

COLOMBIA, EN TRANSICIÓN HACIA EL DOLO NORMATIVO

Daniel Santiago Guio Díaz ¹

Una de las grandes polémicas en la historia del derecho penal y de la teoría del delito ha sido la de definir la naturaleza del dolo. Tradicionalmente concebido como un elemento de naturaleza psicológica, perspectivas modernas lo han interpretado como un elemento fundamentalmente de carácter normativo, sin que esto implique que la discusión está próxima a culminar. Se realiza una aproximación al problema, partiendo de un breve recuento de las teorías ontológicas y normativas de esta figura para explicar, a la luz de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Esta última, a pesar de enunciar en sus actuaciones fundamentos ontológicos como prueba del dolo, está aplicando, en últimas y de manera tácita, fundamentos normativos en la prueba de éste.

Introducción

En la historia del derecho penal y de la teoría del delito, una de las grandes polémicas ha sido la de definir la naturaleza del *dolo*. Tradicionalmente concebido como un elemento de naturaleza psicológica, perspectivas modernas lo han interpretado como un elemento fundamentalmente de carácter normativo. La discusión en torno al particular ha sido muy extensa y nada parece indicar que esté próxima a culminar.

Esta columna ofrece una aproximación al problema; para este fin, se hará un breve recorrido por la evolución del dolo en las escuelas de la teoría del delito. Luego, se explicarán las teorías que atribuyen el dolo con base en criterios como el de la ceguera voluntaria o la ignorancia deliberada.

Lo anterior, con el ánimo de demostrar, con un sucinto análisis jurisprudencial, que la Corte Suprema de Justicia no ha sido ajena a la discusión que se plantea y que, a pesar de enunciar en sus actuaciones los elementos tradicionales de prueba del dolo, como lo son el conocimiento y la voluntad, ha

¹ Abogado de la firma MPa Derecho Penal Corporativo, graduado de pregrado de la Universidad Sergio Arboleda y perteneciente al programa de honores de la misma universidad. Realizó estudios de profundización en Derecho Internacional y Derecho Comparado en la Universidad Sergio Arboleda con sede en Madrid, España. En la firma MPa se desempeña en planes de defensa corporativa, programas de cumplimiento, instrumentalización de decisiones, estructuración de medidas de gobierno corporativo y apoyo a la gestión en materia de libro blanco.

empezado a adoptar, de manera tácita, teorías normativas del dolo, según las cuales ésta es una figura que puede adscribirse al *sujeto activo* a partir de la comprobación de circunstancias de índole esencialmente objetivas.

Evolución del concepto del dolo en la doctrina

En general, desde la construcción clásica de Carrara² hasta algunas concepciones de índole ontologicista más recientes³, se trata de estudios del delito que parten de la distinción entre lo objetivo y lo subjetivo. A continuación, se expondrán las teorías más relevantes en relación con el dolo:

La tradicional separación entre lo “objetivo” y lo “subjetivo” —inicialmente planteada en el monumental *programa de derecho penal* de Carrara— fue adoptada por Lizt⁴ y Radbruch⁵, como principal representante del causalismo. Dicha separación tenía como eje central el concepto de acción natural, del que se desprenden los conceptos de *tipicidad*, *antijuricidad* (como aspecto objetivo externo) y *culpabilidad con supuesto de imputabilidad* (como aspecto interno o manifestación de la psiquis del ser humano). Finalmente, ésta se centraba en determinar si objetivamente la conducta era contraria al ordenamiento penal y, luego de verificarlo, se decidía si la conducta podría ser atribuida a una persona como causa de su voluntad.

Se puede afirmar que había un juicio de causalidad objetiva, como calificación típica y antijurídica, y un juicio de causalidad subjetiva, como la conexión entre el hecho externo objetivo y el aspecto interno del autor, entendido como la psiquis de éste. Se debía establecer la existencia de una causalidad física, que luego de aprobada, se debía acompasar con la verificación psíquica, buscando establecer la conexión entre la realización de la conducta objetivamente considerada y la psiquis del autor. Si bien se creía que el delito se analizaba desde la tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, dichas categorías

² Ver CARRARA, Francisco. Bogotá: Programa de Derecho Criminal, 1956. Parte general, tomos I y II.

³ Tanto la concepción clásica de Carrara, como la “nueva” escuela de Ferri; ver CARRARA, Francisco. Bogotá: Programa de Derecho Criminal, 1956. Parte general, tomos I y II; FERRI, Enrico. Madrid: Estudios de Antropología Criminal, 1992. Igual arraigo en lo ontológico mantuvo la construcción dogmática de Von Liszt – Beling y hasta el nuevo sistema de derecho penal de Welzel: Ver VON LISZT, Franz. Berlín: *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts* 4ª ed J. Guttentag Velagsbuchhandlung, 1891; RADBRUCH, Gustav. *Darmstadt, wissenschaftliche Buchgesellschaft: Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung fur das Strafrechtssystem*, 1967 y; WELZEL, Hans. Buenos Aires: Derecho Penal: Parte General. Traducción de Carlos Fontán Balestra, 1956.

⁴ VON LISZT, Franz. Berlín: *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*. 4ª ed., J. Guttentag Velagsbuchhandlung, 1891, p.128. Citado por REYES ALVARADO, Yesid. Bogotá: La ubicación del dolo y la imprudencia en una concepción normativa de la teoría del delito. *Dogmática y criminología. Dos visiones complementarias del fenómeno delictivo*, 2005, p. 517.

⁵ RADBRUCH, Gustav. *Darmstadt, wissenschaftliche Buchgesellschaft: Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung fur das Strafrechtssystem*, 1967, pp.96, 131 y 143. Citado por REYES ALVARADO, Yesid. Bogotá: La ubicación del dolo y la imprudencia en una concepción normativa de la teoría del delito. *Dogmática y criminología. Dos visiones complementarias del fenómeno delictivo*, 2005, p. 517.

hacían parte, en un sentido macro, de la radical división entre el aspecto objetivo y subjetivo de la conducta.⁶

Se debía establecer la existencia de una causalidad física, que luego de aprobada, se debía acompañar con la verificación psíquica, buscando establecer la conexión entre la realización de la conducta objetivamente considerada y la psiquis del autor.

Dada la perspectiva anterior, para el causalismo, el dolo se ubicó en sede de culpabilidad y estuvo compuesto por la conciencia y la voluntad de realización de los hechos por parte del autor, así como por la conciencia y voluntad de la significación antijurídica de lo cometido, el llamado *dolus malus*. Teniendo en cuenta esta división tajante entre el aspecto objetivo (externo) de la conducta —injusto— y el subjetivo (interno) —culpabilidad—, no podía ser de otra forma: el dolo solamente podría ubicarse en sede de culpabilidad.

Para la dogmática clásica alemana de los siglos XIX y XX, lo primero que se percibía de un hecho punible era su aspecto externo y, por consiguiente, el más evidente al observador; esta razón práctica, en últimas, llevó a que el estudio del delito se iniciara de este modo. Aunque un buen inicio fue la comprobación del aspecto objetivo externo —dado que era un límite al Estado de no intromisión en el fuero subjetivo interno del agente—, al final, la metodología presentó serias dificultades en la praxis judicial. Por ejemplo, la imposibilidad de distinguir desde el aspecto puramente objetivo, una tentativa de homicidio de unas lesiones consumadas. Por lo tanto, era siempre menester recurrir antes a algo que pertenecía inevitablemente al fuero subjetivo del autor: su voluntad.

Aunque un buen inicio fue la comprobación del aspecto objetivo externo —dado que era un límite al Estado de no intromisión en el fuero subjetivo interno del agente—, al final, la metodología presentó serias dificultades en la praxis judicial.

La necesidad de aceptar la inclusión de ingredientes subjetivos al interior del *injusto* y la dificultad de explicar la punibilidad en la tentativa y en los delitos de peligro abstracto⁷, entre varias críticas, llevaron al replanteamiento de la teoría causalista y al nacimiento de la concepción finalista del delito, como

⁶ MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. Antijuricidad penal y sistema del delito. Barcelona: J.M. Bosch editor, 2001, p. 96, 97 y 98.

⁷ REYES, Yesid. La ubicación del dolo y la imprudencia en una concepción normativa de la teoría del delito. *Dogmática y criminología. Dos visiones complementarias del fenómeno delictivo*. Bogotá: Legis, 2005, p. 518.

otra escuela representante de las concepciones ontológicas. Inspirado en ésta y otras falencias, Welzel⁸ propuso una reformulación de las categorías y elementos tradicionales del delito. En su construcción original, el desvalor subjetivo era prioritario, al punto en que sólo merecía recibir el calificativo de “acción humana” aquella que resultara del ejercicio de la actividad final. Ciertamente, al definir el concepto de acción, Welzel⁹ sostenía que era un acontecer finalista y no solamente causal, en el cual el autor dirigía su actividad causal hacia un determinado objetivo; para este efecto, se predeterminaba de un modo finalista. Así, se acotó uno de los conceptos más conocidos de su teoría: *la finalidad es “vidente”; la causalidad es “ciega”*.

Lo anterior produjo sistemáticamente la fractura del tipo penal en el finalismo¹⁰ en una parte objetiva y otra subjetiva, a las que pertenecen el dolo y la culpa (o imprudencia). Igualmente, la composición del dolo cambió, pues pasó del *dolus malus* al *dolo natural*, entendido como el conocer y querer la realización de la situación objetiva descrita por el *tipo* del injusto, sin requerirse que se advirtiera por parte del autor que dicha realización fuera antijurídica, elemento que sistemáticamente quedó en la culpabilidad.

Con este traspaso, el aspecto cognitivo fáctico y el volitivo del dolo pasaron a conformar la tipicidad, quedando en sede de culpabilidad únicamente el conocimiento de la antijuricidad de la conducta. A esta forma del dolo, despojada del conocimiento de la antijuricidad, se le conoció como *dolo natural* en contraposición al dolo malo de los causalistas.

Con este traspaso, el aspecto cognitivo fáctico y el volitivo del dolo pasaron a conformar la tipicidad, quedando en sede de culpabilidad únicamente el conocimiento de la antijuricidad de la conducta. A esta forma del dolo, despojada del conocimiento de la antijuricidad, se le conoció como dolo natural en contraposición al dolo malo de los causalistas.

Por otro lado, a la par en que Welzel¹¹ recurría a las estructuras lógico-objetivas para determinar aspectos esenciales del injusto, entre ellos el dolo, también propuso la idea de adecuación normativa para explicar por qué algunos casos de lesiones a bienes jurídicos que, en el plano de lo puramente ontológico, no podían diferenciarse de auténticas conductas punibles; éstas –valga la pena aclarar–

⁸ WELZEL, Hans. Derecho Penal: Parte General. Traducción de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956, p. 60.

⁹ *Ibíd.*, p. 39 y ss.

¹⁰ WELZEL. *Op. Cit.*, p. 67 y ss.

¹¹ WELZEL. *Op. Cit.*, p. 57 y ss.

no eran de relevancia penal. Así, sucedió, por ejemplo, para los casos del médico, del verdugo o del boxeador, que en el ejercicio de su profesión causaban voluntariamente lesiones o muertes, cumpliendo formalmente los presupuestos del tipo objetivo y subjetivo. En estas situaciones, Welzel¹² planteó como solución la figura de la adecuación social que permitía concluir que tales conductas, si bien suponían lesiones a bienes jurídicos, no eran formas desvaloradas de interacción con aquellos, ni, por ende, conductas típicas.

Welzel¹³ sostenía que realmente lo que prohíbe el derecho penal son determinadas formas de ataques a los bienes jurídicos, que pueden ser valoradas socialmente, negativa o positivamente, lo mismo que no autorizadas o autorizadas. En esta construcción dogmática, toda conducta que se mantenga dentro del riesgo permitido carece de interés para el derecho penal, aun cuando formalmente encuadre en la redacción del tipo y esté dirigida a lesionar intencionalmente un bien jurídico o haya causado su lesión.

Realmente lo que prohíbe el derecho penal son determinadas formas de ataques a los bienes jurídicos, que pueden ser valoradas socialmente, negativa o positivamente

En el finalismo, pese a la propuesta de normativizar componentes estructurales de la teoría del delito, como el concepto de bien jurídico, de acción, de adecuación social, de imprudencia o de culpabilidad, el dolo continuó bajo una concepción ontológica como elemento subjetivo, perteneciente a la psiquis del individuo con existencia real en su mente.

Pese a sus diferencias, se trataba de dos construcciones de arraigo profundamente ontológico. En esta medida, el causalismo y el finalismo tenían las siguientes características compartidas:

1. Ambas definían lo “objetivo” y lo “subjetivo” a partir de un criterio eminentemente ontológico: lo que está fuera y lo que está dentro de la mente del sujeto.
2. En ambas escuelas debía existir una acción voluntaria como presupuesto del paso de tipicidad a culpabilidad (causalismo) o del paso del tipo objetivo al subjetivo (finalismo).
3. En el finalismo, el análisis en delitos consumados empieza en el tipo objetivo y luego pasa al tipo subjetivo; en delitos tentados, es inverso el inicio del estudio. En el causalismo, era

¹² WELZEL. Op. Cit., p. 84 y ss.

¹³ WELZEL. Op. Cit., p. 96 y ss.

igual, pues los delitos dolosos consumados se estudiaban en culpabilidad. En los delitos tentados el dolo se desplazaba al tipo para estudiar sólo intencionalidad, cosa que, al final, supuso el quiebre total de los causalistas, pues la forma de estudiar el delito tentado no era un postulado, sino la consecuencia obligada con la que se encontró el causalismo.

Lo anterior era una falencia en la parte objetiva, pues el análisis de la causalidad sólo permitía establecer el nexo entre la acción y el resultado, sin tomar en consideración la norma penal objeto de infracción. Antes de analizar la intención (tipo subjetivo), resultaba imposible referir el comportamiento a una determinada norma. En la parte subjetiva, la puntual referencia al conocimiento y a la voluntad de actuar, es lo que convierte al dolo en un concepto ontológico, pues estos dos elementos no se podían comprobar normativamente sino naturalmente, situación que se modificó gradualmente con las teorías que se explican a continuación.

Hacia una concepción normativa del dolo

En definitiva, el delito no puede ser explicado correctamente acudiendo exclusivamente a estructuras ontológicas. El delito y en especial el dolo, sólo pueden entenderse adecuadamente acudiendo a las estructuras normativas que le otorgan alcance y contenido.

El delito no puede ser explicado correctamente acudiendo exclusivamente a estructuras ontológicas. El delito y en especial el dolo, sólo pueden entenderse adecuadamente acudiendo a las estructuras normativas que le otorgan alcance y contenido.

En el derecho penal¹⁴, según la teoría de las expectativas y roles sociales, el delito es una conducta humana desvalorada. Simplemente, no estamos frente a un fenómeno natural, sino a una creación valorativa. Lo anterior no significa que no pueda existir delito sin acción natural, pero no todas las actuaciones pueden recibir el calificativo de delito, sólo aquellas que son valoradas negativamente por el derecho penal.

En otros términos, no se desconoce que todo comportamiento humano está regido por las leyes de la naturaleza y que responde a un estímulo volitivo del autor, pero eso no significa que conceptos, como

¹⁴ REYES. Op. Cit., p. 531.

el de relación de causalidad o el de intencionalidad, determinen con precisión las conductas que deben o no interesar al derecho penal. Desde ese punto de vista, nuevamente ontológico, no habría diferencia entre un verdugo y un sicario.¹⁵

Según explica Yesid Reyes¹⁶, la desvaloración de la conducta parte de la constatación de si hubo o no un ataque indebido al bien jurídico objeto de protección. Dicha desvaloración puede ser establecida con la verificación de dos presupuestos: (1) la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado; y (2) la concreción del riesgo en el resultado; este último se entiende desde un punto de vista normativo, es decir, a partir de la verificación directa de los presupuestos establecidos en la Ley.

Pero esta valoración no depende del autor (sujeto), sino de la sociedad. En ese sentido, es objetiva. Esta consideración aplica para el delito en general, así como para cada uno de los elementos que lo integran, entre ellos, el dolo.

Según Ragués, en la actualidad se apuesta por una objetivación del dolo, introduciendo restricciones normativas al conocimiento y a la voluntad como puros estados mentales, o prescindiendo de ambos en ciertos contextos¹⁷.

Se apuesta por una objetivación del dolo, introduciendo restricciones normativas al conocimiento y a la voluntad como puros estados mentales.

Igualmente, para Barberá¹⁸, el dolo es un concepto normativo que debe determinarse a partir de los fines del derecho penal. En esa medida, para el autor, existe dolo con el simple hecho de contravenir la norma, sin necesidad de que, en el actuar, se constate el conocimiento de los elementos del tipo. Para este enfoque, entonces, lo que resulta relevante es aquello que el hecho doloso comunica y su desvinculación con la voluntad.

Se observa que Ragués defiende una teoría normativa radical de la prueba del dolo, en la cual, según él, para su configuración, lo importante es la comunicabilidad del acto, por lo que es factible que

¹⁵ REYES, Yesid. Causalidad y explicación del resultado. Bogotá: Thomson – Civitas, 2005, p. 875 y ss.

¹⁶ REYES. Op. Cit., p. 536.

¹⁷ RAGUÉS, Ramon. De nuevo, el dolo eventual: un enfoque revolucionarios para un tema clásico. Barcelona: Indret, 2012, p.1.

¹⁸ Ver BARBERÁ, Gabriel. El dolo Eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental, citado por RAGUÉS, Ramon. De nuevo, el dolo eventual: un enfoque revolucionario para un tema clásico. Barcelona: Indret, 2012, p.24.

imputemos una conducta a título de dolo, sin que sea necesario que se cumplan todos los presupuestos del tipo, visión que no compartimos, pues se adelantarían extremadamente las barreras punitivas.

Ahora bien, según Greco¹⁹, el dolo está compuesto por el conocimiento, pues sólo éste genera dominio o control sobre la acción y sobre la realización del hecho. El desvalor de la voluntad en el dolo, no existe, en tanto que la fundamentación de ésta sólo se hace desde la intuición o el lenguaje, más no para justificar doblemente la punición más severa y así diferenciar el dolo de la culpa. Para Greco²⁰, lo que torna a una acción más peligrosa no es la comprobación de la voluntad, sino la manera como la acción es externamente ejecutada, llegando a ese grado de peligrosidad a través de indicios que claramente en nada representan a la voluntad, sino al dominio de la acción adquirido a través del conocimiento.

Greco²¹ contempla un dolo desprovisto del factor volitivo, pues lo ve innecesario, en tanto lo único que genera dominio en la acción es el conocimiento y los demás factores objetivos que rodean el actuar del autor, de los cuales, erradamente, se intuye la voluntad.

Contempla un dolo desprovisto del factor volitivo, pues lo ve innecesario, en tanto lo único que genera dominio en la acción es el conocimiento y los demás factores objetivos que rodean el actuar del autor, de los cuales, erradamente, se intuye la voluntad.

Estado de la cuestión en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia

Si bien en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia se han evidenciado notables avances en lo que respecta a la interpretación del contenido de esta figura, en lo que atañe a su tránsito hacia la normativización aún se deja mucho que desear.

En la actualidad, la SP CSJ, pacífica y reiteradamente, establece que el dolo está compuesto por:

¹⁹ GRECO, Luis. Dolo sin voluntad. En: Revista Nuevo Foro Penal. Enero - junio, 2017. Vol. 13. No. 88, pp. 18 - 19. Traducción de Elisa Alemán, miembro del semillero en Derecho Penal, Universidad Eafit. Estudiante Universidad Eafit. Medellín, Colombia.

²⁰ *Ibíd.*, p.26.

²¹ GRECO. Op. Cit., p. 10.

(...) la parte intelectual del dolo exige que el sujeto agente comprenda la conducta típica -en sus elementos, circunstancias de ejecución y resultados-, mientras que en el aspecto volitivo se debe demostrar el querer libre de realización de la conducta por parte del agente.²²

(...) importa recordar que la conducta es dolosa cuando el sujeto agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal (aspecto cognitivo) y quiere su realización (aspecto volitivo) (...)²³

(...) el dolo está conformado por dos componentes, el cognitivo-intelectivo, que exige tener conocimiento o conciencia de los elementos objetivos del tipo penal respectivo; y, el volitivo, que implica querer realizarlos; por tanto, actúa dolosamente quien sabe que su acción es objetivamente típica y quiere su realización.²⁴

El dolo en sentido naturalístico despojado de cualquier valoración, es conocer y querer. Los dos elementos intelectual y volitivo están comprendidos en el concepto de dolo que trae el artículo 22 del Código Penal, donde el conocimiento del agente está referido a los hechos constitutivos de la infracción penal y el querer a la realización de la conducta a pesar de él.²⁵

(...) el dolo como categoría dogmática del delito que, de acuerdo con el contenido del artículo 36 de la Ley 599 de 2000, se acredita al demostrarse que el sujeto agente tuvo conocimiento de la ilicitud de su proceder y se orienta libremente a ejecutarla (...)²⁶

(...) [d]el dolo, el cual demanda para su materialización la presencia de los componentes cognitivo y volitivo, debiendo demostrarse más allá de toda duda que la procesada supo de la actividad ilícita y quiso participar en ella (...)²⁷

El dolo ha sido definido tradicionalmente como la simbiosis de un conocer y un querer, que se ubica en la vertiente interna del sujeto, en su universo mental. En materia penal se dice que actúa dolosamente quien sabe que su acción es objetivamente típica y quiere su realización.²⁸

²² COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SP. Rad. 48679 sentencia. (01, noviembre, 2017); Rad. 47295 sentencia. (07, junio, 2017); Rad. 44343 sentencia. (03, mayo, 2017); Rad. 40383 sentencia. (26, octubre, 2016); Rad. 46553 auto interlocutorio. (12, abril, 2016).

²³ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SP. Rad. 43202 sentencia. (27, septiembre, 2017); Rad. 44655 auto interlocutorio. (05, octubre, 2016); Rad. 46528 sentencia. (16, diciembre, 2015); Rad. 38081 sentencia. (20, noviembre, 2014).

²⁴ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SP. Rad. 49955 sentencia. (27, septiembre, 2017).

²⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Op. Cit., 24.

²⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Op. Cit., 24; COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SP. Rad. 47295 sentencia. (07, junio, 2017); Rad. 36046 sentencia. (16, marzo, 2016).

²⁷ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SP. Rad. 48743 auto interlocutorio. (16, noviembre, 2016).

²⁸ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SP. Rad. 44655 auto interlocutorio. (05, octubre, 2016); Rad. 32.964 sentencia. (25, agosto, 2010).

De acuerdo con la concepción tradicional, la Corte Suprema de Justicia considera que el dolo está compuesto, en primer lugar, por un elemento objetivo cognitivo, en el que se debe demostrar que el agente conoce y entiende los elementos descritos en el tipo penal y, en segundo lugar, por un elemento subjetivo volitivo, en el cual se debe demostrar que el agente quiere la realización de la conducta, y la orienta libre y conscientemente a ello.

Adicionalmente, a pesar de establecer que a la prueba de la parte volitiva del dolo se llega a través de la valoración de elementos objetivos externos que permiten tener indicios sobre ésta²⁹, la Corte Suprema de Justicia, actualmente, presenta inconvenientes a la hora de definir el dolo, pues en muchas ocasiones, sostiene simplemente que el autor “quería” o tenía la “voluntad” de realizar X o Y conducta, sin realizar lo exigido en la misma jurisprudencia, tal y como se muestra a continuación:

El tribunal, en la sentencia impugnada, concluyó que el procesado había actuado a título de dolo, sin precisar en cuál de sus modalidades específicamente se ubicaba la conducta, pero por los argumentos que adujo se establece que le imputó dolo directo de primer grado, como quiera que fue repetitivamente enfático en sostener que (el procesado) sabía lo que hacía y quería el resultado. (...) ³⁰

Con base en lo anterior, la Corte Suprema de Justicia está utilizando una combinación entre teorías ontológicas y teorías normativas, dado que antes de la determinación del dolo, en el tipo objetivo de cualquier delito, se estudia el elemento de la imputación objetiva como presupuesto para determinar si hubo una creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y si ese riesgo se concretó en el resultado.

La Corte Suprema de Justicia está utilizando una combinación entre teorías ontológicas y teorías normativas, dado que antes de la determinación del dolo.

La anterior mixtura hace que la Corte Suprema de Justicia, en medio de la pluralidad de definiciones dogmáticas utilizadas para demostrar el dolo, acuda a elementos de distintas teorías, pues, en ocasiones, además de los extractos reseñados, parece que se hablara de teorías ontológicas:

Dolo está compuesto por el conocimiento y la voluntad de realizar la acción típica tal y como lo señala el artículo 22 del código penal, el primero restringido a los elementos constitutivos de la infracción

²⁹ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SP. Rad. 47348 sentencia. (15, febrero, 2017); Rad. 47100 sentencia. (18, enero, 2017); Rad. 36046 sentencia. (16, marzo, 2016); Rad. 44401 auto interlocutorio. (16, diciembre, 2015); Rad. 46528 sentencia. (16, diciembre, 2015); Rad. 43420 auto interlocutorio. (10, diciembre, 2014); Rad. 41411 sentencia. (10, julio, 2013).

³⁰ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SP. Rad. 43202 sentencia. (27, septiembre, 2017).

penal, pues el conocimiento o comprensión de la ilicitud de la conducta no pertenece al tipo, sino al juicio de reproche y por ende se ubica en la culpabilidad.³¹

En otras ocasiones, parece que se hablara de teorías objetivo normativas del dolo:

La Corte tiene precisado que (i) el dolo está conformado por dos componentes, el cognitivo-intelectivo, el cual exige tener conocimiento de los elementos objetivos del tipo penal respectivo y el volitivo que implica querer realizarlos; (ii) el dolo como manifestación del fuero interno del sujeto activo de la conducta punible sólo puede ser conocido a través de las manifestaciones externas de esa voluntad dirigida a determinado fin (...)³²

Pues bien, como lo dice Greco³³, el dolo es al inicio conocimiento y éste genera el dominio de la acción, fundamentando así las razones para tratar los casos dolosos. Se considera que no es posible llegar a probar el elemento volitivo del dolo mediante indicios, que se producen de la valoración de aquellos que otorgan la prueba del dolo en su elemento cognitivo. Esta situación indica que, actualmente, la Corte ha venido aplicando teorías normativistas del dolo en su jurisprudencia.

La Corte agrega que “[d]el dolo, dada su condición de ‘hecho psíquico’ (no perceptible directamente por los sentidos), como suele denominársele por algunos sectores doctrinarios, generalmente se hace a través de inferencias, por la obvia dificultad para lograr su acreditación a través de ‘prueba directa’.”³⁴

De acuerdo con lo anterior, llegar a imputar a alguien una conducta a título de dolo con base en pruebas indiciarias o inferencias que no acrediten directamente su voluntad vulnera principios del derecho penal y, claramente, derechos del procesado.

Llegar a imputar a alguien una conducta a título de dolo con base en pruebas indiciarias o inferencias que no acrediten directamente su voluntad vulnera principios del derecho penal y, claramente, derechos del procesado.

³¹ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SP. Rad. 44655 auto interlocutorio. (05, octubre, 2016).

³² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Op. Cit., 24; COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SP. Rad. 47761 sentencia. (30, agosto, 2017); Rad. 47295 sentencia. (07, junio, 2017); Rad. 47348 sentencia. (15, febrero, 2017); Rad. 46321 auto interlocutorio. (05, agosto, 2015); Rad. 42561 sentencia. (10, diciembre, 2014); Rad. 33022 sentencia. (20, octubre, 2010); Rad. 28508 sentencia. (07, julio, 2010).

³³ GRECO. Op. Cit., p. 10.

³⁴ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SP. Rad. 47348 sentencia. (15, febrero, 2017); Rad. 47100 sentencia. (18, enero, 2017).

Tomando en consideración la teoría de Greco³⁵, no hay fundamentación clara que indique la justificación de la existencia de la voluntad como elemento constitutivo del dolo, pues su existencia o no, en nada impide que exista dominio sobre la acción desplegada por el autor y, como se encuentra sustentado en algunos pronunciamientos de la Corte, pese a acudir a diversas teorías relacionadas con la prueba del dolo, se han aplicado teorías normativas de manera implícita para fundamentar su existencia.

Reflexión final

Colombia claramente está en la senda hacia el dolo objetivo o normativo, y eso se aprecia en las sentencias de la Corte. Sin embargo, seguimos manteniendo como presupuesto, a la hora de diferenciar la conducta dolosa de la culposa, que la voluntad consciente de la conducta antijurídica es el criterio preponderante para distinguir entre el desvalor de cada una de estas modalidades. No obstante, la forma objetiva de comisión de la conducta puede suponer un criterio de igual o mayor relevancia para orientar la imputación.

Colombia claramente está en la senda hacia el dolo objetivo o normativo, y eso se aprecia en las sentencias de la Corte.

Si bien hoy la Corte continúa afirmando en su jurisprudencia los elementos tradicionales que componen el dolo, al momento de establecer la voluntad del autor, por medio de las jurisprudencias reseñadas, persiste en dar un papel cada vez más protagónico a los factores objetivos mediante los cuales el autor desplegó su acción, en esencia, aplicando de manera implícita una teoría normativa del dolo. De esta manera, el problema en la jurisprudencia actual, consiste en la aplicación indistinta de varias teorías, que, dependiendo del caso concreto, sirven para fundamentar la existencia del dolo.

La situación descrita no brinda seguridad jurídica a quienes forman parte del proceso penal, ni coherencia en la línea adoptada. Por consiguiente, sería conveniente que la Corte se pronunciara de manera uniforme para precisar el contenido del dolo y, así mismo, su demostración, con todo lo que ello implica en términos de absolución o condena.

³⁵ GRECO. Op. Cit.

Adicionalmente, se considera que sería más sencillo, no sólo para la Corte, sino también para los fiscales, defensores y/o representantes de víctimas, en el estudio de un determinado caso, si se analizara la existencia del dolo mediante la comprobación del quebranto normativo y la forma en la que éste se exteriorizó. Lo anterior llevaría a que se configurara la prueba directa del dolo sin necesidad de incurrir a la prueba indiciaria que hoy se utiliza para probar la voluntad como presupuesto de esta institución, la cual, en nuestro criterio, pone en duda la legitimidad de la imposición de una pena a título de dolo.

Claramente, se trata de un proceso de transición en el cual, de momento, ya está incursionando la Corte. La posible consecuencia, a futuro, frente a la prueba indirecta y sumaria de la voluntad, si se continúan aplicando teorías normativas del dolo, puede ser la revaluación de nuestros modelos tradicionales de imputación y la reconstrucción de andamiajes dogmáticos que llevarían, en lo procesal, a endilgar conductas a título de dolo, basándose exclusivamente en factores objetivos. En definitiva, es necesario que, en esa transición, se definan —con claridad— los elementos constitutivos de la prueba de esta figura con el propósito de salvaguardar las garantías de las víctimas y de los procesados.

La posible consecuencia, a futuro, frente a la prueba indirecta y sumaria de la voluntad, si se continúan aplicando teorías normativas del dolo, puede ser la revaluación de nuestros modelos tradicionales de imputación.

Bibliografía

CARRARA, Francisco. Programa de derecho criminal, parte general, Temis, 1956.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SP. Rad. 28508 sentencia. (07, julio, 2010). M.P. José Leonidas Bustos Martínez.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SP. Rad. 33022 sentencia. (20, octubre, 2010). M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SP. Rad. 41411 sentencia. (10, julio, 2013). M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SP. Rad. 38081 sentencia. (20, noviembre, 2014). M.P. Eyder Patiño Cabrera.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SP. Rad. 42561 sentencia. (10, diciembre, 2014). M.P. Eyder Patiño Cabrera.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SP. Rad. 43420 auto interlocutorio. (10, diciembre, 2014). M.P. Eugenio Fernández Carlier.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SP. Rad. 45622 sentencia. (17, junio, 2015). M.P. Eugenio Fernández Carlier.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SP. Rad. 46321 auto interlocutorio. (05, agosto, 2015). M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SP. Rad. 46528 sentencia. (16, diciembre, 2015). M.P. José Leonidas Bustos Martínez.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SP. Rad. 44401 auto interlocutorio. (16, diciembre, 2015). M.P. José Leonidas Bustos Martínez.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SP. Rad. 36046 sentencia. (16, marzo, 2016). M.P. Sala de Casación Penal – UI.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SP. Rad. 46553 auto interlocutorio. (12, abril, 2016). M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SP. Rad. 44655 auto interlocutorio. (05, octubre, 2016). M.P. Sala de Casación Penal – UI.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SP. Rad. 40383 sentencia. (26, octubre, 2016). M.P. Eugenio Fernández Carlier.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SP. Rad. 48743 auto interlocutorio. (16, noviembre, 2016). M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SP. Rad. 47100 sentencia. (18, enero, 2017). M.P. Patricia Salazar Cuellar.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SP. Rad. 47348 sentencia. (15, febrero, 2017). M.P. Eugenio Fernández Carlier.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SP. Rad. 44343 sentencia. (03, mayo, 2017). M.P. Eyder Patiño Cabrera.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SP. Rad. 47295 sentencia. (07, junio, 2017). M.P. Luis Guillermo Salazar Otero.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SP. Rad. 47761 sentencia. (30, agosto, 2017). M.P. Patricia Salazar Cuellar.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SP. Rad. 49955 sentencia. (27, septiembre, 2017). M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SP. Rad. 43202 sentencia. (27, septiembre, 2017). M.P. José Francisco Acuña Vizcaya.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SP. Rad. 48679 sentencia. (01, noviembre, 2017). M.P. Eyder Patiño Cabrera.

FERRI, Enrico. Estudios de antropología criminal. Madrid: Avrial, 1992.

GRECO, Luis. Dolo sin voluntad. Revista Nuevo Foro Penal Vol. 13. No. 88. Traducción de Elisa Alemán, miembro del semillero en Derecho Penal, Universidad Eafit. Estudiante Universidad Eafit. Medellín, Colombia. Enero – junio 2017.

MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal. Parte General, 10ª ed. Barcelona: Reppertor, 2016.

MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. Antijuricidad penal y sistema del delito. Barcelona: J.M. Bosch editor, 2001.

RAGUÉS, Ramon. De nuevo, el dolo eventual: un enfoque revolucionarios para un tema clásico. Barcelona: Indret, 2012.

REYES, Yesid. Causalidad y explicación del resultado. Bogotá: Ediciones Thomson – Civitas, 2005.

REYES, Yesid. La ubicación del dolo y la imprudencia en una concepción normativa de la teoría del delito. *Dogmática y criminología. Dos visiones complementarias del fenómeno delictivo*. Bogotá: Legis, 2005.

WELZEL, Hans. Derecho Penal: Parte General. Traducción de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956.