

SOTOMAYOR, Juan. “Fundamento del dolo y ley penal: una aproximación crítica a las concepciones cognitivo/normativas del dolo, a propósito del caso colombiano”. *Polít. crim.* Vol. 11, N° 22 (Diciembre 2016), Art. 10, pp. 675-703. [http://www.politicacriminal.cl/Vol_11/n_22/Vol11N22A10.pdf]

Fundamento del dolo y ley penal: una aproximación crítica a las concepciones cognitivo/normativas del dolo, a propósito del caso colombiano

Basis of intent and criminal law: a critical approach to the cognitive/normative conceptions of intent, regarding the Colombian case

Prof. Dr. Juan Oberto Sotomayor Acosta*
Profesor de Derecho Penal de la Universidad EAFIT (Medellín, Colombia)
jsotoma@eafit.edu.co

Resumen

La justicia penal, en los últimos años, ha pasado de ser un mecanismo de protección de bienes jurídicos para convertirse en el primer e imprescindible medio de promoción de la seguridad. En este contexto, las garantías penales, entendidas como límites y presupuestos de legitimidad de la intervención penal, se debilitan y se convierten en obstáculos que deben ser removidos. Lo anterior ha venido acompañado de la normativización absoluta de las reglas tradicionales de atribución de responsabilidad penal, producto de una dogmática cada día más desvinculada del derecho positivo. Un buen ejemplo de lo anterior lo constituyen las transformaciones que ha sufrido el concepto de dolo en la dogmática penal, y su repercusión en las decisiones judiciales. El presente trabajo da cuenta de dicho fenómeno, a partir del análisis del marco legal y doctrinal de la delimitación del dolo, el fundamento de su punición, y la crítica a las teorías que proponen una conceptualización normativa del dolo como mera atribución.

Palabras clave: Dolo, dolo eventual, culpa, dogmática penal

Abstract

Criminal justice, in the last years, has turned into the first and essential way of promoting security, to the detriment of its function of protecting legal interests. In this context, criminal guarantees weaken and turn into obstacles that must be removed. Also, an absolute normativization of the traditional rules of attribution of criminal responsibility has taken place, resulting from a criminal law doctrine progressively detached from statutory law. As example an example of this there are dogmatic transformations of the concept of intention and its repercussion in judicial decisions. This paper explains the above mentioned phenomenon, from the analysis of the legal and doctrinal frame of the delimitation of

* Este artículo es producto de la participación del autor como coinvestigador en el proyecto de investigación “Las garantías penales como límite y guía en la solución de problemas penales complejos: la necesidad de evitar atajos”, dirigido por el profesor Miguel Díaz y García-Conlledo (Universidad de León, España), con financiación del Ministerio de Economía y Competitividad, código DER2013-47511-R, de España; y de la Universidad Eafit, código 621 – 000008, en Colombia.

SOTOMAYOR, Juan. “Fundamento del dolo y ley penal: una aproximación crítica a las concepciones cognitivo/normativas del dolo, a propósito del caso colombiano”.

intent, the foundation of its punishment, and the criticism of theories that propose a normative conceptualization of intention as mere attribution.

Key words: Intention (intent), recklessness (willful blindness), criminal negligence, criminal law doctrine.

1. Seguridad, “convicciones sociales” y concepto de dolo.

En los últimos años se ha 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 subjetiva¹. 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 y antes que disminuir, aumentan en sociedades conflictuales como lo son en particular las latinoamericanas, en las que un porcentaje importante de sus miembros aún no encuentra satisfechas sus necesidades más elementales. Así entendida, la pena deja de ser el último y amargo recurso en procura de protección de las condiciones básicas de existencia, para convertirse en el primer e imprescindible medio de generación de seguridad.

Lo anterior podría explicar por lo menos una parte del punitivismo reinante en la actualidad², 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, muchas de las cuales culminan en leyes penales que crean nuevos delitos o incrementan las penas de los ya existentes³. Y claro, como 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

¹ Sobre el particular, entre otros, HASSEMER, Winfried, “Viejo y nuevo derecho penal”, trad. MUÑOZ CONDE, Francisco y DÍAZ PITA, María del Mar, en: EL MISMO, *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal*, Bogotá: Temis, 1999, pp. 15 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª edición, Madrid: Civitas, 2001, pp. 32 y ss.; DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N° 06-03 (2004), en: <http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-03.pdf> [consultado el 05.07.16]; BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel, “La difusión de lógicas actuariales y gerenciales en las políticas punitivas”, *InDret*, 2 (2014), pp. 4 y ss.

² En el caso colombiano el punitivismo actual no podría ser reducido a un solo factor, pues, en el mismo confluyen diferentes discursos: la defensa social, la protección de los derechos humanos, la sociedad del riesgo, etc.; sobre el particular, SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto, “El deterioro de la función de garantía del derecho penal actual”, en: VELÁSQUEZ, Fernando, *et. al., Derecho penal y crítica al poder punitivo del Estado. Libro Homenaje a Nódier Agudelo Betancur*, Bogotá: Universidad de los Andes, 2013, pp. 274-282.

³ Véase SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto, “Las recientes reformas penales en Colombia: un ejemplo de irracionalidad legislativa”, en: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis y GARCÍA PÉREZ, Octavio, *La política legislativa penal iberoamericana en el cambio de siglo. Una perspectiva comparada (2000-2006)*, Buenos Aires/Madrid: BdeF/Edisofer, 2008, pp. 75-118.

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.

Todo lo anterior ha dado lugar a un paulatino pero marcado alejamiento del derecho positivo como referente obligado ya no sólo de los jueces sino también de la dogmática penal, papel que tiende a ser sustituido por vagas ideas de “justicia” que luego son llenadas del contenido que convenga, a gusto del intérprete o de los intereses de turno. De ahí que se acuda a discursos muy disímiles entre sí pero que tienen en común cierta pretensión de deslegitimación del sistema de garantías del derecho penal⁴.

Un buen ejemplo de lo anterior, en el caso colombiano, se encuentra en las transformaciones que por vía jurisprudencial se han introducido al concepto de dolo (en particular del dolo eventual), sobre todo en el ámbito de la circulación vial. La referencia obligada en este sentido es la sentencia del 25 de agosto de 2010 (proceso N. 32964) de la Corte Suprema de Justicia (en adelante CSJ), que confirmó la condena de 18 años y 4 meses de prisión (más inhabilitación de derechos y funciones públicas por el mismo término y privación del derecho a conducir vehículos automotores por 3 años), que por dos homicidios dolosos impuso el Tribunal Superior de Bogotá a una persona que conducía su vehículo a las cuatro de la madrugada en alto grado de embriaguez y a una velocidad “entre 65 y 97 km/h”, que al no atender la luz roja de un semáforo colisionó de manera violenta con otro vehículo en el que viajaban dos personas que murieron en el hecho.

Entre los muchos aspectos discutibles de dicha sentencia⁵, hay dos de particular relevancia, ambos destacados por uno de los magistrados disidentes: en primer término, aunque no se reconozca de manera expresa, la sentencia surge en el contexto de una fuerte presión de los medios de comunicación, que para ese momento habían convertido en titulares de primera plana los casos de lesiones y muertes producidos por personas que conducían en estado de embriaguez⁶. Que los medios de comunicación generen alarma social por eventos de

⁴ Cfr. SOTOMAYOR ACOSTA, “El deterioro de la función de garantía”, cit. nota n° 2, pp. 271 y 11; igual en SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto y TAMAYO ARBOLEDA, Fernando, “La ‘nueva cuestión penal’ y los retos de una ciencia penal garantista”, en: GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *et. al.*, *Dogmática del derecho penal material y procesal y política criminal contemporáneas*, tomo I, Homenaje a Bernd Schünemann por su 70° aniversario, Lima: Gaceta Jurídica, 2014, p. 95-100.

⁵ Al respecto véase a VELÁSQUEZ, Fernando y WOLFFHÜGEL GUTIÉRREZ, Christian, “La diferencia entre el dolo eventual y la culpa consciente en la reciente jurisprudencia”, *Cuadernos de Derecho Penal*, No. 6 (2011), pp. 153-169; y VARGAS LOZANO, Renato y CASTILLO GARAY, Laura, “La sanción penal de los conductores ebrios en Colombia: entre las dificultades dogmáticas y la ausencia de una política criminal coherente”, *Civilizar* N° 26 (2014), pp. 70-74.

⁶ Así lo registró el magistrado Espinosa Pérez en su salvamento de voto a la referida sentencia del 25 de agosto de 2010, proceso N. 32964, p. 25: “Y claro, cuando los hechos asoman graves y como especie de rumor magnificado por los medios, la comunidad clama por resultados, la tentación justiciera parece inevitable... Cualquiera entiende que en el asunto examinado y otros similares de los cuales hacen eco hoy por hoy los medios de comunicación, un natural deseo de venganza se despierta en quienes presencian la tragedia de las víctimas y sus familiares”.

SOTOMAYOR, Juan. “Fundamento del dolo y ley penal: una aproximación crítica a las concepciones cognitivo/normativas del dolo, a propósito del caso colombiano”.

conductores en estado de embriaguez y demanden una mayor punición por vía de la modificación de las exigencias legales, no parece algo novedoso en la actualidad. Lo que resulta llamativo es que, a diferencia de lo ocurrido en otros países⁷, en Colombia haya sido la propia CSJ la que se haya plegado a dichas demandas, abriendo la puerta a intervenciones penales incontroladas en un ámbito tan sensible y cotidiano como el de la seguridad vial.

De otra parte, sorprende no tanto la decisión propiamente tal sino, sobre todo, los argumentos utilizados para llegar a la misma, pues con el fin de satisfacer las demandas punitivas de los medios de comunicación, la posición mayoritaria de la CSJ parece haber ido más allá de los límites del propio texto legal y de lo que había sido hasta el momento una doctrina más o menos pacífica en cuanto a los criterios de distinción del dolo eventual de la culpa consciente⁸. En tal sentido, no se consideró relevante que el Código Penal colombiano (en adelante C.P.) en la definición general del dolo del art. 22 se refiera claramente a la exigencia de que el sujeto *conozca y quiera* la realización de la infracción penal, ni que dichos elementos parezcan a su vez referidos a una realidad que requiere ser verificada. Tampoco que conforme al mismo artículo el dolo eventual presuponga que la probable realización de la infracción penal “ha sido prevista”, lo cual es también un hecho que requiere prueba. Ni que el art. 23 C.P. entienda subsistente un comportamiento culposo cuando el sujeto, habiendo previsto el resultado típico, “confió en poder evitarlo”. Mucho menos relevancia se le dio a la existencia de una doctrina penal que, desde el C.P. de 1890 hasta la fecha, se muestra partidaria, de manera ampliamente mayoritaria, de una concepción volitiva del dolo⁹. Lo que se quiere destacar es que el punto de partida de la

⁷ Según resaltan MARINUCCI, Giorgio y DOLCINI, Emilio, *Manuale di diritto penale, parte generale*, 3ª ed., Milano: Giuffrè, 2009, p. 283, en Italia, por el contrario, ha sido la Corte de casación, al responder un recurso interpuesto por el procurador general, la que ha limitado la tentación de reconocer en este tipo de incidentes los extremos de un posible dolo eventual en lugar de los de la culpa.

⁸ Por ejemplo, en la sentencia se afirma (p. 37) que “la representación debe recaer, no sobre el resultado delictivo, sino sobre la conducta capaz de producirlo”, lo cual si bien es perfectamente posible de sostener conforme a concepciones cognitivas del dolo, muy poco tiene que ver con lo dispuesto por el art. 22 C.P., que exige que la realización de la acción conduzca a la probable realización de la “infracción penal”, por lo que mientras el homicidio siga consistiendo legalmente en el hecho de matar a otro, lo exigible conforme al texto legal es que el sujeto se represente en concreto la probabilidad de causarle la muerte a otra persona. Pareciera que la CSJ, sin citarlo, asumiera la concepción del dolo de Frisch, para quien objeto del dolo sólo puede serlo la conducta típica, que él reduce a la conducta generadora de un riesgo no permitido y de la que en su opinión no forma parte el resultado, dado que éste no se ha producido cuando se realiza la acción (cfr. al respecto, ROXIN, Claus, *Derecho penal, parte general*, t. I, trad. LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, DIAZ Y GARCÍA-CONLLEDO, Miguel y DE VICENTE REMESAL, Javier; Madrid: Civitas, 1997, pp. 439-441). Tal punto de vista debe sin embargo descartarse, pues no sólo resulta incompatible con una legislación penal como la colombiana en la que la antijuridicidad de un comportamiento depende de la lesión o efectiva puesta en peligro de los bienes jurídicos (art. 11), sino porque en últimas convierte los delitos de lesión en delitos de peligro, lo que en el caso del delito de homicidio sería tanto como afirmar que la acción homicida no consiste en matar a otro, que es lo que dice la ley, sino en la realización de una acción peligrosa para la vida de una persona (cfr. MARINUCCI/DOLCINI, Emilio, *Manuale*, cit. nota n° 7, p. 281).

⁹ Sin pretensiones de exhaustividad véase, respecto del C.P de 1890, a CONCHA, José Vicente, *Tratado de derecho penal*, 1a. ed., Bogotá: Imprenta Nacional, 1897, p. 76. En relación con el C.P. de 1936, entre otros, GAITÁN MAHECHA, Bernardo, *Curso de derecho penal general*, Bogotá: Lerner, 1963, p. 160; ROMERO SOTO, Luis Enrique, *Derecho penal, parte general*, vol. II, Bogotá: Temis, 1969, pp. 114-128; LOZANO Y LOZANO, Carlos, *Elementos de derecho penal*, Bogotá: Lerner, 1961, pp. 121 y ss.; ESTRADA VÉLEZ, Federico, *Manual de derecho penal*, Medellín: Colección Pequeño Foro, 1972, pp. 190 y ss. Conforme al C.P.

posición mayoritaria de la CSJ para imputar el hecho como doloso no fue entonces la regulación legal, sino un punto de partida valorativo no siempre explícito pero que, por lo dicho en el salvamento de voto, parecería estar vinculado a la supuesta necesidad de una mayor punición para estos hechos demandada por algún sector de la sociedad y, sobre todo, por medios de comunicación más interesados en ganar audiencia que en informar. Luego, parecería que a partir de esta sentencia, el dolo (o al menos el dolo eventual) no es algo que requiera probarse, sino que se atribuye a partir de consideraciones extralegales¹⁰, pues, en el fondo, en este nuevo escenario el asunto a debatir no parece ser el de si en el caso concreto se dan las exigencias legales para tratar el comportamiento del acusado como doloso, sino el de si dicho comportamiento, por su gravedad, merece tal tratamiento. Tal perspectiva se presenta de antemano demasiado frágil para soportar la imputación de responsabilidad penal y, en especial, para fundamentar el paso de una imputación por delito culposo, penado con prisión de 2 años y 8 meses a 9 años, a otra por homicidio doloso, sancionado con una pena que, sin agravantes, oscila en Colombia entre los 17 años y 4 meses y 37 años y 6 meses de prisión.

Una diferencia punitiva tan relevante –y en general un tratamiento jurídico penal tan diferente como el existente entre los comportamientos dolosos y culposos– presupone la existencia de razones que justifiquen dicho tratamiento, de manera que no se entregue a la discrecionalidad del intérprete decidir sobre lo que es doloso o no. De ahí que una adecuada dogmática del dolo implique dos aspectos a considerar: en primer término, el derecho positivo vigente, al menos mientras de lo que se trate sea de aplicar el derecho penal vigente y no sólo de especular sobre la manera como debería ser; y, en segundo lugar, de auscultar sobre las razones que conforme al derecho positivo fundamentan la mayor punición del dolo respecto de la culpa y conforme a ello establecer los criterios jurídicos de diferenciación.

2. Teorías del dolo y su delimitación con la culpa.

2.1. El marco legal.

En Colombia, al igual que sucede en Italia y en la mayoría de países latinoamericanos, el C.P. ofrece una definición de dolo y de culpa, que se supone debería ser el punto de partida

de 1980, entre otros, FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan, *Derecho penal fundamental*, t. II, 2a. ed., Bogotá: Temis, 1995, pp. 257 y ss.; PÉREZ, Luis Carlos, *Derecho penal, partes general y especial*, t. I, Bogotá: Temis, 1981, pp. 264 y ss.; REYES ECHANDÍA, Alfonso, *Derecho penal*, 10a. ed., Bogotá: U. Externado de Colombia, 1986, pp. 274; VELÁSQUEZ, Fernando, *Derecho penal, parte general*, 2a. ed., Bogotá: Temis, 1997, pp. 406 y ss. Teniendo como referencia el C.P. de 2000, VELÁSQUEZ, Fernando, *Derecho penal, parte general*, 3ª edición, Medellín: Comlibros, 2009, pp. 62 y ss.; GÓMEZ LÓPEZ, Jesús Orlando, *Teoría del delito*, Bogotá: Doctrina y ley, 2003, pp. 288-292; POSADA MAYA, Ricardo, “El dolo en el Código penal de 2000”, en: EL MISMO (Coord.), *Temas de derecho penal*, Bogotá: Universidad de los Andes, 2008, pp. 34 y ss.; FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan, *Derecho penal, parte general. Teoría del delito y de la pena*, Vol. 1, Bogotá: Ibáñez, 2012, pp. 395 y ss.

¹⁰ No parece gratuito que en dicha sentencia no se cite a ningún autor colombiano (aunque ello también podría obedecer a una norma interna de la CSJ, pues no es usual que lo haga tampoco en otras sentencias). Sí se cita en cambio una vez a Mir Puig (p. 35) y la obra de Ragués, de la cual se toman prestadas algunas referencias a Jakobs (pp. 45 y 47) y a Herzberg (p. 47).

SOTOMAYOR, Juan. “Fundamento del dolo y ley penal: una aproximación crítica a las concepciones cognitivo/normativas del dolo, a propósito del caso colombiano”.

de la interpretación dogmática cuando desde la *lege lata* se aborda el problema de la fundamentación y delimitación del dolo (y por ende de la culpa). Según el C.P. colombiano:

“Art. 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”.

“Art. 23. *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”.

Conforme a esta regulación está claro, por una parte, que el dolo exige *conocimiento* (“de los hechos constitutivos de la infracción penal”) y *voluntad* (“quiere su realización”), por lo que en Colombia el debate general sobre el concepto de dolo entre doctrinas cognitivas y volitivas sólo estaría justificado en el plano de la *lege ferenda* o quizás, como ha sido tradicional en la doctrina, restringido únicamente a la fundamentación del dolo eventual¹¹. De otra, también es evidente la diferenciación de dos clases de dolo: el directo (“La conducta es dolosa...”) y el eventual (“También será dolosa...”). Ello significa que la ley colombiana ofrece directamente criterios no sólo para diferenciar entre dolo directo y eventual, sino también entre este último y la culpa consciente, por lo que, en principio, parecería ofrecer a la especulación dogmática un marco legal bastante restringido. No obstante, un C.P. como el colombiano impone todavía el reto de explicar de manera coherente la coexistencia simultánea de dos conceptos de dolo tan diferentes como los consagrados en el art. 22, respecto de lo cual saltan a la vista dos posibles alternativas: por una parte, la búsqueda de un fundamento común, que para el caso colombiano sólo parece admisible en clave volitiva, cuya elaboración más acabada en la doctrina nacional es la de Posada Maya¹². La otra consiste en diferenciar el dolo (directo) y el dolo eventual, tanto en sus fundamentos como en algunas de sus consecuencias, lo que de alguna manera supone admitir que se trata de dos formas diferentes de realización subjetiva del tipo, que situaría al dolo eventual como una figura intermedia entre el dolo y la culpa¹³.

En todo caso, entiéndase de una manera o de la otra, este escenario poco diferiría del tradicional de no ser porque la tendencia jurisprudencial a la normativización del dolo ha puesto en evidencia la necesidad de una mayor profundización en la delimitación y fundamentación del dolo a partir del texto legal, para conforme a ello evaluar la

¹¹ Cfr. POSADA MAYA, “El dolo”, cit. nota n° 9, pp. 1-74.

¹² POSADA MAYA, “El dolo”, cit. nota n° 9, pp. 1-74.

¹³ Esta es la posición que he sostenido desde el C.P. de 1980, la cual sigue siendo válida en relación con el C.P. actual; véase SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto y GALLEGOS GARCÍA, Gloria María, “El dolo eventual en el Código penal colombiano: entre limitaciones dogmáticas y exigencias político criminales”, *Nuevo Foro Penal* N° 60 (1999), pp. 7-30. Desde este punto de vista el dolo eventual en el C.P. colombiano funcionaría de forma parecida a la *recklessness* del derecho anglosajón, aunque no coincidiría del todo con su contenido pues esta última figura parecería incluir lo que en el derecho continental se conoce como culpa consciente, o al menos algunos de sus supuestos; cfr. FLETCHER, Georg P., *Conceptos básicos de derecho penal*, trad. MUÑOZ CONDE, Francisco, Valencia: Tirant lo blanch, 1997, pp. 176-179.

admisibilidad o no en el ordenamiento penal colombiano de las tendencias doctrinales recogidas en la ya referida sentencia de la CSJ del 25 de agosto de 2010.

2.2. El marco doctrinal: teorías cognitivas y volitivas del dolo.

A diferencia de lo que sucede en legislaciones como la colombiana, en Alemania y en España el C.P. no ofrece una definición de aquello que debe entenderse por dolo, situación que ha permitido el desarrollo de una serie de teorías sobre el concepto de dolo, que en términos generales pueden reducirse a las denominadas teorías de la *representación* y de la *voluntad*: las primeras fundamentan el dolo sólo a partir del aspecto cognoscitivo, al entender que éste se configura cuando el sujeto conoce o es consciente de que su acción conlleva de forma segura o posible la realización del tipo. Las teorías de la voluntad exigen, además del conocimiento de los elementos del tipo, el elemento de la voluntad consistente en que el sujeto quiera o por lo menos acepte como segura o eventual la realización de la infracción penal¹⁴.

Ambas perspectivas, sin embargo, enfrentan serias dificultades a la hora de explicar el dolo eventual: las volitivas por la ambigüedad en el uso del término “voluntad”, pues si dicha voluntad se entiende en sentido psicológico descriptivo no resulta fácil afirmar la existencia de tal elemento en el dolo eventual, toda vez que difícilmente una mera aceptación de la probable realización del tipo puede ser identificada con la voluntad de realización propia del dolo; pero sobre todo, se cuestiona que en el dolo eventual se exija una aceptación interior de la realización del tipo que en la práctica resulta imposible de probar, por lo que se introduce un amplio margen de discrecionalidad judicial¹⁵. Por su parte las doctrinas cognitivas, si bien –en tanto afirman el dolo de manera exclusiva a partir de sus componentes cognoscitivos– no tienen problemas para incluir en su definición los supuestos de dolo eventual, sí lo tienen para diferenciar el comportamiento doloso del culposo, toda vez que también en la culpa consciente el sujeto se representa la probable realización de la infracción penal¹⁶.

Debido a lo anterior, un sector de la doctrina se ha esforzado en los últimos años en la elaboración de un concepto unitario de dolo, esto es, un concepto que logre abarcar todos los supuestos que bien sea por razones legales o materiales deben entenderse incluidos en la definición y que al mismo tiempo establezca límites claros frente a la culpa. Ello ha dado lugar a propuestas con diferentes grados de normativización del concepto de dolo, que se

¹⁴ Un estudio amplio y detallado de estas perspectivas en DÍAZ PITA, María del Mar, *El dolo eventual*, Valencia: Tirant lo blanch, 1994, pp. 47 y ss.; RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Barcelona: Bosch, 1999, pp. 53 y ss.; PÉREZ BARBERÁ, Gabriel, *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*, Buenos Aires: Hammurabi, 2011, pp. 151 y ss.

¹⁵ Cfr. PUPPE, Ingeborg, *La distinción entre dolo e imprudencia. Comentario al § 15 del Código penal alemán*, trad. SANCINETTI, Marcelo, Buenos Aires: Hammurabi, 2009, pp. 70-72. RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, cit. nota n° 14, p. 272, quien afirma que “una aplicación coherente de la concepción psicológica no es imaginable si no se acompaña de la práctica renuncia a la posibilidad de una condena por delito doloso”; en general, pp. 259-273.

¹⁶ Véase DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, cit. nota n° 14, pp. 290-300. Sobre las dificultades conceptuales de estas teorías, en general, MANRIQUE PÉREZ, María Laura, *Acción, dolo eventual y doble efecto*, Madrid: Marcial Pons, 2012, pp. 93-97.

SOTOMAYOR, Juan. “Fundamento del dolo y ley penal: una aproximación crítica a las concepciones cognitivo/normativas del dolo, a propósito del caso colombiano”.

refleja en las dominantes¹⁷ versiones *moderadas* de las tradicionales doctrinas cognitivas y volitivas; del primer signo podría calificarse la concepción de Silva Sánchez, para quien “lo específico del dolo frente a la imprudencia es, pues, que el sujeto que actúa dolosamente *conoce* el significado típico de la conducta que realiza voluntariamente y el sujeto imprudente desconoce en toda su dimensión ese significado”¹⁸; aunque tal definición se hace desde criterios estrictamente cognitivos, en el planteamiento de este autor ello no supone una confusión con la culpa consciente, toda vez que “en el dolo eventual existe verdadero conocimiento y en la culpa consciente, en cambio, falta un exacto conocimiento de la situación típica (objetiva), al añadirse por parte del autor, elementos de confianza, de uno u otro signo, que le conducen al error (imprudencia)”¹⁹. Concepciones volitivas moderadas son, por su parte, las sostenidas por autores como Hassemer y Roxin, quienes definen el dolo como *decisión* (“en contra de un bien jurídico”, “a favor del injusto”, “por la posible lesión de bienes jurídicos”)²⁰. En opinión de Roxin, cuando el sujeto incluye en sus cálculos la posible realización del tipo penal, sin que por ello se abstenga del plan, significa que se ha decidido de manera consciente en contra del bien jurídico protegido por el correspondiente tipo: y “esta ‘decisión por la posible lesión de bienes jurídicos’ es la que diferencia al dolo eventual en su contenido de desvalor de la imprudencia consciente y la que justifica su más severa punición”²¹.

Pese a que en un principio tales doctrinas parten de puntos de vista altamente discrepantes, lo cierto del caso es que en sus versiones moderadas, que son las más generalizadas, tales discrepancias obedecen básicamente a un asunto lingüístico y no material, pues a la hora de la solución de los problemas concretos parecen ser más las coincidencias que las diferencias²². Ello se pone claramente de manifiesto en la delimitación del dolo eventual

¹⁷ Sobre la situación en la doctrina alemana, ROXIN, *Derecho penal*, cit. nota n° 8, pp. 414-456; en Italia, FIANDACA, Giovanni y MUSCO, Enzo, *Derecho penal, parte general*, trad. de NIÑO, Luis Fernando de la 4ª ed (2001), Bogotá: Temis, 2006, pp. 361-365; en España, LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Lecciones de derecho penal, parte general*, 2ª edición, Valencia: Tirant lo blanch, 2012, pp. 245-253; para el caso colombiano, VELÁSQUEZ, *Derecho penal*, cit. nota n° 9, pp. 620-630.

¹⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona: Bosch, 1992, p. 401 (la cursiva es textual). Sobre tales teorías, en general, véase a DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, cit. nota n° 14, pp. 75 y ss. y RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, cit. nota n° 14, pp. 83 y ss.

¹⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “Observaciones sobre el conocimiento ‘eventual’ de la antijuridicidad”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, III (1987), p. 652; en el mismo sentido, LAURENZO COPELLO, Patricia, *Dolo y conocimiento*, Valencia: Tirant lo blanch, 1999, pp. 287-292.

²⁰ HASSEMER, Winfried, “Los elementos característicos del dolo”, trad. DÍAZ PITA, María del Mar, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, III (1990), pp. 915-917 y 931; ROXIN, *Derecho penal*, cit. nota n° 8, pp. 424-430. También son concepciones volitivas moderadas próximas a la de Roxin, las sostenidas en Italia por CANESTRARI, Stefano, CORNACCHIA, Luigi y DE SIMONE, Giulio, *Manuale di diritto penale, parte generale*, Bologna: Il Mulino, 2007, p. 389; en España por LUZÓN PEÑA, *Lecciones*, cit. nota n° 17, pp. 251-252 y en Colombia por VELÁSQUEZ, *Derecho penal*, cit. nota n° 9, pp. 624-629.

²¹ ROXIN, *Derecho penal*, cit. nota n° 8, p. 425. No obstante, DONINI, Massimo, “Il dolo eventuale: fatto illecito e colpevolezza. Un bilancio del dibattito più recente”, *Diritto Penale Contemporaneo*, 1 (2014), pp. 25-26, ha destacado que en el planteamiento de Roxin sobre este tema se ha registrado una variación importante hacia una concepción del dolo eventual más objetivada y normativa, hasta el punto de prácticamente desprenderse en el plano conceptual de una concepción del dolo como hecho psíquico.

²² RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, cit. nota n° 14, pp. 25-27. En igual sentido ROXIN, *Derecho penal*, cit. nota n° 8, pp. 446-447; PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, cit. nota n° 14, pp. 218-225, en particular, p. 220.

con la culpa, para lo cual sigue mayoritariamente recurriéndose, bien porque se lo entienda integrante del aspecto cognoscitivo o bien del componente volitivo, al ingrediente subjetivo de “contar con”, “conformarse con”, “confiar en”, “tomarse en serio”, etc.²³. De igual manera, la tendencia a la objetivación del dolo propia de algunas doctrinas cognitivo-normativas actuales tampoco supone un criterio de distinción definitivo entre ambas direcciones, pues también algunas doctrinas volitivo-normativas del dolo afirman, no que la entidad del peligro sea lo definitivo, pero sí que constituye un hecho indicador a tener en cuenta en la determinación del elemento volitivo “decidirse por”, “contar con”, “conformarse con”, etc.²⁴. Y tampoco es cierto, por otra parte, que las dificultades probatorias del dolo desaparezcan con las doctrinas cognitivas, ya que sólo se trasladan de lugar, pues en últimas establecer si el sujeto tuvo *consciencia* de la *probabilidad* de lesión del bien jurídico (o de su *gravedad*) no es menos complicado que preguntarse si la *aceptó* o se *decidió* por ella²⁵.

Lo que sí parece evidente es que estas doctrinas moderadas, al suprimir de su definición el elemento volitivo o reducirlo a la mera “decisión” o “resolución”, convierten la estructura del dolo eventual en su concepto *básico*, respecto del cual el elemento volitivo propio del dolo directo representa más bien un *plus* de intensidad²⁶.

3. Fundamento de la punición del dolo.

Un concepto unitario de dolo supone la existencia de un fundamento material común a todas sus manifestaciones, que permita su diferenciación de los delitos imprudentes y que dé cuenta de las razones para imponer a los primeros una pena mayor que a los segundos.

²³ En realidad esta fórmula constituye una solución de compromiso entre doctrinas de la representación y de la voluntad, como ponen de presente CANESTRARI/CORNACCHIA/ DE SIMONE, *Manuale*, cit. nota n° 20, p. 394. Una síntesis de tales planteamientos en la doctrina alemana, en ROXIN, Claus, *Derecho penal*, nota 8, pp. 430-448.

²⁴ Así, HASSEMER, “Los elementos”, cit. nota n° 20, p. 927 y ss.; ROXIN, *Derecho penal*, cit. nota n° 8, p. 447; CANESTRARI/CORNACCHIA/DE SIMONE, *Manuale*, cit. nota n° 20, p. 399; DONINI, “El dolo eventual”, cit. nota n° 21, pp. 38-40.

²⁵ Cfr. PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, “Problemas metodológicos en la prueba del dolo”, *Nuevo Foro Penal*, 66 (2003), pp. 134 y ss., en especial p. 152, nota 66.

²⁶ Así, desde una teoría cognitiva, SANCINETTI, Marcelo, *Teoría del delito y disvalor de acción. Una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscripto al disvalor de acción*, Buenos Aires: Hammurabi, 1991, p. 151: “El dolo eventual no es, en lo que se refiere a la consciencia de la afectación, *ni más ni menos grave que el dolo directo*, y, en esta medida, el dolo directo no puede ser ‘*más grave*’, precisamente por la circunstancia de que la decisión de acción contra el bien jurídico, de ningún modo tiene que ser, necesariamente, de *menor gravedad*, en el dolo eventual”. Desde una concepción volitiva, HASSEMER, “Los elementos”, cit. nota n° 20, pp. 919-920. Distinta es la opinión de ROXIN, *Derecho penal*, cit. nota n° 8, p. 425, nota 25, quien pese a definir también el dolo como “decisión” por la lesión de bienes jurídicos” no entiende que esta definición constituya la estructura básica del dolo, pues reconoce que en las diversas clases de dolo las relaciones entre el requisito intelectual y el volitivo se presentan de manera diferente, y por ende “no convence el que precisamente el criterio que se sitúa en el límite más próximo a la imprudencia consciente y plantea la mayoría de los problemas de distinción deba resultar el decisivo también en la intención (o propósito) y en el *dolus directus* (de segundo grado). El criterio de la realización del plan... al considerar que el dolo se realiza de la forma más pura en la intención (o propósito) y al observar en el *dolus directus* (de segundo grado) y en el *dolus eventualis* debilitamientos graduales de la sustancia del dolo, se adecua mejor al fenómeno”.

SOTOMAYOR, Juan. “Fundamento del dolo y ley penal: una aproximación crítica a las concepciones cognitivo/normativas del dolo, a propósito del caso colombiano”.

La necesidad de esta diferenciación puede ser avalada por las exigencias de imposición de una pena *justa*, pero últimamente también se ha resaltado el valor de la existencia de convicciones sociales bastante arraigadas respecto de la mayor responsabilidad del autor doloso²⁷. En tal caso es a la ciencia penal a la que corresponde evaluar si dichas convicciones sociales se encuentran realmente justificadas y, de ser así, de establecer las razones que fundamentan dicha diferenciación²⁸.

Hay quienes atribuyen la mayor penalidad del hecho doloso al “egoísmo” o mayor grado de “maldad” o “insensibilidad” que, en comparación con el culposo delata el autor doloso. En opinión de Jescheck/Weigend, por ejemplo, quien actúa con dolo eventual “demuestra un menosprecio reprochable del bien jurídico”²⁹. En estos casos, en últimas, simplemente se considera al autor doloso moralmente más reprochable o peligroso, bien por egoísta, insensible, etc.³⁰. Tales planteamientos no sirven sin embargo como justificación de la mayor penalidad del dolo, pues el derecho penal carece de legitimidad para reprochar el egoísmo o maldad de las personas, en tanto su objetivo no es perfeccionar moralmente a los individuos ni hacerlos mejores personas, sino sólo facilitar la convivencia social a través de la protección de unas condiciones básicas de coexistencia libre³¹. Tampoco es aceptable recurrir a una supuesta mayor peligrosidad de quien actúa con dolo, toda vez que está suficientemente acreditado que dicha calificación funciona en la práctica como una mera etiqueta que se atribuye de manera selectiva, en función de la actividad de los diferentes mecanismos de criminalización³².

Roxin, por su parte, utiliza un criterio directriz: “Un resultado ha de entenderse dolosamente producido cuando y porque se corresponde con el plan del sujeto en una valoración objetiva”³³. Por el contrario, hay imprudencia cuando el resultado se debe sólo a negligencia o ligereza. Dicha realización del plan se alcanza ya cuando el sujeto, pese a *contar con* la posible realización de los elementos del tipo, se *decide* de todas formas por la posible lesión del bien jurídico, momento en el que ya puede hablarse de dolo (aunque *eventual*), por cuanto si la posible realización del tipo ha formado parte de los cálculos del autor, la producción del resultado no es más, entonces, que realización de su plan³⁴. En el planteamiento de este autor el elemento clave de diferenciación es el de *decisión* en contra del bien jurídico, existente en los delitos dolosos y no en los culposos, lo cual podría explicar mejor el dolo eventual y su diferenciación con la culpa consciente.

²⁷ Cfr. RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, cit. nota n° 14, pp. 34-35.

²⁸ Cfr. RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, cit. nota n° 14, pp. 32-43.

²⁹ JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas, *Tratado de derecho penal, parte general*, trad. OLMEDO CARDENETE, Miguel; Granada: Comares, 2002, p. 321.

³⁰ Una perspectiva crítica de tales planteamientos, BUSTOS RAMÍREZ, Juan, “Política criminal y dolo eventual”, en: EL MISMO, *Obras completas*, tomo II, Lima: Ara, 2004, pp. 238-239.

³¹ Cfr. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, et. al., Madrid: Trotta, 1995, p. 476 y ROXIN, Claus, “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?”, trad. ORTIZ DE URBINA, Íñigo, en: ROXIN, Claus, *Fundamentos político-criminales del Derecho penal*, Buenos Aires: Hammurabi, 2008, p. 124.

³² Cfr. SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto, “Crítica a la peligrosidad como fundamento y medida de la reacción penal frente al inimputable”, *Nuevo Foro Penal*, 48 (1990), pp. 199-213.

³³ ROXIN, *Derecho penal*, cit. nota n° 8, p. 417.

³⁴ Ampliamente, ROXIN, *Derecho penal*, cit. nota n° 8, pp. 424 y ss.

Opina Ragués que de la concepción de Roxin tampoco “son derivables criterios de corte preventivo, pues no se explicitan los motivos por los que debe castigarse más gravemente a quien se decide contra los bienes jurídicos, ni qué finalidades se pueden o deben conseguir con semejante castigo”³⁵. No obstante, si bien es cierto que el autor alemán no es explícito en este punto, es fácilmente deducible de su planteamiento que la importancia del elemento *decisión* radica en la repercusión que ello tiene para los bienes jurídicos, aunque cabe reconocer que se trata de una idea que requiere de una mayor concreción respecto de cuáles son las repercusiones de la conducta dolosa en la protección de bienes jurídicos que la hacen merecedora de una mayor pena que el hecho culposo.

Un mayor desarrollo del criterio expuesto por Roxin aparece en los planteamientos de Hassemer y Schünemann; el primero de ellos entiende que el dolo como “decisión contra el bien jurídico” concuerda con la más severa incriminación del dolo, dado que éste, en relación con la culpa, es “un escalón más alto de una participación interna en el suceso externo, una forma más grave de responsabilidad”³⁶. Mayor gravedad que se encuentra determinada por el hecho de que el autor doloso lesiona no sólo el bien jurídico sino también la norma que obliga a respetar ese bien jurídico:

“El peligro para los bienes jurídico-penales que deriva del que comete un delito doloso debe considerarse *ceteris paribus* mayor que el que procede del sujeto que comete un delito imprudente; se debe valorar la más grave y compleja intensidad lesiva del hecho sin olvidar que la reinserción del delincuente doloso supone un ‘cambio normativo’, una relación transformada del sujeto con la norma, mientras que en el caso del autor de un delito imprudente se trata sólo de prestar una atención más elevada o de una previsión del peligro”³⁷.

En últimas, se afirma la existencia de un mayor desvalor de la acción en el delito doloso respecto del imprudente, desvalor de acción que en el planteamiento de Hassemer es un tanto ambiguo, toda vez que parece estar referido no sólo al desvalor objetivo de la acción, en tanto puede entenderse mayor la “intensidad lesiva” del hecho, sino también a su desvalor subjetivo, dado el énfasis que se hace en el desconocimiento de la norma penal protectora del bien jurídico³⁸; faltaría precisar la manera como dicho desconocimiento de la norma incide o debe incidir en un derecho penal orientado a la protección de bienes jurídicos, pues por esta vía podría derivarse una perspectiva subjetiva del injusto, si se entiende que el autor doloso requiere una mayor amenaza punitiva dada su directa oposición a la norma, aunque también –la cual parece ser la perspectiva de Hassemer dada su referencia a la prevención especial³⁹– podría entenderse como un asunto de mayor reprochabilidad o peligrosidad del autor, con las dificultades que ello acarrea desde la perspectiva de un derecho penal de acto.

³⁵ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, cit. nota n° 14, p. 39.

³⁶ HASSEMER, “Los elementos”, cit. nota n° 20, p. 917.

³⁷ HASSEMER, “Los elementos”, cit. nota n° 20, p. 917.

³⁸ La distinción entre desvalor objetivo y subjetivo de acción en LUZÓN PEÑA, *Lecciones*, cit. nota n° 17, pp. 183-184.

³⁹ HASSEMER, “Los elementos”, cit. nota n° 20, p. 917.

SOTOMAYOR, Juan. “Fundamento del dolo y ley penal: una aproximación crítica a las concepciones cognitivo/normativas del dolo, a propósito del caso colombiano”.

Una mayor claridad aún, en esta línea, alcanzan los planteamientos de Schünemann, quien fundamenta la mayor punición del comportamiento doloso en dos criterios: uno objetivo referido al mayor poder de evitación y otro subjetivo referido al ánimo del sujeto. Desde el punto de vista objetivo, el dolo significa un abuso de un *poder* de evitación calificado, que en tanto presupuesto del dominio del hecho⁴⁰ remite no tanto a la conciencia de dicho dominio por parte del sujeto, sino a los efectos concretos de la acción y su diversa intensidad, “que va desde el conocimiento seguro de la prognosis de probabilidad, hasta el mero conocimiento de la posibilidad, el que también proporciona una suficiente capacidad de dirección”⁴¹. Este criterio, que parece acertado desde el punto de vista de un derecho penal orientado a la protección de bienes jurídicos, enfatiza entonces en el desvalor objetivo de la acción, pues la existencia de mayor capacidad de evitación redundaría entonces en una mayor peligrosidad de la acción desde el punto de vista del riesgo que *ex ante* representa para los bienes jurídicos, pues sin duda la prognosis de lesividad se incrementa cuando el sujeto tiene una mayor capacidad de dominio de su acción.

Lo que sí cabría discutir es si la fundamentación propuesta por Schünemann permite la distinción entre dolo eventual y culpa, toda vez que si algo caracteriza los supuestos de dolo eventual es precisamente la falta de dominio efectivo y por tanto de poder de evitación *calificado*, en comparación con la culpa; a no ser que todo se reduzca a la mera capacidad, como pareciera entender Schünemann, lo que implicaría entonces el riesgo de absorber como dolo eventual los supuestos de culpa consciente. Es quizás por ello que este autor introduce adicionalmente un criterio subjetivo en la fundamentación del dolo: “el de estigmatizar un ánimo especialmente peligroso para los bienes jurídicos y de establecer simbólicamente tabúes mediante la pena más grave”⁴². El problema con este argumento es que si bien permitiría afirmar el carácter doloso del dolo eventual, por esta vía, por más que el autor alemán se esfuerce en aclarar que no se trata de un criterio de prevención especial y pretenda orientarlo hacia la introducción de criterios objetivos en la determinación del dolo⁴³, lo cierto es que se abre una compuerta al derecho penal de autor y al predominio del criterio de peligrosidad, de conocidos y cuestionables efectos expansivos del dolo eventual en la doctrina y la práctica penales⁴⁴, pues en el fondo lo que se reprocha al sujeto es su mal ánimo o su desconocimiento del tabú, lo cual es visto como síntoma de una personalidad predispuesta al delito.

Hay quien afirma que la concepción de Schünemann tampoco sirve para explicar por qué merece mayor castigo el hecho doloso que el culposo, pues:

⁴⁰ SCHÜNEMANN, Bernd, “De un concepto filológico a un concepto tipológico de dolo”, trad. SACHER, Mariana, en: EL MISMO, *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, Madrid: Tecnos, 2002, p. 105.

⁴¹ SCHÜNEMANN, “De un concepto filológico”, cit. nota n° 40, p. 105.

⁴² SCHÜNEMANN, “De un concepto filológico”, cit. nota n° 40, p. 105.

⁴³ SCHÜNEMANN, “De un concepto filológico”, cit. nota n° 40, pp. 105-106,

⁴⁴ Cfr. GIMBERNAT, Enrique, “Acerca del dolo eventual”, en: EL MISMO, *Estudios de derecho penal*, 3ª edición, Madrid: Tecnos, 1990, pp. 252-254; CANESTRARI, Stefano, “La estructura del dolo eventual y las nuevas fenomenologías del riesgo”, trad. ROMERO FLORES, Beatriz, *Anales de Derecho*, 21 (2003), p. 77; DONINI, “Il dolo eventuale”, cit. nota n° 21, p. 46.

“(…) no se dan explicaciones que vayan más allá de coincidir con convicciones sociales ya descritas y, en el fondo, se intuye una reconducción tácita al planteamiento expuesto en primer lugar: quien no hace uso de un elevado poder de evitación demuestra una mayor maldad. Queda, por tanto, sin justificación plausible, por qué el sujeto que puede evitar más fácilmente un resultado merece, desde un punto de vista preventivo, una pena más grave que aquél a quien le resulta más difícil”⁴⁵.

No obstante, en la propuesta de Schünemann sí se ofrece una respuesta sobre el particular: el mayor merecimiento de pena del autor doloso se encuentra vinculado a la existencia de un poder de evitación calificado, que hace de su acción, en consecuencia, una acción igualmente calificada desde el punto de vista del riesgo para los bienes jurídicos, pues a mayor control o capacidad de control de la acción, mayor riesgo para los bienes jurídicos. Luego, el argumento de Schünemann se puede compartir o no, pero el mismo no sólo existe sino que es de claro corte preventivo desde el punto de vista de un derecho penal protector de bienes jurídicos. Otra cosa es que se entienda –como parece ser el caso de Ragués⁴⁶– que la función del derecho penal no es la de proteger bienes jurídicos sino la vigencia de la norma, pero siendo así ya no se estaría ante una falta de argumentos sino ante la existencia de argumentos diferentes.

Ragués considera –siguiendo en principio las tesis de Jakobs⁴⁷– que:

“(…) el sujeto que actúa dolosamente realiza una conducta más necesitada de réplica por parte del ordenamiento jurídico, pues, desde un punto de vista de significado social, dicho sujeto ha negado con su comportamiento la vigencia de la norma infringida ante la colectividad, algo que no puede predicarse del hecho realizado imprudentemente. De forma gráfica: pese a que la norma dice ‘no se puede matar’, el autor doloso contesta con su hecho que ‘sí se puede matar’ y, de este modo, niega ante los demás ciudadanos la vigencia de la norma que prohíbe el homicidio. Por contra, *la conducta de quien actúa de modo imprudente no es más que la expresión de un error y no pone en tela de juicio, por tanto, la vigencia de la norma*”⁴⁸.

Conforme a ello, entiende este autor que en el delito doloso,

“(…) la imposición de la pena muestra a los demás ciudadanos que dicha afirmación es errónea y que la norma sigue rigiendo, lo que les permitirá seguir contando con ella en sus orientaciones futuras. Por el contrario, al autor imprudente basta con imponerle en ciertos casos una pena menor, simplemente para garantizar los estándares objetivos de peligro”⁴⁹.

Esta afirmación debe sin embargo matizarse, por cuanto una cosa es que a diferencia de quien actúa con dolo el autor imprudente no se enfrente de manera directa a la prohibición

⁴⁵ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, cit. nota n° 14, p. 38.

⁴⁶ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, cit. nota n° 14, pp. 41-42.

⁴⁷ JAKOBS, Günther, *Derecho penal, parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, trad., CUELLO CONTRERAS, Joaquín y SERRANO GONZALEZ DE MURILLO, José Luis, Madrid: Marcial Pons, 1995, pp. 312-315.

⁴⁸ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, cit. nota n° 14, p. 41 (cursivas añadidas).

⁴⁹ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, cit. nota n° 14, p. 42.

SOTOMAYOR, Juan. “Fundamento del dolo y ley penal: una aproximación crítica a las concepciones cognitivo/normativas del dolo, a propósito del caso colombiano”.

penal y otra muy diferente que no la infrinja, aunque sea de forma indirecta. Si fuera cierto que el autor imprudente no pone en tela de juicio la vigencia de la norma, no tendría sentido que se le impusiese una pena, toda vez que ésta –al menos desde las concepciones funcionalistas del autor alemán– no tiene función diferente a la de mantener la vigencia de la norma como modelo de orientación para los contactos sociales⁵⁰. Luego, lo afirmado por Ragués a lo mejor podría lograr diferenciar el delito de la infracción administrativa, pero claramente no sería suficiente para fundamentar la mayor punición del delito doloso frente al culposo.

En realidad, según Jakobs “los hechos imprudentes afectan la validez de la norma *menos* que los hechos dolosos, ya que la imprudencia pone de manifiesto la incompetencia del autor para el manejo de sus *propios* asuntos”⁵¹; se trata, por tanto, no que los delitos imprudentes no afecten la vigencia de la norma sino de que la afectan de manera indirecta, esto es, contienen un menor significado social y por ende su reafirmación normativa requiere una respuesta menos intensa, debido sobre todo a que en el hecho imprudente inclusive el autor o sus seres queridos pueden ser afectados también con la acción: “mientras que la imprudencia no se nutra de un desinterés específico (...) sino de una falta de atención no dirigida, general, difusa en sus consecuencias, está gravada con el peligro de una *poena naturalis*, y este riesgo de autodaño disminuye la importancia del autor imprudente frente al doloso”⁵². De ahí que se requiera una menor pena para mantener la vigencia de la norma.

Esta relación del autor con la norma es sin duda importante pero así entendida tampoco parece suficiente, por lo que Jakobs recurre a un argumento cercano al de Schönemann, pues entiende que la mayor punición del comportamiento doloso obedece a una especie de evitabilidad *cualificada*, toda vez que a quien conoce le será más fácil evitar que a quien ignora. Y para Jakobs lo relevante a efectos de la evitabilidad no es la voluntad o actitud individual, sino el conocimiento o, mejor, la cognoscibilidad; luego, la diferencia del hecho doloso frente al culposo es meramente cuantitativa, pues el hecho siendo cognoscible le será más fácil evitarlo a quien conoce⁵³. En este sentido la culpa es siempre producto de un error y es por ello que el mantenimiento de la norma en estos casos requiere una respuesta menos intensa.

El problema de la tesis de este autor es el común a toda doctrina cognitiva del dolo (en este caso muy cercana a la teoría de la posibilidad⁵⁴), y tiene que ver con las dificultades para explicar la culpa consciente, la que con su fundamentación del dolo prácticamente desaparece, pues como él mismo manifiesta, en su concepción “el dolo eventual cubre todo

⁵⁰ JAKOBS, *Derecho penal*, cit. nota n° 47, p. 14.

⁵¹ Al menos es así en JAKOBS, *Derecho penal*, cit. nota n° 47, p. 312 (sólo la segunda cursiva es textual). Un amplio y detallado análisis de la concepción de Jakobs sobre el tema, en PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, cit. nota n° 14, pp. 400-445, quien resalta las variaciones que en la concepción del dolo introdujo el autor alemán a partir de 2002, momento en el cual sostiene con más claridad su tesis del dolo como indiferencia.

⁵² JAKOBS, *Derecho penal*, cit. nota n° 47, p. 313.

⁵³ JAKOBS, *Derecho penal*, cit. nota n° 47, pp. 325-326.

⁵⁴ Cfr. PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, cit. nota n° 14, pp. 424-427.

el ámbito en que el autor juzga la realización del tipo como no improbable”⁵⁵. Luego, tal punto de vista conduce a una ampliación desmesurada de los límites del dolo, cuyo respaldo difícilmente podría encontrarse en unas arraigadas convicciones sociales⁵⁶ y mucho menos en el marco legal existente en países como Colombia; a no ser, claro está, que -como ya se explicó y es común en las teorías moderadas de la representación- se reconduzca el elemento volitivo, así sea en su versión más diluida o débil (“tomarse en serio”, “contar con”, “confiar en”, etc.) al momento cognoscitivo⁵⁷. En conclusión, en este punto la propuesta de Jakobs no se aleja de los planteamientos tradicionales de las doctrinas cognitivas moderadas, ni en su fundamentación ni en sus consecuencias.

Jakobs introduce un giro importante en su fundamentación del dolo cuando con posterioridad a su Tratado extrema la normativización del elemento cognitivo a partir de su definición del dolo como indiferencia, que le permite entender como dolosos por lo menos algunos de los supuestos de la denominada “ignorancia deliberada”⁵⁸; de esta manera, los límites del comportamiento doloso ya no son sólo relativos frente a la culpa consciente sino también frente a la inconsciente, y por ende el fundamento de la mayor penalidad del dolo difícilmente podría encontrarse ya en una evitabilidad calificada, diferenciada por el conocimiento. Este planteamiento es el que ha sido llevado aún más al extremo por autores

⁵⁵ JAKOBS, *Derecho penal*, cit. nota n° 47, p. 382.

⁵⁶ Según RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, cit. nota n° 14, p. 42, “La teoría de la prevención general planteada en los términos en que lo hace Jakobs consigue dar una solución satisfactoria en términos preventivos sobre el porqué de la pena agravada de los delitos dolosos... Como ventaja ulterior estos planteamientos se muestran plenamente de acuerdo con las convicciones sociales...”. No obstante, las investigaciones empíricas citadas por ROBINSON, Paul H., *Principios distributivos del Derecho penal. A quién debe sancionarse y qué medida*, trad. CANCIO, Manuel y ORTIZ DE URBINA, Íñigo; Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 230, parecen contradecir esta afirmación, pues lo que acreditan es que los ciudadanos diferencian entre actos intencionales y actos temerarios (entre los cuales estarían los supuestos de dolo eventual).

⁵⁷ Así sucede en la concepción de JAKOBS, *Derecho penal*, cit. nota n° 47, p. 327; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, cit., nota n° 18, p. 401. De igual modo RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, cit. nota n° 14, pp. 167-168, para quien “no basta con que dicho sujeto sepa que, con carácter general, determinadas conductas son aptas para producir ciertos resultados, sino que tiene que ser consciente de que tal aptitud concurre en su específica situación, pues sólo de este modo es posible afirmar que el sujeto no ha fracasado en su planificación. En este ámbito es donde el fenómeno de la confianza desempeña su papel básico: dicha confianza puede excluir el dolo cuando lleve a que el sujeto ya no atribuya a su concreto comportamiento la capacidad lesiva que el tipo requiere”.

⁵⁸ Cfr. JAKOBS, Günther, “Indiferencia como dolo indirecto”, trad. PÉREZ DEL VALLE, Carlos, en: ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel y LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo (Coords.), *Dogmática y ley penal: libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, Vol. 1, Madrid: Marcial Pons, 2004, pp. 345-358; de los planteamientos de este autor parte RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, *La ignorancia deliberada en derecho penal*, Barcelona: Atelier, 2007, pp. 183-193, para entender como dolosos algunos de los supuestos de “ignorancia deliberada”, dado que, en su opinión, “aunque la equiparación entre conocimiento e indiferencia grave puede ser válida en la gran mayoría de casos cabe plantearse la posibilidad de que tal regla esté sujeta a excepciones y que determinados supuestos de falta de representación susciten, sin embargo, la misma necesidad de pena que los supuestos más clásicos de dolo eventual, precisamente porque en ellos se expresa un grado de indiferencia equiparable al que se observa en esta modalidad de dolo” (p. 182-183, cursivas textuales). Véase las críticas a tales planteamientos, en MANRIQUE PÉREZ, María Laura, “¿Mejor no saber? Algunas consideraciones sobre la atribución de responsabilidad penal en caso de ignorancia”, *Discusiones*, No. 13, 2 (2013), pp. 79-100; y FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, “La teoría de la ignorancia deliberada en Derecho penal: una peligrosa doctrina jurisprudencial”, *InDret*, 3 (2015), en especial, pp. 13 y ss.

SOTOMAYOR, Juan. “Fundamento del dolo y ley penal: una aproximación crítica a las concepciones cognitivo/normativas del dolo, a propósito del caso colombiano”.

como Ragués⁵⁹ y Pérez Barberá⁶⁰, puesto que en este escenario de *extrema normativización* el fundamento de la punición del dolo habría que buscarlo en el plano de la valoración misma: la *mayor intensidad comunicativa* del comportamiento doloso, lo que implicaría tener en cuenta ya a este nivel la racionalidad de la falta de representación del autor, dado que de ello dependería la capacidad comunicativa de la acción: si la “falta de representación es epistémicamente irracional, y manifiesta por lo tanto una orientación arbitraria del mundo (*i. e.*, objetivamente desafiante hacia la regla), atento su elevada intensidad comunicativa cabe considerar que tal conducta es reprochable a título de dolo, independientemente de que pueda predicarse la posibilidad de una *poena naturalis*. Pues, se acepte o no la tesis de que dicha posibilidad ha de conducir necesariamente a la conclusión (empírica) de que en el caso no hubo representación, lo que aquí se pone en cuestión es la racionalidad (por arbitrariedad) de esa falta de representación”⁶¹.

Desde este punto de vista el dolo es, pues, simple *atribución*, por lo que en últimas todo se reduce a si el intérprete entiende que el hecho tiene la intensidad comunicativa *suficiente* para merecer el tratamiento del hecho doloso. Luego, con el dolo no se trata establecer “determinados datos síquicos cuya aprehensión resulta imposible, tanto para el juez como para los ciudadanos, sino de que dicha conducta, se valore socialmente como negación consciente de una concreta norma penal”⁶². Con el inconveniente de que ya ni siquiera es la ley la que con sus irreducibles espacios de interpretación determina la “intensidad comunicativa” requerida para atribuir una conducta a título de dolo, sino el juez, , pues al fin y al cabo, como destaca Manrique Pérez, “cuando la atribución de intenciones se hace sobre la base de lo que normalmente hacen o creen los miembros de una comunidad se personifica a un sujeto inexistente (*e. g.* la comunidad) y se encubren las preferencias y convicciones personales”⁶³. El recurso al “sentimiento social” es siempre irracional y cambiante en la valoración de los riesgos inaceptables, por lo que bastaría una campaña de los medios de comunicación para cambiar toda la jurisprudencia⁶⁴. Aún más, este recurso a las convicciones sociales para la fundamentación del dolo se hace además de forma meramente intuitiva y sin ningún tipo de estudio empírico que así lo corrobore. Y en todo caso, una cosa es que exista la convicción social de que el hecho doloso merece más pena que el imprudente –lo cual muy seguramente es cierto– y otra muy distinta las razones por las que la gente lo considera así; en otras palabras, las convicciones sociales en este punto podrían fundamentar el tratamiento diferenciado del hecho doloso y del culposo⁶⁵, pero por sí mismas no dicen nada respecto de las razones de tal distinción. Aún más, en este orden

⁵⁹ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, cit. nota n° 14, pp. 323 y ss.

⁶⁰ PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, cit. nota n° 14, pp. 133-147

⁶¹ PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, cit. nota n° 14, pp. 142-143.

⁶² RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, cit. nota n° 14, p. 324.

⁶³ MANRIQUE PÉREZ, *Acción, dolo eventual y doble efecto*, cit. nota n° 16, pp. 72-73.

⁶⁴ DONINI, “El dolo eventual”, cit. nota n° 21, p. 23.

⁶⁵ Según señala ROBINSON, *Principios distributivos*, cit. nota n° 56, p. 230, investigaciones empíricas realizadas en Estados Unidos acreditan que la mayoría de principios que en la actualidad fundamentan el merecimiento de pena, entre ellos el de responsabilidad subjetiva, son tenidos en cuenta por las personas como criterio de distribución del castigo: “Los encuestados en las investigaciones generalmente imponen grados superiores de responsabilidad en la medida en que el nivel de culpabilidad haya superado el mínimo necesario para que haya responsabilidad. Una persona que comete un delito a propósito recibe por parte de los encuestados una condena a pena de prisión más severa que quien lo comete de modo temerario”.

de ideas no se podría descartar que dichas convicciones sociales estuviesen referidas a la maldad o peligrosidad del autor, la mayor gravedad del hecho por el mayor peligro para el bien jurídico, o a las mayores necesidades de disuasión de quien se enfrenta directamente con la norma, razón por la cual, en definitiva, las supuestas o reales convicciones sociales no pueden utilizarse como criterio de fundamentación de la mayor gravedad de la conducta dolosa.

Salvo estos casos extremos de normativización del elemento cognoscitivo del dolo, que por lo menos en el caso colombiano carecen por completo de respaldo legal, la conducta dolosa requiere un conocimiento efectivo de la segura o al menos probable realización del tipo, por cuanto de otra manera no podría diferenciarse el dolo de la culpa. Y en un derecho penal orientado a la protección de bienes jurídicos el criterio para establecer los hechos que merecen una mayor punición, esto es, la pena establecida para el delito doloso, debe derivarse de la *ratio* misma de la protección penal, esto es, de las necesidades de protección de los bienes jurídicos:

“la valoración jurídico penal de la conducta debe presentar... una dependencia muy directa de la lesividad potencial o efectiva de la misma para los bienes jurídicos que constituyen el objeto de protección del Derecho Penal... por lo tanto, el grado en que la conducta contribuya causalmente a poner en peligro o a menoscabar el bien jurídico-penalmente protegido ha de ser uno de los datos fundamentales para dicha valoración”⁶⁶.

Y en este sentido se reconoce 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. Es esa voluntad como expresión de un poder de conformación de la realidad⁶⁷ y no como “mala intención” o “mal ánimo” lo que convierte a la acción dolosa, *ceteris paribus* considerada, una acción objetivamente más peligrosa para los bienes jurídicos y por ende más grave que la acción imprudente⁶⁸.

⁶⁶ PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, *El riesgo permitido en derecho penal (régimen jurídico penal de las actividades peligrosas)*, Madrid: Ministerio de Justicia, 1995, p. 100.

⁶⁷ Cfr. FIANDACA/MUSCO, *Derecho penal*, cit. nota n° 17, pp. 357-358; SCHÜNEMANN, “De un concepto filológico”, cit. nota n° 40, pp. 104-110; ROMEO CASABONA, Carlos María, “Sobre la estructura monista del dolo. Una visión crítica”, en: AAVV, *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Madrid: Civitas, 2005, 931-933; WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán*, trad. BUSTOS RAMÍREZ, Juan y YÁÑEZ, Sergio; Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1976, p. 97, entiende que “como voluntad de realización, el dolo presupone que el autor se asigne una posibilidad de influir sobre el acontecer real. Aquello que, de acuerdo a la propia opinión del autor, queda fuera de su posibilidad de influencia, lo podrá por cierto esperar o desear, como encadenamiento casual con su acción, pero no querer realizar”. Desde una concepción cognitiva-sicológica llega a la misma conclusión 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, pp. 889-893.

⁶⁸ Vid. HASSEMER, “Los elementos”, cit. nota n° 20, p. 917; SOTOMAYOR ACOSTA/GALLEGO GARCÍA, “El dolo eventual”, cit. nota n° 13, pp. 13-19. La mayor gravedad del hecho doloso se traduce no sólo en la mayor magnitud de pena asignada sino también en la adopción, al menos en Colombia, de un sistema cerrado de incriminación (*numerus clausus*), por considerarse que las conductas imprudentes, por ser precisamente menos graves, sólo deben sancionarse en muy limitadas hipótesis y siempre que se trate de bienes jurídicos fundamentales y de los ataques más intensos a dichos bienes; al respecto, CADAVID

SOTOMAYOR, Juan. “Fundamento del dolo y ley penal: una aproximación crítica a las concepciones cognitivo/normativas del dolo, a propósito del caso colombiano”.

Luego, esta distinción obliga a considerar un ingrediente volitivo que, independientemente de que se le reconozca de forma autónoma en la definición de dolo (doctrinas volitivas) o se entienda integrante del elemento cognoscitivo mismo (doctrinas cognitivas moderadas), resulta irrenunciable en la fundamentación del dolo eventual y su distinción con la culpa.⁶⁹

A este criterio de la peligrosidad para el bien jurídico se le ha objetado que no podría ser de utilidad por cuanto “tanto el autor doloso como el imprudente han sido capaces, a fin de cuentas, de producir un resultado idéntico. Además, y en términos globales, basta con pensar en que las grandes catástrofes, cuando no obedecen a causas naturales imprevisibles, son casi siempre debidas a comportamientos imprudentes”.⁷⁰

Lo primero que sería necesario aclarar es que el hecho de que tanto la conducta dolosa como la culposa puedan conducir y de hecho en innumerables ocasiones conducen a los mismos resultados, no significa que puedan considerarse portadoras de la misma peligrosidad *ex ante*. Se trata del desvalor objetivo de la acción y no del desvalor del resultado (*ex post*), perspectiva esta última desde la cual no hay diferencias entre el desvalor de hecho doloso y uno imprudente. Pero desde el punto de vista de su peligrosidad objetiva, el acto doloso, en cuanto *dirigido* hacia la lesión del bien jurídico es más peligroso para los bienes jurídicos que el acto meramente culposo, que al no estar dominado y direccionado hacia la realización del tipo tiene un componente de azar que lo torna, en igualdad de condiciones, menos peligroso que el acto doloso. Y eso es precisamente lo que demuestran las grandes catástrofes de la humanidad: repárese solo en las diferencias existentes entre las conductas negligentes que dieron lugar a la catástrofe de Chernobyl y las intencionales que orientaron las masacres de Hiroshima y Nagasaki. La mayor catástrofe de la humanidad –nunca está de más recordarlo– es la guerra, escenario en el que como dice Jünger, celebra “sus cruentos triunfos el talento organizativo humano”⁷¹.

Se ha cuestionado también que “desde la perspectiva de la futura integridad de los bienes jurídicos, no siempre el autor doloso tiene que ser en lo sucesivo necesariamente más peligroso que el imprudente”⁷². Sin embargo, está claro que se trata de la mayor peligrosidad de la *acción* dolosa y no de su autor, lo cual sólo podría tener algún sentido en un derecho penal de autor y no del acto; una cosa es la pena que el hecho delictivo en abstracto merece en atención a su gravedad y a la culpabilidad de su autor y otra muy distinta la necesidad (o la mayor necesidad) o no necesidad de pena frente a un sujeto concreto, necesidad o mayor necesidad de pena que al menos en un Estado de Derecho

QUINTERO, Alfonso, *Introducción a la teoría del delito. Especial consideración a los fundamentos del delito imprudente*, Medellín: Diké, 1998, pp. 178 y 179.

⁶⁹ Cfr. ROXIN, *Derecho penal*, cit. nota n° 8, pp. 446-447; HASSEMER, “Los elementos”, cit. nota n° 20, p. 918; DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, cit. nota n° 14, pp. 299-300; ROMEO CASABONA, “Sobre la estructura monista del dolo”, cit. nota n° 67, p. 927; CANESTRARI, “La estructura del dolo eventual”, cit. nota n° 44, p. 80; DONINI, “El dolo eventual”, cit. nota n° 21, pp. 47-51; en la doctrina colombiana, SOTOMAYOR ACOSTA/GALLEGO GARCÍA, “El dolo eventual”, cit. nota n° 13, pp. 13-19; POSADA MAYA, “El dolo”, cit. nota n° 9, pp. 34-40.

⁷⁰ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, cit. nota n° 14, p. 40.

⁷¹ JÜNGER, Ernst, “La movilización total”, en: EL MISMO, *Sobre el dolor seguido de La movilización total y Fuego y movimiento*, trad. SANCHEZ PASCUAL, Andrés, 2ª. ed., Barcelona: Tusquets, 2003, p. 98.

⁷² RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, cit. nota n° 14, p. 40.

encuentra un límite en el que Ferrajoli denomina principio retributivo, esto es, en el *nulla poena sine crimine*⁷³. Luego, la fundamentación de la mayor penalidad del dolo en la mayor peligrosidad de la acción no tiene nada que ver con la prevención especial, pues ni el dolo fundamenta por sí mismo un mayor riesgo de reincidencia⁷⁴, ni la culpa lo excluye; desde la perspectiva de Roxin son más bien razones de prevención general que habría que tener en cuenta al momento de la amenaza penal⁷⁵, si bien podría igualmente pensarse que se trata sólo de una *justa* distribución del castigo, en virtud de la cual las penas deben ser proporcionales, entre otros criterios, a la *gravedad* del hecho⁷⁶: la penalización de un hecho doloso con una pena mayor a su realización imprudente se basa en que el autor realizó un acto particularmente peligroso para los bienes jurídicos, en razón del dominio que tenía sobre él y desde el punto de vista de un derecho penal orientado a la protección de bienes jurídicos es por ende un acto de mayor gravedad. El hecho de que mediante el castigo se pretendan efectos beneficiosos para la sociedad no tiene que ver *necesariamente* con la distribución del mismo sino con su justificación⁷⁷.

Conforme a lo anterior, el fundamento de la mayor penalidad del dolo hace de su componente volitivo un elemento imprescindible de su definición⁷⁸, y por ello, los intentos de las corrientes cognitivas de fundamentar un concepto de dolo *exclusivamente* a partir del

⁷³ FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit. nota n° 31, pp. 368-373. Este principio de retribución penal no se debe confundir con una fundamentación retributiva de la pena, pues se encuentra conectado en realidad es a la función preventivo general de los delitos, por cuanto la amenaza legal de retribución penal sólo puede prevenir hechos delictivos y no la subsistencia de condiciones o status personales, y en todo caso su funcionalidad depende de que se imponga sólo a sujetos que lo “merecen” (precisamente porque han cometido un delito). Si, por el contrario, como explica FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit. nota n° 31, p. 369, “la prevención se concibe no sólo como el fin de la pena (el “por qué” castigar), sino también como su criterio de aplicación (el “cuándo” castigar), desaparece cualquier clase de razón para que se castigue sólo por lo que se ha hecho y no también por lo que uno es, o incluso parece o es posible que uno sea, o por lo que parece que se ha hecho o que uno es según la opinión de la generalidad a la que va destinada la función disuasoria y disciplinaria de la pena”.

⁷⁴ Cfr. STRATENWERTH, Günther, *El futuro del principio jurídico penal de culpabilidad*, trad. BACIGALUPO, Enrique; Madrid: Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, 1980, p. 117.

⁷⁵ ROXIN, Claus, “Sentido y límites de la pena estatal”, trad. LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, en: EL MISMO, *Fundamentos político criminales del Derecho penal*, Buenos Aires: Hammurabi, 2008, pp. 64-71.

⁷⁶ Cfr. PULITANÒ, Domenico, “I confini del dolo. Una riflessione sulla moralità del diritto penale”, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1 (2013), pp. 51-54.

⁷⁷ La justificación se refiere a la pregunta “por qué castigar”, mientras que la distribución tiene que ver es con el “cuándo castigar”, esto es, con quién debe ser sancionado y en qué medida. Sobre tal distinción, HART, H. L. A., “Introducción a los principios de la pena”, trad. BETEGÓN, Jerónimo, en: BETEGÓN, Jerónimo y DE PÁRAMO, Juan Ramón, *Derecho y moral. Ensayos analíticos*, Barcelona: Ariel, 1990, pp. 164-171; ROBINSON, *Principios distributivos*, cit. nota n° 56, pp. 31-36. Por supuesto la disuasión podría y de hecho suele ser utilizada no sólo como criterio de justificación sino también de distribución de la pena, pero no porque lo segundo se derive de lo primero como consecuencia necesaria. En efecto, se puede por ejemplo sostener una justificación de la pena con base en la prevención general, pero utilizar criterios retributivos en su distribución; cfr. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit. nota n° 31, pp. 256-258 y 331-338; PRIETO SANCHÍS, Luis, *Garantismo y derecho penal*, Madrid: Iustel, 2011, p. 54.

⁷⁸ Cfr. MANRIQUE PÉREZ, *Acción, dolo eventual y doble efecto*, cit. nota n° 16, pp. 61-73. De otra opinión es sin embargo GRECO, “Dolo sem vontade”, cit. nota n° 67, pp. 897 y ss., para quien, sin embargo, el mayor dominio sobre el riesgo que genera el comportamiento doloso (frente al imprudente), lo que presupone es el conocimiento mas no la voluntad, que en realidad no agregaría nada a dicho dominio.

SOTOMAYOR, Juan. “Fundamento del dolo y ley penal: una aproximación crítica a las concepciones cognitivo/normativas del dolo, a propósito del caso colombiano”.

conocimiento “están condenados al fracaso”⁷⁹. Problema diferente es si cuando dicho componente volitivo se presenta en un sentido débil, como ocurre en los supuestos de dolo eventual, en sus múltiples formas (“tomarse en serio”, “contar con”, “conformarse con”, “decidirse por”, “confiar en”, etc.), resulta suficiente para fundamentar una pena a título doloso⁸⁰. O si, por el contrario, se trata sólo de una equiparación al dolo por razones de política criminal, de supuestos que si bien se encuentran en la zona limítrofe del dolo y la imprudencia, en principio carecen de la entidad necesaria –por la falta de dominio– para ser tratados como dolosos. Conforme a ello, cuando el art. 22 C.P. establece que la conducta “también será dolosa...” (esto es, “se entenderá como dolosa”), sólo estaría realizando una equiparación político criminal de los supuestos de dolo eventual al régimen previsto para los delitos dolosos, equiparándolos desde el punto de vista punitivo y sustrayéndolo del sistema de *numerus clausus* propio de la culpa. Sin embargo, procedería siempre en estos casos una disminución de la pena dada la menor “intensidad del dolo” (art. 61 C.P.); así mismo, debe excluirse la responsabilidad por dolo eventual en todos aquellos delitos que resulten incompatibles con dicha estructura, como sucede en la tentativa (art. 27 C.P.) y los tipos que exigen dolo directo (como el genocidio, art. 101 C.P.)⁸¹.

4. El dolo: ¿verificación o atribución?

Ahora bien, una cosa es que el dolo requiera tanto elementos cognoscitivos como volitivos y otra bien distinta definir a qué se alude cuando se habla de la “voluntad” como requisito del dolo. Es en este punto donde algunas de las tradicionales teorías volitivas resultan cuestionadas, pues si bien dicen partir de un concepto psicológico-descriptivo de dolo como estado mental, no suele ser ese el concepto que luego se termina aplicando al momento de resolver los casos de la vida real o el que se predica de otras clases de dolo⁸².

Lo cierto es que una concepción psicológico-descriptiva *pura* del dolo no sólo no parece jurídico-penalmente adecuada sino insostenible desde el punto de vista de la práctica judicial, pues la aprehensión de dicha realidad requeriría la utilización de los métodos

⁷⁹ ROXIN, *Derecho penal*, nota n° 8, pp. 446-447. Para HASSEMER, “Los elementos”, cit. nota n° 20, p. 918, “que el agente -de un modo cognitivo- solo estaba informado del acontecer del hecho, que sólo tenía la exacta representación de la peligrosidad de su acción y su omisión es un argumento demasiado débil y no basta para la aceptación de una «decisión» o de una «asunción personal». Para el dolo, los elementos que caracterizan esta especial relación del delincuente doloso con la norma son irrenunciables (dada la mayor gravedad de su incriminación): el sujeto debe no solo «poseer» la información sobre el peligro para el bien jurídico, sino «aceptarla», «admitirla», hacerla el fundamento de «su» acción y esto significa «quererla». Una «decisión» a favor del hecho injusto, su «asunción personal» no es meramente un suceso calculable sino algo existencial, un acto de autoafirmación frente al mundo”.

⁸⁰ Cfr. PALAZZO, Francesco, *Corso di diritto penale, parte generale*, 3ª ed., Torino: Giappichelli, 2008, p. 313, quien adicionalmente considera que las dificultades probatorias existentes en el dolo eventual, sumadas a las dudas sobre su real autonomía psicológica, “aconsejan un uso jurisprudencial particularmente cauto de esta noción, para evitar el peligro de transformar en dolosa una responsabilidad sustancialmente culposa, con evidente violación del principio constitucional de culpabilidad”.

⁸¹ Con carácter general esta fue la postura sostenida por BUSTOS RAMÍREZ, “Política criminal y dolo eventual”, cit. nota n° 30, pp. 223-246, en especial, pp. 238-242. En Colombia, SOTOMAYOR ACOSTA/GALLEGO GARCÍA, “El dolo eventual”, cit. nota n° 13, pp. 13-19.

⁸² Cfr. SCHÜNEMANN, “De un concepto filológico”, cit. nota n° 40, pp. 102-104.

científicos de la psicología, de muy difícil aplicación en un proceso penal⁸³. Tales dificultades de prueba han conducido a un sector de la doctrina sobre todo reciente, a proponer una conceptualización normativa del dolo como mera *atribución*⁸⁴, lo cual es particularmente evidente –aun cuando no exclusivo– en quienes asumen una concepción cognitiva⁸⁵. Ello, sin embargo, no deja de ser problemático y discutible desde distintos puntos de vista. En primer lugar, porque, como explica Gascón, si bien los hechos psicológicos como los que integran el dolo son hechos internos y por ende no son observables, ello no significa que dejen de ser hechos y por ende verificables mediante juicios descriptivos: “Significa tan sólo que, a diferencia de los hechos externos, que al menos en el momento en que se producen son directamente constatables, los hechos psicológicos son de más dificultad de averiguación, pues, por definición, requieren siempre ser descubiertos (o inferidos) a partir de hechos externos”⁸⁶.

Es evidente que resulta mucho más fácil afirmar una realización dolosa si de lo que se trata no es de verificar o probar que algo haya ocurrido sino solo de valorar o atribuir. No obstante, tal proceder ya no se corresponde con los requisitos de la ley penal, que exige para la realización dolosa no que el sujeto *deba* conocer o que bajo determinadas circunstancias *debe entenderse* que ha conocido, sino que el sujeto efectivamente *conozca* los hechos constitutivos de la infracción penal; así mismo, la mera atribución con fines preventivos no parece estar en posibilidad de garantizar una justa distribución del castigo, pues siempre cabe la posibilidad de castigar por un hecho doloso a quien en realidad no previó o no “quiso” la realización del delito. A este respecto la ley penal colombiana no parece dejar dudas: en la delimitación entre el dolo y la imprudencia, el límite de la imprudencia inconsciente con el dolo eventual requiere un dato fáctico: el dolo, aunque eventual- implica que la realización de la infracción penal “*ha sido prevista* como

⁸³ Cfr. PAREDES CASTAÑÓN, “Problemas metodológicos”, cit. nota n° 25, pp. 134 y ss.

⁸⁴ Una crítica de tales perspectivas en ROXIN, Claus, “Acerca de la normativización del *dolus eventualis* y la doctrina del peligro de dolo”, trad. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A., en: EL MISMO, *La teoría del delito en la discusión actual*, Lima: Grijley, 2007, pp. 169 y ss.; y SCHÜNEMANN, “De un concepto filológico”, cit. nota n° 40, pp. 109-110.

⁸⁵ Cfr. MANRIQUE PÉREZ, *Acción, dolo eventual y doble efecto*, cit. nota n° 16, pp. 107-135; GRECO, “Dolo sem vontade”, cit. nota n° 67, pp. 893 y ss.; también POSADA MAYA, “El dolo”, cit. nota n° 9, pp. 1-11. En efecto, según SCHÜNEMANN, “De un concepto filológico”, cit. nota n° 40, p. 110, también Hassemer considera el dolo como atribución, a partir de su concepción como *decisión* a favor de lo injusto, sólo que en este caso la normativización alcanza también el elemento volitivo, el cual es derivado a partir de elementos indicadores. A su vez, CANESTRARI/CORNACCHIA/DE SIMONE, *Manuale*, cit. nota n° 20, p. 396, afirman que las modernas teorías del consentimiento entienden que el requisito de la voluntad en el dolo eventual debe ser entendido “en sentido jurídico”. Una normativización extrema del elemento volitivo del dolo es la de FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, *El dolo eventual*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004, pp. 61-62.

⁸⁶ GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, 2ª ed., Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 77; en igual sentido GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, “La prueba de la intención y el principio de racionalidad mínima”, *Nuevo Foro Penal*, 68 (2005), p. 35. Por su parte, DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *Los elementos subjetivos del delito (bases metodológicas)*, Valencia: Tirant lo blanch, 1990, p. 305, afirma: “aún con sus defectos, difícilmente puede encontrarse un punto de referencia más sólido y acreditado respecto del contenido de los elementos subjetivos que el que los vincula a su realidad psicológico-individual. Ello tiene gran relieve respecto del aseguramiento de los principios de legalidad y seguridad jurídicos, así como de cara a frenar una extensión del arbitrio judicial más allá de lo deseable”.

SOTOMAYOR, Juan. “Fundamento del dolo y ley penal: una aproximación crítica a las concepciones cognitivo/normativas del dolo, a propósito del caso colombiano”.

probable”. Y de ello, por tanto, se requiere prueba y no simple atribución⁸⁷. La delimitación frente a la imprudencia consciente, por el contrario, ya no es solo ontológica, pues en ambos casos se parte de la existencia de previsión, por lo que en tal distinción juegan un papel más importante los criterios normativos⁸⁸. En ambos casos el “normativismo cognitivo⁸⁹” se muestra insuficiente: en el primero porque al prescindir del componente empírico afirma el dolo inclusive cuando se carece de la capacidad de dirección de la conducta, como se da en los casos de la denominada “ignorancia deliberada”⁹⁰. Y en lo segundo, es decir, en relación con la imprudencia consciente, porque acudir sólo a la “magnitud reconocida de la peligrosidad” de la acción como criterio exclusivo de atribución resulta claramente insuficiente como criterio de delimitación, pues conduce por un lado a la negación del dolo en los eventos en los cuales se actúa con intención de realizar el tipo pero las posibilidades objetivas de lograrlo son apenas medianas⁹¹; y por otro, a una ampliación considerable del mismo, pues una vez producida la magnitud reconocida de peligro cabe automáticamente la atribución al dolo, sin que interesen al respecto otras circunstancias del hecho o la situación síquica del autor⁹².

En todo caso, lo que sí parece evidente es que la dificultad de la prueba de los elementos subjetivos y más en concreto del dolo, no depende de la asunción de una concepción cognitiva o volitiva del mismo, pues dichas dificultades se encuentran referidas, por igual, a términos como “conocimiento” o “intención”, cuya excesiva vaguedad dificulta su traducción al lenguaje científico de la psicología⁹³, con mucha mayor razón cuando ello se pretende lograr en el escenario de un proceso judicial⁹⁴. A tal efecto, el problema no parece estar en la disyuntiva entre teorías cognitivas o volitivas del dolo, sino, independientemente de la teoría por la que se opte, en la precisión previa de si los elementos internos de la acción típica, como el dolo, presuponen algunos referentes empíricos o si por el contrario se

⁸⁷ En este sentido, SCHÜNEMANN, “De un concepto filológico”, cit. nota n° 40, p. 111.

⁸⁸ Cfr. SCHÜNEMANN, “De un concepto filológico”, cit. nota n° 40, p. 111.

⁸⁹ La distinción entre “normativismo cognitivo” y “normativismo volitivo” es de ROXIN, “Acerca de la normativización del *dolus eventualis*”, cit. nota n° 84, p. 177.

⁹⁰ Cfr. las contundentes críticas de ROXIN, *Derecho penal*, cit. nota n° 8, p. 436; también en ROXIN, “Acerca de la normativización del *dolus eventualis*”, cit. nota n° 84, pp. 179-191. Para SCHÜNEMANN, “De un concepto filológico”, cit. nota n° 40, p. 107, la tesis de Jakobs sobre la denominada “ignorancia deliberada” es manifiestamente falsa, pues no es cierto que el autor imprudente que desconoce la posibilidad de la lesión al bien jurídico en razón de su indiferencia se muestre igualmente peligroso para el orden de los bienes jurídicos, toda vez que en el autor imprudente indiferente falta la capacidad de dirección y con ello el dominio del hecho, con lo que la peligrosidad de su acción es sólo casual y por ende menor.

⁹¹ Ver las amplias y contundentes críticas en tal sentido de ROXIN, “Acerca de la normativización del *dolus eventualis*”, cit. nota n° 84, pp. 180-181

⁹² ROXIN, “Acerca de la normativización del *dolus eventualis*”, cit. nota n° 84, p. 182; en igual sentido HASSEMER, “Los elementos”, cit. nota n° 20, pp. 922-923.

⁹³ Como resalta MANRIQUE PÉREZ, *Acción, dolo eventual y doble efecto*, cit. nota n° 16, pp. 122, “es tan difícil probar el conocimiento como la voluntad. En ambos casos, se trata de la prueba de estados mentales y no hay manera directa de acceder a la voluntariedad o el conocimiento”. En igual sentido, PAREDES CASTAÑÓN, “Problemas metodológicos”, cit. nota n° 25, pp. 144 y ss.

⁹⁴ Al respecto, PAREDES CASTAÑÓN, “Problemas metodológicos”, cit. nota n° 25, pp. 121-156, en especial, pp. 144 y ss. Sobre los límites de la verdad en el proceso penal, FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit. nota n° 31, pp. 55-62 y PASTOR, Daniel, “¿Procesos penales sólo para conocer la verdad? La experiencia argentina”, en: EL MISMO, *Encrucijadas del Derecho penal internacional y del Derecho internacional de los Derechos Humanos*, Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana/Ibáñez, 2009, pp. 25 y ss.

trata de un concepto que el derecho puede moldear sin límites de acuerdo con sus fines, funciones o conforme a cualquier otro criterio⁹⁵.

A este respecto la tarea de la dogmática jurídica es la de delimitar con claridad cuáles son los datos de realidad que conforme al derecho positivo se requieren para la configuración del dolo y luego, sin confundirlos con los primeros, los criterios valorativos requeridos de conformidad con principios utilitarios y/o de justicia aplicables. Una normativización absoluta del dolo sólo podría fundamentarse en una falacia normativista, pues en el dolo, como explica Schünemann, se trata de “un suceso de consciencia, que obviamente debe ser a continuación valorado jurídicamente, pero sin una realidad a valorar no puede haber valoración alguna... De ahí que la dificultad de las comprobaciones procesales no pueda ser confundida con la propia inexistencia de la realidad”⁹⁶.

Como explican Fiandaca y Musco,

“(...) las dificultades de verificación probatoria que ciertamente subsisten no pueden justificar la amputación del elemento más característico del dolo. Antes bien, dichas dificultades deben afrontarse en su propio terreno, incluso si esto provoca un agravamiento de las cargas probatorias y un aletargamiento de la maquinaria punitiva”⁹⁷.

Por lo demás, también es evidente que esta normativización del dolo y en particular del elemento cognitivo tampoco resuelve la subjetividad y discrecionalidad judicial que tanto se critica a las teorías volitivas, y antes por el contrario la incrementan, pues si el dolo no exige que el sujeto efectivamente *haya previsto* la realización típica sino *si debe entenderse* que lo hizo, todo en últimas queda sujeto a la discrecionalidad del juez⁹⁸, a quien compete no sólo determinar si la realización del tipo no era ya sólo posible sino probable, así como también si en las circunstancias del hecho debe entenderse que el sujeto conocía o inclusive

⁹⁵ Un buen ejemplo de ello lo constituye la postura sostenida por GRECO, “Dolo sem vontade”, cit. nota n° 67, p. 893, quien si bien defiende una concepción cognitiva del dolo, entiende dicho conocimiento “en sentido psicológico”, pues considera que ya el conocimiento genera dominio sobre la realización del hecho. Bastante claro también al respecto, GONZÁLEZ LAGIER, “La prueba de la intención”, cit. nota n° 86, pp. 31 y ss.; en Colombia, POSADA MAYA, “El dolo”, cit. nota n° 9, pp. 1-11. Sobre la determinación de los elementos subjetivos del delito, véase, con carácter general, a DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos*, cit. nota n° 86, pp. 303 y ss.

⁹⁶ SCHÜNEMANN, “De un concepto filológico”, cit. nota n° 40, p. 110. Así también lo entiende DONINI, “El dolo eventual”, cit. nota n° 21, p. 5: “El dolo (así como la causalidad, la culpa, la culpabilidad, la imputabilidad, etc.) no simplemente se imputa, pues primero debe haber ocurrido algo ‘que imputar como dolo’, sin que ese algo sea el dolo mismo como realidad interna empíricamente perceptible, que se mantiene ‘en el fondo’, pero existe”. En igual sentido DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos*, cit. nota n° 86, pp. 323-324 y MANRIQUE PÉREZ, *Acción, dolo eventual y doble efecto*, cit. nota n° 16, pp. 75-105. En Colombia, POSADA MAYA, “El dolo”, cit. nota n° 9, p. 6.

⁹⁷ FIANDACA/MUSCO, *Derecho penal*, cit. nota n° 17, p. 354; en igual dirección, DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos*, cit. nota n° 86, p. 323-325. Según lo explica GASCÓN ABELLÁN, *La prueba de los hechos*, cit. nota n° 86, p. 82, “Los hechos psicológicos son hechos y no valores; y, por tanto, los enunciados que los describen pueden ser verdaderos o falsos, aun cuando la determinación de su verdad o falsedad pueda resultar, en la práctica, más complicada que cuando de hechos externos se trata. Pero no cabe decir lo mismo de los juicios de valor, pues, salvo que se acepte un objetivismo extremo, éstos se confunden con la calificación jurídica (y, por tanto, normativa o valorativa) de los hechos).

⁹⁸ Así lo ha puesto de presente POSADA MAYA, “El dolo”, cit. nota n° 9, p. 6.

SOTOMAYOR, Juan. “Fundamento del dolo y ley penal: una aproximación crítica a las concepciones cognitivo/normativas del dolo, a propósito del caso colombiano”.

que debía conocer dicha probabilidad. Luego, prácticamente desaparecen las exigencias probatorias, las cuales son sustituidas por las valoraciones del juez, con lo que algo tan relevante en el juicio de responsabilidad penal como es la determinación del dolo (que en Colombia puede significar, en el caso del homicidio, un incremento de la pena hasta los 37 años y 6 meses de prisión), se realizaría sin referente material alguno. Por ello la vía de la normativización absoluta conduce con frecuencia a simples presunciones de dolo y a la supresión de exigencias probatorias, todo ello a todas luces incompatible con garantías constitucionales como la presunción de inocencia y el principio de responsabilidad subjetiva⁹⁹.

5. Reflexión final: punitivismo y dogmática penal.

Antes se destacó el debilitamiento actual del papel limitador de los principios tradicionales del derecho penal y en particular del principio de legalidad; así mismo, el concepto de dolo ha sido un buen ejemplo de las consecuencias no siempre asumibles de la reelaboración normativa de los contenidos de las tradicionales reglas de atribución de responsabilidad penal que está teniendo lugar, producto de una dogmática penal cada día más desvinculada del derecho positivo. En efecto, si de lo que se trata, hoy, es de “hacer justicia”, que en el lenguaje de los tiempos es tanto como castigar a toda costa y con la mayor intensidad posible, es lógico que tanto la ley como aquellas categorías jurídicas probatoriamente exigentes sean tratadas como obstáculos que deben ser removidos, para en su lugar erigir nuevos conceptos que permitan condenar de manera más fácil y más intensa. A tal efecto resultan bastante *funcionales* algunas influyentes tendencias dogmáticas actuales que, comprometidas con pretensiones de científicidad y universalidad, llegan prácticamente a despreciar y en algunas ocasiones inclusive a desconocer el derecho positivo mismo en el quehacer dogmático. Y aunque es cierto que la dogmática penal nunca ha sido en sentido estricto una ciencia del derecho positivo, pues una de sus funciones más relevantes ha consistido en la “corrección” y “reelaboración” de ese derecho positivo, en todo caso, como explica Nino, desde sus inicios y hasta ahora el derecho positivo ha sido “el marco –más o menos abierto y flexible– que establece los límites de las construcciones dogmáticas en tanto que estas pretendan conformar teorías acerca de la ‘lege lata’ y no de ofrecer meras propuestas de ‘lege ferenda’”¹⁰⁰.

Lo paradójico es que durante muchos años en Colombia las elaboraciones dogmáticas fueron muy poco valoradas por una práctica judicial que por entonces era vista como “legalista” por su tendencia a exagerar la exigencia de sujeción estricta a la ley. Por el contrario, lo apreciable hoy en día es un uso cada vez mayor del arsenal argumentativo propio de la dogmática penal en la jurisprudencia colombiana, aunque, eso sí, no es gratuito que dicho fenómeno se presente al mismo tiempo que tiene lugar el ya mencionado distanciamiento de la dogmática del derecho positivo. Luego, lo verificable en este sentido es la utilización de elaboraciones por lo general surgidas en realidades sociales y jurídicas muy diferentes a aquella en las que se aplica, que son utilizadas *ad hoc*, a manera de

⁹⁹ Cfr. DONINI, “El dolo eventual”, cit. nota n° 21, pp. 30-31.

¹⁰⁰ NINO, Carlos Santiago, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1989, p. 21; en igual sentido, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, cit. nota n° 18, p. 54; SOTOMAYOR ACOSTA, “El deterioro de la función de garantía”, cit. nota n° 2, pp. 286 y ss.

justificaciones *ex post* de decisiones muchas veces difíciles de sostener conforme al derecho positivo y que por tanto requieren el ropaje propio de la dogmática penal, que le da no sólo una apariencia de científicidad sino también de legalidad.

Esto ha sido facilitado, claro está, por una dogmática penal preocupada no de evaluar las respuestas posibles conforme al derecho positivo correspondiente, sino, con pretensiones de universalidad¹⁰¹, interesada en la construcción de un sistema a partir de ideas preestablecidas de manera más o menos arbitraria por el “intérprete”, de las cuales surge algo así como un deber ser que luego funciona, no a la manera carrariana de modelo ideal indicativo de cómo debería ser el derecho penal positivo, sino, por el contrario, como el sistema correcto y por tanto aplicable. Con el agravante de que una elección de los puntos de partida realizada por fuera del derecho positivo trae como consecuencia, como destaca Matus, “tantas teorías diferentes y simultáneamente correctas como la cantidad de ‘presupuestos de apoyo’ disponibles para elegir, aumentándose el ámbito de incertidumbre o inseguridad en la aplicación del derecho”¹⁰².

Luego, la decisión de la CSJ colombiana comentada supra, bien podría considerarse no sólo producto del punitivismo que invade el sistema penal colombiano de la actualidad, sino también sintomática del papel actual de la dogmática penal, convertida, como ha dicho Schünemann, “en una tienda de mercaderías de toda clase, en la que la justicia encuentra siempre en algunas de sus interminables estanterías lo que puede alegar como argumentación del efecto deseado en cada caso”¹⁰³.

¹⁰¹ Ello ha sido particularmente puesto de relieve por MATUS, Jean Pierre, “Por qué citamos a los alemanes y otros apuntes metodológicos”, *Política Criminal*, No. 5 (2008), A5-5, pp. 1-35, en: http://www.politicacriminal.cl/n_05/A_5_5.pdf, [consultado el 20.04.16].

¹⁰² MATUS, “Por qué citamos a los alemanes”, cit. nota n° 101, p. 11.

¹⁰³ SCHÜNEMANN, Bernd, “El refinamiento de la dogmática jurídico-penal. ¿Callejón sin salida en Europa? Brillo y miseria de la ciencia jurídico-penal alemana”, en: EL MISMO, *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, Madrid: Tecnos, 2002, p. 16.

SOTOMAYOR, Juan. “Fundamento del dolo y ley penal: una aproximación crítica a las concepciones cognitivo/normativas del dolo, a propósito del caso colombiano”.

BIBLIOGRAFÍA

- BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel, “La difusión de lógicas actuariales y gerenciales en las políticas punitivas”, *InDret*, 2 (2014).
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan, “Política criminal y dolo eventual”, en: EL MISMO, *Obras completas*, tomo II, Lima: Ara, 2004.
- CADAVID QUINTERO, Alfonso, *Introducción a la teoría del delito. Especial consideración a los fundamentos del delito imprudente*, Medellín: Diké, 1998.
- CANESTRARI, Stefano, “La estructura del dolo eventual y las nuevas fenomenologías del riesgo”, trad. ROMERO FLORES, Beatriz, *Anales de Derecho*, 21 (2003).
- CANESTRARI, Stefano; CORNACCHIA, Luigi; DE SIMONE, Giulio, *Manuale di diritto penale, parte generale*, Bologna: Il Mulino, 2007.
- CONCHA, José Vicente, *Tratado de derecho penal*, 1a. ed., Bogotá: Imprenta Nacional, 1897.
- DÍAZ PITA, María del Mar, *El dolo eventual*, Valencia: Tirant lo blanch, 1994.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N° 06-03 (2004), en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/06/recpc06-03.pdf> [consultado el 05.07.16].
- _____, *Los elementos subjetivos del delito (bases metodológicas)*, Valencia: Tirant lo blanch, 1990.
- DONINI, Massimo, “Il dolo eventuale: fatto-illecito e colpevolezza. Un bilancio del dibattito più recente”, *Diritto Penale Contemporaneo*, 1 (2014).
- ESTRADA VÉLEZ, Federico, *Manual de derecho penal*, Medellín: Colección Pequeño Foro, 1972.
- FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, *El dolo eventual*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004.
- _____, “La teoría de la ignorancia deliberada en Derecho penal: una peligrosa doctrina jurisprudencial”, *InDret*, 3 (2015).
- FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan, *Derecho penal fundamental*, t II, 2a. ed., Bogotá: Temis, 1995.
- _____, *Derecho penal, parte general. Teoría del delito y de la pena*, Vol. 1, Bogotá: Ibáñez, 2012.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *et. al.*, Madrid: Trotta, 1995.
- FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo, *Derecho penal, parte general*, trad. de NIÑO, Luis Fernando de la 4ª ed. (2001), Bogotá: Temis, 2006.
- FLETCHER, Georg P., *Conceptos básicos de derecho penal*, trad. MUÑOZ CONDE, Francisco, Valencia: Tirant lo blanch, 1997.
- GAITÁN MAHECHA, Bernardo, *Curso de derecho penal general*, Bogotá: Lerner, 1963.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, 2ª ed., Madrid: Marcial Pons, 2004.
- GIMBERNAT, Enrique, “Acerca del dolo eventual”, en: EL MISMO, *Estudios de derecho penal*, 3ª edición, Madrid: Tecnos, 1990.
- GÓMEZ LÓPEZ, Jesús Orlando, *Teoría del delito*, Bogotá: Doctrina y ley, 2003.
- GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, “La prueba de la intención y el principio de racionalidad mínima”, *Nuevo Foro Penal*, 68 (2005).

- GRECO, Luis, “Dolo sem vontade”, en: SILVA DIAS, Augusto *et. al.* (Coords.), *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito em comemoração do 70º Aniversario. Estudos de direito e filosofia*, Coimbra: Almedina, 2009.
- HART, H. L. A., “Introducción a los principios de la pena”, trad. BETEGÓN, Jerónimo, en: BETEGÓN, Jerónimo y DE PÁRAMO, Juan Ramón, *Derecho y moral. Ensayos analíticos*, Barcelona: Ariel, 1990.
- HASSEMER, Winfried, “Los elementos característicos del dolo”, trad. DÍAZ PITA, María del Mar, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, III (1990).
- _____, “Viejo y nuevo derecho penal”, trad. MUÑOZ CONDE, Francisco y DÍAZ PITA, María del Mar, en: EL MISMO, *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal*, Bogotá, Temis, 1999.
- JAKOBS, Günther, “Indiferencia como dolo indirecto”, trad. PÉREZ DEL VALLE, Carlos, en: ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel y LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo (Coords.), *Dogmática y ley penal: libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, Vol. 1, 2004.
- _____, *Derecho penal, parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, trad., CUELLO CONTRERAS, Joaquín y SERRANO GONZALEZ DE MURILLO, José Luis, Madrid: Marcial Pons, 1995.
- JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas, *Tratado de derecho penal, parte general*, trad. OLMEDO CARDENETE, Miguel, Granada: Comares, 2002, p. 321.
- JÜNGER, Ernst, “La movilización total”, en: EL MISMO, *Sobre el dolor seguido de La movilización total y Fuego y movimiento*, trad. SANCHEZ PASCUAL, Andrés, 2ª ed., Barcelona: Tusquets, 2003.
- LAURENZO COPELLO, Patricia, *Dolo y conocimiento*, Valencia: Tirant lo blanch, 1999.
- LOZANO Y LOZANO, Carlos, *Elementos de derecho penal*, Bogotá: Lerner, 1961.
- LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Lecciones de derecho penal, parte general*, 2ª edición, Valencia: Tirant lo blanch, 2012.
- MANRIQUE PÉREZ, María Laura, *Acción, dolo eventual y doble efecto*, Madrid: Marcial Pons, 2012.
- _____, “¿Mejor no saber? Algunas consideraciones sobre la atribución de responsabilidad penal en caso de ignorancia”, *Discusiones*, No. 13, 2 (2013), pp. 79-100.
- MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio, *Manuale di diritto penale, parte generale*, 3ª ed., Milano: Giuffrè, 2009.
- MATUS, Jean Pierre, “Por qué citamos a los alemanes y otros apuntes metodológicos”, *Política Criminal*, No. 5 (2008), A5-5, pp. 1-35, en: http://www.politicacriminal.cl/n_05/A_5_5.pdf, [consultado el 20.04.16].
- NINO, Carlos Santiago, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1989.
- PALAZZO, Francesco, *Corso di diritto penale, parte generale*, 3ª ed., Torino: Giappichelli, 2008.
- PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, “Problemas metodológicos en la prueba del dolo”, *Nuevo Foro Penal*, 66 (2003).
- _____, *El riesgo permitido en derecho penal (régimen jurídico penal de las actividades peligrosas)*, Madrid: Ministerio de Justicia, 1995.
- PASTOR, Daniel, “¿Procesos penales sólo para conocer la verdad? La experiencia argentina”, en: EL MISMO, *Encrucijadas del Derecho penal internacional y del*

SOTOMAYOR, Juan. “Fundamento del dolo y ley penal: una aproximación crítica a las concepciones cognitivo/normativas del dolo, a propósito del caso colombiano”.

Derecho internacional de los Derechos Humanos, Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana/Ibáñez, 2009.

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

PÉREZ, Luis Carlos, *Derecho penal, partes general y especial*, t. I, Bogotá: Temis, 1981.

POSADA MAYA, Ricardo, “El dolo en el Código penal de 2000”, en: EL MISMO (Coord.), *Temas de derecho penal*, Bogotá: Universidad de los Andes, 2008.

PRIETO SANCHÍS, Luis, *Garantismo y derecho penal*, Madrid: Iustel, 2011.

PULITANÒ, Domenico, “I confini del dolo. Una riflessione sulla moralità del diritto penale”, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1 (2013).

PUPPE, Ingeborg, *La distinción entre dolo e imprudencia. Comentario al § 15 del Código penal alemán*, trad. SANCINETTI, Marcelo, Buenos Aires: Hammurabi, 2009.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Barcelona: Bosch, 1999.

_____, *La ignorancia deliberada en derecho penal*, Barcelona: Atelier, 2007.

REYES ECHANDÍA, Alfonso, *Derecho penal*, 10a. ed., Bogotá: U. Externado de Colombia, 1986.

ROBINSON, Paul H., *Principios distributivos del Derecho penal. A quién debe sancionarse y qué medida*, trad. CANCIO, Manuel y ORTIZ DE URBINA, Íñigo, Madrid: Marcial Pons, 2012.

ROMEO CASABONA, Carlos María, “Sobre la estructura monista del dolo. Una visión crítica”, en: AAVV, *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Madrid: Civitas, 2005.

ROMERO SOTO, Luis Enrique, *Derecho penal, parte general*, vol. II, Bogotá: Temis, 1969.

ROXIN, Claus, “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?”, trad. ORTIZ DE URBINA, Íñigo, en: ROXIN, Claus, *Fundamentos político-criminales del Derecho penal*, Buenos Aires: Hammurabi, 2008.

_____, “Acerca de la normativización del *dolus eventualis* y la doctrina del peligro de dolo”, trad. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A., en: ROXIN, Claus, *La teoría del delito en la discusión actual*, Lima: Grijley, 2007.

_____, “Sentido y límites de la pena estatal”, trad. LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, en: ROXIN, Claus, *Fundamentos político criminales del Derecho penal*, Buenos Aires: Hammurabi, 2008.

_____, *Derecho penal, parte general*, t. I, trad. LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, DIAZ Y GARCÍA-CONLLEDO, Miguel y DE VICENTE REMESAL, Javier, Madrid: Civitas, 1997.

SANCINETTI, Marcelo, *Teoría del delito y disvalor de acción. Una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscripto al disvalor de acción*, Buenos Aires: Hammurabi, 1991.

SCHÜNEMANN, Bernd, “De un concepto filológico a un concepto tipológico de dolo”, trad. SACHER, Mariana, en: EL MISMO, *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, Madrid: Tecnos, 2002.

_____, “El refinamiento de la dogmática jurídico-penal. ¿Callejón sin salida en Europa? Brillo y miseria de la ciencia jurídico-penal alemana”, en: EL MISMO, *Temas*

- actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, Madrid: Tecnos, 2002.
- _____, “Observaciones sobre el conocimiento ‘eventual’ de la antijuridicidad”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, III (1987).
- _____, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona: Bosch, 1992.
- _____, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª edición, Madrid: Civitas, 2001.
- SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto, “Crítica a la peligrosidad como fundamento y medida de la reacción penal frente al inimputable”, *Nuevo Foro Penal*, 48 (1990).
- _____, “El deterioro de la función de garantía del derecho penal actual”, en: VELÁSQUEZ, Fernando, *et. al.*, *Derecho penal y crítica al poder punitivo del Estado. Libro Homenaje a Nódier Agudelo Betancur*, Bogotá: Universidad de los Andes, 2013.
- _____, “Las recientes reformas penales en Colombia: un ejemplo de irracionalidad legislativa”, en: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis y GARCÍA PÉREZ, Octavio, *La política legislativa penal iberoamericana en el cambio de siglo. Una perspectiva comparada (2000-2006)*, Buenos Aires/Madrid: BdeF/Edisofer, 2008.
- SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto y GALLEGO GARCÍA, Gloria María, “El dolo eventual en el Código penal colombiano: entre limitaciones dogmáticas y exigencias político criminales”, *Nuevo Foro Penal*, 60 (1999).
- SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto y TAMAYO ARBOLEDA, Fernando, “La ‘nueva cuestión penal’ y los retos de una ciencia penal garantista”, en: GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *et. al.*, *Dogmática del derecho penal material y procesal y política criminal contemporáneas*, tomo I, Homenaje a Bernd Schünemann por su 70° aniversario, Lima: Gaceta Jurídica, 2014.
- STRATENWERTH, Günther, *El futuro del principio jurídico penal de culpabilidad*, trad. BACIGALUPO, Enrique; Madrid: Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, 1980.
- VARGAS LOZANO, Renato y CASTILLO GARAY, Laura, “La sanción penal de los conductores ebrios en Colombia: entre las dificultades dogmáticas y la ausencia de una política criminal coherente”, *Civilizar*, 26 (2014).
- VELÁSQUEZ, Fernando y WOLFFHÜGEL GUTIÉRREZ, Christian, “La diferencia entre el dolo eventual y la culpa consciente en la reciente jurisprudencia”, *Cuadernos de Derecho Penal*, No. 6 (2011).
- VELÁSQUEZ, Fernando, *Derecho penal, parte general*, 2ª ed., Bogotá: Temis, 1997.
- _____, *Derecho penal, parte general*, 3ª edición, Medellín: Comlibros, 2009.
- WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán*, trad. BUSTOS RAMÍREZ, Juan y YÁÑEZ, Sergio, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1976.