actuales en la dogmatica penal* (págs. 17-32). Bogota: Ibañez.

Sentencia Casación 16636, (20 mayo de 2003) Corte Suprema de Justicia. Sala Casación Penal. M.P *Álvaro Orlando Pérez Pinzón*. Bogotá. D.C., Colombia. Radicado: 16636.

Sentencia Casación 20493, (16 marzo de 2005) Corte Suprema de Justicia. Sala Casación Penal. M.P *Álvaro Orlando Pérez Pinzón*. Bogotá. D.C., Colombia. Radicado: 20493.

Sentencia Casación 22511, (11 mayo de 2005) Corte Suprema de Justicia. Sala Casación Penal. M.P *Álvaro Orlando Pérez Pinzón*. Bogotá. D.C., Colombia. Radicado: 22511.

Sentencia Casación 22941, (20 abril de 2005) Corte Suprema de Justicia. Sala Casación Penal. M.P *Álvaro Orlando Pérez Pinzón*. Bogotá. D.C., Colombia. Radicado: 22941

Sentencia Casación 27388, (08 noviembre de 2007) Corte Suprema de Justicia. Sala Casación Penal. M.P *Julio Enrique Socha*. Bogotá. D.C., Colombia. Radicado: 27388

Sentencia Casación 28124, (22 mayo de 2008) Corte Suprema de Justicia. Sala Casación Penal. M.P *Javier Zapata Ortiz*. Bogotá. D.C., Colombia. Radicado: 28124

Sentencia Casación 28693, (10 junio de 2008) Corte Suprema de Justicia. Sala Casación Penal. M.P *Maria del Rosario Gonzalez*. Bogotá. D.C., Colombia. Radicado: 28693

Sentencia Casación 36082, (25 enero de 2012) Corte Suprema de Justicia. Sala Casación Penal. M.P *María del Rosario González*. Bogotá. D.C., Colombia. Radicado: 36082

Sentencia Casación 36854, (12 septiembre de 2012) Corte Suprema de Justicia. Sala Casación Penal. M.P *Javier Zapata Ortiz* Bogotá. D.C., Colombia. Radicado: 36854

Sentencia Casación 36824, (12 septiembre de 2012) Corte Suprema de Justicia. Sala Casación Penal. M.P *Julio Enrique Socha*. Bogotá. D.C., Colombia. Radicado: 36824

Sentencia Casación 33920, (11 abril de 2012) Corte Suprema de Justicia. Sala Casación Penal. M.P *Agusto J Ibañez*. Bogotá. D.C., Colombia. Radicado: 33920

Sentencia Casación 34494, (31 octubre de 2012) Corte Suprema de Justicia. Sala Casación Penal. M.P *Jose Leonidas Bustos*. Bogotá. D.C., Colombia. Radicado: 34494

Sentencia Casación 38904, (26 junio de 2012) Corte Suprema de Justicia. Sala Casación Penal. M.P *Fernando Alberto Castro Caballero*. Bogotá. D.C., Colombia. Radicado: 38904

Sentencia Casación 41411, (10 julio de 2013) Corte Suprema de Justicia. Sala Casación Penal. M.P *Gustavo Enrique Malo Fernandez*. Bogotá. D.C., Colombia. Radicado: 41411

Sentencia Casación 36842, (27 noviembre de 2013) Corte Suprema de Justicia. Sala Casación Penal. M.P *María del Rosario González*. Bogotá. D.C., Colombia. Radicado: 36842

Sentencia Casación 43033, (05 marzo de 2014) Corte Suprema de Justicia. Sala Casación Penal. M.P *Fernando Alberto Castro Caballero*. Bogotá. D.C., Colombia. Radicado: 43033

Sentencia Casación 39674, (27 marzo de 2014) Corte Suprema de Justicia. Sala Casación Penal. M.P *Eugenio Fernández Carlier*. Bogotá. D.C., Colombia. Radicado: 39674

Sentencia Casación 45329, (25 mayo de 2015) Corte Suprema de Justicia. Sala Casación Penal. M.P *José Leónidas Bustos*. Bogotá. D.C., Colombia. Radicado: 45329

Sentencia Casación 42548, (13 julio de 2016) Corte Suprema de Justicia. Sala Casación Penal. M.P *Luis Antonio Hernández Barbosa*. Bogotá. D.C., Colombia. Radicado: 42548

Sentencia Casación 47901, (22 febrero de 2017) Corte Suprema de Justicia. Sala Casación Penal. M.P *Patricia Salazar Cuellar*. Bogotá. D.C., Colombia. Radicado: 47901

Sentencia Casación 43725, (15 marzo de 2017) Corte Suprema de Justicia. Sala Casación Penal. M.P *Eugenio Fernández Carlier*. Bogotá. D.C., Colombia. Radicado: 43725

Sentencia Casación 48005, (26 abril de 2017) Corte Suprema de Justicia. Sala Casación Penal. M.P *Fernando Alberto Castro Caballero*. Bogotá. D.C., Colombia. Radicado: 48005

Sentencia Casación 49680, (25 abril de 2018) Corte Suprema de Justicia. Sala Casación Penal. M.P *Luis Antonio Hernández Barbosa*. Bogotá. D.C., Colombia. Radicado: 49680

Sentencia Casación 46612, (11 julio de 2018) Corte Suprema de Justicia. Sala Casación Penal. M.P *Luis Antonio Hernández Barbosa*. Bogotá. D.C., Colombia. Radicado: 46612

Sentencia Casación 49588, (13 marzo de 2019) Corte Suprema de Justicia. Sala Casación Penal. M.P *Patricia Salazar Cuellar*. Bogotá. D.C., Colombia. Radicado: 49588

Sentencia Casación 52750, (06 agosto de 2019) Corte Suprema de Justicia. Sala Casación Penal. M.P *Eyder Patiño Cabrera*. Bogotá. D.C., Colombia. Radicado: 52750

Sentencia Casación 50870, (21 agosto de 2019) Corte Suprema de Justicia. Sala Casación Penal. M.P *Luis Antonio Hernández Barbosa*. Bogotá. D.C., Colombia. Radicado: 50870

Sentencia Casación 50525, (04 diciembre de 2019) Corte Suprema de Justicia. Sala Casación Penal. M.P *Luis Antonio Hernández Barbosa*. Bogotá. D.C., Colombia. Radicado: 50525

Sentencia C-239 (20 de mayo de 1997). Corte Constitucional. M.P *Carlos Gaviria Diaz*. Bogotá D.C., Colombia

Sentencia C- 224 (5 de marzo de 2008). Corte Constitucional. M.P. *Jaime Córdoba Triviño*. Bogotá D.C., Colombia

Sentencia C-507 (25 de mayo de 2004). Corte Constitucional. M.P. *Manuel José Cepeda Espinosa*. Bogotá D.C., Colombia

Sentencia C-143 (06 de abril de 2015). Corte Constitucional. M.P. *Luis Ernesto Vargas Silva*. Bogotá D.C., Colombia

Sentencia T-143 (26 de noviembre de 1996). Corte Constitucional. Sala séptima de revisión. M.P. *Alejandro Martínez Caballero*. Bogotá D.C., Colombia

Sentencia C-248 (05 de junio de 2015). Corte Constitucional. M.P. *Cristina Pardo*. Bogotá D.C., Colombia

Sentencia C-309 (25 de junio de 1997). Corte Constitucional. M.P. *Alejandro Martínez Caballero*. Bogotá D.C., Colombia

Sentencia C-507 (16 de julio de 2014). Corte Constitucional. M.P. *Mauricio González Cuervo*. Bogotá D.C., Colombia

Sentencia C-252 (25 de marzo de 2003). Corte Constitucional. M.P. *Jaime Córdoba Triviño*. Bogotá D.C., Colombia

Sentencia C-252 (05 de mayo de 1994). Corte Constitucional. M.P. *Carlos Gaviria Diaz*. Bogotá D.C., Colombia

- Sentencia C-542 (24 de noviembre de 1993). Corte Constitucional. M.P. *Jorge Arango Mejía*. Bogotá D.C., Colombia
- Sentencia T-881 (17 de octubre de 2002). Corte Constitucional. Sala séptima de revisión. M.P. *Eduardo Montealegre*. Bogotá D.C., Colombia
- Sentencia C-355 (10 de mayo de 2006). Corte Constitucional. M.P. *Jaime Araujo Rentería-Clara Inés Vargas*. Bogotá D.C., Colombia
- Sentencia C-075 (07 de febrero de 2007). Corte Constitucional. M.P. *Rodrigo Escobar Gil*. Bogotá D.C., Colombia
- Sentencia C-186 (16 de marzo de 2011). Corte Constitucional. M.P. *Humberto Antonio Sierra*. Bogotá D.C., Colombia
- Sentencia T-129 (27 de marzo de 2015). Corte Constitucional. Sala octava de revisión. M.P. *Martha Victoria Sáchica*. Bogotá D.C., Colombia
- Shünemann, B. (1998). Sobre el estado actual de la dogmática de los delitos de omisión en Alemania. En *Aspectos Puntuales de la Dogmática Jurídico-penal* (págs. 229-250). Bogota: Ibañez.
- Stratenwerth, G. (2016). *Derecho Penal Parte General I*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Torres Vásquez, F. (2011). *Manual de Derecho Penal*. Bogotá: USTA.
- Velásquez, F. (2020). *Fundamentos de Derecho Penal. Parte general*. Bogotá: Tirant Lo Blanch.
- Welzel, H. (1980). *Derecho penal alemán*. Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas del Sur.
- Welzel, H. (2011). *El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Buenos aires: B de F.
- Wessels, J., Beulke, W., & Satzger, H. (2018). *Derecho Penal, Parte General. El delito y su estructura*. Perú: Instituto Pacífico.