

El dolo eventual en el Código Penal colombiano: entre limitaciones dogmáticas y exigencias político-criminales*

Juan Oberto Sotomayor Acosta**

Gloria María Gallego García***

I. PROBLEMÁTICA GENERAL DEL DOLO EVENTUAL

Según el artículo 36 Código Penal colombiano “La conducta es dolosa cuando el agente conoce el hecho punible y quiere su realización, lo mismo cuando la acepta previéndola al menos como posible”. De igual forma, el artículo 22 del Proyecto de Código Penal (en lo sucesivo P. C. P.) presentado al Congreso por el fiscal general de la nación, establece que “La 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”.

Tanto en la legislación vigente como en el P. C. P. se acoge, pues, la concepción del dolo dominante en la doctrina penal¹, que entiende el

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

** Profesor de derecho penal de la Universidad de Antioquia (Medellín, Colombia).

*** Auxiliar de derecho penal de la Universidad de Antioquia (Medellín, Colombia).

¹ Así, por la doctrina europea, en Alemania, H. H. JESCHECK, *Tratado de derecho penal*, Parte general, vol. I, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1981, págs. 397 y ss.; A. ESER y B.

conocimiento y la voluntad como sus elementos constitutivos y que distingue, por un lado, el *dolo directo*, que será de primer grado cuando el sujeto quiere la realización del tipo como meta de su acción, o de segundo grado cuando dicha realización es una consecuencia necesaria de la misma, siendo abarcada por la voluntad del sujeto; y, por otro, el denominado *dolo eventual*, cuando la acción perseguida lleva consigo la probable realización de un hecho típico, pese a lo cual el sujeto continúa actuando, “admitiendo” su eventual producción.

Esta referencia expresa de nuestro Código Penal al dolo eventual ha traído como consecuencia positiva la de no dejar dudas acerca de su reconocimiento legal, asunto que resultaba por lo menos problemático frente a la legislación anterior, que no empleaba el término “dolo” sino el de “intención” y que de asumirse en un sentido estricto hubiera hecho difícil su extensión a las situaciones que se reconocen como de dolo eventual². Pero también ha generado en nuestro medio otra consecuencia menos plausible, cual es la de propiciar que tanto la doctrina como la jurisprudencia asuman de manera acrítica y casi como un axioma la supuesta estructura dolosa de las situaciones —precisamente por ello— catalogadas como de dolo eventual.

La regulación legal actual no puede resolver, sin embargo, como tampoco el P. C. P., el problema de fondo del dolo eventual: ¿se justifica —y si así fuera, cuál sería el fundamento— que situaciones en las cuales el sujeto simplemente “acepta” —o “cuenta”, o “se conforma” o “deja librada al azar”— la posible realización del hecho punible (dolo eventual), reciban el mismo tratamiento jurídico-penal de aquellas otras en las cuales el sujeto quiere directamente su realización (dolo directo)?

BURKHARDT, *Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias*, Madrid, Edit. Colex, 1995, págs. 139 a 155; en Italia, G. FIANDACA y E. MUSCO, *Diritto penale*, Parte general, 3ª ed., Bologna, Zanichelli, 1995, págs. 308 y ss.; en España, J. CEREZO MIR, *Curso de derecho penal español*, t. II, Parte general, 5ª ed., Madrid, Edit. Tecnos, 1995, págs. 124 y ss.; D. M. LUZÓN PEÑA, *Curso de derecho penal*, t. I, Parte general, Madrid, Universitas, 1996, págs. 401 y ss.; F. MUÑOZ CONDE y M. GARCÍA ARÁN, *Derecho penal*, Parte general, Valencia, Tirant lo Blanch, 1993, págs. 245 y ss. Por la doctrina latinoamericana, E. BACIGALUPO, *Manual de derecho penal*, Parte general, Bogotá, Edit. Temis, 1989, págs. 103 y ss.; J. BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de derecho penal*, Parte general, 3ª ed., Barcelona, Ariel, 1989, págs. 176 y ss.; E. R. ZAFFARONI, *Tratado de derecho penal*, t. III, Parte general, Buenos Aires, Ediar, 1987, págs. 295 y ss. En la doctrina colombiana, J. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal fundamental*, t. II, 2ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 1995, págs. 257 y ss.; L. C. PÉREZ, *Derecho penal*, partes general y especial, t. I, Bogotá, Edit. Temis, 1981, págs. 264 y ss.; A. REYES ECHANDÍA, *Derecho penal*, 10ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1986, págs. 274; F. VELÁSQUEZ, *Derecho penal*, Parte general, 3ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 1997, págs. 406 y ss.

² Lo cual no fue óbice para que la doctrina penal de la época incluyera el dolo eventual como una de las formas “intencionales” de realizar la infracción penal. Véase, entre otros, a A. M. VÁSQUEZ ABAD, *Tratado de derecho penal colombiano*, Medellín, Universidad Pontificia Bolivariana, 1948, pág. 56; L. E. MESA VELÁSQUEZ, *Lecciones de derecho penal*, Parte general, Medellín, Universidad de Antioquia, 1962, pág. 124; B. GAITÁN MAHECHA, *Curso de derecho penal general*, Bogotá, Lerner, 1963, pág. 160; L. E. ROMERO SOTO, *Derecho penal*, vol. II, Parte general, Bogotá, Edit. Temis, 1969, págs. 114 a 128; A. REYES ECHANDÍA, *Derecho penal*, Parte general, 2ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1972, págs. 236 y 237; F. ESTRADA VÉLEZ, *Manual de derecho penal*, Medellín, Colección Pequeño Foro, 1972, págs. 207 y 208.

A) *Los intentos de justificación del dolo eventual*

El problema del dolo eventual radica fundamentalmente en el hecho de que en él no puede afirmarse de modo categórico la presencia de una voluntad clara y manifiesta de realizar los elementos objetivos del tipo, lo cual plantea serias dudas acerca de si puede considerarse *doloso* un comportamiento en el que se reconoce algo así como una disminución de la sustancia del dolo³.

Con todo, resulta muy llamativo que por lo general se trate el dolo eventual con el único propósito de fijar su frontera con la culpa consciente, pero muy pocas veces se cuestione su pretendida naturaleza dolosa. Sin embargo, cuando se analizan las teorías que pretenden dar cuenta del dolo eventual como una forma del comportamiento doloso, el común denominador lo constituyen las dificultades que genera tratar de incluir el dolo eventual dentro de los dominios del dolo. Dificultades que, finalmente, se han intentado superar de dos formas: por la tradicional vía de aceptar el dolo eventual como una especie de excepción a la estructura del dolo (entendido como conocimiento y voluntad de realizar el hecho); o por la vía seguida por las llamadas teorías unitarias, que para poder abarcar sin mayores dificultades el dolo eventual, optan por replantear el concepto tradicional de dolo⁴.

a) *El dolo eventual como una clase “especial” de dolo*

Entre las teorías tradicionales del dolo eventual podemos ubicar a las teorías de la probabilidad (en sus diferentes versiones), del consentimiento y de la indiferencia, entre las más conocidas⁵. La *teoría de la probabilidad* en su versión más extrema entiende ya configurado el dolo eventual con la mera representación de la posibilidad de producción del resultado. Se estima, en consecuencia, que la línea de demarcación entre el dolo eventual y la culpa consciente se halla en un momento de carácter estrictamente intelectual, sin que proceda tomar en consideración la posición interna del autor frente a la probabilidad del resultado; se rechaza la exigencia de un elemento de carácter volitivo, reservado estrictamente para el dolo directo (de primer y segundo grado)⁶.

³ M. DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, Valencia, Edit. Tirant lo Blanch, 1994, pág. 22; también, C. ROXIN, *Derecho penal*, t. I, Parte general, Madrid, Civitas, 1997, pág. 416.

⁴ También debe considerarse unitaria, aunque de signo diferente a las aludidas en el texto, la conocida teoría de ARMIN KAUFMANN de la “voluntad de evitación” (cfr. “El dolo eventual en la estructura del delito”, en *NFP*, núm. 1, Medellín, 1978, págs. 38 y ss.), la cual tampoco parece estar en posibilidad de ofrecer una adecuada fundamentación del carácter doloso del dolo eventual; véase las críticas de J. BUSTOS RAMÍREZ, “Política criminal y dolo eventual”, en *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 2, Barcelona, 1984, pág. 320 y 321, en especial la nota 38; W. HASSEMER, “Los elementos característicos del dolo”, en *ADPCP*, III, Madrid, 1990, págs. 909 y ss.; y M. DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, cit., págs. 262 y ss.

⁵ Sobre las teorías del dolo eventual, véase el completo análisis realizado por M. DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, cit., págs. 47 y ss. También, E. GIMBERNAT, “Acercas del dolo eventual”, en, el mismo: *Estudios de derecho penal*, 3ª ed., Madrid, Edit. Tecnos, 1990, págs. 240 y ss.; y C. ROXIN, *Derecho penal*,... cit., págs. 424 y ss.

⁶ Cfr. M. DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, cit., pág. 90.

Esta teoría incurre en una contradicción insalvable al reconocer que el dolo requiere voluntad de realización y pese a ello renunciar a dicha exigencia cuando se trata del dolo eventual; luego, no habría justificación para aplicar pena idéntica a los supuestos de dolo directo y de dolo eventual, cuando se admite que entre uno y otro existen diferencias esenciales⁷. Todo ello sin contar con que desaparecería la culpa consciente, ya que también al concurrir en ella el elemento cognoscitivo, quedaría absorbida por el dolo eventual⁸.

La teoría del consentimiento plantea que el hecho se realiza con dolo eventual cuando el autor no solo se representa la posibilidad de producción del resultado típico, sino que, además, "acepta", "asiente" y, por eso, quiere interiormente su realización, exigencia esta última que sobre todo busca salvar las críticas formuladas a la teoría de la probabilidad y por tanto afirmar que en el dolo eventual se presentan los tradicionales elementos constitutivos del dolo⁹.

Puede advertirse a simple vista que cuando la teoría del consentimiento exige "aceptación" del resultado típico, se está refiriendo a algo bien diverso del elemento volitivo que se exige del dolo, por cuanto sustituye un proceso real de volición por uno hipotético, que impide afirmar la existencia de una realización volitiva del hecho, y a lo sumo permitirá hablar de una mera hipótesis aceptada (la probable producción del resultado típico). Pero una voluntad así entendida es, en última instancia, una deformación conceptual o una falacia, dado que en realidad se le está atribuyendo el contenido de voluntad de realización a algo que no lo tiene¹⁰.

Tampoco la teoría de la indiferencia (o del sentimiento) logra una fundamentación satisfactoria del dolo eventual, cuando entiende que este concurre cuando el autor se comporta con un determinado grado de desconsideración, siéndole "indiferente" la producción de un resultado antijurídico¹¹. En tal caso el dolo eventual es visto como otra categoría de dolo, por cuanto en él la voluntad de realización del hecho se vería supelementalmente concretada en la indiferencia del autor respecto de la realización del tipo.

Pero si lo importante fuera la actitud emocional del sujeto frente a la posible producción del resultado lesivo, significaría que esta teoría va más allá del "querer", que parece tener una acepción más neutra respecto de la psique del autor, para preguntarse

⁷ Véase a M. DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, pág. 100; y J. BUSTOS RAMÍREZ, "Política criminal y dolo eventual", cit., pág. 324.

⁸ Véase a M. DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, cit., págs. 92 a 95. También, C. ROXIN, *Derecho penal*, cit., págs. 433 y 434.

⁹ Cfr. M. DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, cit., pág. 168; E. GIMBERNAT, "Acerca del dolo eventual", cit., pág. 248; y C. ROXIN, *Derecho penal*, cit., págs. 430-432.

¹⁰ Véase en este sentido, a J. BUSTOS RAMÍREZ, "Política criminal y dolo eventual", cit., pág. 313; y A. ESER y B. BURKHARDT, *Derecho penal*, cit., págs. 164 y 170; también a M. CORCOY BIDASOLO (*El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, Barcelona, PPU, 1989, pág. 272), quien sostiene que para la teoría del consentimiento la exigencia del elemento volitivo en el dolo eventual se traduce en un "querer presunto" que debería ser ineficaz en el ámbito penal.

¹¹ Cfr. DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, cit., págs. 177 a 178; y C. ROXIN, *Derecho penal*, cit., págs. 432 y 433.

por los motivos íntimos que tuvo y no por su voluntad en sí misma, por lo que la indiferencia respecto a la producción o no del resultado nada dice sobre el elemento volitivo del dolo¹².

b) *El dolo eventual como arquetipo de dolo*

Recientemente, y dadas las evidentes contradicciones de las teorías tradicionales y su imposibilidad de resolver de manera satisfactoria dentro del marco del concepto dominante de dolo los problemas que supone englobar en él al dolo eventual, vienen ganando terreno posiciones que optan por la revisión del concepto mismo de dolo, y que en mayor o menor grado supone volver a una concepción cognoscitiva del mismo.

Sobre el particular parece posible diferenciar dos direcciones: una radical y otra moderada. La primera de ellas es la llevada a cabo por aquellos autores que entienden que lo fundamental en el dolo es el aspecto cognoscitivo: "Lo específico del dolo frente a la imprudencia es, pues, que el sujeto que actúa dolosamente *conoce* el significado típico de la conducta que realiza voluntariamente y el sujeto imprudente desconoce en toda su dimensión ese significado"¹³. En consecuencia, se presenta una vuelta a las teorías de la representación, por cuanto las diferencias entre el dolo y la culpa consciente habría que buscarlas en el propio plano del conocimiento: "en el dolo eventual existe verdadero conocimiento y en la culpa consciente, en cambio, falta un exacto conocimiento de la situación típica (objetiva), al añadirse por parte del autor, elementos de confianza, de uno u otro signo, que le conducen al error (imprudencia)"¹⁴.

Lo anterior nos parece, sin embargo, una confusión de planos, pues en realidad el momento de decisión o de confianza en la no producción del resultado típico es un momento dependiente de la voluntad del sujeto, no de su conocimiento. Por ello, es dudoso que la culpa consciente consista en una "falta de conocimiento" o en un "error", siendo que supone un conocimiento correcto del riesgo para el bien jurídico, solo que el autor confía en sus capacidades y posibilidades de dominar el peligro y evitar la producción del resultado típico. Mas dicha confianza es, en todo caso, una posición volitiva¹⁵.

¹² Cfr. a CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, cit., pág. 273; A. ESER y B. BURKHARDT, *Derecho penal*, cit., pág. 161.

¹³ J. M. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1992, pág. 401 (la cursiva es textual), quien se basa en los planteamientos de W. FRISCH. La concepción de que el dolo se agota en su aspecto cognoscitivo es mantenida también, entre otros, por G. JAKOBS, *Derecho penal, Parte general (Fundamentos y teoría de la imputación)*, Madrid, Edit. Marcial Pons, 1995, págs. 309 y ss.; U. KINDHAUSER, *Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996, pág. 139. En América Latina, M. SANCINETTI, *Subjetivismo e imputación objetiva en derecho penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996, págs. 64 y ss. Sobre tales teorías, en general, véase a M. DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, cit., págs. 75 y ss.; y C. ROXIN, *Derecho penal*, cit., págs. 439 a 446.

¹⁴ J. M. SILVA SÁNCHEZ, "Observaciones sobre el conocimiento «eventual» de la antijuridicidad", en *ADPCP*, III, Madrid, 1987, pág. 652; véase también a G. JAKOBS, *Derecho penal*, cit., pág. 327; M. SANCINETTI, *Subjetivismo*, cit., pág. 66.

¹⁵ Cfr. T. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1994, pág. 89. También a H. WELZEL, *Derecho penal alemán*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1976, pág. 103.

Por último, estas posiciones, al pretender establecer la frontera entre la culpa consciente y el dolo en un momento estrictamente cognitivo, llegan a un resultado opuesto al pretendido, esto es, a la desaparición de dicha frontera, puesto que llevado el planteamiento hasta sus últimas consecuencias todos los casos de imprudencia consciente terminarán considerándose como dolosos¹⁶.

Una revisión más moderada del concepto de dolo se desarrolla en la línea trazada por HASSEMER, quien mantiene la exigencia de voluntad como elemento del dolo, pero matizada o disminuida hasta el punto de configurarse con la sola "decisión en contra de un bien jurídico" o "decisión a favor del injusto"¹⁷; para este autor, "los elementos cognitivos no caracterizan por sí mismos el dolo: son solamente necesarios (porque no se puede concebir una voluntad vacía de contenido) pero no suficientes (porque el dolo, como decisión es más que mera representación y conocimiento)"¹⁸.

Pareciera no obstante que en esta propuesta el elemento volitivo termina siendo reducido a su mínima expresión, pues "decisión" es un término mucho más amplio que voluntad; tanto que, al no exigirse la dirección del querer hacia un determinado resultado típico, la "decisión" se daría con el simple hecho de "seguir adelante" con la acción¹⁹. La redefinición consistiría entonces, simple y llanamente, en una supresión de requisitos, mediante la reducción del elemento volitivo, que en últimas poco diferencia esta propuesta de aquellas que abiertamente renuncian al elemento volitivo como rasgo característico del dolo.

En resumidas cuentas, entiéndase el dolo desde una perspectiva estrictamente cognoscitiva o como "decisión en contra del bien jurídico", la revisión del concepto parece orientarse en el fondo, en mayor o menor grado, a satisfacer dudosas exigencias represivas, por una parte, y a obviar las innegables dificultades probatorias que entraña el *querer* como requisito del dolo, por otra²⁰. De ahí que en ambos casos el dolo eventual termina convirtiéndose en "arquetipo de dolo"²¹ o "dolo básico"²².

¹⁶ Cfr. M. DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, cit., pág. 130.

¹⁷ Cfr. W. HASSEMER, "Los elementos...", cit., págs. 915 a 917 y 931. En la misma dirección, M. DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, cit., págs. 307 y ss.

¹⁸ W. HASSEMER, "Los elementos...", cit., pág. 927. También C. ROXIN define el dolo eventual como "decisión por la posible lesión de bienes jurídicos" (*Derecho penal*, cit., págs. 416 y 425), pero a diferencia de HASSEMER no entiende que esta definición constituya la estructura básica del dolo. Por el contrario, ROXIN reconoce que en las diversas clases de dolo las relaciones entre el requisito intelectual y el volitivo se presentan de manera diferente, y por ende "no convence el que precisamente el criterio que se sitúa en el límite más próximo a la imprudencia consciente y plantea la mayoría de los problemas de distinción deba resultar el decisivo también en la intención (o propósito) y en el *dolus directus* (de segundo grado). El criterio de la realización del plan... al considerar que el dolo se realiza de la forma más pura en la intención (o propósito) y al observar en el *dolus directus* (de segundo grado) y en el *dolus eventualis* debilitamientos graduales de la sustancia del dolo, se adecua mejor al fenómeno" (*ibidem*, pág. 425, nota 25).

¹⁹ Así, C. ROXIN, *Derecho penal*, cit., págs. 429 y 435.

²⁰ Cfr. G. FIANDACA y E. MUSCO, *Diritto penale...*, cit., págs. 308 y 309.

²¹ J. M. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación...*, cit., pág. 402.

²² M. SANCINETTI, *Subjetivismo...*, cit., pág. 64.

En efecto, una normativización del dolo hasta el punto de eliminar el requisito volitivo o reducirlo a una simple "decisión", permitirá con mayor facilidad una imputación dolosa, pues la sola previsión de la peligrosidad objetiva de la acción por parte del agente —previsión que, en especial cuando se trata de aquellos hechos que producen alarma social, es derivada de la naturaleza objetiva del hecho—, demostraría implícitamente que el sujeto se decidió en favor de lo ilícito²³.

No parece, sin embargo, que esa sea la forma adecuada de justificar la imposición de una pena a título de dolo, como tampoco las dificultades probatorias en relación con el elemento volitivo, que sin duda existen, pueden justificar "la amputación en el dolo del elemento que más lo caracteriza"²⁴.

Estas perspectivas siguen dejando sin respuesta el interrogante último, es decir, si deben sancionarse con la misma pena (y en caso afirmativo, por qué razón) supuestos de hecho claramente diferentes, cuales son los cometidos con dolo eventual y con dolo directo. Es más, creemos que de ser consecuentes, estos planteamientos terminarían justificando una agravación de la punibilidad para los supuestos de dolo directo, toda vez que se reconoce²⁵ que en ellos tiene lugar un incremento del riesgo objetivo de la acción y por tanto del contenido de sentido lesivo del hecho.

B) La estructura dogmática del dolo eventual

Como hemos visto, en las diferentes doctrinas que intentan justificar el carácter doloso del dolo eventual parece prevalecer un cierto y discutible afán represivo, que la mayoría de las veces se pretende encubrir con argumentos puramente dogmáticos²⁶. Así lo reconoce de forma implícita MUÑOZ CONDE, por ejemplo, para quien "la teoría del dolo eventual surge para tratar de incluir en el ámbito del dolo una serie de casos que no se adaptan fácilmente a los elementos conceptuales del mismo, pero que el sen-

²³ G. FIANDACA y E. MUSCO, *Diritto penale...*, cit., pág. 309. Sobre la discusión relacionada con la normativización de los elementos subjetivos del delito, véase a J. L. DIEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos del delito (bases metodológicas)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1990, págs. 73 y ss. Resulta dicente en este punto la exposición de motivos del P. C. P., que pretende justificar en las dificultades probatorias que entraña, el cambio de la expresión "acepta" del Código Penal actual, por la de dejar "librada al azar": "La regulación del llamado dolo eventual abandona las clásicas consideraciones, toda vez que no adopta las teorías intelectiva 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".

²⁴ G. FIANDACA y E. MUSCO, *Diritto penale...*, cit., pág. 309.

²⁵ Así, de forma expresa, J. M. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación...*, cit., pág. 402.

²⁶ M. DÍAZ PITA (*Dolo eventual*, cit., pág. 44) reconoce que las teorías tradicionales del dolo eventual han constituido "un intento por parte de sus defensores de encontrar un revestimiento dogmático a lo que, en definitiva, puede ser un problema normativo y no un problema de descifrar, desde una perspectiva meramente psicológica, lo que hemos de entender por voluntad y conocimiento o cuáles sean sus respectivos contenidos".

timiento de justicia considera que deben ser tratados con la misma severidad que esta forma de imputación subjetiva del delito²⁷. De la misma manera, para QUINTERO OLIVARES, "En los supuestos de dolo eventual se trata siempre de calificar como doloso un comportamiento que no lo es claramente... en el plano de la justicia material puede repugnar el tratar como imprudencia —al margen de que eso exige que esté prevista la forma imprudente en ese concreto delito— conductas que entrañan si no directo deseo de lesionar un bien jurídico, sí un total desprecio por esa eventualidad"²⁸.

Estos planteamientos son comunes a la mayoría de doctrinas justificadoras del dolo eventual, que en el fondo parecen debatirse entre consideraciones dogmáticas en sentido estricto, como la referida a la determinación de la estructura jurídica del dolo en materia penal, y consideraciones de política criminal, de signos marcadamente represivos por cierto.

Al situar el dolo eventual en una relación de tensión entre dogmática y política criminal no se ignora la relación existente entre ambas, ni mucho menos se desconoce la innegable e importante incidencia de la segunda en la elaboración de los conceptos jurídico-penales²⁹, pero sí se diferencia entre los diversos planos por los que puede desarrollarse dicha relación. Como explica SILVA SÁNCHEZ, la aceptación del sistema como elemento decisivo de la argumentación dogmática obliga a distinguir entre los diversos niveles, en los cuales dicha argumentación puede configurarse de manera diferente: a) El primer nivel consistiría en la selección de las premisas valorativas que sirven de base al sistema y la construcción de sus categorías básicas, así como la atribución de contenido a las mismas a partir de dichas premisas; b) un segundo nivel que, aunque referido aun a la construcción del sistema, incluiría la elaboración de conceptos y categorías de abstracción media y sin duda dependientes de los conceptos del primer nivel (v. gr., dolo, error, autoría y participación, etc.); y c) en el tercer nivel se trataría ya de fundamentar la adopción de determinadas soluciones, en un sistema ya constituido, en relación con conceptos y estructuras problemáticas³⁰.

La incidencia de las valoraciones político-criminales en la construcción sistemática variará, por supuesto, de acuerdo con el nivel de que se trate. En este sentido debe reconocerse que el peso y la amplitud de las valoraciones de política criminal disminuirá a medida que se pasa del primero al segundo nivel y del segundo al tercero, al mismo

²⁷ F. MUÑOZ CONDE, "Prólogo", a M. DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, cit.

²⁸ G. QUINTERO OLIVARES, *Curso de derecho penal*, Parte general, Barcelona, 1996, pág. 293. En la misma línea, E. GIMBERNAT, "Acercas del dolo eventual", cit., pág. 259; M. DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, cit., págs. 44 y 45.

²⁹ Cfr. C. ROXIN, *Política criminal y sistema del derecho penal*, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1971, págs. 15 y ss.

³⁰ Cfr. J. M. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación...*, cit., pág. 172. Sobre el valor del sistema en el campo jurídico véase, con carácter general, a K. ENGEL, "Sentido y alcance de la sistemática jurídica", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, III, Madrid, 1986, págs. 7 y ss.; C. W. CANARIS, *El sistema en la jurisprudencia*, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1998, págs. 19 y ss. Para el caso concreto del derecho penal, B. SCHÜNEMANN, "Introducción al razonamiento sistemático en derecho penal", en, el mismo (coord.): *El sistema moderno de derecho penal: cuestiones fundamentales*, Madrid, Edit. Tecnos, 1991, págs. 31 a 43.

tiempo que aumentará la incidencia de otro tipo de controles de índole lógico-formales, lingüísticos, etc.³¹.

La problemática general del dolo eventual parece oscilar entonces entre el tercer y el segundo nivel: pertenecería al tercer nivel si de lo que se trata es de establecer si los supuestos en los cuales el sujeto "acepta" la posible realización del tipo deben considerarse dolosos o no, pues ello reduciría la cuestión a la determinación en tales situaciones de los requisitos del concepto de dolo previamente construido. En este nivel habría que situar, por supuesto, los argumentos propios de las tradicionales doctrinas sobre el dolo eventual, que precisamente terminan fracasando en su pretensión justificadora, al carecer, por lo visto, de "aceptabilidad racional"³².

Por el contrario, quienes ante el fracaso de las doctrinas tradicionales optan por llevar a cabo una redefinición del concepto de dolo a partir del dolo eventual, sitúan el problema en el segundo nivel, pues en tal caso estamos frente a la construcción del concepto de dolo y no de establecer si dicho concepto alcanza o no a determinados supuestos. Ahora bien, como desde una perspectiva teleológica la elaboración de los conceptos del segundo nivel se encuentra condicionada lógicamente y axiológicamente por los del primero, significa que el criterio político-criminal que se encuentra en la base del concepto de dolo pertenece al primero y no al segundo nivel de argumentación. En otras palabras, aunque desde un punto de vista teleológico puede aceptarse que "son dolosos los hechos que merecen la pena establecida para el delito doloso"³³, la determinación de cuándo y por qué un hecho merece la pena del delito doloso y no la del delito imprudente depende, entonces, de las premisas valorativas que sirven de base al sistema (primer nivel), y no de un concepto de dolo previamente dado ni de los particulares "sentimientos de justicia" y demás prejuicios del intérprete.

Si bien puede aceptarse hoy en día que las cadenas argumentales que en el campo del derecho terminan en la aplicación de una disposición legal a un hecho concreto no parten, o si se prefiere, no comienzan en la ley positiva sino en una serie de axiomas o principios en los que se considera que la ley positiva reconoce su propio fundamento³⁴,

³¹ Según señala J. M. SILVA SÁNCHEZ (*Aproximación...*, cit., pág. 173), la argumentación "en el primer nivel es puramente —o, en todo caso, muy preferentemente— axiológica. En cambio, en el nivel segundo y sobre todo, en el tercero, adquieren una significación cada vez mayor otros argumentos: los referidos a los resultados del análisis del marco lingüístico representado por los preceptos legales (gramatical, semántico, etc.); los argumentos de coherencia interna del sistema dogmático y referidos a las consecuencias intrasistemáticas de un determinado planteamiento; los referidos al análisis lógico de las estructuras problemáticas; el argumento semántico relativo al uso normal del lenguaje; etc."

³² Cfr. a A. AARNIO, *Lo racional como razonable (un tratado sobre la justificación jurídica)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, págs. 239 a 250). Algunas de tales teorías se muestran de antemano no justificables incluso desde un punto de vista lógico, como sucede, por ejemplo, siempre que se parte de una concepción volitiva del dolo, pero se acepta que en algunos casos hay dolo en supuestos en los cuales no puede hablarse propiamente de la existencia de voluntad respecto de la realización del tipo.

³³ J. M. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación...*, cit., págs. 401 y 402.

³⁴ Así, E. BACIGALUPO, "Sui dogmi della dogmatica penale", en *Dei Delitti e delle Pene*, núm. 2, Bari, 1983, pág. 255; en igual dirección, J. M. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación...*, cit., págs. 111 y ss.

no parece de antemano aceptable que la determinación de dichos principios pueda provenir de una decisión arbitraria del intérprete, como creemos que ha sucedido en buena medida hasta ahora en la construcción del concepto de dolo eventual; tal manera de proceder implica, sin duda, un uso irracional de la dogmática jurídica, puesto que se la estaría utilizando para encubrir los verdaderos motivos de la decisión, o porque estos se estarían usando como presuntos programas autónomos de decisión³⁵.

En un derecho penal orientado a la protección de bienes jurídicos, como creemos que corresponde al derecho penal *garantista*³⁶ propio del modelo de Estado constitucional de derecho³⁷, el criterio para establecer cuáles son los hechos que “merecen la pena establecida para el delito doloso” podrá derivarse de manera razonable de la *ratio* misma de la protección penal, esto es, del bien jurídico: “la valoración jurídico-penal de la conducta debe presentar... una dependencia muy directa de la lesividad potencial o efectiva de la misma para los bienes jurídicos que constituyen el objeto de protección del derecho penal... por lo tanto, el grado en que la conducta contribuya causalmente a poner en peligro o a menoscabar el bien jurídico penalmente protegido ha de ser uno de los datos fundamentales para dicha valoración”³⁸.

A un derecho penal protector de bienes jurídicos solo le pueden interesar entonces dos clases de comportamientos³⁹: aquellos dirigidos a la afectación del bien jurídico, que reciben conceptualmente el nombre de actos *dolosos*, y aquellos otros cuya realización implica la creación de un riesgo no permitido para los bienes jurídicos y por eso exigen un determinado cuidado, que son los denominados como *culposos*.

Estos hechos dolosos y culposos no revisten la misma gravedad, puesto que, como señala HASSEMER, el peligro para los bienes jurídico-penales derivado del que comete un delito doloso debe considerarse mayor que aquel que procede del sujeto que comete un delito imprudente, en razón de la valoración de la más grave y compleja intensidad lesiva del hecho⁴⁰. Valoración que no parece que pueda provenir de nada diferente al elemento volitivo mismo, pero no entendido como simple “decisión” en

³⁵ Cfr. a R. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica (la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, págs. 260 y 261; y C. W. CANARIS, *El sistema en la jurisprudencia*, cit., págs. 121 a 125.

³⁶ Cfr. a L. FERRAJOLI, *Derecho y razón (teoría del garantismo penal)*, Madrid, Edit. Trotta, 1995, págs. 464 a 479.

³⁷ Sobre el modelo de “Estado constitucional de derecho”, véase a G. ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil (ley, derechos, justicia)*, Madrid, Edit. Trotta-Comunidad de Madrid, 1995, págs. 21 a 41; L. FERRAJOLI, “El Estado constitucional de derecho hoy: el modelo y su divergencia de la realidad”, en P. ANDRÉS IBÁÑEZ (editor): *Corrupción y Estado de derecho. El papel de la jurisdicción*, Madrid, Edit. Trotta, 1996, págs. 15 a 29; también, A. M. PEÑA FREIRE, *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, Madrid, Edit. Trotta, 1997, págs. 41 a 74.

³⁸ J. M. PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido en derecho penal (régimen jurídico penal de las actividades peligrosas)*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1995, pág. 100.

³⁹ Cfr. a J. BUSTOS RAMÍREZ, *Manual...*, cit., pág. 182; el mismo, “Política criminal y dolo eventual”, cit. págs. 322 y 323.

⁴⁰ W. HASSEMER, “Los elementos...”, cit., pág. 917.

contra del bien jurídico —pues despojada de cualquier contenido de carácter psicológico la voluntad no alcanza a constituir siquiera una resolución⁴¹—, sino como *voluntad de realización* y en tal sentido como expresión de un poder de conformación de la realidad⁴². El hecho de que el sujeto pueda influir sobre la realidad —y no su “mala intención” o “mal ánimo”— convierte a la acción dolosa, considerada *ex ante*, en una acción objetivamente más peligrosa para los bienes jurídicos y por ende más grave que la acción imprudente⁴³.

Corresponde entonces determinar a cuál de las dos clases de comportamientos relevantes para un derecho penal orientado a la protección de bienes jurídicos pertenece el dolo eventual. Aceptado que en el dolo eventual no puede hablarse propiamente de una realización volitiva del hecho —en el sentido indicado atrás— sino a lo sumo de una “hipótesis aceptada”⁴⁴, deberá concluirse que el dolo eventual forma parte de los comportamientos culposos y no de los dolosos. Como explica BUSTOS RAMÍREZ⁴⁵, cuando se afirma que dolo es *querer*, se alude a un proceso real de volición de un determinado comportamiento en la realidad (una realización de voluntad); en los supuestos de dolo eventual lo que se presenta, por el contrario, es solo la “aceptación” de un suceso posible; afirmar que alguien quiere el hecho cuando solo “acepta” su posible realización, implica la sustitución de un proceso real por uno hipotético, con la consiguiente confusión conceptual que genera aludir con la misma expresión a dos realidades bien diferentes.

La estructura del dolo eventual pertenece, pues, a la de los comportamientos imprudentes, porque en él falta la voluntad de realización de los elementos objetivos del tipo propio del dolo; luego, no existe una dirección del proceso hacia la afectación del bien

⁴¹ Así, C. ROXIN, *Derecho penal...*, cit., pág. 429. Véase la crítica de J. BUSTOS RAMÍREZ, “Política criminal y dolo eventual”, cit., págs. 320 y 321, en especial la nota 38.

⁴² Cfr. a G. FIANDACA y E. MUSCO, *Diritto penale...*, cit., pág. 313; así también H. WELZEL (*Derecho penal alemán*, cit., pág. 97), quien entiende que “Como voluntad de realización, el dolo presupone que el autor se asigne una posibilidad de influir sobre el acontecer real. Aquello que, de acuerdo con la propia opinión del autor, queda fuera de su posibilidad de influencia, lo podrá por cierto esperar o desear, como encadenamiento casual con su acción, pero no querer realizar”.

⁴³ Véase a W. HASSEMER, “Los elementos...”, cit., pág. 917; D. M. LUZÓN PEÑA, *Curso...*, cit., págs. 406 y 407; S. MIR PUIG, “La perspectiva *ex ante* en derecho penal”, en el mismo: *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Barcelona, Edit. Ariel, 1994, págs. 102 y 103; J. M. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación...*, cit., pág. 402. En la doctrina colombiana, A. CADAVID QUINTERO, *Introducción...*, cit., págs. 187 a 194. La mayor gravedad del hecho doloso se traduce no solo en la mayor magnitud de pena asignada, sino también en la adopción, al menos en nuestro país, de un sistema cerrado de incriminación (*numerus clausus*), por considerarse que las conductas imprudentes, por ser precisamente menos graves, solo deben sancionarse en muy limitadas hipótesis y siempre que se trate de bienes jurídicos fundamentales y de los ataques más intensos a dichos bienes; cfr. a F. MUÑOZ CONDE y M. GARCÍA ARÁN, *Derecho penal*, cit., págs. 258 y 259; en nuestro medio, A. CADAVID QUINTERO, *Introducción...*, cit., págs. 178 y 179.

⁴⁴ J. BUSTOS RAMÍREZ, “Política criminal y dolo eventual”, cit., pág. 313.

⁴⁵ J. BUSTOS RAMÍREZ, *Manual...*, cit., pág. 182; el mismo, “Política criminal y dolo eventual”, cit., págs. 312 y 313.

jurídico, sino un alto riesgo de que el bien jurídico se vea afectado, pese a que la dirección de la voluntad del sujeto se encamine en sentido diferente.

Lo dicho no significa que entre los comportamientos culposos no pueda a su vez reconocerse la existencia de diferentes grados de riesgo⁴⁶, en razón de lo cual habrá de aceptarse la existencia en el dolo eventual de un *plus* subjetivo respecto de la culpa consciente, que lo coloca en el escalón más alto de gravedad dentro de las conductas imprudentes⁴⁷. En efecto, en las situaciones de dolo eventual el autor, previendo el posible acaecimiento del hecho, *decide* continuar el curso de su acción en una situación de incertidumbre respecto de los factores de riesgo presentes en la situación fáctica, dejando librado “al curso de las cosas” el posible acaecimiento del hecho típico. Ello no solo supone la creación *ex ante* de un riesgo no permitido para el bien jurídico protegido como consecuencia de la violación del deber objetivo de cuidado, sino además la valoración de dicho riesgo como *especialmente* grave, dado que el sujeto no se esfuerza en controlarlo y no toma medida de precaución alguna para evitar la lesión del bien jurídico.

No se pueden confundir los planos y entender de forma arbitraria que el mero hecho de “aceptar” la posible realización del hecho es igual —y no por razones ontológicas sino valorativas— a querer su realización, al menos mientras lo determinante siga siendo la afectación del bien jurídico. No creemos por tanto que le asista razón a DÍAZ PITA cuando entiende el dolo eventual como un concepto cualitativamente diferente a la culpa, con el argumento de que el sujeto que actúa con dolo eventual no lo hace descuidadamente porque “sabe” lo que hace y, “siendo consciente del grado de peligro que su comportamiento lleva implícito para un bien jurídico, bien por indiferencia, bien por desprecio hacia ese bien jurídico, o bien sin albergar ningún tipo de sentimiento negativo respecto a ese bien jurídico, sigue actuando, decide seguir adelante con su comportamiento, anteponiendo sus intereses a la integridad del bien jurídico que con su hacer amenaza”⁴⁸.

En realidad, mirado desde el bien jurídico la estructura es la misma, pues tanto “sabe lo que hace” (poner en peligro el bien jurídico) quien actúa con dolo eventual como quien lo hace con culpa consciente: en uno y otro caso el autor se plantea la posibilidad de producción del resultado típico y en ninguno de ellos orienta su voluntad en tal dirección⁴⁹. Y, como corresponde al derecho penal del Estado constitucional, de lo que se trata es de valorar un *acto* desde el punto de vista de su repercusión para los bienes jurídicos protegidos, y no de juzgar al *autor* por sus sentimientos o por la carencia de los mismos o por su egoísmo, etc.

⁴⁶ Sobre los grados de peligro, en general, J. M. PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido*, cit., págs. 188 a 195.

⁴⁷ Así, J. BUSTOS RAMÍREZ, “Política criminal y dolo eventual”, cit., pág. 325; el mismo, *El delito culposo*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1995, pág. 60.

⁴⁸ M. DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, cit., pág. 45.

⁴⁹ Cfr. a S. MIR PUIG, *Derecho penal*, Parte general, 4ª ed., Barcelona, PPU, 1996, pág. 244.

Lo anterior significa que el dolo eventual (o también “culpa calificada” o “culpa agravada”) constituye en realidad un nivel de valoración intermedio entre el dolo y la culpa, de manera semejante a la *recklessness*⁵⁰ angloamericana, que permitiría satisfacer en mayor grado exigencias propias del principio de culpabilidad y de proporcionalidad, al permitir una escala más detallada de las formas de participación interna del sujeto en el hecho y ampliar las posibilidades de imposición de penas de distinta gravedad acorde con tales grados de vinculación subjetiva.

No ha sido esta, sin embargo, la vía seguida por el legislador colombiano en esta materia, quien más bien, acogiendo las demandas represivas de dudosa legitimidad que han orientado tradicionalmente las discusiones sobre esta materia, prefirió, como expone, como continuación, *equiparar*, desde el punto de vista punitivo, el dolo eventual al dolo.

2. EL DOLO EVENTUAL EN EL DERECHO PENAL COLOMBIANO

A) *El dolo eventual en la doctrina penal colombiana*

En relación con el dolo eventual ha predominado en la doctrina penal colombiana, desde sus inicios y sin disidencias sustanciales, la teoría del consentimiento, así algunas veces la adhesión a tales planteamientos no sea explícita, y en otras se haga de manera acrítica, ignorando incluso la ardua problemática que el tema plantea. Ya en el primer tratado de derecho penal escrito en Colombia, decía CONCHA que la intención “es eventual, cuando el individuo ha previsto y querido un mal determinado, y ha previsto sin desearlas, aceptándolas sin embargo como posibles, otras consecuencias que exceden el objeto directo que se propone”⁵¹, posición que se ha mantenido en nuestra doctrina de manera prácticamente inalterada hasta hoy, aunque de forma mucho más matizada en el más reciente estudio de la parte general del derecho penal colombiano, realizado por VELÁSQUEZ⁵².

Algunos autores se han mostrado, no obstante, bastante cercanos a la teoría de la indiferencia, aunque no son explícitos en adoptarla. Por ejemplo, para GAITÁN MAHECHA existe dolo eventual “Cuando el resultado previsto es indiferente que se produzca o no para el sujeto, de modo que obra con indiferencia sobre los alcances de su acción”⁵³; así mismo, ARENAS sostuvo que el dolo es eventual “cuando el agente se representa un resultado dañoso, lo mira con indiferencia y no renuncia a la ejecución del hecho,

⁵⁰ Sobre el particular, M. DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, cit., págs. 249 a 256; G. P. FLETCHER, *Conceptos básicos de derecho penal*, Valencia, Edit. Tirant lo Blanch, 1997, págs. 176 a 179; y, resaltando sus semejanzas con el dolo eventual y admitiendo que entre nosotros tendría una estructura culposa, E. S. HENDLER, *El derecho penal en los Estados Unidos de América*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 1992, págs. 63 y 64.

⁵¹ J. V. CONCHA, *Tratado de derecho penal*, 1ª ed., Bogotá, Imprenta Nacional, 1897, pág. 76.

⁵² F. VELÁSQUEZ, *Derecho penal*, cit., pág. 410; la 1ª ed. data de 1994.

⁵³ B. GAITÁN MAHECHA, *Curso...*, cit., pág. 160.

aceptando sus consecuencias"⁵⁴. También otros autores nacionales⁵⁵ aluden a la "indiferencia" o a la falta de "voluntad de evitación" cuando tratan el dolo eventual, mas, al igual que los ya mencionados, no parecen estarse refiriendo a las teorías de la indiferencia y de la voluntad de evitación expuestas por ENGISCH y ARMIN KAUFMANN, respectivamente, pues tales criterios son utilizados más bien para deducir o excluir el consentimiento del autor del hecho en la producción del resultado típico, esto es, entendiendo que se trata de indicadores externos a partir de los cuales puede llegar a constatar el grado de participación interna del sujeto en el hecho (dolo o culpa); en otras palabras, creemos que la indiferencia o la ausencia de voluntad de evitación las ha entendido nuestra doctrina como criterios coadyuvantes a la exclusión del dolo⁵⁶.

Es posible que, por lo menos en lo que tiene que ver con el actual Código Penal, la adhesión a una teoría volitiva por parte de nuestra doctrina pueda explicarse por la regulación que de dicha figura hace el Código en su artículo 36, que al exigir que el sujeto "acepte" la realización del hecho punible, parece optar por la teoría del consentimiento⁵⁷, o al menos así lo ha entendido la doctrina⁵⁸.

Resulta curioso que en algunas ocasiones dicha interpretación se siga manteniendo, pese a reconocerse la ausencia de una efectiva voluntad de realización en el dolo eventual. Un buen ejemplo de ello lo constituye la postura de ESTRADA VÉLEZ, cuyos argumentos al momento de definir el dolo eventual parecen más cercanos a la teoría de la probabilidad, pues entiende que en este "no hay una presencia activa del querer proyectada hacia la obtención del resultado ilícito, sino que este se presenta en la mente del sujeto (se lo representa) como probable o posible..."⁵⁹. No obstante, afir-

⁵⁴ A. V. ARENAS, *Comentarios al Código Penal colombiano*, Parte general, 2ª ed., Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1968, pág. 103; igual conforme al Código Penal de 1980, *Comentarios al Código Penal colombiano*, t. I, Parte general, Bogotá, Edit. Temis, 1983, pág. 224.

⁵⁵ Cfr., entre otros, a F. ESTRADA VÉLEZ, *Derecho penal*, Parte general, 2ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 1986, pág. 317; y F. VELÁSQUEZ, *Derecho penal*, cit., págs. 437 y 438.

⁵⁶ Tal como hoy en día lo señalan, entre otros, W. HASSEMER, "Los elementos...", cit., pág. 929; M. DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, cit., pág. 273; y F. MUÑOZ CONDE y M. GARCÍA ARÁN, *Derecho penal*, cit., págs. 250 a 251.

⁵⁷ No creemos que en este sentido el art. 22 del P. C. P. suponga un cambio fundamental, como lo cree el fiscal en su exposición de motivos, pues en el fondo el problema sigue siendo el mismo: ¿cuándo se entiende que el sujeto ha dejado la no producción de la infracción penal librada al azar?. Si la respuesta, como parece obvio, es que ello cabe afirmarlo cuando el sujeto no ha hecho algo por evitarlo, resulta que estamos no solo frente al mismo problema sino también frente a la misma respuesta que nuestra doctrina ofrece frente a la pregunta de ¿cuándo se entiende que el sujeto "acepta" la posible realización del hecho punible?

⁵⁸ Cfr. a F. ESTRADA VÉLEZ, *Derecho penal*, cit., pág. 303; A. REYES ECHANDÍA, *Derecho penal*, cit., pág. 277; J. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal fundamental*, cit., pág. 263; F. VELÁSQUEZ, *Derecho penal*, cit., pág. 410; L. C. PÉREZ, *Derecho penal*, cit., págs. 254 y ss.; E. PÁEZ POLO, *Nuevo derecho penal colombiano*, Parte general, Barranquilla, Ediciones Páez Polo, 1982, pág. 340. La interpretación de la legislación actual desde la teoría del consentimiento parece obedecer más bien a cierta tradición originada en la legislación anterior, que obligaba a la doctrina a vincular el concepto de dolo eventual al de "intención", lo cual, sin duda, resultaba mucho más fácil a partir de los postulados de la teoría del consentimiento. De hecho, la gran mayoría de la doctrina de la época se mostró partidaria de dicha teoría; véase la bibliografía citada en la nota 2.

⁵⁹ F. ESTRADA VÉLEZ, *Derecho penal*, Parte general, 2ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 1986, pág. 302. Se trata del mismo concepto sostenido por este autor en vigencia del Código anterior; véase a F. ESTRADA VÉLEZ, *Manual...*, cit., pág. 207.

ma al mismo tiempo que "Nuestro Código, al definir el dolo (art. 36) con una fórmula clara y prácticamente útil, adoptó el criterio del consentimiento en relación con el dolo eventual. [...] Habrá dolo eventual, pues, en todos los casos en que el agente, en desarrollo de una actividad lícita, realiza un hecho típico no directamente querido pero previsto y no rechazado por la voluntad"⁶⁰.

Aunque no lo señale de manera expresa, creemos que también REYES ECHANDÍA fue un claro partidario de la teoría del consentimiento, pues no de otra manera se puede entender su afirmación en el sentido de que alguien *quiere* un resultado, "Cuando lo acepta anticipadamente, sea que el evento aparezca como cierto, ya que se presente como probable, siempre que tal probabilidad no lo detenga en la realización de su propósito"⁶¹.

Menos decididos en cuanto a la adopción de la perspectiva del consentimiento se muestran autores actuales como FERNÁNDEZ CARRASQUILLA⁶² y VELÁSQUEZ⁶³, aunque de cualquier manera creemos que, en diferente grado, continúan adhiriéndose a ella o, en el caso del segundo de los mencionados, situándose muy cerca de la misma.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, por ejemplo, si bien no desconoce las críticas de que es objeto la noción de dolo eventual, de todas formas entiende que este hace referencia "a la conciencia y *volición* de los efectos concomitantes posibles o probables que el sujeto no ha querido evitar y que por tanto ha incluido en el ámbito de su empresa voluntaria"⁶⁴.

En nuestra opinión también VELÁSQUEZ sostiene no solo una teoría volitiva, sino también, en el fondo, una posición muy cercana a la teoría del consentimiento, pese a que de manera expresa dice defender una "teoría mixta", según la cual "el dolo eventual se conforma tanto cuando el autor se *ha representado* la realización posible del tipo, como cuando *se ha conformado* con ella"⁶⁵; según él, ello no solo se compeadece con lo estatuido en la segunda parte del artículo 36 del Código Penal, sino que también permite afirmar como característica de esta forma de dolo, "*el equilibrio entre los componentes voluntario y cognoscitivo*"⁶⁶.

No creemos que una definición del dolo eventual como la propuesta por este autor, en la que se entiende que existe voluntad en el simple hecho del sujeto "conformarse" con la posible realización del tipo, permita presentar "el equilibrio entre los

⁶⁰ F. ESTRADA VÉLEZ, *Derecho penal*, cit., pág. 303.

⁶¹ A. REYES ECHANDÍA, *Derecho penal*, cit., pág. 277.

⁶² J. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal fundamental*, 2ª ed., vol. II, Teoría general del delito y punibilidad, Bogotá, Edit. Temis, 1989, págs. 257 a 266.

⁶³ F. VELÁSQUEZ, *Derecho penal*, cit., págs. 406 a 412.

⁶⁴ J. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal fundamental*, cit., pág. 263 (la cursiva no es textual).

⁶⁵ F. VELÁSQUEZ, *Derecho penal*, cit., pág. 410. Entendida en el sentido de que tanto la "representación de la realización del tipo" como el "conformarse con ella" son condiciones necesarias —pero por sí solas insuficientes— para estructurar el dolo eventual, lo cual no está del todo claro en el planteamiento de VELÁSQUEZ, la posición de este autor se asemeja bastante a la de C. ROXIN, *Derecho penal*, cit., págs. 424 y...

⁶⁶ F. VELÁSQUEZ, *Derecho penal*, cit., pág. 410 (cursivas textuales).

componentes volitivo y cognoscitivo” como característica del dolo eventual. Más bien cabría afirmar lo contrario, es decir, que el dolo eventual se caracteriza por el desequilibrio entre ambos componentes, pues en él termina prevaleciendo siempre el elemento cognoscitivo, toda vez que la voluntad, al no poderse explicar como voluntad de realización, termina identificándose con la simple aceptación de una hipótesis.

En realidad, el mencionado “equilibrio” entre los componentes del dolo solo sería posible predicarlo del dolo eventual si previamente se ha afirmado que la voluntad de realización del tipo forma parte del mismo; y ello solo sería posible utilizando argumentos propios de la teoría del consentimiento. El “equilibrio” entre componentes cognoscitivos y volitivos es lo que define, según concepción aún dominante, el dolo (en general), y de lo que se trata de demostrar en este caso es si los supuestos llamados de dolo eventual son en realidad supuestos de dolo o de culpa, por lo que en última instancia se da por demostrado lo que precisamente debe demostrarse, esto es, que en el dolo eventual se presenta también el elemento volitivo.

A lo mejor el desacuerdo es solo terminológico, pues creemos que respecto del dolo solo cabe hablar, en sentido estricto, de teorías cognoscitivas y volitivas, dado que en el fondo toda teoría volitiva del dolo debe considerarse “mixta” (en términos de VELÁSQUEZ), por cuanto parte de una concepción sintética y acentúa la subordinación del elemento intelectual del dolo al elemento de voluntad; por ello se admite que nadie quiere algo sin que ese algo constituya previamente el objeto de su conocimiento, esto es, no puede concebirse una voluntad vacía de contenido⁶⁷. Y es precisamente un pretendido equilibrio entre el aspecto cognoscitivo y el volitivo lo que define a la teoría del consentimiento como una teoría volitiva, esto es, como una teoría según la cual el dolo eventual requiere “consentimiento”, “aceptación”, “conformidad”, en fin, “voluntad” del resultado *previsto*.

Ahora bien, una revisión crítica de la teoría del consentimiento indica exactamente lo contrario a lo señalado por VELÁSQUEZ, esto es, que en el dolo eventual no existe tal equilibrio entre conocimiento y querer, sino una ficción abierta del concepto de voluntad, puesto que, reiteramos, no se trata ya de una realización volitiva del hecho, sino, a lo sumo, de la aceptación de una hipótesis. Por lo tanto, para concluir con ESER/BURKHARDT, “Sería erróneo representarse el dolo eventual como una igualdad del mismo rango entre el conocimiento y la voluntad”⁶⁸.

B) El artículo 36 del Código Penal: ¿unificación o equiparación?

Con mayor o menor apoyo en las tradicionales doctrinas justificadoras del dolo eventual, y algunas veces hasta sin fundamentación alguna, lo cierto es que la doctrina penal colombiana, a partir del artículo 36 del Código Penal, ha tenido como dato indiscutido el carácter doloso del dolo eventual, para todos los efectos.

⁶⁷ Véase a DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, cit., pág. 47; W. HASSEMER, “Los elementos...”, cit., pág. 920.

⁶⁸ A. ESER y B. BURKHARDT, *Derecho penal*, cit., pág. 170.

A simple vista el asunto no tendría mayor discusión, pues ya vimos que nuestro Código Penal, al referirse al dolo, incluye tanto los supuestos denominados de dolo directo como de dolo eventual. Creemos, por el contrario, que es la propia letra de la ley la que orienta una interpretación en dirección opuesta, al menos si nos preguntamos por el sentido que en el mencionado artículo 36 tiene la expresión “lo mismo cuando...” (o por el “también será dolosa” del art. 22 del P. C. P.), toda vez que la misma bien podría entenderse como una fórmula *unificadora* del concepto de dolo —como se ha entendido hasta ahora—, o bien, por el contrario, como un mecanismo de *diferenciación*.

Entender la mencionada expresión como una fórmula de unificación del dolo nos parece contradictorio, por diversos motivos. En primer término, porque a simple vista lo que habría que señalar es precisamente que tanto el Código Penal como el P. C. P. renuncian a un concepto unitario, pues ello significaría que el dolo puede ser dos cosas totalmente diferentes. Sin duda alguna desde los presupuestos de la teoría del consentimiento —teoría adoptada por la mayoría de nuestra doctrina— en realidad sobraría la segunda parte de ambos artículos, pues esta teoría afirma la existencia del elemento volitivo en el dolo eventual, por lo que para tales efectos hubiera bastado con la primera parte, ya que desde tal punto de vista el dolo eventual cabría en una definición según la cual “La conducta es dolosa cuando el agente conoce el hecho punible (o “los hechos constitutivos de la infracción penal”, para el P. C. P.) y quiere su realización”; aún más, en esta primera parte se entendería incluido el dolo eventual también para aquellas otras teorías que, si bien admiten diferencias con el dolo directo, entienden que de cualquier manera en el dolo eventual existe algún grado de voluntad, así esta se entienda como una simple “decisión” en contra del bien jurídico⁶⁹.

Ahora bien, si se analizan el artículo 36 del Código Penal y el artículo 22 del P. C. P. desde el punto de vista de aquellas teorías unitarias que entienden agotado el dolo en el solo aspecto cognoscitivo, entonces lo que sobraría sería la primera parte de dichos artículos, pues en tal caso bastaría lo dicho en la segunda, es decir, que habría dolo cuando el sujeto prevé la realización del hecho punible y por lo menos acepta su posible realización (C. P., art. 36) o “cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar” (P. C. P., art. 22).

En consecuencia, el hecho de que sea la propia ley la que defina por separado el dolo directo y el eventual implica, finalmente, el reconocimiento de que se trata de supuestos sin duda diferentes, situación que excluye la posibilidad de un tratamiento unitario. Ahora, como el dolo no puede ser dos cosas distintas al mismo tiempo, la conclusión obvia es que en el artículo 36 simple y llanamente nuestro legislador hizo una *equiparación* de los supuestos del dolo eventual al dolo. En otras palabras, el legislador, al diferenciar los supuestos en los cuales el sujeto conoce y quiere el hecho punible de aquellos otros en los cuales simplemente acepta como posible el resultado

⁶⁹ Cfr. a W. HASSEMER, “Los elementos...”, cit., págs. 915 y ss.; C. ROXIN, *Derecho penal*, cit., págs. 424 y ss.; M. DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, cit., págs. 307 y ss.

previsto, está reconociendo, insistimos, que se trata de situaciones no solo diferentes sino irreducibles a un único concepto; y por ello más bien, quizás por las discutibles razones político-criminales arriba anotadas, optó por tratar como dolosos supuestos que en realidad no lo son en estricto sentido. Luego, no es entonces que según el Código Penal el dolo eventual sea propiamente una clase de dolo, sino más bien que, por considerar estos supuestos como especialmente graves, para determinados efectos legales los equipara al dolo, lo que es bien distinto.

Esta equiparación del dolo eventual al dolo no es ni extraña ni nueva, pues como ya se expuso, se trata de una postura observable en la doctrina penal moderna, que entiende que estos casos —por dudosas razones de política criminal— *deben* tratarse como dolosos, pese a reconocer que en ellos no se dan los elementos característicos del dolo. En nuestro país esta ha sido también la opinión de ROMERO SOTO, quien ya en 1969 observaba que en el dolo eventual no existe una voluntad en toda su plenitud como en el dolo directo, pero aún así, concluía que “Si 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 al costo de las acciones culposas, aquellas que bien pueden considerarse cometidas con dolo”⁷⁰.

Por muy de acuerdo que se esté con esta equiparación valorativa, en todo caso resulta inaceptable que un juicio de carácter político-criminal como este se pretenda ocultar tras un concepto en apariencia estrictamente dogmático, como si la consecuencia político-criminal pretendida, es decir, la extensión de la penalización a título de dolo a comportamientos que en estricto sentido no lo son, fuera una necesaria o lógica derivación del concepto de dolo, cuando en verdad se trata de una relación contraria, esto es, el concepto jurídico de dolo eventual se ha construido a partir de la decisión político-criminal de tratar como dolosos comportamientos que en principio no caben dentro del concepto de dolo del que se parte.

C) Consecuencias y límites de la equiparación del dolo eventual al dolo en el Código Penal colombiano

Situados en este plano, el problema del dolo eventual en el Código Penal colombiano no puede entenderse entonces como un problema dogmático, en sentido estricto, sino político-criminal, marco dentro del cual hay que reconocer, por una parte, que la mencionada equiparación que al respecto hace el artículo 36 del Código Penal tiene consecuencias sustanciales de carácter político-criminal que afectan el tratamiento punitivo de los hechos cometidos con dolo eventual; y por otra, que dichas consecuencias se encuentran con limitaciones inherentes a las diferencias estructurales existentes entre los comportamientos dolosos y culposos.

⁷⁰ L. E. ROMERO SOTO, *Derecho penal*, cit., págs. 127 y 128. Idea semejante expresa L. C. PÉREZ (*Derecho penal*, cit., pág. 276, cursiva fuera de texto), para quien cuando se acepta la realización como probable “hay en el sujeto un grado psicológicamente menos grave, pero jurídicamente igual al de quien la hace suya sabiendo que va a cumplirse”.

a) Consecuencias de la equiparación del dolo eventual al dolo

a') *Efecto sobre el sistema cerrado de regulación de la culpa*. Al equiparar los supuestos del dolo eventual al dolo el artículo 36 tiene como primera consecuencia la de sustraer tales comportamientos —*stricto sensu* imprudentes— del sistema cerrado (*numerus clausus*) adoptado por nuestro Código Penal en la regulación de los delitos culposos (art. 39). En efecto, comportamientos en principio no punibles en su realización culposa (v. gr., aborto, daños, violación, delitos contra el medio ambiente y contra la salud pública, etc.) por no estar previstos expresamente como culposos en la ley, son punibles, en razón del artículo 36, cuando se realizan con la imprudencia grave que constituye el dolo eventual, pues dicho artículo cumple precisamente la función de extender la punibilidad de ciertos hechos imprudentes (los realizados con dolo eventual) a los eventos en los cuales estos hechos son sancionados únicamente en su realización dolosa.

b') *Efecto sobre la pena prevista para el hecho*. La otra consecuencia de tal equiparación se refiere también a la punibilidad, pero ya no a su extensión sino a la cantidad de la misma. Al tratar como dolosos los supuestos de dolo eventual, al momento de fijar la pena el artículo 36 obliga, en nuestra opinión, a partir de la pena prevista para el delito doloso.

b) Límites de la equiparación del dolo eventual al dolo

Pese a las consecuencias anotadas, la equiparación del dolo eventual al dolo no puede entenderse de manera absoluta, pues al fin y al cabo se trata de una asimilación a los efectos político-criminales atrás mencionados y no de una identificación entre conceptos de estructura dogmática diversa. Precisamente estas diferencias estructurales existentes entre los comportamientos dolosos y culposos obliga a su vez a establecer limitaciones a la equiparación que hace el artículo 36. Tales límites son los siguientes:

a') *No es punible la tentativa con dolo eventual*. La ubicación del dolo eventual dentro de la estructura propia de la culpa, lo torna incompatible con la tentativa⁷¹, al menos mientras —como estimamos que es lo correcto— se niegue la compatibilidad de la culpa con las formas imperfectas de ejecución del delito⁷²: de un lado, porque es precisamente la voluntad que va más allá del suceso objetivo (dolo) lo que permite ca-

⁷¹ Esta no es la única vía por la cual se llega a la incompatibilidad de tentativa y dolo eventual; véase, por ejemplo, a E. CURY, *Tentativa y delito frustrado*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1977, págs. 96 a 98; y a J. M. TAMARIT SUMALLA, “La tentativa con dolo eventual”, en *ADPCP*, Madrid, 1992, págs. 513 y ss.

⁷² Esta constituye la posición mayoritaria de la doctrina italiana; así por la doctrina italiana, G. FIANDACA y E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., pág. 419; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Parte generale, Padova, 1979, pág. 380; en Alemania, G. STRATENWERTH, *Derecho penal*, Parte general t. I, Madrid, Edersa, 1982, pág. 204; en España, F. MUÑOZ CONDE y M. GARCÍA ARÁN, *Derecho penal*, cit., pág. 372. Por la doctrina latinoamericana, E. BACIGALUPO, *Manual...*, cit., pág. 167; J. BUSTOS RAMÍREZ, *El delito culposo*, cit., págs. 94 y 95; E. R. ZAFFARONI, *Tratado...*, t. IV, cit., págs. 416 a 418. En Colombia, M. CÓRDOBA ANGULO, *La tentativa*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1993, pág. 39; J. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal fundamental*, cit., pág. 388; L. C. PÉREZ, *Derecho penal*, t. I, cit., pág. 375; F. VELÁSQUEZ, *Derecho penal*, cit., págs. 519 y 520.

racterizar al hecho como tentativa⁷³; y, de otro, porque en el tipo culposo se sanciona al autor de una conducta que ha producido un resultado distinto del propuesto y en la tentativa se sanciona al autor de una conducta que no ha logrado el resultado propuesto, siendo ambas figuras lógicamente incompatibles⁷⁴.

En efecto, quien actúa imprudentemente no manifiesta la voluntad de cometer un delito, siendo inconcebible que se intente algo no querido sino tan solo previsto o apenas previsible, dado que solo se puede intentar realizar lo que se quiere realizar, pero no se puede intentar lo no querido⁷⁵. En la imprudencia el autor no sigue un plan individual para realizar el hecho, luego, no procede la distinción entre actos preparatorios y actos ejecutivos; además, no se puede llegar a violar "por partes" el cuidado objetivo debido, pues este no se puede descomponer del mismo modo que los pasos de realización de una intención (*iter criminis*)⁷⁶.

En todo caso, téngase presente que la discusión en este ámbito no está circunscrita al dolo eventual, sino a si es admisible la tentativa en los delitos imprudentes en general, cosa que por lo demás no parece posible conforme al Código Penal colombiano, que exige en la tentativa la realización de actos "inequívocamente dirigidos" a la consumación del hecho (art. 22), lo cual cabe descartar en todos los comportamientos culposos en sentido amplio (culpa insconsciente, culpa consciente y dolo eventual)⁷⁷.

⁷³ G. STRATENWERTH, *Derecho penal*, cit., pág. 204.

⁷⁴ E. R. ZAFFARONI, "Acercas del concepto finalista de la conducta en la teoría general del delito", en *NFP*, núm. 16, Bogotá, 1982, págs. 993 y 994. Ya desde CARRARA (*Programa de derecho criminal*, Parte general, vol. I, Bogotá, Edit. Temis, 1996, pág. 254), se ha considerado que "imaginar una tentativa culposa es tanto como pensar en un monstruo lógico".

⁷⁵ Cfr. a E. CURY, *Tentativa...*, cit., pág. 99; E. R. ZAFFARONI, *Tratado...*, t. IV, cit., pág. 416.

⁷⁶ Cfr. a J. BUSTOS RAMÍREZ, *Manual...*, ed. cit., pág. 280. Admiten la tentativa culposa, H. H. JESCHECK, *Tratado...*, II, pág. 787; G. JAKOBS, *Derecho penal*, pág. 869; R. MAURACH, K. H. GOSSEL y H. ZIFF, *Derecho penal*, Parte general, II, Buenos Aires, Astrea, 1995, pág. 37. Al parecer a las opiniones de estos autores subyace el afán de impedir la frecuente realización de acciones no dolosas que ponen en peligro determinados bienes jurídicos, apoyándose en la suposición de que para que se configure la tentativa de delito es suficiente que el sujeto haya realizado una acción final (intencional), aunque el objetivo al que se dirige sea jurídico-penalmente irrelevante, con lo cual si se ha iniciado la ejecución de una acción violatoria del deber objetivo de cuidado que es interrumpida por una causa ajena a la voluntad del agente, existiría tentativa: ya habría realizado una tentativa de lesiones culposas al individuo que conduce a alta velocidad, sin respetar las señales de tránsito y es interceptado por un agente de policía antes de lesionar a un transeúnte (véase a E. CURY, *Tentativa...*, pág. 99). Si esta es la preocupación, no parece necesario forzar las categorías dogmáticas hasta admitir una tentativa culposa, pues en tales casos bien podría eventualmente considerarse la posibilidad de tipificar algunas conductas imprudentes de peligro. Tal perspectiva, por supuesto, dejaría de lado el problema de la admisibilidad de una "tentativa culposa", para plantear otra discusión muy significativa en el momento actual, cual es la legitimidad del adelantamiento de las barreras de protección jurídico-penal en virtud de la prohibición de conductas de mero peligro para los bienes jurídicos, lo cual solo creemos posible en tratándose de un peligro concreto. Sobre esta problemática, cfr. a F. HERZOG, "Límites del derecho penal para controlar los riesgos sociales", en *NFP*, núm. 53, Bogotá, 1991, págs. 303 y ss.; B. SCHÜNEMANN, *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996, págs. 28 a 36; U. KINDHÄUSER, *Derecho penal de la culpabilidad*, cit., págs. 63 y ss.

⁷⁷ Sobre el particular, G. GALLEGO GARCÍA, *Dolo eventual y tentativa en Colombia (la discusión acerca de la naturaleza jurídica del dolo eventual y sus repercusiones en materia de tentativa)*, tesis de grado, Medellín, Universidad de Antioquia, 1998, capítulo III.

b') *No son punibles los hechos realizados con dolo eventual cuando la estructura del tipo no admite su realización imprudente*. Se trata de aquellos supuestos en los cuales no es posible la realización culposa del tipo ni siquiera partiendo de un sistema abierto de regulación de la culpa. Se incluyen dos clases de tipos:

b'') *Tipos que exigen de manera expresa dolo directo*. Algunos preceptos de la parte especial al describir el ámbito situacional típico suelen utilizar expresiones tales como "de propósito", "a sabiendas", "intencionalmente", "con malicia"; significa que, por determinación del legislador, tales tipos únicamente pueden realizarse con dolo directo⁷⁸. Así, por ejemplo, el artículo 395 del Código de Comercio conmina con pena a determinados sujetos cualificados que "a sabiendas" publiquen inexactitudes graves en los prospectos de las sociedades anónimas; el artículo 43 de la ley 222 de 1995 incluye dos tipos penales en los cuales se sanciona a quien "a sabiendas" expida constancias contrarias a la realidad, o haga, ordene o tolere falsedades en estados financieros. También en la preterintención el hecho inicial debe haber sido realizado con dolo directo, toda vez que el artículo 38 del Código Penal exige la producción de un resultado típico, atribuible a título de culpa, "que excede la intención del agente", por lo que el homicidio preterintencional (art. 325), única hipótesis delictiva de esta índole en nuestro Código Penal, no admite la combinación lesiones con dolo eventual más homicidio culposo, pues en este supuesto y pese a la asimilación operada por el legislador, el sujeto no busca lesionar a otro como meta de su acción.

b''') *Tipos portadores de elementos subjetivos especiales*. Los delitos que exigen para su realización, además del dolo, que el autor haya realizado el hecho típico con una determinada intención, un determinado impulso, motivación o tendencia no pueden realizarse de forma imprudente⁷⁹. Así, por ejemplo, si el homicidio no se comete intencionalmente no puede comprenderse que se tenga el ánimo de aumentar cruel y deliberadamente los padecimientos de la víctima, o de actuar sobre seguro (C. P., art. 324, num. 6 y 7). De igual forma, delitos que requieren la concurrencia de elementos subjetivos que están más allá del dolo, tales como el fin de derrocar al gobierno en la rebelión (art. 125), el fin de obtener favor en el tráfico de influencias (art. 147), el *animus injuriandi* en el delito de injuria (art. 313), el ánimo de inducir a engaño en la falsificación de documentos y en la estafa (C. P., arts. 218 y ss., 356), etc., no pueden ser realizados con dolo eventual.

c) *No es punible la participación en un hecho cometido con dolo eventual*. Es admitido hoy por hoy que la participación es siempre accesoria de un hecho principal,

⁷⁸ Cfr. a H. H. JESCHECK, *Tratado...*, vol. I, cit., pág. 396; y D. M. LUZÓN PEÑA (*Curso...*, cit., págs. 415 a 416), quien cataloga de muy discutible la realización de estos tipos penales con dolo directo de segundo grado, pues "está claro que «propósito» o «intención» en sentido estricto solo lo hay en el dolo directo de primer grado, y que ya hay que manejar un sentido amplio de esos términos para incluir tb. al dolo directo de segundo grado", y termina planteando que no se puede dar una respuesta general, "sino dependiendo del correspondiente sentido y finalidad con que los tipos penales en cuestión utilicen las expresiones «intención», «propósito», «ánimo» o similares". En contra de la exclusión del dolo eventual, con discutibles argumentos, J. CEREZO MIR, *Curso...*, t. II, cit., págs. 145 y 146.

⁷⁹ Véase a S. MIR PUIG, *Derecho penal*, cit., pág. 269.

lo que quiere decir que la punibilidad del partícipe (inductor o cómplice) depende de la realización de un hecho principal por uno o varios autores, hecho que concretamente debe ser por lo menos típico y antijurídico (accesoriedad limitada). Por otra parte, el hecho principal típico y antijurídico debe ser doloso, toda vez que, en primer término, inducir o “determinar” (C. P., art. 23) es hacer surgir en otro la voluntad de realizar el hecho antijurídico, esto es, crear en el autor el dolo de cometer un determinado delito, razón por la cual no resulta imaginable que pueda haber instigación a un delito culposo, donde precisamente no existe una dirección de la voluntad hacia la lesión del bien jurídico. En segundo término, la complicidad consiste en prestar dolosamente ayuda a otro para la comisión del delito (C. P., art. 24), por tanto, presupone que otro es autor, siendo este quien debe tener el dominio del hecho, vale decir, el poder de decidir si se llega o no al estadio de la consumación, la dirección y el manejo del hecho; y esto no es posible cuando aquel a quien se le “presta ayuda” actúa sin intención: “la «participación» en hechos principales no dolosos —ya decía WELZEL— es «participación» sin autor y por ello no es participación «real», «verdadera», sino «causatividad»”⁸⁰.

d) *No es punible la participación (inducción o complicidad) con dolo eventual.* Tampoco cabe “participación culposa” en el hecho ajeno⁸¹, pues la participación solo es conceptualmente posible cuando se trata del desarrollo de un proceso intencional, por eso mismo es necesario que inductor y cómplice actúen con dolo: deben conocer y querer su participación en la realización del hecho típico y antijurídico de otra persona, que es el autor.

Significa lo anterior que en el delito culposo se trabaja con un *concepto unitario de autor*, de acuerdo con el cual la persona que infringe el deber objetivo de cuidado responde como autor del ilícito (sin que haya lugar a la distinción entre autores y cómplices que rige en los delitos dolosos) si se cumplen también los demás requisitos; por tanto, respecto de un hecho imprudente se torna necesario determinar la infracción del deber objetivo de cuidado respecto de cada uno de los intervinientes y su relación con el resultado típico, cosa que evidentemente puede generar múltiples dificultades, particularmente en el ejercicio de actividades conjuntas (piénsese, en la actividad médico-quirúrgica y cómo ha de comprobarse aquí la imprudencia cuando participan médicos de múltiples especialidades y personal auxiliar)⁸².

⁸⁰ H. WELZEL, *Derecho penal alemán*, ed. cit., pág. 163. En igual dirección, E. BACIGALUPO, *Manual...*, cit., pág. 202; G. STRATENWERTH, *Derecho penal*, t. I, págs. 264 a 265, 269 y 337; E. R. ZAFFARONI, *Tratado...*, t. IV, Buenos Aires, Ediar, 1988, págs. 349 y ss.

⁸¹ Cfr. a J. BUSTOS RAMÍREZ, *El delito culposo*, cit., págs. 95 a 98; F. MUÑOZ CONDE y M. GARCÍA ARÁN, *Derecho penal*, cit., págs. 391 y 392; F. VELÁSQUEZ, *Derecho penal*, cit., págs. 624 a 629; E. R. ZAFFARONI, *Tratado...*, t. IV, cit., págs. 350, 351 y 361, especialmente.

⁸² Cfr. a J. BUSTOS RAMÍREZ, *El delito culposo*, cit., págs. 96 a 97. Con todo, resultan de particular interés los cuestionamientos que hace A. CADAVID QUINTERO (“La imprudencia profesional en el Código Penal de 1995”, en M. del R. DIEGO y V. SÁNCHEZ LÓPEZ (coords.): *Nuevas cuestiones penales*, Madrid, Edit. Colex, 1995, págs. 87 y ss.) al concepto unitario de autor en el delito imprudente, de cara fundamentalmente a sus repercusiones en la imprudencia profesional, por parecer excesivas las conclusiones: “No resulta satisfactorio afirmar que si en materia de responsabilidad dolosa existe una diferenciación en la calificación dada a los distintos intervinientes

e) *En todo delito realizado con dolo eventual procede una atenuación obligatoria de la pena.* Pese a la equiparación del artículo 36, es claro que si bien los supuestos de dolo eventual resultan más graves que los de culpa consciente (en razón de la circunstancia subjetiva consistente en “aceptar”, “contar con” o “conformarse con” el resultado, etc.), ello, como se indicó atrás, no significa que se esté en situaciones idénticas a las dolosas, las cuales se caracterizan precisamente por el hecho de que en ellas la voluntad se *dirige* a la lesión del bien jurídico.

Por lo anterior, si el artículo 61 del Código Penal manda graduar la pena, entre otros criterios, según la “gravedad y modalidad del hecho punible”, es decir, según el grado de injusto, y se reconoce por lo ya explicado que el injusto doloso es más grave que el culposo, en los casos de dolo eventual resulta obligatoria una atenuación de la pena, dado que en tales supuestos se parte de la pena prevista para los hechos *dolosos*, por lo que imponer una misma pena a injustos diferentes daría lugar a una pena no graduada conforme a la gravedad del hecho. Una cosa es que en los supuestos de dolo eventual se deba *partir* de la pena prevista para el delito doloso y otra bien distinta que se deba imponer idéntica pena.

Ahora, dado que el Código Penal colombiano no prevé una atenuante específica para este supuesto, creemos que debe acudirse a la aplicación de una atenuación por analogía, tal como lo permite el artículo 65 del Código Penal. Al respecto creemos que el Código Penal reconoce al menos tres clases de atenuantes (fundadas en la existencia de un mejor injusto o una menor culpabilidad): a) la fundamentada en un menor desvalor de acción (art. 24); b) las basadas en un menor desvalor de resultado, que a su vez puede presentarse en dos supuestos diferentes: cuando se ha producido un daño menor al que se quería ocasionar (art. 22), y cuando el daño típico aparece aminorado por la presencia de una justificación incompleta (art. 30); y c) la atenuante fundada en una menor culpabilidad (art. 60).

Con el fin de satisfacer las exigencias propias del principio de proporcionalidad, creemos que dichas atenuantes deben ser aplicadas por analogía a todos aquellos otros casos análogos de menor injusto o de menor culpabilidad no recogidos de forma expresa por el legislador. En tal caso, para los hechos cometidos con dolo eventual procedería la atenuante del artículo 24, que sería la indicada para recoger todos los supuestos que deben atenuarse en razón de la existencia de un menor desvalor de acción, cosa que ocurre tanto en la complicidad con referencia a la autoría, como en el dolo eventual respecto del injusto doloso propiamente tal.

a partir de la magnitud de la aportación prestada por el sujeto a la realización del hecho, con respecto a un delito menos grave como es el delito imprudente, deba desconocerse la magnitud de las distintas aportaciones al resultado final, y darse a los intervinientes un tratamiento similar: el de autores del hecho”. Sin perjuicio de la discusión de *lege ferenda* sobre la conveniencia o inconveniencia de diferenciar entre autoría y complicidad en el hecho imprudente, creemos de todas maneras que en los eventos de trabajo en equipo el asunto podría subsanarse con la aplicación analógica de una atenuación por menor injusto (que bien podría ser la del art. 24 del C. P., que también regula un evento de menor desvalor objetivo de acción), al menos cuando se establezca que la acción creó *ex ante* un menor riesgo para el bien jurídico, o que el riesgo creado se realizó en menor grado.