

# EL DOLO EVENTUAL Y SU TRATAMIENTO EN EL DERECHO PENAL COLOMBIANO

Raúl Castaño Vallejo

## Sumario:

1. Consideraciones preliminares. 2. La evolución de la teoría del dolo 3. El elemento cognitivo como único criterio de delimitación entre dolo e imprudencia: a. Teoría de la representación o posibilidad, b. La Teoría de la probabilidad. 4. El factor volitivo como componente necesario en la delimitación entre dolo e imprudencia: a. Teoría volitiva del consentimiento, b. Teoría débil volitiva del consentimiento, c. Teoría de la indiferencia o del sentimiento. 5. La discusión actual sobre los límites del dolo y la imprudencia. 6. Las modernas teorías cognitivas y volitivas del dolo: un definitivo giro del ontologismo al normativismo penal. 7. La normativización del dolo. 8. La ratio de la penalidad del dolo. 9. Modernas teorías cognitivas: El dolo de peligro o riesgo no permitido para los bienes jurídicos. El dolo eventual como arquetipo de dolo: a. Teorías objetivas, b. Teorías subjetivas. 10. Modernas teorías volitivas: decisión contra el bien jurídico. 11. La atribución del conocimiento en las teorías normativas. 12. El tratamiento del dolo eventual en la doctrina y la jurisprudencia colombianas. 13. La tendencia jurisprudencial en Colombia en materia de dolo eventual. 14. Conclusiones. 15. Bibliografía.

## 1. Consideraciones preliminares

Las definiciones tradicionales del dolo y de la imprudencia, no presentan mayores dificultades teóricas. Se ha entendido por dolo la conciencia y voluntad de la realización de los elementos objetivos de un tipo delictivo<sup>1</sup>, mientras que la imprudencia se define como la divergencia entre la acción realmente realizada y la que debería haber sido realizada en virtud del deber de cuidado que, objetivamente, era necesario observar<sup>2</sup>.

Esta, sin duda, es la estructura básica concebida por el legislador colombiano al consagrar las formas de realización de la conducta punible. El artículo 22 C. Penal, establece como definición del dolo que “La

---

<sup>1</sup> JOSÉ CEREZO MIR, Lo injusto de los delitos dolosos en el Derecho penal español, en: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, T. XVI, Fasc. I, Madrid, 1961, p. 67.

<sup>2</sup> JOSÉ CEREZO MIR, *Obras Completas I, Derecho penal, parte general*, Lima, Ara Editores, 2006, p. 553 y ss.

*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". A su vez, el artículo 23 define la culpa: "La conducta es culposa cuando el resultado típico es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo".*

Ha sido también voluntad del legislador generar consecuencias jurídicas distintas en tanto que un mismo comportamiento objetivamente típico haya sido cometido de manera dolosa o imprudente. De hecho, en virtud del sistema *numerus clausus* adoptado en cuanto a la punibilidad de las conductas imprudentes, muchas conductas cometidas de manera imprudente resultan impunes porque solo pueden ser penadas cuando la ley lo dispone expresamente; otras más tienen previstas penas decididamente menos severas que las mismas cometidas de manera dolosa, las cuales a su vez son merecedoras, a criterio del legislador, de penas casi siempre exorbitantes. Es entendible, como más adelante lo desarrollaremos, que a la conducta dolosa atribuya el legislador un disvalor esencialmente más grave que a la imprudente, lo cual se refleja en su punibilidad. En suma, el dolo supone el mayor grado de desvalor de la acción, es decir un grado de injusto más elevado en comparación con la realización del hecho cometido por imprudencia<sup>3</sup>.

Puede decirse que es este aspecto, el distinto tratamiento punitivo, el que ha motivado la relevancia de delimitar las distintas formas de ejecución de

---

<sup>3</sup> DIEGO-MANUEL LUZÓN PEÑA, Dolo y dolo eventual: reflexiones, en: *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*, Cuenca, Ediciones Universidad de Castilla – La Mancha / Ediciones Universidad de Salamanca, 2001, p. 1110.

la conducta punible, concretamente, la determinación de la frontera entre conductas dolosas e imprudentes<sup>4</sup>, resultando cierto que “el límite del dolo significa la mayoría de las veces también el límite de la punibilidad”<sup>5</sup>. Asunto que adquiere especial significancia ante la aparición de nuevas fenomenologías de riesgo<sup>6</sup> y la recurrente presencia mediática de casos referidos especialmente al tráfico viario con resultados fatales, pone sobre la mesa la necesidad de concreción de una línea divisoria que demarque de manera fiable y segura las fronteras entre una y otra forma de realización subjetiva de los tipos penales.

Aquella frontera que se ubica entre los conceptos de dolo directo e imprudencia inconsciente, encuentra un espacio de ambigüedad recurrente entre lo que en la práctica debe definirse a partir de los términos de dolo eventual y culpa consciente. Estas dos categorías que deberían ser excluyentes terminan por confundirse y, por lo que la práctica enseña, es en el terreno del dolo donde se extienden las fronteras, no obstante los esfuerzos delimitadores que se puedan llevar a cabo en virtud de exigencias impuestas a la definición del injusto desde los principios fundamentales que informan un sistema penal propio de un estado social y democrático de derecho.

---

<sup>4</sup> Se dice, sin embargo, que hablar de “delimitación” entre dolo e imprudencia es una impropiedad, pues se trata de diferenciar conductas dolosas de no dolosas, en tanto de la comprobación de la no existencia de las condiciones para que una conducta no pueda ser catalogada de dolosa no se sigue, automáticamente, que la misma sea imprudente: EBERHARD STRUENSEE, Consideraciones sobre el dolo eventual (trad. Alejandro Kiss), en: *Indret, revista para el análisis del derecho*, Barcelona, edición 4 de 2009, p. 3, <http://www.indret.com/pdf/673.pdf>, fecha de consulta: 5 de mayo de 2012. En sentido parecido, entendiendo que es imposible la delimitación en la realidad y en la ley entre dolo e imprudencia porque entre ellos existe una relación graduable, FERNANDO MOLINA FERNÁNDEZ, *La cuadratura del dolo: problemas irresolubles, sorites y Derecho penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 13.

<sup>5</sup> GÜNTER STRATENWERTH, *Derecho Penal. Parte General I, El hecho punible*, traducción de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti, Madrid, Thomson – Civitas, 2005, p. 146.

<sup>6</sup> STEFANO CANESTRARI. “La estructura del dolo eventual y las nuevas fenomenologías de riesgo” (trad. Beatriz Romero Flores), en: *Derecho Penal Contemporáneo*, Bogotá, Legis, N° 11, abril – junio 2005, p. 107

Sin embargo, tales esfuerzos de delimitación han sido vanos porque aquella frontera entre situaciones tan próximas y alusiva a categorías graduables se hace imposible de definir, pues entre dolo eventual y culpa consciente no existen puntos de corte preciso, generándose problemas de vaguedad<sup>7</sup>, por lo que la doctrina a lo largo de los años se ha desgastado en tentativas teóricas a partir de criterios que en poco o nada se diferencian en sus consecuencias prácticas, de allí que los resultados han sido siempre insatisfactorios<sup>8</sup>, toda vez que alrededor de ideas comunes pareciera que la discusión se centrara en simples variables terminológicas que impiden un tratamiento seguro y confiable sobre las conductas que deben considerarse dolosas y, sobre todo, las que por tal razón deben ser merecedoras de una mayor punibilidad.

Y es que más allá de los casos próximos a los prototipos de dolo y culpa – dolo de primer grado<sup>9</sup>, dolo de segundo grado o de consecuencias necesarias<sup>10</sup> y culpa inconsciente<sup>11</sup>–, donde existe una cierta seguridad en su concreción, en la práctica judicial se observa que la reconocida zona gris en la que discurren los sutiles conceptos de dolo eventual y culpa consciente depara una preocupante indefinición dogmática que en la práctica se traduce en alarmante inseguridad jurídica, en tanto su solución

---

<sup>7</sup> FERNANDO MOLINA FERNÁNDEZ, *La cuadratura del dolo: problemas irresolubles, sorites y Derecho penal*, op. cit., p. 11

<sup>8</sup> GÜNTER STRATENWERTH, *Derecho Penal. Parte General I, El hecho punible*, op. cit., p. 165

<sup>9</sup> En su definición tradicional: “El dolo directo de primer grado es la forma de dolo en que el elemento volitivo se presenta de modo más intenso. Supone que el propósito, intención o finalidad que persigue el agente es precisamente la realización de los elementos de un tipo delictivo (en su caso, con su resultado)”. DIEGO-MANUEL LUZÓN PEÑA, *Dolo y dolo eventual: reflexiones*, op. cit., p. 1113

<sup>10</sup> “El dolo directo de segundo grado supone que la intención o propósito que persigue el sujeto no es precisamente la realización del tipo, sino la consecución de otro objetivo, pero *sabe que a tal acción encaminada a otro fin va unida necesariamente y con seguridad la realización de todos los elementos de un tipo delictivo* (con sus diversas circunstancias y, en su caso, su resultado), *cuya producción por tanto, aunque no le guste, también acepta*”: DIEGO-MANUEL LUZÓN PEÑA, *Dolo y dolo eventual: reflexiones*, op. cit., p. 1116

<sup>11</sup> “En la culpa inconsciente, el agente cuenta con los elementos necesarios para representarse el resultado (previsibilidad) pero no lo hace... es un defecto en la representación y la voluntad: el autor actúa porque no previó la realización del tipo”: ADRIAN MARCELO TENCA, *Dolo eventual*, Buenos Aires, Astrea, 2010, p. 227

no se está dando desde la sistemática penal sino apelando a valores éticos relativos a la justicia y a la ejemplarizante imposición punitiva<sup>12</sup>.

De esta manera, una de las categorías cardinales de la teoría del delito, como lo es la imputación subjetiva, se aborda en clave de las consecuencias de los hechos, acudiéndose a discutibles criterios de política criminal y privilegiándose en las conductas desplegadas dentro de estos ámbitos de realización aparentes posiciones preventivas de cara a su punición, optándose finalmente por la apropiación por parte del dolo eventual del terreno que dentro del escenario de vaguedad comparte con la culpa consciente.

Precisamente, incardinándose en esta idea la práctica judicial experimenta una tendencia a expandir los linderos del dolo a expensas de clasificar como dolo eventual una constelación de casos aparentemente imprudentes que, mirados desde los resultados concretos, son calificados de una altísima gravedad, justificándose en conceptos de índole ético como “la insensibilidad”, atendiéndose a factores como “el clamor social” y emitiéndose, en consecuencia, “condenas ejemplarizantes”, razones que parecen responder a exigencias político-criminales de signos

---

<sup>12</sup> Descriptivo en este asunto, RAMON RAGUÉS i VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Barcelona, Bosch, 1999, p. 48. En igual sentido, MARÍA DEL MAR DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994, p. 23; JOSEP MARÍA TAMARIT SUMALLA, La tentativa con dolo eventual, en: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penal*, Madrid, T. XLV, Fasc. II, Mayo-Agosto 1992, p. 540: “La referida asimilación se produce como consecuencia de una valoración según la cual la comunidad jurídica considera que determinados comportamientos no intencionales merecen la misma repulsa que el Ordenamiento Jurídico prevé para la afección dolosa al bien jurídico, y en ocasiones tal asimilación es percibida como una opción inevitable pero no plenamente satisfactoria, motivada por el hecho que el legislador no ha contemplado un tercer título de imputación intermedio entre el dolo y la culpa”.

marcadamente represivos de dudosa legitimidad<sup>13</sup> y fundamentadas siempre en un discutible merecimiento de la sanción<sup>14</sup>.

En este orden de ideas, el presente trabajo abordará, en primer lugar, la evolución de la teoría del dolo, trayendo a colación las principales teorías que se han construido históricamente sobre su definición y su delimitación con respecto a la imprudencia; en segundo lugar, abordaremos la discusión actual sobre los límites del dolo y la imprudencia, desde los modelos de las modernas teorías cognitivas y volitivas del dolo, con lo que además entraremos en el análisis del normativismo del dolo y la ratio de su penalidad; importante resulta la referencia a la atribución del conocimiento en las teorías normativas; y, por último, presentaremos el panorama que sobre la materia presentan la doctrina y la jurisprudencia nacionales .

## **2. La evolución de la teoría del dolo:**

Dos líneas teóricas amplias, con variados matices y eclecticismos, han sido predominantes y se distinguen fundamentalmente por el papel que le atribuyen a los aspectos volitivos en la calificación dolosa. Por razones de simplicidad, se denominará a esas doctrinas como concepción cognitiva y concepción volitiva del dolo. En la primera se sostiene que la voluntad del autor no es parte del contenido del dolo penal, el cual se estructura en función del conocimiento del agente de las circunstancias específicas en que se realiza el delito; en la segunda, se acepta la existencia del elemento cognitivo del dolo referido al riesgo o peligro, pero unido siempre a un elemento volitivo relacionado con la intención del agente en torno a

---

<sup>13</sup> GLORIA MARÍA GALLEGU GARCÍA y JUAN OBERTO SOTOMAYOR ACOSTA, El dolo eventual en el código penal colombiano: entre limitaciones dogmáticas y exigencias político-criminales, en: *Nuevo Foro Penal*. No. 60 (Ene. – abr. 1999), p. 19.

<sup>14</sup> RAMON RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, op. cit., p. 53.

un plan delictivo. El propósito no es ofrecer aquí un análisis exhaustivo de estas posiciones y sus matices, sino únicamente reflejar sus características principales.

Importa precisar, antes de continuar adelante, que en cada una de sus tendencias las dos grandes concepciones del dolo se encuentran condicionadas por la misma evolución de la teoría del delito, oscilante entre enfoques ontologistas y normativistas de las cuestiones jurídico-penales.

La visión ontológica del derecho penal propia del finalismo y que ataba al legislador a inamovibles estructuras lógico-objetivas, previas e indisponibles, ha sido confrontada por concepciones normativas que habilitan en el legislador la libertad de elección frente a la conformación del ámbito de lo punible con base en conceptos valorativos extraídos de los consensos sociales.

La tendencia actual del derecho penal es creciente en la adopción de conceptos normativos, que deben ser determinados por la ciencia dogmática y por la jurisprudencia mediante la interpretación del derecho positivo, lo cual constituye una reacción al ontologismo característico del finalismo de WELZEL. En concreto, son los alemanes ROXIN y JAKOBS, quienes emprenden en sus obras la revaluación del modelo propio del ontologismo finalista, bajo estructuras teóricas diferentes: el primero, en una posición considerada moderada, admite que el normativismo encuentra sus límites en la realidad empírica que condiciona las construcciones jurídicas y las soluciones a que deben conducir, postulando una dogmática del Derecho penal fundamentada en principios político-criminales; el segundo, asumiendo una posición radical a la hora de confrontar sus bases

conceptuales, asume el derecho como un sistema normativo cerrado, excluyéndose cualquier consideración empírica en el análisis funcional del Derecho positivo<sup>15</sup>.

ROXIN, quien postula un derecho penal trazado por exigencias político-criminales a partir de las cuales se interpretan las normas jurídico-penales, acepta que el normativismo encuentra límites en la propia realidad empírica, estando condicionada la construcción de todas las categorías sistemáticas penales y sus soluciones a la dinámica de la aplicación de los fenómenos empíricos y psicológicos: “el normativismo y la referencia a lo empírico no son métodos de dogmática penal que se excluyan mutuamente, sino que se complementan”<sup>16</sup>.

De manera distinta y como una antítesis al pensamiento de WELZEL<sup>17</sup>, al negar la teoría de las estructuras lógico-reales, JAKOBS desarrolla una sistemática propugnando una renormativización radical de los conceptos jurídico-penales orientados a la función que corresponde al derecho penal, por completo ausente de datos ontológicos relativos a estructuras pre-jurídicas y pre-valorativa<sup>18</sup>, basada en la idea de un sistema normativo cerrado y autorreferente en el que la dogmática jurídico-penal se contrae

---

<sup>15</sup> SANTIAGO MIR PUIG, Límites del normativismo en derecho penal, en: *Derecho penal del siglo XXI*, Madrid, Cuadernos de derecho judicial, Consejo General del Poder Judicial, 2008, p. 42 y ss. El normativismo de ROXIN y JAKOBS constituyó una reacción al ontologismo de WELZEL, pero éste a su vez había surgido como respuesta al relativismo valorativo del neokantismo, el cual por su parte se opuso al naturalismo de VON LISZT.

<sup>16</sup> CLAUS ROXIN, Normativismo, política criminal y empirismo en la dogmática penal, en: *Problemas actuales de la dogmática penal*, traducción de Manuel A. Abanto Vásquez, Lima, Ara Editores, 2004, p. 57. A p. 55 el autor precisó: “Luego, al principio de las soluciones dogmático-penales siempre debe ubicarse una idea normativa central, la cual, sin embargo, se manifiesta de diferente manera según cuales sean las propiedades de las circunstancias de la vida a las cuales se aplica”.

<sup>17</sup> ENRIQUE PEÑARANDA RAMOS / CARLOS SUÁREZ GONZÁLEZ / MANUEL CANCIO MELIÁ, *Un nuevo sistema del Derecho penal: consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günter Jakobs*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999, p. 19

<sup>18</sup> MANUEL SALVADOR GROSSO GARCÍA, Funcionalismo o normativismo en la nueva teoría del delito, en: *Dos estudios sobre la nueva teoría normativista del delito*, Bogotá, Ediciones Gustavo Ibáñez, 2001, p.51

al análisis normativo funcional del derecho positivo con absoluta prescindencia de cualquier consideración no normativa ajeno a valoraciones externas al propio sistema jurídico positivo<sup>19</sup>.

De tal manera que si la concepción tradicional ontológica del dolo asumía una noción fundamentada en procesos psicológicos desarrollados en las esferas cognitiva y volitiva del sujeto a partir de elementos empíricos seleccionados por el legislador e incorporados como relevantes en las conductas descritas en el ordenamiento penal<sup>20</sup>, por su parte, bajo una concepción normativa, el dolo se formula a partir de la relevancia valorativa que el legislador establece de la realidad puesta en perspectiva de los fines de la pena, de criterios de necesidades político-criminales y de los fines del derecho penal en general.

En cualquier caso, la perspectiva normativa se apoya sobre dos pilares fundamentales: primero, la recepción de la realidad que nos rodea, no como proceso empírico sino como realidad valorada; segundo, como consecuencia de ello, los conceptos subjetivos, entre ellos el dolo, se consideran títulos de atribución. Ligado a ello, como forma de concreción y definición de estos elementos, se destaca la relevancia que se le da al objetivo del derecho procesal penal, que no será la adquisición de la verdad empírica, sino la verdad forense, asumida por parte del juez a través de las pruebas legalmente establecidas, puesto que se entiende que solo con la ayuda de criterios normativos el juez puede resolver los conflictos puestos en su conocimiento, lo que no lograría con base en determinados conocimientos con los que ni cuenta ni puede contar, como

---

<sup>19</sup> GÜNTHER JAKOBS, *Derecho penal, parte general*, traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid, Marcial Pons, 1995, p. IX

<sup>20</sup> GLORIA MARÍA GALLEGO GARCÍA y JUAN OBERTO SOTOMAYOR ACOSTA, El dolo eventual en el código penal colombiano: entre limitaciones dogmáticas y exigencias político-criminales, op. cit. p.p. 7 y 8

son aquellos referidos a la psique del sujeto, fenómeno al que no puede tener acceso.<sup>21</sup>.

El impacto de la asunción de los conceptos ontológicos o de los conceptos normativos y, dentro de estos últimos, de una posición moderada u otra radical frente a la teoría del delito, constituye punto de partida imprescindible para valorar las concepciones del dolo cuyo desarrollo obedecerá necesariamente a la base estructural por la que se opte.

Tomar partido por una posición que privilegie el decisivo papel del elemento cognitivo como factor delimitador entre la imputación de los resultados lesivos dolosos e imprudentes<sup>22</sup>, obedece al entendido de que la teoría del delito no puede ser, con prescindencia del fundamento normativo, una simple descripción de realidades naturalísticas y de fenómenos ontológicos a partir de estructuras lógico-reales previas a cualquier valoración y regulación<sup>23</sup>.

Sin embargo, también entendemos que, so pena de incurrir en incoherencias metodológicas de cara a la perspectiva democrática que subordina las normas jurídicas a los intereses de los individuos, no es posible prescindir en la construcción de conceptos jurídicos de la función de la ontología y desdeñar, a la manera del radicalismo normativista, los datos

---

<sup>21</sup> MARÍA DEL MAR DÍAZ PITA, La presunta inexistencia del elemento volitivo en el dolo y su imposibilidad de normativización, en: *Revista Penal* N° 17, 2006, p. 65

<sup>22</sup> BERNARDO FEIJÓO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 15

<sup>23</sup> "...no se puede solucionar ningún problema jurídico con conceptos que son previos a los contenidos de sentido jurídicos...": CLAUD ROXIN, *Problemas básicos del derecho penal*, traducción de Diego-Manuel Luzón Peña, Madrid, Reus S.A., 1976, p. 98.

sociales y de la realidad asumida por el sujeto<sup>24</sup>. El menospreciar por principio las estructuras reales del suceso, puede acabar en lo que se denomina una "falacia normativista"<sup>25</sup>. En pocas palabras: la perspectiva normativa no crea la realidad, sino que la aborda en sentido valorativo, pero sin dejar de basarse en dicha realidad.

Se trata, entonces, de hallar el equilibrio entre el componente normativo y la realidad empírico-psicológica que le sirve de base<sup>26</sup>, como fórmula de encontrar el sustrato delimitador en materia de dolo, dando por supuesto que las circunstancias de carácter fáctico suponen siempre el proceso de determinación valorativa, de allí que, como lo referimos líneas atrás, constituye su complemento<sup>27</sup>.

Bajo amplias y numerosas teorías discurren las distintas corrientes doctrinarias que intentan la caracterización y estructuración del dolo y su delimitación frente a la imprudencia. Un sinnúmero de tendencias que se pueden agrupar entre las que acuden al elemento cognitivo como único criterio de definición del dolo y su distinción de la imprudencia y las que estiman indispensable el componente volitivo adicional al cognitivo para tales efectos.

### **3. El elemento cognitivo como único criterio de delimitación entre dolo e imprudencia:**

---

<sup>24</sup> EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *Derecho penal, parte general*, Buenos Aires, Ediar, 2000, págs. 3 y 369. En el mismo sentido, SANTIAGO MIR PUIG, *Límites del normativismo en derecho penal*, op. cit., p. 63

<sup>25</sup> BERND SCHÜNEMANN, De un concepto filológico a un concepto tipológico del dolo (trad. Mariana Sacher y Carlos Suárez González), en: *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, Madrid, Tecnos, 2002, p. 107

<sup>26</sup> MARÍA DEL MAR DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994, p. 290

<sup>27</sup> ALFONSO CADAVID QUINTERO, *Introducción a la teoría del delito*, Medellín, Diké, 1998, p. 88

Existe unanimidad en la doctrina en la necesidad de que concurra el elemento cognitivo para la conformación del dolo, siendo este un factor inamovible en la determinación del dolo eventual y sus límites con la culpa consciente. La mayor facilidad con que este factor se puede deducir a partir de los datos externos, contrario a lo que sucede con la voluntad, puede explicar en buena medida que la doctrina no ponga en duda su existencia<sup>28</sup>.

Las teorías cognitivas prescinden del elemento volitivo a la hora de delimitar el dolo eventual, bastándoles para tal efecto con el elemento cognitivo, tratado como paradigma en su caracterización<sup>29</sup>. No es, entonces, de la existencia del conocimiento en la configuración del dolo de lo que se ha ocupado la doctrina, su interés estriba en determinar la clase de conocimiento exigido y su contenido. Dos teorías básicamente se han ocupado del tema, derivándose de ellas innumerables variantes. De aquellas nos ocuparemos a continuación.

#### **a. Teoría de la representación o posibilidad**

Esta teoría define la frontera entre dolo eventual y culpa consciente con fundamento en el mero conocimiento, rechazando el factor volitivo que queda reservado para las otras dos formas de dolo: dolo directo de primer grado y dolo directo de segundo grado o de consecuencias necesarias. En su desarrollo las variantes de esta teoría se fueron radicalizando al punto

---

<sup>28</sup> MARÍA DEL MAR DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, op. cit., p. 171.

<sup>29</sup> *Ibíd.*, p. 89: “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”.

de proponerse un dolo genérico, en el cual se prescinde de la voluntad para todas las formas de dolo<sup>30</sup>.

Se fundamenta en dos postulados principales: el primero, que la mera representación por parte del autor, en relación con la posibilidad de que su acción sea adecuada para producir el resultado típico, debería hacer desistir al sujeto de seguir actuando; el segundo, la confianza de que el resultado no se producirá, a pesar de su acción, encierra en sí misma la negación de su posibilidad y, en consecuencia, excluye el dolo.

Los límites entre dolo eventual y culpa consciente están determinados por factores meramente intelectivos, de manera que la diferencia entre dolo e imprudencia estriba en que la primera encierra conocimiento y la segunda desconocimiento sobre la segura o posible producción del resultado, lo cual determina una consecuencia importante: al definirse la imprudencia como el desconocimiento de los elementos del tipo objetivo, desaparece la culpa consciente, la cual se ve incorporado a un amplio concepto de dolo eventual, en tanto la imprudencia será siempre imprudencia inconsciente<sup>31</sup>.

La ampliación desmesurada de los contornos del dolo a costa de la culpa consciente, que es llevada hasta su disolución, es la principal crítica que debe soportar esta teoría. Además, dentro de los propios lineamientos de esta teoría advierte críticamente Roxin, que la negación del elemento volitivo en la configuración del dolo termina por fracasar en eventos frecuentes en que aunque el sujeto incluye dentro de sus cálculos la producción del resultado no se decide en contra del bien jurídico sino que

---

<sup>30</sup> ESTHER HAVA GARCÍA, “Dolo eventual y culpa consciente: Criterios diferenciadores”, en: [http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an\\_2003\\_08.pdf](http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_2003_08.pdf), fecha de consulta: 5 de julio de 2012.

<sup>31</sup> MARÍA DEL MAR DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, op. cit., p. 92.

por negligencia o ligereza no cuenta seriamente con su realización o confía en su no producción, lo cual no es otra cosa que imprudencia consciente<sup>32</sup>.

#### **b. La Teoría de la probabilidad:**

En realidad, como versión de la teoría de la representación, la teoría de la probabilidad no es más que una variante *cualitativa* de la teoría de la posibilidad, entendiéndose que “probabilidad significa más que mera posibilidad y menos que probabilidad predominante”<sup>33</sup>. Surge esta teoría, como la versión más extendida de las llamadas teorías de la representación, con la aparente pretensión de atacar la posibilidad de vincular la voluntad al resultado, estableciendo que en eventos indeterminados entre dolo e imprudencia resulta de la mayor relevancia consultar los supuestos concretos donde el sujeto es merecedor de la pena de los delitos dolosos, de tal modo que aun en los casos en que no haya un querer definido de realización del tipo, la actuación consciente de representación de un riesgo, torna en doloso el comportamiento<sup>34</sup>.

De esta manera el tránsito de la imprudencia al dolo es un asunto de gradualidad atinente a escalas referidas al nivel de probabilidad en la representación del autor, de tal forma que si habiéndose representado como probable la realización del tipo decide actuar, concurre el dolo, mientras si se representa como improbable dicha realización, actúa de manera imprudente, siendo lo relevante el nivel de representación con

---

<sup>32</sup> CLAUS ROXÍN, *Derecho penal: parte general (fundamentos, la estructura de la teoría del delito)*, traducción de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid, Civitas, 1997, p. 433.

<sup>33</sup> *Ibídem*, p. 435

<sup>34</sup> La teoría de la probabilidad es presentada no como una teoría del dolo en sentido amplio, comprensiva de todas las manifestaciones del dolo, sino que constituye una “doctrina especial sobre el dolo eventual”: ARMIN KAUFMANN, “El dolo eventual en la estructura del delito” (trad. Moisés Moreno), en: *Nuevo Foro Penal*, N°. 1, oct. – dic. 1978, p. 46

que actúa el sujeto para establecer si su conducta es dolosa o imprudente<sup>35</sup>.

A diferencia de las teorías del consentimiento, donde se acude en la conformación del dolo a valorar los deseos y las intenciones del sujeto frente al resultado, los partidarios de la teoría de la probabilidad acentúan en cuestiones motivacionales la inferencia del dolo en la actuación del individuo<sup>36</sup>.

Bajo la comprensión de esta teoría debe destacarse que se estima que sólo la acción puede ser querida, no el resultado, entendiéndose que ese componente volitivo es propio de la dirección voluntaria del movimiento corporal, tratándose entonces de un concepto prejurídico de acción<sup>37</sup>. Por ello se rechaza el postulado básico de la teoría de la voluntad según el cual el autor debe querer el resultado para actuar con dolo, concluyéndose entonces que la voluntad es inútil o en todo caso superflua para la caracterización del dolo, bastando la representación del resultado como probable<sup>38</sup>. Voluntad que es distinta a la voluntariedad, la cual no es un elemento del dolo, sino de la acción y, por lo tanto, resulta común a los delitos dolosos e imprudentes y no un concepto diferenciador<sup>39</sup>. No obstante, se reconoce la introducción de correctivos que relativizan sus

---

<sup>35</sup> INGEBORG PUPPE, *La distinción entre dolo e imprudencia* (trad. Marcelo A. Sancinetti), Buenos Aires, Hammurabi, 2010, p. 60

<sup>36</sup> RAMON RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, op. cit., p. 68

<sup>37</sup> “El querer tiene importancia sólo para que el autor actúe –de manera penalmente relevante- y que su cuerpo no reaccione únicamente por acto reflejo –de manera penalmente irrelevante-”: DIETHART ZIELINSKI, *Dolo e imprudencia*, (traducción de Marcelo A. Sancinetti), Buenos Aires, Hammurabi, 2003, p. 42. En el mismo sentido, EBERHARD STRUENSEE, “Consideraciones sobre el dolo eventual”, op. cit., p. 5.

<sup>38</sup> GABRIEL PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual, hacia el abandono de la idea del dolo como estado mental*, Buenos Aires, Hammurabi, 2011, p. 195.

<sup>39</sup> Es voluntad de toda acción humana previa a la tipicidad, distinta a la voluntad en la acción dolosa, ya calificada como típica: JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona, Bosch, 1992, p. 401. RAMON RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, op. cit., p. 31

conclusiones, como exigir en el autor una determinada actitud interna como lo es que el apruebe o consienta el resultado representado como posible.

Son múltiples las críticas que recibe la teoría de la probabilidad, empezando porque en su versión más extrema se llega a consecuencias tales como la eliminación de la culpa con representación, con la consiguiente expansión del dolo eventual, y al acotamiento del delito imprudente a los supuestos de culpa inconsciente.

Además, la teoría de la *probabilidad* presenta el grave inconveniente de fijar la diferencia entre dolo e imprudencia en un factor meramente cuantitativo, de donde la definición de concurrencia del dolo eventual o de la culpa consciente depende de factores estadísticos por completo subjetivos sobre el peligro representado. Ciertamente, si la presencia del dolo eventual se reconoce cuando el autor advirtió una gran posibilidad de que se produjese el resultado y la de culpa consciente cuando la posibilidad de su producción se estimara por el autor como muy lejana, resulta de una imprecisión absoluta la determinación de los grados de las probabilidades representadas por el sujeto, impidiéndose su delimitación práctica para marcar la frontera entre la conciencia de lo simplemente posible y la de lo probable, y por tanto entre la imprudencia consciente y el dolo eventual<sup>40</sup>. Los seguidores de la teoría del consentimiento advierten de manera crítica, por ejemplo, que con el criterio de la representación de la probabilidad habría que considerar constitutiva de homicidio doloso la

---

<sup>40</sup> DIEGO-MANUEL LUZÓN PEÑA, *Dolo y dolo eventual: reflexiones*, op. cit., p. 1123: “si los casos extremos (conciencia de un 1-10% de posibilidades, por un lado, y por otro, del 80-95%) serían fácilmente clasificables, los juicios sobre porcentajes intermedios y próximos (p. ej. entre un 40 y un 60% de posibilidades) ya no está tan claro dónde encuadrarlos, ni se ve clara la justicia de atribuirlos a una categoría y no a la otra”. Igual crítica, SANTIAGO MIR PUIG, *Derecho Penal, Parte General*, Buenos Aires, Editorial B de F, 2004, p. 268; GÜNTHER JAKOBS, *Derecho penal, Parte General*, op. cit., p. 327; INGEBORG PUPPE, *La distinción entre dolo e imprudencia*, op. cit., p. 88.

conducta del médico que llevase a cabo una operación muy arriesgada siendo consciente de que existía un muy elevado riesgo de que el paciente muriese a consecuencia de la intervención<sup>41</sup>.

Otras de las críticas dirigidas contra la teoría de la probabilidad suele ser explicada por medio del ejemplo en el que dos sujetos juegan a la ruleta rusa, apuntando a la sien de uno de ellos con un revólver que sólo tiene puesta una de las seis balas que caben en el tambor. La probabilidad de que salga la bala es de 1 contra 5, es decir, un porcentaje de aproximadamente 17%, con lo cual es más probable un desenlace sin muerte que a la inversa, por lo que aplicando estrictamente la teoría de la probabilidad se podría afirmar que, en caso de salir la bala, lo mismo sólo constituiría un homicidio imprudente, partiendo de la idea que el sujeto se representó como improbable que la bala saliera, afirmar lo contrario sería decir que eran probables dos realidades (que salga la bala o que no salga) las cuales se excluyen entre sí, lo que no tiene mucho sentido porque si una es probable (que no salga la bala) la otra deviene improbable.

En suma, la teoría de la probabilidad no está en capacidad de ofrecer una escala graduable precisa a partir de la cual se pueda de manera confiable delimitar el dolo de la imprudencia, pues si su diferencia estriba en un criterio meramente cuantitativo relativo al grado de probabilidad representado por el sujeto no es posible justificar adecuadamente el salto de pena que se da entre lo doloso y lo imprudente.

---

<sup>41</sup> ÁNGEL TORÍO LÓPEZ, Elementos subjetivos de los tipos penales, en: *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, Madrid, 1995, pp. 173 y ss.

#### **4. El factor volitivo como componente necesario en la delimitación entre dolo e imprudencia:**

Atrás decíamos que la doctrina que puede estimarse dominante hoy por hoy, afirma que el dolo se define como conocimiento y voluntad de realización del tipo objetivo, incorporándose a la estructura del dolo un aspecto intelectual (el conocimiento) y otro anímico o motivacional (la voluntad). En principio el dolo es un concepto fundamentado a partir de los datos de la realidad, incorporados en la subjetividad del autor, en una visión ontológica del delito<sup>42</sup>; son las teorías volitivas con base ontológica, las que sin embargo nunca renuncian al componente cognitivo condicionado por la voluntad<sup>43</sup>.

De igual manera, existen teorías volitivas con base normativa, que a partir de criterios meramente valorativos, estructurados por conceptos relacionados con la política criminal y especialmente con los fines de la pena y del derecho penal, acuñan un concepto de dolo afincado en elementos volitivos, que no psicológicos, pues se entienden como la voluntaria realización del tipo penal o la decisión en contra del bien jurídico, bajo la consideración que el resultado es dolosamente producido cuando se corresponde con la “realización de un plan” del sujeto en una valoración objetiva<sup>44</sup>.

Con base ontológica o con base normativa, tienen en común las distintas teorías volitivas que parten de la idea que la diferencia entre las distintas

---

<sup>42</sup> GLORIA MARÍA GALLEGU GARCÍA y JUAN OBERTO SOTOMAYOR ACOSTA, El dolo eventual en el código penal colombiano: entre limitaciones dogmáticas y exigencias político-criminales, op. cit., págs. 7 y 8.

<sup>43</sup> Ibídem, p. 22: “en el fondo, toda teoría volitiva es mixta..., por cuanto parte de una posición sintética y acentúa la subordinación del elemento intelectual del dolo al elemento de voluntad; por ello se admite que nadie quiere algo sin que este algo constituya previamente el objeto del conocimiento, esto es, no puede concebirse una voluntad vacía de contenido”.

<sup>44</sup> CLAUS ROXÍN, *Derecho penal: parte general*, cit., p. 416.

formas de dolo –dolo directo y dolo indirecto o de segundo grado- y entre el dolo eventual y la culpa consciente, se ubica en relación con el elemento *volitivo*. Así, la diferente gravedad de la acción depende del elemento anímico o motivacional, esto es, del modo en que el autor estructura su comportamiento individual en el aspecto “psicológico-subjetivo” de su acto o asume su decisión de cara al bien jurídico, por lo que la menor o mayor gravedad delictiva se vincula con la posición anímica asumida por el autor frente al conocimiento de la acción y a la representación de la producción del resultado<sup>45</sup>. De allí que en el límite del dolo se estructura como dolo eventual psicológico la base sobre la cual discurrirán los planteamientos doctrinales emanados de las construcciones dogmáticas del siglo XIX y buena parte del siglo XX para intentar resolver los difusos límites entre dolo e imprudencia<sup>46/47</sup>.

En esta línea de asunción del dolo a partir de procesos meramente psicológicos en el individuo, se estructuran diversos planteamientos tendientes a resolver los intrincados límites entre dolo e imprudencia.

#### **a. Teoría volitiva del consentimiento:**

---

<sup>45</sup> MARIO MAGARIÑOS, *El límite entre el dolo y la imprudencia*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2010, págs. 9 y ss. Igualmente, GLORIA MARÍA GALLEGU GARCÍA y JUAN OBERTO SOTOMAYOR ACOSTA, *El dolo eventual en el código penal colombiano: entre limitaciones dogmáticas y exigencias político-criminales*, op. cit., p. 16

<sup>46</sup> RAMON RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, op. cit., p. 59.

<sup>47</sup> No siempre fue así, puesto que la opción por la construcción de un dolo naturalístico-psíquico y, por consiguiente, contrario a su definición normativa, tiene su origen en el abandono de la teoría del *dolus indirectus* sostenida por Benedikt Carpzov en el siglo XVII, cuya decadencia se atribuye a las emergentes teorías que a partir de Feuerbach plantearon que la solución al problema del dolo debía encontrarse en relación con la concreta subjetividad del autor enjuiciado. *Ibídem*, p. 57. Por su parte Jakobs plantea que “el abandono de esta modalidad de dolo fue una decisión a favor de un concepto de dolo naturalístico-psíquico y en contra de un concepto normativo”, GÜNTHER JAKOBS, *El principio de culpabilidad*, en: *Estudios de derecho penal*, trad. de Manuel Cancio Meliá, Civitas, Madrid, 1997, p. 380. Sin embargo, hoy en día, de nuevo se retoman conceptos propios de la teoría de Carpzov como el antecedente histórico más importante a favor de un concepto normativo del dolo, de su objetivización, cfr. GABRIEL PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual, hacia el abandono de la idea del dolo como estado mental*, Buenos Aires, Hammurabi, 2011, p. 160

Fraguada entre finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX la teoría del consentimiento surge bajo la influencia del más eminente penalista de la época (Feuerbach), como abierta contradicción a la teoría del *dolus indirectus* y en su tendencia más extrema se presenta de manera radical como contraria al concepto de dolo eventual, limitando al máximo el ámbito del dolo, circunscribiéndolo de manera general únicamente a los casos de intención directa de cometer el hecho, pues se entiende que solo puede ser doloso lo querido, en el estricto sentido de la palabra, permitiéndose a lo sumo esa forma de imputación subjetiva para aquello que se previó como seguro, adquiriendo un papel preponderante la idea de la voluntad como intención. Se logró de esta manera una sencilla pero efectiva distinción entre dolo e imprudencia, donde no tenía cabida el concepto de dolo eventual, caracterizándose el primero de manera positiva como intención y la segunda de manera negativa como falta de esa intención<sup>48</sup>.

En este sentido, todos los supuestos que hoy se consideran propios del dolo eventual solo podían ser imputables como imprudencia o eran jurídicamente irrelevantes, porque acentuándose el elemento de la voluntad como componente esencial del dolo, acciones que carecían de intención directa del resultado, de consecuencias probables o posibles en la representación del autor, solo podían ser imprudentes y eran llamadas “culpa próxima” (hoy conocida como imprudencia consciente) o “culpa remota” (imprudencia inconsciente).

En suma, tratándose de una ostensible tendencia reductora del ámbito del dolo, para las teorías del consentimiento o de la voluntad en sus tesis más

---

<sup>48</sup> GABRIEL PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual, hacia el abandono de la idea del dolo como estado mental*, op. cit., p. 175; RAMON RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, op. cit., p. 60.

fuerzas, no resultaba admisible el dolo eventual tal y como se acepta hoy, como forma auténticamente dolosa, porque solo puede serlo aquello que es querido por el agente o al menos previsto como seguro, esto es, que solo puede serlo aquello que pudiera ser abarcado por su voluntad<sup>49</sup>.

### **b. Teoría débil volitiva del consentimiento**

Una tesis menos estricta de la voluntad del consentimiento y que es considerada al tiempo que la teoría de la representación como la primera auténtica teoría sobre el dolo eventual, tuvo como propósito ofrecer una solución dogmática a la ampliación del ámbito del dolo más allá de la simple intención directa. Es llamada tesis débil de la voluntad, en oposición a la tesis fuerte atrás vista, y que en realidad no constituye, como se ha creído, una versión antagónica de la teoría de la representación, sino que en buena parte es su complemento para la elaboración de las teorías eclécticas sintetizadas en la fórmula definitoria del dolo como saber y conocer la realización del tipo, dándose por sentado que no hay voluntad sin representación<sup>50</sup>.

Es esta en verdad más que una tesis de la voluntad, una teoría de la aceptación, de la aprobación o del consentimiento, porque en su propósito de ampliar los contornos del dolo más allá de la pura intención del sujeto, acude a criterios ajenos al elemento volitivo sustituyendo los procesos volitivos por hipotéticos<sup>51</sup>, reemplazando el querer por un querer

---

<sup>49</sup> GABRIEL PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual, hacia el abandono de la idea del dolo como estado mental*, op. cit., p. 169 y ss.

<sup>50</sup> *Ibidem*, p. 176 y s. y p. 185: “La voluntad, por tanto, no excluye la representación, sino que la presume”.

<sup>51</sup> GLORIA MARÍA GALLEGU GARCÍA y JUAN OBERTO SOTOMAYOR ACOSTA, *El dolo eventual en el código penal colombiano: entre limitaciones dogmáticas y exigencias político-criminales*, op. cit., p. 10

presunto<sup>52</sup>. Esto es porque se lleva a cabo una reinterpretación del término “querer”, ampliándose su definición, para justificar la imputación de consecuencias ligadas a la acción pero no queridas por el autor (dolo directo de segundo grado), y se incorporan elementos del ánimo, de la actitud interna o de índole emocional, que amplían los límites del dolo en los casos fronterizos con la imprudencia, demandando en la configuración del dolo eventual, además de la previsión del resultado, actitudes del individuo tales como “consentir”, “aprobar”, “aceptar”, “ratificar”, “resignarse”, “estar de acuerdo” o “contar con” con la ocurrencia de dicho resultado.

Para la determinación de la existencia del consentimiento o de la aprobación a partir de dichos elementos del ánimo se han empleado las dos fórmulas propuestas por REINHARD FRANK (1898, 1931)<sup>53</sup>. La “primera fórmula de Frank” o fórmula hipotética dice: hay dolo (eventual) si se llega a la conclusión de que el sujeto, aunque estuviera seguro de que se iba a producir el hecho, aunque se lo hubiera representado como seguro, pese a todo hubiera actuado, y si en tal hipótesis no hubiera actuado, no hay dolo; la “segunda fórmula de Frank” o fórmula positiva, introducida como corrección a la primera, es: “si el sujeto se dice: sea así o de la otra manera, pase esto o lo otro, en todo caso actúo”, hay dolo, y en caso contrario no (sólo habría imprudencia consciente). Debe consignarse que el propio Frank sólo las entendía como medios de conocimiento para llegar a probar el dolo eventual<sup>54</sup>.

---

<sup>52</sup> MIRENTXU CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, Barcelona, PPU, 1989, p. 272

<sup>53</sup> Paradójicamente, REINHARD FRANK era partidario de la teoría de la representación, pero sus fórmulas resultaron especialmente atractivas para los defensores de la teoría de la voluntad en apoyo de sus postulados: RAMON RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, op. cit., p. 62

<sup>54</sup> DIEGO-MANUEL LUZÓN PEÑA, *Dolo y dolo eventual: reflexiones*, op. cit., p. 1118 y s.

Igualmente, si el consentimiento del sujeto al “conformarse” o “aceptar” la producción del resultado típico es lo que sirve para configurar el dolo eventual, en contraposición, si lo que hace el individuo es “desear” o “confiar” en que el resultado típico no se va a producir, no habrá actuado con dolo eventual sino con culpa con representación, por ausencia de voluntad. Pero si ello es así, se le censura a esta teoría que no es admisible que se pueda excluir la “aceptación” o “el consentimiento”, y con ello el dolo, por una confianza irracional o infundada en la no producción del hecho<sup>55</sup>.

Este matiz de la teoría de la voluntad del consentimiento que se denomina débil (que además es la más extendida) y con el cual se busca la legitimación del dolo eventual, contrario al matiz fuerte, restrictivo del dolo y que es su negación, es susceptible de múltiples objeciones. Lo primero es que desde un punto de vista meramente formal, parecen existir grandes problemas de prueba cuando se impone al juez la demostración de un hecho hipotético (primera fórmula de FRANK), que no se ha dado en la realidad, relacionado con la averiguación de lo que hubiera hecho el sujeto en el evento de haber sabido con seguridad que iba a causar el resultado típico. No es posible probar lo que nunca ha acaecido<sup>56</sup>.

Además, ya desde el punto de vista material, la crítica frontal que se lleva a cabo sobre esta teoría del consentimiento tiene que ver con la equiparación que hace de aquellas expresiones relativas al consentir,

---

<sup>55</sup> Ibídem, p. 1125 y ss. Por ese motivo LUZÓN PEÑA propone una “teoría restringida del consentimiento o de la aceptación”, según la cual “la aceptación (o consentimiento o similares) no se excluye por una confianza irracional e infundada en la no producción del hecho –considerando que esa confianza meramente subjetiva no es una auténtica confianza, sino una esperanza o deseo jurídicamente irrelevante–, sino que *la aceptación o consentimiento sólo se excluye por una confianza mínimamente fundada objetivamente*, aunque errónea, en que no se produzca el hecho”.

<sup>56</sup> ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG, Acerca del dolo eventual. En: *Estudios de derecho penal*. Madrid, Tecnos, 1990, p. 252

aprobar o aceptar, con una auténtica voluntad del individuo, tratándose de meros “sucedáneos de voluntad” no equiparables a un verdadero “querer”<sup>57</sup>. De tal manera que si para estas teorías volitivas lo relevante resulta de confrontar al autor con el resultado imaginado como seguro, cada una de aquellas expresiones de estricto contenido emocional no son conducibles a la idea de la voluntad, siendo así entonces que se incurre en una falacia conceptual al atribuírsele contenido volitivo a lo que es simplemente un estado íntimo de distinta naturaleza<sup>58</sup> y que aparte de entrar en pugna con su idea central de poderse distinguir el dolo de la imprudencia a partir de la voluntad del individuo, lleva a juzgar la conducta humana desde la perspectiva de los rasgos del carácter o de la personalidad del autor, incurriéndose en un autoritario derecho penal de autor contrario al principio fundamental de acto<sup>59</sup>. Desde los principios del Estado Constitucional de Derecho, el dolo no puede estar ligado a factores motivacionales relativos a la personalidad del individuo, sus sentimientos y su ánimo, resultando bastante discutible que un derecho penal basado en el principio de protección de los bienes jurídicos pueda tomar en consideración elementos subjetivos relativos a la actitud interna del individuo<sup>60</sup>.

En perspectiva sistemática se les censura a las teorías volitivas su incoherencia al asumir un concepto de imputación penal en el cual el dolo es concebido como elemento integrante del ilícito y no de la

---

<sup>57</sup> RAMON RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, op. cit., p. 65

<sup>58</sup> GLORIA MARÍA GALLEGU GARCÍA y JUAN OBERTO SOTOMAYOR ACOSTA, *El dolo eventual en el código penal colombiano: entre limitaciones dogmáticas y exigencias político-criminales*, op. cit., p. 10

<sup>59</sup> ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG, *Acerca del dolo eventual*, op. cit., p. 253; el mismo: *Algunos aspectos de la reciente doctrina jurisprudencial sobre los delitos contra la vida (dolo eventual, relación parricidio-asesinato)*, en: *Jueces para la democracia*, Madrid, 1990 – N° 10, septiembre, pp. 26-35

<sup>60</sup> FERNANDO MOLINA FERNÁNDEZ, *La cuadratura del dolo: problemas irresolubles, sorites y Derecho penal*, op. cit., p. 78

culpabilidad, por lo que constituye un error metódico y fáctico, regresivo al *dolus malus*, superado por la teoría de la culpabilidad, el recurso a la *actitud* que tenga el autor frente a la lesión del bien jurídico<sup>61</sup>.

Adicionalmente, se le censura a la teoría del consentimiento que estrecha de manera inadecuada los límites entre el dolo y la imprudencia, mirado el asunto desde la perspectiva del merecimiento de la pena en eventos de la vida real en los que no obstante no estar de acuerdo con la producción de un determinado resultado lesivo, el sujeto dirige su acción de tal manera que genera un alto riesgo para el bien jurídico protegido<sup>62</sup>.

### **c. Teoría de la indiferencia o del sentimiento**

Según esta teoría, desarrollada por Engisch, se presenta el dolo eventual cuando el sujeto aprueba positivamente las posibles consecuencias concomitantes de su acción que pueden resultar lesivas para el bien jurídico, o acepta dichas consecuencias con indiferencia. No habrá dolo eventual, sin embargo, cuando considera indeseables esas consecuencias y por ello tiene la esperanza de que no se producirán<sup>63</sup>.

Para esta teoría el dolo eventual se deriva del sentimiento, actitud subjetiva o disposición de ánimo de no importarle las consecuencias de su acción, mostrados por el individuo, o de indiferencia hacia la posible realización típica que se ha representado. Mientras que si dichas

---

<sup>61</sup> EBERHARD STRUENSEE, “Consideraciones sobre el dolo eventual” (trad. Alejandro Kiss), op. cit., p. 6. DIETHART ZIELINSKI, *Dolo e imprudencia*, op. cit., p. 25: “Con el abandono de la teoría del dolo, que vio la forma de la culpabilidad más grave “dolo”, en que el autor infringiera conscientemente el mandato legal, ya no es posible fundamentar el dolo como la forma más grave de culpabilidad frente a la imprudencia, con el argumento de que el autor doloso conoce el carácter de su acción, de lesionar el bien jurídico”.

<sup>62</sup> MARÍA DEL MAR DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, op. cit., p. 171. También, RAMON RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, op. cit., p. 75

<sup>63</sup> MARÍA DEL MAR DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, op. cit., p. 177

consecuencias no le son indiferentes, sino que le preocupa o disgusta, ya no habrá dolo eventual sino imprudencia consciente.

De esta manera ROXIN sintetiza sus postulados: “cuando el sujeto da por buenas o recibe con indiferencia las consecuencias accesorias negativas meramente posibles, y sin embargo no cuando considera indeseables esas consecuencias y tiene por ello la esperanza de que no se producirán”<sup>64</sup>.

En esta teoría se asume que la voluntad no es más que un dato de la psicología común, que no debe ser llevada a la amplitud con que la desarrollan las teorías del consentimiento, relevándose para la configuración del dolo que la indiferencia es un componente puramente emocional que debe estar en consonancia con la representación de la consecuencia antijurídica que no motiva al individuo a abstenerse de actuar<sup>65</sup>.

Se admite que el sentimiento de indiferencia o de que al sujeto no le importa la posible producción del resultado o se resigna a él, puede ser frecuentemente un indicio de su aceptación y que por lo tanto ha actuado de manera dolosa, pero resulta inadmisibles la apreciación inversa en el sentido que la falta de indiferencia es excluyente del dolo<sup>66</sup>.

Basta decir de manera crítica en torno a esta teoría volitiva que asumirla como criterio único para delimitar el dolo resulta insatisfactorio, puesto que el mero sentimiento en torno a un resultado típico no puede sustituir a una decisión de voluntad, además de no ser razonable que el individuo se exonere de las consecuencias de su actuación con fundamento en

---

<sup>64</sup> CLAUS ROXÍN, *Derecho penal: parte general*, op. cit., p. 432

<sup>65</sup> GABRIEL PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual, hacia el abandono de la idea del dolo como estado mental*, op. cit., p. 248

<sup>66</sup> *Ibidem*, p. 432

simples esperanzas en que ni siquiera confiaba. Valga decir, además, que el sentimiento de indiferencia no es incompatible con una actuación imprudente, esto es, que la conducta imprudente se fundamente muchas veces en la indiferencia del autor frente a la lesión del bien jurídico; y a la inversa, puede haber dolo, eventual o incluso directo, en que el sujeto no sea indiferente, sino sensible, preocupado o disgustado por la producción del hecho, por lo que este no puede ser un criterio distintivo entre dolo e imprudencia<sup>67</sup>.

De igual manera se erige como crítica que la falta de indiferencia, en el sentido del carácter no deseado del resultado, pueda excluir siempre el dolo, restringiéndose en exceso su ámbito en eventos en los que pareciera evidente<sup>68</sup>.

## 5. La discusión actual sobre los límites del dolo y la imprudencia

Lo visto líneas atrás permitirá entrever la diferencia entre el llamado período clásico y la discusión actual en torno al tema de los límites entre el dolo y la imprudencia. La polémica hasta los primeros años del siglo XX desatada entre las teorías del *dolus indirectus*, las versiones fuertes de la teoría de la voluntad y las versiones débiles de las teorías de la voluntad y de la representación, giraba en torno al establecimiento de los límites conceptuales del dolo, discutiéndose el criterio sobre el cual debía formularse (voluntad, representación, probabilidad, etc.) y sobre la determinación de si aquello que hoy se configura como dolo eventual en

---

<sup>67</sup> Crítica en este sentido: HANS WELZEL, *Derecho penal alemán* (trad. Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez), Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002, p. 83

<sup>68</sup> CLAUS ROXÍN, *Derecho penal: parte general*, op. cit., p. 432. Sin embargo, hay quienes piensan, en contrario, que la teoría de la indiferencia puede extender en demasía el ámbito del dolo, así: GÜNTER STRATENWERTH, *Derecho Penal. Parte General I, El hecho punible*, op. cit., p. 167

verdad correspondía al esquema de conductas dolosas o, por el contrario, se trataba de comportamientos imprudentes.

La discusión de hoy en la dogmática penal no es propiamente el esclarecimiento de si lo que se llama dolo eventual está fundamentado como una forma o variante del dolo o su estructura corresponde a la imprudencia, pues existe un consenso material acerca de los límites del dolo como punto de llegada del período clásico y punto de partida de la discusión actual<sup>69</sup>, dándose por cierto en términos generales que el dolo eventual es una forma de dolo<sup>70</sup>.

Consolidadas ciertas coincidencias entre las teorías dominantes de la voluntad y de la representación, dejó de discutirse lo que debe quedar dentro y lo que debe quedar fuera del ámbito del dolo, por lo que la moderna discusión, se centra en determinar cuál es el criterio determinante para la distinción de los límites del dolo y la manera como esos límites deben ser formulados lingüísticamente, pudiéndose afirmar que en la dogmática moderna no existen importantes divergencias materiales entre las teorías de la voluntad y las teorías de la representación, centrándose

---

<sup>69</sup> GABRIEL PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual, hacia el abandono de la idea del dolo como estado mental*, op. cit., p. 219.

<sup>70</sup> En la dogmática penal moderna muy pocos autores niegan la estructuración del dolo eventual como auténtico dolo y distinto y más grave que la imprudencia, consciente o inconsciente, entre ellos, JUAN BUSTOS RAMÍREZ/HERNÁN HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de derecho penal, volumen II*, Madrid, Trotta, 1999, p. 186 y ss.; GLORIA MARÍA GALLEGO GARCÍA y JUAN OBERTO SOTOMAYOR ACOSTA, *El dolo eventual en el código penal colombiano: entre limitaciones dogmáticas y exigencias político-criminales*, op. cit., p. 17. La posición general es la misma que sostiene DIEGO-MANUEL LUZÓN PEÑA, *Dolo y dolo eventual: reflexiones*, op. cit., p. 1123: “con la aceptación o consentimiento, tanto el desvalor subjetivo de la acción que en definitiva implica una decisión contra el bien jurídico en circunstancias objetivamente prohibidas por el Derecho, como el desvalor objetivo de la acción, su peligrosidad, que generalmente aumenta en comparación con la misma actuación imprudente por el hecho de que el sujeto acepta, no descarta y no intenta evitar el resultado o hecho típico, son sustancialmente el desvalor de la acción propio del dolo, cualitativa y cuantitativamente más grave que el de la imprudencia”.

sus diferencias en aspectos formales o lingüísticas<sup>71</sup>, pues todo parece indicar que el origen de las discrepancias sobre la cuestión del dolo es un problema básicamente terminológico.

Destaca ROXIN que las combinaciones de palabras empleadas por los diversos autores en este ámbito tienen una naturaleza más lingüística que material<sup>72</sup>, mientras que HASSEMER precisa al respecto que “en la doctrina existe unanimidad sobre lo que es en esencia el dolo, pero ésta se ve ocultada por las tradicionales paráfrasis”<sup>73</sup>. Asimismo JAKOBS, entiende que las teorías que del aspecto intelectual del dolo extraen un elemento de actitud, salvo en lo referido al proceso de fundamentación, resultan en realidad idénticas a las que optan por una definición de dolo basada únicamente en el conocimiento<sup>74</sup>. Igualmente, BACIGALUPO, constata cómo las grandes teorías sobre el dolo han terminado coincidiendo prácticamente en sus resultados prácticos y por ello la discusión ha perdido gran parte de significación<sup>75</sup>.

De esta manera, las modernas teorías cognitivas y volitivas, continuadoras en buena medida del espíritu que animaba la clásica discusión entre teorías del consentimiento y de la representación, han entremezclado entre ellas una serie de elementos definitorios propios de su esencia dogmática, que ha llevado a que en la actual discusión exista un consenso práctico sobre la respuesta punitiva que merecen la mayoría de los casos a tal punto que en lo que se ha llamado un “consenso

---

<sup>71</sup> GABRIEL PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual, hacia el abandono de la idea del dolo como estado mental*, op. cit., p. 187

<sup>72</sup> CLAUS ROXÍN, *Derecho penal: parte general*, op. cit., p. 428

<sup>73</sup> WINFRIED HASSEMER, Los elementos característicos del dolo, en: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, T. XLIII, Fasc. III, Septiembre-Diciembre 1990, p. 927

<sup>74</sup> GÜNTHER JAKOBS, *Derecho penal, parte general*, op. cit., p. 331

<sup>75</sup> ENRIQUE BACIGALUPO, *Principios de Derecho Penal, Parte General*, Madrid, Akal, 1997, p. 225

divergente"<sup>76</sup> existe un acuerdo sobre el fondo de la cuestión del dolo, generándose solamente discrepancias terminológicas, haciendo que el análisis del tema discurra a partir de numerosas teorías basadas en fórmulas mixtas o eclécticas, desdibujándose cada vez más la eficacia práctica de tan diversos matices teóricos y haciéndose casi que imposible la identificación de tendencias dogmáticas definidas que brinden seguras soluciones a los problemas de delimitación del dolo y la imprudencia<sup>77</sup>.

Pues bien, la disputa entre las modernas posiciones sobre la delimitación del dolo eventual y la culpa consciente, atascadas en la disyuntiva entre las teorías de la voluntad y de la representación, es puramente formal, superándose la discusión material que se prodigaba al tema en lo que se conoce como el período clásico a partir de la coincidencia sobre dos aspectos fundamentales:

El primero, es que no existe importante controversia entre las distintas posturas teóricas en la afirmación de que el dolo se fundamenta en fenómenos ubicados en la vertiente interna del individuo (conocimiento y/o voluntad) y, por lo tanto, que la determinación de si un caso corresponde a dolo eventual o a culpa consciente se efectúa acudiendo a elementos de actitud interna, llámese voluntad o llámese conocimiento. El segundo, en que tanto para unas como para otras teorías en la conformación del dolo debe existir un componente de previsión en la conducta, esto es, que es necesario que el individuo prevea en caso de

---

<sup>76</sup>

RAMON RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, op. cit., p. 121

<sup>77</sup>

JOSÉ MANUEL GÓMEZ-BENÍTEZ, El concepto de dolo en la moderna dogmática penal, en: *Nuevas posiciones de la dogmática jurídica penal*, Madrid, Cuadernos de derecho judicial, Consejo General del Poder Judicial, 2006, p. 15. A partir de la década de 1980 se han avivado las controversias sobre la materialización del concepto de dolo eventual y la discusión en punto de su delimitación con la imprudencia consciente, GABRIEL PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual, hacia el abandono de la idea del dolo como estado mental*, op. cit., p. 219

actuar la realización de un tipo penal, debiendo existir un cierto grado de representación en la posible consecuencia de su acción<sup>78</sup>.

A partir de estas dos coincidencias fundamentales en las últimas décadas se han propuesto numerosas teorías basadas en las más variopintas expresiones para caracterizar adecuadamente aquellos fenómenos psíquicos que, supuestamente, deben permitir distinguir el dolo eventual de la imprudencia consciente. De igual manera, para definir el grado de representación del sujeto, las discrepancias tienen que ver con la adecuada expresión para designar el grado de previsión del sujeto, utilizándose entre otras las de “contar con”, “tomar en serio”, “representación de la peligrosidad” o “conocimiento del riesgo”<sup>79</sup>.

Es de importancia subrayar tales similitudes materiales de cara a su incidencia en la formulación del concepto de dolo eventual y su diferenciación con la culpa consciente, pues a partir de ellas es que los resultados asumidos por cualesquiera de las múltiples teorías son bastante próximos, por lo que bien puede decirse que existe actualmente una sobrevaloración de las disputas en relación con los elementos objetivos y subjetivos y los intelectuales y volitivos en la delimitación de una y otra forma de imputación subjetiva<sup>80</sup>. De hecho no tiene mucha trascendencia, en razón de las coincidencias advertidas, el continuar haciendo uso de la clasificación de teorías de la voluntad y teorías de la representación, pues no parece existir ningún antagonismo esencial entre ellas a la hora de explicar los límites entre el dolo y la imprudencia, dejándose en claro que si de un lado para las teorías de la representación es suficiente con la

---

<sup>78</sup> GABRIEL PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual, hacia el abandono de la idea del dolo como estado mental*, op. cit., p. 220; RAMON RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, op. cit., p. 122.

<sup>79</sup> RAMON RAGUÉS I VALLÈS, *ibídem*, p. 122.

<sup>80</sup> CLAUS ROXÍN, *Derecho penal: parte general (fundamentos, la estructura de la teoría del delito)*, op. cit. p. 447.

“previsión” en la conformación del dolo, para las teorías de la voluntad el elemento volitivo-emocional exigido como requisito adicional se ha ido diluyendo en formas terminológicas que nada tienen que ver con un verdadero “querer”, paradigmático en las teorías clásicas de la voluntad<sup>81</sup>.

Ahora, se ha entendido como punto de quiebre y estado actual de la cuestión, sobre el cual pareciera sostenerse una especie de argumentación circular, el caso resuelto por la jurisprudencia alemana (*BGHSt 7, 363, 1955*) y conocido como el “caso del cinturón de cuero”<sup>82</sup>. Este caso marca un punto de inflexión en la discusión sobre el concepto de dolo y en particular sobre la amplitud del dolo eventual. Significó en la praxis alemana una nueva ampliación del ámbito del dolo, en el sentido que también se acepta su concurrencia aun en los casos en que el resultado típico representado como posible resulta desagradable al autor, acuñándose de este modo la idea de una aprobación del resultado “en sentido jurídico”. Sobre su contenido se erige la construcción de las modernas teorías del dolo, condujo al consenso de fondo que reina en la actual doctrina sobre el tema y entremezcla, como viene sucediendo en el

---

<sup>81</sup> Se asiste a “la culminación de un proceso de lento aflojamiento de las exigencias “volitivas” del concepto de dolo eventual”: ENRIQUE BACIGALUPO, *Lineamientos de la teoría del delito*, Buenos Aires, Hammurabi, 1994, p. 81

<sup>82</sup> El caso así es narrado por STRUENSEE: “K y J querían asaltar al comerciante M. Planeaban estrangularlo con un cinturón de cuero hasta que perdiera el conocimiento y luego, con tranquilidad, llevarse sus pertenencias. Como reconocieron que el estrangulamiento podía causarle a M la muerte, lo cual preferían evitar, J propuso golpearlo con un saco de arena en la cabeza. El saco de arena, según reflexionaron, se adaptaría a la forma del cráneo al golpear contra la cabeza y por ello no produciría lesiones serias. Durante la ejecución del hecho J golpeó dos veces a M en la cabeza y el saco de arena reventó sin provocar el efecto pretendido. Inmediatamente después, K puso el cinturón de cuero, que había llevado por si acaso, alrededor del cuello de M. Los acusados tiraron de los extremos del cinturón hasta que M quedó inconsciente. Luego, comenzaron a reunir las pertenencias que pretendían sustraer. En un momento, M volvió en sí y K lo estranguló nuevamente. Tiró del extremo del cinturón hasta la hebilla y lo ajustó hasta que M dejó otra vez de moverse. Posteriormente, los acusados tuvieron dudas acerca de si M estaba con vida y realizaron intentos de reanimación que resultaron inútiles, M había muerto como consecuencia del estrangulamiento”. EBERHARD STRUENSEE, “Consideraciones sobre el dolo eventual”, op. cit., p. 4. El Tribunal Supremo Federal alemán aceptó en este caso un homicidio doloso, eligiendo una tercera solución entre la teoría de la aprobación y la teoría de la representación, fundamentando que “en sentido jurídico” los agentes aceptaron algo que no aprobaron en el sentido del uso normal del lenguaje.

día de hoy, consideraciones volitivas y cognitivas, siempre con un trasfondo normativista, lo que ha permitido señalar un antes y un después en los planteamientos sobre el dolo eventual en la doctrina, teniendo como meridiano la citada decisión<sup>83</sup>.

## **6. Las modernas teorías cognitivas y volitivas del dolo: un definitivo giro del ontologismo al normativismo penal**

Al comienzo destacábamos la reacción normativista contra el ontologismo característico del finalismo, como un segmento relevante en la evolución histórico-dogmática del derecho penal, generándose frente a la concepción del dolo una suerte de división en la metodología de la ciencia penal que colocaba las teorías volitivas al lado del pensamiento lógico-objetivo, mientras las teorías cognitivas estaban alineadas a un galopante normativismo que caracterizaba el dolo a partir de la supresión de conceptos psicologizantes, fraguándose una tendencia hacia su objetivización.

Coincide este tránsito metodológico reactivo con el auge de los fenómenos de riesgo no permitido y la exaltación de los delitos de peligro, generándose la ampliación del ámbito de lo punible como respuesta a un marcado interés por la criminalización de actuaciones peligrosas que potencialmente podrían amenazar la indemnidad de los bienes jurídicos tutelados, cuyo catálogo para tal efecto ha sido ampliado en la idea de

---

<sup>83</sup> Sobre la importancia de esta decisión en la moderna dogmática penal del dolo: RAMON RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, op. cit., p. 83 y ss. GABRIEL PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual, hacia el abandono de la idea del dolo como estado mental*, op. cit., p. 62 y ss. CLAUS ROXIN, desarrolló a partir de sus comentarios a esta sentencia su tesis de la “decisión para la posible lesión del bien jurídico, cfr. Sobre el dolo eventual, en: *Derecho Penal y Política Criminal, homenaje al maestro Álvaro Bunster*, traducción Justa Gómez Navajas, México, Editorial Ubijus / IFP, 2010, p. 7

un expansivo derecho penal, todo ello dentro del contexto de lo que se ha denominado adelantamiento manifiesto de las barreras de protección de los bienes jurídicos<sup>84</sup>.

Consecuencia del desarrollo de estas tendencias del derecho penal ha sido el dinámico desenvolvimiento de la ciencia del derecho penal alemán, a partir del surgimiento y evolución de las teorías del riesgo y de la imputación objetiva. Precisamente de la mano de estas se ha vivido la evolución constitutiva del cambio paradigmático de la asunción de un derecho penal fundado en conceptos normativos, no solo en lo que tiene que ver con la conformación del tipo objetivo a partir de la adscripción valorativa del significado delictivo de las conductas, sino además dotando de contenido cognoscitivo el proceso de imputación subjetiva, desdeñándose en buena medida los conceptos psicológicos que desde lo fáctico daban papel prevalente a la voluntad en la conformación del dolo. En esta línea, el lema de los recientes estudios respecto del concepto de dolo es el de la “normativización”<sup>85</sup>, identificándolo con el conocimiento de las circunstancias que conforman el riesgo típicamente relevante, produciéndose de esta manera el traspaso de la teoría de la imputación objetiva al ámbito de los delitos dolosos<sup>86</sup>.

## 7. La normativización del dolo

El paulatino tránsito de la fundamentación empírico–ontológica del derecho penal a un enfoque normativista, repercute de manera

---

<sup>84</sup> Sobre la caracterización de la legislación penal en el último tiempo, ALFONSO CADAVID QUINTERO, *Introducción a la teoría del delito*, op. cit., p. 30 y ss.

<sup>85</sup> MANUEL CANCIO MELIÁ, ¿crisis del lado subjetivo del hecho?, en: *Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo* (Jacobó López de Barja de Quiroga y José Miguel Zugaldía Espinar, coordinadores), Madrid, Marcial Pons, 2004, p. 62

<sup>86</sup> Así lo advierte BERNARDO FEIJÓO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, op. cit., p. 94, en alusión a la obra de CLAUS ROXIN, *Problemas básicos del derecho penal*, p. 128 y ss.

trascendente en la concepción del dolo y, particularmente, en su delimitación con la imprudencia, en tanto que resulta evidente que cada vez más se diluyen refundiéndose entre sí las doctrinas cognitivas y volitivas elaboradas para su definición y caracterización.

En efecto, no solamente las teorías cognitivas que en términos generales desdeñan del componente volitivo para la determinación del dolo, acuden a postulados normativos para la construcción de los tipos penales, sino también para la configuración de la imputación penal. También las modernas teorías llamadas hasta ahora volitivas, más por afán clasificatorio que por ajustarse a su auténtica estructuración, experimentan una creciente normativización<sup>87</sup>.

De modo que haciéndose difusos los contornos de las teorías que en principio reivindicaban de manera excluyente estructuras normativas o fácticas, se va imponiendo la idea que conceptos como el de decisión a favor del injusto típico o en contra de la posible lesión del bien jurídico, que aunque anidan en la voluntad del individuo, tienen que ser interpretados en clave de normas penales, pues a éstas compete su exacta determinación en la medida en que “el comportamiento no es enjuiciado desde el prisma de la voluntad individual, sino bajo el prisma de la voluntad general plasmada en las normas”<sup>88</sup>.

El dolo no es un dato psicológico sino un juicio de valor judicial. En metáfora de ROXIN, el dolo no se forma en la cabeza del autor, sino en la cabeza del juez, para significar que su determinación no es una constatación empírica sino una atribución normativa, una imputación

---

<sup>87</sup> CLAUS ROXIN, Acerca de la normativización del *dolus eventualis* y la doctrina del peligro de dolo (traducción Manuel A. Abanto Vásquez), en: *La teoría del delito en la discusión actual*, Lima, Grijley, 2007, p. 171

<sup>88</sup> BERNARDO FEIJÓO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, op. cit., p. 20

judicial a partir de pautas valorativas previamente adoptadas por el legislador<sup>89</sup>. Lejos de aceptarse un concepto ontológico de dolo previo al Derecho penal, y de cuyo contenido la ciencia penal no podía disponer, se remarca que no existe un “dolo” ajeno al Derecho penal, sino que todo concepto de dolo es *per se* normativo<sup>90</sup>. En síntesis, el dolo “no es una propiedad empírica, sino una propiedad normativa, porque es en función de ella que una conducta penalmente relevante se enjuicia como más o menos disvaliosa y que, además, el autor resulta obligado a actuar conforme a estándares objetivos”<sup>91</sup>.

De cualquier manera, es importante subrayarlo, en la teoría moderna del dolo tanto las doctrinas cognitivas que desestiman los componentes volitivos referidos a la postura subjetiva del autor individual, como las doctrinas volitivas que los admiten, se rigen por parámetros normativos, a tal punto que se alude a ellas bajo los calificativos de “normativismo cognitivo” y “normativismo volitivo”, respectivamente<sup>92</sup>.

Por una clara influencia ejercida por CLAUS ROXIN<sup>93</sup> en la moderna ciencia penal, se ha ido generando un amplio consenso acerca de la necesidad de definir el concepto de dolo a partir de las finalidades que se pretenden con el Derecho penal y, concretamente, con la sanción propia de los hechos dolosos, lo cual ha llevado a que en la caracterización del dolo se haya impuesto un método inductivo con el que se pretende definir este

---

<sup>89</sup> CLAUS ROXIN, Sobre el dolo eventual, op. cit., p. 16

<sup>90</sup> RAMON RAGUÉS I VALLÈS, De nuevo, el dolo eventual: un enfoque revolucionario para un tema clásico. Recensión a Gabriel Pérez Barberá, *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*, en: InDret Penal, N°3, 2012, p. 2, <http://www.indret.com/pdf/899.pdf>, fecha de consulta: 30 de julio de 2012.

<sup>91</sup> GABRIEL PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual, hacia el abandono de la idea del dolo como estado mental*, op. cit., p. 817

<sup>92</sup> CLAUS ROXIN, Acerca de la normativización del dolus eventualis y la doctrina del peligro de dolo, op. cit., p. 177

<sup>93</sup> CLAUS ROXÍN, *Política criminal y estructura del delito*, Barcelona, PPU, 1992, p. 41 y ss.

concepto a partir de la definición de los hechos que se entienden merecedores de la pena del dolo, superándose de esta manera el método deductivo empleado por las tradicionales teorías de la voluntad que lo inferían de definiciones apriorísticas sobre lo que se supone que necesariamente es el dolo<sup>94</sup>. Así, mientras en las tradicionales teorías de la voluntad se empleaba un método deductivo consistente en que se definía el dolo como conocimiento y voluntad y a partir de ello se analizaba en qué eventos concurrían los dos elementos, en las modernas teorías normativas se induce la definición del dolo a partir de la consideración de los hechos merecedores de su pena<sup>95</sup>.

El dolo, asumiéndolo como concepto normativo, necesariamente debe ser desarrollado a partir de los fines del derecho penal y, por lo tanto, en comparación con la imprudencia representa una intensidad mayor en el merecimiento de la pena; de allí que dolo e imprudencia son actos de pura valoración. Así, dentro de una lógica normativa, las características del tipo subjetivo se extraen de las razones que justifican la pena para la forma más grave de la realización del tipo. Es por ello que se plantea que los límites normativos del dolo y la imprudencia se establecen políticocriminalmente a partir de la respuesta que se pueda dar a la pregunta de cuál es la razón que justifica que se incrimine de un modo más grave el comportamiento doloso que el imprudente<sup>96</sup>.

## **8. La ratio de la penalidad del dolo**

En esta lógica normativa, trascendental no es la determinación de las características del dolo como entidad empírica y sus diferencias con la

---

<sup>94</sup> RAMON RAGUÉS I VALLÈS, De nuevo, el dolo eventual: un enfoque revolucionario para un tema clásico, op. cit., p. 2

<sup>95</sup> RAMON RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, op. cit., p. 61

<sup>96</sup> WINFRIED HASSEMER, Los elementos característicos del dolo, Madrid, op. cit., p. 915

imprudencia. Lo relevante resulta ser para la fijación de los límites del dolo y la imprudencia, la justificación en términos normativos de prevención de la más grave penalidad del dolo.

Lo primero es que el daño causado con la conducta no constituye factor de importancia alguna a la hora de la delimitación de la mayor gravedad punitiva, pues objetivamente la lesión ocasionada por un sujeto que actúa imprudentemente puede ser de igual o mayor gravedad que la causada por quien actuó de manera dolosa<sup>97</sup>.

De una parte existen valoraciones fundamentales de la sociedad que podrían explicar la diferencia en la punibilidad, pues el conglomerado social se encuentra en mejor disposición de admitir un resultado lesivo cuando el mismo fue fruto de un comportamiento descuidado que cuando fue producido conscientemente por el individuo. Es un sentimiento social que si bien no fundamenta en términos preventivos la diferente respuesta punitiva entre una y otra conducta, si puede alentar al legislador para asignar diferentes puniciones atendiendo las convicciones y valoraciones sociales<sup>98</sup>.

Lo cierto es que no surge el mismo deber de evitar el resultado de quien tiene un pleno conocimiento del hecho típico y del peligro concreto que se cierne sobre el bien jurídico, que quien imprudentemente no lo conoce debiéndolo conocer. Resulta más grave que quien conociendo el peligro no quiera evitar el resultado, que aquel que no lo evita por errores en su conocimiento. Igual, no se encuentra en la misma posición de cara a la respuesta punitiva quien ejecutó la conducta habiendo realizado un acertado pronóstico de los hechos, que quien actuó con un pronóstico

---

<sup>97</sup> MARÍA DEL MAR DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, op. cit., p. 304

<sup>98</sup> RAMON RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, op. cit., p. 36

incorrecto frente a los mismos. Tal diferencia valorativa puede explicarse en el sentido que la mayor vinculación del sujeto con el hecho valorado como injusto, siendo consciente del alcance de lo que está haciendo, le impone el deber de motivación a favor de la norma, de tal modo que el atentado contra su validez sea de mayor entidad y justifique una reacción más contundente para recuperar la confianza en la norma que ha sido perturbada; mientras que el autor imprudente, desde su perspectiva subjetiva, se ha mantenido respetuoso con el derecho y con los bienes jurídicos, no pone entredicho la norma, no quebranta la paz jurídica, por lo que no requiere de una respuesta punitiva tan severa<sup>99</sup>.

De acuerdo con ROXIN, debe entenderse que lo que justifica la más severa punición de los delitos dolosos frente a los imprudentes (para mejor entendimiento mirado el asunto en el límite del dolo eventual y culpa consciente) es la decisión por la posible lesión de los bienes jurídicos, en tanto el autor doloso ha reconocido y tomado en serio la posibilidad de la producción del resultado y a pesar de ello se ha mantenido en la ejecución del plan<sup>100</sup>. Dicho criterio de decisión expresa la diferente punibilidad que existe entre dolo e imprudencia, en tanto el autor doloso se ha situado conscientemente contra el Derecho (contra los bienes jurídicos protegidos), mientras el autor imprudente consciente, en un acto de insensatez o ligereza, ha incurrido en un descuido, sin que haya tomado decisión alguna en contra de los bienes jurídicos (no se ha enemistado con el Derecho). Se trata de una diferencia esencialmente cualitativa<sup>101</sup>. Además, recalca que dolo e imprudencia no solamente representan distintos tipos de injusto, sino que entre estas dos categorías existe una

---

<sup>99</sup> BERNARDO FEIJÓO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, op. cit., p. 68 y ss.

<sup>100</sup> CLAUS ROXÍN, *Política criminal y estructura del delito*, op. cit., p. 44

<sup>101</sup> CLAUS ROXÍN, *Derecho penal: parte general (fundamentos, la estructura de la teoría del delito)*, op. cit. p. 425; el mismo: *Sobre el dolo eventual*, op. cit., pp. 9 y 10. En esta misma línea: SANTIAGO MIR PUIG, *El derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Barcelona, Bosch, 1994, p. 188

diferencia de culpabilidad que legitima la mucho mayor punibilidad de la primera<sup>102</sup>.

Otra justificación normativa sobre la diferente punibilidad en los delitos dolosos e imprudentes es la de JAKOBS, vista en clave de prevención general, para quien el sujeto que actúa dolosamente realiza una conducta que requiere una respuesta punitiva mayor por parte del ordenamiento jurídico en tanto, desde un punto de vista de significado social, con su comportamiento ha negado la vigencia de la norma que es infringida ante la colectividad, mientras quien actúa imprudentemente lo hace por error o ignorancia y no pone en tela de juicio su vigencia, por eso en el primer caso la sanción es necesaria para reafirmar la validez de la norma, en el segundo caso se podría incluso exonerar de la sanción por tratarse de un defecto cognitivo<sup>103</sup>. Por lo mismo se concluye que mediando el conocimiento, resulta más fácil que el autor evite; mientras que si el autor no conoce, difícilmente se puede esperar de él una acción de evitación del peligro.

Dicho de otro modo, para JAKOBS, la menor gravedad de la sanción de los delitos imprudentes frente a los delitos dolosos radica en que, en los primeros el autor también se pone en riesgo a sí mismo: "En la imprudencia, el autor soporta un riesgo natural que no es común en el dolo: el riesgo de que incluso él pueda resultar dañado... está gravada con una *poena naturalis*, y este riesgo de auto-daño disminuye la importancia del autor imprudente frente al doloso"<sup>104</sup>.

---

<sup>102</sup> CLAUS ROXIN, Acerca de la normativización del *dolus eventualis* y la doctrina del peligro de dolo, op. cit., p. 177

<sup>103</sup> GÜNTHER JAKOBS, El concepto jurídico-penal de acción (traducción de Manuel Cancio Meliá), en: *Estudios de derecho penal*, op. cit., pp. 116-117. Esta doctrina la suscribe RAMON RAGUÉS i VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, op. cit., p. 41 y ss.

<sup>104</sup> GÜNTHER JAKOBS, *Derecho penal, parte general*, op. cit., p. 313; el mismo: Sobre el tratamiento de los defectos volitivos y de los defectos cognitivos, en: *Estudios de derecho penal*, op. cit., p. 141

Finalmente, otras teorías entremezclan fundamentos diversos para explicar el diferente tratamiento punitivo de las dos formas de imputación subjetiva. Así, importa destacar la posición de HASSEMER, para quien el dolo conlleva aparejada una sanción de mayor gravedad porque el sujeto con su acción no solamente lesiona el bien jurídico protegido, sino también la norma que lo protege y su vigencia y la expectativa de la sociedad de la que hace parte que estima valioso ese bien jurídico. Son razones que justifican y legitiman una reacción estatal más violenta<sup>105</sup>.

### **9. Modernas teorías cognitivas: El dolo de peligro o riesgo no permitido para los bienes jurídicos. El dolo eventual como arquetipo de dolo**

Retomemos en este orden de ideas el ya consignado postulado central de las teorías cognitivas: el dolo es dolo de peligro para los bienes jurídicos y su contenido se agota en el elemento cognitivo o intelectual: "El dolo, por lo tanto, sólo depende del conocimiento del autor de la peligrosidad concreta de la realización del tipo"<sup>106</sup>. Ello para significar que para las modernas teorías cognitivas el dolo es siempre un dolo de peligro y el resultado de lesión no es más que una posibilidad *ex ante*, al momento de actuar, momento en el que se emite el juicio de probabilidad de lesión del bien jurídico tutelado<sup>107</sup>. Por supuesto, ese juicio sobre el riesgo para los bienes jurídicos es una atribución normativa, es un juicio de valor judicial, así, en una percepción completamente normativa, Puppe define con contundencia que "La cuestión de si se debe tomar en serio un peligro no

---

<sup>105</sup> WINFRIED HASSEMER, Los elementos característicos del dolo, op. cit. p. 916 y ss. Suscribe esta posición: MARÍA DEL MAR DÍAZ PITA, La presunta inexistencia del elemento volitivo en el dolo y su imposibilidad de normativización, op cit., p. 69 y s. La misma: *El dolo eventual*, op. cit., p. 302

<sup>106</sup> ENRIQUE BACIGALUPO, *Derecho penal, Parte general*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, p. 320

<sup>107</sup> JOSÉ MANUEL GÓMEZ-BENÍTEZ, El concepto de dolo en la moderna dogmática penal, op. cit., p. 16

la tiene que decidir el autor, sino el Derecho"<sup>108</sup>. En todo caso, todas las propuestas trazadas bajo la línea de las modernas teorías cognitivas tienen en común la intención de matizar o reducir la importancia de los fenómenos psíquicos en la definición del dolo o en su determinación procesal, introduciendo restricciones normativas al conocimiento y a la voluntad como puros estados mentales, o prescindiendo de ambos en ciertos contextos<sup>109</sup>.

Del paradigma del dolo de peligro para los bienes jurídicos se extraen dos consecuencias fundamentales:

La primera es que el dolo se define como conocimiento de la propia conducta *ex ante* penalmente relevante y del peligro o riesgo no permitido posiblemente generador del resultado típico lesivo del bien jurídico, resultado del cual se prescinde como objeto de conocimiento<sup>110</sup>. Ello hace, entre otras cosas, prescindible el componente volitivo en el dolo.

La segunda consecuencia es que el dolo eventual se convierte en el arquetipo del dolo, en tanto esa variante del dolo es por esencia el paradigma del dolo de peligro, pues se asume que por definición el dolo eventual consiste en el conocimiento del peligro o riesgo concreto no permitido para el bien jurídico. Esa identificación de dolo eventual con dolo de peligro conlleva a entender que cuando se postula una determinada concepción del dolo eventual, esta repercute en las demás

---

<sup>108</sup> INGEBORG PUPPE, *La distinción entre dolo e imprudencia*, op. cit., p. 89 y s.

<sup>109</sup> RAMON RAGUÉS I VALLÈS, De nuevo, el dolo eventual: un enfoque revolucionario para un tema clásico, op. cit., p. 2

<sup>110</sup> JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, op. cit., p. 401. En el mismo sentido, MIRENTXU CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 116, para quien el resultado no forma parte del injusto típico sino de la sancionabilidad; RAMON RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, op. cit., p. 162: "lo que todavía no existe (el resultado) se puede prever, pero no conocer".

formas de dolo, precisándose entonces que el dolo eventual es la modalidad básica del dolo o el dolo general y los dos supuestos de dolo directo son casos de dolo cualificado, en tanto aquel comporta el contenido del ilícito y alberga los elementos que fundamentan el delito doloso en comparación con el delito imprudente<sup>111</sup>.

Así, entonces, el concepto general de dolo se construye desde la caracterización del dolo eventual a partir del conocimiento del riesgo no permitido o del peligro de producción del resultado típico. Bajo este entendimiento de las cosas, importante conclusión es que en principio el dolo eventual, las demás formas de dolo y la imprudencia consciente, se fundamentan en un común dolo de peligro asociado con el conocimiento del riesgo o del peligro no permitido para los bienes jurídicos como consecuencia de la conducta. No existe ninguna diferencia estructural entre los delitos dolosos e imprudentes porque en ambos se infringe la misma norma que prohíbe las acciones peligrosas *ex ante* para los bienes jurídicos. Se concibe de este modo la unificación del dolo en torno al dolo eventual, pues igual en el dolo directo y en el dolo de consecuencias necesarias el autor obra con conocimiento del peligro concreto de la realización del tipo, mientras que la culpa consciente aunque comparte la misma estructura a partir del conocimiento del riesgo o del peligro, este es abstracto<sup>112</sup>.

---

<sup>111</sup> Esta es la idea defendida, entre otros, por MIRENTXU CORCOY BIDASOLO, En el límite entre dolo e imprudencia (comentarios a la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1983), en: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penal*, Madrid, T. XXXVIII, Fasc. III, Sept.-Dic. 1985, p. 965; ENRIQUE BACIGALUPO, Problemas actuales del dolo, en: *Teoría y práctica del derecho penal, tomo I*, Madrid, Marcial Pons, 2009, p. 542; RAMON RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, op. cit., p. 186; INGEBORG PUPPE, *La distinción entre dolo e imprudencia*, op. cit., p. 136; GABRIEL PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual, hacia el abandono de la idea del dolo como estado mental*, op. cit., p. 688; MARCELO A. SANCINETTI, *Subjetivismo e imputación objetiva en derecho penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 64

<sup>112</sup> ENRIQUE BACIGALUPO, Problemas actuales del dolo, op. cit., p. 541.

A partir de esta premisa, los partidarios de las modernas teorías cognitivas establecen distintos criterios tendientes a la diferenciación entre las conductas dolosas e imprudentes y, especialmente, entre el dolo eventual y la culpa consciente:

**a. Teorías objetivas:**

Para diferenciar el dolo de la imprudencia se parte de la identificación, en primer lugar, del dolo con el dolo de peligro concreto, en la medida en que exista en el sujeto el conocimiento del peligro o riesgo concretos para el bien jurídico en la realización de un tipo de lesión. En segundo lugar, se identifican las imprudencias conscientes con el dolo de peligro abstracto, esto es, el conocimiento del peligro abstracto de la conducta para el bien jurídico<sup>113</sup>.

Basta para esta teoría con la determinación del nivel de conocimiento concreto o abstracto para calificar el comportamiento como doloso o imprudente, sin que sea necesario apelar a la voluntad del autor, porque el solo conocimiento del peligro concreto condiciona la decisión en contra del bien jurídico, de realización del tipo penal. Para esta teoría lo verdaderamente relevante es la afirmación del nivel de conocimiento del individuo, esto es, si se trata de un conocimiento concreto o abstracto, para determinar si la conducta es dolosa o imprudente, sin que tenga importancia alguna indagar sobre el contenido de su voluntad<sup>114</sup>, pues lo decisivo es el parámetro normativo y no la postura subjetiva del autor individual. Ejemplo: el conductor que sobrepasa en la carretera advirtiendo la proximidad de otro vehículo que de manera correcta transita por el carril contrario, actúa con dolo en la medida que tenía

---

<sup>113</sup> Ibídem, p. 541.

<sup>114</sup> JOSÉ MANUEL GÓMEZ-BENÍTEZ, El concepto de dolo en la moderna dogmática penal, op. cit., p. 19

conocimiento de un peligro o riesgo concreto. Si no advirtió la presencia del otro automotor, actúa con conocimiento de un peligro abstracto, por lo que su conducta es imprudente.

Esta concepción del dolo y de la imprudencia, determinada a partir del conocimiento de los factores o niveles de riesgo o peligro para los bienes jurídicos desatados por la propia conducta, implica una desbordada extensión del ámbito del dolo, pues ante el conocimiento del peligro concreto no tiene cabida la imprudencia en la ejecución de la conducta, careciendo de importancia lo que el autor “espere”, “confíe” o “no desee”<sup>115</sup>, pues se prescinde de cualquier componente volitivo una vez el sujeto toma la decisión de realizar una conducta no obstante el conocimiento que tiene sobre sus peligros o riesgos para los bienes jurídicos tutelados, en tanto que lo que se espera de él normativamente es la evitación del hecho<sup>116</sup>.

Definido el dolo ante el conocimiento del peligro o riesgo concreto para el bien jurídico en la ejecución de la conducta, la categoría del dolo que puede imputarse al sujeto pasa por determinar el tipo de conocimiento *ex ante* (bajo el criterio del hombre medio correctamente motivado) que gobernaba su decisión contra el bien jurídico, estableciéndose que tratándose de un conocimiento seguro se está ante un dolo directo de primer grado; si se trata de un conocimiento altamente probable de que se producirá el resultado, se configura un dolo directo de segundo grado o de consecuencias necesarias.

---

<sup>115</sup>

BERNARDO FEIJÓO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, op. cit., p. 29

<sup>116</sup>

Ibídem, p.32: “El que “tiene el hecho ante los ojos” ya no es digno de verse exonerado de responsabilidad por ‘haber confiado’”.

Si, por el contrario, se trata de un conocimiento inseguro del riesgo o del peligro para el bien jurídico provocado por la decisión normativa consecuente del individuo con ese conocimiento, se determina la existencia del dolo eventual. A diferencia de la culpa consciente en la que partiendo de un conocimiento del peligro abstracto para los bienes jurídicos, en el sujeto se configura una decisión normativa errónea, de forma descuidada, de realización del hecho típico; es en verdad una decisión de no actuar en contra del bien jurídico<sup>117</sup>.

#### **b. Teorías subjetivas:**

Partiendo de la misma idea cognitiva de que el dolo es dolo de peligro o riesgo de los bienes jurídicos, con exclusión del componente volitivo, y sosteniéndose la igual estructura con los delitos imprudentes conscientes, la imputación subjetiva no se define bajo el criterio del hombre medio, sino que es necesario asumir el concreto nivel de conocimiento del peligro por parte del sujeto en su actuación. Sólo atendiendo los niveles individuales de representación de la realidad y conocimiento del peligro, puede afinarse una imputación precisa que comprenda solamente aquello que el individuo en particular pudo abarcar al momento de actuar, es decir que solo se puede imputar aquello que efectivamente el sujeto conoció.

Adicionalmente, a diferencia de las teorías cognitivas objetivas, estas definen tanto para los delitos dolosos como para los imprudentes conscientes que el conocimiento abarca el peligro concreto para el bien jurídico, de manera que la imputación se hace gradual en el sentido que en tanto aumenta la representación y la probabilidad del peligro,

---

<sup>117</sup> Ibídem, p. 56 y s.

incrementa el grado de imputación de imprudencia consciente, dolo eventual y dolo de consecuencias necesarias<sup>118</sup>.

## **10. Modernas teorías volitivas: decisión contra el bien jurídico**

Tomando notable distancia de las tradicionales teorías que se fundaban en conceptos ontológicos a partir de los cuales se estructuraban el dolo y la imprudencia consciente sobrevalorándose el componente volitivo de contenido psicológico, las modernas teorías volitivas –por seguir las llamando de la misma manera- se desarrollan con un acentuado significado normativo, reconociendo que el elemento cognitivo del dolo hace alusión al riesgo o peligro de los bienes jurídicos y no al resultado, sin renunciar, sin embargo, a un componente volitivo pero sin contenido psicológico, sino como voluntaria realización del tipo penal o como decisión por la posible lesión del bien jurídico.

Se estima por los partidarios de estas teorías que el elemento psicológico relativo a la voluntad es susceptible de normativización en la medida en que resulta inaccesible su determinación desde una perspectiva empírica. Ese es, se subraya, el objetivo de la expresión “decisión contraria al bien jurídico”, que no es otra cosa que una valoración normativa realizada sobre un segmento de la realidad que refleja una tendencia interna del sujeto<sup>119</sup>.

Por supuesto, a partir de considerar la necesidad del componente volitivo en la conformación del dolo, se generan diferencias estructurales con la concepción normativa de corte cognitivo. Se considera que es inútil la

---

<sup>118</sup> JOSÉ MANUEL GÓMEZ-BENÍTEZ, El concepto de dolo en la moderna dogmática penal, op. cit., p. 22

<sup>119</sup> MARÍA DEL MAR DÍAZ PITA, La presunta inexistencia del elemento volitivo en el dolo y su imposibilidad de normativización, op cit., p. 68

concepción de un concepto de dolo privado de sustrato ontológico, como inútil resulta afinar el dolo en la mera representación de los peligros, por lo que es necesario acudir a parámetros normativos de valoración, pero, en el entendido de que esa valoración lo será en relación con la decisión asumida por el agente frente al bien jurídico.

Se trata en todo caso, debe reiterarse, de una decisión normativa aquella que es materializada mediante actos concluyentes en contra del bien jurídico tutelado<sup>120</sup>. Sin embargo, se aprecia de manera relevante un factor volitivo en el dolo en tanto el sujeto incluye en sus cálculos la posible producción del resultado, lo quiere y actúa en consecuencia, se “conforma con” el resultado o “lo toma en serio”. Para la configuración de la acción dolosa, el conocimiento suministra los datos necesarios al individuo para que adopte la decisión contraria al bien jurídico tutelado. De manera que el sujeto se decide en contra del bien jurídico y el derecho penal responde imponiendo una sanción cuyo mensaje es la advertencia de que debe adecuar su conducta al respeto de los bienes jurídicos.

Distinto a lo que sucede en la imprudencia donde se advierten motivaciones que delatan su no decisión de actuar en contra del bien jurídico puesto que “espera” o “confía” en poder evitarlo, que en todo caso “no desea” el resultado. En este caso el individuo configura su acción de acuerdo a la realización de actividades que encierran peligro que es conocido por él, de manera que cuando no controla ese peligro y se produce un resultado lesivo tales actividades adquieren relevancia penal y la sanción menor que le destina el derecho penal contiene el mensaje de

---

<sup>120</sup> Se enfatiza en estas modernas teorías volitivas que el concepto de *decisión* debería “juzgarse, como todos los conceptos jurídicos, no como un desnudo dato síquico, sino siguiendo parámetros normativos”: CLAUS ROXIN, *Acerca de la normativización del dolus eventualis y la doctrina del peligro de dolo*, op. cit., p. 171

que debe prestar mayor atención en la ejecución de las actividades peligrosas.

Como criterio definidor de la decisión del sujeto que es contraria al bien jurídico, ROXIN ha formulado el de la “realización del plan”, a partir del cual configura el dolo entendiéndose que cuando el sujeto incluye en su plan de acción el cálculo de un resultado típico se ha decidido en contra del bien jurídico y, por lo tanto, ha querido dicho resultado. A partir de este postulado delimita el dolo eventual y la culpa consciente, expresando que: “Quien incluye en sus cálculos la realización de un tipo reconocida como posible, sin que la misma le disuada de su plan, se ha decidido conscientemente –aunque sólo sea para el caso eventual y a menudo en contra de sus propias esperanzas de evitarlo- en contra del bien jurídico protegido por el correspondiente tipo”<sup>121</sup>. Por su parte la imprudencia consciente no es más que una simple negligencia o ligereza del individuo, sin que pueda inscribirse su acción dentro de un plan de conducta que haga inferir decisión en contra del bien jurídico.

En resumen, acudiendo a los planteamientos de HASSEMER, el peligro de la situación para el bien jurídico, la representación del agente sobre ese peligro y su decisión a favor de la realización del mismo son, en esta secuencia, los pasos que conducen sistemáticamente hacia la imputación subjetiva, y que sólo la cuestión del peligro contiene datos observables ya que la representación del agente sobre esa situación al igual que su decisión no pueden ser descritas a partir de una observación, sólo son deducibles a través de indicadores<sup>122</sup>.

---

<sup>121</sup> CLAUS ROXÍN, *Derecho penal: parte general (fundamentos, la estructura de la teoría del delito)*, op. cit. p. 425

<sup>122</sup> WINFRIED HASSEMER, *Los elementos característicos del dolo*, op. cit., p. 929

A tales indicadores es preciso acudir para desentrañar la existencia o no de una “decisión por la posible lesión del bien jurídico”, porque, como se ha dicho líneas atrás, la determinación del dolo no es la constatación empírica de un hecho psíquico, sino que es un acto de atribución o imputación normativa, un juicio de valor judicial, cuya delimitación corresponde hacer al juez<sup>123</sup>.

### **11. La atribución del conocimiento en las teorías normativas**

En las teorías psicológicas del dolo, la determinación del dolo depende de la acreditación de que el individuo ha realizado una conducta objetivamente típica contando con determinados conocimientos verificados en su mente, es decir de naturaleza psicológica. La existencia de tales fenómenos psicológicos se establece *a posteriori*, al momento del proceso penal<sup>124</sup>.

En contrario, las teorías normativas parten de la idea que el conocimiento del riesgo y la decisión que adopta el sujeto frente al bien jurídico refleja una serie de acontecimientos que se desarrollan en su esfera más íntima, por lo que no resulta posible su empírica constatación, sin embargo, acudiendo al hecho constatable de la situación de riesgo, que sí contiene datos verificables, se puede obtener la información suficiente para establecer en un evento determinado, haciendo uso de de diversos indicadores, si en su actuación el sujeto se puso a favor de la posible lesión del bien jurídico<sup>125</sup>. Es un juicio *ex ante*.

---

<sup>123</sup> RAMON RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, op. cit., p. 357

<sup>124</sup> *Ibíd*em, p. 205

<sup>125</sup> En contra del empleo de indicadores como método adecuado para la verificación del dolo, INGEBORG PUPPE, *La distinción entre dolo e imprudencia*, op. cit., p. 80 y s.

Tales indicadores del dolo, se afanan sus defensores en aclarar, no constituyen un problema exclusivamente procesal, sino que pertenecen al mismo concepto de dolo en tanto lo hacen aplicable<sup>126</sup>, lo cual no obsta para en nuestro entender asumir que hacen parte de la determinación forense del dolo, pues finalmente el problema se contrae a un tema de prueba y construcción de indicios a favor y en contra del dolo eventual. Por eso es importante recrear de manera enunciativa algunos de los más importantes indicadores elaborados por la doctrina.

Se recordará que de acuerdo con HASSEMER<sup>127</sup>, los elementos externos que caracterizan el dolo se ordenan en tres secuencias: peligro (externo), representación (interna) del peligro y decisión (interna) a favor de la realización del peligro reconocido. La primera secuencia puede ser descrita; las dos siguientes no funcionan sin una inferencia a través de indicadores.

De manera que la peligrosidad de una conducta como factor objetivo se puede constatar de manera directa a través de datos como, por ejemplo, "la fuerza destructiva de una bomba y su distancia del objeto amenazado, las posibilidades de que un arma exhibida sea utilizada, el lapso de tiempo que dura un suceso lesivo (p . ej . el estrangulamiento de una persona), la zona del cuerpo a la que se dirige el ataque, existencia o proximidad de una acción de salvamento o evitadora del peligro, etc "<sup>128</sup>.

En lo que atañe al nivel cognitivo (de la representación del peligro) "se determina por ejemplo la visibilidad del suceso por el agente (su presencia en el lugar del hecho, proximidad espacial del objeto), su capacidad de

---

<sup>126</sup> WINFRIED HASSEMER, Los elementos característicos del dolo, op. cit., p. 926

<sup>127</sup> Ibídem, p. 929

<sup>128</sup> Ibídem, p. 929

percepción (perturbación pasional o por drogas de esa capacidad, aumento de la misma por cualidades innatas o adquiridas profesionalmente), complejidad vs. simplicidad de la situación, tiempo necesario para realizar observaciones relevantes, etc."<sup>129</sup>.

Y, finalmente, en el nivel de la decisión, "la confirmación de conductas activas de evitación, la probabilidad de una autolesión en relación con los motivos del agente, indicadores de especial relevancia como juventud, incapacidad física, peculiaridades profesionales, comportamientos anteriores del delincuente en situaciones similares que puedan tener relación, de una forma relevante para el dolo, con la situación actual, indicios de vínculos afectivos entre delincuente y víctima, etc."<sup>130</sup>.

En la misma línea, SCHÜNEMANN establece como indicadores del dolo: el valor o disvalor del fin que entraña la conducta, la disposición del autor para asumir por sí mismo el riesgo, nivel del dominio del hecho sobre la víctima, nivel de habituación al riesgo por parte de la sociedad<sup>131</sup>.

Y ROXIN refiere como principales indicadores: la reconocida peligrosidad del propio comportamiento, la oportunidad de la víctima, calculada por el autor, de escapar del peligro por sus propias fuerzas y la carencia de un motivo para la aceptación de un resultado<sup>132</sup>.

FEIJÓO menciona como indicadores: la amenaza de una *poena naturalis* para el autor o para personas estimadas por ella, la habitualidad del peligro, la inminencia de la lesión o la magnitud del riesgo, la interposición

---

<sup>129</sup> Ibídem, p. 929

<sup>130</sup> Ibídem, p. 929 y s.

<sup>131</sup> BERND SCHÜNEMANN, De un concepto filológico a un concepto tipológico del dolo, op. cit., p. 108

<sup>132</sup> CLAUS ROXIN, Sobre el dolo eventual, op. cit., p. 11 y s.

por el autor de medios hasta el final para evitar la realización del resultado o su intento de mantener el riesgo bajo control<sup>133</sup>.

RAGUÉS i VALLÈS elabora lo que denomina *reglas de atribución de conocimiento*, cuyo contenido es esencialmente procesal tendiente a la determinación probatoria del dolo a partir de su entendimiento como “el conocimiento que tiene un sujeto de determinadas circunstancias”<sup>134</sup>. Esas reglas son básicamente las siguientes<sup>135</sup>: conocimientos mínimos del individuo, que impiden la consideración de representaciones irracionales; transmisiones previas de conocimientos al sujeto que realiza la acción; exteriorización del propio conocimiento; características personales del sujeto como fuente de atribución de conocimientos.

## **12. El tratamiento del dolo eventual en la doctrina y la jurisprudencia colombianas**

A diferencia de las más importantes codificaciones extranjeras<sup>136</sup>, el Código Penal colombiano ha sostenido la tradición de definir de manera expresa el dolo y cada una de sus variables, lo cual puede ser visto como una fórmula respetuosa de los principios de legalidad y tipicidad (artículos 6 y 10 del Código Penal y 29 de la Constitución Política). Sin embargo, en la doctrina generalmente se acoge la idea de que en los códigos penales no se incluya la definición de dolo, pues se estima que esta es tarea de la ciencia penal y no del legislador<sup>137</sup>, ello porque además posibilita al juez

---

<sup>133</sup> BERNARDO FEIJÓO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, op. cit., p. 134 y ss.

<sup>134</sup> RAMON RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, op. cit., p. 363

<sup>135</sup> *Ibidem*, p. 379 y ss.

<sup>136</sup> En los códigos penales alemán (§ 15 y 16.1 del StGB) y español (artículo 1 y 14.1), el contenido del dolo se deduce a partir de la regulación del error de tipo.

<sup>137</sup> En este sentido cfr. RAMON RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, op. cit., p. 27. Por su parte, FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho penal, parte general*, Medellín, Comlibros, 2009, p. 620 reconoce que la figura del dolo “ha sido definida de manera expresa por el legislador, circunstancia que no exonera al asunto de exploraciones doctrinarias”.

una mejor interpretación de esta categoría del delito en los casos límite. De cualquier manera la expresa consagración del dolo, obliga a que toda definición que se haga de este componente de la imputación subjetiva, deba estar atada al dispositivo legal<sup>138</sup>.

El concepto de dolo en el actual ordenamiento penal colombiano, contiene una noción positiva que es del siguiente tenor:

*“Artículo 22. Dolo. 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”.*

Pero también contempla una noción negativa relativa a la exclusión del dolo, la que se extrae del error de tipo:

*“Artículo 32. Ausencia de responsabilidad. No habrá lugar a responsabilidad penal cuando:*

*...*

*10. Se obre con error invencible de que no concurre en su conducta un hecho constitutivo de la descripción típica o de que concurren los presupuestos objetivos de una causal que excluya la responsabilidad. Si el error fuere vencible la conducta será punible cuando la ley la hubiere previsto como culposa”.*

En esta definición se abarcan todas las formas de aparición del dolo. Dolo directo de primer y segundo grado, cuando se define que *La conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción*

---

<sup>138</sup>

RAMON RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, op. cit., p. 155.

penal y quiere su realización. Se advierte en esta definición que el legislador hace prevalecer en el dolo directo de primer grado la coexistencia de los componentes cognitivo y volitivo, bajo los verbos conocer y querer; en tanto, en el dolo directo de segundo grado o de consecuencias necesarias el predominio de manera general se da al componente cognitivo sobre el volitivo. Este es un asunto que no merece discusión alguna<sup>139</sup>.

Más importante resulta para lo que es el interés de este trabajo, la consagración del dolo eventual bajo la fórmula "*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*", aspecto este sobre el cual en adelante centraremos nuestra atención.

El Código Penal de 1980, en su artículo 36, consagraba una fórmula distinta, de la que podía deducirse el concepto de dolo eventual: "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". No hay duda que de su contexto emanaba la prevalencia del factor volitivo en su configuración o por lo menos representaba un relativo "equilibrio" entre los componentes volitivo y cognitivo<sup>140</sup>, asentándose dicha definición de manera clara en la teoría de la voluntad o del consentimiento, según la percepción que además ha sido la asumida por la doctrina<sup>141</sup> y la jurisprudencia<sup>142</sup>.

---

<sup>139</sup> En este sentido, FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho penal, parte general*, op. cit., p. 625; SANDRA JEANNETTE CASTRO OSPINA, Tipo subjetivo, en: *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 237 y s.

<sup>140</sup> FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, La teoría de la conducta punible en el nuevo código penal, en: *Nuevo Foro Penal N° 63*, enero –abril, 2000, p. 27

<sup>141</sup> En este sentido, FEDERICO ESTRADA VÉLEZ, *Derecho penal, Parte general*, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1981, p. 322: "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"; igual, ALFONSO REYES ECHANDÍA, *Culpabilidad*, Bogotá, Temis, 1988, p. 59. En general, en la

A simple vista se puede detectar un giro dogmático en la estructura del dolo eventual en el tránsito del código penal de 1980 (decreto 100) al vigente actualmente (ley 599 de 2000): se modificó la expresión “*previéndola al menos como posible*” por el término “*prevista como probable*”, denotándose con ello distinto grado o nivel de conocimiento al tornar la posibilidad en probabilidad en aras de la concreción de este elemento relativo al conocimiento, lo que bien puede interpretarse como una explícita toma de postura por la teoría de la probabilidad<sup>143</sup>. Agregándose, además, el elemento más relevante en la nueva definición determinado por la producción del resultado que “*se deja librada al azar*”<sup>144</sup>.

Esta manera como se legisló el tema del dolo eventual implica el abandono de la teoría de la voluntad o del consentimiento, enfrentándose a una nueva realidad, siendo deliberado la supresión de expresiones relacionadas con el “querer, aceptar o conformarse”, apelándose al criterio de la “no evitación” en la fórmula de la producción “librada al azar”.

---

doctrina penal colombiana ha predominado la teoría del consentimiento, cfr. detallado análisis sobre la posición asumida en la historia dogmática nacional en: GLORIA MARÍA GALLEGU GARCÍA y JUAN OBERTO SOTOMAYOR ACOSTA, *El dolo eventual en el código penal colombiano: entre limitaciones dogmáticas y exigencias político-criminales*, op. cit., pp. 19 ss.

<sup>142</sup> La Corte en esta misma línea adoptó la teoría de la voluntad o del consentimiento: “*Y es precisamente en esta intencionalidad en donde radica la diferencia entre el dolo eventual y la llamada culpa con representación*”: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 25 de noviembre de 1997. En este mismo sentido la Corte sostuvo 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 (...)*”: sentencia del 14 de mayo de 1996. Proceso 9196, M.P. Dídimo Páez Velandia.

<sup>143</sup> CLAUS ROXÍN, *Derecho penal: parte general (fundamentos, la estructura de la teoría del delito)*, op. cit. p. 435

<sup>144</sup> JESÚS ORLANDO GÓMEZ LÓPEZ, *Teoría del delito*, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 2003, p. 288 y s., para quien *dejar librada al hacer* es un componente negativo más difícil de probar que el componente positivo de *aceptar la posibilidad*.

El asunto, sin embargo, no está exento de importante controversia en relación con la concepción que en esta materia quiso asumir el legislador rompiendo con una tradición afincada en un concepto "ontológico" de dolo, máxime que en los argumentos expuestos por la Fiscalía General de la Nación en la motivación del proyecto de Código Penal de 1997 (convertido posteriormente en la vigente ley 599 de 2000), para abandonar la fórmula del dolo eventual consagrada en el Código Penal de 1980, al parecer se pretendió asumir de manera tajante una posición de claro corte normativista al indicarse que:

*"b. La 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"<sup>145</sup>.*

En torno a cuál fue la intención del legislador en relación con la asunción de esta fórmula del dolo eventual se suscitan diversos cuestionamientos, los mismos que son provocados por las explicaciones que se han dado por quienes intervinieron en su estructuración. En efecto, resultan algo confusas

<sup>145</sup>

Exposición de motivos del Proyecto de ley del Código Penal presentado por la Fiscalía General de la Nación, en: Revista de derecho penal N° 8, Medellín, Leyer, 1998, p. 239

las razones que esgrime GÓMEZ PAVAJEAU, abanderado de la postura legislativa, quien al momento de tratar de explicar la fórmula asumida en el código penal alude al acogimiento de las tesis de ROXIN sobre la decisión contraria al bien jurídico, en tanto “cuando el sujeto cuenta seriamente con la posibilidad de la realización del tipo, pero a pesar de ello sigue actuando para alcanzar el fin perseguido, y se resigna así –sea de buena o de mala gana- a la eventual realización de un delito”, bajo la esperanza del individuo quien “deja al azar el que el peligro por él conocido se realice o no”<sup>146</sup>. Se trata de la llamada teoría del “tomarse en serio”, la cual parece plasmarse en la disposición normativa. Adicionalmente, del mismo texto de la exposición de motivos del proyecto legislativo, algunos autores se inclinan por entender que se ha asumido una teoría afín a la del peligro no cubierto o asegurado de R.D. HERZBERG<sup>147</sup>, cuando se dice acoger teoría semejante extraída de ESER / BURKHARDT, relacionada con el riesgo no controlado<sup>148</sup>. Debe repararse, sin embargo, que ROXIN reconduce dicha teoría a la suya de “tomarse en serio”<sup>149</sup>, no existiendo una diferenciación sustancial con ella, por lo que bien puede admitirse que cuando el legislador plantea la fórmula del dolo eventual lo está haciendo en perspectiva de esos mismos postulados.

De cualquier manera no cabe duda que en el código penal colombiano de 2000 se asume la teoría de la probabilidad, al menos en una

---

<sup>146</sup> CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU, *Estudios de dogmática en el nuevo código penal*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2002, p. 125. Se cita a CLAUS ROXÍN, *Derecho penal: parte general (fundamentos, la estructura de la teoría del delito)*, op. cit. pp. 427 y 450. ROXIN reproduce, compartiéndola, la fórmula de “dejar al azar” desarrollada por el Tribunal Supremo Federal alemán.

<sup>147</sup> En este sentido, críticamente, FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho penal, parte general*, op. cit., pp. 627 y 628. El mismo: La teoría de la conducta punible en el nuevo código penal, op. cit., p. 27 y s.

<sup>148</sup> Se utiliza la misma fórmula de R.D. HERZBERG, entendiéndose que un peligro no es cubierto o asegurado “cuando durante o después de la acción del sujeto han de intervenir la suerte y la casualidad solas o en una gran parte para que el tipo no se realice”: CLAUS ROXÍN, *Derecho penal: parte general (fundamentos, la estructura de la teoría del delito)*, op. cit. p. 450.

<sup>149</sup> *Ibidem*, p. 444

concepción amplia de esta variante de la teoría de la representación. Así lo reconocen la doctrina<sup>150</sup> y la jurisprudencia<sup>151</sup> nacionales. Más discutible resulta ser la vertiente adoptada por el legislador dentro de ese amplio espectro de matices que comporta esta línea dogmática del dolo y concretamente los contornos materiales dentro de los cuales puede ser desarrollado el concepto de dolo eventual en el derecho penal colombiano y su diferenciación con la imprudencia consciente, llamada también culpa con representación.

Esta última está definida en el artículo 23 C. Penal como “*La conducta es culposa cuando el resultado típico es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo*”. Obviamente la interpretación que en este sentido pueda llevarse a cabo sobre el concepto de culpa consciente tiene que partir del contenido y de los límites que se dé a la figura del dolo eventual.

Hemos dicho que el legislador adoptó la teoría de la probabilidad para la delimitación del dolo eventual y de la culpa consciente. Teoría que en todo caso da prelación al componente cognitivo sobre el volitivo, por lo que estimamos inadecuado frente al derecho positivo persistir en postular la voluntad (psicológica) como factor delimitador principal entre estos dos

---

<sup>150</sup> Así, SANDRA JEANNETTE CASTRO OSPINA, Tipo subjetivo, en: *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, op. cit., p. 238; JESÚS ORLANDO GÓMEZ LÓPEZ, *Teoría del delito*, op. cit., p. 289; FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho penal, parte general*, op. cit., p. 628, para quien sin embargo se trata de una postura mixta que enfatizando el componente cognitivo del dolo no abandona el volitivo.

<sup>151</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia 20860 del 15 de septiembre de 2004, M.P. Germán Galán Castellanos: “El código de 2000, en cambio, abandona esa afiliación teórica [la teoría estricta del consentimiento] para adoptar la denominada teoría de la **probabilidad**, en la que lo volitivo aparece bastante menguado, no así lo cognitivo que es prevalente. Irrelevante la voluntad en esta concepción del dolo eventual, su diferencia con la culpa consciente sería ninguna o muy sutil, salvo que en ésta, el sujeto **confía** en que no se producirá y bajo esa persuasión actúa, no así en el dolo eventual ante el cual, el sujeto está conforme con la realización del injusto típico, porque al representárselo como probable, nada hace por evitarlo”.

conceptos fronterizos en la teoría del dolo<sup>152</sup>. No obsta ello sin embargo para entender, como lo creemos, que efectivamente el legislador optó por una fórmula afín a los postulados de ROXIN, de quien se puede decir que se inscribe en una tendencia normativista consonante con la teoría de la probabilidad, pero matizada con ingredientes de tipo volitivo como lo es la “decisión para la posible lesión del bien jurídico” o el concepto de “tomarse en serio”.

Recuérdese que la teoría planteada por ROXIN es una reacción a lo insatisfactorias que resultan para la solución del problema de delimitación del dolo eventual las teorías clásicas de la voluntad, aprobación o consentimiento y de la representación, de la posibilidad y de la probabilidad. La primera porque, en entender del profesor alemán, restringe demasiado el concepto de dolo, la segunda porque lo expande<sup>153</sup>. De manera que asumiendo los principios básicos de la teoría de la probabilidad relacionados con la prevalencia del elemento cognitivo alusivo al riesgo o peligro de los bienes jurídicos y no al resultado, no se renuncia a un componente volitivo pero sin contenido psicológico, sino como decisión por la posible lesión del bien jurídico.

En efecto, ese elemento relativo a la voluntad, aclara ROXIN, no alude a conceptos de aprobación o deseo del resultado, tampoco a una actitud sentimental de indiferencia del agente, porque en un derecho penal liberal no puede ser objeto de reproche la disposición interior del individuo, sus sentimientos emocionales de indiferencia o pesar. Se hace alusión a

---

<sup>152</sup> En este sentido, FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho penal, parte general*, op. cit., p. 692. FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ/CHRISTIAN WOLFFHÜGEL GUTIÉRREZ, La diferencia entre el dolo eventual y la culpa consciente en la reciente jurisprudencia, en: *Cuadernos de Derecho Penal* (en línea), N° 6, p. 157, 2012, [http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho\\_penal/cuadernos-de-derecho-penal/cdp6/diferencia-dolo-culpa-jurisprudencia-corte-fernando-christian-wolffhugel.pdf](http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho_penal/cuadernos-de-derecho-penal/cdp6/diferencia-dolo-culpa-jurisprudencia-corte-fernando-christian-wolffhugel.pdf), fecha de consulta: junio 15 de 2012.

<sup>153</sup> CLAUS ROXIN, *Sobre el dolo eventual*, op. cit., p. 5

una decisión contra el bien jurídico, a un cálculo dentro del plan de acción<sup>154</sup>. Por la misma razón, en la determinación del dolo no se trata de comprobar hechos psíquicos "sino de una interpretación de la conducta del autor en el sentido de aceptar el resultado"<sup>155</sup>.

De allí que puede decirse que la pareja conceptual empleada por las normas reguladoras en el código penal del dolo eventual y la culpa consciente de "*prevista como probable y su no producción se deja librada al azar*" y "*habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo*", es compatible con otras que se suelen emplear para significar las mismas consecuencias en la determinación de una u otra forma de imputación subjetiva, como es el caso de la pareja conceptual empleada por ROXIN de "tomarse en serio" y "negligencia o ligereza"; lo mismo que con "resignarse a – confiar en"; o "considera posible la realización y se resigna a ella", para delimitar el dolo eventual<sup>156</sup>. Eventos todos donde no existen diferencias materiales y sólo obedecen a distintos giros lingüísticos que por igual vienen haciendo alusión a un componente volitivo condicionado a la indiferencia del autor frente al resultado cuando ha incorporado a su acción el conocimiento del riesgo o peligro para el bien jurídico.

Componente volitivo relativo a la "decisión por la posible lesión de bienes jurídicos", que por lo tanto debe juzgarse no como dato psíquico, sino bajo parámetros normativos, lo cual tiene una implicación sustancial de cara a la diferencia con las clásicas teorías volitivas y es que esa "decisión" no puede entenderse como "un acto de voluntad reflexivo del tipo de una

---

<sup>154</sup> Ibídem, p. 9; el mismo: *Derecho penal: parte general (fundamentos, la estructura de la teoría del delito)*, op. cit. p. 446

<sup>155</sup> CLAUS ROXIN, *Acerca de la normativización del dolus eventualis y la doctrina del peligro de dolo*, op. cit., p. 96

<sup>156</sup> CLAUS ROXIN, *Derecho penal: parte general (fundamentos, la estructura de la teoría del delito)*, op. cit. p. 428

‘resolución’”, sino que la “indiferencia” por el resultado o el dejarlo librado “al azar” es una opción decisoria del individuo<sup>157/158</sup>.

### 13. La tendencia jurisprudencial en Colombia en materia de dolo eventual

La Corte Suprema de Justicia, ya lo hemos dicho, hasta la vigencia del código penal de 1980 mantuvo una tradición jurisprudencial acorde con la teoría de la voluntad o del consentimiento. Muestra de ello es la sentencia del 12 de octubre de 1995. Proceso 9032, M.P. Juan Manuel Torres Fresneda: *“A diferencia de la culpa con representación bajo la cual considera el actor el riesgo de los bienes tutelados, que no quiere ni acepta producir, pero infructuosamente pretende evitar, en el dolo eventual la representación del resultado punible no se acompaña de una actividad encaminada a eludirlo, sino que se asume y acepta como alternativa posible”*.

Es una posición que se mantuvo en la línea jurisprudencial casi que invariable que distinguía el dolo eventual de la culpa inconsciente a partir del elemento volitivo característico de la primera de las manifestaciones de la imputación subjetiva: *“en el **dolo eventual** el agente se representa la posibilidad de realización del tipo penal y la acepta interiormente, lo que*

---

<sup>157</sup> Ibídem, p. 429: “Quien cuenta con la posibilidad de un resultado típico y, a pesar de todo, ello no lo hace desistir de su proyecto, se ha decidido así –en cierto modo mediante actos concluyentes- en contra del bien jurídico protegido”.

<sup>158</sup> Debe precisarse que la idea de la “decisión contra el bien jurídico” para acentuar el concepto de dolo eventual, realizada por ROXIN y asumida entre otros por HASSEMER (Los elementos característicos del dolo, op. cit. p. 909 y ss.) y DÍAZ PITA (*El dolo eventual*, op. cit., p. 321), es objeto de críticas porque se considera que es una fórmula demasiado vaga que difícilmente permite una definición operativa del dolo, resultando superflua y prescindible por su vacuidad en la conformación del dolo, puesto que la “decisión” siempre está presente cuando el sujeto reconoce correctamente la situación de riesgo y, decide actuar, lo cual en el fondo termina siendo la misma fórmula empleada por los partidarios de las propias teorías cognitivas, cfr. RAMON RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, op. cit., p. 112 y ss.

*incluye aceptar el resultado de su conducta, conformarse con él; 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” (sentencia del 14 de mayo de 1996. Proceso 9196, M.P. Dídimo Páez Velandia).*

Ya en vigencia del código penal de 2000, la Corte ha asumido que en efecto se produjo un paradigmático cambio en la concepción del dolo eventual en la fórmula legal adscrita a la teoría de la probabilidad. Así se dejó sentado en la sentencia 20860 del 15 de septiembre de 2004, M.P. Hermán Galán Castellanos: “El código de 2000, en cambio, abandona esa afiliación teórica [la teoría estricta del consentimiento] para adoptar la denominada teoría de la **probabilidad**, en la que lo volitivo aparece bastante menguado, no así lo cognitivo que es prevalente. Irrelevante la voluntad en esta concepción del dolo eventual, su diferencia con la culpa consciente sería ninguna o muy sutil, salvo que en ésta, el sujeto **confía** en que no se producirá y bajo esa persuasión actúa, no así en el dolo eventual ante el cual, el sujeto está conforme con la realización del injusto típico, porque al representárselo como probable, nada hace por evitarlo”.

Sin embargo, en una posición menos drástica, en vigencia del código penal de 2000, ha entendido la Corte la necesidad de vincular el elemento volitivo en la configuración del dolo eventual. Así define que este “*se configura cuando el sujeto se representa una probabilidad concreta de realizar una conducta punible que no hace parte de su propósito criminal y que, sin embargo, integra a su voluntad al no intentar evitarla y dejar su no producción librada a la suerte*”. Sentencia del 8 de septiembre de 2004, proceso 20373, M.P. Yesid Ramírez Bastidas.

En rededor de estos dos ejes interpretativos la Corte ha ido desarrollando una jurisprudencia en materia de dolo eventual y culpa consciente que parece evolucionar al ritmo impuesto por una tendencia universal que se entroniza en fenomenologías de riesgo para fijar el papel desempeñado por el derecho penal a partir de determinadas necesidades político criminales. Siendo así que bajo una u otra interpretación de los predicados de las normas relativas a las formas de imputación subjetiva se ha ido forjando una orientación jurisprudencial que privilegia el tratamiento de dolo eventual en aquellos casos instalados en la franja disyuntiva con la culpa consciente, bajo un razonamiento que parece inscribirse en la siguiente aserción:

*“... existen acciones que tienen una peligrosidad tan grande que ellas solamente pueden ser entendidas como que –por lo menos– han sido realizadas bajo un dolo eventual, dando lo mismo el si la delimitación entre dolus eventualis e imprudencia consciente se llevara a cabo según criterios cognitivos o volitivos.”<sup>159</sup>*

Parece ser entonces que aunque la delimitación entre dolo eventual y culpa consciente puede tener una notable complejidad en el campo teórico de la dogmática penal, en la realidad jurisprudencial la resolución de los casos pasa necesariamente por puros criterios de exigencias político criminales y hasta podríamos creer que sin importar el sustrato teórico del que se parta, alusivo a teorías cognitivas o volitivas, por vía inductiva se edifica el dolo eventual en función de las características de los hechos y de las necesidades punitivas impuestas sobre sus autores por

---

<sup>159</sup>

CLAUS ROXIN, Acerca de la normativización del dolus eventualis y la doctrina del peligro de dolo, op. cit., p. 172

conveniencias político-criminales<sup>160</sup>. Se trata de un derecho penal conducido a las consecuencias.

Es la tónica que de manera más visible se observa en el tema de la siniestralidad vial, donde a más de percibirse con toda claridad la afirmación de la universalización del riesgo o del peligro como criterio determinante en la conformación del derecho penal actual<sup>161</sup>, puede corroborarse el lugar preeminente y protagonista que en la agenda política y mediática ha conquistado lo que ahora es visto como una manifestación de criminalidad digna del mayor reproche en materia punitiva<sup>162</sup>.

Pues bien, en este orden de ideas traeremos para su análisis dos sentencias emitidas por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, relacionadas con homicidios en accidentes de tránsito ocurridos en similares condiciones desde el punto de vista del realizador de las conductas punibles, con lo que podremos apreciar de una manera clara esta evolución político criminal en la orientación jurisprudencial, habiéndose optado en ambos

---

<sup>160</sup> Se advierte una ruptura entre el conocimiento científico y el plano aplicativo del derecho penal en materias como el dolo eventual, haciéndose reactiva la jurisprudencia frente a las diferentes exigencias de política criminal. En este sentido: STEFANO CANESTRARI. “La estructura del dolo eventual y las nuevas fenomenologías de riesgo”, op. cit., p. 108. En el mismo sentido, entienden que el dolo eventual se construye en obediencia a consideraciones político criminales: GLORIA MARÍA GALLEGU GARCÍA y JUAN OBERTO SOTOMAYOR ACOSTA, El dolo eventual en el código penal colombiano: entre limitaciones dogmáticas y exigencias político-criminales, op. cit., p. 14

<sup>161</sup> ALFONSO CADAVID QUINTERO, *Introducción a la teoría del delito*, op. cit., p. 34.

<sup>162</sup> RAMÓN GARCÍA ALBERO, La nueva política criminal de la seguridad vial, en: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (RECPC), N° 09-11 (2007), p. 2, <http://criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09-11.pdf>, fecha de consulta: 5 de julio de 2012: “Un protagonismo que bien mirado no obedece a un súbito empeoramiento de la cuestión; realmente no estamos peor que antes: los devastadores efectos personales y económicos de los accidentes de tráfico son viejos conocidos. Lo que está cambiando es la actitud social y fundamentalmente la de los poderes públicos hacia esta lacra. Progresivamente, hemos transitado de la resignación, de la cotidiana *conllevancia*, a una actitud de decidido combate, de lucha, de “tolerancia cero” hacia los infractores. Finalmente, el conductor irresponsable ha sido definido como el enemigo a batir y las pérdidas humanas y materiales que causa, el objetivo bélico de una nueva cruzada en la que se nos prometen resultados alentadores a corto y medio plazo”.

casos por la imputación subjetiva de la conducta a título de dolo eventual, no obstante que en tales eventos se parte de concepciones distintas en la asunción del dolo: en uno partiendo de teorías volitivas en plena vigencia del código penal de 1980, en el otro asumiéndose teorías cognitivas dentro del marco de aplicación del código penal de 2000. En medio de las dos sentencias analizadas, se aludirá, sin comentarla, pues no es necesario habida cuenta su explicitud, a una tercera sentencia que fija con claridad los derroteros políticocriminales que fundamentan una y otra decisión.

**Sentencia del 17 de agosto de 2000, proceso 14355, M.P. Jorge Aníbal Gómez Gallego.**

- “En la madrugada del día 15 de diciembre del año de 1994, el señor José de Jesús Pintor Cruz conducía a exceso de velocidad el bus ejecutivo de placas SFF 463, por la troncal Caracas de esta ciudad y en dirección al barrio Monteblanco –sentido norte-sur-, cuando en la intersección con la calle 27 sur, a pesar de que el semáforo estaba en rojo, continuó apresuradamente la marcha y atropelló entonces la motocicleta maniobrada por el señor Jorge Ladino Sanabria, quien murió cuando gravemente herido era trasladado a un centro asistencial. El conductor del autobús se propuso alejarse del lugar, más adelante hizo evacuar a los pasajeros, pero gracias a la interposición solidaria de algunos taxistas, aquél fue capturado por la policía y se determinó posteriormente que en la ocasión estaba bajo los efectos de la embriaguez producida por el alcohol y la marihuana”.

El autor de esta conducta había protagonizado una similar pocos meses antes, el 29 de mayo del año de 1994, cuando en la conducción de un vehículo similar de servicio público y debido al

exceso de la velocidad imprimida a dicho automotor y la violación de la luz roja del respectivo semáforo, según se demostró, fue causante de un accidente de tránsito que arrojó como resultado relevante otra persona muerta.

En esta sentencia, la Corte llega a la conclusión de que la actuación es realizada con dolo eventual, para lo cual toma en cuenta factores tales como la intoxicación previa a la conducción, la transgresión de las normas de tránsito automotor, el conato de huida del lugar del hecho y la experiencia anterior del procesado en la cual se produjeron resultados nefastos, argumentando que este cúmulo de datos *“no sólo nutre el conocimiento de un resultado antijurídico de gran probabilidad sino que también impulsa la voluntad, pues el actuar reiterado en tan lamentables condiciones, también sería evidencia de la desconsideración, el desprecio y la falta de respeto hacia la vida y la integridad de los demás”*.

A juzgar por la Corte en el sujeto existía un *“consciente desprecio por la vida de los demás”*, revelado *“por la concurrencia de riesgosos factores de culpa y la repetición conductual de semejante puesta en peligro”*, inferida también *“del hecho de que el conductor no haya detenido la marcha del automotor, inmediatamente después de la tragedia, para averiguar por la suerte de la víctima y prestarle auxilio, y más bien prefirió huir del lugar”*.

La fundamentación que hace la Corte se inscribe, indudablemente, en una concepción volitiva del consentimiento del dolo eventual, en tanto reconduce cada uno de los datos empíricos constitutivos del conocimiento del sujeto a la conformación de su voluntad, acudiendo en apoyo de sus tesis a los mismos argumentos esgrimidos por el Tribunal en la decisión objeto de revisión y que se condensan en que *“De esta manera, el*

procesado no contaba con la confianza de que el hecho no sobrevendría, como ocurre en la culpa con representación. En este caso, el agente se hizo la reflexión, que presenta gráficamente FRANK en explicación del dolo eventual: ‘... sea así o de otra manera, suceda esto o aquello, en todo caso yo obro’ ...”<sup>163</sup>.

Pareciera que la Corte da mayor importancia en la dilucidación del dolo a los antecedentes del sujeto como constitutivos de su voluntad: “Es claro, entonces, que en el foco de la voluntad del endilgado entraban los resultados obtenidos, pues que fueron por él previstos como ciertos, o como posibles, al menos, cuestión que se ratifica si se recuerda que la experiencia que había tenido la noche del 29 de mayo de 1994, cuyos nefastos efectos se dejaron atrás precisados, lo habían nutrido suficientemente y le había adelantado qué ocurriría en el evento de que obrara en parecidas circunstancias, no obstante lo cual, provisto de ese conocimiento y sumando esta vez los ingredientes del alcohol y la marihuana se puso al timón del bus con absoluta indiferencia de lo que pudiera ocurrir, pero siempre consciente de que algún daño acarrearía, el cual, de antemano, aceptaba”, concluyendo que: “la responsabilidad dolosa se infiere no de la transgresión última de las reglas de tránsito ni de la conducción en estado de intoxicación producida por el alcohol y la marihuana, sino de lo que la experiencia trágica anterior podría determinar no sólo en la consciencia sino también en la voluntad del procesado, “dada la naturaleza de la máquina que dirigía”.

---

<sup>163</sup>

Se invoca como respaldo a la tesis adoptada en esta sentencia la conocida como segunda fórmula de Frank (ut supra, p. 21). Importa precisar que esta fórmula que en principio se ha invocado en apoyo de las teorías de la voluntad, en verdad se basa en la concurrencia de dos elementos: el primero, que el autor se represente la posibilidad del resultado y, el segundo, que pese a ello lleve a cabo su conducta, tornándose en verdad en una fórmula más cercana a las teorías cognitivas. Cfr. RAMON RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, op. cit., p. 63.

La solución a la que arriba la Corte desnuda en todo su esplendor los problemas que aquejan a la teoría de la voluntad. Lo primero es que supone una voluntad presunta que en verdad el sujeto activo nunca prestó, una voluntad inexistente que se infiere de datos empíricos bastante discutibles como indicadores para tal conclusión. Se supone que el individuo desbordó los límites de la confianza en evadir el resultado, afirmándose su aceptación o conformación con el mismo al incorporar en su decisión la experiencia trágica anterior consistente en haber causado un resultado similar al trasgredir las normas del tránsito automotor. Todo ello es visto como una actitud de indiferencia frente al resultado producido, calificándose su conducta de consciente desprecio a la vida de los demás.

Se supone que en esta decisión se asumió una tradicional teoría volitiva de corte ontológico, fundamentada en el conocimiento y la voluntad como integrantes del dolo. Pero la verdad es que aparte del recurso a conceptos éticos inadmisibles relacionados con *“el desprecio y la falta de respeto hacia la vida y la integridad de los demás”*, se recurre a una verdadera falacia para justificar la decisión político – criminal tomada de castigar con la pena del dolo el comportamiento realizado por el sujeto. Falacia consistente en conformar la voluntad del individuo a partir de sus conocimientos e identificar los dos componentes del dolo a tal punto que bien podría prescindirse del elemento volitivo y asegurarse el dolo eventual con fundamento en el conocimiento del peligro que tenía el individuo al desarrollar su acción. Paradójicamente, adscribiéndose a una teoría volitiva, la voluntad en este caso es irrelevante y la sentencia se soporta en el componente cognitivo, siendo además inadecuado el razonamiento llevado a cabo para deducir el dolo sobre su base ontológica, puesto que en el afán de conducir la solución del caso de acuerdo a la decisión de

imponer la pena correspondiente al delito doloso, se termina por quebrantar la estructura del dolo eventual de la que se dice partir.

**Sentencia del 26 de septiembre de 2007, proceso 27431, M.P. Yesid Ramírez Bastidas.**

Esta sentencia puede ser vista como transitiva entre las dos sentencias analizadas, conteniendo elementos teóricos de diversas tendencias dogmáticas que en todo caso invitan a tomar partido por una evidente ampliación del dolo en los eventos de accidentes de tránsito, cuando el sujeto se encuentra bajo efectos de bebidas embriagantes o sustancias estupefacientes. Se dijo allí lo siguiente:

*“Tradicionalmente se ha considerado que los accidentes de tránsito que generan lesiones o muertes deben ser considerados como acontecimientos cubiertos por una acción culposa o imprudente. Se ha entendido que el riesgo ejecutado apenas corresponde a un aumento del riesgo permitido por infracción del deber objetivo de cuidado.*

*Sin embargo, cuando la lesión de los bienes jurídicos vida o integridad personal deviene por acontecimientos que ex ante resultan previsibles para el autor y éste es indiferente ante la posible ocurrencia de los mismos, conviene que la judicatura examine con detalle la posible ocurrencia de una acción dolosa a título de dolo eventual, toda vez que la creación del peligro muchas veces desborda los estrechos límites del delito culposo o imprudente.*

*Con frecuencia pueden ser observados conductores de vehículos pesados o personas que gobiernan automotores bajo los efectos de*

*diferentes sustancias, actuando con grosero desprecio por los bienes jurídicos ajenos sin que se constate que en su proceder ejecuten acciones encaminadas a evitar resultados nefastos; al contrario, burlan incesantemente las normas que reglamentan la participación de todos en el tráfico automotor sin que se les observe la realización de acciones dirigidas a evitar la lesión de bienes jurídicos, pudiéndose afirmar que muchas veces ese es su cometido. En tales supuestos no se estará en presencia de un delito culposo sino doloso en la modalidad denominada eventual”.*

**Sentencia del 25 de agosto de 2010, proceso: 32964, M.P. José Leonidas Bustos Ramírez.**

- “En la noche del miércoles 22 de agosto de 2007, Rodolfo Sebastián Sánchez Rincón, piloto de profesión con 24 años de edad en ese entonces, asistió a una fiesta en la calle 145 A #21-71 de Bogotá, lugar de residencia de Tatiana Peña Gutiérrez, quien celebraba su cumpleaños, a donde llegó entre las 10 y las 11 de la noche en la camioneta Toyota Prado gris, identificada con las placas BYG 321, lugar en el cual permaneció hasta las cuatro de la madrugada ingiriendo licor en considerable cantidad.

Ya en el parqueadero donde había dejado estacionado su vehículo, fumó un cigarrillo de marihuana y hecho lo anterior emprendió su camino tomando la avenida 19, en sentido norte- sur, sucediendo que a la altura de la calle 116, la cual atravesó con exceso de velocidad, sin obedecer la luz roja del semáforo que le imponía detener la marcha, y sin realizar maniobra alguna para esquivar el obstáculo que tenía ante sí, colisionó de manera violenta con la camioneta Nissan de placas CFQ 393 que se desplazaba a

velocidad reglamentaria en dirección occidente- oriente por la referida calle 116, arrastrándola por varios metros, al punto de derrumbar tres postes ubicados sobre el separador y causar la muerte instantánea de sus ocupantes, señores Ricardo Alejandro Patiño y José Lizardo Aristizábal Valencia”.

La Corte en esta sentencia asume que la ley 599 de 2000 en materia de dolo eventual tomó partida por la teoría de la representación, definiendo, primero, que “la representación en esta teoría (aspecto cognitivo) está referida a la *probabilidad* de producción de un resultado antijurídico, y no al resultado propiamente dicho”; segundo, que la probabilidad de realización del tipo delictivo “debe darse en el plano de lo concreto, es decir, frente a la situación de riesgo específica, y no en lo abstracto”; tercero, frente a la fórmula de dejar librado al azar el resultado, involucra un componente volitivo consistente en que “el sujeto decide actuar o continuar actuando, no obstante haberse representado la existencia en su acción de un peligro inminente y concreto para el bien jurídico, dejando el resultado librado al azar”. A partir de estas premisas desarrolla su argumentación jurídica, sobre la cual queremos destacar tres aspectos en particular relevantes para el tema que nos ocupa:

**a. La creación de riesgos no permitidos y la teoría de la habituación al**

**riesgo:** Las características objetivas del riesgo generado es lo que determina la representación del peligro para los bienes jurídicos, de tal manera que si se trata de riesgos menores que apenas superan los permitidos el conocimiento<sup>164</sup> de la probabilidad de producción

---

<sup>164</sup>

Aunque a fondo no nos ocuparemos del tema, dejamos consignado que en la sentencia como en este estudio se emplean de manera indistinta los términos conocimiento y representación, cuando se puede tratar de dos nociones distintas. Conocimiento es un saber verificado racionalmente, representación es la activación psíquica del conocimiento. “Hay ausencia de conocimiento cuando algo no se sabe, y hay ausencia de representación cuando la activación de lo que se sabe no se

del resultado se mantiene en el plano de lo abstracto, mientras que si se trata de riesgos mayores que evidencian un alto grado de peligrosidad objetiva (como por ejemplo con el quebrantamiento de los reglamentos de tránsito) el conocimiento es concreto. En este último caso se genera un dolo eventual y en el primero, si acaso, una culpa consciente. Se respalda el argumento con la tesis de la habituación al riesgo de Jakobs, para inferir que determinadas maniobras que sobrepasan más allá de lo habitual el riesgo permitido en el tráfico rodado, como por ejemplo el saltarse un semáforo en rojo, comportan una conducta dolosa<sup>165</sup>.

Es parte del consenso sobre el cual discurren las actuales teorías que tratan de explicar los límites del dolo, entender que no es suficiente la representación de que una conducta es peligrosa en abstracto para afirmar el dolo, sino que el conocimiento de su peligrosidad debe referirse al comportamiento concreto que se lleva a cabo<sup>166</sup>. Sin embargo, bastante discutible resulta ser la concreción en el individuo de la peligrosidad de su conducta a partir de factores tan ambiguos como los referidos a los riesgos menores o mayores para los bienes jurídicos calificados objetivamente.

Bastaría decir que esos riesgos igual no pueden ser determinados en abstracto, como hace la Corte invocando a JAKOBS, sino que su verdadera dimensión tendría que definirse en el caso en concreto (p. ej., podría considerarse un riesgo habitual el saltarse un semáforo en rojo a altas horas

---

produce”: GABRIEL PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual, hacia el abandono de la idea del dolo como estado mental*, op. cit., p. 79 y s. Baste decir que para el análisis que a continuación se hará, se pensaría que el autor podía conocer los peligros que afrontaba, pero no se los representó.

<sup>165</sup> GÜNTHER JAKOBS, *Derecho penal, Parte General*, op. cit., p. 335; el mismo: GÜNTHER JAKOBS, El lado subjetivo del hecho de los delitos del resultado en supuestos de habituación al riesgo, en: *Estudios de derecho penal*, op. cit., p. 197 y ss.

<sup>166</sup> RAMON RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, op. cit., p. 122

de la noche, por lo que de allí no puede establecerse un concreto conocimiento de la conducta peligrosa), pudiéndose concebir la presencia de riesgos que socialmente y en abstracto resultan anormales, pero que para un individuo en particular y en una situación en concreta sean considerados dentro de sus rangos de normalidad, por ejemplo el individuo acostumbrado a conducir su vehículo a velocidades excesivas para los reglamentos de tránsito, pero que para él, habida cuenta su pericia y la confianza en su destreza, no sobrepasan los límites de lo normal, tratándose por lo tanto de riesgos menores los que puede concebir en su actividad.

Quizá la Corte descontextualiza el pensamiento del profesor alemán<sup>167</sup> o quizá su lectura resulta impertinente para el caso resuelto, lo cierto del caso es que debe entenderse el aporte de JAKOBS como una restricción normativa del ámbito de las representaciones de peligro que pueden dar lugar al dolo, creando el concepto de "habitación del riesgo" como una sub regla con presunción *iuris et de iure* del siguiente tenor: "ahí donde existe tal habitación debe partirse de que todos los sujetos que crean riesgos no permitidos sólo se representarán, a lo sumo, riesgos estadísticos, pero nunca riesgos concretos"<sup>168</sup>. Constituye una corrección a la regla cognitiva que informa que "todo riesgo representado sirve para fundamentar la imputación dolosa", presentándose como excepción que no obstante el conocimiento concreto del peligro, la conducta es imprudente si está referida a un riesgo habitual. De tal manera que en el marco de la circulación rodada no existe dolo cuando se trata de conductas que crean riesgos no permitidos, de los cuales el sujeto es consciente, pero que son habituales e inherentes a la participación social

---

<sup>167</sup> Así lo considera FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, en: FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ / CHRISTIAN WOLFFHÜGEL GUTIÉRREZ, La diferencia entre el dolo eventual y la culpa consciente en la reciente jurisprudencia, op. cit., p. 163

<sup>168</sup> RAMON RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, op. cit., p. 140

en el tráfico (p. ej. no guardar en carretera la distancia de seguridad reglamentaria con el vehículo que circula adelante)<sup>169</sup>.

Para el caso que es objeto de resolución vale la misma crítica que la doctrina lleva a cabo sobre la tesis de JAKOBS<sup>170</sup>, crítica que consiste en que se pretende convertir en regla general e inderogable aspectos que en la práctica son simplemente habituales y, al mismo tiempo, convertir en una regla general el dolo en comportamientos que no necesariamente están fuera de lo que se conoce como "habituaación al riesgo", pues pueden existir conducta calificadas como habituales en el tráfico pero realizadas con consciencia concreta del peligro y de su resultado y, asimismo, pueden existir conductas que sobrepasan el riesgo habitual y sin embargo son carentes de un conocimiento concreto del individuo en su peligrosidad y resultado.

De esta manera puede decirse que la habituación a riesgos anormales por parte de un individuo (quien con especial destreza conduce vehículos a alta velocidad, p. ej.), en lugar de determinar evidencia de la representación del peligro en concreto, constituiría una razón explicativa acerca de por qué el peligro evidente no se percibió<sup>171</sup>. Mal se haría, entonces, entender un comportamiento doloso bajo dichas circunstancias, como en el caso que se analiza cuando lo que se sabe es que de acuerdo a sus especiales conocimientos, a su reconocida experiencia y destreza, a su habitual manera de conducir de forma temeraria pero segura y a la percepción personal del entorno por la hora en que ocurren los hechos, podría asumirse que el sujeto no tenía la condición personal para advertir

---

<sup>169</sup>

GÜNTHER JAKOBS, *Derecho penal, Parte General*, op. cit., p. 334

<sup>170</sup>

RAMON RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, op. cit., p. 152

<sup>171</sup>

GABRIEL PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual, hacia el abandono de la idea del dolo como estado mental*, op. cit., p. 430

el peligro concreto que con su conducta se cernía para los bienes jurídicos, tratándose en su caso de un riesgo subjetivamente irrelevante.

En suma, para el caso que se analiza, la intensidad o dimensión de la creación de los riesgos no permitidos, es un recurso insatisfactorio para establecer el conocimiento concreto sobre el peligro de la conducta y el resultado, para de allí deducir el dolo en la actuación del individuo.

**b. La representación de la probabilidad del resultado antijurídico:** La Corte acude a una serie de variables relacionadas con los antecedentes personales del acusado y con las circunstancias fácticas que precedieron el trágico suceso, para de allí estimar que de manera efectiva se hallaba en condiciones de representarse con grado de probabilidad el resultado antijurídico. Se alude, de una parte, a la formación especial del individuo y a sus experiencias anteriores (tenía formación como piloto de aviones comerciales, tenía prohibido la ingesta de bebidas alcohólicas y sustancias estupefacientes, reportaba múltiples comparendos de tránsito por exceder los límites de velocidad permitidos) para concluir que se hallaba en condiciones de prever como probable la producción del resultado producido; también se da importancia como factores que consolidan su probabilidad de previsión a la amplia difusión que reciben las campañas de cultura ciudadana que previenen sobre el respeto a las normas de tránsito, los controles policiales y las sanciones dirigidas a prevenir la conducción de automotores bajo el efecto de bebidas y sustancias embriagantes.

De otra parte, se relaciona una sumatoria de factores de riesgo que, en sentir de la Corte, perfilan la concreta probabilidad de

producción del resultado típico: el individuo se encontraba en avanzado estado de embriaguez, producto del consumo esa noche de bebidas alcohólicas y sustancias estupefacientes, no obstante lo cual procedió a la conducción de su vehículo; que momentos antes del impacto estuvo cerca de colisionar con un vehículo taxi que a su paso realizó una maniobra prohibida; que con exceso de velocidad realizó un cruce en una intersección vial encontrándose el semáforo en rojo, a lo que sobrevino la violenta colisión con el vehículo que se desplazaba perpendicularmente, con el trágico resultado.

Estos datos, relativos unos a los conocimientos personales que debían asentarse en el individuo, los otros a las condiciones empíricas en que se desarrollaron los hechos desde el instante en que decidió tomar el mando del vehículo en notable estado de embriaguez, configuraron en el sujeto la representación como probable de la producción del resultado típico objetivo, contando con dicha previsión para dejar librado al azar la no producción del resultado, sin que haya incorporado en su conducta ninguna acción tendiente a evitarla. Es la tesis consignada por la Corte en la sentencia, infiriendo, de manera inductiva, la existencia de un dolo eventual a partir de la información aprehendida por el sujeto y que enfatiza su conocimiento sobre la probabilidad del resultado, adicionando un factor volitivo de difusa aprehensión en lo que tiene que ver con el dejarlo librado al azar.

Debe decirse que aparte del confuso papel que se le asigna al componente volitivo<sup>172</sup>, resulta cuando menos discutible la referencia a que la representación no se refiere al resultado sino exclusivamente a la

---

<sup>172</sup>

Aunque en principio en la sentencia se desconoce el papel que la voluntad pueda jugar en la conformación del dolo eventual, posteriormente hace alusión a la necesidad del componente volitivo en lo que se refiere a “dejar librado al azar el resultado”.

probabilidad de su producción, a la manera de las más radicales posiciones cognitivas sobre la teoría del dolo eventual; como discutible resulta entender que con fundamento en todos esos datos personales y empíricos se pueda inferir un conocimiento concreto de riesgo o peligro para los bienes jurídicos.

La Corte asume con esa forma de razonar que no es objeto de referencia del dolo la representación del resultado, de tal manera que en este caso se estructura el dolo en relación con el solo conocimiento del peligro del sujeto y no del actual conocimiento del resultado muerte, rompiéndose en nuestro entender el vínculo subjetivo que debe existir en la conformación de la conducta punible entre el autor y el hecho e incurriéndose en una proscrita responsabilidad objetiva al imputarse responsabilidad penal por la mera causación del resultado y no por su efectiva realización (artículo 12 del código penal).

Es ésta una idea recurrente en la moderna doctrina cognitiva del dolo, explicada líneas atrás, destacándose la apreciación del dolo como mero conocimiento de la propia conducta y del peligro o riesgo no permitido de lesión de un bien jurídico, con prescindencia del conocimiento sobre el resultado: el dolo es dolo de peligro para el bien jurídico<sup>173</sup>. La razón de ser de esta concepción estriba en que para las teorías alineadas bajo dicha doctrina el resultado no forma parte del tipo penal, pues solamente es punto de referencia del juicio de previsión o de probabilidad<sup>174</sup>, de tal

---

<sup>173</sup> JOSÉ MANUEL GÓMEZ-BENÍTEZ, *El concepto de dolo en la moderna dogmática penal*, op. cit., p. 16 y s.

<sup>174</sup> JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, op. cit., p. 400. En igual sentido, SANTIAGO MIR PUIG, *El derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Barcelona, Bosch, 1994, p. 77; el mismo: *Derecho Penal, Parte General*, Buenos Aires, Editorial B de F, 2004, p. 269; MIRENTXU CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, op. cit., p. 116; RAMON RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, op. cit., p. 162: “lo que todavía no existe (el resultado) se puede prever, pero no conocer”.

manera que “lo típico no es el actuar que lesiona el bien jurídico, sino el actuar que pone en el peligro el bien jurídico; el riesgo para los bienes jurídicos, inherentes a una acción, justifica la prohibición”<sup>175</sup>, de modo que el objeto del dolo es el riesgo para el bien jurídico y no la lesión prevista por el sujeto.

Sin embargo, entendiéndose que es el tipo objetivo en su totalidad el que ha de abarcarse como objeto de conocimiento por el sujeto<sup>176</sup>, suscribimos la idea de que no es suficiente que el autor se represente la probabilidad del peligro de producción del resultado, sino que de manera efectiva debe representarse la concurrencia de los elementos constitutivos del supuesto típico, esto es, debe representarse el hecho relevante para el tipo penal. Tal representación del resultado no significa su conocimiento como hecho consumado, pues bien está dicho que “lo que todavía no existe se puede prever, pero no conocer”, pero sí puede existir una representación del resultado por el sujeto como “seguro” en algunos casos (p. ej. quien dispara contra otro con la seguridad que va a provocar su muerte) o “incierto” pero probable de acuerdo a las circunstancias que hacen previsible su producción<sup>177</sup>. De tal manera que el injusto es doloso cuando el sujeto “tiene la realización del hecho típico ante sus ojos” y sin embargo se decide por una actuación jurídico-penalmente relevante<sup>178</sup>.

Ahora bien, interpretando de la mejor manera el contenido de la sentencia que se analiza, podemos concluir que el conocimiento característico del dolo es, en principio, idéntico al de la imprudencia, en tanto en ambos existe una representación del riesgo o del peligro para los

---

<sup>175</sup> DIETHART ZIELINSKI, *Dolo e imprudencia*, op. cit., p. 86 (cursivas en el texto)

<sup>176</sup> HANS-HEINRICH JESCHECK, *Tratado de derecho penal, parte general*, volumen primero, trad. de S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, Barcelona, Bosch, 1981, p. 399

<sup>177</sup> RAMON RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, op. cit., p. 163; MARÍA DEL MAR DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, op. cit., p. 295

<sup>178</sup> BERNARDO FEIJÓO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, op. cit., p. 23

bienes jurídicos y de los resultados lesivos que se pueden ocasionar, pero lo que en últimas diferencia a estas dos formas de imputación subjetiva es, primero, la concreción o abstracción del conocimiento del peligro para los bienes jurídicos y, segundo, que en el dolo eventual la producción del resultado se deja librado al azar, mientras que en la culpa consciente se confía en poder evitarlo, de tal manera que para afirmar la existencia del dolo debe mediar la *decisión* (aceptación) del sujeto de seguir actuando no obstante haberse representado el resultado hacia donde conduciría su acción.

En lo primero, debe decirse que la Corte incurre en serias contradicciones a la hora de asumir el tipo de conocimiento generado por los datos tenidos en cuenta relativos a la información con que contaba el acusado y los datos empíricos que se presentaron en el trayecto que desencadenó el grave accidente, pero además no logra una adecuada tabulación de esos datos para calificar el tipo de riesgo presentado.

En efecto, en la valoración de los riesgos un factor como el del exceso de velocidad es tratado de manera indistinta como creador de conocimiento abstracto y concreto del riesgo o peligro para los bienes jurídicos. Otro factor como el de cruzar la intersección vial cuando el semáforo se encontraba en rojo es presentado para definir la representación concreta del riesgo. También una circunstancia como la maniobra imprudente que realizó un taxi antes de la colisión es formulada en términos de previsibilidad del resultado. La verdad es que ninguno de estos factores, así como los demás que son tenidos en cuenta en la decisión, sirve para fundamentar una conducta dolosa, pues todos son útiles exactamente para la fundamentación de la imprudencia. Así, por ejemplo, la embriaguez sería un dato indicativo en contra del dolo y no a favor de su

conformación, pues bajo ese estado el sujeto tendría que tener menguadas sus facultades para valorar las consecuencias de su acción y, con ello, la misma representación de los peligros<sup>179</sup>.

De hecho esos factores como el exceso de velocidad, la conducción en estado de embriaguez, la desatención de las señales de tránsito y la maniobra prohibida ejecutada por el taxista segundos antes del accidente, precedidos de la formación personal del individuo, de sus experiencias anteriores y la información pedagógica recibida sobre los peligros de conducir bajo esas condiciones, son representativos precisamente de un conocimiento abstracto de las consecuencias que implicaba su actuación, pero en modo alguno son constitutivos de una representación concreta del grave peligro que se materializó en el resultado lesivo generado por la colisión, pues en todo ello lo que se advierte es la infracción a los deberes objetivos de cuidado y la previsibilidad, en el caso del taxi, como sirve para fundamentar la culpa, pero no el dolo.

Mirado incluso el asunto desde la misma perspectiva que se quiere adoptar en la sentencia relacionada con la representación de los peligros para los bienes jurídicos, debe decirse que en el caso en cuestión ninguno de estos datos habilita un conocimiento concreto del peligro o riesgo. Toda la información con la que contaba el sujeto, sus conocimientos especiales,

---

<sup>179</sup> Además resulta incuestionable que la realización del hecho bajo el influjo de bebidas embriagantes o sustancias estupefacientes, lejos está de aumentar el injusto penal y, sin duda, disminuye la culpabilidad, pues “el sujeto dispone de una menor capacidad de comprensión y/o determinación, teniendo lugar una especie de imputabilidad disminuida”. Lo otro sería admitir, para catalogar una conducta dolosa a partir de su contaminación etílica o psicotrópica, que el sujeto se puso voluntariamente en una situación de embriaguez, definiéndose así una suerte de *actio libera in causa*. GLORIA MARÍA GALLEGU GARCÍA y JUAN OBERTO SOTOMAYOR ACOSTA, Las circunstancias agravantes del homicidio imprudente en el Código Penal colombiano, en: *Nuevo Foro Penal*. No. 61 (mayo – agosto 1999), p. 43.

las campañas preventivas en que había participado, las sanciones que había recibido y las mismas incidencias en que se desarrollaron los acontecimientos, pueden dar cuenta de la representación de un riesgo estadístico, general y abstracto que resulta irrelevante para el dolo. Ninguna de aquellas circunstancias puede conducir a la formación de la representación del peligro en la situación concreta, pues a diferencia de aquella en este caso el sujeto asume todas las condiciones del hecho que reconoce, desde su punto de vista, como peligroso y se plantea la alta probabilidad de producción del resultado lesivo desde una perspectiva *ex ante*<sup>180</sup>, es decir que se hace concreto el peligro cuando el sujeto tiene el resultado “ante sus ojos”<sup>181</sup>, y a decir verdad por muy imprudente que haya sido la forma de conducir del acusado difícilmente puede pensarse que alcanzó a representarse de manera concreta el riesgo que constituía su conducta para los bienes jurídicos de la vida de las personas que coincidentemente transitaban a su paso mientras desplegaba su temeraria acción.

La peligrosidad estadística no es suficiente para la estructuración del dolo, por lo que el conocimiento de los peligros que entrañaba la actividad de conducción del vehículo automotor desbordando los límites de los riesgos permitidos, al desplegarse la actividad bajo el influjo de bebidas alcohólicas y sustancias estupefacientes y desacatando las señales de tránsito, no implica un conocimiento del hecho punible que determine el dolo. Más aún, la imprudencia consciente igual se caracteriza por el conocimiento del peligro no permitido, por lo que el dolo se configura solo en el evento en que el sujeto se haya dado cuenta que su actividad ponía en peligro concreto y no abstracto los bienes jurídicos involucrados en el

---

<sup>180</sup> MARÍA DEL MAR DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, op. cit., p. 225

<sup>181</sup> BERNARDO FEIJÓO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, op. cit., p. 29

tráfico vial y a pesar de ello decidió continuar con su actuación, aspecto que nunca se probó en el caso valorado.<sup>182</sup>

**c. Dejar librado al azar la producción del resultado (aspecto volitivo):**

No obstante la acotación inicial consignada en la sentencia de declararse abiertamente partidaria de la teoría de la representación y de repudiar cualquier elemento volitivo en la conformación del dolo eventual, la Corte admite, casi para justificar su decisión, la concurrencia de un factor volitivo relacionado con el dejar librado al azar comprensivo de la decisión del sujeto de actuar sin que implementara “ninguna maniobra que permita afirmar voluntad de evitación”, demarcando con ello los límites con la culpa consciente donde es la confianza del individuo la que contribuye a la realización de la conducta lesiva.

En concreto se hace alusión al hecho de haberse saltado el semáforo en rojo segundos antes de la trágica colisión, actuación del sujeto que aparte de constituir concreta representación del riesgo, determina, de un lado, una decisión de actuar no obstante la advertencia de detenerse y, de otro, la no implementación de maniobra alguna de evitación, concluyéndose en que se dejó la no producción del resultado al azar y se actuó con “voluntad dolosa”. Si ello es así debemos hacer algunas acotaciones sobre lo que en verdad constituye ese factor volitivo en el contexto de la decisión.

Claramente la Corte no renuncia al componente volitivo en lo que se refiere a “dejar librado al azar el resultado”, en una especie de asunción de una tesis afín a la teoría de la “decisión a favor de la lesión del bien

---

<sup>182</sup>

Ibídem, p. 105 y s.

jurídico” de Roxin<sup>183</sup>, o a las fórmulas excluyentes del dolo de “la voluntad de evitación” y “la confianza en la evitación”, tan cercanas a las teorías de la voluntad<sup>184</sup>. La incorporación de ese elemento volitivo podría entenderse, más allá de su misma consagración legal en la fórmula del dolo eventual, como una respuesta a la insatisfactoria utilización en este caso del elemento intelectual referido al riesgo como único factor para configurar el dolo eventual. La Corte en lo que es visto como una “notable contradicción dogmática”<sup>185</sup>, es oscilante entre las teorías de la representación y del consentimiento, mezclando conceptos de unas y de otras, buscando justificar su decisión político criminal de la necesidad de punir como dolosos los hechos habida cuenta de su gravedad y sus connotaciones públicas.

Porque la verdad es que en otras circunstancias, en las que se contara con la existencia de una auténtica representación de un riesgo concreto para el bien jurídico, podría bastar ese elemento cognitivo, prescindiéndose de la voluntad, la cual bien constituiría un mero indicador de la existencia del dolo<sup>186</sup>, asumiendo como tal un elemento de querer referido a la realización de la acción, es decir, mera voluntariedad<sup>187</sup>. Lo cierto es que ese dejar librado al azar difícilmente puede tener la connotación de una

---

<sup>183</sup> CLAUS ROXIN, *Derecho penal: parte general (fundamentos, la estructura de la teoría del delito)*, op. cit. p. 424 y ss. En el mismo sentido, WINFRIED HASSEMER, Los elementos característicos del dolo, op. cit., pp. 915-916; MARÍA DEL MAR DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, op. cit., p. 321

<sup>184</sup> ARMIN KAUFMANN, “El dolo eventual en la estructura del delito”, op. cit., p. 48

<sup>185</sup> CHRISTIAN WOLFFHÜGEL GUTIÉRREZ, en: FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ / CHRISTIAN WOLFFHÜGEL GUTIÉRREZ, La diferencia entre el dolo eventual y la culpa consciente en la reciente jurisprudencia, op. cit., p. 173

<sup>186</sup> BERNARDO FEIJÓO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, op. cit., p. 45

<sup>187</sup> JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, op. cit., p. 400. La voluntariedad que es propia de toda infracción penal no debe confundirse con la voluntad como elemento del dolo: “tanto quien da muerte a otro de un tiro en la nuca, como quien lo hace a consecuencia de su conducción descuidada, llevan a cabo un comportamiento voluntario –disparar o conducir- y por ello su acción puede ser castigada. Por el contrario, la voluntad como elemento del dolo toma como punto de referencia los elementos que integran el tipo penal: quien mata de un tiro en la nuca quiere, por regla general, causar un resultado muerte, no así quien mata a alguien a consecuencia de un descuido”, RAMON RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, op. cit., p. 31

voluntad en sentido psicológico, en los términos de las clásicas teorías volitivas, esto es, voluntad de realización de la conducta punible, pues más alude a un simple acto de definición del individuo incorporado en la realización de su conducta, quien sigue actuando no obstante los riesgos concretos que le han sido representados, asumiendo o aceptando el resultado. En nuestro entender, aparte de ese acto decisorio de realizar la conducta no obstante la representación concreta de los riesgos y de la conducta lesiva, no se hace necesario acudir a un elemento volitivo para fundamentar el dolo, pues tal aceptación del resultado es de significado normativo o jurídico, pero no psicológico.

Podría pensarse, sin embargo, acudiendo a una coherencia que no está presente en la decisión, que la Corte tuvo en cuenta todos los factores relativos a los conocimientos especiales adquiridos por el autor en relación con el tráfico viario y los eventos presentados en el trayecto hasta el momento de encontrarse con el semáforo en rojo, como constitutivos de un conocimiento del riesgo concreto para los bienes jurídicos, y dando por sentado este aspecto asumió que el cruce vial con irrespeto a la señal del semáforo constituyó una decisión contra los bienes jurídicos al dejar librado al azar el probable resultado que debía haberse representado. Se quiso decir con esto, quizá, que si efectivamente el sujeto se representó un riesgo concreto para los bienes jurídicos, el dolo eventual se configuró cuando ante la alta probabilidad de producción del resultado decidió quebrantar la señal roja del semáforo, sin que incorporara a su actuaciones maniobras para su evitación.

Sin embargo, lo que queremos significar es que aun asumiendo ese factor volitivo que en principio pareciera ser prescindible en el marco de una teoría de la representación, mucho menos se logra justificar

adecuadamente la existencia de la imputación subjetiva de dolo eventual en el caso que se analiza.

El concepto de dejar librado al azar la realización del resultado típico, configurador del dolo eventual (artículo 22 C. penal), está condicionado al de confiar en poder evitarlo, que estructura la culpa (artículo 23 C. Penal). Se afirma el dolo eventual cuando el sujeto se ha “tomado en serio” el riesgo y se ha “conformado o resignado” con él, decidiéndose por la posible lesión del bien jurídico. La conducta, por contrario, es culposa cuando el sujeto actúa de manera negligente con la confianza que no se va a realizar el tipo penal<sup>188</sup>.

En el caso planteado en la sentencia, más allá de las discutibles consideraciones para afinar la representación concreta del peligro y del resultado, la información objeto de valoración en relación con el conductor del vehículo difícilmente podría hacer inferir que dejó el resultado librado al azar o, mejor, que no confió en poder evitarlo. Ningún indicio de los empleados por la misma Corte podría refutar esta conclusión, pues además de sus reconocidas habilidades para conducir que llevan a concluir que confiaba en la evitación de situaciones como la que se le presentó por su convencimiento del control del riesgo, se suele emplear el argumento de la *poena naturalis* para deducir que no obstante la representación del peligro concreto el individuo tendría la confianza en que nada malo ocurrirá porque, de lo contrario, “el mismo sería la primera víctima de su conducta”<sup>189</sup>. Es éste un indicador de que pese a advertirse

---

<sup>188</sup> CLAUS ROXIN, *Derecho penal: parte general (fundamentos, la estructura de la teoría del delito)*, op. cit. p. 428.

<sup>189</sup> *Ibidem*, p. 426: “... en tal situación y pese a su conciencia del riesgo, confía en poder evitar el resultado mediante su habilidad al volante, pues de lo contrario desistiría de su actuación porque él mismo sería la primera víctima de su conducta. Esta confianza en un desenlace airoso, que es más que una débil esperanza, no permite llegar a una decisión en contra del bien jurídico protegido... y merece sólo la pena de la imprudencia”; el mismo: CLAUS ROXIN, *Acerca de la normativización del*

el peligro, el sujeto confió en evitar el resultado de lesión, pues tan grande resultaría el riesgo para los bienes jurídicos ajenos como para sí mismo. La Corte, sin embargo, desestima este indicador, de manera infundada en nuestro parecer, argumentando que el espíritu suicida del acusado es aspecto superfluo, cuando lo cierto es que la teoría plantea asunto bien distinto, no aludiendo a la vocación suicida sino, todo lo contrario, a la inferencia de que quien puede verse afectado no suele decidirse en contra de los bienes jurídicos.

Adicionalmente, la fórmula de la voluntad de evitación<sup>190</sup>, empleada por la Corte para concretar el dolo eventual en la actuación del sujeto, no es vista en la doctrina como un criterio adecuado para trazar la frontera entre dolo e imprudencia, por la dificultad que plantea la manifestación objetiva de dicha voluntad de evitación<sup>191</sup>.

## 14. Conclusiones

Es bastante recurrida, pero cierta, la frase de WELZEL de que la delimitación del dolo eventual de la culpa consciente “es uno de los problemas más difíciles y discutidos del Derecho Penal”<sup>192</sup>. De igual manera es verdad que por muchos años se viene dando vueltas sobre el mismo asunto, emitiéndose una interminable lista de teorías, concepciones o posiciones

---

dolus eventualis y la doctrina del peligro de dolo, op. cit., p. 112 y s.; el mismo: CLAUS ROXIN, Sobre el dolo eventual, op. cit., p. 8 y s. En el mismo sentido, enfatizando la *poena naturalis* como componente de las conductas imprudentes: GÜNTHER JAKOBS, *Derecho penal, Parte General*, op. cit., p. 313

<sup>190</sup>

ARMIN KAUFMANN, “El dolo eventual en la estructura del delito”, op. cit., p. 48

<sup>191</sup>

RAMON RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, op. cit., p. 111: “Basta con imaginar el caso del conductor que, teniendo prisa por llegar a algún sitio, decide saltarse el semáforo en rojo. Si a consecuencia de la colisión muere alguien, parece claro que sólo cabe castigar por el homicidio imprudente, aunque no se aprecie objetivamente en el hecho maniobra alguna de evitación, pues es posible que el sujeto ni tan siquiera tuviera tiempo material para reaccionar. Por el contrario, existen casos en que, pese a concurrir una clara voluntad de evitación, ésta no parece suficiente para excluir el dolo, dado el elevado nivel de riesgo que conlleva la actuación del sujeto”

<sup>192</sup>

HANS WELZEL, *Derecho penal alemán*, op. cit., p. 83

que han acabado atascadas en la disyuntiva entre las teorías de la voluntad y de la representación, en un centenario debate suspendido en una suerte de *non liquet*<sup>193</sup>, sin que se avizoren fórmulas que en verdad permitan destrabar el debate de cara al ofrecimiento de mejores propuestas para la resolución de casos que, tratándose de esa línea fronteriza entre dolo y culpa, ocupa un lugar preponderante en la dinámica jurisprudencial en razón de la resonancia mediática que han obtenido asuntos que, concretamente, están relacionados con la accidentalidad en el tráfico viario.

Un paulatino tránsito de la fundamentación empírico-ontológica del derecho penal a un enfoque normativo, ha venido repercutiendo en la transformación de las clásicas teorías de la voluntad y de la probabilidad, fundiéndose entre ellas bajo formas eclécticas, evolucionando bajo la idea de una creciente normativización en la configuración de la imputación penal, desarrollándose el dolo con criterio valorativo a partir de los fines del derecho penal, lo que permite estructurar sus límites con la imprudencia a partir de la *ratio legis* que justifica su mayor punición.

Durante mucho tiempo la doctrina ha definido el dolo y en particular el dolo eventual, a partir de elementos puramente descriptivos, con fundamento en datos estructurales del ser, previos e indisponibles. Pero el concepto de dolo, formulado tradicionalmente en términos psicológicos como conocimiento y voluntad de la realización típica, ha ido evolucionando en la dogmática penal reduciéndose al aspecto cognitivo, mientras que el factor volitivo ha ido remplazándose por criterios objetivos tales como la desaprobación del riesgo no permitido o la falta de pantalla protectora frente al peligro, siendo lo decisivo para estimar un hecho

---

<sup>193</sup> RAMON RAGUÉS I VALLÈS, De nuevo, el dolo eventual: un enfoque revolucionario para un tema clásico, op. cit., p. 1

como doloso el grado de probabilidad del resultado advertido por el sujeto, sin que sea necesario desvelar actitud emocional de ninguna clase, matizándose o reduciéndose la importancia de los fenómenos psíquicos en la definición del dolo o en su determinación procesal.

La exaltación del peligro para los bienes jurídicos como paradigma del derecho penal contemporáneo, repercute en la manera como se asume el concepto de dolo eventual, pues cada vez cobra más fuerza la objetivización de los conceptos en detrimento de factores subjetivos atinentes al querer del individuo, a su posición anímica. Lo cierto es que en la configuración del dolo bien se puede prescindir de ese elemento volitivo así entendido, pues el conocimiento del individuo sobre el peligro concreto generado con su acción para los bienes jurídicos, unido al conocimiento al menos probabilístico del resultado en forma de su aceptación, son suficientes elementos para estructurar el dolo eventual.

Conforme a esta posición que suscribimos, cuando el individuo tiene la representación concreta del peligro y el resultado "frente a sus ojos", se configura el dolo, por lo que resulta vano que alegue que confiaba en que el resultado no se presentaría, o que no contaba con él o que no lo tomó en serio, pues su decisión de realizar la conducta significa que asumió el resultado como propia consecuencia de su comportamiento. En todo caso, a diferencia de las más extendidas teorías de la representación, entendemos la necesidad de la concurrencia del conocimiento concreto sobre el peligro y el resultado, en la medida en que este hace parte del tipo penal.

El factor volitivo queda reducido a la decisión del individuo de realizar una conducta, o de omitirla, a pesar del conocimiento con el que cuenta

frente a los riesgos concretos y a los probables resultados. Decisión que emerge evidente cuando existe una representación del peligro concreto para los bienes jurídicos y que se constata con la determinación del individuo de continuar actuando pese a ese conocimiento. Esa decisión no requiere de demostración, pues la actuación del individuo la supone, lo que debe probarse en el procedimiento es el elemento intelectual, el conocimiento sobre el riesgo y el resultado.

En esta misma tónica se inscribe la fórmula empleada por el legislador colombiano en el código penal vigente (ley 599 de 2000) para consagrar el dolo eventual y la culpa consciente, cuyo contenido es propio de la teoría de la representación, prescindiéndose en buena medida del componente volitivo, al menos en su contenido psicológico.

La Corte no obstante avocar la resolución del problema planteado en la sentencia del 25 de agosto de 2010 (proceso: 32964, M.P. José Leonidas Bustos Ramírez), en perspectiva de la teoría de la representación, pierde el hilo de la argumentación en el afán de justificar la penalidad de delito doloso para el presupuesto fáctico, habida cuenta de la gravedad del resultado y el impacto social que generó el acontecimiento. Por eso termina entremezclando una serie de elementos repulsivos entre sí, cuando si hubiera asumido en todo su contenido la teoría de la representación muy seguramente habría llegado a la conclusión de una imputación del resultado por culpa consciente y no por dolo eventual, pues aparece como evidente que el conductor del vehículo automotor, quien además tenía menguadas sus capacidades de comprensión de los acontecimientos en virtud de su comprobada intoxicación efílica, nunca tuvo ante sus ojos, de manera precisa, el conocimiento de un riesgo concreto y, con ello, de un resultado fatal, pues los datos y la información

estadística con la que contaba y que actualizó en el trayecto que recorrió con lo que observó y con las normas de tránsito que infringió, no dejaba de ser el conocimiento general sobre un peligro abstracto.

De manera que no fue por la falta de incorporar en la argumentación jurídica el componente volitivo, en los términos de las doctrinas volitivas clásicas, lo que frustró una adecuada resolución dogmática del caso en la sentencia, como lo entienden los magistrados que salvaron su voto. Bastaba con el factor cognitivo, pudiéndose prescindir de la voluntad, para definir que el sujeto nunca estuvo en el campo de un conocimiento actual de peligro concreto.

Tan cierto es que no puede ser atribuible a la falta de empleo de una teoría volitiva la equivocada decisión de mutar en dolo lo que en realidad era una culpa, que en precedente judicial por asunto semejante al aquí tratado (sentencia del 17 de agosto de 2000, proceso 14355, M.P. Jorge Aníbal Gómez Gallego), haciendo uso de las herramientas de las teorías volitivas, se llegó a la misma decisión, dejándose en evidencia que el problema no residía en la teoría empleada sino en su deliberada utilización acomodaticia para justificar una determinación político-criminalmente deseada en razón de la gravedad de los hechos.

Una última cuestión es que en la percepción sobre el peligro para los bienes jurídicos en las sentencias analizadas, se involucran elementos como la violación de las señales semafóricas, el exceso de velocidad y la conducción bajo el influjo de bebidas alcohólicas y sustancias estupefacientes, los cuales constituyen factores que pueden ser dignos de relevancia para la protección de bienes jurídicos intermedios, relacionados con el tema de la seguridad vial y como mecanismos de adelantamiento

de las barreras de protección de los bienes jurídicos individuales en los delitos de lesión.

La falta de tipificación de estas conductas relacionadas con el tráfico vial, no puede conducir a la atribución de los resultados en los delitos de lesión con base en el mero dato de la infracción de los reglamentos del tránsito terrestre, pues ésta no puede asumirse *per se* como una presunción de riesgo concreto para los bienes jurídicos. Es necesario, si el propósito es adelantar las barreras de protección de los bienes jurídicos individuales, la creación de tipos penales relativos a delitos de peligro común y que obedezcan en su técnica a la conservación de los bienes jurídicos intermedios, como el de la seguridad vial colectiva, merecedor de protección penal<sup>194</sup>, en trance de salvaguardar los bienes jurídicos objeto de protección con los delitos de lesión, a la manera como ocurre en otras latitudes<sup>195</sup>.

De cualquier manera debe tenerse en cuenta que en este caso lo que haría el legislador es tipificar conductas que podrían desencadenar la lesión de bienes jurídicos de carácter individual, como la vida e integridad de las personas, pues si no afectasen a bienes jurídicos individuales no tendría por qué recurrirse a su tipificación por vía penal, porque lo que lo justifica es su potencialidad lesiva tomando en cuenta bienes jurídicos individuales y no un bien jurídico de peligro común como el de la seguridad vial.

---

<sup>194</sup> JOSÉ MARÍA MENA ÁLVAREZ, El delito de conducción temeraria, en: *Derecho penal y seguridad vial*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2007, p. 237

<sup>195</sup> En España se consagra los *delitos contra la seguridad vial* (artículos 379 a 385 C. Penal español).

## 15. Bibliografía:

AAVV. *Derecho penal y seguridad vial*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, Escuela Judicial, 2007.

BACIGALUPO, Enrique. *Principios de Derecho Penal, Parte General*, Madrid, Akal, 1997.

- *Lineamientos de la teoría del delito*, Buenos Aires, Hammurabi, 1994
- *Derecho penal, Parte general*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999.
- *Teoría y práctica del derecho penal*, tomo I, Madrid, Marcial Pons, 2009

BELLO LANDROVE, Federico. "El dolo eventual en España (reflexiones para un debate)", en: *Jueces para la Democracia*, N°. 32, Madrid, 1998, págs. 14-16.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de derecho penal, volumen II*, Madrid, Trotta, 1999.

CADAVID QUINTERO, Alfonso. *Introducción a la teoría del delito*, Medellín, Diké, 1998.

CANCIO MELIÁ, Manuel. "¿Crisis del lado subjetivo del hecho?", en: *Derecho Penal Contemporáneo*, Bogotá, Legis, N° 10, enero – marzo 2005, págs. 43-74

CANESTRARI, Stefano. "La estructura del dolo eventual y las nuevas fenomenologías de riesgo" (trad. Beatriz Romero Flores), en: *Derecho Penal Contemporáneo*, Bogotá, Legis, N° 11, abril – junio 2005, págs. 99-150.

CASTRO OSPINA, Sandra Jeannette. "Tipo subjetivo", en: *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002

CEREZO MIR, José. *Obras Completas. Derecho Penal. Parte General*. Lima, Ara Editores, 2006.

- “Lo injusto de los delitos dolosos en el Derecho penal español”, en: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, T. XVI, Fasc. I, Madrid, 1961.
- “La doble ubicación del dolo en la ciencia del derecho penal española”, en: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penal*, Madrid, T. XXXIV, Fasc. II y III, Mayo-Diciembre 1981, págs. 455-460.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. “En el límite entre dolo e imprudencia (comentarios a la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1983)”, en: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penal*, Madrid, T. XXXVIII, Fasc. III, Sept.-Dic. 1985, págs. 961-975.

- *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999

CUELLO CONTRERAS, Joaquín. “Dolo e imprudencia como magnitudes graduales del injusto”, en: *Revista de derecho penal y criminología*, UNED, 3ª época, Nº. 2 (2009), págs. 37-59.

- “Acción, capacidad de acción y dolo eventual”, en: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penal*, Madrid, T. XXXVI, Fasc. I, Enero-Abril 1983, págs. 77-101.

DÍAZ PITA, María del Mar. *El dolo eventual*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994.

- “La presunta inexistencia del elemento volitivo en el dolo y su imposibilidad de normativización”, en: *Revista Penal*, Nº. 17, 2006, págs. 59-71.

ESTRADA VÉLEZ, Federico. *Derecho Penal, parte general*, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1981.

FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. *El dolo eventual*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.

GARCÍA ALBERO, Ramón. La nueva política criminal de la seguridad vial, en: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC)*, N° 09-11 (2007), <http://criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09-11.pdf>

GARCÍA CAVERO, Percy. "Imputación Subjetiva y Proceso penal", en: <http://foros.uexternado.edu.co/ecoinstitucional/index.php/derpen/article/viewFile/1017/961>, fecha de consulta: 5 de junio de 2011.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. "Acerca del dolo eventual", en: *Estudios de derecho penal*, Madrid, Tecnos, 1990, págs. 240-265.

- "Algunos aspectos de la reciente doctrina jurisprudencial sobre los delitos contra la vida (dolo eventual, relación parricidio-asesinato)", en: *Jueces para la democracia*, Madrid, 1990 – N° 10, septiembre, pp. 26-35

GÓMEZ-BENÍTEZ, José Manuel. "El concepto de dolo en la moderna dogmática penal", en: *Nuevas posiciones de la dogmática jurídica penal*, Madrid, Cuadernos de derecho judicial, Consejo General del Poder Judicial, 2006.

GÓMEZ LÓPEZ, Jesús Orlando, *Teoría del delito*, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 2003.

GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. *Estudios de dogmática en el nuevo código penal*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2002.

GROSSO GARCÍA, Manuel Salvador. *Dos estudios sobre la nueva teoría normativista del delito*, Bogotá, Ediciones Gustavo Ibáñez, 2001.

GUANES LICONI, Manuel, Consideraciones dogmáticas sobre los denominados delitos de conducción temeraria. Tesis doctoral para optar el

título de doctor, Facultad de derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2010, publicado en: <http://eprints.ucm.es/11840/1/T32398.pdf>.

HAVA GARCÍA, Esther. “Dolo eventual y culpa consciente: criterios diferenciadores, en: [http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an\\_2003\\_08.pdf](http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_2003_08.pdf)

HASSEMER, Winfried. “Los elementos característicos del dolo” (trad. Ma. Del Mar Díaz Pita), en: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penal*, Madrid, T. XLIII, Fasc. III, Septiembre - Diciembre 1990, págs. 909-931.

HERZBERG, Rolf Dietrich, “El delito comisivo doloso consumado como delito cualificado respecto del delito omisivo, imprudente y en tentativa” (trad. Teresa Rodríguez Montañez), en: *Cuestiones actuales de la teoría del delito* (Diego-Manuel Luzón Peña y Santiago Mir Puig, coordinadores), Madrid, Mac Graw Hill, 1999, págs. 41-59.

JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la imputación*, Madrid, Marcial Pons, 1997.

- “Sobre el tratamiento de los defectos volitivos y de los defectos cognitivos” (trad. Carlos J. Suárez González), en: *Estudios de derecho penal*, Madrid, UAM Ediciones / Civitas, 1997, págs. 127-146.
- “El lado subjetivo del hecho de los delitos del resultado en supuestos de habituación al riesgo” (trad. Carlos J. Suárez González), en: *Estudios de derecho penal*, Madrid, UAM Ediciones / Civitas, 1997, págs. 197-208.
- “*Dolus malus*” (trad. Yamila Fakhouri Gómez), en: *Indret*, edición 4 de 2009, <http://www.indret.com/pdf/674.pdf>, fecha de consulta: 5 de junio de 2011.

JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de derecho penal. Parte General*. (Trad. Santiago Mir Puig, Francisco Muñoz Conde), Barcelona, Bosch, 1981.

KAUFMANN, Armin. “El dolo eventual en la estructura del delito” (trad. Moisés Moreno), en: *Nuevo Foro Penal*, N°. 1, oct. – dic. 1978, págs. 38-59.

KÖHLER, Michael. “La imputación subjetiva: estado de la cuestión” (trad. Pablo Sánchez-Ostiz Gutiérrez), en: *Sobre el estado de la teoría del delito*, Madrid, Civitas, 2000, págs. 69-90.

LAURENZO COPELLO, Patricia. *Dolo y conocimiento*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, “Dolo y dolo eventual: reflexiones”, en: *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*, Cuenca, Ediciones Universidad de Castilla – La Mancha / Ediciones Universidad de Salamanca, 2001, págs. 1109 – 1134.

MAGARIÑOS, Mario. *El límite entre el dolo y la imprudencia*, Buenos Aires, Ad-hoc, 2010.

MAURACH, Reinhart / GÖSSEL, Kart / ZIPF, Heinz. *Derecho Penal, Parte General* (trad. Jorge Bofill Genzsch), Buenos Aires, Astrea, 1995.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*, 7ª edición, Buenos Aires, Editorial B de F, 2004.

- *Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de derecho*, Barcelona, Bosch, 1982.
- Límites del normativismo en derecho penal, en: *Derecho penal del siglo XXI*, Madrid, Cuadernos de derecho judicial, Consejo General del Poder Judicial, 2008

MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. *La cuadratura del dolo: problemas irresolubles, sorites y Derecho penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.

PEÑARANDA RAMOS, Enrique / SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos / CANCIO MELIÁ, Manuel. *Un nuevo sistema del Derecho penal: consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günter Jakobs*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999.

PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. *El dolo eventual, hacia el abandono de la idea del dolo como estado mental*, Buenos Aires, Hammurabi, 2011.

- "El concepto de dolo en el derecho penal. Hacia un abandono definitivo de la idea de dolo como estado mental", En: *Cuadernos de derecho penal* N° 6 [en línea]. Disponible en: [http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho\\_penal/cuadernos-de-derecho-penal/cdp6/perez-gabriel-dolo-no-estado-mental.pdf](http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho_penal/cuadernos-de-derecho-penal/cdp6/perez-gabriel-dolo-no-estado-mental.pdf).

PUPPE, Ingeborg. *La distinción entre dolo e imprudencia* (trad. Marcelo A. Sancinetti), Buenos Aires, Hammurabi, 2010.

RAGUÉS i VALLÈS, Ramon. *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Barcelona, Bosch, 1999.

- "La determinación del conocimiento como elemento del tipo subjetivo (Comentario a la STS de 24 de noviembre de 1995)", en: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XLIX, fasc. II, mayo-agosto 1996, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, págs. 795-822.
- "Conducción de vehículos con consciente desprecio por la vida de los demás y tentativa de homicidio (Comentario a la STS de 25 de octubre de 1999)", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1997 (publicado en 2001), págs. 787-813.
- "Consideraciones sobre la prueba del dolo", en: *La ley*, N° 7, 2002, págs. 1891-1898.

- “De nuevo, el dolo eventual: un enfoque revolucionario para un tema clásico. Recensión a Gabriel Pérez Barberá, *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*”, en: *InDret Penal*, N°3, 2012, <http://www.indret.com/pdf/899.pdf>

REYES ECHANDÍA, Alfonso. *Culpabilidad*, Bogotá, Temis, 1988.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal, parte general, tomo I* (trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal), Madrid, Civitas, 1997.

- “Acercas de la normativización del *dolus eventuales* y la doctrina del peligro de dolo”, en: *Problemas actuales de dogmática penal* (trad. Manuel A. Abanto Vásquez), Lima, Ara Editores, 2004, págs. 91-115.
- “Sobre el dolo eventual”, en: *Derecho Penal y Política Criminal, homenaje al maestro Álvaro Bunster* (traducción Justa Gómez Navajas), México, Editorial Ubijus / IFP, 2010, Págs. 3-17
- *Política criminal y estructura del delito, elementos del delito en base a la política criminal* (trad. Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée), Barcelona, PPU, 1992.

SAAVEDRA RUIZ, Juan. “Imprudencia consciente y dolo eventual”, en: *La responsabilidad penal de las actividades de riesgo*, Madrid, Cuadernos de derecho Judicial, 2002, págs. 209-243.

SANCINETTI, Marcelo A. *Subjetivismo e imputación objetiva en derecho penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996.

SCHÜNEMANN, Bernd, “De un concepto filológico a un concepto tipológico del dolo” (trad. Mariana Sacher y Carlos Suárez González), en: *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, Madrid, Tecnos, 2002, págs. 97-111.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona, Bosch, 1992.

- "Observaciones sobre el conocimiento «eventual» de la antijuricidad", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XL, Fascículo III. Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, pp. 647 – 663.

SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto y GALLEGO GARCÍA, Gloria María. "El dolo eventual en el Código Penal colombiano: entre limitaciones dogmáticas y exigencias político-criminales", en: *Nuevo Foro Penal* N°. 60, ene. – abr. 1999, págs. 7-30.

- "Las circunstancias agravantes del homicidio imprudente en el Código Penal colombiano", en: *Nuevo Foro Penal*. No. 61, mayo – agosto 1999, págs. 35-55.

STRATENWERTH, Günter. *Derecho Penal. Parte General I, El hecho punible* (traducción de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti), Madrid, Thomson – Civitas, 2005.

STRUENSEE, Eberhard, "Consideraciones sobre el dolo eventual" (trad. Alejandro Kiss), en: *Indret, revista para el análisis del derecho*, edición 4 de 2009, <http://www.indret.com/pdf/673.pdf>, fecha de consulta: 5 de junio de 2011.

TAMARIT SUMALLA, Josep María, "La tentativa con dolo eventual", en: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penal*, Madrid, T. XLV, Fasc. II, Mayo-Agosto 1992, págs. 515-559.

TENCA, Adrián Marcelo. *Dolo eventual*, Buenos Aires, Astrea, 2010.

TERRAGNI, Marco Antonio. *Dolo eventual y culpa consciente, adecuación de la conducta a los respectivos tipos penales*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2009.

TORÍO LÓPEZ, Ángel. Elementos subjetivos de los tipos penales, en: *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, Madrid, 1995.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Derecho penal. Parte General*, Medellín, Comlibros, 2009.

- "La teoría de la conducta punible en el nuevo código penal", en: *Nuevo Foro Penal* N° 63, enero –abril, 2000

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando/WOLFFHÜGEL GUTIÉRREZ, Christian. La diferencia entre el dolo eventual y la culpa consciente en la reciente jurisprudencia. En *Cuadernos de Derecho Penal* (en línea), N° 6, 2012. Disponible en: [http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho\\_penal/cuadernos-de-derecho-penal/cdp6/diferencia-dolo-culpa-jurisprudencia-corte-fernando-christian-wolffhugel.pdf](http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho_penal/cuadernos-de-derecho-penal/cdp6/diferencia-dolo-culpa-jurisprudencia-corte-fernando-christian-wolffhugel.pdf)

WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán* (trad. Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez), Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl / ALAGIA, Alejandro / SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires, Ediar, 2000.

ZIELINSKI, Diethart, *Dolo e imprudencia* (trad. Marcelo A. Sancinetti), Buenos Aires, Hammurabi, 2003.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. "La demarcación entre el dolo y la culpa: el problema del dolo eventual", en: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penal*, Madrid, T. XXXIX, Fasc. II, Mayo-Agosto 1986, págs. 395-422.