

Fundamento del dolo y ley penal: el dolo eventual como forma autónoma de realización típica en el Derecho penal colombiano¹

~Prof. Dr. Juan Oberto Sotomayor Acosta~

Profesor de Derecho Penal. Universidad EAFIT, Medellín, Colombia. Patrono FICP

1. EL CONTEXTO

En los últimos años se viene evidenciado una transformación de las funciones tradicionales de la justicia penal, que de medio de prevención o reacción frente a daños tiende a convertirse en instrumento de una política de seguridad, mediante el cual se pretende mantener o incrementar la seguridad subjetiva. En este contexto el derecho penal, en tanto orientado no a la mejora de las condiciones materiales de seguridad de las personas (protección de bienes jurídicos) sino a la promoción de seguridad, tiende no a su limitación sino a su expansión, pues las demandas de seguridad son ilimitadas.

Lo anterior podría explicar por lo menos una parte del punitivismo reinante en la actualidad, pues se promueve la idea de que tal seguridad sólo es posible mediante el recurso a la pena, lo cual origina crecientes demandas de intervención penal por parte de algunos sectores sociales y políticos, pero sobre todo de los medios de comunicación. Y dado que las demandas se encaminan no sólo a la obtención de más penas sino a que se impongan más fácilmente, las garantías penales devienen ya no presupuestos de legitimidad de la intervención penal estatal, sino obstáculos a remover con miras a la satisfacción de los nuevos fines a alcanzar por el derecho penal. Y, en la misma dirección, se produce una revisión casi generalizada de los criterios de atribución de responsabilidad, cuya característica principal es la sustitución de los elementos probatoriamente exigentes por criterios puramente normativos, pues, en últimas, se trata ahora no sólo de condenar sino de hacerlo de la manera más *eficiente* posible, para lo cual suele recurrirse al cómodo recurso de la supresión de requisitos, que tiene como efecto el alejamiento de la ley en la aplicación del derecho.

¹ Ponencia presentada al II Congreso Internacional de la FICP sobre “Problemas actuales de las Ciencias Penales”. Bogotá, 13-15 de marzo de 2017.

Un buen ejemplo de ello se encuentra en las transformaciones que por vía jurisprudencial se han introducido al concepto de dolo, y en particular del denominado dolo eventual (en adelante, DE).

2. CONCEPTO DE DOLO: EL DERECHO POSITIVO COMO PUNTO OBLIGADO DE REFERENCIA

El punto de partida de cualquier discusión sobre el DE en Colombia debe partir del derecho positivo, reconociendo que el CP no sólo define el dolo incluyendo el elemento volitivo sino que diferencia claramente entre el dolo directo o intencional y el eventual. Pese a ello, la jurisprudencia reciente ha si ambigua y contradictoria (v. gr. CSJ, sentencias de 25 de agosto de 2010 y 16 de diciembre de 2016).

3. LA DISTINCIÓN ENTRE DOLO (DIRECTO) Y DE EN EL C.P.

A partir de la regulación legal tanto la jurisprudencia como un sector ampliamente mayoritario de la doctrina penal colombiana (Fernández Carrasquilla, Velásquez, Posada Maya, entre otros) ha entendido que el DE, si bien presenta algunas particularidades que lo diferencian del dolo directo (de primer y segundo grado), es a todos los efectos una clase de dolo. Esta identificación parte de la base de que en éste se dan las mismas razones que fundamentan la mayor punición del dolo respecto del comportamiento culposos.

En contra de algunas concepciones normativas, se parte de que la mayor punición del dolo respecto del hecho imprudente se fundamenta en el mayor riesgo que representa para el bien jurídico el hecho de que la acción se encuentre en alguna medida *controlada* y *dirigida*, si bien no por completo pero al menos sí con un mayor grado de seguridad o certeza, hacia la lesión del bien jurídico (Sotomayor, 2016). La voluntad, en cuanto expresión de un poder de conformación de la realidad y no como “mala intención” o “mal ánimo”, convierte a la acción dolosa, en sí misma considerada, una acción objetivamente más peligrosa para los bienes jurídicos y por ende más grave que la acción imprudente (así Luzón Peña; igual Greco, aunque desde una perspectiva cognitiva).

Este fundamento hace de su componente volitivo un elemento imprescindible de la definición del dolo. Problema diferente es si cuando dicho componente volitivo se presenta en un sentido débil (lo cual es reconocido a través de diversas fórmulas: “tomarse en serio”, “contar con”, “conformarse con”, “decidirse por”, etc.), como ocurre en los supuestos de

DE, resulta suficiente para fundamentar una pena a título doloso, como opina la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia colombianas.

La respuesta debe ser negativa, por cuanto la relación entre acción y resultado es conceptualmente diferente a la conexión que existe entre resultado y consecuencia: el resultado de una acción “es aquello por lo que el sujeto tenía una razón para actuar y las consecuencias son aquellos acontecimientos que el sujeto conocía que se ocasionarían pero que no contaron como una razón para que el agente se ponga en movimiento” (Manrique Pérez, 271). Las intenciones son fundamentales para diseñar y desarrollar planes de vida, pues son las que permiten intervenir en el mundo, transformando estados de cosas: “la propia idea de acción supone que las cosas no cambian ‘por sí mismas’, sino que es el individuo que voluntariamente produce esa modificación, aun cuando muchas veces fracase en lograr aquello que *intenta* conseguir” (Ibídem, p. 193).

De ahí que siempre se requiera diferenciar entre *desear*, que es la actitud que contribuye a la formación de la intención y *querer*, que es la actitud de aprobación básica: “cuando un agente se forma una intención, entonces adquiere un compromiso práctico que lo conduce a comportarse de cierta manera” (Ibídem, p. 113) y por ende la ausencia de intención implica un menor control sobre el riesgo de la acción.

4. EL DE COMO FORMA AUTÓNOMA DE REALIZACIÓN SUBJETIVA DEL TIPO EN EL C.P.

En el DE no se dan las razones que fundamentan la mayor punición del hecho doloso. Por esta razón, si bien su regulación en el art. 22 CP podría dar a entender que se trata de una clase de dolo, también podría interpretarse de otra manera, esto es, que si bien el DE tiene una estructura más cercana a la del hecho imprudente, dado que al fin de cuentas en ambos el hecho típico es una *consecuencia* y no *resultado* de la acción (en el sentido ya indicado), el legislador ha decidido en principio *asimilar* el DE al dolo (“También será dolosa...”) por lo menos en dos consecuencias político criminales: a) a diferencia de lo que ocurre con los delitos imprudentes, en principio todos los delitos se podrían realizar con DE; y b) los delitos realizados con DE serán en principio sancionados con la pena prevista para el delito doloso (y no el imprudente).

No obstante, dado que no se trata de comportamientos propiamente dolosos, dicha asimilación no puede ser entendida de manera absoluta sin incurrir en graves contradicciones. De ahí que si bien en principio todas las conductas previstas en la ley como delito son sancionables a título de DE, deben excluirse aquellos delitos cuyas exigencias típicas resulten incompatibles con la estructura del DE, tal como sucede en los delitos con elementos subjetivos específicos (que no admiten la realización imprudente), tales como el genocidio, la circunstancia de alevosía, etc., así como figuras complejas como la preterintención. Conforme al CP tampoco es admisible una tentativa con DE, por la misma razón que no lo es la tentativa imprudente, por cuanto el art. 27 CP hace depender la existencia de una tentativa de que el acto se encuentre “inequívocamente *dirigido*” a la consumación del delito, y si algo caracteriza el DE es la falta de control final sobre las consecuencias de la acción.

Además, si bien en los delitos realizados con DE se debe partir de la pena prevista para el delito doloso en general, el mismo CP ordena (art. 61) tener en cuenta en la determinación de la pena “la intensidad del dolo”, lo cual significa que en los delitos realizados con DE siempre procede una circunstancia de atenuación de la pena, en razón de que el punto de partida del marco punitivo es el de la pena que merece el hecho doloso intencional.

Así entendido, el DE constituye una forma autónoma de realización subjetiva del tipo, intermedia entre el dolo (directo) y la culpa. Así por lo menos cabe deducirlo en buena medida de lo dispuesto en el propio CP., en una regulación que si bien no se identifica con la *recklessness* del derecho anglosajón, sí implica el reconocimiento de una categoría intermedia, que en todo caso se muestra mucho más ajustada a la gravedad del hecho, tal como lo viene reclamando desde hace algún tiempo un sector de la doctrina (Manrique Pérez; Molina Fernández, pp. 85-86; Eser, Bustos Ramírez, Eusebi, Manna; y en Colombia, Sotomayor/Gallego].

De esta tesis se ha dicho que de *lege lata* supondría una ampliación sin fundamento legal de la esfera de la imprudencia (Posada Maya, p. 34). Pero en realidad es el propio C.P. el que ofrece tres definiciones diferentes: el dolo (art. 22, primera parte), dolo eventual (art. 22, segunda parte) y culpa (art. 23). Ahora bien, del reconocimiento de que el dolo eventual

tiene una estructura dogmática similar a la de la culpa consciente no se sigue de *lege lata* que las conductas doloso eventuales se encuentran sometidas al régimen legal de los comportamientos culposos; por el contrario, lo que se afirma es que precisamente su asimilación político criminal al dolo (a través de su inclusión en el art. 22), cumple la función de sustraer dicha forma de comportamiento de las consecuencias del delito culposo (v. gr., del sistema de *numerus clausus*) y asignarle, con *limitaciones*, las del delito doloso. Luego, no se produce ninguna “ampliación” de la imprudencia, pues las mencionadas limitaciones del dolo eventual (por ejemplo su incompatibilidad con algunos delitos incompatibles con la culpa, bien porque exigen dolo directo o algún elemento subjetivo de intención trascendente o especiales elementos del ánimo, o con la tentativa), son aceptadas inclusive por quienes entienden el dolo eventual como una forma dolosa sin más (el mismo Posada Maya así lo hace, p. 56; sobre la tentativa, Tamarit, Fiandaca/Musco].

Así mismo, también se suele considerarse que la interpretación de la autonomía del DE supuestamente descuida el “referente normativo-cultural” que sirve para justificar la diferencia punitiva entre tales hipótesis, dando lugar a un derecho penal inefectivo e irreal” (Posada Maya, p. 34, quien en nota al pie incluye esta cita de Ragués: “existen eventos en los cuales, sin concurrir propiamente voluntad (en sentido naturalístico) de la realización del tipo penal, la conducta realizada parece, no obstante, merecedora de la pena asignada para la infracción dolosa”). Este argumento, sin embargo, avala de manera implícita la tesis de que la asimilación del DE al dolo no implica el reconocimiento de una misma estructura dogmática, sino que se realiza sólo a efectos punitivos, pues se reconoce la ausencia de voluntad (en el sentido del dolo) en el DE. Pero tal como plantea Manrique Pérez, en muchas ocasiones las catástrofes públicas mueven sentimientos de la comunidad que inducen a reclamar castigos y responsabilidades graves, lo cual, sin embargo, no puede ser una razón válida para agravar el reproche a título de DE, pues “Cuando nos tomamos en serio los compromisos que surgen del ideal del Estado de Derecho tenemos que estar dispuestos a renunciar a la solución de los problemas sociales sobre la base de esos sentimientos morales” (77). Dichos sentimientos son semejantes a cuando una conducta que nos parece inmoral no se considera delito o se produce una absolución por la ilegalidad de una prueba, etc.; y no por ello se deben modificar los presupuestos de la condena (77-78).

Y el problema del DE es que trasciende estas situaciones espectaculares pero excepcionales, de lo cual es un buen ejemplo la jurisprudencia de la CSJ colombiana.

BIBLIOGRAFÍA

- Bustos Ramírez, Juan, “Política criminal y dolo eventual”, en Bustos Ramírez, Juan, *Obras completas*, tomo II, Lima, Ara, 2004.
- Eser, Albin; Burkhardt, Björn, *Derecho penal: cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias*, Madrid, Colex, 1995.
- Eusebi, Luciano, “Verso la fine del dolo eventuale? (salvaguardando, in itinere la formula di Frank)”, en *Diritto Penale Contemporáneo*, 1/2014.
- Fernández Carrasquilla, Juan, *Derecho penal, parte general. Teoría del delito y de la pena*, Vol. 1, Bogotá, Ibáñez, 2012.
- Fiandaca, Giovanni y Musco, Enzo, *Derecho penal, parte general*, trad. de L. F. Niño, de la 4ª ed (2001), Bogotá, Temis, 2006.
- Greco, Luis, “Dolo sem vontade”, en Silva Dias, Augusto *et. al.* (coords.), *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito em comemoração do 70.º Aniversario. Estudos de direito e filosofia*, Coimbra, Almedina, 2009.
- Luzón Peña, Diego Manuel, *Lecciones de derecho penal, parte general*, 2ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.
- Manna, Adelmo, “Colpa cosciente e dolo eventuale: l’indistinto confine e la crisi del principio di stretta legalità”, en *L’indice penale*, año XIII, N°1, enero – junio 2010.
- Manrique Pérez, María Laura, *Acción, dolo eventual y doble efecto*, Madrid, Marcial Pons, 2012.
- Molina Fernández, Fernando, *La cuadratura del dolo: problemas irresolubles, sorites y Derecho penal*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.
- Posada Maya, Ricardo, “El dolo en el Código penal de 2000”, en Posada Maya, Ricardo (Coordinador), *Temas de derecho penal*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2008.
- Ragués i Vallès, Ramon, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Barcelona, Bosch, 1999.
- Sotomayor Acosta, Juan Oberto, “Fundamento del dolo y ley penal: una aproximación crítica a las concepciones cognitivo/normativas del dolo, a propósito del caso colombiano”, en *Política Criminal*, Vol. 11, N° 22, 2016, Art. 10, pp. 675-703 [http://www.politicacriminal.cl/Vol_11/n_22/Vol11N22A10.pdf, consultado el 10/03/2016].
- 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*, 60 (1999).
- Tamarit Sumalla, Josep María, “La tentativa con dolo eventual”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, II, 1992.
- Velásquez, Fernando, *Derecho penal, parte general*, 3ª edición, Medellín, Comlibros, 2009.