

EL DOLO EN EL CÓDIGO PENAL DE 2000

RICARDO POSADA MAYA

Profesor de Derecho penal de la Universidad de los Andes, Bogotá.

1. INTRODUCCIÓN

Este trabajo pretende examinar el alcance y el sentido material de la figura dogmática del dolo, prevista en el artículo 22 del Código Penal (Ley 599 de 2000) como forma de imputación subjetiva general de la conducta punible (artículo 21), de la siguiente manera: “[l]a conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización. También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar”. Una exploración preliminar sobre el asunto permite advertir que el dolo está en crisis en la doctrina penal moderna¹. Justamente, es visible la interminable disputa conceptual entre diversas corrientes ontológicas y normativas en España y Alemania, que sin duda ha marcado una caótica profusión teórica en la materia, hasta el punto de que cada autor parece sostener un modelo conceptual y sistemático distinto².

¹ Así, por ejemplo: EUGENIO RAÚL ZAFFARONI; ALEJANDRO ALAGIA y ALEJANDRO SLOKAR, *Derecho penal*, Parte General, Buenos Aires, Ediar, 2001, pág. 11. Los autores señalan como causa de tal crisis, la rechazada administrativización del derecho penal.

² Cfr. GIOVANNI FIANDACA; ENZO MUSCO, *Derecho penal*, Parte General, 4ª ed., (Trad. Luis Fernando Niño), Bogotá, Temis, 2006, págs. 352 y 353; CARLOS MARÍA ROMEO CASABONA, “Sobre la estructura monista del dolo. Una visión crítica”, en *Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad*, Colección autores de Derecho Penal (Hans Joachim Hirsch, José Cerezo Mir y Edgardo Alberto Donna, Dirs.), Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2005, págs. 455 y ss.

Así, en primer lugar, se advierten *las perspectivas ontológicas del dolo*³. Este grupo de concepciones dominantes afirma —con múltiples matices y divergencias— que el dolo es una noción sistemática (C.P., artículo 9º) cimentada en los datos de la realidad incursos en los procesos psicológicos —cognitivos y volitivos— que tienen lugar en la mente del sujeto⁴. Procesos inherentes a la actuación del agente en el mundo exterior. El dolo, por tanto, estaría estructurado por el conocimiento y la voluntad de realización del sujeto respecto de los supuestos típicos previstos en la parte especial del ordenamiento jurídico⁵. En este sentido, la pregunta que formularían dichas teorías, para verificar la existencia del dolo, sería: ¿el sujeto ha actuado o no con conocimiento de los hechos y con “voluntad” de realización de ellos?

En segundo lugar, se observan *las perspectivas normativas*, en virtud de las cuales —también con amplios matices— se afirma que el dolo no depende estructuralmente de los fenómenos internos o psicológicos que el sujeto padezca al momento de realizar la conducta punible, sino que depende de aquellos criterios jurídicos que el legislador penal estima pertinentes de dicha realidad, en la creación del

³ Vid. RAMÓN RAGÚES I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Barcelona, 1999, pág. 205.

⁴ Cfr. *ibid.*, pág. 60.

⁵ Sobre el tema: cfr. FEDERICO ESTRADA VÉLEZ, *Derecho penal*, Parte General, 2ª ed., Bogotá, Temis, 1986, pág. 294; GLORIA MARÍA GALLEGÓ GARCÍA; JUAN OBERTO SOTOMAYOR ACOSTA, “El dolo eventual en el Código Penal colombiano: entre limitaciones dogmáticas y exigencias político-criminales”, en *Nuevo Foro Penal*, núm. 60 (ene.–abr. 1999), págs. 7 y 8; ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG, “Acerca del dolo eventual”, en *Estudios de derecho penal*, Madrid, Tecnos, 1990, pág. 241; REINHART MAURACH; KARL HEINZ GÖSSEL; HEINZ ZIPF, *Derecho penal*, Parte General, vol. 1, (Trad. Jorge Bofill Genzsch), 7ª ed. alemana, Buenos Aires, Astrea, 1994, pág. 376; RAGÚES I VALLÈS, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 29; CLAUS ROXIN, *Derecho penal*, Parte General (Fundamentos, la estructura de la teoría del delito, trad. Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal), Madrid, Civitas, 1997, pág. 308; FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho penal*, Parte General, 3ª ed., Bogotá, Temis, 1997, págs. 406 y 407; ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 495; *id.*, *Manual de derecho penal*, Parte general, Buenos Aires, Ediar, 2005, pág. 399.

concepto jurídico-penal⁶. Precisamente, lo que se considera doloso implica un proceso de adscripción e imputación jurídica a partir de los fines de la pena y del Derecho penal, que dependen de un “determinado” conocimiento o voluntad. Fines que se precisan en cada caso concreto, si tal cosa es posible, para imputar la conducta punible al sujeto a título doloso⁷.

Como lo expone RAGÜES I VALLÈS⁸, la concepción normativa busca determinar (adscribir) los presupuestos indispensables para sancionar una conducta imputable a título de dolo, algunas veces desde el punto de vista del criterio de la protección de los bienes jurídicos; pero en todo caso prescindiendo, redefiniendo u omitiendo en dicho proceso de imputación “subjetiva”, los aspectos psicológicos o emocionales que enmarcan la actuación del sujeto, desde una perspectiva ontológica. Así, cuando se determina que cierto comportamiento lesivo requiere “valorativamente” una pena a título doloso, aun cuando falte “determinado” conocimiento o cierta voluntad de realización del resultado (pues lo importante es la voluntariedad en la realización de la conducta), se impone dicha sanción por razones político-criminales. La pregunta que

⁶ Asumen dicha concepción: BERNARDO FEIJOO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, Colección de estudios, núm. 26 (Dir. Eduardo Montealegre Lynett), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, págs. 15 y 16; JOSÉ MIGUEL ZUGALDÍA ESPINAR (Dir.), *Derecho penal*, Parte General, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2002, págs. 494 y 495. Explica el tema ALFONSO CADAVID QUINTERO, *Introducción a la teoría del delito: especial consideración a los fundamentos del delito imprudente*, Colección Sistema Penal, núm. 2, Medellín, Ediciones Jurídicas Diké, 1998. pág. 71; JOSÉ CEREZO MIR, “Lo injusto de los delitos dolosos en el derecho penal español”, en *Obras completas*, vol. 2, Lima, ARA, 2006, pág. 88, “[...] es preciso observar que el hecho de que la palabra dolo exprese en castellano un concepto jurídico no prejuzga en absoluto cuál haya de ser el contenido de dicho concepto”. Es decir, simplemente expresa la conciencia y la voluntad de la realización de los elementos objetivos de un tipo delictivo; JOSÉ, CEREZO MIR, “La polémica en torno a la doctrina de la acción finalista en la ciencia del Derecho Penal Español”, en *Obras completas*, *op. cit.*, págs. 187 a 193.

⁷ Precisamente: ZUGALDÍA ESPINAR, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 495, sostienen que “[c]uando se dice que una conducta es dolosa no se describe sino que se valora (adscribe) una determinada conducta como más grave que la imprudencia en la medida en que se opone en mayor medida a los fines del derecho penal y al sentido de sus normas” (paréntesis por fuera del texto original).

⁸ Cfr. RAGÜES I VALLÈS, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 53; FEIJOO SÁNCHEZ, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 46.

hacen dichas teorías es utilitarista: ¿qué criterios sociales y valorativos se necesitan para imputar una conducta lesiva a título doloso?

Ahora bien, en este punto se observa cómo la doctrina reciente ha elaborado una variedad de consideraciones dogmáticas, probatorias y político-criminales que objetan, matizan, desplazan o excluyen de forma tácita o expresa los elementos prejurídicos del dolo (especialmente el elemento volitivo⁹); tal y como han sido desarrollados por las teorías ontológicas tradicionales. En este sentido, LAURENZO COPELLO¹⁰ afirma que las críticas al concepto tradicional del dolo radican en la dudosa afinidad que existe entre los elementos subjetivos, que teóricamente definen el dolo, y los datos de la realidad (empíricos) que pueden ser llevados al proceso como evidencia, para admitir o no su concurrencia en un caso específico.

Para estas posturas, entonces, la reinterpretación del dolo estaría justificada, al menos, en aquellos casos en los cuales el operador jurídico encuentra una barrera práctica difícilmente superable desde el punto de vista probatorio, cuando se tenga que enfrentar la tarea de desentrañar los fenómenos psicológicos internos que determinaron la realización de los hechos constitutivos de la infracción (descripción típica). Por ende, dichos conceptos deberían tener una base fundamentalmente normativa que permita imputar, sin mayores inconvenientes prácticos, un sinnúmero de

⁹ Sobre el particular, cfr. JOAQUÍN CUELLO CONTRERAS, *El derecho penal español*, Parte General, 3ª ed., Madrid, Dykinson, 2002, págs. 648 a 654; MARÍA DEL MAR DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994, págs. 53 y 72; FEIJOO SÁNCHEZ, *El dolo...*, op. cit., pág. 45; RAGÚES I VALLÈS, *El dolo...*, op. cit., págs. 21 y 275; ENRIQUE ORTS BERENGUER; JOSÉ LUIS GONZÁLEZ CUSSAC, *Compendio de Derecho Penal* (parte general y especial), Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pág. 165, califican las teorías volitivas psicológicas como “inútiles intentos”; ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR, *Derecho...*, op. cit., pág. 496, indican que “[...] en los últimos años no faltan opiniones que reeditando en cierto sentido el viejo debate sobre la naturaleza del dolo, sostienen que se trata del conocimiento de la acción y de sus consecuencias, dejando de lado el elemento volitivo”.

¹⁰ Vid. PATRICIA LAURENZO COPELLO, “El concepto y la prueba del dolo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español”, en *El Derecho penal español de fin de siglo y el derecho penal latinoamericano*, Estudios en homenaje a Enrique Bacigalupo, Medellín, Gustavo Ibáñez, 1999, pág. 138.

tipicidades penales cuya realización voluntaria sea difícilmente demostrable en la práctica judicial.

Desde luego, estas tendencias no son extrañas a la doctrina local. Basta recordar los argumentos de la Fiscalía General de la Nación en la motivación del Proyecto de Código Penal de 1997, para abandonar la fórmula del dolo eventual consagrada en el Código Penal de 1980¹¹. En este sentido, la Fiscalía sostuvo que “[l]a regulación del llamado dolo eventual abandona las clásicas consideraciones, toda vez que no adopta las teorías intelectual y/o volitiva como se han venido entendiendo, habida cuenta que, tal como se presenta la actual regulación, la diferencia entre tal figura y la culpa con representación depende de un ejercicio metafísico imposible de ser constatado por la praxis judicial. En efecto, ningún dato de carácter externo está en posibilidad de suministrar al funcionario, por la vía de la inferencia, herramientas para determinar si el sujeto «aceptó» el resultado previsto como posible, lo cual implica en la gran mayoría de los casos una extrema discrecionalidad judicial sujeta a la pura especulación probatoria, y en los menos, el aceptar, indefectiblemente, que el proceso de imputación subjetiva quede en manos del sindicado”.

Sin embargo, es incierto que las dificultades prácticas que los operadores jurídicos puedan tener para demostrar los datos internos (empíricos) que estructuran la definición tradicional del dolo avalorado, especialmente su aspecto volitivo, o para

¹¹ Cfr. C. S. de J., sent. 3 junio 1994, Rad.: 8920, M. P.: Edgar Saavedra Rojas. En nuestro ámbito, esta posición es asumida por CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU, “Aspectos político-jurídicos que informan al nuevo Código Penal”, en *Memorias, jornadas de reflexión sobre la reforma al sistema penal colombiano*, Bogotá, Procuraduría General de la Nación, 2002, pág. 41. El artículo 36 del decreto 100 de 1980, vigente hasta julio de 2001, expresaba literalmente que: “[l]a conducta es dolosa cuando el agente conoce el hecho punible y quiere su realización, lo mismo cuando la acepta previéndola al menos como posible”; ABELARDO RIVERA LLANO, *Derecho Penal Postmoderno*, Bogotá, Temis, 2005, págs. 521 y ss. En realidad, el autor, en la pág. 523 afirma que “[s]uperado el paradigma naturalista en el dolo eventual, no hay pues, una dirección del proceso hacia la afectación de un bien jurídico; solo está la probabilidad del hecho típico; si esa probabilidad desaparece, no hay dolo eventual. Eso explica que la estructura que fundamenta dicho dolo sea la misma de la culpa, superándose así la concepción tradicional del llamado dolo eventual [...]”. Postura que, como se dirá, contradice el texto del artículo 23 del C. P.

probar los datos externos-objetivos que lo indican, den como resultado un argumento sólido para eliminar total o parcialmente la concepción del dolo con base ontológica; para admitir plenamente las teorías normativas; o para entender que la figura del dolo consagrada en el artículo 22 del Código Penal abandonó las concepciones tradicionales, tal como lo pretendieron los redactores del Proyecto. Como lo indican **FIANDACA** y **MUSCO**, “[a]ntes bien, dichas dificultades deben afrontarse en su propio terreno, incluso si esto provoca un agravamiento de las cargas probatorias y un aletargamiento de la maquinaria punitiva”¹².

Por varias razones: en primer lugar, porque no es cierto que una construcción intelectualista del dolo elimine, siquiera parcialmente, los problemas prácticos que parecen “legitimar” a las teorías normativas. Por un lado, porque el dolo se sigue demostrando por medio de pruebas indirectas o indiciarias y, por otro, no se puede olvidar que la doctrina penal actual construye la figura de la imprudencia — tradicionalmente cognitiva o intelectual— con base en consideraciones normativas u objetivas, desplazando el concepto ontológico del conocimiento, en razón de los problemas prácticos que dicho elemento implica, por ejemplo, respecto del resultado. Es más, aunque es cierto que —en principio— dichas teorías normativas permiten matizar el problema procesal y constitucional de la “presunción probatoria de la voluntad”, también lo es que a ello se llega por la exclusión legislativa del elemento “voluntativo del dolo”; lo que implica invisibilizar el problema, porque dicho elemento seguirá siendo un referente práctico imprescindible para el operador jurídico, sobre todo, cuando trate de distinguir las hipótesis imprudentes de las dolosas.

¹² FIANDACA; MUSCO, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 354. En la misma línea crítica, cfr. JUAN BUSTOS RAMÍREZ; HERNÁN, HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de derecho penal*, Parte General, 2ª ed., Madrid, Trotta, 2006, pág. 209; MUÑOZ CONDE; GARCÍA ARÁN, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 273, indican que lo mejor para probar el elemento volitivo del dolo es recurrir a ciertos indicadores objetivos, a partir de los cuales se pueda deducir si hubo o no una decisión en contra del bien jurídico como, por ejemplo: i) el riesgo o peligro para el bien jurídico, y ii) la capacidad de evitación del resultado; ROMEO CASABONA, *Sobre la estructura...*, *op. cit.*, pág. 465.

En segundo lugar, porque no es cierto que haya consenso teórico sobre lo que significa el elemento cognitivo del dolo, en sentido normativo puro, o sobre sus presupuestos. Así, entender que el dolo cognitivo se basa en el conocimiento que el legislador considera suficiente según la conducta tipificada y los fines de la pena, para poder imputar al sujeto dicha conducta a título doloso, solo significa que el único conocimiento operativo en la imputación subjetiva del delito sea el conocimiento privado del juez, que para el caso fungiría como intérprete válido del espíritu del legislador, lo que quiera que ello signifique. Por ello, dichas posturas terminan extremando la discrecionalidad jurídica del operador, severamente cuestionada respecto al elemento volitivo; pero esta vez sobre la base misma del concepto normativo del dolo. Dicho lo cual, difícilmente se garantiza la seguridad jurídica como se pretende, y solo se favorece la construcción de un concepto que cumpla con las exigencias de un Derecho penal cada vez más eficientista y funcional.

En tercer lugar, como lo sostienen ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, porque “[n]inguna disciplina particular puede usurpar la función de la ontología, pretendiendo la aprehensión de los entes como realidad en sí. Tal pretensión conduce al autoritarismo [...]”¹³. De nuevo, no se trata de inventar o reinventar idealmente los conceptos del Derecho penal, ignorando los datos sociales o la realidad precedente (la realidad subjetiva del agente), con fundamento en un normativismo puro; porque parafraseando al mismo autor, una construcción del concepto del dolo en estas condiciones sería “*un emprendimiento tan imposible como hacer medicina sin incorporar los datos fisiológicos [...]*”¹⁴. Es más, no se puede olvidar que las clasificaciones del dolo suponen simplificaciones y reducciones de los procesos psíquicos que se dan en la mente del sujeto¹⁵.

Precisamente, un concepto de dolo construido sobre bases exclusivamente ideales implicaría hablar de un “dolo típicamente determinado”, teniendo en cuenta que,

¹³ ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 3.

¹⁴ *Ibidem*, pág. 21.

¹⁵ Cfr. MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 270.

para estas teorías, el tipo penal fungiría no solo como “plantilla de recorte objetiva de la acción objetiva”, sino también, como “plantilla de recorte de la acción subjetiva”, ya no en sentido limitador, si no como sentido constitutivo necesario para adecuar un determinado tipo de injusto doloso: el concepto cognitivo sería el objeto señalado de valoración normativa y, al mismo tiempo, la esencia impuesta del dolo como resultado de dicha valoración.

La pregunta metodológica que surge en estas condiciones teóricas es: ¿se puede afirmar que la conducta es la que se adecua al tipo penal? Todo parece indicar que no, entre otras cosas, porque si lo objetivo y lo subjetivo viene determinando exclusivamente por el tipo normativo de injusto sin atender a los elementos de la realidad, o atendiéndolo solo como prerrequisito ontológico sin relevancia determinante en la configuración típica (voluntariedad simple)¹⁶, realmente la conducta comienza a desaparecer como presupuesto sistemático del delito. En fin, estas posturas terminan por confirmar la construcción de la tipicidad como una gran estructura prevalentemente objetiva, cuyo elemento central sería la imputación objetiva. Y se afirma que es prevalentemente objetiva, porque en esta postura no queda claro el papel que tendrían otros elementos subjetivos de naturaleza ontológica en el tipo, como los ánimos o elementos subjetivos especiales, después que el elemento volitivo haya desaparecido por completo del dolo¹⁷.

¹⁶ Vid. ADOLF MERKEL, *Derecho penal*, Parte General, Maestros del derecho penal núm. 13, (Dir. Gonzalo D. Fernández, trad. Pedro Dorado Montero), Montevideo–Buenos Aires, BdeF, 2004, pág. 282, al sostener que la acción resulta “una casual e insignificante propiedad del medio con que se comete el delito”.

¹⁷ No se puede olvidar, como lo señalan MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 273, que “[...] todo el problema del dolo desemboca, a la larga, en la demostración de un elemento volitivo respecto al resultado, siendo insuficiente la simple representación de su probable producción. Esto es especialmente evidente en los delitos que exigen un especial elemento volitivo respecto a un determinado resultado [...] y un gran número de delitos en los que el tipo subjetivo se caracteriza por la exigencia clara y manifiesta de un elemento volitivo”; ROMEO CASABONA, *Sobre la estructura...*, *op. cit.*, págs. 469 y 480 y ss.

Y finalmente, en cuarto lugar, porque sostener la desaparición del elemento volitivo de la definición del dolo, a causa de las dificultades probatorias relacionadas con los elementos de orden psicológico, implicaría justificar, con un alto costo político-criminal, un modelo de derecho penal que encuentra las tradicionales garantías liberales reconocidas en nuestro medio —el *in dubio pro reo*, la culpabilidad (Const. Pol., artículo 12) o la presunción de inocencia (Constitución, artículo 29; CP, artículo 6° y CPP, artículo 7°)— como obstáculos que entorpecen la administración de justicia penal y la pretensión punitiva del Estado¹⁸. Ello constituiría, en realidad, una vía inversa y autoritaria en la edificación de un concepto de dolo, coherente con la tendencia de administrativizar del Derecho penal.

Desde luego, no se puede olvidar que la doctrina mayoritaria sostiene —con razón— que el elemento volitivo constituye el criterio más importante y práctico, no solo para fundar el concepto de dolo (función de caracterización) y distinguirlo de la imprudencia (función límite), sino también, para explicar y justificar el desigual tratamiento punitivo que el ordenamiento penal dispone para cada una de aquellas (*desvalor* de acción subjetivo), sobre la base de la intensidad de la voluntad del agente respecto al riesgo creado por la conducta contra el bien jurídico tutelado, siendo este último el verdadero motivo que alimenta la discusión científica actual.

Finalmente, es necesario reconocer que tampoco se trata de asumir de forma absoluta los conceptos ontológicos en la construcción de la teoría del delito y, en particular, en la teoría del dolo; porque tal metodología hace a las instituciones jurídicas rígidas e inflexibles respecto de las exigencias político-criminales, como lo ha demostrado ampliamente la evolución dogmática del delito. De este modo, es necesario aceptar que todo saber científico social incorpora invariablemente elementos que proceden de la realidad, los cuales finalmente se adecuan al modelo de Derecho penal que se pretende construir, mediante criterios valorativos que los modulan. Así las cosas, como lo señala DÍAZ PITA¹⁹, en el ámbito del dolo se trata de alcanzar un

¹⁸ Cfr. FIANDACA y MUSCO, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 353.

¹⁹ Cfr. DÍAZ PITA, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 53.

equilibrio afortunado entre el material normativo que llevan implícitos los elementos subjetivos y el fundamento empírico-psicológico del concepto, sobre el cual incide la valoración normativa.

Entre estos dos paradigmas se debaten actualmente las diferentes concepciones volitivas y cognitivas del dolo, sobre todo en lo que concierne al tema del dolo eventual. Tema que sigue siendo un punto polémico en la actual doctrina penal, no solo porque toda construcción específica acerca del dolo eventual afecta la concepción general de este²⁰; sino también, porque el tratamiento punitivo y procesal de muchas hipótesis depende de la diferencia entre dolo e imprudencia que, desde luego, no resulta lo suficientemente clara²¹.

2. TEORÍAS ACERCA DEL DOLO

Estas teorías jurídicas, que bien se pueden suponer como verdaderas justificaciones materiales de la naturaleza, los límites y el concepto del dolo, admiten ser agrupadas al menos en tres variantes distintas. Advirtiendo que, aunque generalmente estas se estudian para explicar el dolo eventual, en la actualidad también son relevantes para precisar el concepto general, después que se advierte la enorme influencia de las corrientes cognitivas de corte normativo en su construcción jurídica.

En primer lugar, se registran las concepciones con base psicológica o normativa, que afirman que el dolo solo es el conocimiento de la realización de los elementos objetivos del tipo, y que resulta superfluo el elemento volitivo. Dicho lo cual, para estas teorías la conducta es dolosa, por lo menos, cuando el sujeto actúa con conocimiento “sospechado” o previsión de los hechos constitutivos de la conducta peligrosa que

²⁰ Cfr. RAGÚES I VALLÈS, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 28.

²¹ De este modo, P. Ej.: FRANCISCO MUÑOZ CONDE y MERCEDES GARCÍA ARÁN, *Derecho penal*, Parte General, 6ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pág. 266, mencionan la importancia de distinguir entre culpa y dolo eventual de cara a fenómenos como, la tentativa, la imputación objetiva, el desvalor de acción, la cooperación en el delito, etcétera.

realiza y continúa su actuación en contra de un bien jurídico²². Así, por ejemplo: si Juan conoce que le está disparando a Alberto con un arma de fuego, es decir, sabe que está realizando una acción ejecutiva riesgosa que pone en peligro efectivo la vida, existirá al menos una conducta típica dolosa de tentativa de homicidio, precisamente, porque sabe lo que hace y prevé —“tiene ante sus ojos”— la posible consecuencia derivada de la acción.

En segundo lugar, se observan las posturas que, también desde una perspectiva ontológica o normativa, definen el dolo como conocer y querer la realización del tipo objetivo de un delito²³. Teorías que afirman que el aspecto volitivo constituye un elemento estructural irrenunciable en la definición general del dolo; es, por otra parte, insuficiente que el agente conozca sin errores los elementos constitutivos del tipo o, en su caso, el riesgo objetivo que la conducta representa para los bienes jurídicos tutelados por la ley penal. En el caso propuesto, entonces, no basta que Juan conozca

²² Asumen dicha postura: ENRIQUE BACIGALUPO, *Derecho penal*, Parte General, Lima, Ara, 2004, págs. 307 y 309, en la última de las cuales afirma respecto al dolo eventual, que “[e]n el delito activo el elemento volitivo (el querer del autor del hecho que se representa) resulta, en realidad, superfluo, dado que es evidente que quien conoce el peligro concreto generado por su acción y actúa es porque, al menos, tiene una cierta actitud de menosprecio por la seguridad del bien amenazado”; CUELLO CONTRERAS, *El Derecho...*, *op. cit.*, págs. 647 y ss; FEIJOO SÁNCHEZ, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 52; SANTIAGO MIR PUIG, *Derecho penal*, Parte General, 7ª ed., Buenos Aires-Montevideo, BdeF, 2004, págs. 269 y 270; RAGÚES I VALLÈS, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 66. Es bueno anotar que esta corriente considera que la voluntariedad queda comprendida por la acción misma. En general sobre el tema, *vid.* CARLOS FONTÁN BALESTRA, *Derecho penal*, Introducción y Parte General, (actualizado por Guillermo A. C. Ledesma), 15ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1995, pág. 357; ROXIN, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 433; LUIS CARLOS PÉREZ, *Derecho penal*, vol. I, Bogotá, Temis, 1982, pág. 270.

²³ Cfr. JOSÉ CEREZO MIR, “Derecho penal”, Parte General, en *Obras completas*, vol. I, Lima, ARA, 2006, págs. 509 y 519; MAURACH, GÖSSEL y ZIPF, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 376; MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 267; ROXIN, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 308; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 406; ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 297. Cfr. GALLEGO y SOTOMAYOR, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 22, quienes tienen razón cuando afirman que “en el fondo, toda teoría volitiva es mixta, puesto que partiendo de una posición sintética, acentúa que el conocimiento se subordina a la voluntad; nadie quiere algo sin que este algo constituya previamente el objeto del conocimiento, esto es, no puede concebirse una voluntad vacía de contenido”.

o sepa que está realizando una acción ejecutiva que potencialmente puede poner en peligro efectivo la vida de Alberto, también es necesario que quiera, al menos, poner en peligro la vida, para poder imputar al menos una conducta de homicidio tentado.

Y, en tercer lugar, se pueden señalar las posturas mixtas, que argumentan que el dolo eventual es un fenómeno meramente cognitivo, mientras que conservan el elemento volitivo para la figura del dolo directo de primer (intención o directo) y segundo (de consecuencias necesarias o indirecto) grado²⁴. Véanse a continuación algunas de las más importantes concepciones cognitivas y volitivas en la materia, sobre todo en materia de dolo eventual, donde la relación de los conceptos jurídicos es bastante polémica.

A) *Teorías de corte cognitivo*

La más tradicional de las concepciones cognitivas en materia de dolo es la *teoría de la representación o de la posibilidad*. Esta teoría clásica, en principio de marcado acento ontológico, afirma que hay dolo cuando el agente ha previsto al menos como posible la producción del resultado y, a pesar de ello, continúa realizando la acción; con lo cual se entiende que el sujeto actúa de forma voluntaria, porque la sola previsión le

²⁴ En este sentido, cfr. IGNACIO BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE; LUIS ARROYO ZAPATERO; NICOLÁS GARCÍA RIVAS; JUAN CARLOS FERRÉ OLIVÉ y JOSÉ RAMÓN, SERRANO PIEDECASAS, *Lecciones de derecho penal*, Parte General. 2ª ed., SI., La Ley, 1999, pág. 195, advierten que “[e]n el conjunto de conductas lesivas de los bienes jurídicos se pueden distinguir dos clases distintas según sea la actitud del sujeto respecto del bien jurídico y la dirección de su voluntad. En un primer grupo de casos, el autor es plenamente consciente de que con su actuar lesiona el bien jurídico y actúa de ese modo porque lo que quiere es lesionarlo. En otro grupo de casos, el autor ni busca ni pretende lesionar el bien jurídico, pero su forma de actuar arriesgada y descuidada produce su lesión. [...] pues las dolosas son conductas dirigidas por la voluntad contra la propia norma de prohibición a atentar contra el bien jurídico de que se trate y las conductas imprudentes se limitan a desconocer la norma de cuidado”; BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones...*, *op. cit.*, pág. 208; HANS HEINRICH JESCHECK y THOMAS WEIGEND, *Tratado de derecho penal*, Parte General (Trad. de Miguel Olmedo Cardenote), 5ª ed., Granada, Comares, 2002, págs. 314 y 315.

debió haber bastado para no continuar la realización de la conducta²⁵. En este sentido, el objeto de conocimiento que agota el dolo se satisface, de manera general, con la consciencia de las circunstancias en las que se ejecuta la conducta peligrosa, la previsión de la posible causalidad del acto y la previsión de la posible producción del resultado concreto. Para el caso, basta para imputar al agente un delito consumado, que este: i) conozca que está realizando una acción ejecutiva que potencialmente puede poner en peligro efectivo el bien jurídico, y ii) prevea como posible su lesión o peligro según su propia valoración de las circunstancias. Con lo cual, realmente se presume una voluntad ficticia de realización del tipo, porque no es del todo claro que, cuando el sujeto cuenta con la producción posible de las consecuencias, indefectiblemente se conforma con ellas, al ser este un elemento subjetivo adicional al rudimento cognitivo.

Así las cosas, esta concepción rechaza de plano la necesidad de incluir cualquier elemento de carácter volitivo psicológico que funde la definición del dolo, principalmente la del dolo eventual²⁶. A pesar de ello, es posible observar algunas variantes menos radicales que lo mantienen para el dolo directo; lo cual hace muy difícil explicar, de conformidad con el principio lógico de identidad, la existencia simultánea de dos conceptos diferentes para la misma figura dogmática. Además, también resulta complejo sostener la igual punibilidad prevista para las diferentes clases de dolo en el artículo 22 del Código Penal. En realidad, la sola previsión posible de la causación del resultado, como fundamento de la punibilidad de la conducta a título doloso (eventual), resulta cuestionable desde el punto de vista político-criminal²⁷.

Empero, es evidente que esta construcción teórica se funda en pronósticos de posibilidad de producción del resultado. Pronósticos que son enteramente intelectuales

²⁵ Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, *Acerca del dolo...*, op. cit., pág. 247; ORTS BERENGUER y GONZÁLEZ CUSSAC, *Compendio...*, op. cit., pág. 167, en materia de dolo eventual.

²⁶ Cfr. DÍAZ PITA, *El dolo...*, op. cit., pág. 89, indica que "lo que caracteriza unitariamente a las teorías cognitivas es su rechazo de plano a cualquier alusión a la necesidad de un elemento volitivo en la definición del dolo eventual". *Ibidem*, págs. 90 y ss.

²⁷ Cfr. *Ibidem*, pág. 102.

y demasiado abstractos, por lo que resulta insatisfactoria la diferencia entre dolo eventual e imprudencia con representación, tanto desde el punto de vista dogmático como político-criminal. Precisamente, si el agente espera o confía en que posiblemente por las circunstancias no se va a producir el resultado —incluso irracionalmente—, en realidad le está negando a la conducta realizada, desde el punto de vista de su actitud interna respecto a la valoración de dicha posibilidad, la potencialidad lesiva que le ha asignado en abstracto en el mundo exterior; lo cual equivale a no contar seriamente con la producción del resultado, a no aceptarlo y a no incluirlo en el plan criminal (culpa consciente). Por tal motivo, se puede afirmar que en estos casos el agente pierde toda incidencia concreta en la causación real de la conducta punible, desvirtuando dicha forma de imputación subjetiva en los delitos de lesión.

Una segunda posición, realmente variante cuantitativa de la primera, es la *teoría de la probabilidad*. Para esta elaboración teórica, el dolo (eventual) no se satisface con la mera previsión del agente respecto de la “posible” producción del resultado como consecuencia de la conducta peligrosa realizada, sino que, además, es imprescindible que el agente realice, según sus capacidades personales, un juicio de mayor grado intelectual (probabilidad) sobre la producción del supuesto típico²⁸. De este modo, solo podrá considerarse dolosa una conducta, cuando la probabilidad (previsión) sea tan elevada según la valoración del agente sobre las circunstancias de realización de su conducta, que no resulte irrazonable o improbable la producción del resultado²⁹. Por el contrario, si el agente ha previsto el resultado concreto como algo muy improbable, solo posible, imposible por cualquier clase de factor o no lo ha previsto siendo previsible, entonces habrá imprudencia con representación³⁰ o sin ella. De lo cual resulta fácil

²⁸ Vid. *Ibidem*, págs. 95 y ss; GALLEGO y SOTOMAYOR, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 9; MAURACH, GÖSSEL y ZIPF, *Derecho...*, *op. cit.*, págs. 388 y 389; RAGÚES I VALLÈS, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 67; ROXIN, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 435.

²⁹ Véase ROXIN, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 436.

³⁰ Cfr. RAGÚES I VALLÈS, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 70.

advertir cómo se introduce en los procedimientos de cognición la necesidad de especular la probabilidad de causación del resultado en el caso concreto³¹.

Así las cosas, estas posturas suponen que la sola previsión de la producción del resultado típico evidencia, inequívocamente, la voluntad de realización del agente. Pues un hombre sensato —se dice— no habría confiado en la no producción de la infracción típica en dichas condiciones concretas de riesgo, de cara a los bienes jurídicos protegidos. Desde este punto de vista, poco importa la causa por la cual el agente ha actuado; lo que trasciende es la falta de motivación para dejar de actuar una vez conocidas las circunstancias de riesgo y tras la previsión actualizada y probable sobre la producción del resultado³² (teoría hipotética del consentimiento). Así, si el agente previó la producción del resultado con un alto grado de probabilidad según las circunstancias, aun cuando se trate de una conducta enmarcada en una imprudencia arriesgada o temeraria, se entendería que el agente contó con la producción del resultado y actuó con dolo³³.

³¹ Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ: *El dolo...*, *op. cit.*, págs. 91 y 92, que advierte de manera crítica que “[l]a probabilidad de producción del resultado no es lo que determina el alcance del tipo sino los criterios extraídos de una interpretación teleológica de los diversos tipos de la parte especial. Por esta razón las «teorías de la probabilidad» resultan rechazables. Ha sido siempre imposible que las «teorías de la probabilidad» pudieran determinar un criterio que sirviera en general para delimitar el dolo y la imprudencia, bien sobre la base de la distinción entre conceptos tan poco claros como probabilidad o posibilidad o bien mediante la determinación de un porcentaje cualquiera indeterminable en la práctica. una teoría de orígenes tan remotos todavía no ha podido ofrecer unas pautas con un mínimo de concreción para delimitar la imputación a título de dolo de la imputación a título de imprudencia”.

³² Vid. RAGÚES I VALLÈS, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 67.

³³ Vid. *Ibidem*, pág. 69. Este autor precisa que para esta corriente basta la realización de una conducta arriesgada, con conciencia de ello, para imputar la conducta a título de dolo, aunque el agente tenga confianza en la evitación del resultado. En sentido similar, véase ROXIN, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 433, que sostiene: “Quien establece factores en contra y a pesar de ello incluye en sus cálculos el fracaso con una probabilidad del 50 % no puede ser tratado distinto a quien desde el principio fija y evalúa la probabilidad de realización del tipo en 50% y ello no le hace desistir de su proyecto”. De igual manera, *ibid.*, el autor precisa que “[s]e encuentra difícilmente comprensible porqué toda actividad de evitación debe eximir de la pena correspondiente al dolo, cuando los sujetos son plenamente conscientes del riesgo restante”. De la misma manera, MIRENTXU CORCOY BIDASOLO, “En el límite entre dolo e imprudencia”,

De este modo, por esta vía se faculta a terceros la valoración y asignación de la cognición del agente al momento realizar la conducta, de tal suerte que dicho elemento se traduciría en una presunción objetivada que desecha los datos de la realidad³⁴. Facultad que, como es obvio, facilita la tipificación de la conducta punible mediante la indistinción entre voluntad y voluntariedad³⁵, revistiendo un claro peligro para las garantías básicas del procesado como, por ejemplo: la culpabilidad (C.P., artículo 12) y la proporcionalidad (*id.*, artículo 3º, entre otras. Por tal motivo, la doctrina penal moderna ha considerado mayoritariamente que la previsión probable de la producción del resultado concreto funge, simplemente, como un hecho indicante en la teoría del dolo, que sirve para precisar objetivamente cuándo el sujeto ha actuado *tomándose en serio* o *ha contado seriamente con la producción* del resultado típico (material cuando sea del caso), al momento de realizar la conducta³⁶.

En consecuencia, esta postura también acoge un punto de partida ideal o intelectualista en la definición del dolo (eventual), que resulta insostenible, porque no solo permite expandir injustificadamente el castigo a título doloso a los delitos imprudentes con representación probable de la ocurrencia del resultado, sino que también dificulta —aún más— la distinción entre ambas formas de imputación penal subjetiva³⁷, al emplear un criterio cuantitativo que en la práctica difícilmente es

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1983, en *ADPCP*, V. xxxviii, fajo 3, Barcelona, 1985, pág. 968.

³⁴ Cfr. BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones...*, *op. cit.*, pág. 313.

³⁵ Así, por ejemplo: MIR PUIG, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 262, afirma que “[q]uien efectúa una conducta de matar sin ninguna causa de exclusión del comportamiento humano y sabiendo que mata, necesariamente mata con dolo. Basta añadir a la voluntariedad general de la acción el conocimiento de los elementos de la conducta típica, para poder afirmar que se «quiere» (al menos en el sentido de que se acepta)”.

³⁶ Cfr. MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 275, critican a los autores españoles cercanos a la teoría de la probabilidad, por olvidar que “[...] estos criterios se utilizan finalmente como *indicadores* de la existencia o no de una voluntad respecto al resultado”; ROXIN, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 435.

³⁷ Cfr. RAGÚES I VALLÈS, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 29.

mensurable³⁸ (sobre todo por el agente al momento de realizar conductas arriesgadas o temerarias). Aún más, esta postura se construye sobre la inexistencia de certeza acerca del tratamiento —doloso o culposo— que merecen las situaciones de equilibrio probabilístico³⁹ (p. ej., si el agente al momento de realizar la acción previó con igual intensidad cognitiva la producción y la no producción del resultado en un 50%).

De igual manera, el criterio de la probabilidad trae como consecuencia que el dolo típico se transforme en un detestable mecanismo objetivado de imputación subjetiva que, al ser empleado por el operador jurídico, en el caso concreto, tienda a valorar *ex post* el contenido de la previsión que debió tener el agente al momento de realizar la conducta⁴⁰. Así mismo, esta teoría no soluciona el problema de la imputación de las agravantes del tipo básico (incluso los resultados culposos en los tipos agravados por el resultado) que, con fundamento en una postura meramente cognitiva, se podrían imputar de forma casi automática, y no justifica satisfactoriamente porqué el dolo eventual debe acarrear una penalidad superior a la imprudencia consciente, cuando ambas formas de imputación parten del mismo elemento cognitivo⁴¹.

En síntesis, las teorías cognitivas de la posibilidad y la probabilidad implican sostener la existencia de un dolo de amplísimas proporciones (generalmente eventual como base mínima de dicha construcción), en comparación con la culpa o imprudencia,

³⁸ Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 92, advierte que “[...] las «teorías de la probabilidad» operan sobre datos ficticios: los seres humanos no toman decisiones cotidianas sobre la base de un cálculo matemático de probabilidades”.

³⁹ RAGÚES I VALLÈS, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 69; MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 271.

⁴⁰ Cfr. RAGÚES I VALLÈS, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 70, más adelante, pág. 80, el autor indica que “la teoría de la probabilidad ha fracasado terminológicamente, aunque parece que en la praxis se ha impuesto un planteamiento en el que el elemento volitivo prácticamente ya no desempeña ningún papel, más allá de lo declarativo. También, el grado de representación que actualmente se exige es menor que el de la teoría de la probabilidad”.

⁴¹ DÍAZ PITA, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 299, afirma que “si el dolo eventual es simplemente conocimiento, pero con la penalidad asignada al dolo en general, no existe razón alguna para no penar de

que se reduciría a aquellas hipótesis en las cuales el agente actuara sin representación del resultado típico, precisamente porque se abstiene de actuar. Reducción de las categorías de imputación subjetiva que no solo contraría el texto del artículo 23⁴² del Código Penal, sino que también socava decisivamente una de las funciones más importantes del dolo en el andamiaje sistemático de la conducta punible, cual es, como lo sugiere ZAFFARONI⁴³, su *función reductora*, que precisamente impide cualquier manifestación del *versari in re illicita*.

Un tercer grupo de teorías, denominadas mixtas-cognitivas, cobija diversas posturas normativas que parten de los desarrollos de la teoría del riesgo en el ámbito de la imputación objetiva, para las cuales, en términos generales, el injusto doloso solamente exige como objeto determinante el conocimiento *ex ante* de la “posibilidad” del riesgo actual o actualizado que cree la conducta contra los bienes jurídicos tutelados. Así, habrá dolo cuando el sujeto actúa: i) sin descartar la posible producción de la infracción típica, o ii) sin creer posible “confiar” en su no producción, a pesar de la previsión de la peligrosidad de la conducta. Y esto es así, ya que la norma de determinación no puede prohibir resultados determinados, lo único que efectivamente puede prohibir es la realización de la conducta peligrosa⁴⁴.

la misma forma a la imprudencia consciente, puesto que la esencia de la misma también la constituye el conocimiento”.

⁴² El artículo 23 del C. P. consagra de manera expresa las dos formas en que se puede imputar una conducta a título de imprudencia, ello es, con representación y sin ella, cuando afirma que “[l]a 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*”. De tal suerte que se debe respetar la diferencia entre culpa con representación y dolo eventual, incluso desde la perspectiva de la penalidad.

⁴³ Sobre el particular, ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 495, sostienen que “los tipos dolosos cumplen la función de limitar la imputación subjetiva de acciones exigiendo ciertas finalidades como condición para su relevancia típica, en tanto que en la culpa opera la otra alternativa, completando la limitación con la exigencia de una particular forma de realización de la finalidad”.

⁴⁴ Cfr. MIR PUIG, *Derecho...*, *op. cit.*, págs. 269 y 270. Explica el tema REINHART MAURACH, *Derecho penal*, Parte General (actualizada por Karl-Heinz Gössel y Heinz Zipf, Trad. de Jorge Bofill Genzsch), vol. I, Buenos Aires, Astrea, 1994, pág. 391.

En este sentido, en primer lugar, se puede ver a grandes rasgos la *teoría del conocimiento selectivo del tipo*⁴⁵ expuesta originalmente por FRISCH. Esta propuesta teórica prescinde de todo aspecto ontológico en la definición del dolo, en virtud de lo cual, la conducta será imputada como dolosa cuando el agente, al momento de realizar la acción, haya sido consciente de las circunstancias del hecho que pone en riesgo al bien jurídico y, por ende, consciente del riesgo desaprobado que se traduce en elevada probabilidad de producción del resultado típico concreto. Como lo Señalan ZUGALDÍA ESPINAR *et al*, para esta teoría la realización de un delito de resultado implica que el agente, “[...] al momento de realizar la conducta, ha previsto el resultado como causalmente unido a su conducta, dejando al azar la evitación o no del mismo”⁴⁶. Lo importante, en consecuencia, no es querer dejar el resultado librado al azar, sino simplemente saber que la eventual producción del resultado se deja librada al azar; lo cual se infiere (casi automáticamente) de la representación de la entidad del grado de peligro, que a su turno resulta una mera prognosis de la probabilidad eventual de producción del resultado⁴⁷.

⁴⁵ Cfr. RAGÜES I VALLÈS, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 72; ROXIN, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 441. Esta postura es acogida en nuestro medio por RIVERA LLANO, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 522, cuando advierte que “la postura doctrinaria en mención, es correcta. Se observa en el trasfondo legislativo de la norma contenida en el artículo 22, dado que el reconocimiento por parte del autor de una mayor peligrosidad efectiva de la conducta, al crear un riesgo jurídicamente no permitido, que se deja librado al azar, provoca un reproche mayor que autoriza la asimilación al dolo. Y no es porque haya o no querido el resultado que el reproche es mayor, sino porque, en coherencia con todo lo expuesto, conoció la existencia de un alto grado de probabilidad de afectación del bien jurídico; en otras palabras: fue consciente del peligro concreto que entrañaba la realización del hecho prohibido o, como lo señala MEZGER, un conocimiento actual por parte del sujeto de dicho peligro-riesgo”. Autor que más adelante agrega, *ibid.*, pág. 527, que “[e]s más práctico a la postre, inferir de la teoría del riesgo, que deducir el sentido de una actitud interna, apoyada en la visión tradicional del dolo [...]”; SANDRA JEANNETTE CASTRO OSPINA, “Tipo subjetivo”, en AA.VV., *Lecciones de derecho penal*, Parte General, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, pág. 268.

⁴⁶ ZUGALDÍA ESPINAR, *Derecho...*, *op. cit.*, págs. 508 y 509.

⁴⁷ En sentido crítico, *vid.* CEREZO MIR, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 543, cuando afirma que “[e]l criterio decisivo se halla en la actitud emocional del sujeto y, por tanto, no en la magnitud que atribuya al

Así las cosas, si el agente actúa bajo una incorrecta comprensión del riesgo actual, de las circunstancias que lo producen (error de tipo), o desestima dicho peligro porque considera que este está bajo control, no se podrá afirmar la concurrencia de dolo sino de imprudencia en el caso específico⁴⁸. Situación que permite extender la punición de los delitos dolosos (eventuales) a los imprudentes, dado que el riesgo puede ser similar en ambos casos⁴⁹. Además, para esta corriente la conducta peligrosa y la lesión efectiva son equiparables desde el punto de vista de la punibilidad⁵⁰, con lo cual se refunden los delitos de peligro y de lesión, porque frente a los últimos el resultado típico solo sería un plus de la acción peligrosa.

Finalmente, esta propuesta teórica —como las demás— tiene zonas oscuras respecto al tratamiento doloso o culposo respecto de algunos comportamientos, cuando el agente no está en capacidad efectiva de detectar o prever determinado riesgo, como lo haría un hombre normal (homúnculo). Siendo muy difícil precisar: i) la cantidad de riesgo —en términos de probabilidad— que el agente debe prever o conocer en concreto para poderle imputar la conducta a título de dolo; y ii) el referente del rol que el agente (sujeto) debe cumplir en la sociedad, para poder apreciar —

peligro. Siempre que al realizar la acción cuente con la posibilidad de la realización del tipo, se dará el dolo eventual. Si confía, en cambio, en que el tipo no se realice, se dará la imprudencia consciente. Si el sujeto considera probable la realización de los elementos objetivos del tipo contará generalmente, pero no siempre, con su producción. Aunque el sujeto no considere probable la realización de los elementos objetivos del tipo se dará el dolo eventual si contaba con dicha posibilidad. Cuando al sujeto le sea indiferente la lesión o el peligro del bien jurídico, contará generalmente con su producción, pero no es preciso que así sea”.

⁴⁸ Cfr. ZUGALDÍA ESPINAR, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 510.

⁴⁹ En realidad, con base en esta teoría, muchos casos imprudentes se tratan a título doloso-eventual. Así, por ejemplo: i) las hipótesis en las que, a pesar de la escasa probabilidad de producción del resultado, se demuestra que el agente actuó con representación del resultado, para lo cual basta verificar la imputación objetiva, especialmente, la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado; ii) los eventos de “imprudencia temeraria rayana en el dolo eventual”, cuando el autor advierte el peligro que implica su comportamiento. En contra de dicha afirmación, *vid.* ZUGALDÍA ESPINAR, *Derecho...*, *op. cit.*, págs. 510 y 511.

⁵⁰ Cfr. DÍAZ PITA, *El dolo...*, *op. cit.*, págs. 113 y ss.

valorativamente— su comportamiento como riesgoso de conformidad con las normas jurídicas.

En segundo lugar, se puede anotar la *teoría del riesgo no cubierto o asegurado*⁵¹ expuesta por R. D. HERZBERG. Este autor entiende que el dolo fundamental o esencial es el dolo eventual al partir de un concepto negativo de acción y no el dolo directo, como lo sostiene la doctrina tradicional. Noción de dolo que resulta enteramente cognitiva, precisamente, porque la voluntad solo es trascendente para la acción —entendida como mero impulso físico naturalista—, mas no para el tipo penal. En este sentido, una conducta podrá ser imputada a título doloso —inclusive— cuando se presenten acciones omisivas propias no voluntarias, en las cuales el agente (sujeto) conserva la posición de garante (C.P., artículo 25) y la capacidad de evitación del resultado lesivo en contra de los bienes jurídicos tutelados. Con lo cual, cualquier clase de acción causal sería voluntaria. Según esta teoría, tanto el dolo como la imprudencia implicarían peligros no tolerados socialmente que representan, desde una perspectiva *ex ante*, gran probabilidad de producción del resultado jurídico. A pesar de ello, aun es necesario determinar cuándo un peligro determinado es merecedor de una sanción a título de dolo o imprudencia, para lo cual surge el criterio delimitador del peligro protegido o desprotegido.

Así pues, el peligro protegido constituiría una conducta peligrosa penalmente relevante que, no obstante, es tolerada por el ordenamiento jurídico. Precisamente, lo que califica como protegido dicho peligro es la atención que el titular del bien jurídico amenazado presta a la acción riesgosa, al momento de ser realizada por el agente. Si la situación en verdad es peligrosa, entonces el titular del bien jurídico efectuará los actos (de seguridad) necesarios para evitar la lesión y la infracción de la norma, sin que importe si el resultado se haya realizado o no para la calificación del peligro. A su turno, si al agente (sujeto) que realiza la acción riesgosa no le es posible evitar el resultado lesivo, tras la incapacidad del titular del bien jurídico o de terceros para evitarlo

⁵¹ Cfr. CUELLO CONTRERAS, *El Derecho...*, *op. cit.*, págs. 666 y 667; DÍAZ PITA, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 158; ROXIN, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 443.

conforme a su atención (juicio de probabilidad), entonces se está en el ámbito de los riesgos desprotegidos. Si es claro que nada puede evitar la lesión (peligro desprotegido próximo), y sin embargo el agente continúa realizando la acción riesgosa, confiando en que todo saldrá bien, se habrá dejado a la causalidad o al azar la producción del resultado, lo cual permitirá imputar la conducta a título de dolo⁵².

Esta teoría ha sido criticada⁵³ por las siguientes razones: *primero*, no es claro si la clasificación en peligros protegidos o desprotegidos sea objetiva o subjetiva; es decir, si depende del agente que realiza el juicio de probabilidad de evitación (de parte del titular del bien jurídico) o depende objetivamente de la probabilidad misma de producción del resultado según su evitabilidad en el caso concreto. *Segundo*, no parece razonable afinar la diferencia entre dolo e imprudencia en la capacidad (o incapacidad) de evitación del resultado de parte del titular del bien jurídico o de terceros ajenos a la acción, porque en ocasiones ni siquiera el propio sujeto que realiza la conducta riesgosa está seguro de su capacidad de evitación del resultado. Dado lo cual, la confianza que tiene el agente en que todo saldrá bien (que no se producirá el resultado) será irracional, aun cuando el riesgo efectiva y objetivamente no pueda ser evitado, por lo que siempre actuará dolosamente si continúa la realización de la conducta. *Tercero*, se afirma que esta teoría se funda en demasiadas previsiones irreales e irrealizables que superan en términos generales la capacidad de previsión: (v. gr.: prever que un tercero o la víctima, cuyas capacidades reales son desconocidas, puedan evitar determinado resultado solo previsible en términos generales). Por añadidura, toda vez que a la teoría de la probabilidad para delimitar el dolo (eventual) de la culpa con representación o previsión le son predicables las mismas críticas.

Precisamente, esta concepción teórica sobre el dolo eventual ha sido calificada por la doctrina especializada en la materia⁵⁴, desde la perspectiva *de sus efectos* y para

⁵² Cfr. DÍAZ PITA, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 233.

⁵³ Cfr. *Id.*, *ibid.*, págs. 336 y ss.

⁵⁴ Cfr. ROXIN, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 444; CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU, *Constitución, derechos fundamentales y dogmática penal*, Medellín, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2000, pág. 89,

matizar sus inconsecuencias, como una variante objetiva de la teoría tradicional del “conformarse con la posible producción del resultado” en la línea expuesta por ROXIN, constitutiva de una “decisión por la posible lesión de bienes jurídicos”⁵⁵, o con la concepción del “contar seriamente con la producción del resultado”, tal como la sostienen similarmente WELZEL o JESCHECK⁵⁶, que son partidarios de mantener dentro de la definición general del dolo eventual el elemento volitivo.

En fin, aun cuando la teoría cognitiva-prognitativa de HERZBERG anhela lograr mayor objetividad probatoria en la comprobación del dolo eventual, desplazando el elemento volitivo y adelantando el análisis del “contar con el posible resultado” al ámbito del aspecto objetivo del tipo penal por medio de una fórmula indiciaria muy poco convincente⁵⁷, todo indica que por sus efectos, su estructura sigue exigiendo además de la previsión de la probable producción del resultado típico, un elemento subjetivo adicional de carácter volitivo (llámese decisión, conformidad, tomarse en serio, etcétera.) más allá de la mera voluntariedad como presupuesto necesario de toda conducta. Elemento volitivo que se ha pretendido liberar de su componente emocional, que tantas y tan severas críticas ha recibido desde la concepción de un derecho penal de acto⁵⁸ y de culpabilidad.

indica que “si lo que se busca proteger con el derecho penal son bienes jurídicos y el injusto está configurado esencialmente sobre el desvalor de resultado, resulta lógico y materialmente entendible que el dolo se construya a partir de la idea de una «decisión contraria al bien jurídico» (Proyecto de Código Penal, artículo 22). En efecto, ello resulta auto evidente en el dolo directo, pero también y conforme se fortalece en la fórmula adoptada por el Proyecto, hay que afirmar el dolo eventual, siguiendo a ROXIN [...]”.

⁵⁵ Sobre el particular, ROXIN, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 427.

⁵⁶ *Vid.* HANS, WELZEL, *Derecho penal alemán* (trad. de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez), 12 ed., Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1987, pág. 100.

⁵⁷ Al respecto: ROXIN, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 444.

⁵⁸ Respecto a las críticas a las teorías del consentimiento, *cfr. id.*, pág. 431.

Finalmente, en tercer lugar, se puede citar a grandes rasgos la *teoría del riesgo habitual*, expuesta por JAKOBS⁵⁹. Esta concepción busca una normativización del dolo eventual tomando como base fundamental los elementos de la norma penal, que servirán para imputar la conducta a título doloso o culposo. Para este autor, el dolo implica la finalidad de realización del fin preventivo general positivo de la pena; es decir, mantener y ratificar la vigencia de la norma jurídica en la sociedad, que está dirigida al ciudadano fiel al derecho, que se debe motivar a respetarla en el ejercicio de su rol particular.

Así las cosas, la conducta del sujeto será dolosa cuando juzgue al momento de realizar el comportamiento riesgoso, que la producción del resultado lesivo no es improbable como consecuencia de este. En este sentido, el juicio individual sobre la improbabilidad de producción del resultado dependerá, en cada caso, de la dificultad de evitación de él. Percepción de dificultad que fundamentará la motivación del sujeto para actuar o no, y marcará la “gravedad de la probabilidad”. Así, el criterio que señalará cuándo castigar una conducta a título doloso será *la valoración legal de la gravedad de la conducta* —que será más grave a mayor prognosis de probabilidad—, respecto de los riesgos relevantes que se consideran intolerables desde la perspectiva social⁶⁰. Por el contrario, habrá culpa o imprudencia cuando: i) el sujeto considere —por desconocimiento o ignorancia— que el bien jurídico amenazado con su conducta no sea de especial importancia jurídica; y ii) el sujeto estime que la probabilidad de producción del resultado sea escasa o que la posibilidad de evitarlo sea elevada. Todo

⁵⁹ GÜNTHER JAKOBS, *Derecho penal*, Parte General, fundamentos y teoría de la imputación (trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo), 2ª ed., Madrid, Marcial Pons, 1997, págs. 312 y ss; DÍAZ PITA, *El dolo...*, *op. cit.*, págs. 239 y ss.

⁶⁰ Sobre la diferencia entre dolo e imprudencia, cfr. GÜNTHER JAKOBS, “El delito imprudente”, en *Moderna dogmática penal, estudios compilados*, México, Porrúa, 2002, págs. 307 a 345; DÍAZ PITA, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 246.

lo cual implica un regreso a las teorías cognitivas de la probabilidad⁶¹, desde la perspectiva de la posibilidad de evitación.

B) *Teorías de corte volitivo*

Como ya se advirtió, este grupo de teorías admite dos tendencias diferentes: ontológicas y normativas. Para las teorías volitivas de base ontológica, una conducta será dolosa cuando, en el evento de la producción del resultado previsto como posible o probable, se haya presentado una relación subjetiva de voluntad entre el agente que realiza la conducta y el resultado típico. Relación subjetiva que debe abarcar también las demás circunstancias concomitantes (necesarias o accidentales) de la acción, el nexo causal y los medios empleados de acuerdo con la finalidad que persigue el agente. Dicha relación de voluntad (“querer”) sería el elemento fundamental que caracteriza al dolo; entre otras cosas, porque la realización del resultado típico precisamente es lo que motiva al agente a querer realizar la conducta. A pesar de ello, si bien la definición tradicional expuesta es aceptable para la doctrina mayoritaria, al menos para el dolo directo de primer y segundo grados, no lo es para el dolo eventual respecto del cual se han construido una serie de teorías que pretenden explicarlo o negarlo⁶².

Una primera propuesta es la *teoría volitiva del consentimiento o asentimiento*⁶³, que considera satisfecha la voluntad o “el querer” en las hipótesis de dolo eventual, cuando el agente a pesar de prever la probable o posible producción del resultado y las demás circunstancias del tipo, realiza la conducta aprobando, aceptando,

⁶¹ Cfr. DÍAZ PITA, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 246. Sobre el particular, MAURACH, GÖSSEL y ZIPF, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 389, indican que “[...] la determinación del grado de probabilidad exigida al respecto denota la medida en la cual el dolo eventual es extendido a costa de la culpa consciente”.

⁶² BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE *et. al*, *Lecciones...*, *op. cit.*, pág. 198.

⁶³ Cfr. RAGÚES I VALLÈS, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 60; GALLEGO y SOTOMAYOR, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 10.

conformándose o ratificado las consecuencias efectivas derivadas de la acción⁶⁴. Para establecer el momento en el cual el agente asiente o consiente positivamente la producción de la infracción típica, existen dos posturas: a) según la teoría hipotética del consentimiento (1890), implica considerar lo que el autor hubiera hecho de prever el resultado como seguro: si el agente a pesar de ello hubiese actuado de todas maneras, obraría con dolo; por el contrario, si el autor hubiese desistido de la actuación, habría culpa⁶⁵; y b) la teoría positiva del consentimiento (1929), que usualmente utiliza “la segunda fórmula de FRANK”⁶⁶, en virtud de la cual se afirma la actuación dolosa si el agente se dijo: “[...] sea así o de otra manera, suceda esto o lo otro, en todo caso yo actúo [...]”. Sin embargo, para llegar a tal conclusión, resulta necesario que el actor haya actualizado su actitud interna respecto a la realización del tipo más allá de la voluntad, comprobación que necesariamente implica una especulación del operador jurídico⁶⁷.

Por el contrario, si el agente realiza la conducta esperando o deseando que el resultado típico previsto no se vaya a producir o confiando en poder evitarlo, se podrá afirmar que este no ha actuado con dolo eventual (no quiere), si no con culpa con representación de la producción del resultado. Y ello sería así porque en tales casos se desvanece la relación subjetiva de voluntad entre el agente y el resultado, desvirtuando

⁶⁴ Cfr. CORCOY BIDASOLO, *En el límite...*, *op. cit.*, págs. 966 y ss.; MAURACH, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 389; FONTÁN BALESTRA, *Derecho...*, *op. cit.*, págs. 364 y 367; ANTONIO VICENTE ARENAS, *Comentarios al Código Penal colombiano*, Parte General, vol. I, 4ª ed., Bogotá, Temis, 1983, pág. 294; LUIS ENRIQUE ROMERO SOTO, *Derecho penal*, Parte General, vol II, Bogotá, Temis, 1969, págs. 112 y ss., 125 y 126; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 410. Así mismo, cfr. C. S. de J., sent. 14 mayo 1996, rad: 9196, M. P.: Dídimo Páez Velandia, en la cual se afirma que “mientras que en la culpa consciente, aunque igualmente se representa el riesgo de realizar ese tipo penal —por ello se la conoce también como culpa con representación—, confía, por efecto de una errada valoración circunstancial, que el resultado no se concretará, es decir, no se asiente con él”.

⁶⁵ Cfr. COBO y VIVES, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 628.

⁶⁶ Cfr. DÍAZ PITA, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 169; CORCOY BIDASOLO, *En el límite...*, *op. cit.*, págs. 963 y 967; GIMBERNAT ORDEIG, *Acerca del dolo...*, *op. cit.*, pág. 246 y ss., y RAGÜES I VALLÈS, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 172.

al tiempo el consentimiento o la aprobación del sujeto respecto a los efectos eventuales de la acción⁶⁸.

De todas formas, no es fácil distinguir en todos los casos entre una confianza relevante, racional y seria, y una mera esperanza irrelevante o irracional de evitación, lo que dificulta la diferencia entre el dolo eventual y la imprudencia con representación. Por tal motivo, LUZÓN PEÑA⁶⁹ ha planteado una variante cualificada denominada *teoría limitada del consentimiento o de la aceptación*. Para este autor, la diferencia entre el dolo (eventual) y la culpa no puede radicar en una confianza de evitación cualquiera, si no solamente en una confianza mínimamente fundamentada en elementos objetivos, aunque esta resulte errónea respecto de la no producción del resultado típico. Solo esta clase de confianza tendría la capacidad de excluir satisfactoriamente el consentimiento o la aprobación del agente sobre los efectos eventuales de la acción y, por consiguiente, de excluir el dolo mismo. Precisamente, la racionalidad o irracionalidad de la confianza de evitación dependerá de un juicio de carácter objetivo-normativo efectuado por el autor, según la forma de realización de la conducta en el mundo exterior.

Respecto a esta variante, se ha dicho que la objetivación del dolo es incompatible con la naturaleza prevalentemente subjetiva de las teorías volitivas, lo que en realidad constituye un radicalismo desafortunado. Además, la doctrina objeta el alcance real de la conformidad o aprobación en materia de dolo eventual, porque se afirma que: *en primer lugar*, cuando el sujeto ha actuado voluntariamente con conocimiento de la probable producción de la realización típica o no la descarta, *confiando en que su conducta puede influir en el acontecer real*, necesariamente acepta implícitamente (quiere) las consecuencias concomitantes eventuales de la

⁶⁷ MIR PUIG, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 267.

⁶⁸ Cfr. RAGÚES I VALLÈS, *El dolo...*, *op. cit.*, págs. 62 y 97. Así mismo, cfr. C. S. de J., sent. 23 julio 1992, rad: 6255, M. P.: Juan Manuel Torres Fresneda.

⁶⁹ Cfr. RAGÚES I VALLÈS, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 106.

acción, desde el momento en que ha emprendido su ejecución⁷⁰. Y, *en segundo lugar*, que tal vinculación volitiva no es satisfactoria, porque no tiene relación con el elemento volitivo del dolo en sentido propiamente ontológico⁷¹, si no con otros elementos pseudo-volitivos distintos al “querer” verdadero como, por ejemplo: *el contar con, el conformarse o el aceptar el resultado*, que por el contrario implican “una aprehensión hipotética del dolo” que no cobija el resultado sino la posibilidad de su producción o la aceptación de la conducta capaz de producirlo⁷².

En consecuencia, por vía de locuciones irreducibles a la voluntad ontológica, se amplía injustificadamente el concepto de dolo⁷³, contrariando el pretendido alcance de la fórmula de FRANK. Fórmula que luego es utilizada para analizar casos particulares en los que, a pesar de ello, subsisten lagunas inexplicables desde el punto de vista de la definición volitiva tradicional, y que por ello mismo le hacen imperfecta. Para los críticos, la voluntad como consentimiento o aceptación resulta insuficiente para distinguir adecuadamente entre el dolo (eventual) y la culpa con representación, porque nadie aprueba su propia acción en el significado normal de la palabra⁷⁴.

⁷⁰ Cfr. *Id.*, pág. 99; MIR PUIG, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 269.

⁷¹ Cfr. RAGÚES I VALLÈS, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 98.

⁷² Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, *Acerca del dolo...*, *op. cit.*, págs. 247 y 253. En un sentido similar, *vid.* BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones...*, *op. cit.*, pág. 312; JOSÉ CEREZO MIR, “Derecho penal”, Parte General, en *Obras completas*, vol. I, Lima, ARA, 2006, pág. 540; CORCOY BIDASOLO, *En el límite...*, *op. cit.*, pág. 967; GALLEGRO y SOTOMAYOR, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 10, cuando contextualmente afirman que aceptar no es igual a la voluntad del dolo directo. En tanto que la voluntad implica un proceso real-activo de volición, aceptar es un proceso hipotético pasivo, que supone la voluntad, como reacción introspectiva de la posibilidad de realización del tipo. Se trata de un querer presunto; MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 272, critican la teoría del consentimiento advirtiendo que: “[...] se presume algo que no se da en realidad: que el autor se plantea lo que haría en caso de que el resultado sea de segura producción. /Confronta el agente con la representación del resultado, cuando *ex ante* este no se ha producido imaginándolo como realmente producido”; RAGÚES I VALLÈS, *El dolo...*, *op. cit.*, págs. 61, 65, y 104.

⁷³ Cfr. RAGÚES I VALLÈS, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 61.

⁷⁴ Cfr. *id.*, pág. 65; MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 272.

Sin embargo, esta difundida crítica no deja de originar controversias porque, finalmente, demostraría también la insuficiencia de las teorías cognitivas. En efecto, si es cierto que el dolo eventual y la culpa no admiten diferencia alguna por medio de locuciones como *aprobar*, *consentir* o *conformarse* con el resultado —a pesar de sumarlas a la previsión probable de él—, precisamente porque no constituyen actitudes psíquicas que puedan ser reforzadas hasta un querer verdadero, entonces no se entiende por qué sí puede ser satisfactoria la sola previsión del resultado o del peligro para marcar la diferencia entre el dolo (eventual) y la culpa, que tampoco son fenómenos psíquicos que admitan ser reforzados hasta el conocimiento efectivo del resultado o del riesgo en el caso concreto, muchas veces por simples razones de imposibilidad. Es más, si el problema teórico del dolo eventual es el hecho de *aceptar o consentir probables hipótesis*, toda vez que esto no constituye voluntad de realización; se pone en evidencia que este no es solamente un problema referido a la voluntad, sino también de la previsión probable del resultado o del riesgo (objeto de la voluntad) que se acepta o se quiere, que no es otra cosa que una hipótesis cognitiva que, como se afirma, es igualmente irreconducible al conocimiento efectivo de realización del resultado típico en la esfera cognitiva del sujeto.

Por consiguiente, estas teorías implican admitir una diversa intensidad de la voluntad del agente en la configuración normativo-subjetiva del dolo, partiendo de los datos ontológicos; pues, vale la pena repetirlo, así como aceptar, resignarse o conformarse no resulta ser exactamente lo mismo que querer en sentido ontológico estricto en la esfera volitiva, prever lo probable (hipótesis) no significa conocer en sentido estrictamente ontológico. Lo que sucede es que reconocen lo obvio en los procesos subjetivos, ello es, que el sujeto puede querer —o de otra parte conocer— con mayor o menor intensidad ⁷⁵ ciertos hechos, circunstancias, procesos o consecuencias directas o indirectas de determinada conducta; lo cual queda cobijado

⁷⁵ Cfr. ROMERO SOTO, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 127, cuando afirma: “[...] que, si bien no existe voluntad eventual, sí pueden presentarse diferencias, no de naturaleza, sino de calidad y cantidad, entre la voluntad exigida para el primero y la que requiere para el eventual”.

en este caso por la estructura sistemática del dolo, en cuanto a la voluntad de realización del fin o de los efectos necesarios o concomitantes de la acción. Así las cosas, solo la voluntad —entendida como la intensidad que el sujeto le da a la conducción de su conducta— como elemento característico del dolo, puede servir de referente, no solo para distinguir de forma más o menos satisfactoria entre ambas figuras, sino para limitar el ámbito de lo doloso. Lo cual, definitivamente, no puede hacer por sí solo el conocimiento del riesgo o del resultado típico.

Cosa distinta es que se equiparen o se distingan las diferentes intensidades del dolo desde el punto de vista de las consecuencias penales⁷⁶; cuestión que tiene que ver con la adecuación político-criminal de la sistematización del concepto de dolo en el ordenamiento jurídico. Desde luego, tal distinción se debe hacer a partir de los principios reconocidos por el ordenamiento jurídico (C.P., artículo 3°); y, para ello, solo resulta necesaria una regla dosimétrica que regule la materia (*Id.*, artículo 61, inc. 3°), de cuya existencia o inexistencia no parece desprenderse —indefectiblemente— la clave para determinar la tendencia volitiva o cognitiva del ordenamiento jurídico-penal.

Una segunda propuesta, en este ámbito, es la planteada por las *teorías de la indiferencia y la desconsideración*⁷⁷, que atienden a la actitud interna del sujeto en lo que se haga relación a la probable producción del resultado típico, como consecuencia de la conducta realizada. En este sentido, la conducta le podrá ser imputada al agente a título de dolo eventual, cuando a pesar de la previsión de la probable producción del resultado, a este le resulta indiferente su producción en el mundo exterior; indiferencia que, precisamente, permite deducir la voluntad de realización. O cuando sigue actuando mostrando cierta desconsideración contra el bien jurídico⁷⁸. Esta teoría es

⁷⁶ Sobre el particular, GALLEGO y SOTOMAYOR, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 29, indican contextualmente, que en todo delito realizado con dolo eventual, es procedente una atenuación obligada de la pena. La culpa es menos grave que dolo eventual (en razón de la circunstancia subjetiva aceptar, contar con o conformarse con el resultado). Sobre el tema, véase CORCOY BIDASOLO, *En el límite...*, *op. cit.*, pág. 967.

⁷⁷ Sobre el particular, *vid.* CORCOY BIDASOLO, *En el límite...*, *op. cit.*, págs. 967 y ss., y ROXIN, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 432.

⁷⁸ Cfr. MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho...*, *op. cit.*, págs. 273 y 274.

objeto de críticas porque confunde la voluntad con otras locuciones incompatibles como, por ejemplo: desear, agradar, importar, motivar, etcétera⁷⁹. En realidad, está claro que un sujeto puede querer o consentir un resultado determinado y, al mismo tiempo, serle desagradable, no desearlo o incluso serle indiferente⁸⁰.

Además, se afirma con razón que la teoría del sentimiento implica una relación emocional de dudosa legitimidad y difícil demostración empírica⁸¹ en la construcción del elemento volitivo del dolo eventual. Relación que resulta inadmisibles por vulnerar tanto el principio del acto (Const. Pol., artículo 29 y C.P., artículo 6°), como el principio de culpabilidad (C.P., artículo 12), al tener como punto de referencia valorativa el ánimo del agente y no su voluntad de realización de la conducta típica.

Una tercera posición, denominada *teoría de la voluntad de evitación*⁸², expuesta por KAUFMANN partiendo de la teoría final de la acción, sostiene que “*todas las circunstancias, que el autor toma en cuenta como factibles o posiblemente realizables, son abarcadas por el dolo, a no ser que su voluntad de realización esté dirigida precisamente a evitar una consecuencia accesoria reconocida como posiblemente producible*”⁸³. Desde esta perspectiva, como lo indica HASSEMER, “*dolo e imprudencia se diferencian con ayuda de aquel criterio que ya ontológicamente caracteriza la*

⁷⁹ Cfr. CEREZO MIR, *Derecho...*, op. cit., pág. 536; FIANDACA y MUSCO, *Derecho...*, op. cit., pág. 357; ROMERO SOTO, *Derecho...*, op. cit., págs. 70 y ss.

⁸⁰ Cfr. RAGÚES I VALLÈS, *El dolo...*, op. cit., pág. 78.

⁸¹ Cfr. BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones...*, op. cit., pág. 313, indica que “[s]e trata de una teoría que lleva a una culpabilidad por el carácter, que enjuicia la personalidad del sujeto y lleva con claridad a distinguir entre el buen y el mal ciudadano”; RAGÚES I VALLÈS, *El dolo...*, op. cit., pág. 75; ZUGALDÍA ESPINAR, *Derecho...*, op. cit., págs. 503 y 504.

⁸² Cfr. ARMIN KAUFMANN, “El dolo eventual en la estructura del delito”, en *Nuevo Foro Penal*, núm. 1 (oct-dic.), Medellín, 1978, págs. 38 y ss.; RAGÚES I VALLÈS, *El dolo...*, op. cit., págs. 109 y ss.; ROXIN, *Derecho...*, op. cit., págs. 436 y ss.; DÍAZ PITA, *El dolo...*, op. cit., págs. 262 y ss.

⁸³ KAUFMANN, *El dolo...*, op. cit., pág. 54.

*acción: la voluntad de realización. Por ello la teoría del dolo encaja sin fisuras en la teoría de la acción*⁸⁴.

En este sentido, la conducta se realiza con dolo eventual cuando el agente, pese a contar con la producción probable o posible del resultado, deja que las cosas sigan su curso causal, manifestando así su voluntad de realización cuando no efectúa voluntariamente acciones de evitación del resultado producto de su acción, de acuerdo con su finalidad⁸⁵. Precisamente, si el agente deja que las cosas sigan su curso causal en realidad se resigna, acepta o se conforma con la probable producción del resultado y de las consecuencias concomitantes derivadas de la acción. En este caso, o bien el agente no toma medidas de evitación activas porque la acción querida es muy importante, es imposible tomar medidas de evitación o estas resultan muy gravosas o engorrosas; o, si las toma, duda seriamente, no confía o no les atribuye de conformidad con un juicio de adecuación, la capacidad real de impedir la producción del resultado o de las consecuencias concomitantes. En sentido contrario, habrá culpa cuando el agente obra haciendo uso simultáneo de factores que, en un plano objetivo, conduzcan el curso de su acción a evitar la posible o probable realización de la conducta típica, ello es, que no se produzcan las consecuencias accesorias representadas como posibles o probables de conformidad con su voluntad final⁸⁶. El sujeto que valora sus posibilidades de evitación como reales, y las lleva efectivamente a la práctica, por un lado, ya no valora seriamente la producción del resultado como probable y, por otro, demuestra su falta de voluntad para realizar la acción típica⁸⁷.

⁸⁴ WINFRIED HASSEMER, "Los elementos característicos del dolo", en *Persona, mundo y responsabilidad*, Bogotá, Temis, 1999, pág. 64.

⁸⁵ En este sentido, KAUFMANN, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 47, indica que "la voluntad de realización encuentra su límite en la voluntad de realización. Cfr. C. S. de J., sents. del 12 octubre 1995, rad: 9032, M. P.: Juan Manuel Torres Fresneda y del 26 septiembre.1994, rad: 8725, M. P.: Gustavo Gómez Velásquez.

⁸⁶ Cfr. KAUFMANN, *El dolo...*, *op. cit.*, págs. 48 y ss.; y HASSEMER, *Los elementos...*, *op. cit.*, pág. 64.

⁸⁷ DÍAZ PITA, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 267. En Colombia, cfr. JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal fundamental*, vol. 2, Bogotá, Temis, 1995, pág. 263.

Sin embargo, se ha afirmado que el criterio de la no evitación es realmente un indicio refutable de la voluntad, ya que puede ser efectiva la acción salvadora, sin que por ello se excluya el dolo en algunos casos de previsión de riesgos adicionales. En otras palabras, sus resultados no siempre son satisfactorios, porque dependen de las particularidades del caso concreto. Así mismo, los esfuerzos de evitación del agente pueden resultar insuficientes para excluir el dolo, cuando el propio sujeto confía en su éxito y, a pesar de ello, continúa desarrollando la acción lesiva con disminución del riesgo de producción de otros resultados o de él⁸⁸. Igualmente, parece injusto que al sujeto que no le quede la posibilidad de evitar el riesgo, aunque lo quiera, se le impute la conducta siempre a título doloso.

Ahora bien, respecto a las teorías volitivas de base normativa, podemos mencionar las posturas expuestas por HASSEMER, denominada *teoría del dolo como disposición*⁸⁹, y la *teoría de la decisión en contra de los bienes jurídicos*⁹⁰, difundida por

⁸⁸ Respecto a las críticas a esta teoría, véase HASSEMER, *Los elementos...*, *op. cit.*, págs. 65 y ss.; JESCHECK y WEIGEND, *Tratado...*, *op. cit.*, págs. 324 y 325.

⁸⁹ Cfr. HASSEMER, *Los elementos...*, *op. cit.*, págs. 63 y ss. En este sentido, *ibid.*, pág. 84, el autor indica que “el dolo es decisión a favor del injusto. Esta determinación es válida para todas las formas de dolo. El dolo es, como también la imprudencia, una disposición (de carácter subjetivo) un hecho interno no observable. Por consiguiente, solo se puede investigar con ayuda de elementos externos de caracterización. Estos son los indicadores, que se deducen de la *ratio* de la penalidad del dolo y se encuentran en tres niveles, los cuales derivan uno del otro: la situación peligrosa, la representación del peligro y la decisión a favor de la acción peligrosa”; así mismo cfr. DÍAZ PITA, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 193.

⁹⁰ Cfr. ROXIN, *Derecho...*, *op. cit.*, págs. 116 y 417. Para este autor el dolo es la decisión por la posible lesión de un bien jurídico. “La esencia del dolo la constituye la realización del plan. Un resultado ha de considerarse dolosamente producido cuando y porque se corresponde con el plan del sujeto en una valoración objetiva, debe verse si el resultado es objetivamente parte del plan criminal del autor”; y, más adelante, *id.*, pág. 429, indica que “la decisión” a que aquí nos referimos, no precisa ser un acto de voluntad reflexivo del tipo de una resolución. Quien cuenta con la posibilidad de un resultado típico, y a pesar de todo, ello no le hace desistir de su proyecto, se ha decidido así —en cierto modo de actos concluyentes— en contra del bien jurídico protegido. En el mismo sentido, véase DÍAZ PITA, *El dolo...*, *op. cit.*, págs. 189 y ss.

ROXIN que, en el fondo, complementan la postura de STRATENWERTH respecto a la teoría de *tomarse en serio la posible producción del resultado*⁹¹.

Por ejemplo, la concepción de ROXIN permite estructurar el dolo eventual cuando el agente prevea la probable producción del resultado (el peligro concreto), como consecuencia de la realización de su acción riesgosa y, a pesar de ello, se arriesga a continuar su actuación para alcanzar el fin perseguido, de tal forma que se decide por una posible lesión contra los bienes jurídicos tutelados por el ordenamiento penal, pues al tomarse en serio la posible producción del resultado típico que es capaz de evitar, se conforma con él de buena o mala gana, o lo incluye en su plan criminal⁹². Además, tal decisión del agente, como elemento volitivo de menor intensidad que el “querer”, se puede verificar objetivamente cuando se advierte la desconsideración del sujeto o su indiferencia respecto de los bienes jurídicos puestos en peligro. En este sentido, para ROXIN las expresiones “tomarse en serio” o “resignarse a”, “contar con”, etcétera, solo constituyen “indicios con capacidad expresiva de su concurrencia (del dolo eventual), circunstancias de las que se puede deducir una decisión por la posible lesión de bienes jurídicos”⁹³ (paréntesis por fuera del texto original). Por oposición, habrá imprudencia con representación cuando el agente confía seriamente en que la conducta típica no se va a realizar o cuando se tomen medidas de evitación del resultado típico con convencimiento de que estas surtirán efecto, aun cuando ello no sea así. En realidad, se trata de proyectar un concepto de dolo unitario que redefina la definición tradicional

⁹¹ Ampliamente, con referencias y críticas a las demás posiciones, *vid.* GÜNTER STRATENWERTH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil I. Die Straftat*, 4 auflage, Köln-Berlin-Bonn-München, Heymanns, 2000, págs. 142 y ss, 147 y 149.

⁹² ROXIN, *Derecho...*, *op. cit.*, págs. 427 y 432. Sobre el particular, DÍAZ PITA, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 186, dice que si “[...] el sujeto renuncia a su plan, la norma jurídico-penal habrá alcanzado su objetivo y el bien jurídico por ella protegido estará a salvo. Si, por el contrario, el sujeto decide seguir adelante con su plan y dado que no podrá evitar el resultado lesivo, dicho sujeto se habrá decidido, a través de su acción, en contra del bien jurídico protegido”.

⁹³ DÍAZ PITA, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 430.

del dolo, con la capacidad para cobijar —en abstracto— todos los supuestos merecedores de una sanción a dicho título⁹⁴.

Esta teoría volitiva, de corte normativo, ha sido objeto de críticas en dos frentes distintos. Por un lado, se rechaza el término “decisión”, porque de manera semejante a la aprobación o la indiferencia, constituiría un elemento pseudovolitivo de carácter normativo complementario al verdadero “querer”; y, por otro, porque adopta elementos indiciarios sobre la voluntad de realización, como “el tomarse en serio la posibilidad de la realización de los elementos objetivos del tipo”, que indudablemente facilita la imputación del delito; pero que tiene en cuenta los rasgos o circunstancias del autor⁹⁵. Para los críticos, esta reducción del elemento volitivo a su mínima expresión, por la vía de “continuar realizando la acción riesgosa”, implica renunciar inequívocamente a la voluntad o “querer” en el dolo eventual⁹⁶. Así mismo, la decisión del agente no puede ser, al mismo tiempo, aquello que caracteriza el concepto del dolo (la voluntad) y el objeto volitivo del mismo⁹⁷. Por otro lado, puesto que esta teoría se apoya en la concepción de la indiferencia o de la voluntad de evitación del resultado típico en el dolo eventual, le son predicables las mismas críticas.

Finalmente, se afirma que la teoría de la decisión parece defender una tendencia cognitiva⁹⁸, dado que el dolo solo es acción, pese a la representación posible del

⁹⁴ Al respecto, *id.*, pág. 322, afirma lo siguiente: “[a]sí, llegamos a la conclusión de que la mejor forma de afrontar el problema es partir de la razón por la que se incrimina con más dureza al dolo frente a la imprudencia (en lugar de investigar elementos ontológicos de cada forma de imputación), aspirar a una teoría unitaria del dolo (en vez de definir por separado dolo directo y dolo eventual), construir un concepto basado en elementos tanto cognitivos como volitivos pero sin acudir con ello a la relación intencional entre sujeto y resultado. De este modo alcanzamos una redefinición de dolo, para todas sus formas de aparición, como decisión contraria al bien jurídico protegido”.

⁹⁵ Cfr. JOSÉ CEREZO MIR, “Derecho penal”, Parte General, en *Obras completas*, vol. 1, Lima, ARA, 2006, págs. 542 y 543.

⁹⁶ Cfr. GALLEGO y SOTOMAYOR, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 12.

⁹⁷ *Vid.* DÍAZ PITA, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 118.

⁹⁸ Cfr. RAGÚES I VALLÈS, *El dolo...*, *op. cit.*, págs. 112 y 305; GIMBERNAT ORDEIG, *Acerca del dolo...*, *op. cit.*, pág. 259, nota al pie de página núm. 71.

resultado. Sin embargo, ello se debe a una incorrecta reducción de los términos empleados por las tendencias volitivas, a la explicación de la voluntad en las teorías cognitivas, la cual es asemejada a la voluntariedad propia de la acción. O, desde otro punto de vista, como consecuencia del pretendido carácter pseudovolitivo asignado a estos términos, se los pretende vincular como en la teoría de la representación, con una aprehensión hipotética del dolo, desconociendo que en mayor o menor medida sí implican un elemento volitivo adicional al conocimiento.

Es importante anotar que las modernas teorías que estructuran el dolo a partir del conocimiento y la voluntad, como *la teoría de conformarse con la probable producción del resultado*, permiten justificar satisfactoriamente, sin desconocer que se trata de uno de los problemas más complejos del Derecho penal, mayor punibilidad para los delitos dolosos⁹⁹, a partir del criterio de protección de los bienes jurídicos. En efecto, quien sabe que despliega actos dispuestos a matar a su acérrimo enemigo y quiere matarlo, encuentra no solo mayor participación subjetiva¹⁰⁰ (desvalor subjetivo de acción) en el desarrollo externo de los actos dirigidos a causar la muerte del otro, sino también, que dichos actos implican —objetivamente— mayor riesgo para el bien jurídico vida, que aquellos actos realizados cuando el agente no quiere la muerte del otro y que, sin embargo, logran alcanzar ese resultado mediante la infracción del deber objetivo de cuidado¹⁰¹. Por supuesto, estas consideraciones también son respaldadas por un elemento normativo, pues los elementos que caracterizan al dolo implican mayor trasgresión del agente a la norma jurídico-penal¹⁰².

⁹⁹ Cfr. DÍAZ PITA, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 193.

¹⁰⁰ Cfr. *Ibid.*, pág. 39.

¹⁰¹ Cfr. LUIGI FERRAJOLI, *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal* (trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohíno, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés), 2ª ed., Madrid, Trota, 1997, págs. 121 a 125. Así mismo, véase GALLEGO y SOTOMAYOR, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 17, que afirman que “[e]l hecho de que el sujeto pueda influir sobre la realidad y no su mala intención o ánimo, convierte la acción dolosa, considerada *ex ante*, en una acción objetivamente más peligrosa para los bienes jurídicos y por ello más grave que la acción imprudente”.

¹⁰² Cfr. DÍAZ PITA, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 195.

Finalmente, se puede mencionar la *teoría mixta volitiva* expuesta por BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZABAL MALARÉE¹⁰³, que, al exigir en el dolo una relación de voluntad de realización real, consideran que el dolo eventual es una figura normativa que estructuralmente solo constituye una imprudencia con representación, que se debería agravar en sede de punibilidad¹⁰⁴. En efecto, si bien en el dolo eventual concurre un elemento subjetivo adicional como, por ejemplo: *la decisión en contra de los bienes jurídicos*¹⁰⁵, dicho elemento no se puede reconducir propiamente a la voluntad de realizar los elementos del tipo objetivo. De lo cual se deduce que, en el dolo eventual, solamente subsistiría la representación de la probable producción del resultado (que tampoco es el elemento cognitivo que satisface el dolo) y el hecho (negativo) de conocer que no se han tomado *las debidas precauciones para evitarlo*, como

¹⁰³ Cfr. JUAN BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de derecho penal*, Parte General, 4ª ed., Barcelona, PPU, 1994, pág. 71.

¹⁰⁴ BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones...*, *op. cit.*, págs. 312 y 315, en la primera de las cuales advierte que “[s]e trata, en consecuencia, de un criterio político-criminal para la determinación de una pena más grave para aquellos casos en que la culpa consciente va acompañada de un plus que hace que la aplicación del marco penal de la imprudencia resulte desproporcionado frente a la gravedad del comportamiento”; GALLEGO y SOTOMAYOR, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 13, sostienen que “son eventos que dudosamente pueden calificarse como dolosos que sí como imprudentes. Más una sanción a título de imprudencia, no se adecua a concepciones de justicia, todo lo cual lleva a buscar fórmulas fictas para justificar su tratamiento punitivo como lo que no son, delitos dolosos. El inconveniente es que no es claro que las conductas realizadas con dolo eventual, deban ser castigadas igual que las conductas con dolo directo”. En contra, BERNARDO FEIJOO SÁNCHEZ, “La imprudencia en el Código Penal de 1995 (cuestiones de «lege data» y de «lege ferenda»)”, en *CPCR* núm. 62, 1996, pág. 352, advierte que “[n]o parece político-criminalmente satisfactorio reducir la penalidad contemplada para los supuestos de dolo eventual con respecto a la pena general del dolo. Puede haber delitos, en efecto, que tengan contemplada una pena excesiva como reacción al delito. Pero este ya no es un problema específico de responsabilidad subjetiva”; FEDERICO BELLO LANDROVE, “El dolo eventual en España (reflexiones para un debate)”, en *Jueces para la Democracia*, núm. 32, julio de 1998, pág. 16, considera que “mientras el legislador no se pronuncie expresamente por la definición del dolo eventual y, sobre todo, por la equiparación de este dolo y el directo, el principio *pro reo* debe derivar el tratamiento punitivo del dolo eventual hacia la equiparación con culpa grave. Es una solución poco satisfactoria [...]”; FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 264.

efectivamente ocurre en la imprudencia con representación, que precisamente permite castigar actuaciones muy peligrosas en las cuales el sujeto *no ha tomado los cuidados requeridos*¹⁰⁶.

Esta teoría parte de las críticas a los términos lingüísticos empleados por las teorías volitivas tradicionales del dolo, como “conformarse”, “aceptar” o “resignarse”, etcétera, a los cuales se les niega aceptabilidad racional-lógica¹⁰⁷: porque hay que distinguir claramente lo querido de forma directa de lo que solo es indirectamente perseguido¹⁰⁸ o de la aceptación de sucesos o hipótesis posibles. Precisamente, las teorías tradicionales tienen como fundamento una falacia argumentativa porque, finalmente, presumen el elemento volitivo del dolo eventual. Sin embargo, esta postura ha sido criticada porque es difícil sostener que en la imprudencia con representación puedan coexistir dos estructuras antagónicas: por un lado, el plus de “elemento subjetivo” que funda la imprudencia consciente agravada (elemento que no trasmuta su naturaleza por pasar del dolo eventual a la culpa, pues sigue siendo un querer disminuido); y por otro, la confianza de evitación respecto del resultado, que es propia de la culpa consciente —al menos de *lege data* según el artículo 23—. Precisamente, mantener tales elementos de forma simultánea implicaría una contradicción, porque ellos le han servido a la doctrina para distinguir entre las conductas doloso-eventuales y las imprudentes¹⁰⁹.

¹⁰⁵ Cfr. RAGÚES I VALLÈS, *El dolo...*, op. cit., págs. 47-48 y ss.

¹⁰⁶ Cfr. BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones...*, op. cit., págs. 314 y 315

¹⁰⁷ Cfr. GALLEGO y SOTOMAYOR, *El dolo...*, op. cit., pág. 15.

¹⁰⁸ Cfr. RAGÚES I VALLÈS, *El dolo...*, op. cit., pág. 58. En este sentido, GALLEGO y SOTOMAYOR, *El dolo...*, op. cit., pág. 9, indican que “el problema del dolo eventual radica fundamentalmente en el hecho de que en el no puede afirmarse de modo categórico la presencia de una voluntad clara y manifiesta de realizar los elementos objetivos del tipo. Lo cual plantea dudas acerca de si puede considerarse doloso un comportamiento en el que se reconoce algo así como una disminución de la sustancia del dolo”.

¹⁰⁹ Sobre el particular, DÍAZ PITA, *El dolo...*, op. cit., pág. 42, sostiene que “el punto de partida en el que existe unanimidad doctrinal, es el hecho de que las conductas realizadas con dolo eventual merecen la misma pena que las conductas directamente dolosas. El sujeto que actúa con dolo eventual no es un descuidado que ha de poner más atención en lo que hace. Calificarlo como tal supone, en palabras de

Así las cosas, esta teoría comporta ampliar la esfera de la imprudencia sin fundamento legal de *lege data*, y lo que es más grave, el dolo de segundo grado aparecería como una imposición axiomática si se llevara el planteamiento dogmático de los autores hasta sus últimas consecuencias. Una solución político-criminal que no resulta satisfactoria para el dolo eventual, no solo porque descuida el referente normativo-cultural que sirve para justificar la diferencia punitiva entre tales hipótesis, sino porque abandera un derecho penal inefectivo e irreal¹¹⁰.

3. APROXIMACIONES TEÓRICAS A LA REGULACIÓN DEL DOLO

Desde un punto de vista estructural, el inciso 1º del artículo 22 del Código Penal prevé la figura del dolo directo en su doble variante: de primer grado o simplemente “*intención*” y de segundo grado o de “*consecuencias necesarias*”, manteniendo una concepción afín a aquella que sostuvo el Código Penal de 1980 en el artículo 36, que indicaba textualmente: “[*]a conducta es dolosa cuando el agente realiza el hecho punible y quiere su realización [...]*”. Formulación estructural que también acoge el Código Penal Militar (Ley 522 de 1999) en el artículo 41, de la siguiente forma: “[*]a conducta es dolosa cuando el agente conoce el hecho punible y quiere su realización [...]*”. Es evidente, entonces, que en esta materia la legislación penal colombiana —de manera unificada— asumió una concepción mixta tradicional, en virtud de la cual el

GIMBERNAT «emplear un adjetivo que es absolutamente inadecuado —es más: que constituye una burla— para definir el contenido, el alcance y la gravedad de esos comportamientos»”.

¹¹⁰ Cfr. RAGÚES I VALLÈS, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 49, indica que existen eventos en los cuales, sin concurrir propiamente voluntad (en sentido naturalístico) de la realización del tipo penal, la conducta realizada parece, no obstante, merecedora de la pena asignada para la infracción dolosa. Parece tener razón ROMERO SOTO, *Derecho...*, *op. cit.*, págs. 127-128., cuando dice que “[s]i se estrecha el círculo de las acciones dolosas eventuales y se las reduce a las claramente voluntarias, se está negando la existencia de esos fenómenos y permitiendo pagar el costo de las acciones culposas, aquellas que bien pueden considerarse cometidas con dolo. Procediendo así, no solo se desvitaliza el derecho en el sentido de que se le saca el nervio y empuje, sino en el de que se le aleja, con grave daño, de la vida misma”; CORCOY BIDASOLO, *En el límite...*, *op. cit.*, pág. 972.

dolo directo está conformado tanto por el conocimiento de los elementos objetivos estructurales del tipo concreto (infracción típica), como por la voluntad del agente de realizarla, es decir, “el querer” orientado conscientemente a alcanzar determinado resultado o dirigido a efectuar cierta conducta peligrosa, según el plan criminal del autor que le da sentido material a la actuación.

Por ello, más allá de las críticas a la técnica legislativa empleada por el legislador en el Código Penal de 2000¹¹¹, todo indica que el operador jurídico colombiano no

¹¹¹ A diferencia de la doctrina colombiana, la extranjera generalmente infiere y elabora el concepto dogmático del dolo interpretando la normativa que regula la institución del error de tipo (StGB alemán §§ 15, 16 y 17; y CPE, artículos 5º “no hay pena sin dolo o imprudencia” y 14.1 “el error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente”. Desde luego, esta diferencia metodológica es relevante y polémica. Por un lado, se afirma que la construcción del concepto resulta limitada por una decisión legislativa que no se puede rehuir en ciertos casos problemáticos; lo que impide darles una solución adecuada desde la perspectiva político-criminal. Así, por ejemplo, RAGÜES I VALLÈS, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 25, indica que “la mayoría de autores consideran desacertado que un código penal (la regulación positiva), se ocupe —entrometa— de regular o mejor definir lo que debe entenderse por dolo. Ello, puesto que tal función no es propia del legislador, sino de la doctrina jurídico penal nacional o en su defecto de la internacional”. Por otro lado, se afirma que dicha previsión legal supone favorecer los principios de legalidad, taxatividad y seguridad jurídica, al momento de interpretar, sistematizar y criticar la naturaleza del dolo y sus efectos punitivos. Precisamente, esta última postura ha sido común en la doctrina colombiana. Así, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 406, indica —respecto de la fórmula legal del C. P. de 1980— que “esta figura, predicable en principio de todos los comportamientos previstos en la ley penal, ha sido definida de manera expresa por el legislador, lo que exonera de exploraciones doctrinarias”. Véase también ALFONSO REYES ECHANDÍA, *Derecho penal*, Bogotá, Temis, 1986, págs. 207 y ss; ESTRADA VÉLEZ, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 303; y PÉREZ, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 268, cuando advierte que “la fórmula colombiana no solo se funda en el conocimiento de la acción descrita legalmente, en la voluntad de actuar y en el despliegue hacia determinando objetivo, sino que incluye lo relativo al dolo eventual, para que esta forma de (culpabilidad) dolosa *no quede sometida a los vaivenes de la interpretación*” (bastardilla y paréntesis nuestros). Es más, en principio, dicha definición permitiría evitar una desafortunada expansión tópica del dolo eventual a los hechos imprudentes, o viceversa, que las hipótesis imprudentes se castiguen como conductas doloso-eventuales, en virtud de la mera discrecionalidad del operador jurídico sobre: i) la estimación de los elementos del dolo, ii) el *desvalor* real de acción del hecho objeto de debate procesal o su impunidad, y iii) la selección del tipo penal (doloso-culposo) aplicable al caso concreto. En cualquier caso, este punto es

puede ignorar la definición y los límites razonables del *dolo legal*, como criterio ordinario de imputación subjetiva (artículo 21), ni asumir libremente los elementos que conceptualmente permitirían obtener una definición “adecuada” de la figura. Precisamente, porque tal forma de proceder implicaría modificar arbitrariamente el texto del artículo 22, en franca violación del principio de legalidad (artículo 6°). Así mismo, esto supone la necesidad de restringir la *aplicabilidad* teórica de nociones que resulten contrarias a los referentes normativos vigentes; desde luego, sin que ello justifique una recepción acrítica de la fórmula legal consagrada por el legislador en el Código Penal de 2000.

Ahora bien, con tal punto de partida, el dolo se puede explicar de forma satisfactoria por aquellas teorías que lo definen exclusivamente como “conocimiento o previsión probable del resultado”, porque si se tiene en cuenta que este elemento es la base común del dolo eventual y la culpa con representación, la diferencia entre ambas figuras desaparecería materialmente¹¹², si al tiempo no se reconoce un plus subjetivo de carácter volitivo en el dolo eventual, como lo hace el artículo 22 del Código Penal. Además, si la indistinción persiste, no habría ninguna razón para no penar la imprudencia con representación como el dolo; asunto que la misma legislación punitiva descarta expresamente en el artículo 23. Precisamente, en la ley vigente no es posible

tan importante, que precisamente de la configuración correcta del dolo dependerá la punibilidad o la impunidad de ciertas conductas, las cuales a menudo solo se prevén por la ley a dicho título como, por ejemplo: el abandono (artículo 127), la omisión de socorro (artículo 131), la falsedad en documento público (artículo 292) y el falso testimonio (artículo 442), entre muchas otras.

¹¹² En nuestro medio acepta dicha indistinción RIVERA LLANO, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 496, al afirmar que la discusión entre dolo eventual y culpa consciente está “apoyada en meras presunciones, dado que no es posible encontrar una diferencia cualitativa entre ambas nociones ya que, desde el punto de vista de su estructura son idénticos”. Postura que es el resultado de acoger en materia de dolo eventual una concepción meramente idealista intelectualista de dolo. Por ello mismo, su postura respecto a la diferencia entre dolo y culpa es francamente insuficiente desde la teoría de la probabilidad limitada, de cara al artículo 22, cuando afirma *ibid.*, pág. 497, que “... [e]l que actúa con dolo eventual tiene la mera esperanza de que el resultado no vaya a producirse; el que obra con imprudencia sigue actuando con la confianza de que aquel no tendrá lugar”.

concebir la figura del dolo como un mecanismo judicial de imputación de amplísimas proporciones, por oposición a una imprudencia limitada (sin representación), a partir del cual se presume inequívocamente la voluntad de realización, por el solo hecho de demostrar la continuidad de la actuación.

Presunción que se puede demostrar equivocada de *lege data* con un ejemplo de la vida real, que evidencia la necesidad de elementos volitivos en los procesos psicológicos de actuación del autor. Ejemplo: “A” es un fumador compulsivo que —diariamente— consume dos paquetes de cigarrillos. Así mismo, es perfectamente consciente de los efectos nocivos del tabaco, conoce que es una de las principales causas de cáncer de pulmón y que gran cantidad de personas mueren anualmente por ello. En realidad, “A” prevé que de seguir consumiendo aquella cantidad de tabaco, con una alta probabilidad dicha conducta peligrosa para su salud causará su propia muerte. La pregunta fundamental sería: ¿es cierto que “A” por el solo hecho de continuar fumando, “quiere” o acepta —incluso eventualmente— su propia muerte? Todo indica que no es posible hacer dicho salto lógico, porque no se puede afirmar objetivamente que “A”, por el hecho de fumar, quiera suicidarse dolosamente, o lo que es lo mismo, que haya planificado el hecho de cara a ese resultado global. En este sentido, no basta el elemento cognitivo para imputar una conducta voluntaria: sería necesario además que se verificara en el caso concreto que “A” aceptara efectivamente o se conformara con su muerte eventual. De lo contrario, se vulneraría el principio de culpabilidad por el hecho, desde el punto de vista de la imputación subjetiva.

En síntesis, como lo ha reconocido ampliamente la doctrina nacional¹¹³, se puede advertir que estamos en presencia de una noción legal mixta o ecléctica del dolo, que puede ser fundamentada en cualquiera de las concepciones que juzgan la voluntad de realización de la infracción típica, junto con el conocimiento, como elementos estructurales irrenunciables de la definición general de él, tales como, por ejemplo, el pensamiento finalista del delito o, incluso, las modernas corrientes

¹¹³ Hecho que sostiene en sentido similar VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Teoría...*, *op. cit.*, págs. 27 y 28.

eclécticas normativas que ponen el acento en la decisión de lesionar un bien jurídico como componente volitivo del dolo.

A su turno, en el inciso 2º del artículo 22, el Código Penal contempla la controvertida figura del dolo eventual, como una modalidad inequívoca de conducta dolosa, de la siguiente manera: “*también será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar*”. Lo cierto del caso es que se trata de una definición de los elementos estructurales del dolo eventual, que pretende variar formalmente —sin mucho éxito— la concepción puntual sostenida por el Código Penal de 1980 en el artículo 36, cuando indicaba que la conducta es dolosa cuando el agente: “[...] *la acepta previéndola al menos como posible*”.

En efecto, en tanto que el estatuto punitivo de 1980 acogía clara y expresamente la teoría *volitiva del consentimiento o de la aprobación* en materia de dolo de realización eventual del tipo, mediante la fórmula consistente en prever con posibilidad y “aceptar” la producción del resultado¹¹⁴, de marcada tendencia psicológica; en el estatuto de 2000, en principio, los redactores del Proyecto establecieron sin mucha claridad dogmática los presupuestos del dolo eventual asumiendo la teoría “del riesgo no cubierto o asegurado”¹¹⁵, cuyo autor es HERZBERG. Posición cognitiva que es muy

¹¹⁴ Sobre el particular, cfr. ESTRADA VÉLEZ, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 303, cuando indica que “nuestro Código, al definir el dolo con una fórmula clara y prácticamente útil, adoptó el criterio del consentimiento en relación con el dolo eventual”. Así mismo, véase C. S. de J., sentencia del 14 de mayo de 1996, rad: 9196, M. P.: Dídimo Páez Velandia, en la cual se afirma que “en el dolo eventual el agente se representa la posibilidad de realización del tipo penal y la acepta interiormente, lo que incluye aceptar el resultado de su conducta, conformarse con él [...]”.

¹¹⁵ Sobre la concepción asumida por el proyecto, cfr. GÓMEZ PAVAJEAU, *Aspectos político-jurídicos...*, *op. cit.*, pág. 90 y SANDRA JEANNETTE CASTRO OSPINA *et al.*: *Lecciones de derecho penal*, Parte General, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, pág. 238, cuando afirma que “en el dolo eventual se adopta la teoría de la probabilidad y se prescinde del «querer, aceptar o conformarse», que son características de las conductas dolosas. Se incluye la «no evitación», cuando se refiere la norma al dejar la producción «librada al azar», lo cual implica la no intervención del agente”. Como es notorio, esta perspectiva se asemeja a la teoría objetiva cognitiva mencionada.

cuestionada en países como Alemania, tal como lo indica acertadamente VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ¹¹⁶.

Sin embargo, la pretensión de los redactores no resulta fatalmente acertada desde la perspectiva de la fórmula legal del artículo 22 del Código Penal, más aún, cuando se advierte: *en primer lugar*, la insuficiencia dogmática de esta teoría, para: i) evitar la responsabilidad objetiva (C.P., artículo 13) y ii) distinguir adecuadamente los supuestos imprudentes de los doloso-eventuales. *En segundo lugar*, por lo disparate que resultan sus verdaderos efectos prácticos frente a la concepción originalmente concebida por el autor¹¹⁷. *En tercer lugar*, porque desconocer que la fórmula jurídica del artículo 22 admite diversas interpretaciones doctrinales con base ontológica, normativa o ecléctica, implicaría asumir un concepto doble de dolo: es decir, un concepto que tiene en cuenta la voluntad en el dolo directo (C.P., artículo 22, inc. 1º) y un concepto que reniega de la voluntad en el dolo eventual; duplicidad conceptual que resulta completamente asistemática de *lege data*. Es más, no se puede olvidar que el término “dejar librado al azar” no es exclusivo de las teorías cognitivas normativas, porque también las teorías volitivas con base normativa le consideran una variante de las concepciones tradicionales del *contar seriamente* o *conformarse* con el resultado¹¹⁸. *En cuarto lugar*, porque la interpretación de la figura en el sistema del Código Penal, igualmente, debe guardar relación con la concepción acogida por la definición del ordenamiento Penal Militar, que asume expresamente en el artículo 41 la teoría del consentimiento, así: “[...] *lo mismo cuando la acepta al menos como posible*”. De no

¹¹⁶ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Teoría...*, *op. cit.*, págs. 27 y 28, afirma que “[n]o obstante, cuando —a diferencia del Código de 1980— se asume una noción que pretende definir esta última modalidad a partir de la idea de peligro no cubierto o asegurado, de tal manera que durante o después de la acción del sujeto deben intervenir la suerte o la causalidad para que el tipo penal no se lleve a cabo, se acoge una postura bastante polémica, que no pocas discusiones ha suscitado en países como Alemania”.

¹¹⁷ DÍAZ PITA, *El dolo...*, *op. cit.*, págs. 233 y ss.

¹¹⁸ Cfr. ROXIN, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 444. sin perjuicio de que dicho autor reconduzca esta teoría a las concepciones tradicionales del *contar seriamente* o *conformarse* con el resultado.

hacerlo, tendríamos igualmente una doble definición del dolo, ya no solo en el Código Penal, sino en todo el ordenamiento jurídico penal.

Del mismo modo, es importante anotar cómo algún sector de la doctrina nacional¹¹⁹, interpretando la teoría del dolo eventual¹²⁰ expuesta por BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALARÉE¹²¹, afirma que el Código Penal de 2000 asumió una concepción dualista del dolo que reconoce, en el dolo eventual, una figura por naturaleza cercana a la imprudencia, al no compartir el primero los mismos presupuestos básicos del dolo directo, especialmente la voluntad de realización en sentido estricto. Figura que fue asimilada ficticiamente al dolo directo solo para efectos punitivos (*quad modus poenam*), atendida la gravedad de unos hechos que deberían ser castigados con una penalidad más intensa que la prevista legalmente para la imprudencia con representación. Posición teórica que no se comparte, precisamente, por las críticas ya mencionadas, en el sentido de que parece ir en contravía sistemática de los cánones legales que regulan el dolo y la culpa en Colombia.

Por lo demás, tal postura se funda afirmando que el Código Penal renunció expresamente a una fórmula material unificadora del dolo, a partir de la estructura gramatical empleada por el legislador en el inciso 2º del artículo 22, cuando expresó que la conducta doloso-eventual “[t]ambién será dolosa [...]”. Se trataría entonces de una doble regulación del dolo en directo y eventual que implicaría sostener, al mismo tiempo, una distinción conceptual clara y tajante entre ambas modalidades del dolo¹²², partiendo del elemento volitivo.

En efecto, para estos autores, el artículo 22 regula una doble definición formal del dolo que no tiene sentido, desde la perspectiva de una fórmula única que materialmente debería obedecer a los mismos elementos estructurales, porque se estaría reconociendo que el dolo es coetáneamente dos cosas distintas (principio de no

¹¹⁹ Cfr. GALLEGU y SOTOMAYOR, *El dolo...*, *op. cit.*, págs. 7 y 8.

¹²⁰ *Vid. Ibidem*, pág. 23.

¹²¹ Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, *Manual...*, *op. cit.*, pág. 71.

¹²² Cfr. GALLEGU y SOTOMAYOR: *El dolo...*, *op. cit.*, págs. 22 y ss.

contradicción). Desde este punto de vista, para esta posición, si la fórmula del artículo 22 fuese realmente única¹²³ a partir de las teorías tradicionales del dolo —conocimiento más un elemento subjetivo adicional—, en realidad no haría falta el inciso 2º del artículo 22, ya que el inciso 1º *ibidem* hubiera bastado para comprender el dolo eventual en la regulación legal. En fin, como lo afirma ROMEO CASABONA, “[e]s necesario matizar las concepciones que formulan el concepto dogmático de dolo partiendo de una concepción simplista de la voluntad, que presenta el querer como una realidad dicotómica, taxativa e incontrovertible, de forma que un hecho sólo puede haber sido querido o alternativamente no querido”¹²⁴.

En este sentido, se puede considerar que una adecuada interpretación del significado y el alcance de la fórmula del dolo eventual consagrada por el legislador, en conjunción con la regulación de la imprudencia (C.P., artículo 23) y del error sobre los hechos constitutivos de la infracción típica o “error de tipo” (*id.*, artículo 32, num. 10, parte primera) permitirá convenir sin problemas que ambas definiciones (la del dolo directo y la del dolo eventual) son complementarias y de ninguna forma excluyentes entre sí, teniendo como norte la voluntad de realización, ello es, aquella resolución que al menos implica aceptar seriamente la probabilidad de producción del resultado (concomitante, accidental o querido directamente)¹²⁵. Elementos que permiten configurar un concepto material de dolo que, guardando las proporciones expuestas por las teorías eclécticas actualmente imperantes, implica reconocer cada uno de los requisitos fundamentales para la estructuración de las diferentes clases de este, cuales son: el conocimiento de los elementos del tipo y la voluntad de realización del hecho.

4. CLASIFICACIÓN SISTEMÁTICA DEL DOLO

¹²³ Cfr. *Ibidem*, pág. 23.

¹²⁴ ROMEO CASABONA, *Sobre la estructura...*, *op. cit.*, pág. 483. Igualmente, *vid.* CUELLO CONTRERAS, *El Derecho...*, *op. cit.*, págs. 662 y 663.

¹²⁵ En este sentido, véase ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 500.

Ahora bien, desde el punto de vista sistemático, el legislador de 2000 consagró expresamente la institución del dolo como una “modalidad de conducta punible” (C.P., artículos. 19, 21 inc. 1º y 22), al lado de la culpa o imprudencia y —erróneamente— de la preterintención¹²⁶ (*id.*, artículo 24). Precisamente, para conseguir tal efecto, la normativa vigente utiliza expresiones como: “[l]a conducta es dolosa [...]” o “[t]ambién será dolosa la conducta [...]”, refiriéndose en este último caso al dolo de realización eventual del tipo, en el inciso 2º *ibidem*. Lo anterior implica enunciar dos consecuencias sistemáticas de gran importancia:

En *primer lugar*, se puede predicar con seguridad la existencia de una relación intrínseca entre el concepto del dolo —*como forma de imputación subjetiva del delito*— y la teoría de la conducta. Precisamente, dependiendo del concepto que se asuma respecto de la “acción” (final, social, personal o negativa), dependerá a su turno la concepción del aspecto subjetivo del tipo, porque no son fenómenos ajenos entre sí, sino elementos estrechamente interrelacionados en la sistemática del delito, cualquiera que sea el punto de partida adoptado¹²⁷. Precisamente, si se advierte que el artículo 22 del Código Penal regula el elemento volitivo del dolo de forma clara y expresa, como un aspecto necesario e irrenunciable de su estructura normativa general, la conclusión correcta subsiguiente, desde el punto de vista dogmático, implica que el contenido de la voluntad del agente, ello es, el “querer” en la significación de la norma anotada, se encuentre íntimamente influido por la finalidad del agente al momento de realizar la conducta típica¹²⁸. Desde luego, sin que ello implique la confusión de ambos conceptos.

¹²⁶ Sobre esta polémica figura en el C. P. de 2000, *vid.* RICARDO MOLINA LÓPEZ, *La preterintención en el derecho penal colombiano*, Medellín, Comlibros, 2006, pág. 65.

¹²⁷ Véase CADAVID QUINTERO, *Introducción...*, *op. cit.*, págs. 92 y ss.; MAURACH, GÖSSEL y ZIPF, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 376; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 406; *id.*, *Manual...*, *op. cit.*, págs. 296 y 297.

¹²⁸ Al respecto, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ: *Teoría...*, *op. cit.*, pág. 25. indica que “el nuevo Código Penal se adscribe a la sistemática de la conducta punible para la cual el contenido de la voluntad del agente, la finalidad, es un problema a examinar en la teoría de la acción, como carácter genérico de la noción de conducta punible”. También, véase ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 406.

Y, en *segundo lugar*, que no es posible afirmar de *lege data* que el dolo sea una *forma* o un *elemento integrante* de la categoría dogmática de la culpabilidad¹²⁹ (C.P., artículo 11, inc. 1º), sino que es un elemento cuya sede es la tipicidad, al formar este parte del aspecto subjetivo del tipo en sentido sistemático¹³⁰. En este sentido, basta observar la regulación del error en el Código Penal para deducir cómo el legislador ha distinguido claramente, por una parte, el conocimiento requerido sobre el aspecto objetivo de la descripción típica —propio del dolo como objeto de valoración¹³¹—, que precisa ser actual o actualizable al momento de realizar la conducta (*id.*, artículo 32, num. 10), y, por otra, el “conocimiento” de la ilicitud de la conducta, es decir, la denominada conciencia o comprensión de la antijuridicidad propia del juicio de exigibilidad o culpabilidad (*id.*, artículo 33), sobre el cual basta la *potencialidad* de conocimiento en términos razonables de oportunidad, para que se repunte existente (*id.*,

¹²⁹ Asumen dicha postura: MANUEL COBO DEL ROSAL y TOMÁS SALVADOR VIVES ANTÓN, *Derecho penal*, Parte General, 5ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, págs. 619 y ss.; FIANDACA y MUSCO: *Derecho...*, *op. cit.*, págs. 352 y ss.; FONTÁN BALESTRA, *Derecho...*, *op. cit.*, págs. 355 y ss.; EDMUND MEZGER, *Derecho penal*, Parte General, t. I, Buenos Aires, Ed. Valletta, 2004, págs. 153 a 155. Una matización en SANTIAGO MIR PUIG, *Derecho penal*, Parte General, 7ª ed., Buenos Aires-Montevideo, BdeF, 2004, pág. 261, entiende que “el dolo *completo* exige la «conciencia de la antijuridicidad». Sin embargo, “[a]l estudiar el tipo doloso importa únicamente el primer nivel de *dolo típico*, que se corresponde al concepto natural usado por el finalismo”. La diferencia del dolo en la regulación del Código Penal de 2000 es notoria respecto al Código Penal de 1980, que precisamente reguló el dolo, la culpa y la preterintención como “formas de culpabilidad”.

¹³⁰ Cfr. CEREZO MIR, *Lo injusto...*, *op. cit.*, pág. 87, afirma que “[l]a necesidad de que el dolo sea un elemento constitutivo de lo injusto de los delitos dolosos se deriva de la punición de la tentativa, es decir, de la punición de las acciones dirigidas por la voluntad de sus autores a la lesión de un bien jurídico. [...] La inclusión del dolo en el tipo de lo injusto de los delitos dolosos viene exigida además por la existencia de los restantes elementos subjetivos de lo injusto”; JOSÉ CEREZO MIR, “La doble posición del dolo en la ciencia del derecho penal español”, en *Obras completas*, vol. 2, Lima, ARA, 2006, págs. 275 y ss.; CEREZO MIR, *Derecho...*, *op. cit.*, págs. 510 y ss.

¹³¹ ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, *Derecho...*, *op. cit.*, págs. 497 y 504. En la última página citada, indica que “el conocimiento que requiere el dolo se distingue del que se exige para el resto del delito, a partir de la fórmula legal que da base a su construcción (el fin de cometer un delito)”.

artículo 32, num. 11, inc. 2º)¹³². De este modo, entonces, se puede aseverar que existirá conducta típica dolosa comisiva u omisiva, aun cuando el agente no cuente con un conocimiento siquiera potencial de la ilicitud de su conducta o sea “incapaz” de comprender la antijuridicidad de ella, porque como afirma lúcidamente ZAFFARONI, “*ello no altera en nada su conocimiento de la naturaleza de la acción que realiza*”¹³³.

En síntesis, el dolo se clasifica como un elemento de la categoría de la tipicidad en el Código Penal de 2000¹³⁴, que funda un concepto complejo de tipo penal (objetivo-subjetivo) que lo supone como un dolo avalorado o natural¹³⁵, ello es, del cual no forma parte el conocimiento de la antijuridicidad de la conducta típica (C.P., artículo 32, num. 11). Desde luego, es necesario advertir que no se puede sostener que el Código Penal se “matricula”¹³⁶ con un concepto finalista del delito; porque desde la perspectiva de la finalidad del ordenamiento jurídico-penal, cual es la protección de los bienes jurídicos (Const. Pol., artículo. 2º), se pueden admitir interpretaciones o justificaciones diferentes que maticen las caracterizaciones ontológicas en la definición y clasificación sistemática del dolo en la tipicidad¹³⁷.

5. LOS ELEMENTOS QUE CONFORMAN LA DEFINICIÓN LEGAL DEL DOLO

¹³² Sobre el tema, *vid.* JOSÉ CEREZO MIR, “La conciencia de la antijuridicidad en el Código Penal Español”, en *Obras completas, op. cit.*, págs. 131 y ss.

¹³³ Cfr. ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 504.

¹³⁴ Al respecto, consúltese ROXIN, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 308; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual...*, *op. cit.*, pág. 62. Respecto a la inclusión del dolo en el aspecto subjetivo del tipo, véase FERNANDO MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, Barcelona, Bosch, 2001, págs. 457 y ss.

¹³⁵ Cfr. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 407; MAURACH, GÖSSEL y ZIPF, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 378.

¹³⁶ Cfr. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho...*, *op. cit.*, págs. 331 y 406; *id.*, “Teoría de la conducta punible en el nuevo Código Penal”, en *Nuevo Foro penal*, núm. 63, (ene.-abr. 2000), pág. 27.

¹³⁷ Así, por ejemplo: BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones...*, *op. cit.*, págs. 208, 209 y 210.

Ahora bien, tradicionalmente el legislador colombiano ha configurado el dolo a partir de elementos ontológico-psicológicos, teleológicos y valorativos complementarios, que se materializan no solo por los componentes del dolo —conocimiento y voluntad—, sino también por la esencia misma del concepto dogmático recogido en la ley. Elementos que han sido perfectamente distinguidos por la doctrina penal moderna¹³⁸.

Por supuesto, más allá de las posturas vistas, cuando nuestro legislador califica el dolo como una “forma de conducta humana” (C.P., artículos 21 y 22), se asume una posición teórica que no escapa por completo a las tendencias psicológicas imperantes, que reconocen al ser humano como el centro del esquema jurídico-político a partir del cual se deben configurar político-criminalmente los conceptos de la teoría del delito (Const. Pol., artículos 1°, 13 y 28; C.P., artículos 1°, 12 y 13). Por tal motivo, el artículo 22 Código Penal exige que la conducta humana dolosa implique una relación psíquica y valorativa entre el agente y la conducta que realiza, precisamente, como consecuencia del reconocimiento de los principios constitucionales de autonomía ética y libertad de determinación. Aunque sea cierto que en el dolo directo de primer grado se discuta ampliamente la naturaleza ontológica del elemento volitivo, o en el dolo eventual se cuestione la pertinencia de perspectivas emocionales, expresadas por locuciones jurídicas como conformidad, aceptación, resignación o aprobación de la probable producción del resultado¹³⁹, etcétera.

En consecuencia, el conocimiento y la voluntad resultan elementos de igual importancia en nuestro sistema penal, en tratándose de la definición material de dolo, porque aunque se distinga formalmente entre dolo directo y dolo eventual, ambos elementos deberán concurrir efectivamente aunque en diversos planos de intensidad o jerarquía¹⁴⁰. Es más, que en algunos casos predomine el elemento volitivo sobre el cognitivo, o viceversa, ello no implica: i) que uno de los elementos desplace o anule

¹³⁸ Cfr. C. S. de J., sent. 25 noviembre 1987, en *JD*, vol. TXVII, Bogotá, 1988. Algunos autores incluso hablan de tres elementos, cfr. FIANDACA y MUSCO, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 306.

¹³⁹ Cfr. RAGÜES I VALLÈS, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 156.

completamente al otro; ii) prescindir de alguno de ellos en el proceso psicológico que el agente debe recorrer al realizar la descripción típica, al menos desde el punto de vista lógico¹⁴¹; o iii) descartar ciertos elementos valorativos que corrijan la rigurosa perspectiva ontológica, con fundamento en distinciones gramaticales que el legislador haya efectuado por razones de claridad sistemática. Véanse a continuación los elementos legales del dolo.

A) *Elemento intelectual, cognitivo o cognoscitivo*

Ahora bien, desde un punto de vista lógico, es claro que el fundamento cognitivo precede temporalmente al elemento volitivo exigido por la ley, es decir, al “querer” llevar a cabo la conducta y a su efectiva realización como desarrollo del plan criminal y de la finalidad concreta del agente. La explicación parece obvia: no puede haber voluntad de realización sin conocer o prever lo que se hará, porque dicho conocimiento es la base, precisamente, para que el agente se decida a desarrollar su finalidad con actos jurídicamente desvalorados (*nihil volitum nisi praecognitum*). Como lo advierte ZAFFARONI: “[d]ado que el dolo es el fin tipificado, la finalidad es lo que le da sentido a la unidad del conocimiento. Sin conocimiento no hay finalidad, aunque puede haber conocimiento sin finalidad”¹⁴².

Desde esta perspectiva, no hay duda de que al Derecho penal colombiano le interesan las conductas humanas regidas o dirigidas por la conciencia, incluso como

¹⁴⁰ Vid. FRITJOF HAFT *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 8ª Auflage, München, C. H. Beck, 1998, págs. 150 y 151.

¹⁴¹ Cfr. MAURACH, GÖSSEL y ZIPF, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 381, afirman que “en la determinación del dolo, no tendría sentido prescindir de los componentes cognoscitivos o de los volitivos, o bien enfrentar los unos contra los otros; para la correcta determinación del dolo se trata, en el caso de cada tipo y de cada elemento típico, de ponderar el dolo necesario, según sus elementos cognoscitivos y volitivos”.

¹⁴² ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 497; ZUGALDÍA ESPINAR, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 496.

condición positiva y previa de relevancia penal, respecto de los comportamientos declarados prohibidos por el ordenamiento jurídico. Por esta razón, incluso lógica, de innegable contenido garantista, han sido excluidas del ámbito de las verdaderas acciones dolosas (y culposas), aquellas actuaciones en las que el agente no actúa con conciencia de sus circunstancias personales, de los aspectos que hacen controlable y previsible su conducta, del entorno en que la desarrolla y de los efectos que se pueden desprender de ella (C.P., artículo 32, num. 1), entre otras situaciones¹⁴³.

Desde luego, para efectos de configurar el dolo como forma de imputación subjetiva general, no basta que el agente actúe con mera conciencia o con cualquier clase de conocimiento de lo que hace al emprender la acción, porque es necesario que este conocimiento se refiera a la correcta comprensión general de ciertos elementos de los hechos objetivos, que tiene incidencia en la probable o posible producción de la descripción típica, con inclusión del resultado (material o de peligro), el nexo causal y la relación de imputación objetiva en los tipos que lo requieran. Además, en los tipos omisivos es necesario que el sujeto conozca, además, la posición de garante y la situación típica. En palabras de DÍAZ PITA: *“lo que ha de conocer el sujeto son las distintas realidades, bien sean empíricas, bien normativas que se corresponden con los diferentes elementos que conforman el tipo objetivo de un determinado delito”*¹⁴⁴. Precisamente, este elemento se encuentra regulado por el Código Penal en el artículo 22, cuando indica en el inciso 1º que la conducta es dolosa “[...] cuando el agente

¹⁴³ Cfr. CADAVID QUINTERO, *Introducción...*, *op. cit.*, pág. 105. El autor indica: “[l]o que fundamentalmente interesa dejar establecido en este lugar es que el presupuesto de la atribución de responsabilidad a una persona que constituye la acción debe estar integrado por una manifestación exterior que haya sido susceptible de ser controlada por sus capacidades superiores; es decir, constituye acción en sentido jurídico penal todo acto susceptible de llegar a tener trascendencia social por su aptitud, gracias a su exteriorización, de afectar a otras personas, siempre que correlativamente constituya representación de la capacidad inherente a su ejecutor, en ejercicio de sus capacidades superiores; de disponer la interrupción o la modificación de las condiciones en que se presenta, bien mediante una actuación positiva o bien mediante una omisión”.

¹⁴⁴ CEREZO MIR, “Derecho penal”, Parte General, en *Obras completas, op. cit.*, pág. 519; DÍAZ PITA, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 296; MAURACH, GÖSSEL y ZIPF, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 381.

conoce los hechos constitutivos de la infracción penal [...]; y, en el inciso 2º, cuando advierte con respecto al dolo eventual que: “[*t*]ambién será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable [...]” (bastardilla por fuera del texto original)¹⁴⁵.

Así las cosas, cuando el texto del inciso 1º del artículo 22 emplea la locución: hechos constitutivos de la “infracción penal”, referida al objeto de conocimiento —y al contenido de la voluntad— en el dolo, lo que en realidad indica la norma es que el agente debe tener, al momento de comenzar la realización de la conducta, conocimiento, conciencia o previsión de la dimensión real propia de los hechos integrantes de la “descripción típica”¹⁴⁶. No así en los términos del artículo 9º como conducta típica, antijurídica y culpable, porque se llegaría al absurdo de extender la demanda de conocimiento actual a la culpabilidad¹⁴⁷. Interpretación que no solo desconoce la doble regulación del error (C.P., artículo 32, num. 10 y 11), sino que, además, implica una desistematización de la teoría del delito prevista en el Código Penal, cuyas consecuencias político-criminales producirían amplias lagunas de punibilidad. Es bueno repetirlo: en esta fase no se trata de verificar si el agente conoce o no que está realizando una conducta contraria a derecho.

Precisamente, el elemento cognoscitivo del dolo está respaldado por la regulación del *error de tipo* en el artículo 32, num. 10, al indicar que no habrá lugar a responsabilidad penal, por atipicidad de la conducta, cuando el agente (inc. 1º) “*obre con error invencible de que no concurre en su conducta un hecho constitutivo de la*

¹⁴⁵ Sobre la teoría de la probabilidad, cfr. C. S. de J., sent. 15 septiembre 2004, rad: 20860.

¹⁴⁶ MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho...*, *op. cit.*, págs. 268 y ss.

¹⁴⁷ Al respecto, ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 310. indica que “se ha objetado lo contrario, afirmando que «literalmente [...] requeriría conocimiento del tipo, de la antijuridicidad, de la propia culpabilidad e incluso para algunos, también conocimiento de la punibilidad», pero las consecuencias de esta objeción serían inadmisibles, porque si «delito» [...] significase eso —es decir, «delito» en sentido jurídico estricto—, no cometerían tentativa los inimputables ni actuarían típicamente en grado de tentativa quienes actúan justificadamente. Precisamente de eso deducimos que

descripción típica [...]”; o esta solo será punible a título de imprudencia (inc. 2º), cuando la ley hubiere previsto la conducta como culposa “*si el error fuere vencible* [...]”. Desconocimiento de la realidad que incluye igualmente la previsión del resultado o del peligro. En otras palabras: no habrá dolo y por ende tipicidad (error invencible), o no habrá dolo sino imprudencia (por error vencible sobre los elementos típicos del supuesto de hecho doloso), cuando en el proceso de conocimiento del agente existe una discordancia o un juicio incorrecto, inexacto o irregular entre la realidad —la realización de los hechos peligrosos constitutivos de la descripción típica concreta— y la conciencia, conocimiento o previsión probable de lo que hace o hará efectivamente con su conducta temeraria.

Ahora bien, es necesario puntualizar que el conocimiento de los elementos que estructuran objetivamente la conducta típica respectiva debe ser *actual* o *actualizable*¹⁴⁸. Lo anterior significa, en el primer caso, que el agente debe tener un conocimiento efectivo, real y presente de estar realizando determinada conducta peligrosa, con conciencia del riesgo, de sus propias circunstancias personales, de los aspectos que la hacen controlable y previsible, del entorno real en que la desarrolla, de la forma de realización y, cuando sea del caso, los efectos probables que se pueden desprender necesaria o accidentalmente de ella, el nexo causal y la imputación objetiva¹⁴⁹. Por ejemplo: matar a otro, causar daño en el cuerpo o en la salud, portar un arma,

«delito» [...] significa tipicidad objetiva (o tipicidad a secas, para quienes optan por un concepto objetivo de tipo penal)”. También, véase VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 406.

¹⁴⁸ Cfr. MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 268; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 409; *id.*, *Manual...*, *op. cit.*, pág. 298; ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 495; *id.*, *Manual...*, *op. cit.*, págs. 399, 400 y 401. Además, ORTS BERENGUER y GONZÁLEZ CUSSAC, *Compendio...*, *op. cit.*, pág. 166, sostienen que el conocimiento propio del dolo es actual, mientras que el conocimiento propio de la imprudencia es potencial.

¹⁴⁹ En sentido similar DÍAZ PITA, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 28. Respecto de la forma de realización de la conducta, FIANDACA y MUSCO, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 359, señalan que “[...] es necesario distinguir según se trate de delitos de «forma vinculada» o de «forma libre». [...] en los primeros es necesario que la conciencia y la voluntad tengan por objeto las modalidades específicas de realización del hecho tipificadas en la figura incriminante. En cambio, en los segundos, dado que el legislador le atribuye

ejercer violencia, etcétera. A pesar de ello, es importante anotar que se ha discutido largamente la cuestión del grado de conocimiento que admiten algunos de estos elementos al momento de realizar la acción, como por ejemplo, los descriptivos referidos al propio autor o a la víctima y los normativos de naturaleza técnica o extrapenal, entre otros.

Así las cosas, respecto de algunos de estos elementos típicos descriptivos resultará suficiente que el agente actúe con *co-consciencia* o *co-pensamiento* de la realidad que subyace en ellos¹⁵⁰. Es decir, dadas las circunstancias del agente y su capacidad individual de percepción y reflexión, es necesario que este disponga efectivamente en su conciencia de los conocimientos del hecho necesarios para realizar la descripción típica, a pesar de no pensarlos *ex profeso*, de sacarlos a la luz o de *actualizarlos* efectivamente al momento de desarrollar la conducta; es decir, que *cuente con ellos* con un grado más leve de conciencia en su esfera intelectual¹⁵¹. Al respecto, WELZEL manifiesta que “*la parte intelectual comprende el conocimiento actual de todas las circunstancias objetivas del hecho del tipo legal. No es necesaria una consciencia reflejada —sobre todo en relación a las circunstancias concomitantes—, más bien es suficiente una «co-consciencia» no reflexiva*”¹⁵².

relevancia penal a cualquier modalidad de agresión al bien protegido, el dolo, normalmente, debe abarcar el último acto cumplido antes que el curso causal escape a la capacidad de dominio personal del agente”.

¹⁵⁰ Cfr. BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones...*, *op. cit.*, pág. 212, hablan de “inconsciente dominado”; DÍAZ PITA, *El dolo...*, *op. cit.*, págs. 29 y 60; MAURACH, GÖSSEL y ZIPF, *Derecho...*, *op. cit.*, págs. 382 y 383; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 408.

¹⁵¹ Vid. DÍAZ PITA, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 69. Cuando la doctrina emplea el término ‘actualización’, se refiere a dos procesos diferentes: por una parte, la vuelta a la conciencia de contenidos que permanecían de modo inconsciente en la memoria del sujeto y, por otro, la percepción de los objetos del mundo exterior de parte de aquel, llevando a cabo a su vez, un proceso de integración de ellos en el contexto de las experiencias anteriores de dicho sujeto.

¹⁵² WELZEL, *Derecho...*, *op. cit.*, págs. 96 y 399. Cfr. BACIGALUPO, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 312; CEREZO MIR, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 522; HAFT, *Strafrecht...*, *op. cit.*, pág. 152. Sin embargo, ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, *Manual...*, *op. cit.*, pág. 401, puntualizan que “[e]l dolo siempre requiere alguna actualización del conocimiento (cierto pensar en ello o darse cuenta), porque si no se actualizan ciertos contenidos de la consciencia en el momento de actuar, no puede configurarse la finalidad de la acción [...]”

Así, respecto a los elementos descriptivos perceptibles, cuando Pedro le suministra droga que produzca dependencia a Juan (C.P., artículo 381), no es necesario que piense efectivamente al momento de entregar la droga en la calidad de menor de 18 años del suministrado; es suficiente que se haya “dado cuenta”¹⁵³ de que es un adolescente y que tenga disponible tal conocimiento en su conciencia al realizar su conducta. En efecto, cuando Pedro realiza la conducta de *suministro a menor*, manifiesta en el desarrollo de su acción el cumplimiento de su finalidad típica¹⁵⁴, que tiene por base el conocimiento latente de la situación acompañante. Conciencia que, para los efectos del dolo, aunque no es conocimiento ontológico en estricto sentido, satisface este elemento estructural de la figura. Igual disquisición vale en tratándose del tipo penal de acceso carnal abusivo con menor de 14 años (C.P., artículo 208).

En cualquier caso, se debe tener presente que el proceso de conocimiento del sujeto no es mecánico o automático porque, de ser así, siempre se presumirá un conocimiento *co-consciente* de todos los elementos que conforman la descripción típica objetiva de que se trate; y siguiendo esta clase de inferencia, no será difícil presumir la existencia del dolo. Por tal motivo, se exige a lo menos una percepción actual y sin errores de la situación específica en la cual se desarrolla la conducta en su totalidad o conjunto.

Ahora bien, respecto a los elementos normativos del tipo (abusivamente, piedad, indebidamente, etcétera), será necesario que el agente actúe con base en una valoración empírico-cultural sobre ellos (social-jurídica); es decir, que tenga una comprensión intelectual de su significado próxima a la “de un hombre medio o normal” según su nivel social, sin que se requiera una valoración rigurosamente exacta desde el

en cada caso el agente debe tener el grado de actualización de conocimientos necesario para configurar la finalidad típica”; FIANDACA y MUSCO, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 356, advierte que “[...] el dolo deberá excluirse si el pasaje desde una representación *potencial* a una *actual* ya no representa un mero momento de atención, sino un proceso de deducción lógica del dato (actualmente) ignorado a partir de las circunstancias (previamente) conocidas”.

¹⁵³ ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 305.

¹⁵⁴ Cfr. *Ibidem*, pág. 303.

punto de vista técnico, científico o jurídico¹⁵⁵. Así, en el hurto basta que el sujeto conozca que la *cosa (ajena)* objeto de apoderamiento no es suya (C.P., artículo 349), o en el delito de violencia contra *servidor público*, que la víctima ejerce funciones públicas; en los delitos de falsedad no es preciso que el agente conozca el concepto jurídico de *documento*: basta que sepa que el escrito puede servir de prueba en el tráfico jurídico documental.

De igual manera, el agente deberá prever de manera general, según su capacidad individual, el probable suceder causal de la conducta en el caso concreto¹⁵⁶, la realización del resultado típico¹⁵⁷ de lesión o de peligro y las circunstancias que fundan la imputación objetiva del resultado contra el bien jurídico tutelado (como producto probable del riesgo *ex ante* creado). Por lo que hace al resultado, se exige al menos una previsión general¹⁵⁸, precisamente, porque este elemento no admite *en todos los casos* un conocimiento *empírico, actual y cierto*, concomitante o *ex ante* a la acción; como sí lo admite la acción misma como objeto de conocimiento. Ello es así porque al momento de realizar la conducta generalmente el resultado efectivo aun no se ha producido, dando cabida al azar¹⁵⁹. El agente, como lo advierte DÍAZ PITA, “[q]uizás no conocerá el resultado efectivamente producido pero sí todas las

¹⁵⁵ Sobre el particular, véase MEZGER, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 164; BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones...*, *op. cit.*, pág. 213; MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho...*, *op. cit.*, págs. 268 y 269, recurren a la famosa fórmula de MEZGER sobre la “Valoración paralela en la esfera del profano”; HAFT, *Strafrecht...*, *op. cit.*, pág. 151; JESCHECK y WEIGEND, *Tratado...*, *op. cit.*, pág. 316; MIR PUIG, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 263; ZUGALDÍA ESPINAR, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 498.

¹⁵⁶ Al respecto, FONTÁN BALESTRA, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 362, sostiene que “[...] el conocimiento del acontecer causal se limita a las posibilidades que el ser humano tiene de conocer, y con ello de dirigir los hechos que se encadenan, mediante el condicionamiento adecuado de las causas”.

¹⁵⁷ Cfr. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 409; *id.*, *Manual...*, *op. cit.*, pág. 298; DÍAZ PITA, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 97. Sin embargo, no faltan autores que afirman que el conocimiento del riesgo en el dolo eventual no requiere ser específico, porque estaría vinculado con el conocimiento potencial que en principio funda a la imprudencia como conocimiento del riesgo-precaución: RIVERA LLANO, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 520.

¹⁵⁸ Cfr. RAGÚES I VALLÈS, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 159.

¹⁵⁹ Cfr. *Ibidem*, pág. 182.

*circunstancias que hacen previsible que dicho resultado se llegue a producir, y naturalmente, es siempre en relación a ese resultado global que quiere producir como planifica el hecho”*¹⁶⁰.

Sin embargo, tampoco es fatal una separación temporal significativa entre la conducta y resultado típico, que impida al agente el conocimiento actual o actualizable y correcto del último. En realidad, podrán presentarse situaciones en las cuales tal discontinuidad no exista, porque la acción y el resultado se confunden en un solo momento temporal y espacial¹⁶¹; lo que le permite al agente tener ocasión para conocer o *co-conocer* el resultado, como sucede en las hipótesis de acceso carnal violento (C.P., artículo 205). Por supuesto, en el ordenamiento jurídico colombiano la exigencia del conocimiento y, por ende del dolo, también se hace extensiva a las circunstancias que atenúan o agravan la punibilidad del tipo penal, porque en caso contrario no le podrán ser imputadas al agente¹⁶². Desde luego, tal exigencia no se extiende a los resultados en los delitos calificados por el resultado y a las condiciones objetivas de punibilidad. Esta consideración se desprende del artículo 32, num. 12, al precisar que *“el error invencible sobre una circunstancia que diere lugar a la atenuación de la punibilidad dará lugar a la aplicación de la diminuyente”*.

De esta manera, entonces, para configurar el elemento cognoscitivo del dolo se requiere, en *primer lugar*, que el agente conozca en su sentido global o al menos prevea —de forma actual o actualizable— como lo haría un hombre medio en una

¹⁶⁰ DÍAZ PITA, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 295.

¹⁶¹ Al respecto, *ibidem*, pág. 135, indica que “en tanto no se dé ese espacio de tiempo entre una y otro, no podremos nunca afirmar que el sujeto no pudo conocer el resultado a que daba lugar su acción”. Así mismo, *ibid.*, pág. 294 sostiene que “aseverar que un sujeto no puede en ningún caso conocer el resultado en el momento de la acción se ajusta solo a la realidad de aquellas situaciones en las que transcurre un lapso de tiempo considerable entre acción y resultado; no, por el contrario, en aquellas en las que la acción y el resultado se desarrollan sin solución de continuidad”. En contra: FEIJOO SÁNCHEZ, *El dolo...*, *op. cit.*, págs. 23, 24 y 25, finamente advierte que en el conocimiento del riesgo se encuentra implícito el conocimiento del resultado, y que, la decisión del autor está vinculada al resultado.

¹⁶² *Vid.* CEREZO MIR, *Derecho...*, *op. cit.*, págs. 520 y 521; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Manual...*, *op. cit.*, pág. 299.

situación normal¹⁶³, los hechos constitutivos de la conducta prevista en el aspecto objetivo del tipo penal¹⁶⁴ y aquellos elementos que implican mayor o menor punibilidad de la conducta tipificada¹⁶⁵. Y, en *segundo lugar*, que dicho conocimiento¹⁶⁶ se presente sin ninguna clase de error, que impida sugerir una afectación a la esfera intelectual del juicio del agente, en el sentido de que exista una incorrecta combinación de los elementos de la experiencia sobre las circunstancias en que el agente realiza la conducta peligrosa y su interpretación intelectual de lo que hace.

Precisamente, la indagación del contenido del concepto del dolo, en virtud de la regulación del error, puede ser útil para reforzar la existencia de su elemento cognitivo¹⁶⁷, dado que solo hay error por ignorancia o falta de conocimiento; sin embargo, resulta insuficiente para determinar positivamente todos los elementos que realmente forman parte de la figura. Desde este punto de vista, si bien es cierto que en Colombia la ausencia de conocimiento excluye la realización de la infracción penal a título doloso, también lo es que, para poder predicar el dolo del agente, no basta la sola concurrencia del conocimiento, sino que es necesario algo más: el elemento voluntativo

¹⁶³ Cfr. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 407.

¹⁶⁴ Al respecto MAURACH, GÖSSEL y ZIPF, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 393, sostiene que “el dolo del autor debe haber aprehendido en su significación los distintos elementos del tipo objetivo. Debe exigirse, entonces, el conocimiento del sentido”. El autor debe querer el tipo; no cabe exigir que él haga del hecho en su valoración jurídico-penal el objeto de su conducta finalista”. Así mismo, DÍAZ PITA, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 74 sostiene que “no se trata solamente de que el sujeto reconozca todos y cada uno de los datos de la situación típica sino, que con ellos, forme en su mente una imagen global correctamente aprehendida en la que se incluye el conocimiento acertado de su comportamiento al encontrarse dicha situación aún bajo su control”.

¹⁶⁵ Cfr. MAURACH, GÖSSEL y ZIPF, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 393.

¹⁶⁶ DÍAZ PITA, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 72, precisa que “tanto en el dolo directo como en el dolo eventual debe existir un verdadero conocimiento de la situación típica en el sentido de conocimiento exacto, es decir, exento de errores de los elementos que componen el tipo objetivo del delito de que se trate. Esta ausencia de error por parte del sujeto supone que este ha aprehendido todos y cada uno de ellos y los ha valorado en sus justos términos, en el sentido de haber apreciado la adecuación de los mismos para producir un resultado”.

¹⁶⁷ Sobre el particular, cfr. RAGÜES I VALLÈS, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 165.

o volitivo, de conformidad con el artículo 22 del Código Penal, en concordancia con el artículo 23 en sentido negativo, que señalan los elementos propios de la conducta dolosa.

B) *El elemento volitivo*

La polémica actual relacionada con la definición del dolo encuentra su punto de fusión y equilibrio, justamente, en la posibilidad de admitir o rechazar la voluntad del agente como uno de sus elementos constitutivos. En este sentido, como se anotó, se trata de un tema complejo sobre el cual se sostienen diversidad de posiciones doctrinarias que fluctúan entre negar por completo su operatividad o viabilidad, aceptarla para ciertas modalidades de dolo o requerir dicho elemento en su definición general como uno de sus rudimentos estructurales irrenunciables.

Precisamente, en nuestra opinión, el Código Penal de 2000 asumió la última de las tendencias anotadas, cuando en el inciso 1º del artículo 22 el legislador demandó, en tratándose del dolo directo, que además del conocimiento de los elementos constitutivos de la conducta típica específica, era necesario e imprescindible que el sujeto “quiera su realización” por acción u omisión, asignando a su conducta la capacidad de cumplirla en el mundo exterior¹⁶⁸. En consecuencia, no se está exigiendo para configurar el dolo un elemento subjetivo afincado en una mera expresión lingüística, sino que este encuentra asidero legal innegable en la regulación legal de la figura.

A su turno, en el inciso 2º referido al *dolo eventual*, el legislador indicó que el agente debía *dejar* librada al azar la no realización de la infracción, que en los delitos de lesión encontrará su realización efectiva con la producción del resultado material. Así las cosas, si bien es cierto que en este caso existe una voluntad menos intensa respecto al fin a alcanzar, en comparación con el dolo directo de primer grado (respecto

¹⁶⁸ Cfr. WELZEL, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 97; MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 269.

del resultado o el peligro), no por ello se puede afirmar que el rasgo esencial del querer se elimina por completo; es decir, que desaparezca aquella *resolución en la que al menos se acepta seriamente la probable producción del resultado (necesario o accidental) o del peligro*¹⁶⁹. Así, cuando el sujeto *deja voluntariamente* la producción de la infracción típica librada al azar, lo hace en virtud de un elemento subjetivo de carácter volitivo que orienta la dirección externa de su conducta hacia un objetivo determinado (el logro de su finalidad principal); aunque con ello se vinculen algunas consecuencias concomitantes o accidentales derivadas de la acción o de los medios empleados en la realización, cuya producción previamente haya sido representada como probable de cara al tipo penal¹⁷⁰.

Es más, cualquiera que sea la matización que se introduzca con respecto al elemento volitivo del dolo, en la determinación del concepto básico, esta realmente no permite argüir de manera convincente que el legislador colombiano haya abandonado dicho elemento en el dolo eventual. Precisamente, porque resultaría contrario a la legislación construir un concepto enteramente cognitivo de dolo, que impidiera su distinción —como forma de imputación subjetiva cualificada— de otras formas de imputación subjetiva consagradas en el Código Penal. En efecto, un dolo que solo fuera conocimiento de los elementos objetivos del tipo o conocimiento del peligro, si

¹⁶⁹ Sobre el particular, ROMEO CASABONA, *Sobre la estructura...*, *op. cit.*, pág. 461, indica que “[b]aste señalar ahora que el dolo eventual supone un nivel más acentuado de debilitamiento de sus dos elementos en relación con las otras dos clases de dolo, sin que, al menos en los delitos de resultado material, aquellos se lleguen a difuminar del todo. Sin embargo, en los delitos de acción peligrosa podría ocurrir que no fuera posible encontrar en el plano subjetivo una diferencia entre el delito doloso y su correspondiente imprudente (de existir en el C. P. alguna extraña figura con esas características), pues el elemento volitivo, al no proyectarse sobre un resultado o al quedar este por fuera del tipo, se limita a la asunción de la propia acción que se ha previsto como peligrosa”. Del mismo modo, cfr. MAURACH, GÖSSEL y ZIPF, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 376.

¹⁷⁰ Como lo advierten MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho...*, *op. cit.*, págs. 269 y 270, “en todos estos casos se puede decir que el autor quiere todas y cada una de estas circunstancias al incluir en su voluntad la representación total del hecho, tal como se presenta en la parte objetiva del tipo”.

bien implica una sola modalidad de dolo ¹⁷¹, *en primer lugar*, no precisaría clasificaciones legislativas como las previstas en los artículos 22 y 61.3 con fundamento en la voluntad; *en segundo lugar*, arrasaría el concepto de imprudencia con representación (artículo 23) y, *en tercer lugar*, haría difícil explicar la figura de la preterintención (artículo 24). Por esta razón, de *lege data* es necesario concluir que el conocimiento es solo uno de los rudimentos de la definición del dolo en la legislación vigente, que sirve como presupuesto inequívoco de la voluntad ¹⁷². Por lo cual, la norma legal exige que la conducta dolosa sea aquella que implique voluntad de ejecutar la descripción tipificada en la ley penal, siguiendo la finalidad preconcebida por el autor.

Si bien es cierto que la voluntad de realización no garantiza fatalmente la producción del resultado, ni asegura la inexistencia de desviaciones causales, sí define y enmarca la forma de conducción que el agente da a la realización de su conducta, la cual finalmente es el criterio de la medida de la punibilidad ¹⁷³. En este sentido, se afirma con razón que quien demuestra voluntad de realización de la conducta típica está exteriorizando una conducta dirigida a lesionar o a poner en peligro efectivo, con mayor intensidad (*desvalor* de acción subjetivo), los bienes jurídicos tutelados por la ley penal colombiana, en comparación con el agente que los lesiona por imprudencia; ya que el artículo 23 implica que el agente haya confiado racionalmente en la posible evitación el resultado típico previsto, con fundamento en la forma de conducción objetiva que ha impreso a la conducta realizada, aunque esta fuere violatoria del deber

¹⁷¹ Cfr. RAGÚES I VALLÈS, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 186.

¹⁷² Cfr. ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 300, afirman que “[...] el conocimiento es solo un presupuesto de la voluntad, pero la voluntad es independiente del conocimiento, puesto que solo se sirve de él, sometiéndolo a sus exigencias. JOAQUÍN COSTA decía muy justamente que «el hecho no se obra con solo conocimiento»”.

¹⁷³ Al respecto, BUSTOS RAMÍREZ, *Manual...*, *op. cit.*, pág. 69, sostiene que “el dolo no es un simple querer, es una voluntad en realización, esto es, un querer que se materializa en actos. Luego, no hay dolo por faltar el elemento volitivo si el sujeto solo tiene la voluntad de hacer algo y esta voluntad no se materializa en hechos que están dentro de la esfera de dominio del sujeto”.

objetivo-subjetivo de cuidado¹⁷⁴. Así las cosas, el conocimiento no se caracteriza por ser el elemento que más distingue o caracteriza al dolo en nuestro ordenamiento jurídico. Por el contrario, es la voluntad de actuar referida a las consecuencias de la acción¹⁷⁵, la que marca la pauta para construir el concepto de dolo y diferenciarlo de la imprudencia. Tomando como punto de partida o presupuesto¹⁷⁶ el grado de conocimiento exigido al autor, desde la perspectiva de la conducta prevista en el tipo de la norma penal.

En síntesis, *en primer lugar*, no se puede hablar de voluntad sin que el agente, al menos, se haya representado previamente lo que constituirá el objeto del querer¹⁷⁷, o lo que es lo mismo, el agente no puede querer lo que aún no se ha representado al menos con probabilidad en los términos del artículo 22. Desde esta perspectiva, el objeto de la voluntad se encuentra conformado por los elementos objetivos del tipo conocidos por el agente al momento de realizar la conducta, y como es apenas natural, se debe extender a las probables consecuencias concomitantes, necesarias o accidentales de la acción¹⁷⁸. Y, *en segundo lugar*, tampoco habrá dolo sin que dicha voluntad, como proyecto, se manifieste en el mundo exterior, es decir, sin que el sujeto se decida efectivamente a realizar la conducta con los medios¹⁷⁹ elegidos en el caso concreto, para alcanzar su fin. Medios que quedan cobijados por la voluntad.

¹⁷⁴ Cfr. *ibid.*, pág. 398.

¹⁷⁵ Véanse MAURACH, GÖSSEL y ZIPF, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 376.

¹⁷⁶ Cfr. *ibid.*, pág. 380.

¹⁷⁷ Al respecto, ROMERO SOTO, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 68., estima que “[a]nte todo, se hace preciso aceptar que no puede hablarse de voluntad sin representación: no es posible querer una cosa sin representársela. Una voluntad en el vacío sería un concepto absurdo. La voluntad debe tener un objeto definido, y no es factible definírselo sin representárselo”. A su turno, MAURACH, GÖSSEL y ZIPF, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 381, precisa que “actúa dolosamente quien incluye en su voluntad el íntegro cuadro de la representación del hecho, tal como se expone conforme a la parte objetiva del tipo”.

¹⁷⁸ Cfr. KAUFMANN, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 47.

¹⁷⁹ Sobre el particular, ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 298, afirman que “una voluntad sin manifestación no es dolo. No hay manifestación de voluntad sin voluntad y tampoco hay voluntad sin manifestación que corresponda a un acto de acción. El dolo es finalidad que se individualiza

6. LA CLASIFICACIÓN DEL DOLO EN LA LEY PENAL COLOMBIANA

Como se ha dicho, el Código Penal consagró en los artículos 22, 32 numerales 10 y 61, inciso 3º la figura dogmática del dolo, utilizando una fórmula tripartita que atiende a la “intensidad” de la voluntad (artículo 61, inc. 3º, referido a la “intensidad del dolo [...]” en la individualización de la pena)¹⁸⁰, de la siguiente forma: en el inciso 1º *ibidem*, se establecen explícitamente los rudimentos característicos del dolo directo de primer y segundo grados, este último también designado como dolo de realización de las consecuencias necesarias. A su turno, en el inciso 2º *ibidem*, se establecen los elementos propios del dolo de realización eventual del tipo o dolo eventual. Todos ellos, desde la perspectiva asumida, contrapuestos a la figura de la imprudencia consagrada en el artículo 23, caracterizada por que el sujeto actúa con violación al deber de cuidado, confiando en que razonablemente se podrá evitar el resultado posible, efectivamente representado¹⁸¹.

En consecuencia, no se trata de una simple clasificación de carácter doctrinal o de la jurisprudencia, como a veces se piensa, sino de una verdadera división dogmática fundamental reconocida por el legislador, a la que se pueden reconducir todas las

en el tipo en atención a ella misma (y no por el modo de su realización, como sucede en los tipos culposos)”. Así mismo cfr. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 409; RAGÚES I VALLÈS, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 30 y ROXIN, *Derecho...*, *op. cit.*, págs. 416-417. En el sentido de la realización de un plan.

¹⁸⁰ Cfr. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Teoría...*, *op. cit.*, págs. 27 y 28.

¹⁸¹ Cfr. JESCHECK y WEIGEND, *Tratado...*, *op. cit.*, págs. 315, 322 y 323, cuando advierten que “[e]l concepto de dolo eventual también se determina a través de la definición de la imprudencia consciente con la que conecta de un modo inmediato. Esta significa que el autor, ciertamente, reconoce el peligro pero niega la existencia del riesgo concreto para el objeto de la acción, no tomándose en serio bien por defecto de sus propias capacidades, bien por el cálculo equivocado del grado de peligro existente en una infracción contraria a deber del cuidado exigible o bien, finalmente, porque aunque se toma en serio el peligro confía en la ausencia del resultado lesivo”.

clasificaciones elaboradas por la doctrina penal a lo largo de la evolución del derecho penal moderno¹⁸².

La importancia práctica de esta división resulta evidente de cara a nuestro ordenamiento jurídico, cuando, por ejemplo, se advierte que algunas de las conductas punibles consagradas a título doloso en la parte especial del Código Penal, precisan ser realizadas, por ejemplo, con dolo directo de primer grado: sería el caso del genocidio (artículo 101), del homicidio por piedad (artículo 106), de la tortura en persona protegida (artículo 137) o del hurto (artículos 239 y ss.), entre otras. Tipos penales en los que, además, se consagran como elementos subjetivos determinadas intenciones, ánimos o propósitos especiales del autor diferentes del dolo típico fundamental que, es menester indicarlo, solo coinciden con esta modalidad directa de la figura. Veamos a continuación cada una de estas modalidades.

A) *El dolo directo de primer grado*

Esta primera modalidad del dolo directo encaja, perfectamente, con la definición generalmente aceptada por la doctrina como conocer los elementos constitutivos de la conducta típica y querer su realización. Así las cosas, el dolo directo de primer grado o “intención” (*absicht*) se configura cuando, precediendo el conocimiento de los hechos constitutivos de la infracción penal, también existe voluntad de realización del agente respecto de la producción del resultado típico concreto¹⁸³. Voluntad que coincide

¹⁸² Así lo afirma FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 257. Una extensa clasificación de las formas de dolo en: REYES ECHANDÍA: *Diccionario...*, *op. cit.*, págs. 19 y 20; FIANDACA y MUSCO, *Derecho...*, *op. cit.*, págs. 69 y ss. Afirma la importancia de dichas clasificaciones MAURACH, GÖSSEL y ZIPF, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 384, al advertir que la parte especial requiere diversas intensidades de dolo en diferentes disposiciones típicas. Por el contrario, BACIGALUPO, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 315, entiende superada dicha clasificación, pues no tendrían sentido al asumir una teoría monista unitaria, que retoma un concepto de dolo basado exclusivamente en el conocimiento del peligro concreto.

¹⁸³ Cfr. HASSEMER, *Los elementos...*, *op. cit.*, pág. 65; JESCHECK y WEIGEND, *Tratado...*, *op. cit.*, págs. 318 y ss.

perfectamente con el fin a alcanzar. En otras palabras, habrá intención cuando el sujeto quiera de forma directa e inmediata el resultado como fin, sin que por ello el agente no pueda perseguir otros objetivos posteriores o colaterales a su actuación, o acepte que la producción de la conducta típica no es segura en el caso concreto¹⁸⁴. He aquí algunos ejemplos:

Pedro quiere la muerte de Juan, su padre, con el objetivo de heredarlo más pronto. Con tal fin, Pedro envía a través de una conocida línea de correos un sobre que contiene una poderosa bacteria contagiosa, cuya infección sabe que produce la muerte. Juan, que recibe el sobre de manos de Andrés cuando se hallaba en su casa (la de Juan) departiendo con Diego y Luis, como lo hacía todos los días, se infecta y muere dos días después.

Alberto quiere matar al señor ministro. Con tal finalidad pone un dispositivo explosivo en una vía de la ciudad, y prevé que el estallido producirá la muerte del funcionario. La bomba efectivamente detona y causa la muerte del ministro.

En estos casos, las conductas se pueden calificar como homicidios agravados (artículos 103 y 104 num. 3 y 10) a título de dolo directo de primer grado, porque los agentes, al momento de realizar la acción, no solo conocen que están dirigiendo la conducta a la producción de los resultados típicos de “muerte” de Juan y del ministro — *previsión general del desarrollo del curso causal, de la producción del resultado muerte, imputación objetiva y conciencia de los demás elementos del tipo*—, sino que también quieren la efectiva causación de las muertes. Esta clase de hipótesis se caracterizan porque en ellas la voluntad de realización del agente: “el querer”, por una parte, es

¹⁸⁴ Cfr. ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 499; *id.*, *Manual...*, *op. cit.*, pág. 401. En sentido similar, véase CEREZO MIR, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 537; GALLEGRO y SOTOMAYOR, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 8; MEZGER, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 158; REYES ECHANDÍA, *Diccionario...*, *op. cit.*, pág. 19; ROXIN, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 415; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 417; *id.*, *Manual...*, *op. cit.*, págs. 299 y 300.

mucho más intenso que en otras modalidades de dolo al coincidir con la finalidad y, por otra, porque predomina sobre el elemento cognitivo¹⁸⁵.

B) *El dolo directo de segundo grado*

Esta segunda modalidad complementaria del dolo directo, también denominada dolo de consecuencias necesarias, se presenta cuando el sujeto, respecto a la producción de una infracción típica, por un lado, la prevé como consecuencia —extremadamente probable— inevitable derivada de la utilización de los medios elegidos para la puesta en marcha de la acción voluntaria principal; y, por otro, la asume o *co-quiere* —aunque no la desee o le resulte desagradable— como condición necesaria para conseguir el fin propuesto. Medios y efectos concomitantes “necesarios” que igualmente han sido comprendidos por la voluntad de realización, puesto que el agente asume que solamente a través de ese procedimiento puede alcanzar el resultado que persigue¹⁸⁶.

Ejemplos: en los casos propuestos anteriormente, Andrés, el mensajero que entrega la carta a Juan, se infecta con la bacteria y muere a consecuencia de la manipulación del sobre. También mueren los escoltas y el conductor del señor ministro

¹⁸⁵ Cfr. ROXIN, *Derecho...*, *op. cit.*, págs. 416 y ss.; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Manual...*, *op. cit.*, pág. 300.

¹⁸⁶ Cfr. JESCHECK y WEIGEND, *Tratado...*, *op. cit.*, pág. 320; MAURACH, GÖSSEL y ZIPF, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 386, sostiene que “[...] actúa dolosamente, en relación con determinado resultado, quien tenga consciencia de que su acción lo traerá consigo necesariamente, sin importarle que el objetivo de su acción consista en tal o cual resultado; porque las consecuencias del acto, reconocidas como necesarias, son incluidas en la voluntad del agente, aun cuando ellas no le interesen en absoluto”; ROXIN, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 423; WELZEL, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 99, cuando afirma que “si el autor considera (prácticamente) seguro que se producirá el resultado concomitante al emplear el medio de acción por él elegido o al alcanzar el resultado, la voluntad de realización abarca también esta consecuencia, porque y en tanto esté necesariamente conectada con el fin o el medio, de acuerdo a la representación del autor”; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 409; *id.*, *Manual...*, *op. cit.*, pág. 300; ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 499; *id.*, *Manual...*, *op. cit.*, págs. 401 y 402.

como consecuencia de la explosión del artefacto. En estas variantes se podrá predicar el dolo directo de segundo grado de Pedro y Alberto respecto a la muerte de los sujetos pasivos del tipo, cuando: *primero*, los agentes hayan previsto con probabilidad¹⁸⁷ la producción de sus muertes, precisamente, como sucesos y consecuencias inevitables derivadas del uso voluntario de los medios empleados para realizar las acciones (manipular el sobre con la bacteria y la explosión del artefacto). Es decir, en los planes criminales de los agentes, tanto el mensajero, como el conductor y los escoltas, deben morir para lograr la muerte de Juan y del ministro, que precisamente son las finalidades iniciales que motivaron la realización de los hechos generales. Y, *segundo*, cuando a pesar de las previsiones pertinentes acerca de la probabilidad “alta” de producción de los resultados típicos señalados, Pedro y Alberto continúen realizando las correspondientes conductas aceptando como condiciones necesarias dichos resultados.

Así las cosas, a diferencia del dolo directo de primer grado, esta modalidad se caracteriza por la primacía que desempeña el elemento cognoscitivo sobre el volitivo, que resulta de menor intensidad, justamente, al no coincidir el querer del sujeto —la muerte del mensajero o el conductor y los escoltas— con la finalidad primaria que desea lograr mediante la conducta que realiza —la muerte de Juan o del ministro—. A pesar de ello, no es correcto afirmar: i) que el sujeto “no quiere” de modo necesario la muerte de los sujetos; y ii) que el grado de injusto y el grado de culpabilidad sean sustancialmente distintos en ambas clases de dolo¹⁸⁸. Por tal razón, ambos supuestos merecen genéricamente la misma penalidad¹⁸⁹.

¹⁸⁷ Sobre el particular, ROXIN, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 424, manifiesta que “la seguridad del agente, en relación con la producción de la consecuencia accesoria, ligada a su vez con la consecuencia querida por el sujeto, debe ser alta; pues de no serlo, no podría predicarse la previsión de la necesidad de la consecuencia en el agente; y ello, a lo sumo, podría establecerse como dolo eventual”.

¹⁸⁸ Cfr. BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones...*, *op. cit.*, pág. 216; CUELLO CONTRERAS, *El Derecho...*, *op. cit.*, pág. 657; MEZGER, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 157; ROMEO CASABONA, *Sobre la estructura...*, *op. cit.*, pág. 460.

¹⁸⁹ Cfr. RAGÜES I VALLÈS, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 46.

C) *El dolo eventual*

Esta tercera modalidad se regula en el inciso 2º del artículo 22 del Código Penal, en cuya virtud la conducta será dolosa cuando el sujeto actúe: i) previendo la producción “probable” de un resultado no querido directamente (porque no coincide con la finalidad que lo lleva a realizar la acción peligrosa); y ii) deja su no producción “librada al azar” o, lo que es lo mismo, deja voluntariamente que el suceso típico siga su curso causal hacia el fin perseguido¹⁹⁰. Infracción típica que, por lo demás, constituye una consecuencia accesorio derivada de la utilización de los medios.

Así las cosas, si se parte de una teoría mixta y se interpretan dichos elementos, se puede afirmar que hay dolo eventual cuando el sujeto, pese a que: i) quiere los medios seleccionados para la realización de la acción principal, ii) prevé como altamente *probable* la producción de los resultados concomitantes derivados de la acción, y iii) sabe que puede producirlos, continúa realizando la acción hacia la producción de dichos resultados de acuerdo con el plan criminal, sin querer intervenir eficazmente en el desarrollo natural del curso causal, tomando medidas objetivas orientadas a disminuir, evitar o impedir la infracción típica (contrafactores), con lo cual: ciertamente el sujeto *deja voluntariamente la no producción del resultado (concomitante) librada al azar*. En estas condiciones es indudable que el sujeto acepta, se conforma o asiente la producción del resultado o del riesgo probable y no importa si este le agrada o no, verificándose así su *decisión por la lesión al bien jurídico tutelado*¹⁹¹. La consecuencia de ello es evidente: si “querido es lo que el autor toma a

¹⁹⁰ Sobre el concepto general, cfr. CEREZO MIR, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 541; JESCHECK y WEIGEND, *Tratado...*, *op. cit.*, págs. 321, 404; MAURACH, GÖSSEL y ZIPF, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 386; ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, *Manual...*, *op. cit.*, pág. 403.

¹⁹¹ Cfr. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ. *Manual...*, *op. cit.*, págs. 301 y 302, al afirmar que “[...] el inciso 2º del artículo 22 del Código Penal [...] pone énfasis en los conceptos de previsibilidad y de probabilidad, esto es, en el componente cognoscitivo del dolo; y por otro, como la ausencia de realización de la infracción prevista «se deja librada al azar», se parte de la idea de que las cosas deben seguir su curso,

su cargo con su intención”¹⁹², entonces no se podrá afirmar que el agente *confía seriamente* en que podrá evitar las consecuencias accesorias de la acción¹⁹³.

Por ejemplo: en los casos propuestos, Diego y Luis también se infectan con la bacteria y mueren. Y, también mueren algunos transeúntes que pasan por el lugar. Así, tales resultados podrán imputarse a Pedro y Alberto a título de dolo eventual, si:

Primero. Los agentes han previsto como consecuencias concomitantes accesorias o accidentales de las acciones que realizan, la *probable* muerte de los sujetos (saber que la realización del hecho queda en manos del azar), por ejemplo:

con lo que —así sea en menor medida— también se tiene en cuenta el componente volitivo gracias a que el sujeto activo puede «dejar librada» la realización de la infracción al acaso, a la causalidad o al azar —lo que ratifica que en todos los tipos dolosos hay un componente de albur en la producción del resultado, que también sucede en los imprudentes [...] sin que ello signifique extraer este elemento, el resultado, del injusto—, que es lo contrario de la certeza en torno a ello. [...] además, parece claro que el dolo eventual —por mandato de la «norma rectora» contenida en el artículo 11 que consagra el principio de lesividad— implica, necesariamente, la decisión en contra del bien jurídico, una de las pautas que C. ROXIN tiene en cuenta dentro de su concepción funcional del dolo eventual, la llamada teoría del tomarse en serio”; JESCHECK y WEIGEND, *Tratado...*, *op. cit.*, págs. 321 y 322, señalan que “[...] el dolo eventual está integrado por la voluntad de realización de la acción típica (elemento volitivo del injusto de la acción), por la seria consideración del peligro de que el resultado acaezca (momento intelectual del injusto de la acción), así como, en último lugar, por la conformidad del autor con el advenimiento del resultado típico como ingrediente de la culpabilidad”.

¹⁹² MEZGER, *Derecho...*, *op. cit.*, págs. 158 y 160.

¹⁹³ Sobre el particular, es importante tener en cuenta la siguiente afirmación de KAUFMANN, *El dolo...*, *op. cit.*, págs. 51 y 52: “[e]l hecho doloso no es excluido por medio de «esperanzas», de cuyo desengaño toma en cuenta el autor, ni por una «confianza» sobre el feliz resultado, para cuya justificación, el mismo autor nada hace. Por el contrario, las formulaciones positivas de la «teoría de la aprobación» —«correr el riesgo», «consentir», «aprobar»— pueden muy bien ponerse en consonancia con el pensamiento aquí defendido. Así WEBER y MEZGER, y en parte también WELZEL, derivan de la teoría del consentimiento el reconocimiento de la idea de que la voluntad de realización dirigida a la evitación excluye el dolo”. Precisamente, WELZEL, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 55, sostiene que “la consideración de los efectos concomitantes puede inducir al autor a reducir los medios escogidos hasta ese momento o a seleccionar factores antagónicos adicionales que impidan la producción de los efectos concomitantes, o, en caso contrario, a dirigir la acción de modo de evitarlos”. Sobre la (solo) aparente contradicción de las

dado lo contagioso de la bacteria, la cercanía de los sujetos con el sobre y su interacción con Juan; o el radio de explosión del artefacto, la cantidad de personas que transitan a esa hora por el lugar, etcétera. No basta, como se deduce de la norma legal (C.P., artículos. 22 y 23), que los sujetos hayan previsto la producción de los resultados como eventos meramente *posibles*, porque en tal caso se estará en principio frente a una imprudencia con representación, que precisamente exige como componente cognitivo una representación lejana o baja de la producción de los resultados.

Y, segundo, si los agentes continúan voluntariamente la realización causal del fin (muerte de Juan y del ministro), sin que medie una medida voluntaria y consciente de evitación que permita, con márgenes de razonable de seguridad en consideración de los agentes, intervenir objetivamente la continuidad natural del nexo causal, impidiendo, disminuyendo o evitando las muertes de Diego y Luis, o de los transeúntes (verdaderos resultados concomitantes)¹⁹⁴. En otras palabras, es necesario que los agentes se hayan tomado en serio, conformado o aceptado la producción de los resultados o, lo que es lo mismo, que hayan abarcado en la voluntad realizadora las consecuencias concomitantes probables derivadas de la acción principal que realizan, sin que tal

teorías de KAUFMANN, ROXIN y STRATENWERTH, *vid. CUELLO CONTRERAS, El derecho..., op. cit.*, págs. 649 y 650, nota al pie de página núm. 476.

¹⁹⁴ KAUFMANN, *El dolo..., op. cit.*, pág. 50, indica que “una voluntad de realización más eficaz, con relación a la evitación de las consecuencias accesorias, existe solo si el autor concede a la puesta de su dirección y a su propia habilidad una posibilidad real de evitar el resultado. Si en cambio lo abandonó a su suerte, es decir, al azar, entonces obró dolosamente”; FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho..., op. cit.*, pág. 263. Cuando indica que “en la actualidad, y gracias sobre todo a los esfuerzos dogmáticos del finalismo, particularmente de WELZEL y ARMIN KAUFMANN, la diferencia entre dolo directo y eventual está clara o satisfactoriamente establecida, así: frente a los efectos concomitantes posibles o probables, habrá dolo eventual si el sujeto, habiéndolos previsto, no hizo nada serio y objetivo por evitarlos (v. gr. cambiar los medios, los modos o las oportunidades de la acción), esto es, no manifestó con relación a ellos una voluntad evitativa sino, por el contrario, causativa; y habrá culpa consciente, cuando en el mismo caso y ante la previsión de las consecuencias accesorias de la acción, el sujeto no se limitó a la esperanza sino que su actitud se tradujo en la fundada *confianza* de que no sobrevinieran, precisamente porque hizo lo que le era posible, en forma seria y objetiva, por evitarlos, produciéndose los resultados típicos solamente por imprudencia (infracción del cuidado objetivo) en el manejo de los medios”.

previsión probable de ellos, haya sido determinante para renunciar a la realización de los efectos de la acción, dejando voluntariamente su no producción librada al azar.

A pesar de ello, es bueno anotar que la voluntad de evitación solo anula la voluntad de realización, respecto de las consecuencias posibles que se hayan tratado de evitar, mas no de los de riesgos efectivos que el agente *no toma en cuenta*. Porque respecto a estos últimos, habrá voluntad de realización o resolución en la que existe aceptación de ellos, si el agente ha dejado voluntariamente su no producción librada al azar. Se trata, de este modo, de una teoría ecléctica objetivo-subjetiva que bien puede explicar la fórmula del artículo 22 del Código Penal de 2000, guardando afinidad con la fórmula del artículo 41 del Código Penal Militar.

Empero, se trata de una interpretación que implica una notable reducción de los eventos doloso-eventuales, por la vía de dos criterios limitativos: *primero*, el criterio cognitivo de la *probabilidad (como gran posibilidad)* que introduce expresamente el legislador en el artículo 22, a pesar de sus inexactitudes respecto de los eventos de equilibrio probabilístico. Inexactitudes que deberán ser rectificadas con base en el principio del *in dubio pro reo* (Const. Pol., artículo 29 y CPP., artículo 7º). En efecto, en el sistema penal colombiano la inicial previsión de la solo *posible o baja* producción del resultado (previsible), por oposición normativa, nos introduce con algunas excepciones en el ámbito de la imprudencia con representación (artículo 23). Lo cual implica entender que, si bien el dolo y la imprudencia no se distinguen cualitativamente por el aspecto cognitivo, necesariamente sí tienen diferencias por el aspecto cuantitativo, respecto de los factores que pueden producir la infracción penal.

Y, *segundo*, la aceptación de la probable producción de los resultados concomitantes, expresada indiciariamente por la dirección de la conducta a la producción de ellos, al no mediar actos objetivos de evitación o disminución, aunque estos sean erróneos o equivocados. Precisamente, si el agente *no* deja voluntariamente la *no* producción de la infracción librada al azar, obrará con imprudencia; siempre y cuando el sujeto no dude seriamente de las medidas de evitación, porque entonces, simplemente se obrará sobre la base de una confianza o

una esperanza irracional, cuyo trasfondo implica contar realmente con la eventual producción de la infracción¹⁹⁵.

Así las cosas, conjugando estos dos elementos, se pueden presentar cuatro hipótesis. Considerémoslas separadamente:

Primera. Si el agente prevé con *probabilidad* la producción del resultado (la infracción típica), y voluntariamente deja librada su no producción al azar (voluntad de realización), entonces, podremos predicar el dolo eventual, tal como ya lo explicamos¹⁹⁶.

Segunda. Si la previsión de la producción del resultado es *probable o no improbable*, pero el sujeto confía *fundadamente*¹⁹⁷ en que puede evitar las

¹⁹⁵ Así, BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones...*, *op. cit.*, pág. 311, advierten que “[e]n la culpa consciente, la actitud del sujeto es de confianza, sobre la base de circunstancias fácticas o personales comprobables, en que finalmente la posible afectación del bien jurídico no se producirá [...]. Esta confianza tiene que ser fundada. Ello significa que los elementos en que se basa, personales o fácticos, tienen que ser aptos para generar tal confianza”. Y más adelante, *ibidem*, pág. 311, señalan que “[e]l sujeto no solo se representa el riesgo y no aplica ninguna de las medidas de precaución exigidas en ese ámbito de relación, sino que además su actitud es la de contar con dicho riesgo o de decidirse por ese curso de acción. Es decir, sigue siendo esencial que no tomó las precauciones requeridas y precisamente no las aplicó porque contó con el riesgo o se decidió por realizar la conducta a pesar de ser consciente de dicho riesgo”; FEIJOO SÁNCHEZ, *El dolo...*, *op. cit.*, págs. 31 y 32, advierte que “[e]l derecho solo puede asumir de manera racional como relevante la confianza en la ausencia del resultado cuando el autor emprende unas medidas de evitación mínimas o carece de la información suficiente sobre la lesividad de su comportamiento, pero no cuando a pesar de saber que va a crear un riesgo se limita a confiar en el azar o que el resultado no se producirá por razones que ya no tienen que ver con su actuación”.

¹⁹⁶ Cfr. GALLEGO y SOTOMAYOR, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 17, afirman que “el hecho de que el sujeto pueda influir sobre la realidad y no su mala intención o ánimo, convierte la acción dolosa, considerada *ex ante*, en una acción objetivamente más peligrosa para los bienes jurídicos y por ello más grave que la acción imprudente”.

¹⁹⁷ WELZEL, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 100, sostiene que: “si de acuerdo a la representación del autor, la producción de la consecuencia concomitante no está unida necesariamente al fin o a los medios, sino solo en forma posible, habrá que distinguir si cuenta con que se produzca o si, por el contrario, confía en que no acontezca. Aquellas consecuencias que él cuenta con que se produzcan al realizar su acción, tiene que haberlas querido realizar eventualmente si emprende la acción (el llamado dolo eventual,

consecuencias accesorias (artículo 23), a partir de los actos de evitación o disminución del riesgo que ha llevado a la práctica, entonces, se entenderá que el resultado (concomitante) no fue vinculado ni con la voluntad del sujeto¹⁹⁸ ni con su finalidad (porque no ha dejado voluntariamente su no producción librada al azar) y, por tanto, será punible a título de culpa consciente con representación (artículo 23). Ello, como ya se ha dicho, *salvo que el agente dude seriamente de las medidas que ha empleado para evitar o disminuir la producción del resultado concomitante*, porque en tal caso actuará dolosamente¹⁹⁹. En estas hipótesis el agente no desvirtúa totalmente el nexo existente entre su voluntad de realización y la probable producción del resultado accidental, precisamente porque cuenta con ellas. A pesar de ello, tampoco es claro que deba responder por la punibilidad de todo el hecho doloso, porque recuérdese que el agente ha tratado de evitar los resultados concomitantes, lo que significa que, según el caso y el expediente procesal, no es del todo irrazonable pensar en una disminución de la pena en sede de la individualización judicial, pues el hecho se consuma a pesar de que el agente *ha hecho todos los esfuerzos objetivamente necesarios para evitarlo*.

equivocamente, dolo condicionado). Por el contrario, su voluntad de realización no se extiende a aquellos resultados posibles, con relación a los cuales el autor confía justamente en que no se produzcan. Pues quien, al actuar, confía en que no se produzcan tales resultados, no los quiere realizar, del mismo modo como no quiere realizar resultados en los que no ha pensado”.

¹⁹⁸ ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, *Derecho... op. cit.*, pág. 499.

¹⁹⁹ En este sentido, cfr. CEREZO MIR, *Derecho...op. cit.*, págs. 545 y 546, precisa que “[...] si el autor a pesar de las medidas adoptadas para evitar el resultado, sigue considerando que puede producirse, queda abierta aún la posibilidad del dolo eventual. Desde nuestro punto de vista, diríamos que, si el sujeto, a pesar de todo cuenta con la posibilidad de que el resultado se produzca, se dará dolo eventual”; DÍAZ PITA, *El dolo... op. cit.*, pág. 315, cuando precisa que “en los casos en los que el sujeto albergue dudas sobre la efectividad de sus medidas y, a pesar de ello, siga actuando, su acción será valorada como dolosa y será merecedora de la pena prevista para tales delitos. No hay una errónea valoración del sujeto de la situación peligrosa frente al bien jurídico protegido por el ordenamiento, y siendo ello así, no se presenta una equivalencia entre esta y el dolo eventual, donde el sujeto a pesar de conocer la situación riesgosa, establecer medidas de evitación y valorarlas negativamente en su capacidad de evitación del resultado lesivo, continúa con su actuación dañosa o peligrosa contra el bien jurídico”.

De aquí que la confianza de evitación del resultado no se agote en una mera confianza, esperanza o ilusión de evitación, o de una creencia supersticiosa de que el resultado no se producirá²⁰⁰, porque ello de ninguna manera excluye el dolo de *lege data*; pues se trata de una confianza que reside en la forma de conducción — objetiva²⁰¹ — que el sujeto le da a su conducta que, aun cuando sea errónea, mal calculada o insatisfactoria de conformidad con el cuidado debido exigido para evitar el resultado previsto²⁰², a su turno, es contraria a la voluntad de realización, a la aceptación o a la conformidad de este. Desde luego, en este punto es fundamental tener en cuenta los conocimientos especiales del agente. En fin, como se ha dicho, de *lege data* no basta el mero aspecto cognitivo para configurar el dolo eventual; también es necesario que se presente un plus subjetivo de realización.

Precisamente, si el criterio de la probabilidad no se limita en estos casos, entonces, todos los eventos de previsión probable (o no improbable) del resultado concomitante, aun cuando el sujeto no tenga voluntad de realización de la consecuencia accesoria, serían castigados a título de dolo eventual. Lo que implicaría una expansión del ámbito de lo doloso sobre lo imprudente, propia de la teoría cognitiva de la probabilidad. Recuérdesse que el mero conocimiento no satisface las diferencias

²⁰⁰ KAUFMANN, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 51, afirma este autor, que “[...] el hecho doloso no es excluido por medio de «esperanzas», de cuyo desengaño toma cuenta el autor, ni mediante una «desaprobación» que no impide al autor en su obrar, ni por una confianza sobre el feliz resultado, para cuya justificación, el mismo autor nada hace”; WELZEL, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 100, sostiene que “los conceptos de contar con la producción del resultado concomitante y de confiar en que no se realice son complementarios y, por lo tanto, excluyentes. Aquel que cuenta con que el resultado concomitante se produzca, bien puede «esperar», pero no «confiar» en que no se produzca. *A contrario sensu*, la precaria confianza en que el resultado concomitante no se realice significa por lo general que el autor cuenta con que se realice”.

²⁰¹ Cfr. ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 501.

²⁰² Cfr. KAUFMANN, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 48, al afirmar que “si el autor cree erróneamente que la conducta dirigida a la evitación de la consecuencia accesoria alcanzará con seguridad ese fin, la voluntad de realización, entonces, no puede ya comprender la producción de la consecuencia accesoria, porque yerra en los componentes intelectuales de la voluntad de realización”.

entre dolo y culpa²⁰³. Así pues, *ni la mera esperanza de evitación excluye el dolo eventual, ni la sola previsión probable (o no improbable) del resultado lo funda*. Además, no se puede olvidar que en esta modalidad de dolo prima el elemento cognitivo sobre el volitivo²⁰⁴. Elemento volitivo que se convierte, desde la teoría tradicional, en un elemento necesario e irrenunciable de carácter limitativo, para poder predicar que la conducta del agente es dolosa.

Tercera. A su turno, si el agente prevé con *posibilidad* la producción del resultado, pero a la vez cuenta con una confianza fundada consistente en que lo podrá evitar, mediante los actos de evitación eficaces que lleva a la práctica (aunque estos fuesen erróneos, mínimos o mal calculados de conformidad con el cuidado debido exigido y sus conocimientos generales o especiales), se estará propiamente en el ámbito de la culpa consciente (artículo 23). Si el sujeto no continúa actuando, en realidad no se producirá ningún resultado; y, si sigue actuando, no por ello habrá dolo eventual, porque precisamente lo hace con una confianza objetivamente fundada de que no producirá las consecuencias concomitantes de la acción²⁰⁵ y, por ello mismo, no las acepta o vincula a su voluntad de realización dolosa, aun cuando se vinculen con la infracción voluntaria del deber objetivo de cuidado. Además, como es evidente pero no

²⁰³ Cfr. CORCOY BIDASOLO, *En el límite...*, *op. cit.*, pág. 956, precisa que “la distinción entre dolo e imprudencia se centra siempre en la delimitación de los conceptos de dolo eventual y culpa consciente. Ambos tienen en común, en efecto, el conocimiento por parte del autor del peligro que entraña la conducta y de la posibilidad de producción del resultado lesivo”.

²⁰⁴ En este sentido, véase a DÍAZ PITA, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 300. La mencionada autora anota que “en el dolo eventual se da una participación interna del sujeto distinta a la de alguien que actúa imprudentemente. En el dolo eventual hay algo más que una consciencia del peligro y una infracción del deber de cuidado que todos debemos observar. Ese algo más, junto con la base cognitiva, que aquí estimamos irrenunciable, pero insuficiente, constituyen la justificación de una pena de mayor gravedad. Y ese algo más solo podemos detectarlo en un ámbito diferente al estrictamente cognitivo”.

²⁰⁵ Cfr. RAGÚES I VALLÈS, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 56, indica que “la imprudencia no se basa en el error sobre el carácter reconocido como peligroso de una acción, sino sobre el error sobre la existencia de las circunstancias de hecho que fundamentan el carácter peligroso”.

fatalmente necesario, porque el sujeto no satisface el elemento cognitivo de la definición del dolo consagrada en la ley (artículo 22).

Cuarta. Finalmente, en virtud de la regulación legal que —en principio— reclama que solo los casos de previsión *probable*²⁰⁶ puedan ser castigados con la pena dispuesta para el dolo eventual, se tienen como límite las siguientes situaciones, en las cuales es difícil determinar cuáles procesos psicológicos deban ser tratados como dolo y cuáles como imprudencia:

i) el agente, a pesar de prever con *posibilidad* el resultado concomitante y tomar las medidas de evitación eficaces necesarias para evitar las consecuencias, sigue actuando con previsión de una *posible* consecuencia adicional o residual. En este caso, en principio, la solución es similar a la excepción realizada en el punto dos, es decir, el agente actuará a título de dolo si continua actuando: i) dudando seriamente de las medidas que ha empleado para evitar o disminuir la producción total de los resultados concomitantes adicionales, o ii) ha tomado dichas medidas de manera instrumental, sin que las mismas logren desvirtuar completamente el nexo existente entre su voluntad de realización y la probable producción —especialmente— del resultado concomitante adicional, que de todas formas acepta²⁰⁷.

A pesar de ello, se podría pensar que, en estos eventos, las infracciones (resultados) tratadas de evitar deberían ser imputadas a título de imprudencia consciente y, las que no, a título de dolo eventual. Desde luego, dicha solución salomónica no deja de ser cuestionable, sobre todo porque pasa por la necesidad de verificar el alcance real que el sujeto les haya querido dar en el caso concreto a las medidas de evitación, e implica partir de un análisis pormenorizado de la causa de los resultados, por oposición al análisis global de los hechos. Por ejemplo: si Pedro solo toma medidas de evitación para impedir la muerte de Diego y Luis, pero no lo hace

²⁰⁶ Al respecto, ROXIN, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 418, indica que “[l]os resultados indeseados cuya producción el sujeto no había considerado segura, sino probable, han de considerarse a lo sumo producidos con dolo eventual”.

²⁰⁷ Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 40.

respecto de la trabajadora doméstica de Juan, la cual luego organiza el cuarto de juego. En este evento, parece desproporcionado castigar a Pedro por la muerte doloso-eventual de Diego y Luis; pero pocos dudarían en castigarlo a título de dolo por la “posible” muerte de la empleada, cuya no producción *se ha dejado librada al azar*, a pesar de no ser claro el ánimo de lesionar el bien jurídico, cuestión que se aborda en el siguiente punto. Tampoco parece válido tomar como punto de referencia de la imputación de todos los resultados causados, la sola muerte de la secretaria. En estos casos, en principio y si no hubiera limitación legal, encontraría sentido acudir a la teoría de la aceptación o del consentimiento, a pesar de recurrir a la valoración de la actitud del sujeto respecto a la lesión de cada uno de los bienes jurídicos puestos en peligro.

Y, ii) cuando el agente prevé como mera *posibilidad* la producción del resultado concomitante y sin embargo no hace nada por evitarlo, ello es, deja su no producción librada al azar (que coincide con el caso de la secretaria). Serían los eventos de imprudencia temeraria con previsión posible, cuya solución no es pacífica en la doctrina²⁰⁸. En este sentido, a pesar de que en estos casos parece no existir plena confianza de evitación del resultado, y de que pervive una cierta voluntad de realización objetiva de la acción, hay que hacer dos consideraciones: i) es necesario tener en cuenta que el legislador colombiano ha puesto fin de raíz a la discusión, al cualificar el conocimiento propio del dolo, desechando en este ámbito la teoría de la simple posibilidad. Y, ii) que, desde el punto de vista de sus efectos, tal limitación del dolo eventual parece razonable si tenemos en cuenta que, en estas hipótesis, el agente solo tiene en cuenta el resultado como un acontecimiento cuya realización sea una posibilidad remota que, en todo caso, no se persigue directamente. Dado lo cual, no parece tampoco razonable político-criminalmente aplicar la pena dispuesta por el ordenamiento para el dolo eventual, sino la pena aparejada para la imprudencia (que castiga el incumplimiento de la exhortación al actuar cuidadoso), por supuesto, superior

²⁰⁸ ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, *Manual...*, *op. cit.*, pág. 404, señalan que “[l]os supuestos en que, pese a haber dominabilidad no hay dolo, son los que llamamos culpa consciente temeraria y estos serán los únicos casos en que puede lindar la culpa con el dolo eventual”.

a la pena de la culpa con representación convencional, agravada en sede de individualización judicial de la pena.

En fin, en cuanto a la punibilidad del dolo, que debería distinguir genéricamente entre el dolo directo y dolo el eventual, como se dijo, mediante una regla dosimétrica que obedeciera al menor injusto del último dada la menor intensidad del querer frente al resultado, por el momento, esta dependerá de su intensidad, tal como lo dispone el artículo 61, inciso 3º, en la fase de la individualización de la pena concreta. Lo cual significa, por otra parte, que no es fatalmente cierto que todos los eventos dolosos tendrán la misma penalidad. En realidad, esta cuarta postura, derivada de la tasación legal del elemento cognitivo prevista en los artículos 22 y 23 del Código Penal, no es enteramente satisfactoria, dado que prevalece el rigorismo dogmático sobre las perspectivas político-criminales, que tanto sirven para acondicionar los defectos teóricos en la aplicación de las normas jurídicas. También demuestra la quiebra de las tendencias que buscan imponer una definición legal de las instituciones jurídicas, cuando estas resultan inoperantes frente a casos límite.

7. CONCLUSIÓN

Lo más desconcertante de todo este asunto es que más allá del apurado debate teórico subyacente al concepto dogmático y a los elementos estructurales del dolo, lo que finalmente ha develado la doctrina contemporánea es la falta de criterios seguros y confiables, aun entre las teorías más críticas, que permitan hacer una construcción plenamente satisfactoria del concepto general del dolo. Noción que, diferenciada del concepto de imprudencia, satisfaga las complejas exigencias dogmáticas y político-criminales como hasta ahora lo han hecho —en mayor o menor medida— las teorías tradicionales o eclécticas imperantes; y que, al mismo tiempo, respete los principios de un Estado social y democrático de derecho de corte personalista como el nuestro (Const. Pol., Preámbulo y artículos 1º y 2º), donde el individuo mantenga un papel político trascendental y único mediante el principio de dignidad de la persona humana (C.P., artículos 1º y 2º).

Desde este punto de vista, es notorio que el legislador penal ha consagrado una figura de difícil interpretación sistemática, sobre todo, por lo que hace relación a la fórmula de la imprudencia prevista en el artículo 23 y con la fórmula del dolo eventual consagrada en el artículo 41 del Código Penal Militar. Lo cual demuestra que no es conveniente el recurso de la reforma, sin un cuidadoso estudio de las implicaciones dogmáticas y político-criminales que se generan al introducir definiciones ambiguas, como la consagrada en el inciso 2° del artículo 22. No obstante, se puede afirmar que se ha acogido una fórmula reconducible a las concepciones del dolo que reivindican el elemento volitivo como un rudimento necesario e irrenunciable en su definición. Porque, si no es así, contaríamos con una multiplicidad de definiciones incompatibles con violación de los principios de identidad y de razonabilidad (C.P., artículo 3°), relacionadas con una misma figura dogmática: el dolo.

Finalmente, es posible sostener que mediante la figura de la voluntad de realización de la conducta punible sea viable construir un concepto material de dolo que explique la clasificación tradicional de la figura consagrada en la ley penal, respetando no solo los referentes culturales para la penalización de las formas subjetivas de imputación sino, también, los principios fundamentales consagrados en nuestro ordenamiento jurídico, como, por ejemplo, el de proporcionalidad, el de lesividad (artículo 11) y el de culpabilidad (artículo 12), entre otros.

8. BIBLIOGRAFÍA

ANTOLISEI, FRANCESCO: *Manual de derecho penal*, Parte General (trad. de Jorge Guerrero y Marino Ayerra Redín), 8ª ed., Bogotá, Temis, 1988.

ARENAS, ANTONIO VICENTE: *Comentarios al Código Penal colombiano*, Parte General, 4ª ed., vol. 1, Bogotá, Temis, 1983.

BACIGALUPO, ENRIQUE: *Derecho penal*, Parte General, Lima, Ara, 2004.

BAUMANN, JÜRGEN: *Derecho penal*, Buenos Aires, Depalma, 1981.

BELLO LANDROVE, FEDERICO: "El dolo eventual en España (reflexiones para un debate)", en *Jueces para la Democracia*, núm. 32 (julio de 1998).

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, IGNACIO; ARROYO ZAPATERO, LUIS; GARCÍA RIVAS, NICOLÁS; FERRÉ OLIVÉ, JUAN CARLOS y SERRANO PIEDECASAS, JOSÉ RAMÓN: *Lecciones de derecho penal*, Parte General. 2ª ed., SI, La Ley, 1999.

BETTIOL, GIUSEPPE: *Derecho penal*, Parte General, Bogotá, Temis, 1965.

BUSTOS RAMÍREZ, JUAN: *Manual de derecho penal*, Parte General, 4ª ed., Barcelona, PPU, 1994.

BUSTOS RAMÍREZ, JUAN y HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN: *Lecciones de derecho penal*, Parte General, 2ª ed., Madrid, Trotta, 2006.

CADAVID QUINTERO, ALFONSO: “Introducción a la teoría del delito: especial consideración a los fundamentos del delito imprudente”, en *Colección Sistema Penal*, núm. 2, Medellín, Diké, 1998.

CARNELUTTI, FRANCESCO: *El delito*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952.

CASTRO OSPINA, SANDRA JEANNETTE, *et al.*: *Lecciones de derecho penal*, Parte General, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.

CEREZO MIR, JOSÉ: “Derecho penal”, Parte General, en *Obras completas*, vol. 1, Lima, ARA, 2006.

— “La conciencia de la antijuridicidad en el Código Penal español”, en *Obras completas*, vol. 2, Lima, ARA, 2006.

— “La doble posición del dolo en la ciencia del derecho penal español”, en *Obras completas*, vol. 2, Lima, ARA, 2006.

— “La polémica en torno a la doctrina de la acción finalista en la ciencia del derecho penal español”, en *Obras completas*, vol. 2, Lima, ARA, 2006.

— “Lo injusto de los delitos dolosos en el derecho penal español”, en *Obras completas*, vol. 2, Lima, ARA, 2006.

COBO DEL ROSAL, MANUEL y VIVES ANTÓN, TOMÁS SALVADOR: *Derecho penal*, Parte General, 5ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU: “En el límite entre dolo e imprudencia, Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1983”, en *ADPCP*, V. xxxviii, fajo 3, Barcelona, 1985.

COUSIÑO MAC-IVER, LUIS: *Derecho penal chileno*, vol. 1, Santiago, Jurídica de Chile, 1975.

CUELLO CALÓN, EUGENIO: *Derecho penal*, Barcelona, Bosch, 1980.

CUELLO CONTRERAS, JOAQUÍN: *El Derecho penal español*, Parte General, 3ª ed., Madrid, Dykinson, 2002.

DÍAZ PITA, MARÍA DEL MAR: *El dolo eventual*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994.

ESTRADA VÉLEZ, FEDERICO: *Derecho penal*, Parte General, 2ª ed., Bogotá, Temis, 1986.

FEIJOO SÁNCHEZ, BERNARDO: “El dolo eventual”, en *Colección de estudios*, núm. 26 (Dir. Eduardo Montealegre Lynett), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.

— “La imprudencia en el código penal de 1995 (Cuestiones de «lege data» y de «lege ferenda»)", en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 12, 1995.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, JUAN: *Derecho penal fundamental, teoría general del delito y punibilidad*, 2ª ed., vol. 2, Santafé de Bogotá, Temis, 1995.

FERRAJOLI, LUIGI: *Derecho y razón: teoría del garantismo penal* (trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés), 2ª ed., Madrid, Trota, 1997.

FIANDACA, GIOVANNI y MUSCO, ENZO: *Derecho penal*, Parte General, 4ª ed. (Trad. de Luis Fernando Niño), Bogotá, Temis, 2006.

FONTÁN BALESTRA, CARLOS: *Derecho penal, Introducción y parte general*, (actualizado por Guillermo A. C. Ledesma), 15ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1995.

FRÍAS CABALLERO, JORGE; CODINO, DIEGO y CODINO, RODRIGO: *Teoría del delito*, Caracas, Livrosca, 1996.

GALLEGO GARCÍA, GLORIA MARÍA y SOTOMAYOR ACOSTA, JUAN OBERTO: “El dolo eventual en el código penal colombiano: entre limitaciones dogmáticas y exigencias político-criminales”, en *Nuevo Foro Penal*, núm. 60 (Ene.–abr. 1999).

GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE: “Acerca del dolo eventual”, en *Estudios de derecho penal*, 3ª ed., Madrid, Tecnos, 1990.

GÓMEZ PAVAJEAU, CARLOS ARTURO: “Aspectos político-jurídicos que informan al nuevo Código Penal”, en *Memorias, jornadas de reflexión sobre la reforma al sistema penal colombiano*, Bogotá, Procuraduría General de la Nación, 2002.

— *Constitución, derechos fundamentales y dogmática penal*, Medellín, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2000.

HAFT, FRITJOF: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 8ª Auflage, München, C. H. Beck, 1998.

HASSEMER, WINFRIED: “Los elementos característicos del dolo”, en *Persona, mundo y responsabilidad*, Bogotá, Temis, 1999.

JAKOBS, GÜNTHER: *Derecho penal*, Parte general, fundamentos y teoría de la imputación (trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo), 2ª ed., Madrid, Marcial Pons, 1997.

— “El delito imprudente”, en *Moderna dogmática penal, estudios compilados*, México, Porrúa, 2002.

JESCHECK, HANS HEINRICH y WEIGEND, THOMAS: *Tratado de Derecho penal*, Parte General (Trad. de Miguel Olmedo Cardenote), 5ª ed., Granada, Comares, 2002.

KAUFMANN, ARMIN: “El dolo eventual en la estructura del delito” (Trad. Moisés Moreno), en *Nuevo Foro Penal*, núm. 1 (oct.-dic. 1978).

LAURENZO COPELLO, PATRICIA: *Dolo y conocimiento*, Valencia, Tirant lo blanch, 1999.

— “El concepto y la prueba del dolo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español”, en *El derecho penal español de fin de siglo y el derecho penal latinoamericano*, Estudios en homenaje a Enrique Bacigalupo, Medellín, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1999.

MAGGIORE, GIUSEPPE: *Derecho penal*, vol. 2, Bogotá, Temis, 1972.

MANZINI, VINCENZO: *Tratado de derecho penal*, vol. 4, Buenos Aires, Ediar, 1948.

MAURACH, REINHART; GÖSSEL, KARL HEINZ y ZIPF, HEINZ: *Derecho penal*, Parte General, vol. 1 (Trad. de Jorge Bofill Genzsch), 7ª ed. alemana, Buenos Aires, Astrea, 1994.

MERKEL, ADOLF: *Derecho penal*, Parte General, Maestros del Derecho penal núm. 13 (Dir. Gonzalo D. Fernández, Trad. Pedro Dorado Montero), Montevideo–Buenos Aires, BdeF, 2004.

MESA VELÁSQUEZ, LUIS EDUARDO: *Lecciones de derecho penal*, Parte General, Medellín, Universidad de Antioquia, 1962.

MEZGER, EDMUND: *Derecho penal*, Parte General, t. I, Buenos Aires, Valletta, 2004.

MIR PUIG, SANTIAGO: *Derecho penal*, Parte General, 7ª ed., Buenos Aires–Montevideo, BdeF, 2004.

MOLINA FERNÁNDEZ, FERNANDO: *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, Barcelona, Bosch, 2001.

MOLINA LÓPEZ, RICARDO: *La preterintención en el derecho penal colombiano*, Medellín, Comlibros, 2006.

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO y GARCÍA ARÁN, MERCEDES: *Derecho penal*, Parte General, 6ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

ORTS BERENGUER, ENRIQUE y GONZÁLEZ CUSSAC, JOSÉ LUIS: *Compendio de derecho penal* (parte general y especial), Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

PELÁEZ VARGAS, GUSTAVO: *Manual de derecho penal general*, Medellín, Bedout, 1981.

PÉREZ, LUIS CARLOS: *Derecho Penal*, vol. 1, Bogotá, Temis, 1982.

PUIG PEÑA, FEDERICO: *Derecho penal*, Parte General, 5ª ed., vol. 2, Barcelona, Nauta, 1959.

RAGÚES I VALLÈS, RAMÓN: *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Barcelona, 1999.

REYES ECHANDÍA, ALFONSO: *Derecho penal*, Parte General, 11ª ed., Bogotá, Temis, 1986.

RIVERA LLANO, ABELARDO: *Derecho penal posmoderno*, Bogotá, Temis, 2005.

RODRÍGUEZ DEVESA, JOSÉ MARÍA: *Derecho penal español*, Parte General, 7ª ed., Madrid, Caracasa, 1979.

ROMEO CASABONA, CARLOS MARÍA: “Sobre la estructura monista del dolo. Una visión crítica”, en *Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad*, Colección autores de derecho penal (Hans Joachim Hirsch, José Cerezo Mir y Edgardo Alberto Donna Dirs.), Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2005.

ROMERO SOTO, LUIS ENRIQUE: *Derecho penal*, Parte General, vol 2, Bogotá, Temis, 1969.

ROXIN, CLAUDIUS: *Derecho penal*, Parte general: fundamentos, la estructura de la teoría del delito (trad. de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal), Madrid, Civitas, 1997.

STRATENWERTH, GÜNTER: *Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Die Straftat*, 4 auflage, Köln-Berlin-Bonn-München, Heymanns, 2000.

SOLER, SEBASTIAN: *Derecho penal*, vol.2, Buenos Aires, Tea, 1978.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO: *Derecho penal*, Parte General, Bogotá, Temis, 1ª ed. 1994, 2ª. ed. 1995; 3ª. ed. 1997.

— *Manual de derecho penal*, Parte General, 3ª ed., Medellín, Comlibros, 2006. (2ª ed., Temis, 2004).

— “Teoría de la conducta punible en el nuevo Código Penal”, en *Nuevo Foro Penal*, núm. 63, (ene.-abr. 2000).

WELZEL, HANS: *Derecho penal alemán* (trad. de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez), 12ª ed, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1987.

ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL; ALAGIA, ALEJANDRO y SLOKAR, ALEJANDRO: *Derecho Penal*, Parte General, Buenos Aires, Ediar, 2001.

— *Manual de Derecho Penal*, Parte General, Buenos Aires, Ediar, 2005.

ZUGALDÍA ESPINAR, JOSÉ MIGUEL (DIR) AA.VV: *Derecho penal*, Parte General, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2002.

