

ANÁLISIS ECONÓMICO DEL HOMICIDIO CULPOSO EN EL DERECHO COLOMBIANO: ABSOLUCIÓN CUANDO EL HECHO SE PRODUJO POR IMPRUDENCIA DE LA VÍCTIMA

NYDIA REMOLINA LEÓN*

MAURICIO GALLO GARCÍA

IVÁN GUILLERMO VEGAS MOLINA

“Los beneficios del estudio interdisciplinario tienen un costo:
los abogados deben aprender algo de economía,
y los economistas deben aprender algo del derecho”.

ROBERT COOTER y TOMAS ULEN, *Law and Economics*, 1997.

RESUMEN

Por medio de este artículo se pretende realizar un análisis económico a la jurisprudencia penal colombiana respecto a los homicidios culposos en accidente de tránsito. Los resultados del mencionado análisis demuestran que la sentencia produciría un mayor efecto disuasorio que la norma del Código Penal, ya que tanto víctima como victimario, se encuentran involucrados en una actividad en la cual cualquiera de los dos puede aumentar el riesgo

* Asistentes de investigación, Centro de Estudios de Derecho y Economía, Pontificia Universidad Javeriana.

para que se dé el accidente, por lo que tiene mucho más efecto disuasorio una norma que obligue a los dos a tomar un cierto nivel de precaución, que sólo a una de las partes, como lo hace la norma del Código Penal. Las normas de responsabilidad por culpa compartida para los casos de homicidios culposos disminuyen la probabilidad de que ocurra el accidente. Sin embargo, al relajar el nivel de precaución de una de las partes, es necesario determinar si se otorgan los suficientes incentivos para llegar al nivel óptimo de precaución.

Palabras clave: culpa, responsabilidad por culpa compartida, nivel de actividad, nivel de precaución, efecto disuasorio, costos del procedimiento, costos de la precaución, incentivos, gastos de administración.

Sumario

Introducción

1. Tipo penal, jurisprudencia y culpa
2. El modelo económico de referencia
3. Las reglas de responsabilidad según el análisis económico del derecho
 - 3.1. El artículo 109 del Código Penal como norma de negligencia simple
 - 3.2. Análisis positivo de la sentencia: la responsabilidad por culpa compartida
4. La racionalidad económica de la sentencia
5. Análisis normativo de la sentencia
 - 5.1. La sentencia y su efecto disuasorio
 - a) Nivel de actividad, de precaución y conductor
 - b) Nivel de actividad, de precaución y peatón
 - 5.2. La sentencia, su efecto disuasorio y los problemas de información
 - a) El problema del sistema de fuentes del derecho en Colombia

b) Otros problemas de información en la parte resolutive de la sentencia

5.3. Gastos de administración, costos del procedimiento y la responsabilidad por culpa compartida

5.4. Una solución al problema

Conclusiones

Bibliografía

INTRODUCCIÓN

El tema del análisis económico del derecho (AED) ha tenido poco desarrollo, y ha sido tratado minuciosamente desde hace relativamente poco tiempo, ya que nació como movimiento apenas en 1960, a diferencia de aplicaciones de otras teorías, diferentes a la económica, para examinar el derecho y las instituciones, tal y como es el caso, por ejemplo, de la historia y la filosofía. Ahora bien, en Colombia, el tema no ha sido estudiado con la misma amplitud que en otros países por la poca investigación, y en gran parte porque tradicionalmente se ha creído que el sistema de derecho continental que nos rige o sistema de *civil law*, le otorga a las leyes una mayor rigidez que el sistema de *common law*, en el cual el juez puede adecuar la norma a los movimientos y realidades imperantes y cambiantes en la sociedad¹.

Sin embargo, esto no es síntoma de que en Colombia —un país enmarcado dentro del *civil law*— los encargados de producir derecho y de regular la sociedad, no hagan un estudio interdisciplinario entre derecho y economía, así sea inconscientemente (teniendo en cuenta que detrás de toda norma jurídica existe una racionalidad económica)²,

1 Véase RUBIN, PAUL H, “¿Por qué es eficiente el derecho consuetudinario?”, en: *Derecho y Economía: una revisión de la literatura*; Fondo de Cultura Económica, México, 2000. Originalmente: “*Why is Common Law Efficient?*”, *The Journal of Legal Studies*, vol. 6, n° 51, 1987, págs. 52-63, trad. por ENRIQUE DOMÍNGUEZ, MARIANA PÉREZ y ALEX ZAYAT.

2 “La tarea de la economía consiste en explorar las consecuencias de que el hombre es un maximizador racional de sus fines en la vida, sus satisfacciones (lo que llamaremos su “interés propio”). No debe confundirse la maximización racional con el cálculo consciente. El comportamiento es racional cuando se ajusta al modelo de la elección

con el fin de llegar a resultados más deseables en términos de eficiencia económica. Además, se puede decir que entre los abogados existe la concepción de que las cortes del país han proferido fallos menos formalistas y exegetas, y es en éstos en los que se han apartado de las disposiciones, a veces excesivamente rígidas del legislador, para ir más allá de la norma acomodándola a la realidad, fenómeno que ha sido denominado como el nuevo derecho³. Conforme a esto, se encuentra que la Corte Suprema de Justicia ha proferido una sentencia en la que intenta encaminar su decisión por medio de una racionalidad económica que da como resultado la absolución del victimario cuando el hecho se produce por imprudencia de la víctima.

Es por esto que el presente trabajo pretende analizar desde el punto de vista económico al derecho de los delitos culposos, que incorpora tanto el análisis económico del derecho de accidentes como el del derecho penal; este último debido a la inadecuación en algunos casos del primero, por diversas razones como: la imposibilidad de alcanzar una compensación perfecta o de acercarse a ella en razón de los bienes jurídicos que se protegen —como el derecho a la vida, el cual resulta imposible de compensar por medio de dinero; 2. el objetivo del derecho penal, el cual es proteger los derechos de las víctimas potenciales antes que sus intereses⁴.

La sentencia a analizar fue proferida por la Corte Suprema de Justicia apenas en el año 2004 y, a nuestro parecer, hace evidente lo expuesto anteriormente sobre el fortalecimiento de la jurisprudencia como fuente de derecho, combinado con la racionalidad económica implícita tanto en dichos fallos de los tribunales, como en las leyes, para lograr

racional, cualquiera que sea el estado mental de quien elige. Y el interés propio no debe confundirse con el egoísmo; la felicidad (o la miseria) de otras personas puede formar parte de nuestras satisfacciones”, POSNER, RICHARD A., *El análisis económico del derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 1992, pág. 11.

- 3 LÓPEZ, DIEGO, *El derecho de los jueces*, Legis, Bogotá, 2000, pág. 14. Sobre el “nuevo derecho” véase: GAVIRIA, CÉSAR, “El nuevo derecho”, *Questiones Juridicae*, n° 1, 1993, págs. 7-11.
- 4 COOTER, ROBERT y ULEN, THOMAS, *Derecho y Economía*, Fondo de Cultura Económica, México, 1997, pág. 551.

resultados más eficientes en la sociedad, en este caso, por medio del “trasplante”⁵ del análisis económico del derecho (AED) a países que se fundan en el *civil law*.

1. TIPO PENAL, JURISPRUDENCIA Y CULPA

El presente trabajo pretende analizar una sentencia de la Corte Suprema de Justicia, en la cual se observa que los magistrados de la Sala de Casación Penal y el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Bogotá en primera instancia, basan su decisión en conceptos introducidos por vía de doctrina y jurisprudencia que tratan el tema de la culpa compartida⁶, como se explicará a lo largo del análisis del fallo, esto a diferencia del Tribunal Superior de Bogotá, que revocó la sentencia absolutoria de primera instancia y en su lugar condenó al procesado al encontrarlo responsable de los cargos formulados en la resolución de acusación.

Vale aclarar que sobre estos conceptos introducidos por vía de doctrina y jurisprudencia en los que se basa el fallo hacen referencia principalmente a la teoría de la imputación objetiva⁷, según la Corte Suprema de Justicia. Sin embargo, existen algunos contradictores de esta teoría, quienes argumentan que se puede llegar a la misma resolución del caso sin aplicar esta teoría de origen alemán, sino simplemente aplicando el artículo 23 del Código Penal colombiano, el cual reza:

5 Término tomado de MATTEI, UGO y PARDOLESI, ROBERTO, “Análisis económico del derecho en países de tradición civil: un enfoque comparativo”, en: *Derecho y Economía: una revisión de la literatura*, Fondo de Cultura Económica, México, 2000. Originalmente: “*Law and Economics in Civil Law Countries: A Comparative Approach*”, *International Review of Law and Economics*, vol. 11, n° 3, págs. 265-275, trad. por JULIO GONZÁLEZ y Rodrigo Domínguez con autorización de Elsevier Science. pág. 366.

6 Lo que se pretende analizar son los efectos económicos que produce la culpa compartida en el derecho penal.

7 La teoría de la imputación objetiva, puede ser resumida en que “una conducta sólo puede ser imputada, cuando ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado que se concreta en la producción del resultado”. LÓPEZ, CLAUDIA. Introducción a la Imputación Objetiva. Universidad Externado de Colombia, centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho: Bogotá. 1996. p. 47.

“la conducta es culposa cuando el resultado típico es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto confió en poder evitarlo”.

La sentencia bajo estudio fue proferida por la Sala de Casación Penal el 24 de noviembre de 2004, con número de radicación 21.241, y cuyo magistrado ponente es el doctor MAURO SOLARTE PORTILLA. Describiéndola de manera muy general, podemos decir que la sentencia trata de un caso en el que un conductor de un bus de servicio público, que transitaba en horas no autorizadas, sin seguro obligatorio e iba riéndose y hablando con su ayudante, atropelló y causó la muerte inmediata a un peatón que se encontraba en estado de embriaguez, cruzando la Avenida Caracas, no por la bocacalle ni el semáforo, sino saliendo repentinamente por una malla verde que impedía el paso de peatones a la construcción de la troncal de Transmilenio. El conductor, en primera instancia, fue acusado de homicidio culposo agravado (agravado porque el conductor “escapó” del lugar de los hechos lo cual, según la Fiscalía, es una causal de agravamiento), pero finalmente el fallo lo absuelve.

La Corte Suprema, en fallo de casación, también decide absolver al conductor del bus de servicio público (victimario) porque según esta corporación, él nunca violó el deber de cuidado objetivo, y estando amparado por la regla de confianza no se le podía imputar culpa alguna cuando quien traspasó el riesgo legalmente admitido fue la víctima debido a que se encontraba en estado de embriaguez y había cruzado la avenida por un lugar que prohibía el paso a los peatones.

Resumiendo, podemos decir que la norma⁸ que se puede extraer de la sentencia mencionada es la siguiente: *en caso de homicidio culposo en accidente de tránsito, el victimario será absuelto cuando el hecho se produjo por imprudencia de la víctima*. La pregunta fundamental en este punto es si esta sentencia es eficiente en términos económicos, y lo que se quiere resaltar en este análisis es el resultado que se internaliza en la víctima, sin dejar de lado el del victimario.

8 El término “norma” se utiliza para realizar el análisis económico de la sentencia, sin embargo es necesario precisar que se refiere a la “subregla”, concepto tratado por DIEGO LÓPEZ. LÓPEZ, *ibidem*, págs. 1-7.

2. EL MODELO ECONÓMICO DE REFERENCIA

Ahora bien, para realizar el análisis económico respectivo y llegar a concluir cuáles son los efectos de la sentencia en conocimiento, es necesario desarrollar un modelo de referencia para el análisis del problema, el cual ha sido basado en el modelo de minimización de costos sociales que desarrolla la teoría económica de la responsabilidad de los ilícitos culposos de COOTER y ULEN⁹. El modelo que se utilizará se basa en unos supuestos fundamentales, a saber:

1. Los costos de transacción de internalizar los costos externos que los victimarios potenciales pueden imponer son tan elevados que las soluciones contractuales resultan imposibles.
2. El derecho penal es un complemento necesario de la responsabilidad civil cuando la compensación perfecta es imposible, como en el caso de la pérdida de la vida de una persona.
3. El propósito de la responsabilidad de los ilícitos culposos es el de inducir a los victimarios a internalizar los costos de los accidentes y minimizar dichos costos.
4. El propósito del derecho penal es minimizar los costos del delito, disuadiendo a las personas de cometer delitos.

Teniendo como base estos supuestos se puede exponer y desarrollar el modelo de reducción de costos sociales de los accidentes y de disuasión de cometer delitos.

Como primera medida, es necesario denotar que los costos sociales de los accidentes dependen de distintos factores, los cuales deben ser alterados para reducir dichos costos, mediante normas legales (en este caso, mediante la aplicación que los jueces hagan de una ley) que resulten ser lo más eficiente posible. Los mencionados costos de los

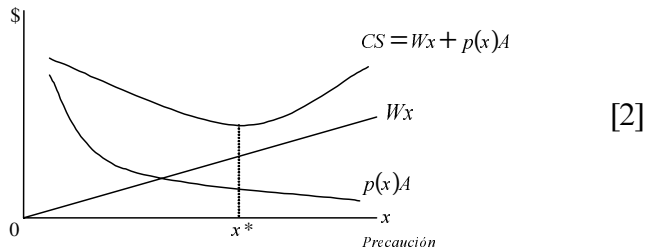
9 COOTER y ULEN, *ibídem*, pág. 384.

accidentes se pueden dividir en dos: los costos de la precaución y los costos del daño esperado [1].

$$CS = Wx + p(x)A \quad [1]$$

Así se tiene que p representa la probabilidad de que ocurra el accidente; x la precaución; y el nivel de actividad; A el valor del daño causado; y W el costo de cada unidad de precaución x .

Por tanto, para alcanzar la eficiencia, se requieren minimizar los dos costos ya mencionados [2].



Para llegar a este resultado, entonces, se debe primero, alcanzar un nivel socialmente eficiente de precaución (Wx), y segundo, disminuir la probabilidad de que ocurra el hecho (p), lo cual ocurriría a medida que aumenta la precaución (x) y que disminuye el nivel de actividad de quien puede causar el accidente (y). [3]

$$p = p(x) \qquad p = p(y) \quad [3]$$

Función decreciente

Función creciente

Sin embargo, es pertinente recalcar que esa precaución debe tener un nivel eficiente para que los costos de precaución (Wx) no sean demasiado altos. Dicho nivel eficiente de precaución será alcanzado según la regla de responsabilidad que sea aplicada al caso.

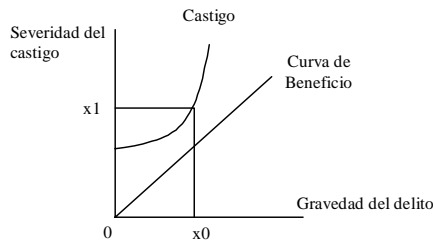
No obstante, los costos de precaución y los costos del daño esperado no son los únicos que deben ser minimizados para alcanzar

la reducción de los costos sociales de los accidentes. También cuentan los costos administrativos (D), los cuales incluyen los costos de abogados, jueces, fiscales, demás funcionarios involucrados en el proceso, etcétera [4].

$$CS = Wx + p(x, y)A + D \quad [4]$$

En segunda medida, para disuadir a las personas de cometer delitos, en este caso homicidios culposos, es necesario tener en cuenta el castigo esperado, el cual es en suma, la severidad del castigo por la probabilidad de que el delincuente sea castigado [5], de modo que sea mayor que los beneficios marginales de cometer el delito[6].

$$CE = S * p(\%) \quad [5]$$



[6]

A manera de síntesis, se tiene que el objetivo del derecho de accidentes es minimizar los costos sociales producto de los accidentes, los cuales incluyen tres costos: los de precaución, del daño accidental y de la administración¹⁰. Además, por tratarse de un caso de derecho penal, se busca aumentar el castigo esperado, de tal manera que sea mayor que los beneficios marginales de cometer el delito, y el castigo esperado es igual a la severidad de la pena por la probabilidad que se produzca¹¹.

10 COOTER y ULEN, *ibídem*, pág. 410.

11 COOTER y ULEN, *ibídem*, pág. 557.

3. LAS REGLAS DE RESPONSABILIDAD SEGÚN EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

Expresada la norma y desarrollado el modelo que se utilizará para el análisis económico de la misma, es imperioso determinar en qué clase o tipo encajaría ésta según el AED de accidentes, siendo menester definir qué tipo de responsabilidad (en términos económicos) consagra la norma del Código Penal sobre homicidio culposo.

3.1. EL ARTÍCULO 109 DEL CÓDIGO PENAL COMO NORMA DE NEGLIGENCIA SIMPLE

El artículo 109 del Código Penal establece que,

“el que por culpa matare a otro, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a ciento ocho (108) meses y multa de veintiséis punto sesenta y seis (26.66) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Cuando la conducta culposa sea cometida utilizando medios motorizados o arma de fuego, se impondrá igualmente la privación al derecho a conducir vehículos automotores y motocicletas y la de privación del derecho a la tenencia y porte de armas, respectivamente, cuarenta y ocho (48) a noventa (90) meses”.

A continuación se expondrán los dos argumentos para descartar la posibilidad de que esta norma sea clasificada como una de responsabilidad objetiva, y así posteriormente buscar qué tipo de regla de responsabilidad se acomoda a este artículo:

1. La regla de responsabilidad objetiva es aquella que impone todos los costos de prevención sobre el victimario, independientemente de la precaución que haya tomado o no la víctima¹². Según esto, en el proceso sólo se debe probar, para imputar la responsabilidad

12 Lo que se denomina aquí como regla de responsabilidad objetiva, es la misma clase de regla que STEVEN SHAVELL denomina regla de responsabilidad estricta. SHAVELL, STEVEN, *Foundations of Economic Analysis of Law*, Belknap Harvard, Estados Unidos, 2004, pág. 179.

al victimario, que éste cometió el hecho que produjo el daño, lo que en este caso en particular sería atropellar al peatón; así la norma del Código Penal sólo exigiría para condenar al victimario que se pruebe que él fue quien produjo el daño; pero esto no es así, debido a que la forma de esta norma indica que el victimario es responsable si, y solo si, la precaución tomada se encuentra por debajo de la norma legal, independientemente del nivel de precaución de la víctima. Esto es así ya que el mismo Código Penal en su artículo 23¹³ menciona que para casos como este debe ser tenido en cuenta el nivel de cuidado objetivo, y no sólo si fue quien causó el daño.

2. El artículo 12 del Código Penal colombiano prohíbe todo tipo de responsabilidad objetiva¹⁴, concordando así con el artículo 9º del mismo estatuto, el cual establece que,

“para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable. *La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado*” (bastardilla fuera del texto).

Entonces, el artículo sobre homicidio culposo del Código Penal no es una regla de responsabilidad objetiva, por lo que es pertinente demostrar en qué tipo de regla de responsabilidad podría encajar. Teniendo en cuenta que según el ya mencionado artículo, al victimario no se le puede atribuir responsabilidad alguna por la simple causalidad de los hechos, sino que se debe comprobar que su nivel de precaución se encuentra por debajo del que fija la norma, se podría concluir que se está en presencia de una regla de negligencia. Ahora, ¿cuál regla de negligencia? Debido a que la norma del Código Penal sobre homicidio

13 Ley 599 de 2000, artículo 23, que establece que “la conducta es culposa cuando el resultado típico es producto de la infracción al *deber objetivo de cuidado* y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo” (bastardilla fuera del texto).

14 Ley 599 de 2000, artículo 12, que establece que “sólo se podrá imponer penas por conductas realizadas con culpabilidad. *Queda erradicada toda forma de responsabilidad objetiva*” (bastardilla fuera del texto).

culposo (citada anteriormente) no menciona para nada la conducta de la víctima, se está hablando de una regla de negligencia simple, en la cual, si el victimario tiene culpa, éste es responsable, y si el victimario no tiene culpa, éste no es responsable¹⁵.

3.2. ANÁLISIS POSITIVO DE LA SENTENCIA: LA RESPONSABILIDAD POR CULPA COMPARTIDA

Volviendo a la norma que se extrajo de la sentencia, es imperioso para iniciar su análisis económico en detalle, determinar en qué clase o tipo encajaría según el enfoque del derecho y la economía sobre el derecho de accidentes. Primero, se expondrán los argumentos por los cuales no nos encontramos en presencia de una regla de responsabilidad objetiva, para luego verificar en qué otro tipo de norma se puede clasificar, y finalmente concluir si la jurisprudencia cambió el tipo de norma que establece el artículo 109—sobre homicidio culposo—del Código Penal, el cual es una regla de negligencia simple, y qué implicaciones tendría este cambio, en caso de que exista.

Retomando la definición ya aceptada de regla de responsabilidad objetiva (aquella que impone todos los costos de prevención sobre el victimario; sólo se debe probar que el victimario cometió el hecho que produjo el daño) podemos concluir a primera vista, que la norma de la sentencia no es de responsabilidad objetiva porque los argumentos de la fiscalía no sólo se encaminan a demostrar que el señor que iba conduciendo el bus fue quien atropelló al peatón y por eso debe ser culpable, sino que la evaluación de las pruebas pretende concluir dos cosas, a saber:

1. Si el victimario cumplió el nivel de cuidado objetivo para aplicar la regla de confianza; y
2. Si la víctima no fue imprudente y si tomó las precauciones necesarias para que no hubiera daño alguno.

15 COOTER y ULEN, *ibídem*, pág. 394.

Además, como se mencionó en el punto anterior, está prohibido todo tipo de responsabilidad objetiva en el ordenamiento jurídico penal colombiano.

Según lo anterior, tenemos que la norma que establece la sentencia no es de responsabilidad objetiva, sino que pareciera ser alguna de las reglas que SHAVELL estudia dentro de los “accidentes bilaterales”¹⁶. Es menester aclarar ahora, si la norma que estableció la jurisprudencia en este caso es la misma que establece el Código Penal, es decir, si se está hablando de la aplicación de una regla de negligencia simple. Siendo que la definición de la regla de negligencia simple es aquella en la que si el victimario tiene culpa, éste es responsable, y si el victimario no tiene culpa, éste no es responsable; es decir, no sólo se mira la causalidad, sino que se debe juzgar si el victimario, a pesar de haber cometido el hecho, incumplió el deber de debido cuidado, o en otras palabras, demostrar, además de la causalidad, la culpabilidad; se puede así determinar si la sentencia se adapta a esta definición o tiene otros elementos que no lo permiten. El principal argumento para no clasificar la regla de la jurisprudencia de la Corte Suprema dentro de las reglas de negligencia simple, al igual que el artículo 109 del Código Penal, está basado en que en el juicio el conductor del bus debió probar para no ser condenado, no sólo que no era culpable, es decir que cumplió su deber de cuidado, sino que la víctima fue imprudente. Y para ratificar esto, se ve claramente en las consideraciones de la Corte, que la gran fuerza de su justificación de absolución del victimario, radica en las pruebas que acreditan que la víctima fue imprudente, a tal punto de sobrepasar el riesgo legalmente admitido. Por tanto, la jurisprudencia sí ha cambiado el tipo de regla de responsabilidad, con respecto a la establecida en el Código Penal colombiano del año 2000.

Es en este punto donde aparece el gran interrogante sobre la clasificación de la norma bajo análisis, el cual consiste en definir qué tipo de responsabilidad recoge la sentencia, habiendo descartado la responsabilidad objetiva (la regla clásica) y la negligencia simple (la regla del Código Penal). El debate aquí se resume en una pregunta:

16 SHAVELL, *Foundations of Economic Analysis of Law*. p. 182.

¿la sentencia se debe reconocer como una que plantea responsabilidad por culpa compartida o como una que plantea negligencia contributiva?

Para resolver la anterior inquietud es de suma importancia tener claro el significado de responsabilidad por culpa compartida y negligencia contributiva, conocer cuáles son las características relevantes del fallo que se acoplan a la descripción de dichos significados, y confrontar las mismas con las definiciones ya dadas.

1. Definiciones:

- a) *Responsabilidad por culpa compartida*: situación en la que tanto victimario como víctima responden por lo hechos debido a que ambos deben tomar precauciones para evitar que ese tipo de sucesos ocurran teniendo el debido cuidado, de modo que se divide el costo del daño entre las partes en proporción a su negligencia¹⁷.
- b) *Negligencia contributiva*: situación en la que el victimario, aun siendo responsable por los hechos, queda absuelto totalmente de los cargos que se le imputan si logra probar que la víctima no tuvo el nivel adecuado de precaución¹⁸.

2. Características relevantes del fallo:

- a) El victimario es absuelto totalmente.
- b) Existe negligencia de la víctima.
- c) El victimario tuvo que probar que cumplió con el nivel de precaución exigido por la norma (cumplió con su deber de cuidado).

17 La norma que nombramos como de responsabilidad por culpa compartida es equivalente a la norma de negligencia comparativa tratada por POSNER. POSNER, *ibidem*, pág. 165.

18 COOTER y ULEN, *ibidem*, pág. 395.

- d) El victimario tuvo que probar la negligencia de la víctima (incumplió con su deber de cuidado).

3. Confrontación de definiciones y características:

- a) Negligencia contributiva *contra* características relevantes del fallo:
- En la sentencia hubo absolución total del victimario por los cargos que se le imputaban como efectivamente sucede en la negligencia contributiva.
 - En la sentencia hubo negligencia de la víctima por estar embriagado y cruzar la calle por un lugar no permitido, como efectivamente lo requiere la negligencia contributiva.
 - En la sentencia efectivamente el victimario tuvo que probar la negligencia de la víctima como sucede en la negligencia contributiva
 - En la sentencia el victimario tuvo que probar que cumplió con el adecuado nivel de precaución, situación que no formula la negligencia contributiva ya que a ésta no toma en cuenta la responsabilidad del victimario sino únicamente la negligencia de la víctima.
 - Al haber tenido que probar el victimario que cumplió con el adecuado nivel de precaución, cosa que la negligencia contributiva no establece, se puede decir que la norma que establece la sentencia no se debe reconocer estrictamente como una que establece negligencia contributiva.

- b) Responsabilidad por culpa compartida *contra* características relevantes del fallo:
- Aun cuando en la sentencia el victimario tuvo que probar que cumplió con el adecuado nivel de precaución, para demostrar su debido cuidado, y a pesar de que hubo absolucón total del victimario por los cargos que se le imputaban, en este aspecto es importante la pregunta sobre cuál es la finalidad del fallo de la Corte, finalidad que en nuestro entender se encamina a determinar que si el victimario hubiese incurrido en alguna pequeña causal de no cuidado, hubiese tenido culpa por los hechos cometidos. Además, cabe señalar que teniendo en cuenta que estamos hablando de un homicidio culposo, es obvio que no se puede imponer pena alguna a la víctima, pero sí se puede graduar la pena del victimario según su negligencia y la de la víctima.
 - En la sentencia hubo negligencia de la víctima por estar embriagada y cruzar la calle por un lugar no permitido, y efectivamente el victimario tuvo que probar la negligencia de la víctima por lo que se puede confirmar que existió culpa de la víctima.
 - Al existir culpa de la víctima y una posible culpa del victimario, según el análisis de la Corte, la norma que procede del fallo es de responsabilidad por culpa compartida pues tanto la víctima como el victimario debería responder por los sucesos acaecidos.

Una vez resuelta la inquietud se puede observar que la norma que plantea la sentencia es una norma de responsabilidad por culpa compartida y no una norma de responsabilidad objetiva, de negligencia contributiva, ni de negligencia simple como la consagrada por el legislador en el Código Penal colombiano.

4. LA RACIONALIDAD ECONÓMICA DE LA SENTENCIA

Ahora bien, teniendo claro lo anterior y antes de analizar los posibles problemas que pueden surgir de la sentencia, es necesario establecer la racionalidad económica que pudo tener la Corte para proferir el fallo al decidir absolver al conductor del bus. Todo el razonamiento económico de la Corte está basado en que,

“la imputación jurídica del resultado implica establecer una relación de causalidad entre la creación del riesgo, al momento de producirse la conducta punible, y el daño producido”;

y es a partir de esta afirmación que la sentencia evalúa cómo se originó el riesgo y quién tuvo la culpa al crearlo. En este punto podemos sostener que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema toma en cuenta una teoría económica sobre el riesgo, aplicable a los delitos culposos, ya que esta sentencia está basada en una anterior, específicamente en la sentencia 16636 de mayo 20 de 2003 en la que se explica el concepto de “riesgo legalmente admitido” y del principio de confianza.

Entonces, para explicar la racionalidad económica de la Sala de Casación Penal debemos mencionar lo que aparece en los respectivos fallos sobre los conceptos doctrinales y jurisprudenciales de “riesgo legalmente admitido”, “deber de cuidado objetivo” y “principio o regla de confianza”:

1. *Riesgo legalmente admitido*: la imputación jurídica existe si el autor con su comportamiento despliega una actividad riesgosa, entra al terreno de lo jurídicamente desaprobado, y produce un resultado lesivo que se encuentre en perfecta ilación al suceso fatal; asimismo la imputación jurídica no existe o desaparece si aun en desarrollo de una actividad peligrosa, el autor no trasciende el riesgo jurídicamente admitido¹⁹.

19 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia 16636 de mayo 20 de 2003, MP ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN. Esta sentencia es la que es citada en la sentencia objeto de análisis, y que es utilizada para aplicar por vía de jurisprudencia el concepto de riesgo legalmente admitido.

Para determinar si alguien traspasó el riesgo jurídicamente admitido, se deben evaluar las condiciones particulares de cada caso, ya que por ejemplo, en el caso de la sentencia 21241 (sentencia bajo análisis) la Corte considera que el conductor no lo traspasa porque no realiza ningún hecho que aumente el riesgo de conducir un vehículo, y las infracciones en las que incurrió no se encuentran en ilación al hecho fatal. Las infracciones en las que incurrió el conductor del bus de servicio público fueron:

- a) Transitar en horas no autorizadas
- b) No portar el seguro obligatorio.

Es así como dichas contravenciones no hacen acreedor al conductor del bus de sanciones penales, sino de otro tipo de sanciones consagradas en el Código de Tránsito, ya que, para la Corte, el incurrir en ellas no afecta directamente la conducta del conductor para que éste hubiese arrollado al peatón que cruzaba indebidamente la avenida.

En este punto es oportuno señalar que el huir del lugar de los hechos es agravante de homicidio culposo, mas no un indicio de responsabilidad. Lo que se manifiesta en la sentencia es que el alejarse de manera injustificada del sector resulta punible como agravante, siempre y cuando se demuestre previamente que la conducta culposa que dio lugar a un resultado lesivo de un bien jurídico protegido en efecto debe imputársele a quien huyó.

2. *Deber objetivo de cuidado y regla de confianza*: es menester explicar estos dos conceptos de manera conjunta para que puedan ser realmente comprendidos. La jurisprudencia ha expresado que,

“la violación al deber de cuidado objetivo se evalúa siempre dentro de un ámbito situacional determinado, es decir, por medio de un juicio de la conducta humana en el contexto de relación en el cual se desempeñó el actor” (...)”En orden a examinar la violación del deber de cuidado objetivo, rige la regla de confianza, elaboración doctrinaria que parte del hecho de la *inter subjetividad*

permanente del ser humano, razón por la cual, quien participa de una actividad riesgosa, compleja o delicada, en la medida en que actúa diligente y cuidadosamente tiene derecho a confiar en que los demás partícipes harán lo suyo²⁰.

En el caso en conocimiento, el deber de cuidado objetivo que estaba a cargo del conductor del bus consiste en darle prelación al peatón (tal y como lo indica el Código de Tránsito Terrestre en el artículo 122), no conducir a alta velocidad (debe conducir por debajo de 60 km/h), llevar las luces encendidas de noche, conducir por el carril que le corresponde, y

“no llevar las manos ocupadas en otros menesteres o descuidar el volante así fuese por un instante”²¹.

En otras palabras, el deber de cuidado objetivo se predica de la persona que ejecuta la actividad riesgosa, en la medida en que éste debe tomar las debidas precauciones que la ley establece para evitar traspasar el riesgo legalmente admitido. Sin embargo, esa persona que debe cumplir el deber de cuidado objetivo se encuentra protegido por la regla de confianza, que establece que siempre que se cumpla dicho deber, él mismo puede esperar que las demás personas actuarán diligentemente, por lo que si el riesgo es aumentado hasta un nivel no permitido jurídicamente por negligencia o imprudencia de la víctima, entonces no se le podrá imputar culpa alguna a quien ejecutaba la actividad riesgosa.

La decisión de la Corte Suprema es entonces, absolver al victimario, es decir quien atropella a un peatón, cuando la víctima fue imprudente, debido a que para el conductor es imposible llegar a tal nivel de precaución que impida que la víctima haga que se aumente el riesgo de

20 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, auto del 16 de septiembre de 1997, radicado 12655, MP JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGO.

21 Esta parte es mencionada en la sentencia objeto de análisis, por la Corte Suprema para justificar que el hecho de que el conductor estuviese hablando con su ayudante no implicaba el descuido del volante y la falta de cuidado a tal punto de atropellar a un peatón-

tal manera que se cause el daño, es decir, que sea atropellado y muera; además, le permite a los jueces graduar la pena del victimario no sólo cuando se presenta una causal de agravamiento del delito, sino en caso de que éste fuese responsable y que la víctima fuese imprudente.

5. ANÁLISIS NORMATIVO DE LA SENTENCIA

Sabiendo ya la racionalidad económica que guió a la Corte Suprema a absolver al conductor del bus, es pertinente plantear algunos de los problemas económicos que se desprenden de esta norma de derecho penal y de responsabilidad por culpa compartida. Los problemas son:

5.1. LA SENTENCIA Y SU EFECTO DISUASORIO

El objetivo del derecho penal es disminuir las tasas de crímenes, en este caso en particular es disuadir a los potenciales victimarios, haciendo que éstos aumenten su nivel de precaución en busca de que se reduzcan las tasas de homicidios culposos en accidentes de tránsito al menor costo posible (lo que ya hemos mencionado como aplicación del derecho de accidentes al derecho penal). Así, una persona comete un acto dependiendo de si puede o no recibir una sanción, es decir, que la probabilidad de que incurra en una falta está relacionada con el beneficio que recibe y el costo que implica el daño cometido. Por eso, cuando una persona decide no cometer dicho acto, ha sido disuadido, su función de utilidad no es satisfactoria, por tanto es más conveniente abstenerse²². En otras palabras, para hablar de disuasión es necesario tener en cuenta todas las variables de las que ésta depende. Como bien se sabe, la disuasión se encuentra en función de la probabilidad de ser aprehendido y la severidad de la sanción, es decir, el valor esperado del victimario.

22 SHAVELL, STEVEN, “El derecho penal y el uso óptimo de sanciones no monetarias como medida de disuasión”, en: *Derecho y Economía: una revisión de la literatura*, Fondo de Cultura Económica: México, 2000. Originalmente “*Criminal Law and the Optimal Use of Nonmonetary Sanctions as a Deterrent*”, *Columbia Law Review*, vol. 85, 1985, pág. 1232, trad. por JOSÉ CASARRUBIAS, pág. 438.

Asimismo, la probabilidad de aprehensión está en función del nivel de actividad del victimario y de los costos de precaución de las partes (teniendo en cuenta que estamos tratando una regla de responsabilidad por culpa compartida).

Es así como para dar respuesta correcta a la pregunta sobre si la sentencia tiene efecto disuasorio, es necesario como primera medida, determinar cómo está estructurada la responsabilidad en la sentencia de la Corte:

Responsable	X	No responsable
<ul style="list-style-type: none"> Incremento del riesgo hasta niveles desaprobados u ofensivos por parte del victimario: No cumplir el deber de cuidado objetivo, v.gr. descuidar el volante. 	<ul style="list-style-type: none"> Riesgo legalmente admitido. 	<ul style="list-style-type: none"> Incremento del riesgo hasta niveles desaprobados u ofensivos por parte de la víctima: Cumplimiento del deber de cuidado objetivo. El evento es imputable solamente a la conducta de la víctima. Exposición al riesgo de manera imprudente por parte de la víctima.

Ahora, teniendo en cuenta las variables mencionadas y de las cuales depende el efecto disuasorio de una norma, debemos analizar cada una de ellas en la norma establecida por la sentencia, lo que examinaremos en el fallo de la Corte Suprema de Justicia:

A) NIVEL DE ACTIVIDAD, DE PRECAUCIÓN Y CONDUCTOR

La causa detrás de la proscripción, o en su caso restricción, de una actividad riesgosa es la creencia de que otros miembros de la sociedad pueden resultar lastimados. La cantidad de daño tendería a incrementarse con el nivel de actividad²³; igualmente, el nivel de actividad y el nivel de

23 BECKER, GARY, "Crimen y castigo: un enfoque económico", en: *Derecho y Economía: una revisión de la literatura*, Fondo de Cultura Económica, México, 2000. Originalmente: "Crime and Punishment: An Economic Approach", *Journal of*

riesgo, son directamente proporcionales en la medida en que el riesgo será alto y tenderá a aumentar, toda vez que la actividad sea alta y tienda a aumentar; por el contrario, el riesgo será poco y tenderá a disminuir, toda vez que la actividad sea poca y tienda a disminuir.

Por ello es que existen conceptos como el de deber de cuidado objetivo. Sin embargo, si la Corte hubiera aplicado una norma de responsabilidad objetiva²⁴ en razón de que el conductor es quien desarrolla la actividad riesgosa, tal y como parece prescribir el artículo sobre homicidio culposo del Código Penal²⁵, el nivel de actividad sería mucho menor, por lo que habría menos probabilidad de que hubiese ocurrido el suceso. La sentencia, por ende, aumenta el nivel de actividad del potencial victimario y la probabilidad de que el hecho ocurra, pero aquí es necesario establecer si lo aumenta de una manera ineficiente, examinando si dichos niveles incrementan de manera indeseable la tasa de homicidios culposos.

El resolver esta cuestión resulta bastante difícil tomando en cuenta que la sentencia tiene grandes fallos en la información, que en realidad tienen su causa en la regulación del sistema procesal penal. Por ejemplo, nunca mencionan si el conductor fue sancionado con las multas que establece el Código de Tránsito Terrestre por conducir en horas no autorizadas y por no llevar el seguro obligatorio para accidentes de tránsito (SOAT), ya que en las sentencias penales nunca se encontrarán datos como éstos por ser competencias de otras ramas del derecho.

Political Economy, vol. 76, n° 3, 1968, págs. 169-217, trad. por EDUARDO LOZANO y REBECA GALVÁN, pág. 418.

- 24 Claro está que esto es hablando en términos de eficiencia económica, debido a que como ya se mencionó, el ordenamiento jurídico penal prohíbe toda forma de responsabilidad objetiva.
- 25 Ley 599 de 2000, artículo 109, que establece que “el que por culpa matare a otro, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a ciento ocho (108) meses y multa de veintiséis punto sesenta y seis (26.66) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Cuando la conducta culposa sea cometida utilizando medios motorizados o arma de fuego, se impondrá igualmente la privación al derecho a conducir vehículos automotores y motocicletas y la de privación del derecho a la tenencia y porte de armas, respectivamente, cuarenta y ocho (48) a noventa (90) meses”.

No obstante, podemos señalar con la información que aporta la sentencia, que el nivel de actividad del victimario aumenta en forma eficiente, porque al compartir la culpa con la víctima ya no es necesario que disminuya el nivel de la actividad riesgosa (conducir) siempre que tome las precauciones que establece la sentencia para él, las cuales son mencionadas en la recta de responsabilidad; así, el aumento en el nivel de actividad no va a hacer que se aumente la tasa de peatones atropellados si la norma le impone a los conductores un determinado nivel de precaución que deben cumplir para no ser condenados por homicidio culposo.

Ahora, a nuestro modo de ver, la sentencia relaja el nivel de precaución del victimario de manera significativa, pues el simple hecho de cambiar de regla de negligencia simple a regla de responsabilidad por culpa compartida, disminuye sus costos de precaución porque ahora “comparte” —valga la redundancia— la responsabilidad con la víctima; de esta forma la sentencia tiene un gran aporte para el ordenamiento jurídico, porque hace que el victimario no tenga que incurrir en costos excesivos de precaución, como por ejemplo, no poder hablar con nadie mientras conduce, lo que aplicado a una persona normal sería mucho más costoso e ineficiente que aplicado a un conductor de un bus de servicio público, ya que para el particular implicaría no tener conversación alguna con sus acompañantes, quienes suelen ser personas de confianza o cercanas. Además, incluso permite que se gradúe la pena del conductor en caso de que la víctima hubiese sido negligente y el conductor aún culpable.

También, en este fallo la Corte es consciente de que incluso existen costos de precaución imposibles de asumir para el victimario, tales como adivinar que el peatón no cruce la avenida por donde la ley lo prohíbe y en estado de embriaguez, como en el caso examinado por la Corte, siendo que el conductor iba a la velocidad permitida y por el carril que le correspondía; ese tipo de precaución es excesiva y por tanto ineficiente ya que se vuelve imposible incurrir en ese tipo de costos.

Hasta ahora tenemos que la sentencia relaja el nivel de precaución a un nivel eficiente; no obstante, si ahora tomamos en cuenta que el derecho penal no considera que la huída del lugar de los hechos sea

relevante para la decisión del caso y simplemente no lo toma en cuenta como una presunción de hecho que indique la culpa del victimario, por lo que no era necesario que el conductor probara que huyó del lugar por no haberse dado cuenta de haber atropellado a una persona, de lo que se desprende que el fallo (aplicando la regulación de las causales de agravación de la pena del Código Penal) no genera adecuados incentivos para que el victimario tome el nivel óptimo de precaución. Esto se explica en el hecho de que los conductores que consideren que no tuvieron la culpa de atropellar a un peatón huyan del lugar del suceso fatal sin temor alguno de que un juez los pueda condenar por el ilícito (homicidio culposo), y es menester denotar que es poco probable que un conductor que atropelle a una persona se considere en el momento del suceso fatal como culpable, el conductor suele decir que lo que ocurrió fue que no vio al peatón o que éste “se le atravesó”.

Se debería obligar al conductor a detenerse estableciendo, por ejemplo, una presunción de hecho que constituya culpa por haber huido del lugar, es decir, debería obligarlo a probar que huyó porque no se percató del accidente, entró en un estado de pánico, etc., para alcanzar un nivel óptimo de precaución. Sin embargo, aquí es de anotar que los costos de adoptar una legislación basada en la presunción de inocencia aplicable al derecho penal, puede que económicamente no sea eficiente, pero que la sociedad considere que es necesario asumir esos costos en razón de su filosofía o de sus políticas en un momento dado; es en este punto donde se ve el choque entre eficiencia y equidad u otras razones de justicia, que ha ocupado a los analistas económicos de derecho desde sus inicios.

Hasta ahora tenemos que la norma aumenta el nivel de actividad del victimario, sin llegar a niveles ineficientes (por supuesto, sin tomar en cuenta que no se sabe si fue sancionado o no por transitar en horas no autorizadas y sin el seguro obligatorio), y que relaja el nivel de precaución del mismo llegando a un nivel más eficiente que la norma del Código Penal²⁶, pero sin alcanzar un nivel óptimo debido a que no

26 Ley 599 de 2000, artículo 109, que establece que “el que por culpa matare a otro, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a ciento ocho (108) meses y multa de veinte

genera suficientes incentivos para el victimario siendo que la Corte, aplicando las normas del Código Penal sobre agravación de la pena, no toma en cuenta que éste huyó del lugar de los hechos.

B) NIVEL DE ACTIVIDAD, DE PRECAUCIÓN Y PEATÓN

De ninguna manera se puede decir que la sentencia disminuye el nivel de actividad del peatón, ya que la responsabilidad que se le imputa a la víctima no llega a tal punto de impedir que transite por las calles, o que no transite en determinadas horas, es decir, que el peatón puede continuar teniendo el mismo nivel de actividad, sólo que debe incurrir en más costos de precaución.

De este modo, se tiene que el fallo aumenta eficientemente el nivel de precaución del peatón, debido a que con la regla de negligencia simple establecida por el legislador, la víctima no tenía la necesidad de la precaución, por lo cual había un nivel ineficiente de la misma que producía un alto costo social, pues el victimario era quien tenía que tomar la precaución frente a todas las probabilidades de accidente, y como se menciona anteriormente hay costos que se le adjudicaban al victimario, incluso imposibles de ser tomados. Aunque se aumenten los costos de precaución del peatón, dichos costos no aumentan ineficientemente su nivel de precaución ni son excesivos, ya que el cruzar la calle por un semáforo, el no cruzar una avenida en estado de embriaguez, y el transitar por la acera no implica un mayor costo para él, por el contrario, le representa un beneficio, que es el no aumentar el riesgo de ser atropellado, lo cual si le representaría un costo altísimo, como quedar gravemente lesionado o perder la vida, como en el caso tratado por la Corte.

y seis punto sesenta y seis (26.66) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Cuando la conducta culposa sea cometida utilizando medios motorizados o arma de fuego, se impondrá igualmente la privación al derecho a conducir vehículos automotores y motocicletas y la de privación del derecho a la tenencia y porte de armas, respectivamente, cuarenta y ocho (48) a noventa (90) meses”

Resumiendo lo anterior, se puede decir que la sentencia tiene un mayor efecto disuasorio que la norma del Código Penal, debido a que las dos partes, tanto víctima como victimario, se encuentran involucrados en una actividad en la cual cualquiera de los dos puede aumentar el riesgo para que se de el accidente, por lo que tiene mucho más efecto disuasorio una norma que obligue a los dos a tomar un cierto nivel de precaución, que sólo a una de las partes, tal y como lo preveía el Código Penal, en donde el victimario debía tomar un ineficiente nivel de precaución, y por ende no se generaba incentivos para que la víctima tomara un nivel óptimo de precaución.

Entonces, la norma de responsabilidad por culpa compartida de la sentencia bajo análisis disminuye la probabilidad de que ocurra el accidente, variable que está relacionada con la disuasión de forma inversa—así, entre más alta sea la probabilidad de que ocurra el hecho, entonces más bajo será el efecto disuasorio de la norma—, de tal manera que hace que el peatón tome la precaución necesaria para disminuir la probabilidad de ser atropellado, en razón de que hay situaciones imprevistas que son imposibles de precaver para el victimario. No obstante, es importante resaltar que el nivel de actividad del conductor es aumentado (teniendo en cuenta que esta afirmación no es del todo segura, debido a que la sentencia no menciona si se sancionó al conductor por conducir en horas no autorizadas y sin seguro obligatorio), pero no de forma ineficiente porque los costos de precaución impiden que el aumento en el nivel de actividad aumente las tasas de personas atropelladas.

Por otra parte, se tiene que la sentencia al aplicar las normas del Código Penal sobre agravación de las penas, no genera los suficientes incentivos de precaución al conductor del bus, ya que ni siquiera es evaluada o tomada en cuenta la prueba de la huída del lugar de los hechos, por considerar que eso no tiene nada que ver con que haya ocurrido el hecho, pero que eventualmente puede alentar a todo conductor victimario que no se crea culpable a huir y no prestar atención a la víctima. Aquí es necesario que se tenga en cuenta lo anteriormente dicho sobre la presunción de inocencia y su enfrentamiento con la eficiencia económica.

Además, cabe mencionar que la norma establecida de responsabilidad por culpa compartida, minimiza los costos, ya que los costos sociales se encuentran en función del costo de la precaución, el valor esperado del victimario y de la pena²⁷ (utilizando tanto el derecho penal como el derecho de accidentes), y el costo de precaución aumenta pero llegando a un nivel mucho más eficiente que el artículo de homicidio culposo del Código Penal, por lo que disminuye la probabilidad de que el ilícito ocurra (como ya se mencionó anteriormente), lo que representa una minimización de los costos sociales.

Empero, los problemas de minimización de costos y de lograr un mayor efecto disuasorio no se pueden ver de forma aislada, por lo que es interesante mencionar el análisis que realiza BECKER sobre este punto; lo que menciona es que si sólo se buscara la disuasión, simplemente la probabilidad se intentaría acercar al 1 y los castigos podrían planearse de manera que excedieran las ganancias, en ese sentido las ganancias se reducirían casi a voluntad. Sin embargo, un aumento en la probabilidad incrementa el costo social de los delitos a través de su efecto en el costo del combate. En valores relativamente bajos de probabilidad y castigo, efectos como el descrito pueden resultar mayores que la ganancia social de incrementar la disuasión. Con esto lo que se evidencia es que el objetivo del derecho penal de lograr un efecto disuasorio por medio de una norma, debe tener en cuenta el costo social de incrementar la probabilidad de que el delincuente sea aprehendido, aspecto que generalmente no se tiene en cuenta cuando se busca un mayor efecto disuasorio.

Un incremento en la probabilidad de ser condenado absorbe recursos públicos en forma de policía, jueces, etc., por lo que una reducción compensada en esta probabilidad, va a reducir los gastos en el combate al crimen, y como el castigo esperado permanece sin cambios, no hay ningún incremento significativo en la cantidad de daños o en el costo del castigo. Por esto en los países subdesarrollados existe la tendencia a castigar con severidad a los delincuentes pero a mantener

27 COOTER y ULEN, *ibídem*, pág. 550.

la probabilidad de captura en niveles muy bajos. Lo que aplicado al fallo bajo análisis, no incide, en razón de que la sentencia no encamina el aumento de la disuasión de la norma por el enfoque de una política pública, como colocar más policías en las calles, sino de forma diferente, como simplemente aumentar los costos de precaución del peatón; además ni la Corte ni ningún juez de la república en caso de homicidio está facultado para modificar las penas, sólo pueden graduarlas entre los rangos que establece el legislador, entonces quien podría cambiar el castigo para que tuviese más disuasión es el Congreso y no los tribunales.

5.2. LA SENTENCIA, SU EFECTO DISUASORIO Y LOS PROBLEMAS DE INFORMACIÓN

El análisis precedente del problema demostró que la norma que establece la sentencia es más eficiente y produce un mayor efecto disuasorio que la norma del artículo del Código Penal. No obstante, todo lo concluido precedentemente se ve afectado dados dos problemas de información que tiene la sentencia, problemas que pueden llevar a que se produzcan unos efectos diferentes desde el punto de vista del conglomerado, a los mencionados en el punto anterior. Dichos problemas de información que se derivan de la sentencia 21241, son:

A) EL PROBLEMA DEL SISTEMA DE FUENTES DEL DERECHO EN COLOMBIA

Al respecto, el inconveniente de la norma analizada en el presente trabajo es que fue introducida al ordenamiento por vía jurisprudencial y con base en conceptos doctrinarios, lo cual en el sistema de fuentes de derecho colombiano no genera los mismos efectos que los de una ley producida por el legislador. Como bien se sabe, la Constitución Política de 1991 en su artículo 230 consagra que,

“los jueces en sus providencias sólo pueden estar sometidos al imperio de la ley” —y que— “la equidad, la *jurisprudencia*, los principios generales del

derecho y la *doctrina* son criterios auxiliares de la actividad judicial” (bastardilla fuera del texto),

lo cual determina que la fuente formal del derecho en Colombia es la ley, lo que se explica en el sistema que acogemos por herencia de Europa continental: el sistema del *civillaw*, en el que la jurisprudencia tiene un valor secundario; a pesar de que en los últimos años con el advenimiento del nuevo derecho, esto ha cambiado un poco gracias al fortalecimiento de la rama judicial como productora de normas (en sentido amplio) y como creadora de importantes fallos de gran trascendencia, fallos como los proferidos por la Corte Constitucional sobre temas como la UPAC, la dosis mínima de estupefacientes, la eutanasia, etc.

Sin embargo, a pesar de la importancia que está cobrando la jurisprudencia hoy en día, es necesario anotar que una sentencia como la tratada aquí no tiene una publicación amplia, entonces, se hace imposible que un caso *inter partes*, tratado por la Corte Suprema de Justicia, y que a primera vista sólo interesaría a los implicados en el proceso, sea objeto de una amplia publicidad, a pesar de la importancia y el gran aporte de fallos como este sobre la eficacia de una norma y el mejoramiento en sus efectos en aras de un mayor beneficio para la sociedad. Además, una segunda dificultad que se deriva del reducido valor que tienen este tipo de sentencias en nuestro derecho, consiste en que la misma naturaleza del sistema de fuentes hace excesivamente costoso dar a conocer a toda la sociedad la jurisprudencia²⁸, asimismo, sería muy costoso hacer que en el Congreso se presente un proyecto de ley para reformar el Código Penal, dado que por desgracia, los congresistas no conocen a fondo la jurisprudencia, e instruirlos sobre el tema es un trabajo bastante arduo, considerando el tiempo tomado para esta investigación.

28 En este punto no queremos dejar de lado la importancia que ha adquirido la jurisprudencia en Colombia, pero se debe tener en cuenta que a pesar de esto, las sentencias siguen teniendo un valor no tan importante como la ley en el sistema jurídico y además, estas sentencias de casación no son tan conocidas ni tan estudiadas como por ejemplo algunas sentencias de constitucionalidad, o de tutela de la Corte Constitucional; esto posiblemente porque a las personas les interesa más conocer sobre leyes que son demandadas o sobre fallos decisivos en materia de derechos fundamentales.

Entonces, los beneficios marginales de dar a conocer una sentencia o intentar darle un carácter *erga omnes* no exceden los costos marginales por hacer dicho intento, lo que lleva a concluir que es más eficiente dejar la sentencia como una norma jurisprudencial de carácter auxiliar, o al menos una no tan conocida.

Empero, si se deja así el problema, es decir, sin incurrir en los costos de dar a conocer la información de la sentencia o en darle carácter de *erga omnes*, de todas maneras siguen existiendo problemas en la jurisprudencia, ya que la providencia que define el riesgo legalmente admitido trata un caso similar al de la sentencia objeto de análisis, pero los resultados y conclusiones a los que llega la Corte Suprema son muy distintos.

El caso de la sentencia sobre riesgo legalmente admitido trata de un bus de servicio público en el que se encontraba una persona de la tercera edad en estado de embriaguez, sentada en las escaleras de entrada del bus y que pese a la insistencia del conductor para que se retirara de ahí por el peligro que le representaba, quiso seguir allí sentado. Este señor falleció porque se cayó del bus en una curva. La Corte decidió que el conductor era culpable porque era su obligación cerrar la puerta del bus, no llevar pasajeros de pie y no dejar subir pasajeros en estado de embriaguez al bus. Esas violaciones a la ley, que según la Corte traspasaban el riesgo legalmente admitido, parecen no tener una ilación perfecta con la muerte de la víctima, ya que a pesar de no cumplir la ley, el dejar subir a una persona en estado de embriaguez no implica que pueda morir en un accidente, pero sí puede ser causa del mismo, el hecho de dejar sentar a la víctima en ese lugar tan peligroso, pero dada la insistencia de la misma, fue la víctima la que aumentó el riesgo legalmente admitido; entonces, a primera vista parecería que los dos fallos de la Corte se contradicen en lo que concierne al sobrepaso de dicho riesgo.

B) OTROS PROBLEMAS DE INFORMACIÓN EN LA PARTE RESOLUTIVA DE LA SENTENCIA

Otros problemas de información diferentes a los derivados por el carácter *inter partes* de la sentencia, consisten en que la Corte Suprema

de Justicia basa gran parte de su fallo en una sentencia anterior, que es la que define el concepto de riesgo legalmente admitido, tomado de la teoría de la imputación objetiva; el problema se presenta cuando se va a consultar dicha sentencia “fundacional” debido a que se encuentra mal citada. En otras palabras, la providencia 21241 cita como la sentencia sobre riesgo legalmente admitido a aquella con número de radicación 19645 de 2003, lo cual es erróneo, ya que esta sentencia ni siquiera pertenece a la Sala de Casación Penal, sino a la laboral, y además no menciona nunca el riesgo legalmente admitido. Por el contrario, la sentencia con número de radicación 16636 del año 2003 si habla del riesgo legalmente admitido y trata un caso de homicidio culposo también.

Una segunda falla con respecto a la deficiencia de información es la falta de precisión en los datos suministrados por la sentencia, ya que ésta no es precisa en las sanciones que debía haber recibido el victimario por no llevar el seguro obligatorio y por transitar en horas no autorizadas, lo cual dificulta el análisis sobre el incremento en el nivel de actividad e incentivos del conductor del bus. Sin embargo, es de aclarar que esta falla se predica del sistema jurídico en general y no de la sentencia en sí, como ya se mencionó anteriormente en este trabajo.

5.3. GASTOS DE ADMINISTRACIÓN, COSTOS DEL PROCEDIMIENTO Y LA RESPONSABILIDAD POR CULPA COMPARTIDA

La función social de bienestar implica la minimización no sólo de los costos esperados del accidente ni de los gastos de precaución, sino también de los gastos de administración y costos del procedimiento.

Una regla de negligencia simple sólo requiere probar si el acusado o imputado tuvo culpa, mientras en un sistema de culpa compartida, se requiere probar además la culpa del victimario, también la responsabilidad que pudo tener la víctima en el suceso. Entonces los sistemas basados en reglas de responsabilidad por culpa compartida son más costosos que los basados en reglas de negligencia simple.

Ahora bien, los costos del procedimiento en la sentencia aumentan en razón de lo ya mencionado, y dichos costos se le imputan al *least*

cost avoider porque la Fiscalía es quien debe asumir los costos del procedimiento, gane o pierda, esto justificado porque para el Estado es más barato pagar investigadores, por ejemplo, que a un particular, ya que es el Estado quien está a cargo de todas estas instituciones, tales como medicina legal, etc.

5.4. UNA SOLUCIÓN AL PROBLEMA

Estudiada la sentencia y habiendo analizado dichos problemas, es necesario plantear un modelo, si se le puede llamar así, para mejorar el introducido por la Corte Suprema, con el cual se podrían llegar a resultados más deseables en términos económicos para la sociedad.

Como ya se dijo, el efecto de la disuasión de la sentencia es mayor que el de la norma del Código Penal, bajo el supuesto que no existen los problemas de información ya planteados. No obstante, es posible una solución más eficiente al respecto, y ésta consiste en imponer una presunción de hecho (que admite prueba en contrario) al victimario que escape del lugar de los hechos para así incentivar a que éste no escape pensando que no fue culpable, ya que si no escapa se pueden generar beneficios muy altos para la sociedad como el brindar asistencia a la víctima e impedir su muerte. Empero, esta solución a pesar de ser más eficiente económicamente, no sería aplicable en la sociedad actual debido a la presunción de inocencia, la cual materializa el enfrentamiento entre eficiencia y equidad u otras razones de justicia.

Solucionar los problemas de información implicaría incurrir en unos costos que sobrepasan los beneficios traídos por la sentencia, por las razones expuestas en el aparte sobre dichos problemas; y en cuanto a los problemas del incremento en los costos de administración y del procedimiento, es necesario que la regla de responsabilidad por culpa compartida que se establece mediante jurisprudencia, mantenga una línea jurisprudencial constante y constituya un precedente sólido o una regla de mayoreo, que permita ahorrar costos de administración de tal forma que el juez sepa qué es lo que debe aplicar en cualquier caso, y no establecer una adjudicación de caso por caso. Para llegar a esto es necesario que se unifique la jurisprudencia, que los jueces sigan

el precedente para fallar y que si cambian de fallo, justifiquen la razón de por qué lo hacen, tal y como lo ordena la Corte Constitucional.

CONCLUSIONES

Los resultados del análisis del problema demuestran que la sentencia produciría un mayor efecto disuasorio que la norma del Código Penal, ya que tanto víctima como victimario, se encuentran involucrados en una actividad en la cual cualquiera de los dos puede aumentar el riesgo para que se de el accidente, por lo que tiene mucho más efecto disuasorio una norma que obligue a los dos a tomar un cierto nivel de precaución, que sólo a una de las partes, como en la norma del Código Penal, en la que el victimario debía tomar un nivel ineficiente de precaución, y por ende no se generaba incentivos para la víctima. Entonces, la norma de responsabilidad por culpa compartida de la sentencia bajo análisis disminuye la probabilidad de que ocurra el accidente, variable que está relacionada con la disuasión de forma inversa — así, entre más alta sea la probabilidad de que ocurra el hecho, entonces más bajo será el efecto disuasorio de la norma —, de tal manera que hace que el peatón tome la precaución necesaria para disminuir la probabilidad de ser atropellado, en razón de que hay situaciones imprevistas que son imposibles de precaver para el victimario.

No obstante, es importante resaltar que el nivel de actividad del conductor es potencialmente aumentado (teniendo en cuenta que esta afirmación no es del todo segura, debido a que la sentencia no menciona si se sancionó al conductor por conducir en horas no autorizadas y sin seguro obligatorio), pero no de forma ineficiente porque los costos de precaución impiden que el aumento en el nivel de actividad aumente las tasas de personas atropelladas. Por otra parte, se tienen que la sentencia no genera los suficientes incentivos de precaución al conductor del bus, ya que ni siquiera es evaluada o tomada en cuenta la prueba de la huida del lugar de los hechos, por considerar que eso no tiene nada que ver con que haya ocurrido el hecho, pero que eventualmente puede alentar a todo conductor victimario que no se crea culpable a huir y no prestar atención a la víctima (teniendo en cuenta que la sociedad puede

considerar más importante que la eficiencia, la equidad o algunas razones de justicia, en este caso en particular la protección al acusado mediante la presunción de inocencia).

Por otro lado, se suman a la problemática los diferentes problemas de información de la sentencia entre los que se encuentran: el efecto *inter partes* de la sentencia en razón de que nuestro sistema no es de *common law*, la imprecisión en los datos del proceso (que para más precisión, no es predicable de la sentencia sino del sistema jurídico en general), y los errores al citar la sentencia que sirve de base para producir el fallo aquí analizado. Resulta más eficiente no solucionar algunos de estos problemas debido a los grandes costos que esto implicaría, sobre todo los que tienen que ver con el efecto *inter partes* de la sentencia.

Ahora, los costos del procedimiento y de administración aumentan por el cambio en el tipo de regla de responsabilidad, pero son asignados correctamente porque el Estado tiene a su disposición todas las instituciones que sirven de investigadores criminales para la resolución del caso, lo que para un particular resultaría muy costoso.

Finalmente, sólo resta concluir que el papel del análisis económico del derecho puede resultar muy útil, aun en sistemas que no trabajan con la jurisprudencia como la fuente principal, pero en los que ésta cobra cada día más importancia para la aplicación de la ley para obtener resultados más eficientes en la sociedad; por supuesto que con algunos problemas, los cuales a pesar de ser un poco difíciles de resolver no le restan ni opacan el gran papel de la jurisprudencia (más aun si se tiene en cuenta la solución acerca de seguir el precedente como lo ha fijado la Corte Constitucional en sus sentencias) y del uso del análisis económico del derecho en sistemas de *civil law*.

BIBLIOGRAFÍA

- BECKER, GARY, "Crimen y castigo: un enfoque económico", en: *Derecho y Economía: Una revisión de la literatura*, Fondo de Cultura Económica, México, 2000. Originalmente: "Crime and Punishment: An Economic Approach", *Journal of Political Economy*, vol. 76, n° 3, 1968, trad. por EDUARDO LOZANO y REBECA GALVÁN.

- COOTER, ROBERT y ULEN, THOMAS, *Derecho y Economía*, Fondo de Cultura Económica, México, 1997.
- GAVIRIA, CÉSAR, “El nuevo derecho”, *Questiones Juridicae*, n° 1, 1993, págs. 7-11.
- JACOBS, GÜNTHER, *La imputación objetiva en derecho penal*, trad. por MANUEL CANCIO, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho y Filosofía del Derecho, Bogotá, 1995.
- LÓPEZ, CLAUDIA, *Introducción a la imputación objetiva*, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho y Filosofía del Derecho, Bogotá, 1996.
- LÓPEZ, DIEGO, *El derecho de los jueces*, Legis, Bogotá, 2000.
- MATTEI, UGO y PARDOLESI, ROBERTO, “Análisis económico del derecho en países de tradición civil: un enfoque comparativo”, en: *Derecho y Economía: una revisión de la literatura*, Fondo de Cultura Económica, México, 2000. Originalmente: “*Law and Economics in Civil Law Countries: A Comparative Approach*”, *International Review of Law and Economics*, vol. 11, n° 3, págs. 265-275, trad. por JULIO GONZÁLEZ y RODRIGO DOMÍNGUEZ con autorización de *Elsevier Science*.
- POLINSKY, A. MITCHELL; SHAVELL, STEVEN, “*The Economic Theory of Public Enforcement of Law*”, *Journal of Economic Literature*, 38: 45-76, 2000.
- POSNER, RICHARD A., *El análisis económico del derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 1992.
- República de Colombia, Código Penal, Ley 599 de 2000.
- República de Colombia, Constitución Política de Colombia, Legis, 2005.
- RUBIN, PAUL H., “¿Por qué es eficiente el derecho consuetudinario?”, en: *Derecho y Economía: una revisión de la literatura*, Fondo de Cultura Económica, México, 2000. Originalmente: “*Why is Common Law Efficient?*”. *The Journal of Legal Studies*, vol. 6, n° 51, 1987, págs. 52-63, trad. por ENRIQUE DOMÍNGUEZ, MARIANA PÉREZ y ALEX ZAYAT.
- SHAVELL, STEVEN, “*Economic Analysis of Public Law Enforcement and Criminal Law*”, *National Bureau of Economic Research*. Working Paper 9698, 2003, URL: <http://www.nber.org/papers/w9698>
- SHAVELL, STEVEN, “El derecho penal y el uso óptimo de sanciones no monetarias como medida de disuasión”, en: *Derecho y Economía: una revisión de la literatura*, Fondo de Cultura Económica, México, 2000. Originalmente “*Criminal Law and the Optimal Use of Nonmonetary Sanctions as a Deterrent*”, *Columbia Law Review*, vol. 85, 1985, pág. 1232, trad. por JOSÉ CASARRUBIAS.

SHAVELL, STEVEN, *Foundations of Economic Analysis of Law*. Belknap Harvard, Estados Unidos, 2004.

Jurisprudencia

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia 16636 de mayo 20 de 2003, MP ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia 21241 de noviembre 24 de 2004, MP MAURO SOLARTE PORTILLA.

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, auto del 16 de septiembre de 1997, rad. 12655, MP JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGO.

Esta publicación se terminó de imprimir
en abril de 2007
en la Fundación Cultural Javeriana
de Artes Gráficas —JAVEGRAF—
PBX: 416 16 00
Bogotá, D.C., Colombia

