

EL DOLO EVENTUAL*

Mario Salazar Marín

1. La historia del dolo eventual.

Según JIMÉNEZ DE ASÚA, “Boemero habló por vez primera de **dolus eventualis** para referirse a la previsión del resultado (Elementa jurisprudentiae criminalis, 1758). En Alemania varios autores alternan ese correcto título con el de dolo condicionado –como hacen Von Liszt, Mezger, etc.- y hasta no falta quien prefiera esa denominación –como Schönke (Strafgesetzbuch, pág. 230). En Italia, Gallo ve como equivalente, de aquel calificativo, el de dolo indirecto (El Dolo, pág. 105). A su vez Hans Welzel considera ‘equivocado’ tanto llamarlo ‘dolo condicionado’ como dolus eventuales, pues ‘se trata no de una voluntad fáctica eventual (condicionada), sino de una voluntad incondicionada del acto que se extiende a la producción de lo posible (eventual, D. S, pág. 39)”¹

Para adelantar nuestra opinión, en efecto es equivocado llamarlo dolo, porque no lo es, aún con el disimulo de lo eventual, pues si bien concurre la representación del hecho, **no está la voluntad de lo ilícito**, requisito irreductible del dolo, según la visión tradicional y democrática. Y por supuesto, se habla de la voluntad dolosa, sin descartar la voluntad culposa.

Si el derecho está hecho para la práctica, sus teóricos deben siempre pensar en ella para que sus prédicas no sean desbordadas y lleven a otros a crear instituciones problemáticas y sobretodo injustas. Hay muchísimos casos en que conductores y peatones resultan inopinadamente inmersos en choques, atropellamientos o tragedias en los que casi nunca está de por medio la intención o el dolo de ocasionar el menoscabo, aunque sí descuido o imprudencia. Pero así como la teoría, del lado político-criminal,

* El presente artículo fue publicado inicialmente en el Libro *Debates y Aportes al Sistema Integral de Derecho penal. Obra Homenaje al Profesor Jorge Arenas Salazar*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2022. Habida cuenta su importancia, una copia del mismo fue generosamente suministrada por el autor para su publicación en el presente medio para fines exclusivamente académicos.

¹ Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, 1976, Tratado de derecho penal, La Culpabilidad, 3ª ed, T. V, p. 575.

se ideó el dolo eventual, también se puede decir que las penas impuestas por el dolo eventual son una equivocación político-criminal, pese a que los daños por imprudencia tampoco desaparezcan, para lo cual están la responsabilidad culposa y la civil. Hay que preguntarse entonces qué legitimidad tiene la política criminal que utiliza el concepto de dolo eventual. Si la conducta temeraria, empero, sube de punto, podría configurarse el dolo propiamente tal, o directo que llaman, que siempre reclama la orientación del comportamiento hacia el daño, pues la indiferencia hacia él es más culpa que dolo.

Antes se hablaba, con base en la preferencia o indiferencia del sujeto frente al resultado, de dolo determinado e indeterminado. Y se decía, en este último caso, que el dolo indeterminado se determinaba por el resultado (“*dolus indeterminatus determinatur eventum*”), aforismo que se atribuye a HAUS, autor francés.² Pero éste cayó en desuso. Sin embargo, su influencia para el surgimiento del dolo eventual se nota en estos apartes de JIMÉNEZ DE ASÚA, férreo defensor del dolo eventual: CARRARA “al hablar del ‘dolo indeterminado’ en el homicidio, da una definición de éste en que podría estar el **dolus eventualis**: usar ‘medios que por su naturaleza debía preverse que habrían podido causar la muerte, aunque ésta no fuese querida como resultado de los propios actos’. A juicio del insigne toscano, continúa JIMÉNEZ DE ASÚA, ‘en el homicidio consumado ese ánimo implícito de matar **equivale** al ánimo explícito de matar con limitación al fin de declararle doloso, porque, si bien no se ha querido precisamente la muerte, se han querido, sin embargo, los medios con los cuales se previó que podría producirse la muerte”.³ Y complementa: “El *dolus indirectus* se transforma así en *dolus eventuales*. Evidentemente fue de éste (se refiere BOEHMERO, con apoyo en FUERBACH) y del dolo indeterminado de **donde surge el dolo eventual**, como una figura subordinada que poco a poco va adquiriendo importancia hasta anular las formas que le dieron origen”.⁴

Y mientras BOEHMERO y PUTMANN “extendieron la esfera del dolo a lo previsto”,⁵ FEUERBACH, “refiriéndose a los resultados que han de atribuirse al sujeto”, dijo que se imputan a título de dolo “cuando fueron previstas como posibles o probables”.⁶ Y la tendencia a ampliar el dolo se hace muy clara en la ley del Brasil al consagrar el delito doloso “cuando el agente quiso su resultado o asumió el riesgo de producirlo”, según el

² Francisco CARRARA, Bogotá, 1971, Programa de derecho criminal, parte general, volumen I, Ed. Temis, p. 257.

³ JIMÉNEZ DE ASÚA, *Ibid*, p. 576; CARRARA, *ibid*, volumen III, p. 67.

⁴ JIMÉNEZ DE ASÚA, *ibid*, p. 589.

⁵ *Ibid*, p. 575.

⁶ *Ibid*, p. 576.

artículo 15 del Código de ese país, con arreglo al cual “asumir el riesgo es algo más que tener conciencia de correr el riesgo: es consentir previamente en el resultado, en el caso de que venga realmente éste a ocurrir”, texto sobre el cual JIMÉNEZ DE ASÚA nos ayuda con la exposición de motivos: “según el precepto del artículo 15, num I, el dolo (que es la forma más grave de la culpabilidad) no sólo existe cuando el agente quiere directamente el resultado, sino cuando asume el riesgo de producirlo. El dolo eventual es, por tanto, **plenamente equiparable al dolo directo**. Es innegable que arriesgarse conscientemente a producir el resultado significa tanto como quererlo, puesto que sin interés en él, lo ratifica el agente ex ante, le presta anuencia de antemano”.⁷ (resalto nuestro).

2. Visión general

Hoy, de la mano de estos procesos históricos, es muy común la opinión según la cual el dolo eventual existe cuando el sujeto considera seriamente la probabilidad de que su conducta sea antijurídica y a pesar de ello la lleva a cabo.⁸ En tal caso se dice que ese conocimiento sobre un “eventual” resultado contra el bien jurídico es conocimiento de la antijuridicidad y se imputa entonces a título de dolo porque el agente ocasiona el daño a un bien jurídico que **no quiso** ocasionar, pero se lo representó como probable según las modalidades de su comportamiento. El infractor no tiene la intención de ocasionarlo, pero lleva a cabo la conducta con indiferencia, no obstante advertir la probabilidad del daño. Si conduzco con velocidad un vehículo mientras un transeúnte atraviesa la vía lentamente y lo atropello y mato, resultado que no quiero pero que me represento como probable, sin tratar de evitarlo, se suele afirmar que hay homicidio a título de dolo eventual, pues, según la opinión ya trazada de CARRARA, quien no quiere un resultado pero quiere realizar los medios que lo producen implica querer ese resultado, según este enfoque.⁹ En cambio, si hago alguna maniobra para evitar ese resultado pero de todos modos lo ocasiono, se habla de culpa con representación.

También se suele hablar de dolo eventual cuando el sujeto apunta su conducta hacia un objetivo determinado, por ejemplo matar a Pedro, pero ocasiono además otro resultado que no he querido, pero sí previsto, como matar también a su acompañante. Si no hago

⁷ Ibid, pp. 596, 597.

⁸ Jesús María, SILVA SÁNCHEZ, Lima, 2000, Estudios de derecho penal, Editora Jurídica Grijley, p. 105.

⁹ Francisco, CARRARA, 1971, Bogotá, Programa de derecho penal, T. III, p. 67.

nada por evitar esto último, porque v.gr. no cambio para ello las modalidades de mi comportamiento, me cobran ese otro homicidio a título de dolo eventual. Pero si hago algo para evitarlo, por ejemplo cambio el arma de regadera por una diferente, me lo cobran a título de culpa consciente o con representación. El infractor reflexiona así: quiero matar a Pedro, pero no a Juan que lo acompaña. Si a pesar de eso disparo con el arma que riega los perdigones sabiendo que así mataré a Pedro, mi objetivo principal, pero **probablemente** también a Juan, la muerte de éste el derecho penal me lo cobra a título de dolo eventual. Si, en cambio, utilizo un arma diferente, un fusil, v. gr, cuyos disparos son directos, pese a lo cual mato también a Juan, incurro frente a éste en homicidio culposo con representación.

Aquí la doctrina distingue entre el hecho **necesariamente vinculado a la acción principal**, como quien mata a otro con una bomba, caso en el cual la muerte de los acompañantes se vinculan en forma imprescindible a la acción principal y por eso tales resultados son a título de dolo directo, pese a que para el infractor esos efectos colaterales le puedan ser indiferentes, y el hecho **probablemente vinculado a la acción principal**, como el caso referido, y también el del corredor de automóviles, según el ejemplo de SOLER, que por ganar la carrera atropella a un espectador que se atraviesa, y asiente en el resultado sin quererlo, pero corre el riesgo de causarle la muerte con tal de llegar primero sin hacer una maniobra tendente a evitar la muerte, que se produce, y se le cobra como homicidio doloso eventual.¹⁰

Por cierto SOLER nos recuerda, con remisión a FRANK, la conocida fórmula de éste de la “supresión mental hipotética” para caracterizar el dolo eventual, cuando el sujeto, con tal de que se produzca el resultado deseado no renuncia a su conducta peligrosa. Esto es, hay dolo eventual cuando el agente, ante la búsqueda del fin (ganar la carrera) no desiste de su acción riesgosa, pese a saber la probabilidad del daño.¹¹ También JIMÉNEZ DE ASÚA, de manera más amplia, se refiere a la postura de FRANK, que se fundamenta en la “teoría hipotética del consentimiento”, dado que el sujeto, a sabiendas del riesgo probable, según eso “consiente” en el resultado y lo acepta con tal de cumplir su objetivo. E invoca así la fórmula, el autor alemán, cuando el infractor reflexiona así: “puede ser así o de otro modo; resulte así o de otra manera, yo obro en todo caso” (mag

¹⁰ Sebastián SOLER, Buenos Aires, 1978, Derecho penal argentino, Tipográfica editora argentina, T. II, p. 115.

¹¹ Ibid, pp. 116, 117.

es so oder ander sein, so oder werden, auf jeden fall handle ich, en Strafgesetzbuch, 8^a-10^a ed, paragr. 59, III).¹²

Esta propuesta, por lo visto, la hizo FRANK **para dotar la teoría del “dolo eventual” del componente volitivo hacia el daño**, que no tiene, por razón de la teoría de la representación.

3. Respecto de la naturaleza del dolo, el derecho penal se refiere a las teorías de la representación y la voluntad.

Para la teoría de la representación, que ubica el dolo en el tipo subjetivo y lo entiende como el conocimiento del hecho, separando de él la comprensión y voluntad de la ilicitud y la ubica en la culpabilidad, le es suficiente que el sujeto conozca la parte fáctica del hecho, a tono con el sistema finalista, mientras para la **“teoría del dolo”**, que ubica el dolo en la culpabilidad, lo entiende como el conocimiento del hecho y su ilicitud, o sea conocer y querer el hecho ilícito. Dispone al respecto la ley colombiana: “La conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización”, dice el artículo 22, inciso primero, de nuestro C. Penal, a propósito del dolo directo. Y “también será dolosa la conducta, reza el segundo inciso, refiriéndose al dolo eventual, cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar”.

El conocimiento del hecho en el tipo, para predicar el dolo, y la comprensión de la ilicitud en la culpabilidad, es lo que acoge el grueso de la doctrina europea, que en síntesis, en el momento actual, imputa objetivamente el injusto y resuelve aparte la culpabilidad, orientación que algunos siguen en Colombia, a tono con la llamada **“teoría de la culpabilidad”**. En esta teoría de la representación el dolo se despacha con sólo conocer y querer el hecho. En cambio la teoría de la voluntad integra el conocimiento del hecho y el ilícito, con apego a la **“teoría del dolo”**, que ubica el dolo en la culpabilidad, acompañado del conocimiento de lo ilícito del hecho y del querer su realización. Esta postura de la teoría del dolo la ha seguido mayoritariamente la doctrina nacional, cuya solución integral nos parece de mayor acierto y rendimiento, pero, a

¹² Luis, JIMÉNEZ DE ASÚA, 1976, Buenos Aires, Tratado de derecho penal, La Culpabilidad, T. V, p. 589.

juicio nuestro, ubicando el dolo y el conocimiento del ilícito en el tipo de injusto, según se sustenta en otro texto.¹³

Para la teoría de la culpabilidad, que corresponde al finalismo, y que acogen Alemania y España, el dolo es la representación del hecho típico y querer su realización, sin la conciencia de la antijuridicidad, que se ubica en la culpabilidad, razón por la cual se habla de un “dolo natural” porque es neutro frente al conocimiento del ilícito. Pero esto de “natural”, para justificar un dolo sin conciencia del ilícito, no convence frente a la amplitud del conocimiento humano y al origen histórico y romano del dolo “malo”, lo que llevó a NIESE a ironizar diciendo, según recuerda ZAFFARONI, que “sólo falta hablar de injusto y culpabilidad naturales”.¹⁴

Pero un poco al margen de la estratificación, que de por sí oscurece el pensamiento porque en lugar de la perspectiva de conjunto parcela el conocimiento de la conducta humana sometida al examen del derecho penal, la verdad sencilla y clara es que el dolo eventual se fundamenta en la sola representación del hecho, sin tener en cuenta la comprensión y voluntad de su ilicitud, prédica tan cara ahora a la imputación objetiva, que imputa el hecho objetivamente considerado bajo la forma de un injusto de igual connotación. Por eso se dice actualmente que basta la representación del hecho para que quede satisfecho el dolo, afirmación que se presenta con cariz dogmático, pero que en el fondo es políticamente autoritaria.

Mientras la teoría de la representación remite a la posibilidad objetiva del daño según el juicio general, la teoría voluntarista apunta al propósito o actitud del sujeto individual. Los partidarios del primer enfoque parten de la previsibilidad objetiva, razón por la cual ubican el dolo en el tipo y la conciencia de la antijuridicidad en la culpabilidad, mientras que los seguidores de la segunda perspectiva ubican ambos aspectos en la culpabilidad.

La separación que se hace entre el conocimiento de lo fáctico, con visión general lógico objetiva y descriptiva, para referirse a lo general de lo injusto objetivo, y el conocimiento de lo ilícito, con visión psicológico individual, para referirse a la culpabilidad, trae dificultades innecesarias para entender el delito con visión unitaria. Por eso en esta obra se insiste que el delito se entienda como un todo lógico, que

¹³ Mario, SALAZAR MARÍN, 2014, Bogotá, Teoría del delito, Ed. Ibañez, pp. 721 y ss.

¹⁴ Eugenio Raúl, ZAFFARONI, 1981, Buenos Aires, Tratado de derecho penal, parte general, T. III, p. 311.

permita unir el conocimiento de lo general y lo individual, o sea la regla 'erga omnes' que apunta a la antijuridicidad, y la regla individual que apunta a la culpabilidad. Y esto lo permite la teoría del conocimiento porque puede asumir que el sujeto conozca al mismo tiempo la regla de la prohibición y la ilicitud que comporta.

4. La normativización del dolo.

La idea referida a la normativización del dolo apunta sin duda hacia la desnaturalización de su carácter psicológico y personal, justificada por la apreciación y valoración que de él debe hacer el Estado. Según eso entonces el dolo, como tema individual, no hay que probarlo, sino que a partir de consideraciones de prevención general se le atribuye al sujeto. Esa es la perspectiva que juega en favor de la imputación objetiva del injusto, que deja de lado el conocimiento del injusto por parte del sujeto individual y la voluntad de realizarlo, que se emboza luego con la normativización de la culpabilidad.

No se olvide que la postura de la imputación objetiva viene dada desde lo teleológico, en tanto la causalidad desprendida de la conducta humana no debe entenderse como algo natural, sino como algo dotado de sentido y por consiguiente algo objetivo que se integra a lo normativo, surgiendo así la imputación referida a la creación del riesgo. Por eso la imputación al tipo objetivo, según ROXÍN, se da cuando el resultado crea un peligro para el bien jurídico que se realiza en el resultado concreto.¹⁵

Lo cierto es que el conocimiento humano sabe que esta formulación normativa, que se hace desde la valoración, no puede ignorar lo causal, porque lo normativo surge desde lo real, su fuente nutricia, dado que la creación del riesgo se funda en la conducta que ocasiona el resultado peligroso. Pero además porque la imputación, más allá de lo objetivo del sentido, debe recaer sobre el centro espiritual de la acción, donde se origina la responsabilidad penal. El delito no se queda en lo axiológico de la imputación objetiva, sino que avanza hasta lo óntico de la imputación subjetiva.

A nuestro modo de ver, vuelve y juega la dialéctica, que permite la necesaria valoración y sus alcances normativos que el Estado hace de la conducta externa del infractor, sin desconocer en absoluto su carácter psicológico y personal, aspecto que no se puede callar porque es la fuente de la responsabilidad penal del sujeto, como ha sido siempre, de

¹⁵ Claus, ROXIN, 1987, Madrid, Derecho penal general, Ed. Civitas, Derecho penal general, 2ª ed, traduc. de Luzón Peña, Díaz y García Conlledo y Vicente Remesal, pp. 328, 329.

donde depende que estemos ejerciendo o no la democracia. Es la razón por la cual se propende por la consideración del delito como un todo lógico que contenga lo general e individual, al mismo tiempo.

Esta tendencia de despojar el dolo de la voluntad específica ilícita se hace evidente en esto que dice SILVA SÁNCHEZ, de acuerdo en ello con JOKOBS: “no cabe duda alguna de que el del conocimiento de la antijuridicidad es un problema exclusivo de conocimiento, y en absoluto tiene sentido incluir en su determinación y delimitación respecto al error de prohibición elementos voluntativos. Pues, para que excluya el error de prohibición basta con que se conozca la antijuridicidad, sin necesidad alguna de que el sujeto, además, quiera la antijuridicidad de su conducta. En definitiva, fórmulas como las reseñadas, que pretenden mostrar el elemento voluntativo del dolo eventual que le distinguirá de la culpa consciente, están fuera de lugar a propósito del conocimiento eventual de la antijuridicidad. Para éste será suficiente con que el sujeto se haya representado seriamente la probabilidad de que su conducta infrinja una norma jurídico-penal”.¹⁶

Si el dolo entonces está perfecto con el solo conocimiento de la parte fáctica del ilícito, sin requerir para nada la voluntad de su ilicitud, es fácil entender por qué se defiende la existencia del dolo eventual, pues aún conociendo la ilicitud, que sería en este caso el conocimiento de la posibilidad del daño, como parece decir SILVA SÁNCHEZ, se le amputa la voluntad del ilícito. Luego si basta conocer y querer el hecho típico que sustenta el injusto objetivo, es de fácil entendimiento por qué la teoría de la imputación objetiva sigue fundamentando la visión de un injusto con preponderante visión objetiva, según opina hoy la mayoría de la doctrina europea.

Esta postura se hace ver buena en la medida en que busca una eficiente protección de los bienes jurídicos, pero no lo es cuando a renglón seguido se predica una culpabilidad normativa y se condena a los infractores con la mera posibilidad de haber conocido la ilicitud, con la incoherencia de desconocer otros bienes jurídicos bien importantes, como la libertad, presunción de inocencia, carga de la prueba, in dubio pro reo, etc, referidos a los derechos humanos de mayor valía, que todos dicen defender, cuya peor consecuencia es la pena injusta, con malos rendimientos para la sana convivencia.

¹⁶ Jesús María SILVA SÁNCHEZ, 2000, Lima, Perú, Estudios de derecho penal, Ed. Jurídica Grijley, p. 109.

Por supuesto esta manera de pensar está del lado de la prevención y de la política criminal, con más énfasis en la política que en el sistema penal, comprometido éste con la contención y límites al poder Estatal. Y como la visión preventiva se aleja deliberadamente del derecho penal y su 'última ratio', no se comparte la preferente fundamentación preventivista del dolo eventual y se patrocina la idea de su supresión de la ley penal, a fin de que sólo se condene a las personas cuando su voluntad se oriente sin duda hacia el daño de los bienes jurídicos.

El derecho penal no debe incurrir en esta gruesa contradicción: compartir sin ambages sus efectos benéficos para la sociedad cuando los destinatarios manifiestan su voluntad acatando sus normas, observándolas, haciendo tangible la convivencia y respeto por los derechos de todos, pero dejando de importarle al mismo tiempo esa voluntad cuando se violan esas normas y los derechos o bienes jurídicos. Los destinatarios merecen coherencia por parte del Estado.

Querer el hecho de matar a otro para definir el tipo doloso de homicidio, sin resolver aún el conocimiento y voluntad de su ilicitud, que se decide después en la culpabilidad, con arreglo al finalismo, es una guía metodológica que conlleva muchas implicaciones epistemológicas, sistemáticas y políticas. La epistemológica más problemática es la separación del conocimiento del hecho y de la ilicitud que comporta, algo que ya no se sigue en la teoría del conocimiento actual, porque el sujeto está en capacidad de conocer al mismo tiempo el hecho y la ilicitud que suele llevar consigo.¹⁷ Ejemplo, declarar autor o partícipe a alguien, en el tipo, y absolverlo luego en la culpabilidad por un error de prohibición, resulta a la postre autor o partícipe de nada.¹⁸ Una implicación sistemática es la atinente al "error de tipo" y "error de prohibición", que presenta problemas en algunos eventos, como el error sobre los presupuestos fácticos de justificantes legales, que la doctrina discute si son de tipo o de prohibición porque se mezclan características de ambos.¹⁹ En la teoría del dolo, trátase de error de hecho o de derecho, de tipo o de prohibición, el tratamiento es unificado.²⁰ Y una implicación política, es poder declarar culpable a alguien sin haber conocido la ilicitud de su

¹⁷ SALAZAR MARÍN, Teoría del delito, ob. cit., pp. 69, ss, 345, 346; José María MARDONES, 1994, Filosofía de las ciencias humanas y sociales, Bogotá, Ed. Antropos, 1ª reimpresión de 1ª ed, pp. 19 y ss.

¹⁸ SALAZAR MARÍN, Ibid, p. 448.

¹⁹ José Manuel, GÓMEZ BENÍTEZ, 1988, Madrid, Teoría Jurídica del Delito, Ed. Civitas, p. 295; SALAZAR MARÍN, Teoría del delito, ob. cit., pp. 674 y ss.

²⁰ SALAZAR MARÍN, Mario, Teoría del delito, ob. cit., pp. 674, 675

conducta sólo porque el agente tuvo la posibilidad de acceder a ese conocimiento,²¹ lo que se ha conocido como el “potencial conocimiento” de la ilicitud.²²

Decimos por eso en otro aparte que en la teoría del conocimiento existe la tendencia fuerte de seguir unas mismas reglas para el conocimiento de los hechos y el conocimiento de los valores, pues conocer el hecho y conocer la ilicitud que comporta es una labor simultánea,²³ sin perjuicio de su análisis.

5. La teoría del dolo ha sido tradicional en Colombia.

La teoría del dolo la siguen en Colombia varios autores,²⁴ entre ellos REYES ECHANDÍA, quien cree, en nuestra opinión con razón, que al dolo lo atrae una “concepción unitaria”, porque “las tesis voluntarista y de la representación son insuficientes para explicar el dolo, pero que aunadas convenientemente permiten la solución correcta”, dado que el dolo “supone la representación de un hecho típico y antijurídico y voluntad de realizarlo”²⁵. No cabe duda que la voluntad del sujeto se vincula al **hecho ilícito** que quiere realizar y no apenas al hecho.

Cabe recordar a ESTRADA VÉLEZ, quien haciendo énfasis en la teoría de la representación, apunta: “desde el punto de vista doctrinario la famosa cuestión si el dolo es voluntad o es sólo representación no se puede resolver de otro modo que diciendo que es solamente representación. En efecto, si el dolo es eventual, se tiene sólo la representación del resultado, lo que evidentemente significa que el mínimo necesario y suficiente para que exista el dolo es la representación.”, lo cual lo lleva a definir el dolo como “la acción voluntaria proyectada hacia la realización del hecho típico”,²⁶ haciéndose al lado de la representación.

Es claro que la representación es la que pesa en el dolo eventual. “El dolo eventual – dice JIMÉNEZ DE ASÚA- era de difícil construcción con la pura teoría de la voluntad. Si querer el resultado fuese el carácter propio del dolo, en esta especie en que se quiere

²¹ Ibid, pp. 736, 737

²² Reinhart, MAURACH, 1962, Barcelona, Tratado de derecho penal, Ediciones Ariel, T. II, pp. 131 y ss; Hans WELZEL, 1970, Derecho penal alemán, parte general, Ed. Jurídica de Chile, pp. 221, 231.

²³ José María MARDONES, Filosofía de las ciencias humanas y sociales, Barcelona, 1994, Ed. Ánthropos, reimpresión colombiana de Ed. Presencia, Santa Fe de Bogotá, pp. 29, ss, 318.

²⁴ Luis Carlos, PÉREZ, 1975, Bogotá, Tratado de derecho penal, Ed. Temis, T. I, 2ª ed, refundida, p. 676; Luis Enrique, ROMERO SOTO, 1969, Bogotá, Derecho penal, Ed. Temis, T. II, p. 57; Luis Eduardo, MESA VELÁSQUEZ, 1979, Bogotá, Lecciones de derecho penal, U. Externado de Colombia, p. 104.

²⁵ Alfonso, REYES ECHANDÍA, La Culpabilidad, 1977, U. Externado de Colombia, p. 52

²⁶ Federico, ESTRADA VÉLEZ, 1986, Bogotá, Derecho Penal, Ed. Temis, 2ª ed, p. 294.

de una manera subordinada y de segunda fila, la infracción intencional resultaba dudosa. Por eso puede afirmarse que la teoría de la representación es la que pone las bases del dolo eventuales. Bien mirado el asunto, es aún más incompleta la doctrina de la representación, pues la llamada culpa con previsión se identificaría con el dolo eventual, puesto que en ambos se representa el sujeto la posibilidad de la producción del resultado. Por eso, nosotros unimos, como se hizo en el concepto del dolo, ambas doctrinas –la de la voluntad y la de la representación- y así el dolo eventual será la representación de la posibilidad de un resultado, cuyo advenimiento consiente la voluntad”.²⁷

La de la unión de la representación y la voluntad nos parece acertado, pero el dolo eventual está fundamentado en la sola representación y esta unión teórica no hace surgir en la mente del sujeto el querer un daño que no tiene la voluntad de ocasionar. Como la representación de la posibilidad del daño también puede ser culpa, la naturaleza del dolo eventual, que según la mayoría está fundada sólo en la representación del posible daño, no se consolida de verdad, según nuestra opinión. Y aunque desde luego es importante unir los dos frentes, representación y voluntad, no basta decirlo para definir y aceptar el dolo eventual, entendiendo que la representación del daño no significa querer el daño, aún con el agregado del “consentimiento”, pues una cosa es dejar el resultado al azar, con la esperanza que no ocurra, y otra es quererlo, por más que para FRANK y sus seguidores **equivalga a consentirlo**.

Para la teoría cognitiva le es fácil, frente a la representación del hecho, incluir en un mismo pie de igualdad el dolo directo y el eventual, porque en ambos basta el conocimiento del hecho, con visión normativa del dolo, que se contenta con la representación general y que la decreta el juez. Aquí la voluntad es la del hecho y no la del ilícito. Pero frente a la teoría volitiva la situación cambia porque con la visión individual se exige que éste asuma la voluntad de la ilicitud, y debe demostrarse por los medios probatorios que para ello existen.

Como la doctrina viene diciendo y repitiendo que el dolo eventual tiene justificación político-criminal en aras de proteger los bienes jurídicos que por alguna temeridad se menoscaban, talvez por eso JIMÉNEZ DE ASÚA, ferviente defensor de él, dice: “La

²⁷ Luis, JIMÉNEZ DE ASÚA, 1976, Buenos Aires, Tratado de derecho penal, Ed. Losada, T. V, pp. 587, 586.

importancia del dolo eventual es muy grande; siempre la tuvo en Alemania y por no habérsela otorgado en Italia se ha incurrido allí en errores y equivocaciones sobre su concepto y naturaleza. En los países de habla española sólo ahora empieza a comprenderse el interés que ofrece. Nosotros le otorgamos constantemente superlativo valor”.²⁸ Pero KOHLRAUSCHS en Alemania dice lo contrario, porque el dolo directo y el dolo eventual no tienen la misma intensidad criminal y por lo tanto no “son equivalentes”, para hacerlos merecedores de una pena igual²⁹. Por eso algunos, sin cuestionar su existencia, **proponen una disminución punitiva**, que sin duda es una solución equidistante o de compromiso, que no toca empero la esencia del problema. No puede perderse de vista que en el dolo directo el sujeto orienta su conducta hacia el daño, mientras en el dolo eventual, si mucho, se presenta indiferencia o despreocupación ante la probabilidad del menoscabo, que para algunos es “consentir” o “asentir” en ello, de acuerdo con las modalidades de su comportamiento.

6. Visión dialéctica del problema. La norma general y la norma individual se entrelazan.

Es necesario distinguir entre la previsibilidad, como un juicio de carácter general y objetivo, propio de la tipicidad y la antijuridicidad, y la previsión, como un juicio subjetivo y de carácter individual, propio de la culpabilidad, distinción que toca la norma general y la individual. Si bien la previsibilidad en general se rige según el juicio común, conforme con las aptitudes que en general tenemos todos o la mayoría, según un “standard medio”, a fin de que la previsibilidad tenga el rango de lo general, la previsión se refiere a la capacidad concreta del sujeto, incluidas sus aptitudes profesionales, artísticas o culturales, si las tiene. De todos modos el conocimiento del delito en dos globos (injusto-culpabilidad), primero del hecho y luego de lo antijurídico, que hasta ahora ha pesado tanto, no se sigue aquí, pues en otro texto proponemos que por vía dialéctica se integren o enlacen la previsibilidad general y la previsión individual, o sea el conocimiento general y el individual entrelazados, de tal manera que el delito o “injusto culpable” se entienda como un todo lógico comprensivo de los dos frentes.

La afirmación que el derecho penal ha venido haciendo según la cual el conocimiento de la antijuridicidad, cuando se violan las reglas de la juridicidad, es exclusivamente un asunto

²⁸ JIMÉNEZ DE ASÚA, Buenos Aires, 1976, Tratado de derecho penal, T. V, ob. cit, p. 585.

²⁹ Cfr. Juan BUSTOS RAMÍREZ y Hernán HORMAZABAL MALARÉE, Madrid, 1999, Lecciones de Derecho penal, Ed. Trotta, T. II, pp. 70, 71.

personal, es falsa. El concepto de delito o delito-definición es un juicio sintético *a priori* en el cual el conocimiento individual cuenta dentro del rango de lo general, objetivo y válido. Este juicio, como relación lógico-cognoscitiva “individuo-sociedad”, conduce a sustentar por qué ambos aspectos del injusto penal –la objetividad de la antijuridicidad y la contribución objetivo-subjetiva del individuo– “van de brazo”, en una relación sustancial recíproca que facilita el examen conjunto con la visión del juicio general y válido⁷⁸. El delito es un todo lógico.

Cuando un sujeto delinque, conoce simultáneamente no sólo la parte objetiva de su comportamiento, o sea la acción típica y antijurídica, sino también la antijuridicidad de ese comportamiento, esto es, el conocimiento que sustenta la culpabilidad. El carácter integral y unificado del delito lleva al apareamiento entre el injusto objetivo y el subjetivo, mas no a la ubicación primero de lo objetivo y luego de lo subjetivo, pues ante la infracción no se trata ya de la preponderancia de lo general sobre lo individual, sino de los dos frentes con simultánea significación. Mi conocimiento, entonces, se integra al conocimiento general sin contradicción alguna, se unen el conocimiento de todos y cada uno y se vinculan la individualidad y la generalidad. Es así como se entrelazan la antijuridicidad y la culpabilidad en materia de conocimiento.³⁰ La idea central es que el delito es un todo lógico y como concepto integral es acción culpable.

Aunque con persistencia se insiste en la previsibilidad para definir el injusto y su perfil objetivo y resolver luego lo de la culpabilidad, nos parece que el carácter objetivo-subjetivo o mixto del injusto penal lleva a que sea el injusto culpable el que emita el juicio definitivo, pues a la postre la previsibilidad general e individual por vía dialéctica une ambos extremos, dado que el conocimiento general y el individual se entrelazan. Al fin de todo, es la culpabilidad por el hecho ilícito la que le da relieve jurídico-penal al dolo y a la culpa, integrando en todo caso el conocimiento de la ilicitud. Mientras la previsibilidad es objetivo-subjetiva, porque se trata de prever o ver antes lo que puede suceder, la evitabilidad no escapa tampoco a su visión general y objetiva, pero también remite al caso individual porque los eventos son evitables o no según las circunstancias del caso concreto, de tal manera que lo subjetivo personal por igual influye. De cualquier manera es indispensable la secuencia entre la objetividad y subjetividad.

⁷⁸ SALAZAR MARIN, Mario, *Autor y partícipe*, op. cit., p. 18.

³⁰ SALAZAR MARÍN, Mario, *Teoría del delito*, 2007, Bogotá, Ed. Ibañez, p.77.

7. Solución dogmática y respeto a la ley.

Aunque el discurso dogmático, o teoría del derecho penal, ha solido partir de las normas positivas, según la orientación original y conservadora de la dogmática,³¹ y es una recomendación compatible con la seguridad jurídica, en tanto los jueces deben apego a la ley, tal cosa no es contraria a que la dogmática jurídico-penal tenga al mando también la teoría del conocimiento, a fin de poder corregir con su ayuda los desvaríos epistemológicos del legislador. O como dice JESCHECK: “La dogmática jurídico-penal precisa...no sólo de la lógica jurídica formal, que se limita a dictar las reglas según las cuales debe producirse la argumentación jurídica, sino también de una lógica material que argumente a partir de los valores protegidos con ayuda de consideraciones en cuanto a su contenido, y conduzca por esta vía a la creación y fundamentación de nuevas proposiciones jurídicas”.³²

La doctrina debe propender por lograr una dogmática coherente como instrumento al servicio de la seguridad jurídica, que ayude a la mejor orientación conceptual del derecho penal, sin desconocer la importancia de la ley positiva, pues si bien su papel debe limitar en lo posible la discrecionalidad del intérprete, la clínica judicial muestra que es muy grave que las decisiones judiciales obedezcan a la intuición de los jueces y se alejen de las soluciones que obedezcan a la coherencia del sistema del derecho penal, en aras de la seguridad jurídica, y se apoyen en soluciones político-criminales de libre escogencia. Como la política criminal le compete al legislador y el sistema penal es del resorte del juez, éste no debe apoyarse en la primera sino en la ley.

Nuestra perspectiva unitaria permite la visión conjunta del conocimiento del hecho y de la ilicitud, a propósito del artículo 22 de nuestro código penal, tras defender la teoría del dolo, que maneja simultáneamente el conocimiento de ambos frentes. Los partidarios de la representación consideran que el dolo eventual es el prototipo del dolo porque le basta el conocimiento del hecho, viendo mayor gravedad en el dolo directo. Falla aquí el equilibrio objetivo-subjetivo y se revierte hacia el extremo de la objetividad y surgen dos aspectos negativos: uno, al faltar la conciencia y voluntad de la ilicitud se echa de menos un extremo que impide la configuración cabal del dolo y del delito con sus

³¹ Hans, JESCHECK, 1981, Barcelona, Tratado de derecho penal, parte general, T. I, p. 58.

³² Ibid, p. 59.

componentes objetivos y subjetivos. Dos, con la sanción por dolo eventual no se ejerce con democracia el poder punitivo del Estado.

Por lo tanto se tiene fuerte reparo doctrinario frente al segundo inciso del artículo 22, porque a pesar de apuntarle a la teoría volitiva, con el disfraz eufemístico de los “eventual”, imputa dolo por un daño que el sujeto no quiso ocasionar. Quiere ello decir que el derecho penal, de inspiración democrática, debe tener claro que el infractor siempre endereza voluntariamente su conducta hacia el daño ilícito que se representa, sólo mediante dolo directo y culpa con representación, **propiciando la idea democrática de erradicar del derecho penal el dolo eventual y la culpa sin representación**, porque permiten condenar a los destinatarios sin comprender y querer la ilicitud de sus conductas. Los conceptos jurídicos, y con mayor razón en derecho penal, en todo caso, deben estar guiados por la claridad y la justicia.

Hay que evitar que la jurisprudencia trate de convertir un delito culposo en doloso, porque eso crea mucha preocupación para la seguridad jurídica. Todo indica que esto ha ocurrido en la sentencia del 25 de agosto de 2010 de la Corte Suprema de Justicia al condenar a 18 años y 4 meses de prisión a quien conducía en estado de embriaguez y mató a dos personas al sobrepasar un semáforo en rojo y atropellar el vehículo en que viajaban. Se pregunta entonces por qué concluir que en ese caso es dolo eventual y no culpa, cuando la embriaguez, no pre-ordenada en este evento, disminuyó la previsibilidad del daño por parte del sujeto y está consagrada precisamente como agravante del homicidio culposo (art. 110-1, C. Penal).?

Aunque la Corte Suprema dice en el fallo referido que la representación debe recaer, en el caso de homicidio, no sobre el resultado, sino sobre la conducta capaz de producirlo, pierde de vista que la ley colombiana, a propósito del injusto material, exige en este evento causar la muerte a otra persona, hacia donde debe apuntar la voluntad del agente. Y si bien la postura de la Corte se hace al lado de la teoría ‘cognitiva’ que exige sólo querer el hecho, en el homicidio es ‘causar la muerte’ y no un escueto riesgo jurídicamente desaprobado, que comporte la posibilidad de ocasionarlo.³³

³³ Dice a propósito Juan SOTOMAYOR que “el punto de partida de la 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”. Y de paso cuestiona con buen juicio que en el caso concreto se requería probar que la ilicitud

La teoría 'volitiva', en cambio, tradicional en Colombia, que en este texto se defiende, está claramente comprometida con un dolo enderezado hacia el hecho ilícito y no apenas al 'hecho'.

8. Cuál es la diferencia entre las teorías de la representación y la voluntarista.

Mientras la teoría de la representación, valga repetir, remite a la posibilidad objetiva del daño **según el juicio general**, la teoría voluntarista apunta **al propósito o actitud del sujeto individual**. Los partidarios del primer enfoque parten de la previsibilidad objetiva, razón por la cual ubican el dolo en el tipo y la conciencia de la antijuridicidad en la culpabilidad, mientras que los seguidores de la segunda perspectiva ubican ambos aspectos en la culpabilidad.

La probabilidad, que está sin duda fundada en la previsibilidad general, se explica respecto de los hechos que son previsibles según la opinión de la mayoría, pero con arreglo al juicio u opinión de una persona diligente. Quizá sea la teoría de la previsibilidad la que históricamente ha pesado más en orden a encontrar la naturaleza de la culpa, que de cierto modo une la visión general y la individual sobre ella, por remitir la definición genérica al criterio de una persona diligente. Ya desde el "Digesto", la culpa se define como "no haber previsto lo que una persona diligente pudo prever", o sea como "la no previsión de lo previsible",³⁴ algo que ha llevado también a sustentar el dolo eventual, pues se dice que ambos, culpa consciente y dolo eventual, comparten esta naturaleza de la previsibilidad o probabilidad de daño. Aquí radica lo deleznable del dolo eventual, porque se fundamenta, como en la culpa con representación, en la previsibilidad objetiva, alejándose o desconociendo el juicio individual, que define la responsabilidad.

En Colombia la teoría de previsibilidad ha ejercido demasiada influencia. Por eso para el código penal de 1936, tras ese efecto, la conducta es culposa cuando el agente realiza el hecho "por falta de previsión del resultado previsible, o cuando habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo" (art. 37). Y para el código de 2000, el comportamiento es culposo 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,

haya sido prevista y que el sujeto hay confiado en poder evitarla. Y afirma que el dolo, según el fallo, no es algo que requiera probarse, sino que se atribuye a partir de consideraciones extralegales. [http://políticacriminal.cl/n_22/Vol11N22A10.pdf].

³⁴ Digesto, L. IX, Título 2, 31; Diccionario enciclopédico de derecho usual, T. II, p. 717.

confió en poder evitarlo. Mientras en torno al dolo eventual este mismo estatuto dice que existe cuando el sujeto deja el resultado librado al azar (art. 22).

9. Diferencia entre el dolo eventual y la culpa con representación.

El criterio diferenciador radica en lo siguiente: si el sujeto prevé el daño pero hace alguna maniobra para evitarlo incurre en culpa con representación, pero si no hace nada y corre el riesgo, lo deja librado al azar, incurre en dolo eventual. Es lo que ha dicho la doctrina y lo que se desprende de nuestra ley penal (arts. 22, 23, C. Penal\2000).

Pero este criterio frente al dolo eventual es demasiado inseguro y problemático, por lo siguiente:

Primero, dejar la producción del daño librada al azar sucede tanto en el dolo eventual como en la culpa con representación, porque en ésta, aún con las maniobras del agente para evitar el daño, los efectos quedan librados a la propia dinámica causal de la conducta peligrosa.

Segundo, es criterio inseguro porque deja en manos del intérprete la definición de dolo o culpa, según le parezca más o menos previsible y evitable el comportamiento, aspecto trascendental que se debe controlar de mejor manera, pues la diferencia de penas (2 años y 9 meses en el culposo, o 17 años y 4 meses en el doloso, hablando de mínimos) lo amerita. Los principios de legalidad y tipicidad rinden homenaje a la seguridad jurídica y la dogmática penal debe propiciarla y defenderla, pues no puede ser que del juzgador dependa esa profunda diferencia de penas. Y aunque no se puede negar que la previsibilidad o probabilidad del daño la determina en buena medida el juzgador, la previsión que hace el infractor puede tener diversas lecturas, pues la medición de la probabilidad del daño de una conducta peligrosa, con todas la graduación que de ella es posible, se deja en gran medida librada al juez y se presta para que sea dolosa para unos o culposa para otros, como la demuestra práctica,³⁵ algo a lo cual tiene que oponerse el discurso dogmático por la inseguridad jurídica que crea.

³⁵ Bien dice ALVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN; “El funcionario judicial, como cualquier ser humano, no es totalmente objetivo. Al contrario, en importante medida, su comportamiento y sus decisiones son consecuencia de máxima subjetividad. Por ende, sus sentencias, en mayor o menor medida, brotan de su cultura, de sus características y tendencias, así como de sus intereses, valores, expectativas, religión, cultura, etc. De otra parte, ese servidor público tampoco puede ser absolutamente neutral. Todo lo opuesto, piensa y actúa de acuerdo con sus sentimientos, emociones, pasiones,

Tercero, porque salvo lo que se pretende hacer con la propuesta del “consentimiento”, el dolo eventual se ha tratado de construir por la mayoría con la sola representación del daño, prescindiendo de la voluntad de ocasionarlo, a sabiendas que el dolo requiere el concurso de los componentes cognoscitivo y volitivo. Pero lo que más pesa es que la previsión del daño se da tanto en el dolo eventual como en la culpa con representación, y en ambos casos el agente no quiere ocasionar el daño. Es un lugar común decir que el dolo eventual es una figura “**intermedia**” entre el dolo y la culpa, pero esto desde el punto de vista conceptual no resuelve nada, porque la medición de la previsibilidad no permite perfilar con claridad segura el instituto del “dolo eventual”.

Cuarto, así como el legislador tuvo la soberanía de adoptar el dolo eventual, también la tiene para que prescindir de él, a fin de asegurar que sólo los daños de verdad dolosos se traten como tal. Como el poder punitivo del Estado se apoya en el discurso doctrinario y dogmático, éste a su vez ha de poder cuestionar las malas adopciones que de él hace el Estado. Si bien el dolo eventual es un concepto muy polémico y ha sido asumido por muchos, no puede negarse que está montado sobre lo probable y por tanto en la inseguridad jurídica, que sin duda perjudica a quien ha violado la norma y por lo tanto también a la sociedad, pues la homogeneidad de las decisiones judiciales llevan a la seguridad jurídica, que como tal es un intangible propio de la democracia.

Vale este apunte de PÉREZ PINZÓN: “Por eso existen tantas teorías sobre el dolo eventual y por eso es tan difícil decir cuál de las teorías sobre el dolo eventual es la mejor. Si se miran en bloque, fusionadas, azar, imprudencia, negligencia e impericia, parecen de la misma familia y, por tanto, en el fondo, no hay diferencias importantes entre ellas. Y si en lo hondo, en lo profundo, es imposible distinguir las, no se entiende cómo, ante la confusión conceptual y real, se pueda sancionar a una persona a título de dolo eventual. Pero como con frecuencia ocurre, con ello se comprueban aquellas frases según las cuales el dolo eventual nació para sancionar con más reciedumbre aquellos comportamientos ‘culposos’ que estimados como muy graves en un momento dado, no permitían una pena por encima del límite máximo establecido para la culpa”.³⁶

Quinto, la historia demuestra que el discurso del derecho penal nos ha llegado básicamente de Italia y Alemania, con mediación de España, y ha sido elaborado casi

preconceptos, prejuicios y semejantes. El juez, entonces, desde estas ópticas, es como todo ciudadano”. Rev. Derecho, Debates & Personas, Bogotá, Julio 2016, No. 08, p. 19.

³⁶ Ibid, p. 20.

siempre por académicos, con el agrado en muchos casos de los políticos, discurso que ha propiciado, con muchos debates de por medio, el sistema penal que hoy tenemos, en algunos casos con conceptos inseguros e injustos. Si la doctrina o dogmática jurídico-penal pretende construir un sistema que ofrezca soluciones previsibles, lógicas y justas, es viable que hayamos importado de Europa los institutos que de ahí han surgido, pero también el discurso de nuestra región puede cuestionar y sugerir que los conceptos que no son adecuados no sean copiados por los legisladores. Es llamativo que los doctrinantes inventen los institutos que gobiernan el sistema penal y los legisladores se apoyen allí para definir delitos y penas prolongadas más allá de lo justo y necesario.

10. El aspecto subjetivo del delito debe siempre defenderse por seguridad jurídica.

Como el derecho funciona porque los destinatarios se comportan con arreglo a la convivencia, no hay que reprimirlos por delitos que no han querido cometer. Si no hay dolo, pero sí culpa, no hay que condenar por dolo, pues ello va en contra del desvalor del acto y de la paz social. Teniendo en cuenta que el conocimiento de la prohibición es determinante, por lo de la motivación, cuando el sujeto no ha querido el daño no debe cobrarsele como doloso sino como culposo por haber asumido el riesgo del daño. Como dice HEGEL: “La subjetividad del querer en sí mismo es fin en sí, y es un momento absolutamente esencial.[...]. Aunque todo cambio como tal que es producido mediante la actividad del sujeto, sea acto de éste, no por esto él lo reconoce como su acción, sino que reconoce por tal, en el acto solamente, aquella existencia que estaba en el saber suyo y en su voluntad, que era su propósito; solamente reconoce como propia suya, aquella parte; como de su responsabilidad”.³⁷

Según lo hemos dicho, la conclusión es sencilla pero contundente: si no se atendiera con cuidado el aspecto subjetivo de la conducta y se mirara más hacia su parte externa y dañina, sin indagar a fondo sobre la generación de la voluntad dolosa o culposa, sería desconocer el concepto de responsabilidad por el daño y la condición del ser humano como protagonista de la convivencia social y desarrollo histórico de la humanidad. El perfil represivo del dolo eventual apunta centralmente, desde el ángulo preventivo, a evitar daños, pero el desvalor de acto lo cobra más allá de la culpa, lo cual lo hace injusto, pese a que muchos doctrinantes sean partidarios de él, según su mentalidad más

³⁷ Guillermo Federico, HEGEL, 1985, México, Enciclopedia de las ciencias filosóficas, Ed. Porrúa, Estudio introductorio de Francisco Larroyo, 5ª ed, p. 261.

preventiva. Bien cabe recordar que mientras el fin retributivo mide la pena justa, el fin preventivo se presta para alargarla más allá de lo justo.

Importa, en fin, insistir en el necesario correlato entre el desvalor de acto y desvalor de resultado, entendiendo el delito como una unidad que requiere el concurso de ambos aspectos, en lugar de propiciar que a partir del desvalor resultado se acomode luego el desvalor de acto, en este caso encontrando el comodín del dolo eventual. Si, en cambio, frente a una mayor rigidez del sistema, en aras de la seguridad jurídica, sólo está el dolo directo y la culpa con representación, el operador jurídico no encontraría el expediente más cómodo del dolo eventual.

Como la doctrina del derecho penal es un espacio donde se debaten las ideas y se proponen soluciones, seguramente el dolo eventual seguirá su curso teórico y los legisladores lo acogerán o no. Pero la propuesta en todo caso radica en que no haga parte de la ley penal por la inseguridad jurídica que genera y los riesgos de injusticia que comporta. De tal manera que sólo se hable de dolo, que como tal sólo puede ser “directo”, si sus requisitos se cumplen, a fin de cerrar la brecha de inseguridad que conlleva.

ROXÍN, a propósito dice: “el dolo, como voluntad de acción realizadora del plan, precisamente no es ‘eventual o condicionado’, sino, por el contrario, incondicionado, puesto que el sujeto quiere ejecutar su proyecto incluso al precio de la realización del tipo (o sea bajo cualquier eventualidad o condición). Únicamente la producción del resultado, no el dolo, depende de eventualidades o condiciones inciertas. Sería por tanto más correcto hablar de un dolo sobre la base de hechos de cuya inseguridad se es consciente. No obstante, por razones de tradición, se mantendrá aquí el concepto generalizado de ‘dolo eventual o condicionado’. Esto es inocuo si se tiene claro que **un dolo condicionado según el uso preciso del lenguaje, en el sentido de una voluntad condicionada, no es aún un dolo jurídico-penalmente relevante en absoluto. Quien todavía no está decidido, sino sólo ‘inclinado al hecho’ no actúa dolosamente**”.³⁸ Según esta opinión suya, el dolo eventual no debe mantenerse sólo por tradición.

De esta suerte, el componente subjetivo del delito estará constituido sólo por dolo y culpa. Si la norma penal busca la motivación de los sujetos orientada al respeto de los bienes jurídicos que el legislador protege, sólo debe sancionar cuando ese contenido

³⁸ Claus, ROXÍN, 1997, Madrid, Derecho penal, parte general, Tomo I, p. 426.

subjetivo se cumple, sin acudir a la cómoda conclusión de quien no quiere un resultado pero quiere los medios que lo producen “equivale” a haberlo querido. La teoría del “consentimiento” echa mano de un dolo “por equivalencia”, o por la vía del eufemismo, que no debería existir, o en todo caso no aceptable por la ley. La imposición de conductas externas, al menos frente al derecho penal, implica respetar el contenido consciente y voluntario que lleva a esa conducta externa. Si se busca que el derecho penal sea la “última ratio”, debe serlo de veras.

Como el derecho funciona en sociedad porque los destinatarios se motivan por el cumplimiento de las normas que propician la convivencia, debe en todo caso con coherencia sólo condenar cuando la voluntad de daño a los bienes jurídico-penalmente tutelados ha sido clara. Si la sociedad y la vida comunitaria funcionan porque los destinatarios conocen las normas y el Estado se basa en ese conocimiento de lo ilícito y voluntad de todos para esos objetivos, no puede con coherencia imponer penas en eventos en que los súbditos no comprendieron y quisieron ese ilícito. Así como cabe la propuesta que la culpa sin representación no debe constituir delito porque no hay conciencia y voluntad de la imprudencia que ocasiona el daño, también cabe proponer que el dolo eventual también desaparezca de la ley y se hable sólo de dolo directo y culpa consciente como las únicas fuentes de responsabilidad penal.

Es mejor respuesta reducir la violencia estatal propiciando sólo responsabilidad cuando hay conciencia y voluntad de ocasionar los daños, con mayor eficacia, que imponerla sin esos dos componentes con altos porcentajes de impunidad. No son las penas duras e injustas las que resuelven los problemas de la paz y la convivencia, sino la sombra perniciosa de la impunidad que no deja resolverlos. Entre la alternativa de la sanción sin voluntad de daño y la utopía del abolicionismo, es óptima solución la responsabilidad fundada en la conciencia y voluntad de daño.

11. No basta deslindar teóricamente el dolo directo y el dolo eventual.

Si bien desde el punto de vista teórico podría deslindarse el dolo directo del dolo eventual, no lo es en el campo de la vida real y práctica. Y la prueba está al canto en las innumerables maniobras del tráfico rodado en el mundo entero, en las cuales los conductores, en millones de acciones diarias, confían en que los peatones y demás conductores observen las reglas del tránsito, con rutas y preferencias que todos deben observar. Si bien conductores y transeúntes se ven por todos lados y en general ambos

son cuidadosos y precaven cualquier atropellamiento, con frecuencia hay imprudencias de conductores y peatones y también confianza en que los transeúntes se desplazan o los vehículos frenan. Lo cierto es que **trazar una frontera clara entre la confianza de no ocasionar el daño (culpa con representación) y la indiferencia o asentimiento frente a él no resulta fácil** y el derecho penal no debe dejar este problema sólo en manos de quien aplica norma. Vale la pena recordar que frente a esto es el “pobre diablo el que actúa con dolo eventual”, como dice LIEPMANN, discípulo de VON LIST,³⁹ sugiriendo que quien no lo es sólo incurre en culpa consciente.

Ahora bien, es común frente a este problema referirse a los casos límites entre dolo eventual y culpa consciente, donde aparece en efecto el riesgo de la inseguridad jurídica. Al respecto SILVA SÁNCHEZ, luego de precisar que hay dolo eventual cuando el sujeto tiene **perfecto** conocimiento de la situación típica y actúa con la confianza irracional en que el resultado no se producirá, propone que con arreglo a criterios de exigibilidad se llegue a una “flexibilización, por vía normativa, de las fronteras entre dolo e imprudencia”, para determinar cuándo de modo seguro se va a producir la lesión (dolo directo), cuando hay confianza irracional en que no se producirá (dolo eventual), o cuando es probable (culpa consciente), herramienta con la cual, a su juicio, “son difícilmente cohonestables los profundos desniveles de punibilidad”.⁴⁰ Lo cual deja ver que es el juez quien decide el punto, como lo advertimos atrás, y confirma el aserto dogmático precedente de despachar el dolo eventual con la sola representación de la situación típica, que aun siendo “perfecta” es compatible con la culpa consciente.

12. Debe distinguirse entre la política criminal y el sistema penal.

No se pierda de vista que el derecho penal como sistema debe frenar o contener la política criminal del Estado, que como tal es política. Nunca se olvide que desde FRANZ VON LISZT el derecho penal es la “carta magna del delincuente”, (o “carta magna de la persona”, según BUSTOS RAMÍREZ),⁴¹ y es “barrera infranqueable de la política criminal”.⁴² Esto significa que el derecho penal, como sistema, del cual se ocupa la dogmática jurídico-penal, busca establecer las reglas que deben regir el

³⁹ Ib, p. 70.

⁴⁰ Jesús María, SILVA SÁNCHEZ, 2000, Estudios de derecho penal, ob. cit, p. 112.

⁴¹ Juan, BUSTOS RAMÍREZ y Hernán, HORMAZABAL MALARÉE, 1997, Madrid, Lecciones de Derecho Penal, Ed. Trotta, Volúmen I, p. 33.

⁴² FRANZ VON LISZT, tratado de derecho penal, Ed. Reus, Madrid, 20 ed, traducción Luis Jiménez de Asúa, t. II, p. 71.

ejercicio de poder punitivo del Estado, defendiendo los principios y las garantías que el destinatario tiene frente al Estado, mientras la política criminal busca luchar contra la criminalidad y hacer posible la convivencia social en paz, de tal suerte que es una manifestación del poder legislativo. Por eso, para evitar que la política criminal caiga en la arbitrariedad, el derecho penal, como sistema, dice HASSEMER, “no tiene que adaptarse a la política criminal, ni puede convertirse en su subsistema (funcional), sino que tiene que oponerse a ella, frenándola e incluso, en caso necesario, obstaculizándola. Ello es consecuencia de una concepción de la política y del derecho en la que los poderes están divididos y que es característica del Estado de Derecho”.⁴³

Y agrega: “el legislador mira con agrado la tendencia de rebajar los límites del derecho penal [...], a esta tendencia moderna corresponde también el intento de concretar el concepto de culpabilidad desde el punto de vista de los fines de la pena y darle una directriz. Esta directriz es político-criminal y en ella se encuentran todos los intereses político-criminales que el derecho penal tenía propiamente que limitar [...], en la dogmática de la culpabilidad, (que) concebida desde los fines de la pena se produjo una invitación formal a la política criminal para que invadiese el ámbito del derecho penal, e incluso no respetase eventualmente los límites existentes”.⁴⁴

El Estado alarga la mano punitiva y desde la manga ancha de la política criminal trata de imponer las penas con criterio político, esta vez a través de institutos cuestionables como el dolo eventual y la culpa sin representación, que agreden el principio de culpabilidad, que sin duda está en cabeza del ciudadano, a quien al amparo de la presunción de inocencia hay que demostrarle la conciencia y voluntad de dañar los bienes jurídicos para que las penas sean en alguna medida legítimas. Hay que evitar que la política criminal ponga manos arriba al derecho penal como sistema de principios y garantías, porque ello deslegitima al mismo Estado al ejercer la potestad punitiva sin los límites de contención que corresponden a la vida republicana.

Desde VON LISZT se viene diciendo que es necesario lograr una síntesis entre el derecho penal y la política criminal,⁴⁵ de donde provino el trabajo de “Política criminal

⁴³ Winfried HASSEMER, Fundamentos del derecho penal, 1.984, Casa Editorial Bosch, Barcelona, p. 292.

⁴⁴ Ibid, pp. 294, 295.

⁴⁵ FRANZ VON LISZT, Tratado de derecho penal, T. II, pp. 42 y ss: Jesús María SILVA SÁNCHEZ, 1992, Aproximación al derecho penal contemporáneo, Barcelona, Ed. José María Bosch, pp. 74, 83.

y sistema del derecho penal” de ROXÍN,⁴⁶ mediante el cual se trata de decidir los problemas frente al sistema, pues frente a la abstracción del sistema se trata de resolver las dificultades de los casos concretos. Si lo correcto entonces es que el sistema facilite la solución de las diferentes conductas, ante el binomio Política criminal y Sistema penal se hace necesario el concurso de los principios y garantías que amparan a los destinatarios, como los principios rectores de acto, tipicidad, lesividad, culpabilidad, dignidad humana, presunción de inocencia, carga de la prueba, humanización de las penas y todo lo pertinente a los derechos humanos.

La pregunta es si la política criminal extiende el dolo y restringe la culpa con representación, o amplía ésta y restringe el dolo, pues frente a la extensión del dolo se dice que en caso de duda se aplique la culpa con representación. Pero como tanto en el dolo eventual como en la culpa con representación siempre habrá la duda frente al resultado, pues ni siquiera en el dolo directo hay que asumir la certeza del daño (por eso existe la tentativa), la mejor solución, por su rol democrático, es la de atenerse a la culpa con representación y no al dolo eventual, pues éste se presta para legitimar los excesos, de tal manera que frente al examen del contenido subjetivo de la conducta siempre se esté frente al más benigno, y no ante el más odioso frente al infractor. Por eso BUSTOS y MALARÉE dicen que “el sistema penal en un orden democrático ha de partir de un presupuesto básico: la dicotomía entre la libertad y el poder. Desde esta perspectiva el sistema penal surge como un sistema de trincheras cuyo objetivo es la exclusión de la arbitrariedad,...el castigo penal sólo puede surgir de la aplicación de un modelo que excluya la arbitrariedad tanto del legislador en el proceso de creación de la norma, como la del juez en el de su aplicación”.⁴⁷

También ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR dicen que a lo largo de la historia ha habido una permanente tensión entre el derecho penal y el Estado (o mejor entre el derecho penal y la política criminal, en cabeza ésta del Estado) para definir el contenido de la tipicidad objetiva, en orden a contener y limitar el poder punitivo. Por eso el Estado, dicen, se valió primero de la causalidad para violar o hacerle el quite al principio de legalidad, dado que cualquier comportamiento causal resultaba típico, ante lo cual el derecho penal volvió a la carga limitando la causalidad mediante las teorías de

⁴⁶ Claus ROXÍN, 1972, Política criminal y sistema del derecho penal, Barcelona, Ed. Bosch, Traducción de Francisco Muñoz Conde.

⁴⁷ BUSTOS y MALARÉE, ob. cit, p. 33.

la “causalidad adecuada” y “relevancia típica”. El Estado entonces minimizó la causalidad e invocó la enemistad al derecho. En su lugar el derecho penal trató de limitar el poder punitivo mediante el dolo, pero sus deficiencias, dicen ellos, hicieron surgir la imputación objetiva, que procura límites certeros y válidos para todas las estructuras típicas, pero tampoco lo ha logrado por sus forzados argumentos y contradicciones”.⁴⁸

Lo cierto es que el Estado, con su política criminal a bordo, no deja de estar a la carga al otro lado. Piénsese, v. g, en la posición de garante, que cada vez cobra más fuerza y se presta para la ampliación de los efectos represivos del derecho penal imponiendo con frecuencia más deberes de protección a los bienes jurídicos que puedan ser afectados por mayores riesgos, como los que impone la ley penal a padres de familia, tutores, médicos, bomberos, abogados, ingenieros y muchos profesionales más, responsabilidad por el producto, etc., etc, cuyos daños tienen consecuencias civiles y penales. Si bien nuestro concepto amplio de conducta, por razones de sistema, debe hacer posible la inclusión de la posición de garante como elemento común de todos los delitos, según decimos al tratar este tema, también recomendamos ser muy cuidadosos en su manejo para evitar que la posición de garante se convierta en el ‘policía del derecho penal’, o mejor de la política criminal. En todo caso, la posición de garante exige una relación muy puntual entre el sujeto, el bien jurídico y su violación, en orden a que se cumplan los principios y garantías que también amparan la posición de garante.

En esta lucha interminable entre el poder político y los límites que le traza el derecho penal, obsérvese también cómo los tratados internacionales y los principios generales que reconoce el contexto internacional se erigen en fuentes del derecho y hace posible juzgar y sancionar como delitos hechos contrarios al ‘ius cogens’ o comunidad internacional, estén o no prohibidos en las leyes internas de los países en que rigen esos tratados, según el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, lo que contribuye a “hacer trizas el principio de legalidad de delitos y penas”⁴⁹. También en la Comunidad Económica Europea existen conflictos entre sus regulaciones y las leyes penales de los países que la conforman. Y otras concepciones como los regímenes de excepción, el derecho penal “del enemigo”, las necesidades surgidas de la época postindustrial o sociedad del riesgo, lucha contra el terrorismo, el narcotráfico, la

⁴⁸ ZAFFARONI, ALAGIA Y SLOKAR, 2000, Buenos Aires, Derecho penal, parte general, Ediar, p. 446.

⁴⁹ Diego, ARAQUE MORENO, 2016, Bogotá, Lecciones de derecho penal, Grupo Ed. Ibañez, p. 143.

criminalidad organizada, etc. que tratan de persuadir que exista cada vez una política criminal de mayor severidad, escalamiento de penas, reducción de garantías, etc, cayendo al extremo del terrorismo de Estado.⁵⁰

Por eso se comparte este punto de vista de JUAN SOTOMAYOR: “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.[...] 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”.⁵¹

Luego no basta decir que el binomio derecho penal y política criminal resuelve todos los problemas de la práctica, sino que se requiere al mismo tiempo defender con tesón el principio de legalidad, una adquisición democrática de la humanidad de cientos de años, y los principios y garantías que protegen a los destinatarios frente al poder del Estado.

Obsérvese cómo al lado de la imputación objetiva, en este momento, existe la tendencia muy generalizada de concebir el dolo con el solo frente de la representación, conformándose con la política criminal de sancionar penalmente a como dé lugar los daños a los bienes jurídicos, y dejando a un lado su componente volitivo para darle vía al dolo eventual, a sabiendas que la responsabilidad civil también resarce el daño. El planteamiento ahora es despachar el problema con la sola representación del hecho y luego con visión normativa declarar la culpabilidad. Bien vale la pena sugerir que el derecho penal debe volver a la carga diciendo que no se puede condenar a nadie a título de dolo **si no ha conocido y querido el daño**. De eso depende que estemos o no frente a un derecho penal de principios y garantías y que respete o no todo el andamiaje político y teórico de los derechos humanos, que la mayoría dice compartir y defender.

No obstante estos antecedentes y opiniones subsiguientes, el intelecto debe estar alerta para que el resultado no determine el concepto, aunque no sea ajeno a él. Hay por

⁵⁰ Mario, SALAZAR MARÍN, 2007, Bogotá, Teoría del delito, Ed. Ibañez, pp. 830, 831.

⁵¹ Juan, SOTOMAYOR, Fundamento del dolo y ley penal: una aproximación crítica a las concepciones cognitivo/normativas del dolo, a propósito del caso colombiano [http://www.politicacriminal.cl/Vol_11/n_22/Vol_11N22A10.pdf]

demás otras clasificaciones como dolo directo e indirecto, dolo premeditado, dolo alternativo, dolo de ímpetu, y otros, que hoy tampoco se usan. Sólo persiste la de dolo directo y eventual, que aquí se examina, pero bien cabe la propuesta legítima y válida que el legislador lo abandone también y sólo sancione el dolo, que como tal siempre debe ser directo, y la culpa con representación, con base en que apenas la consciente voluntad de daño a los bienes jurídicos fundamenta y legitima de veras las sanciones del sistema penal, a título de dolo o culpa.

13. El dolo eventual es un eufemismo.

Si la razón central para imputar dolo eventual radica en que el sujeto realiza la conducta riesgosa conociendo la probabilidad del daño, porque “consiente” o “asiente” en él, o le es indiferente, el dolo eventual es un **eufemismo**, porque le dice al sujeto, de manera más suave, que quiso el daño. Como el infractor ha querido realizar el hecho, la parte fáctica, con el decoro propio del eufemismo le imputa que ha querido el ilícito. Una cosa es querer el hecho, lo fáctico, y otra bien distante querer la ilicitud. Como dice ZAFFARONI, los eufemismos jurídicos son “eternamente útiles para disimular los excesos del poder punitivo”.⁵² Si se defiende entonces la teoría del dolo, como aquí se hace, sólo hay dolo si el sujeto quiere el hecho y quiere el ilícito. Luego como en el dolo eventual el sujeto sólo quiere el hecho y no quiere el ilícito, no es legítimo imputarle dolo, por más que haya columbrado la probabilidad del daño, que sería culpa con representación y no dolo. Es mucho decir que el dolo eventual “no requiere el elemento volitivo, sino sólo el intelectual o cognitivo”,⁵³ razón de ser de su ilegitimidad, pues el solo conocimiento de lo fáctico le quita legitimidad, por más que el sujeto columbre la probabilidad del daño, factor común de la culpa con representación.

Si el eufemismo es expresar con suavidad o decoro una idea que comporta dureza, v. gr. “adulto mayor” en lugar de “anciano”, el “dolo eventual” en efecto lo es, porque se le dice al sujeto que actuó con dolo, a sabiendas de que no quiso el daño ilícito, así haya previsto la probabilidad de ocasionarlo de acuerdo con las modalidades de su conducta. Si conduzco a velocidad y confío en que los transeúntes me abren espacio y no resulta así, significa que los atropellé con culpa y no con dolo, salvo que la velocidad contra un grupo de personas lleve a la conclusión que la conducta fue de veras dolosa. De manera

⁵² Eugenio Raúl ZAFFARONI, 2017, Derecho penal humano y poder en el siglo XXI, Ed. Ibañez, p. 67.

⁵³ Diego Manuel LUZÓN PEÑA, 2016, Montevideo, Buenos Aires, Ed. Ib de F, Derecho penal, parte general, 3ª ed, p. 401.

análoga, si acepto que de todos modos en algún momento de mi vida moriré y “asiento” mi preferencia por la muerte de un infarto, no significa que quiera que me dé el infarto.

14. La probabilidad es en esencia posibilidad.

Dice JIMÉNEZ DE ASÚA: “Quienes se apoyan en el criterio de la probabilidad, para caracterizar el dolus eventuales, exigen que el autor se represente el resultado no directamente querido, en un grado alto de posibilidad”.⁵⁴

Lo posible, como es sabido, es lo que puede suceder o se puede ejecutar y el dolo eventual está fundado en la probabilidad del daño, que es sin más una posibilidad avanzada o más intensa hacia el daño. Cuando las posibilidades tienen un alto porcentaje **surge la probabilidad**. El ejemplo de FRAMARINO ilustra el argumento: en una urna hay 100 bolas, 98 de las cuales son negras. Alguien extrae de allí una bola y no se sabe el color, pero existe la probabilidad de que sea negra, probabilidad que por sí sola no brinda la certeza de que sea negra, en vista de la existencia allí de dos bolas blancas, de tal suerte que esa probabilidad “no puede servir de base para una sentencia condenatoria”, pues “las pruebas en crítica criminal tienen por objeto establecer si ellas son o no aptas para dar origen a la certeza acerca del delito, ya que es la certeza lo que le sirve de fundamento a la condena, como la falta de certeza lo que le sirve de base a la absolución”.⁵⁵

Según eso, si hay 50 balotas blancas y 50 balotas negras existe la posibilidad que al extraer una sea blanca o negra, pero a medida que vayan subiendo las balotas negras la posibilidad aumenta y se va tornando en probabilidad de que la balota que se saque sea negra y que será más intensa a medida que vaya subiendo la numeración de balotas negras. Como dice FRAMARINO: “Cuando con respecto a un hecho determinado nuestra mente llega a tener la simple posibilidad de él, se encuentra en un estado especial que está constituido por la igualdad de motivos para creerlo o para no creerlo; es decir, que con la idea de la simple posibilidad de un hecho, no tenemos ninguna razón predominante para tenerlo como real”. Y complementa: “es preciso tener en

⁵⁴ Luis, JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado de derecho penal, T. V, ob. cit, p. 599.

⁵⁵ Nicolás FRAMARINO DEI MALATESTA, Bogotá, 1978, Lógica de las pruebas en materia criminal, Vol. I, 2ª ed, traducción de Simón Carrejo y Jorge Guerrero, pp. 97, 98, 99.

cuenta la noción de lo probable, que, como lo hemos estudiado, se caracteriza por presentar motivos que confluyen hacia la afirmación y motivos que se apartan de ella”.⁵⁶

Como la intensidad de la probabilidad la valora el intérprete, de él en buena parte dependerá que sea dolo eventual o culpa, y es ahí donde surge la inseguridad para hacer la distinción. Como la certeza del dolo directo sólo se tiene cuando en la urna hay cien balotas negras, y aún así no siempre hay certeza absoluta sobre el resultado (de ahí la tentativa), lo único que asegura la posibilidad y la probabilidad es la conclusión de la culpa, de tal suerte que arribar por esa vía al dolo eventual, que en sus efectos es igual al dolo directo, tiene un claro contenido arbitrario.

Y si aún en el dolo directo “un aseguramiento total del resultado nunca es posible previamente para el hombre”, porque “nunca el actuar humano posee un dominio completo y absoluto de las leyes causales y por esto aunque el sujeto quiera producir el resultado de modo muy intenso y predisponga y actúe en atención a ello los medios más seguros, siempre es posible que los procesos causales fallen”,⁵⁷ qué se podrá decir del dolo eventual ?.

A pesar de la antigüedad de esta tesis de la previsibilidad, es tarea de la ciencia avanzar en los debates hasta definir la naturaleza de las cosas, en este caso la conducta culposa. Aquí, a propósito, recuerda REYES ECHANDÍA, la teoría de la “prevenibilidad” de BRUSA,⁵⁸ que entiende la culpa como “omisión voluntaria de la diligencia necesaria para prever y prevenir un resultado penalmente antijurídico”, teoría que “simplemente añade una exigencia a la anterior” (a la previsibilidad), dado que “el hombre no puede prevenir todo lo que es capaz de prever; así, una tormenta, la caída de rayos, una inundación, pueden ser previstos por mí, aunque soy incapaz de prevenir sus resultados, y si llegaren a presentarse, no deberían serme imputados a título de culpa”,⁵⁹ de tal suerte que la prevenibilidad avanza en el entendimiento de la naturaleza de la culpa y hace ver que la sola previsión de los daños posibles se queda corta.

Como, en efecto, se pueden prever lluvias, vientos, inundaciones, deslizamientos, etc. y no se pueden evitar, la previsibilidad por sí sola, por su naturaleza, es insuficiente para

⁵⁶ Ibid, p. 96.

⁵⁷ Juan, FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, 2011, Bogotá, Derecho penal, parte general, Vol. I, Grupo Ed. Ibañez, p. 389.

⁵⁸ BRUSA, Saggio d’una dottrina generale del reato, p. 90.

⁵⁹ REYES ECHANDIA, ob. cit., pp. 95, 96.

definir el resultado como culposo, por ser necesario, según este último enfoque, el concurso de la prevenibilidad, que hace posible prevenir sólo lo evitable, por lo cual es necesario en la culpa el concurso o el enlace de la **previsibilidad con la evitabilidad**. Qué decir entonces del dolo eventual ?.

Como dice JESCHECK, “en los delitos imprudentes de resultado, éste y el curso causal, en sus rasgos esenciales, no sólo deben haber sido previsibles objetivamente, sino que para que sea reprochable la causación del resultado, es preciso también que hubiesen sido previsibles por el autor, atendidas sus facultades y conocimientos personales. El baremo subjetivo de la previsibilidad del resultado es fundamentalmente el mismo utilizado para decidir la posibilidad de advertir y cumplir con el deber de cuidado”.⁶⁰ Y esto que lo dice respecto de la culpa también se ha predicado del dolo eventual, donde radica precisamente aspecto problemático que éste presenta.

15. El dolo eventual debería ser erradicado de la ley penal.

No se crea que la propuesta aquí trazada no tiene antecedentes y que sea una postura original. Basta leer este párrafo de JIMÉNEZ DE ASÚA, uno de los más vigorosos investigadores del saber penal: “En Suiza y en Francia ha sido atacada la existencia del dolo eventual por quienes creen, como LIEPMANN, que no puede ser construido con la pura teoría de la voluntad (se refiere por lo visto a la voluntad de lo representado). Por ello expulsan de la esfera del dolo cuanto suponga duda sobre la producción del resultado, llevándolo al ámbito de la culpa consciente. Citemos de nuevo a STOOS, ZURCHER y GAUTIER (vid, supra, núm. 1593, c). No están muy lejos de este punto de vista, en Italia, B. ALIMENA y A. DE MARISCO; pero este criterio está muy generalizado en Francia, donde lo sustentan, con más o menos congruencia: DONNEDIEU de VABRES (Traité, pág. 81), BOUZAT (Traité, págs.. 144-145) y VOUIN (Manuel, pág. 164), y acaso también GARCON y GARRAUD (vid. Supra, núm. 1590).

Si la ley penal no consagrara el dolo eventual, los jueces no podrían aplicarlo.

⁶⁰ HANS JESCHECK, 1981, Barcelona, Tratado de derecho penal, parte general, vol. Segundo, traducción de Mir Puig y Muñoz Conde, p. 821.