

**LA PUNIBILIDAD DEL DOLO EVENTUAL FRENTE AL DOLO
DIRECTO EN COLOMBIA: FUNDAMENTOS DOGMÁTICOS
Y JURÍDICOS PARA SU DISMINUYENTE**

FIDALGO JAVIER ESTUPIÑAN CARVAJAL



**UNIVERSIDAD SANTO TOMAS
FACULTAD DE DERECHO
MAESTRIA EN DERECHO PENAL
BOGOTÁ D.C., 2018**

**LA PUNIBILIDAD DEL DOLO EVENTUAL FRENTE AL DOLO
DIRECTO EN COLOMBIA: FUNDAMENTOS DOGMÁTICOS
Y JURÍDICOS PARA SU DISMINUYENTE**

FIDALGO JAVIER ESTUPIÑAN CARVAJAL

**TESIS DE GRADO PRESENTADA PARA OPTAR AL
TÍTULO DE MAGISTER EN DERECHO PENAL**

Director:

Mg. CARLOS ROBERTO SOLORZANO GARAVITO

Co-Director:

Ph.D. y Mg. OMAR HUERTAS DÍAZ

**UNIVERSIDAD SANTO TOMAS
FACULTAD DE DERECHO
MAESTRÍA EN DERECHO PENAL
BOGOTÁ D.C., 2018**

*Dedicada a la Judicatura, quienes son los
administradores de la Justicia Material en Colombia...*

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	- 7 -
---------------------------	--------------

CAPÍTULO 1

PLANTEAMIENTO DE LA INVESTIGACIÓN

1.1. Problema y Pregunta	- 9 -
1.2. Hipótesis	- 9 -
1.3. Objetivos	- 10 -
1.3.1. Objetivo General	- 10 -
1.3.2. Objetivos Específicos.....	- 11 -
1.4. Metodología	- 11 -
1.5. Itinerario.....	- 12 -

CAPÍTULO 2

EL DOLO Y SU PUNIBILIDAD EN EL DERECHO PENAL

2.1. La Intención Criminal y su Influencia sobre la Responsabilidad Penal	- 13 -
2.2. Aproximaciones a la Dogmática Jurídica del Dolo	- 15 -
2.2.1. El Concepto de Dolo	- 15 -
2.2.2. Teorías Jurídico Dogmáticas	- 15 -
2.2.3. Elementos del Dolo.....	- 16 -
2.2.4. Clasificación del Dolo.....	- 17 -
2.2.5. Generalidades del Dolo Eventual	- 20 -
2.3. Imputación Jurídica del Dolo	- 21 -
2.3.1. Planos de Análisis en la Imputación	- 22 -
2.3.2. El Grado de Conocimiento de la Antijuricidad.....	- 23 -
2.3.3. Negativa de Posibilidad Atenuatoria	- 25 -
2.3.4. Posibilidad Atenuatoria	- 25 -
2.3.5. Lógica Jurídica Resultante.....	- 26 -

2.4. La Punibilidad del Dolo.....	- 27 -
2.5. El Dolo en el Derecho Penal Colombiano	- 29 -
2.5.1. Ubicación Dogmática	- 29 -
2.5.1. Contexto Histórico del Dolo	- 31 -
2.5.2. Marco Normativo Actual.....	- 32 -
2.5.3. Dogmática del Dolo Eventual.....	- 36 -
2.5.4. El Viraje Jurisprudencial	- 37 -
2.6. La Punibilidad del Dolo Directo y Eventual en Colombia.....	- 38 -
2.6.1. Línea de la Pena Unitaria	- 39 -
2.6.2. Línea de la Pena Disminuida	- 40 -
2.6.3. Línea de la Pena Mixta Indirecta	- 42 -

CAPÍTULO 3

LA PUNIBILIDAD EN EL ESTADO SOCIAL Y CONSTITUCIONAL DE DERECHO DE COLOMBIA

3.1. El Estado Social y Constitucional de Derecho	- 43 -
3.1.1. Estado de Derecho	- 43 -
3.1.2. Estado Social de Derecho	- 44 -
3.1.3. Estado Constitucional de Derecho.....	- 47 -
3.1.4. Modelo de Estado de Colombia.....	- 48 -
3.1.5. Supremacía de la Constitución	- 50 -
3.2. Dogmática de las Sanciones Penales	- 53 -
3.2.1. Concepto de Pena	- 53 -
3.2.2. Características Constitucionales de la Pena.....	- 54 -
3.2.3. Principios de las Sanciones Penales	- 58 -
3.2.4. Funciones de la Pena	- 62 -
3.2.5. Clasificación de las Penas	- 63 -
3.3. Determinación de la Sanción Penal.....	- 64 -
3.3.1. Principio de Legalidad Punitiva	- 65 -
3.3.2. Libertad de Configuración del Legislador.....	- 66 -
3.3.3. Determinación Legislativa de la Pena.....	- 67 -
3.3.4. Determinación Judicial de la Pena.....	- 70 -
3.3.5. “Intensidad del Dolo” como criterio de Determinación	- 73 -

CAPÍTULO 4
FUNDAMENTACIÓN DE UNA PUNIBILIDAD DISMINUIDA
PARA EL DOLO EVENTUAL EN COLOMBIA

4.1. Estado de la “Criminalización Primaria” del Dolo.....	- 75 -
4.1.1. Perspectiva de la Definición Penal	- 76 -
4.1.2. Desarticulación Dogmática	- 77 -
4.1.3. Pena desde la Línea Unitaria.....	- 78 -
4.1.4. Desconocimiento del Estado Constitucional	- 79 -
4.1.5. Exceso de la Libertad de Configuración	- 80 -
4.2. Valoración de la “Punibilidad Unitaria” del Dolo	- 81 -
4.3. Bases para una “Punibilidad Diferenciada” del Dolo	- 82 -
4.3.1. El “Derecho Penal Constitucional”	- 83 -
4.3.2. Soporte de la “Criminalización Primaria”	- 83 -
4.3.3. Empleo de la Dogmática Penal.....	- 84 -
4.3.4. Los Derechos Fundamentales	- 85 -
4.3.5. Límites a la Libertad de Configuración.....	- 86 -
4.3.6. El Principio de Culpabilidad Constitucional.....	- 87 -
4.4. Hacia una “Punibilidad Disminuida” para el Dolo Eventual.....	- 88 -
4.4.1. Base Constitucional	- 90 -
4.4.2. Los Derechos Fundamentales	- 91 -
4.4.3. El Modelo de Estado.....	- 91 -
4.5. Propuesta de <i>LEGE FERENDA</i>	- 93 -
CONCLUSIONES	- 96 -
BIBLIOGRAFÍA	- 101 -

INTRODUCCIÓN

La distinción entre dolo directo y dolo eventual contemplada en el artículo 22 del Código Penal nacional o Ley 599 de 2000 no se traduce en ninguna diferencia real en el campo punitivo, por lo que es de afirmarse que dicha división solo cumple un cometido académico (Velásquez, 2009) o meramente formal, situación que en la práctica diaria se traduce en que los jueces tengan que imponer la misma pena indistintamente de que el sujeto activo de la conducta la haya realizado con dolo directo o eventual, no obstante a que dogmáticamente resulte claro que los supuestos teóricos del dolo directo son más gravosos que los del dolo eventual.

Sobre dicho punto puede afirmarse que aunque existe una aparente unanimidad doctrinal relacionada con el hecho de que todas las conductas realizadas con dolo eventual merecen la misma pena que las directamente dolosas, ya que el sujeto que actúa con dolo eventual no es un descuidado que ha de poner más atención en lo que hace (Gimbernat, 1990), es jurídicamente viable proponer una excepción a tal posición mayoritaria para fundamentar una nueva perspectiva jurídica que permita desde la teoría de la constitucionalización del derecho penal nacional, fijar una división punitiva entre ambas categorías con miras a reglar una disminución en la pena del dolo eventual frente al dolo directo.

La anterior proposición se puede formular toda vez que tomando como punto de partida la nueva Constitución Política del año 1991, la codificación penal nacional incorporó para su respeto y aplicación las garantías penales materiales (principio de legalidad, pilar fundamental del Estado de Derecho, aunado a todos los contenidos en el artículo 29 del Debido Proceso) (Huertas y otros, 2007), que incluye el principio de culpabilidad constitucional como uno de los criterios básicos de imposición de la pena, de tal manera que al autor se le impone una sanción, de mayor o menor grado, atendiendo a la entidad del juicio de exigibilidad, es decir, la pena debe ser proporcional al grado de culpabilidad (Corte Constitucional de Colombia, C-239, 1997).

Dicha disyuntiva jurídica permitió que al interior de la Maestría en Derecho Penal de la Universidad Santo Tomás - Sede Bogotá, se pensara, ideara e iniciara una indagación académica con miras a lograr fundamentar para el Derecho de penas colombiano una disminuyente en la punibilidad del dolo eventual frente al dolo directo, toda vez que se consideró siempre que en la diferente literatura, dogmática y Ciencia jurídica penal y constitucional, existen multiplicad de valiosa información, argumentos y autores que bajo su completo estudio y sistematización documental, permitieran soportar teóricamente tal suposición jurídica, ejercicio investigativo que exhibe por medio del presente documento o producto tipo tesis, sus resultados finales.

Capítulo 1

PLANTEAMIENTO DE LA INVESTIGACIÓN

1.1. PROBLEMA Y PREGUNTA

El artículo 22 de la Ley 599 de 2000 o Código Penal estableció en Colombia la figura del dolo, normativa que diferencia entre dolo directo y eventual pero dejando la misma punibilidad para ambos, no obstante a que la dogmática coincide en señalar que el contenido del injusto presente en el dolo eventual es de menor grado que el que existe en el dolo directo, por lo tanto:

¿Según los principios, derechos y límites propios de la dogmática del Derecho Penal Constitucional en Colombia, resulta procedente una disminuyente de la punibilidad del dolo eventual frente a la del dolo directo?

1.2. HIPÓTESIS

Sí es procedente una disminuyente de la punibilidad del dolo eventual frente al dolo directo bajo el marco del Derecho Penal de Colombia, toda vez que el dolo eventual, asumiéndolo como un concepto dogmático pero sobre todo normativo, necesariamente debe ser tipificado respetando los principios, derechos y límites propios del derecho penal constitucional que acoge el sistema penal nacional, toda vez que la Constitución Política del año 1991 y el Código Penal del año 2000 parecen contener todos los principios liberales que justificarían desde nuestro modelo de Estado de Derecho y supremacía Constitucional, la imposición de una penalidad disminuida para los casos cometidos con dolo eventual frente aquellos perpetrados con dolo directo.

En primer lugar es de indicarse que la Carta Magna nacional recoge ampliamente los postulados y principios normativos propios del modelo de Estado de Derecho, circunstancia que se comprueba no solo al repasar lo consagrado en la lista de los principios y el catalogo o carta de derechos, sino también en toda la organización del aparato estatal en lo penal. En segundo lugar, la codificación criminal consagra sendos límites a la regulación de las garantías penales materiales, lo que permite fundamentar la tipificación de las conductas punibles a partir del reconocido principio de intervención mínima, el cual sin duda se enlaza con el principio de culpabilidad, entendido este, entre otros, como el deber de imponer una sanción, mayor o menor, atendiendo a la entidad del juicio de exigibilidad, o en otras palabras, que la pena debe ser proporcional al grado de culpabilidad.

La anterior perspectiva penal y constitucional permite articular y validar la hipótesis propuesta, línea teórica que necesariamente debe ser desarrollada y fortalecida con una amplia carga dogmática y doctrinal que inicia indiscutiblemente con el pensamiento ilustrado de Beccaria en el que se plantea una serie de claros retos relativos a la “humanización” del Derecho Penal que todavía hoy en día no han perdido en absoluto su real vigencia, pasando por los planteamientos generales expresados por Roxin sobre la decisión en contra del bien jurídico como elemento clave en la diferenciación de la pena entre los delitos dolosos y culposos, hasta llegar a la famosa teoría del garantismo penal de Ferrajoli a través de la idea del llamado Derecho Penal mínimo y la importancia de los derechos fundamentales.

1.3. OBJETIVOS

1.3.1. Objetivo General

Fundamentar dogmáticamente y desde los principios, derechos y límites propios del Derecho Penal Constitucional nacional (Constitución Política y Código Penal), la necesidad jurídica de disminuir la punibilidad del dolo eventual con relación al dolo directo en Colombia.

1.3.2. Objetivos Específicos

- 1). Determinar de manera general cómo está regulado penalmente el instituto del dolo en Colombia y en especial lo concerniente a la punibilidad en cada una de sus vertientes jurídicas como lo son el directo y el eventual;
- 2). Establecer los elementos teóricos y dogmáticos propios del Derecho Penal Constitucional interno que permitan servir de referencia para fundamentar una diferenciación disminuida en la punibilidad del dolo directo y el eventual;
- 3). Elaborar una propuesta teórica y dogmática para el Derecho penal colombiano que tomando los postulados propios del Derecho Penal Constitucional contenidos en la Constitución y el Código de Penal, permita fundamentar una disminución en la punibilidad del dolo eventual frente al dolo directo.

1.4. METODOLOGÍA

La investigación propuesta se realizó mayoritariamente empleando el Método de Investigación Cualitativo denominado *Investigación Documental*, mediante el cual se analizó la información teórica contenida en diversos “documentos” jurídicos, destacándose como fuente documental secundaria los libros especializados que contenían doctrina y que estaban ubicados en las unidades documentales tipo “bibliotecas”, así como las sentencias judiciales de Tribunales y altas Cortes nacionales que desarrollan jurisprudencia sobre la temática objeto de indagación.

Una vez compilada la información encontrada en las fuentes documentales, se procedió a seleccionar aquella que resultaba de interés para cubrir el problema y objetivos, procediendo a organizar e interpretar dicha información, para lo cual se aplicó la técnica de la clasificación y sistematización, misma que permitió estructurar y redactar el documento final de investigación inédito tipo tesis.

1.5. ITINERARIO

El documento tipo tesis de maestría presentado estructuralmente se compone de cuatro capítulos, siendo el primero de ellos el planteamiento general de toda la investigación, desarrollándose posteriormente los tres capítulos adicionales que en su orden contienen el estado del arte sobre la punibilidad diferenciada entre dolo directo y eventual, el marco teórico de referencia para darle solución al problema que se planteó y que gravita en torno al Derecho Penal en el marco de un Estado Social y Constitucional de Derecho como el nacional para finalmente y en un nuevo apartado, la comprobación teórica y dogmática de la hipótesis en relación con la fundamentación de una disminución en la punibilidad del dolo eventual frente al dolo directo. Por último y posterior a la comprobación teórica, presentar el cuerpo de conclusiones finales en las que se interpretan los diferentes resultados y se unifica y proyecta el nuevo conocimiento jurídico en cortas líneas.

Capítulo 2

EL DOLO Y SU PUNIBILIDAD EN EL DERECHO PENAL

Este capítulo en primer lugar pretende por medio de un planteamiento deductivo establecer y delimitar la categoría jurídica central de la investigación cual es la de dolo en su clasificación específica de directo y eventual, para en un segundo momento aterrizar en un aspecto mucho más concreto cual es la dogmática y la regulación legal de la punibilidad para dichos institutos a la luz del derecho de penas interno, determinando a su vez cual es su relación jurídica con las líneas de pensamiento teóricas existentes e identificando los principales autores de las mismas junto con los límites de sus estudios y conocimientos.

2.1. LA INTENCIÓN CRIMINAL Y SU INFLUENCIA SOBRE LA RESPONSABILIDAD PENAL

Refiere Concha (1929) que *intención* en sentido etimológico quiere decir dirección de la voluntad hacia un objeto determinado (*tendere in*), lo que en materia penal se traduce en la “tendencia de la voluntad hacia el acto criminoso”, concepto teórico el cual conlleva a señalar que para que exista responsabilidad penal es necesario comprender lo que se hace (discernimiento), querer hacerlo (voluntad) y poder hacerlo (libertad). Sobre la voluntad refiere Zaffaroni (1988) que la conducta es voluntaria cuando no es un mero resultado mecánico, o sea, cuando hay una decisión por parte del agente, distinguiendo entre “voluntad” y “finalidad”, en el entendido que la voluntad no puede concebirse sin la finalidad, porque no hay ninguna voluntad que no sea final, ya que en términos de Korn (1934), “... el complejo proceso de la actividad psíquica remata en una finalidad material”.

De la intención desplegada en la realización de la conducta típica, Concha (1929) enseña que existen grados en la responsabilidad penal, siendo los dos principales el dolo y la culpa que dan por resultado la falta intencional y la no intencional, implicando de principal y central interés para el presente estudio la primera de ellas, es decir, la falta dolosa o a título de dolo, entendida esta y en términos del mismo autor, “cuando el responsable inteligente y libre conoce el carácter ilícito del hecho que va a ejecutar y sin embargo lo ejecuta”, sin pretender desconocer la importancia que en la dogmática jurídico penal tiene la culpa, pero que para esta oportunidad se excluye como categoría principal de análisis.

Así las cosas y adentrándonos a partir de ahora y de lleno en el denominado delito “doloso”, inicialmente de Zaffaroni (1988) se puede interpretar que “intención” y “dolo” son conceptos diversos, en tanto que el primero se encuentra en todas y cada una de las conductas humanas, mientras que el dolo no es otra cosa que la “captación que eventualmente hace la ley de esa finalidad para individualizar esa conducta que prohíbe”, por lo que en los tipos dolosos, el dolo es la intención tipificada, o en otras palabras, la conducta con finalidad típica (que es materia de prohibición) es dolosa. Por su parte Soler (1992) y en referencia a la “Teoría de la Voluntad” señala que el dolo es “intención”, es decir, una impulsión que se proyecta, más allá de la mera actuación voluntaria, de los movimientos corporales, hasta el resultado externo. Es según el mismo tratadista *in tendere*: tender a.

De acuerdo con Carrara (1997) el dolo consiste en la “intención más o menos perfecta de hacer un acto que se conoce contrario a la ley”, por lo que la esencia del dolo no puede estar sino en la voluntad, no en la voluntad de violar la ley, sino de realizar el acto querido. Según Soler (1992) a esa voluntad se le llama intención, porque no consiste en la violación de la propia acción (actuación voluntaria), sino en la violación del evento (resultado), lo que en el homicidio doloso representa que se debe disparar de forma voluntaria, dirigiendo ésta a un resultado final que es causar muerte, es decir, se debe disparar voluntariamente (voluntad del medio) con la voluntad de matar (voluntad final o intencional).

2.2. APROXIMACIONES A LA DOGMÁTICA JURÍDICA DEL DOLO

2.2.1. El Concepto de Dolo

De una forma ampliamente empleada en el presente, señala Jiménez de Asúa (1976) que el término dolo -que en su sentido etimológico, derivado del griego, significa *engaño*- ha tenido a lo largo de la historia muchas acepciones, empleándose a su vez muchas otras voces o vocablos con valor sinónimo, siendo importante destacar según el mismo autor que originariamente dolo significa *artificio* que se emplea para engañar a otra persona, dañándola en consecuencia, de manera injusta. Terragni (2009) en un sentido más jurídico penal, asigna a la idea de Dolo como “el conocimiento y voluntad de realizar el hecho al que refiere el tipo de la ley penal” (Kaufmann, 1960).

2.2.2. Teorías Jurídico Dogmáticas

Según Reyes Echandía (1997), las concepciones más conocidas sobre el dolo, desde que este fenómeno adquirió la categoría de institución dentro de la teoría del delito, son la de la representación, la de la voluntad, la tesis finalista y la unitaria, señalando el maestro nacional sobre cada una de ellas:

a)- *Teoría de la Representación*: Su principal exponente es Von Liszt (1914) quien define el dolo como “la representación del resultado que acompaña la manifestación de voluntad, de donde se desprende que dicho concepto comprende los siguientes aspectos: La representación del acto voluntario, así como las circunstancias en que se va a ejecutar, la previsión del resultado y en los casos de acción la representación de la causalidad del acto y en los de omisión, la representación del no impedimento del resultado”;

b)- *Teoría de la Voluntad*: Esta concepción hace radicar el dolo en la voluntad del agente o, por lo menos, considera que este es el aspecto fundamental del concepto, siendo Carrara (1997) su principal representante;

c)- *Teoría Finalista*: Para los finalistas el dolo es un fenómeno psicológico que no pertenece a la culpabilidad sino al injusto. Para Maurach (1962) actúa con dolo “quien incluye en su voluntad la representación total del hecho, tal como se presenta en la parte objetiva del tipo”, tratase, pues, de un querer el hecho típico con representación mental del resultado; y

d)- *Concepción Unitaria*: Parte del supuesto de que las tesis voluntarista y de la representación son insuficientes para explicar el dolo, pero que aunadas de forma conveniente permiten la solución correcta, ya que en efecto, no se puede querer aquello que no se nos ha representado, pero no se nos puede atribuir sino aquello que realmente queremos. Jiménez de Asúa (1976) es el más connotado tratadista representante de esta tesis.

2.2.3. Elementos del Dolo

En términos de Sánchez (2007) el dolo del sistema clásico es un dolo malo (*dolus malus*) y su estructura de conformación la integraban como predicados los elementos de la voluntad, conocimiento de los hechos, representación y conciencia de lo antijurídico. Contemporáneamente, Luzón Peña (2016) señala que el dolo tiene un elemento cognoscitivo y otro volitivo, implicando el primero de ellos conocer los presupuestos materiales de la prohibición penal, mientras que el segundo hace referencia a la voluntad de realizar la conducta típica, el querer realizar todos los elementos objetivos del tipo de los que se tiene conocimiento. Tomando los elementos identificados del dolo, Feijóo (2004) refiere a este instituto como una expresión jurídica que identifica la importancia que se le asigna a ese fenómeno psicológico, lo que en palabras o interpretación de Díez Ripollés (1990) representa que el dolo parte de un dato subjetivo al que el Derecho le asigna un juicio de valor.

Para Fernández Carrasquilla (2012) son elementos del dolo, en cuanto aspecto subjetivo del injusto típico de los delitos, el conocimiento de los hechos (elemento intelectual o cognoscitivo), la voluntad de realización de la acción (elemento volitivo

o conativo) y la conciencia de la posible antijuricidad del hecho. Frente al primero de ellos, el mismo autor señala que este representa el saber del tipo objetivo en la integralidad de sus componentes fácticos y también normativos, conocimiento de los hechos que incluyen en los delitos de resultado, el del conocimiento aproximado o paralelo del acontecer causal, que en general solo se escapa en los supuestos extremos de “burda ignorancia” (el sujeto desconoce lo básico), por lo que en lo tocante a los elementos normativos (de la acción, de los sujetos o del objeto) basta con un “conocimiento profano”, lego o aproximado.

En relación con el segundo elemento señalado por Fernández Carrasquilla (2012), esto es la voluntad de realización de la acción, el tratadista hace referencia a que este consiste en “el querer el hecho típico”, es decir, no el desearlo, sino el asumir la decisión de realizarlo, o al menos correr el albur de su realización al dejar su producción o no producción librada al azar, pese a la perversión de su posibilidad, pero siempre dentro de un plan de ataque al bien jurídico correspondiente. De forma final y frente al último de los elementos en cita, Fernández Carrasquilla (2012) refiere que la conciencia de la posible antijuricidad del hecho hace mención a la representación de su carácter legalmente prohibido (y posiblemente conminado con pena criminal), por lo que en cualquier caso basta el conocimiento de la ilegalidad del acto (si se lo posee) y es suficiente con la inferencia de que, por su carácter lesivo y prohibido, el hecho es probablemente punible (dolo eventual).

2.2.4. Clasificación del Dolo

En su tratado Von Liszt (1914) clasifica el dolo en directo y eventual, implicando el primero que el autor del hecho tenga por seguro la producción del resultado, mientras que en el segundo, el autor tiene como probable o posible la producción de ese resultado. Respecto a las consecuencias del acto criminoso, Concha (1929) señala que la falta intencional puede ser determinada, indeterminada o eventual, siendo la primera de ellas (el caso ordinario) cuando el responsable quiere y prevé un mal preciso, señalado, como consecuencia de su acto, v.g., si para matar a

alguien dispara un fusil y la muerte resulta efectivamente. A su vez es indeterminada cuando el responsable prevé y quiere cualquier consecuencia perjudicial de su acto y acepta indiferentemente las que pueden resultar, como si alguien dispara sobre un tumulto y mata o hiere a una persona sin haberse propuesto hacerlo de un modo determinado.

El mismo autor señala que la intención es eventual cuando el responsable prevé y quiere un mal determinado, pero prevé también sin desearlas, aunque aceptándolas como posibles, otras consecuencias que van más allá del objeto directo que se propone, como si maltrata a una mujer sabiendo que está embarazada, y resulta de ello un aborto, o si prende fuego a una cosa donde perece un individuo a quien no tenía propósito de matar (Concha, 1929), pudiéndose imputar al individuo todas las consecuencias que resulten de sus actos, porque las aceptó como posible resultado de ellos.

De forma contemporánea Muñoz Conde (2010) refiere que el término “dolo” debe entenderse simplemente como conciencia y voluntad de realizar el tipo objetivo de un delito, concepto que está constituido por dos elementos: uno intelectual o cognitivo y otro volitivo, distinguiendo el mismo autor que según sea mayor o menor la intensidad del elemento intelectual o volitivo, puede hablarse de dolo directo y dolo eventual. En términos de Zaffaroni (1988), cuando nos encontramos con la producción de un resultado típico concomitante que como posible fue abarcado por la voluntad realizadora, se trata de dolo eventual, y cuando la finalidad se dirija directamente a la producción del fin típico habrá dolo directo.

Desde otras perspectivas y en relación con el Dolo directo, relata Ferré y otros (2010) que este existe cuando la intencionalidad del autor se dirige a la realización del tipo, exigiéndose la combinación del elemento intelectual con el volitivo, por lo que así existirá dolo directo de primer grado cuando prevalece claramente la voluntariedad, mientras que en el dolo directo de segundo grado la relación será inversa, predominando el conocimiento. Sobre esta clase de dolo que Reyes

Echandía (1997) denomina “determinado”, el mismo autor señala que este se da cuando la voluntad consciente del autor apunta inequívocamente hacia el resultado previsto en el tipo penal: Vg.r. Pedro quiere ocasionar la muerte de su enemigo y hacia tal evento orienta su acción.

Reyes Echandía (1997) en diferencia con el dolo “determinado” habla también del dolo “indeterminado” que se da cuando, ante varios resultados probables, el agente dirige conscientemente su voluntad hacia la producción de uno cualquiera de ellos, porque ese aspecto en concreto le es indiferente: Vg.r. Pedro y Juan quieren agredirse, pero si les da igual matarse que lesionarse y logran uno cualquiera de los dos resultados, obrarían con esta especie de dolo, casos en los que según Maggiore (1954) vale el canon probatorio según el cual “el dolo indeterminado se determina por el resultado”, aforismo que, al parecer, tuvo su origen en la construcción canonista del *dolus generalis* y del *versari in re illicita*, que suponían una responsabilidad básicamente objetiva.

Así mismo Reyes Echandía (1997) hace referencia del “dolo eventual”, el cual se da en términos de Jiménez de Asúa (1976) “cuando el sujeto se representa la posibilidad de un resultado que no desea, pero cuya producción consiente, en última instancia, corriendo el riesgo de causarlo con tal de obtener el efecto que quiere ante todo”, como cuando la prostituta que padece de una enfermedad venérea piensa que puede contagiar al próxima cliente, no desea que ello ocurra, pero aún así prefiere la paga y afronta el riesgo de transmitir una enfermedad. Sobre el dolo eventual señala Pérez (1984) “la consecuencia última no está ligada necesariamente al hecho primeramente querido, sino que aparece como previsión (probabilidad) de algo que sobreviene, cualquiera que sea el grado de esa previsión: con seguridad, con probabilidad o al menos como posible”.

2.2.5. Generalidades del Dolo Eventual

Relata Jiménez de Asúa (1976) que quien primero habla de “*dolus eventualis*” fue Boehmer en 1758 en su obra “Elementos de Jurisprudencia Criminal”, teniendo no solo el mérito de la expresión, sino también el acierto en su esencia, puesto que el dolo se concibe ya como consentimiento del agente en un posible resultado, previsto como consecuencia de su acto, transformándose así el *dolus indirectus* en *dolus eventualis*, expresión idiomática de la que Terragni (2009) señala hay una cuestión de significativa importancia relativa a su alocución: el sustantivo es dolo y el adjetivo que lo califica, eventual, lo que lleva a razonar en la materia que nos ocupa, que lo que puede o no acontecer, aquello cuya ocurrencia es eventual, no es el dolo sino el resultado, aclarando que eventualidad refiere a un hecho o a una circunstancia de realización incierta o conjetural, por lo que en opinión del mismo autor, el concepto estaría mejor expresado diciendo que el propio dolo, no el resultado, es incierto o conjetural, pero que no obstante esta equivocada denominación y toda vez es ya imposible contrarrestar la fuerza de la tradición, se debe seguir hablando de *dolo eventual*.

Al analizar el dolo eventual Reyes Echandía (1997) explica que en este el agente se dirige hacia un fin penalmente indiferente pero se representa como probable la producción de un resultado antijurídico, sin que ello lo desvíe de su línea de conducta inicial, sino que, al contrario, sigue adelante y asume el riesgo de tal evento, o su voluntad consciente apunta a un evento antijurídico deseado pero se representa la probabilidad de que en vez de ese o además de ese pueda verificarse otro igualmente antijurídico y decide continuar adelante sin hacer nada para evitar que dichos eventuales resultados se produzcan. De esta manera refiere el mismo tratadista, no basta entonces para el dolo eventual la mera posibilidad (entendida como evento remoto y vago), ni es indispensable la certeza en la verificación del resultado antijurídico, sino que debe existir la probabilidad de que se produzca, en el sentido de que toma en serio la realización del evento concreto.

Continúa Reyes Echandía (1997) señalando que en el dolo eventual el autor prefiere la ejecución del hecho inicialmente previsto y querido, a pesar de concurrir la probabilidad de otro resultado antijurídico, a la renuncia de su pretensión básica, por lo que se está siempre ante un comportamiento doloso, aunque muy cercano al culposo, particularmente al de la culpa con representación, aspecto que fue tocado por la Corte Suprema de Justicia de Colombia (CSJ) (1958) cuando en su momento señaló que “el dolo eventual cabe en la legislación penal colombiana porque el término “intencional” que empleó el artículo 12 de la codificación de 1936 es comprensivo de acciones producidas mediante el doble mecanismo psicológico de la voluntad y la representación” (Corte Suprema de Justicia, Proceso 2207-9, 1958) y desde este punto de vista en el dolo eventual hay una intención, además de que el concepto de culpa que la misma norma trae no permite que dentro de ella pueda incluirse esta figura.

En un pronunciamiento más reciente sobre el dolo eventual, la Sala de Casación Penal de CSJ (2012) señaló que este se genera cuando “una conducta implica un riesgo y puede causar otros, cuya producción no es impedimento para que continúe el comportamiento, destacando que en este tipo de dolo el resultado no excede el propósito del agente, porque actúa a sabiendas del riesgo que asume y de que el resultado lesivo se producirá, si no hace nada para evitarlo” (Corte Suprema de Justicia, Proceso 30485, 2012). Finalmente y sobre el dolo eventual, gran parte de la doctrina nacional coincide en señalar que el contenido del injusto presente en el dolo eventual es de menor grado que el que existe en el dolo directo, toda vez que la realización del tipo penal no ha sido propuesta ni tenida como segura por el autor, sino que se deja abandonada al curso de los fenómenos (Velásquez, 2009).

2.3. IMPUTACIÓN JURÍDICA DEL DOLO

En términos de Varela (2016), las formas de imputación subjetiva son modelos teóricos o legislativos de explicación de la atribución de la responsabilidad penal, teniéndose por una regla general que se debe imputar subjetivamente en los

supuestos en que concurren en el momento de la realización del tipo todos los requisitos subjetivos necesarios para imputar, conociéndose esta técnica jurídica como “imputación subjetiva ordinaria”, y como excepción la “imputación subjetiva extraordinaria” que se configura en los casos en los que no concurren en dicho momento todos los requisitos subjetivos necesarios para imputar, pero concurren en un momento anterior, diferenciación que ha sido ubicada en sede de la tipicidad con el conocimiento (dolo) y el error (imprudencia) respectivamente. Hruschka (2005) denomina genéricamente a las acciones y omisiones imputadas de modo ordinario como *actiones liberae in se* (acciones libres en sí mismas), por oposición a las imputadas de modo extraordinario que serían las *actiones liberae in sua causa* (acciones libres en su causa u origen).

2.3.1. Planos de Análisis en la Imputación

Refiere igualmente Varela (2016) que en las muchas veces complejo proceso de imputación jurídica, hay que distinguir tres planos de análisis diferentes pero que en diversas ocasiones van interconectados, y que son:

a)- Plano Lógico: Debido a la existencia de la libertad de actuar, al sujeto se le puede imputar todo riesgo o resultado lesivo que se haya generado desde su esfera de libertad contra los bienes jurídico penalmente protegidos, toda vez que resulta lógico que quien ejerce su libertad de modo irrazonable deba responder por el delito causado;

b)- Plano Axiológico: En este nivel se barajan los *porqué* del mayor o menor desvalor que comportan las diferentes manifestaciones subjetivas en relación con los presupuestos deónticos que rodean al hecho. En este segundo plano las clases de imputación se clasifican en graves y leves, así, la imputación ordinaria (Hruschka, 2005) del comportamiento con conocimiento doloso que es el que importa para los efectos finales del presente estudio, tendrá una versión grave (el conocimiento cierto) y una versión leve (el conocimiento incierto);

c)- *Plano Teleológico*: Desde este nivel se determinan los *para qué* se han de desvalorar diferentemente las modalidades subjetivas, teniendo en cuenta las finalidades del Derecho Penal en un modelo de Estado de Derecho, estando siempre presente dos grandes líneas argumentativas a la par de una línea conciliadora: o el puro merecimiento o la pura necesidad, o ambas concepciones de forma integrada.

Sobre lo anterior explica Varela (2016) que tanto en la imputación ordinaria como extraordinaria el presupuesto deóntico desde el cual se infringe el deber jurídico contenido en la norma primaria viene dado por la incumbencia-categoría del ejercicio razonable de la libertad, en el entendido que en el delito doloso que como se anunció *supra* es el que importa para el presente análisis, el autor infringe una incumbencia-categoría de emplear razonablemente su espacio de libertad y ello se deriva en la infracción directa a un deber jurídico (dolo). Así mismo refiere Varela (2016) que el objeto de la imputación ordinaria viene dado por la acción libre en el momento en que se emprende la realización del hecho, que suele coincidir con la producción del resultado de lesión o de peligro.

2.3.2. El Grado de Conocimiento de la Antijuricidad

El conocimiento general de una incumbencia se deriva de la situación objetiva de peligro que reclama cuidado y previsión (Varela, 2016), lo que conlleva a señalar que la específica capacidad de aprehensión cognitiva del agente ha de entenderse siempre susceptible de graduación punitiva sobre la clara base de la naturaleza del conocimiento con el cual el sujeto activo se representó los elementos objetivos del tipo penal, si de modo certero o en grado de eventualidad, entendiéndose por ende que el conocimiento “certero” como un conocimiento casi exacto o con seguridad de los resultados de la situación típica descrita, a clara diferencia del conocimiento eventual, donde el agente se enfrenta a una efectiva situación de duda sobre la producción o no del resultado, hablándose en este caso y por ende, de un “conocimiento presunto”.

Así y en razonamientos de Silva (1987), son mayoría los diferentes autores que entienden que existe dicho conocimiento eventual siempre que el sujeto considera seriamente más no plena o seguramente la probabilidad de que su conducta sea antijurídica y conforma con ello, es decir y en palabras del mismo autor, que “son precisos dos elementos: una situación clara de duda, en la que el sujeto activo de la conducta advierte la probabilidad seria de que su actuar infrinja el ordenamiento jurídico, y una postura del mencionado sujeto, dentro de la duda, favorable de forma real al resultado «lesión del ordenamiento», que aparece muchas veces caracterizada con las expresiones tales como “conformarse», «decidirse por» u otras similares”.

Sin embargo y frente a los aspectos propiamente sancionatorios, el mismo Silva (1987) comenta que la postura doctrinal dominante equipara el “conocimiento eventual” y el “conocimiento con seguridad” o cierto de la antijuricidad, negándose toda posibilidad punitiva atenuatoria, entendiéndose, además de muchos otros motivos, que basta con representarse seriamente la posibilidad de que el hecho este prohibido para hablar de conocimiento (eventual) de la antijuricidad, lo que implica que no haría falta el elemento (voluntativo o emocional) de «conformidad» o «aceptación» que la doctrina dominante requiere para el dolo eventual y traslada - por sistema- al conocimiento eventual de la antijuricidad, contraponiéndose a dicha teoría una segunda postura doctrinal que entiende que el “conocimiento eventual” no necesariamente debe quedar sin un tratamiento privilegiado respecto al «conocimiento con seguridad» (Silva, 1987).

Así las cosas, comenta igualmente Varela (2016) que frente al conocimiento cierto el autor obra en el momento del hecho con el presupuesto subjetivo necesario para la infracción del deber jurídico, cual es el conocimiento seguro, permitiendo de este modo que el juicio de imputación se realice de un modo normal, sin necesidad de apelar a incumbencias, ni otros estados subjetivos, a diferencia del conocimiento incierto, donde el deber jurídico ya no es el deber general de evitar la realización de los elementos del tipo penal (como sucede con el conocimiento cierto), sino el de

abstenerse de obrar en casos de duda, cuando uno de los extremos representados por el autor tiene como objeto alguno de los elementos del tipo penal, surgiendo en la dogmática propia del dolo eventual la regla de “ante la duda, abstente” porque en caso de duda típica hay que comportarse en favor de la salvaguarda del bien jurídico.

2.3.3. Negativa de Posibilidad Atenuatoria

A este respecto comenta igualmente Silva (1987) que es sabido que la posición dominante de la doctrina especializada niega casi íntegramente la posibilidad atenuatoria entre “conocimiento eventual” y el “conocimiento con seguridad”, ya que opera persuadida de que el dolo es conocimiento y voluntad o “conocer y querer la realización típica”, reafirmando también en el dolo eventual, como clase de dolo, el elemento voluntativo, por algunos denominado «emocional», por lo que a tal fin (demostrar que en el dolo eventual también se «quiere», que hay formas de querer distintas a la “intención”) van dirigidas las conocidas formulas del “conformarse con”, “aceptar” y tantas otras, pretendiendo también con ellas diferenciar las delgadas situaciones de dolo eventual y de culpa consciente.

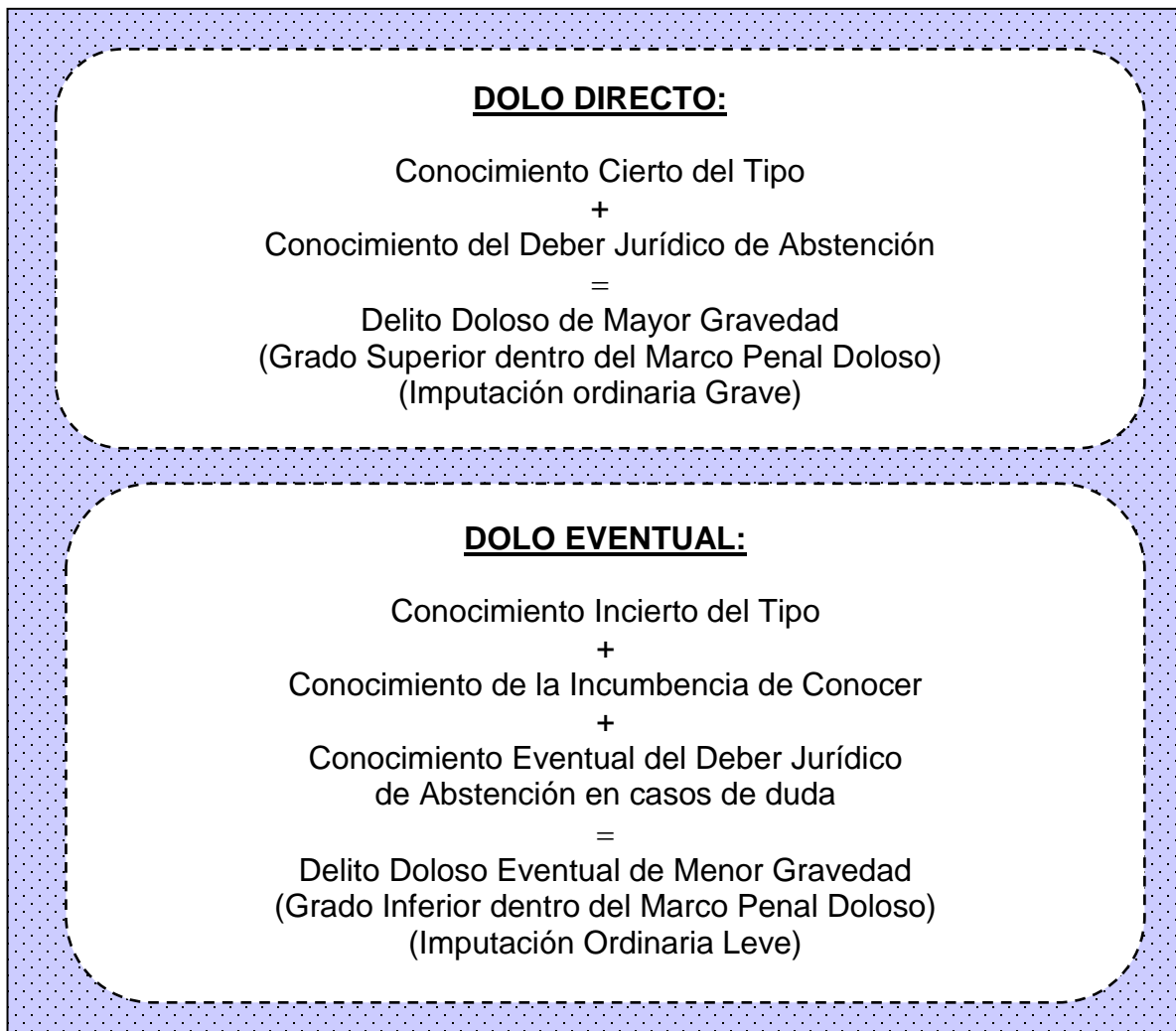
2.3.4. Posibilidad Atenuatoria

Diserta Silva (1987) que la posibilidad de atenuación del “conocimiento eventual” frente al “conocimiento seguro” es un tema no de naturaleza lógico-estructural, sino valorativa, pues, en efecto, sí el conocimiento eventual de la antijuricidad, pese a excluir todo error de prohibición, debe dar lugar a un tratamiento atenuatorio respecto al conocimiento seguro o no, es algo que probablemente depende de lo que el legislador por medio del ordenamiento jurídico esté dispuesto a exigir de los ciudadanos, es decir, si está dispuesto a tolerar, en mayor o menor medida, que, ante la duda, realicen lo presumiblemente antijurídico o, por el contrario, pretende imponer la abstención de toda conducta sobre la que se proyecte la duda acerca de

su juricidad o antijuricidad, siendo la figura de la “exigibilidad” la que en este modelo de Estado responde a estas consideraciones.

2.3.5. Lógica Jurídica Resultante

Gráficamente la estructura deóntica de las clases de conocimiento y su grado de imputación es el siguiente:



Fuente: (Varela, 2016) (Adaptado)

De lo anteriormente expuesto y en palabras de Silva (1987), cabe extraer dos conclusiones generales: En primer lugar, que un conocimiento eventual distinguido

de la culpa consciente, es suficiente para afirmar la concurrencia de conocimiento de la antijuricidad y la ausencia de error de prohibición. En segundo lugar, que ello no significa que, de modo automático, el conocimiento eventual o incierto de la antijuricidad deba recibir el mismo tratamiento penal que el conocimiento seguro o cierto. Por contra, y atendiendo a consideraciones de exigibilidad, se darán casos de conocimiento eventual equiparables al conocimiento seguro y otros, en cambio, merecedores de un tratamiento privilegiado.

2.4. LA PUNIBILIDAD DEL DOLO

El reconocido maestro Fernández Carrasquilla (2012) señala que una tradición que se remonta a Grocio define la pena estatal, esquemáticamente, como “un mal que se inflige a una persona como consecuencia de una mala acción”, siendo en todo caso un “mal” porque implica daño a los bienes jurídicos del que la recibe y es “consecuencial” porque tiene necesariamente como presupuesto la realización culpable de un injusto típico, esto es, de un delito, tratándose de una reacción institucional y formalizada que representa frente al delito una consecuencia característicamente sancionatoria del derecho público, o lo que en otras palabras significa un “daño que se infiere institucionalmente a bienes jurídicos de la persona como reacción intencional a la imputación a la misma de una conducta delictiva y que debe ser proporcional al daño social de esta”.

Frente a la pena por delitos eminentemente dolosos, refiere Castaño (2012) que el dolo, asumiéndolo como concepto claramente normativo, necesariamente debe ser desarrollado a partir de los fines del derecho penal y, por lo tanto, en comparación con la imprudencia, representa una intensidad mucho mayor en el merecimiento de la pena; de allí que dolo e imprudencia son actos de pura valoración, por lo que dentro de una misma lógica normativa y según el mismo autor, de las características propias del tipo subjetivo se extraen las razones que justifican la pena mayor para la forma más grave de la realización del tipo penal.

En la misma línea Varela (2016) señala que el desvalor del injusto subjetivo en el conocimiento incierto justifica una pena menor que la pena en relación con el conocimiento certero (dentro del marco penal del dolo), por su menor desvalor de acción y menor desvalor de la expresión. Sotomayor (2016) referenciando múltiples autores, refiere que la mayor punibilidad del hecho doloso puede ser inicialmente atribuida al “egoísmo” o mayor grado de “maldad” o “insensibilidad” que, en comparación con el culposo delata el autor doloso. En concepto de Jescheck y Weigend (2002) citados por el mismo autor (Sotomayor, 2016), quien actúa con dolo “demuestra un menosprecio reprochable del bien jurídico”.

Sobre la temática, Roxin (1997) señala que “un resultado ha de entenderse dolosamente producido cuando y porque se corresponde con el plan del sujeto en una valoración objetiva”, siendo la decisión en contra del bien jurídico un elemento clave de diferenciación de la pena entre los delitos dolosos y los culposos, planteamiento del autor alemán que en términos de Ragués (1999), requiere de una mayor concreción respecto de cuáles son las repercusiones de la conducta dolosa en la protección de bienes jurídicos que la hacen merecedora de una mayor pena que el hecho culposo. Un mayor desarrollo del criterio expuesto por Roxin aparece en los planteamientos de Hassemer (1990) quien entiende que el dolo como “decisión” contra el bien jurídico concuerda con la más severa incriminación, dado que éste, en relación con la culpa, es “un escalón más alto de una participación interna en el suceso externo, una forma más grave de responsabilidad”, mayor gravedad que se encuentra determinada por el simple hecho de que el autor doloso lesiona no sólo el bien jurídico sino también la norma que obliga a respetar ese bien jurídico.

En el plano doctrinal interno, Concha (1929) advirtió que en el dolo, independiente de cualquier categoría que se maneje, las consecuencias del hecho imputado son intencionales y la ley positiva las castiga, por lo general, de una misma manera, a diferencia de cuando se trata o habla de la falta de precauciones o previsión, en la cual el sindicado es naturalmente responsable de todas las consecuencias propias

de su culpa, pero únicamente de ellas. Por su parte el maestro Fernández Carrasquilla (2011) afirmó que el dolo es para la tradición clásica o “causalista”, la más importante forma de culpabilidad, la que por cierto es objeto de un tratamiento punitivo más severo en virtud de que comporta, objetivamente, el mayor daño social y en todo caso el mayor riesgo para la indemnidad del bien jurídico, al que coloca en situación de desprecio y vilipendio, y subjetivamente el más intenso despliegue de energía criminal.

Según Fernández Carrasquilla (2012a), para las modernas doctrinas jurídicas del delito, sobre todo a partir del finalismo y tras la construcción dogmática de un concepto complejo de tipo, el dolo pertenece siempre al tipo subjetivo y es su principal componente. Según el sistema de Welzel (1970), el dolo expresa el desvalor personal del injusto y su mayor punición responde a que contiene un mayor desvalor de acción (hay en él un ataque más grave y repudiable a los valores éticos-sociales fundamentales), por lo que conforme a la filosofía práctica (de Aristóteles a Kant y Hegel) el dolo como voluntad revela siempre “una actitud particularmente grave de negación del derecho porque se relaciona con el carácter libre y consciente del acto” (Bacigalupo, 1984), siendo un modo de conducta que implica gran menosprecio por el bien jurídico y desprecio oprobioso por la víctima.

2.5. EL DOLO EN EL DERECHO PENAL COLOMBIANO

2.5.1. Ubicación Dogmática

Afirmó el Maestro Reyes Echandia (1997) que en términos generales la doctrina nacional acoge una concepción ecléctica del dolo con cierto predominio del enfoque voluntarista, toda vez que para autores como Gómez Prada (1952) hay dolo cuando la persona “conoce que un hecho es ilícito y quiere llevarlo a término” lo que implica que el mencionado fenómeno supone conciencia de que el acto es ilícito, voluntad de realizarlo, intención de producir el resultado deseado y motivos o móviles que lo impulsan a actuar en ese sentido.

Reafirmando su postura, el maestro Reyes Echandia (1997) referencia a otros ilustres tratadistas nacionales entre los que se destacan Gaitán Mahecha (1963) quien entiende por dolo “la voluntad consistente dirigida a la producción de un resultado que se conoce como antijurídico”, Mesa Velásquez (1974) quien opina que el dolo “es la determinación o dirección consciente de la voluntad a causar un hecho tenido en la ley como delito”, Ruiz (1969) el cual afirma que hay dolo “cuando el sujeto se representó y quiso el comportamiento ordenado o requerido por el Código Penal”, Estrada Vélez (1972) quien comenta que el dolo “es la manifestación subjetivo normativa por excelencia de los actos delictivos”, Mendoza (1978) para quien este fenómeno se concreta en la “conciencia de la ilicitud del comportamiento típicamente antijurídico y la voluntad de realizarlo”, entre otros.

En su momento histórico para Reyes Echandia (1997) la teoría de la voluntad, estrictamente entendida, es insuficiente para explicar todas aquellas hipótesis en que el agente activo prevé y calcula no solo el resultado antijurídico de su comportamiento, sino también los medios que habrá de utilizar para lograrlo, resultando obvio en el plano psicológico que no es posible querer sino aquello que nos hemos representado, por lo que la tesis de la representación pura, continúa el maestro señalando, olvida que la volición entendida como un querer orientado hacia una meta antijurídica es indispensable para que pueda hablarse de dolo, toda vez que “además es la voluntad y no la mera representación lo que nos permite diferenciar la culpa con previsión del dolo y, particularmente, del dolo eventual” (Reyes Echandia, 1997).

Así las cosas, dogmáticamente para Reyes Echandia (1997) una muy correcta definición de dolo ha de dar cabida tanto al fenómeno de la voluntad como al de la representación, sin descuidar, desde luego, su contenido jurídico, entendiéndose, pues, por dolo, la “reprochable actitud de la voluntad dirigida conscientemente a la realización de conducta típica y antijurídica”, toda vez que cuando un hombre ejecuta voluntariamente un hecho es porque se lo representó previamente (así sea mediante una representación mental de fugaz duración), lo halló adecuado a sus

posibilidades y quiso entonces llevarlo a cabo, participando, pues, en el comportamiento humano las esferas intelectual y volitiva de la personalidad, con presencia lógica de la primera de ellas, pues “queremos lo conocido”.

Así pues, para Fernández Carrasquilla (2012) en Colombia se admite ya también con amplitud el concepto de tipo subjetivo en el sentido moderno de integración en primer lugar por el dolo o los elementos psicológicos de la imprudencia y en segundo lugar por los componentes subjetivos o anímicos especiales del injusto, lo que no indica que en la doctrina internacional o el derecho penal interno el dolo carezca de importancia en la construcción del concepto dogmático de culpabilidad (sea que sea admitida o no la naturaleza de ésta como “juicio de reproche”). Señala el mismo autor que en verdad él incide tanto en la gravedad del injusto (porque expresa, como decía Welzel (1970), el característico desvalor de acción y de intención del hecho total) cuanto en el grado de culpabilidad (grado de exigibilidad y responsabilidad subjetiva en sentido estricto) porque dolo e imprudencia no se diferencian únicamente en el nivel del tipo objetivo y subjetivo sino también en el de la responsabilidad personal.

2.5.1. Contexto Histórico del Dolo

El maestro Reyes Echandia (1976) refiere que el Código Penal colombiano de 1936 no definió el dolo, toda vez que cuando se debatió esta materia en el seno de la Comisión redactora, se decidió simplemente hacer una referencia a dicha modalidad de la conducta, mediante el empleo de una expresión que permitiera a la doctrina y a la jurisprudencia desarrollar el concepto adecuado, empleándose finalmente la expresión “intencional”, que quedó incrustada en el inciso primero del artículo 12 de la siguiente manera: “Las infracciones cometidas por personas que no estén comprendidas en la disposición del artículo 29, son intencionales o culposas”, citando el mismo autor (1997) que la norma del año 36 acogió en la concepción del dolo la orientación “voluntarista” con una cierta dosis de

“representatividad”, ya que la intención entendida como dirección de la voluntad hacia un fin, lleva implícita la representación del resultado que se busca.

En lo que respecta al Código Penal Decreto 100 de 1980, Reyes Echandia (1997) relata que el artículo 36 del mismo señala que “la conducta es dolosa cuando el agente conoce el hecho punible y quiere su realización, lo mismo cuando la acepta previéndola al menos como posible”, noción legal del dolo que según el mismo autor esta edificada sobre los supuestos del *conocimiento* que el agente debe tener de la naturaleza de su conducta típica (la expresión “hecho punible” tiene tal alcance) y de la *voluntad* de ejecutarla, refiriendo la segunda parte de la misma norma a la modalidad del dolo eventual. Sobre esta última modalidad de dolo, Escobar y Monsalve (2013) refieren que el código penal de 1980 consagró por primera vez la figura del dolo eventual en la legislación penal colombiana, según la teoría del consentimiento (Pérez Barberá, 2011).

2.5.2. Marco Normativo Actual

Afirma Fernández Carrasquilla (2011) que eventos de responsabilidad objetiva ya no quedan en Colombia, desde que una norma rectora del Código Penal de 1980 (artículo 5) erradicó toda forma suya, según formula que se mantiene en el artículo 12 de la codificación actual, aunado a que conforme a lo dispuesto en el artículo 21 del Código Penal vigente (Navas, 2000), se tiene que el dolo, la culpa y la preterintención son formas o modalidades de la *conducta* punible (Araque, 2015), misma normativa que en su artículo 22 sostiene la evidente tradición de definir de manera expresa el dolo y sus dos principales variables dogmáticas, lo cual puede ser visto como una fórmula plenamente respetuosa de los importantes principios de legalidad y tipicidad (arts. 6 y 10 del Código Penal y 29 de la Constitución) (Castaño, 2012).

Según Castaño (2012), el concepto de dolo en el actual ordenamiento penal colombiano, contiene una noción positiva bajo los siguientes términos:

“Artículo 22. Dolo. La conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización. También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar”.

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

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

...

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

Señala Sotomayor (2016) que conforme a la noción positiva es claro, por una parte, que el dolo en Colombia exige *conocimiento* (“de los hechos constitutivos de la infracción penal”) y *voluntad* (“quiere su realización”). De otra, también es evidente la diferenciación de dos clases de dolo: el directo (“La conducta es dolosa...”) y el eventual (“También será dolosa...”) bajo una misma fórmula de punibilidad (Sabogal, 2014), observándose igualmente y según Pabón (2013) que de la redacción de las normas del año 1980 y 2000, surge un enfrentamiento de las dos concepciones dogmáticas básicas del dolo, no obstante a que en ambas disposiciones se introduce el elemento voluntariedad: “quiere su realización”.

En desarrollo de su idea, Pabón (2013) señala que dos posiciones doctrinales de orden fundamental emergen en la actualidad, respecto, no tanto de la ubicación, sino del contenido del concepto de dolo en la concepción dogmática, toda vez que

el concepto de dolo contenido en el código del año 80 es propio del “esquema causalista” que exige el conocimiento y la voluntad de los hechos, y la consciencia de su contenido antijurídico: *dolus malus*, y el concepto adoptado en el 2000 es el característico propio de la “doctrina finalista” que no abarca todos los anteriores elementos (concepto restringido de dolo o dolo natural) de acuerdo con la cual, se exige únicamente el conocimiento y la voluntad de los hechos objetivos descritos en el tipo penal, sin incorporar la consciencia de la realización antijurídica, por lo que concluye el mismo tratadista que “el dolo es la finalidad de la acción, sea esta lícita o ilícita, por lo cual pueden incurrir en él todos los coasociados, en cuantos destinatarios de la ley penal, pues sólo se refiere a la parte objetiva de comportamiento o supuestos de hecho típicos”.

Por su parte Fernández Carrasquilla (2012) refiere que en el código penal de 1980 al dolo se lo trataba literalmente como “forma de culpabilidad” (al lado de la culpa y la preterintención), en tanto que en el código penal del 2000 se lo rubrica como modalidad de “conducta punible” (artículos 21 a 24) y de aquí extrae la doctrina su tratamiento exclusivo, ya casi invariable, en el tipo subjetivo, aunque cita el mismo autor que en realidad el dolo y la culpa no pueden ser “modalidades de la conducta punible” porque no son la conducta sino solo su aspecto interno o subjetivo, aunque es desde luego admisible que legalmente sean tratados como modalidades de comisión subjetiva de los tipos penales, por lo que según Velásquez (2009), con esta definición quedamos exonerados de “exploraciones doctrinarias” y por tanto parecería que no hay mucho que decir ni materia para discutir sobre el particular.

No obstante lo anterior y en claro concepto de Fernández Carrasquilla (2012), la definición legal del dolo no es ni puede ser intrascendente, toda vez que ella vincula al intérprete en el sentido de que no puede tomar como dolo lo que no encuadre en la noción legal del artículo 22 del código penal, como por ejemplo la culpa temeraria. De otra parte, comenta el mismo autor, dado que la norma exige “conocimiento de los hechos constitutivos de la infracción” y al mismo tiempo “querer su realización”, no se puede soslayar entre nosotros la integración de conocimiento y voluntad para

la imputación del dolo, aunado a que no es cierto que de las conocidas formas de dolo (directo y eventual) sólo la primera tenga que ver con la voluntad, en cuanto es la única que corresponde a la noción de “intención”, y que la otra sea puro conocimiento y cálculo mental de posibilidades, pues en ambas ha de darse algo así como una “pre-ratificación del resultado posible o probable o un conformarse con su producción”.

Así mismo resulta importante señalar que en la codificación penal vigente los tipos prohibitivos del derecho penal o figuras delictivas particulares, así como las circunstancias que modifican el tipo o la responsabilidad penal, están remitidos por regla general a la exigencia del dolo, esto es, requieren el complemento técnico de la forma de comisión dolosa, circunstancia que se desprende del sentido del artículo 21 del código, a cuyo tenor la conducta punible tiene que asumir una de las tres formas indicadas de participación subjetiva, siendo que culpa y la preterintención sólo son punibles “en los casos especialmente señalados por la ley”, destacándose en todo caso, que en la formulación legal nacional del dolo están incluidas sus manifestaciones de orden fundamental, a saber: dolo directo (conocer y querer los hechos constitutivos de la infracción) y dolo eventual (prever como posible la realización de la infracción y dejar su producción o no producción librada al azar, que es lo mismo que contar seriamente con la posibilidad de su ocurrencia o aceptarla de antemano) (Fernández Carrasquilla, 2012).

Finalmente Velásquez (2009) parece conciliarse con una variante de la postura mixta del dolo eventual: por un lado, el agente debe prever como probable la realización de la infracción, con lo que se pone énfasis en los conceptos de previsibilidad y probabilidad, esto es, en el componente cognoscitivo del dolo, y, por el otro, como la ausencia de realización de la infracción prevista “se deja librada al azar”, se parte de la idea de que las cosas deben seguir su curso, con lo que (así sea en menor medida) también se tiene en cuenta el componente volitivo gracias a que el sujeto activo puede “dejar librada” la realización de la infracción al acaso, a la casualidad o al azar (lo que ratifica que en todos los tipos dolosos hay un

componente de albur en la producción del resultado, que también sucede en los imprudentes, sin que ello signifique extraer este elemento, el resultado, del injusto), que es lo contrario de la certeza en torno a ello.

Con lo precedentemente dicho, Velásquez (2009) afirma que de entrada hay un claro predominio del componente cognoscitivo sobre el volitivo (Gómez López, 2014), pues se asume la teoría de la probabilidad (que es una variante de la tesis de la representación) unida al criterio de dejar que las cosas sigan su curso, posición que desarrolla la *Teoría del Peligro No Cubierto o Asegurado* (R.H. Herzberg) aunque sin lograr eliminar el componente volitivo, quedando además claro que el dolo eventual, por mandato de la “norma rectora” contenida en el artículo 11 que consagra el principio de lesividad implica, necesariamente, la decisión en contra del bien jurídico, siendo esta una de las pautas que Roxin (1997) tiene en cuenta dentro de su concepción funcional del dolo eventual o la llamada *teoría del tomarse en serio*.

2.5.3. Dogmática del Dolo Eventual

Escobar y Monsalve (2013) refieren que con el código penal del año 2000 se modifica claramente la definición de dolo eventual, toda vez que como ya se indicó, el artículo 22 del estatuto penal señala que “También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar”, acogiéndose por ende la teoría de la probabilidad (Roxin, 1997) para definir el dolo eventual. Sobre dicha incorporación Castaño (2012) comenta que se puede detectar un giro dogmático en la estructura del dolo eventual en el tránsito del código penal de 1980 al vigente actualmente (ley 599 de 2000), toda vez que se modificó la expresión “*previéndola al menos como posible*” por el término “*prevista como probable*”, denotándose con ello distinto grado o nivel de conocimiento al tornar la posibilidad en probabilidad, agregándose, además, el elemento mucho más relevante en la nueva definición determinado por la producción del resultado que “*se deja librada al aza*” (Gómez López, 2003). Así

las cosas, puede desprenderse que la incorporación del dolo eventual en la codificación penal incorporada por la Ley 599 del año 2000 implicó el abandono de la teoría de la voluntad o del consentimiento, enfrentándose a una nueva realidad, siendo deliberado la supresión de expresiones relacionadas con el “querer, aceptar o conformarse”, apelándose al criterio de la “no evitación” en la fórmula de la producción “librada al azar” (Escobar y Monsalve, 2013).

2.5.4. El Viraje Jurisprudencial

Las transformaciones que por expresa vía jurisprudencial se han introducido al concepto de dolo en Colombia han surgido sobre todo en el ámbito del dolo eventual (Sotomayor, 2016), siendo las circunstancias fácticas relacionadas con los accidentes de tráfico rodado terrestre las que mayoritariamente acaparan muchos debates dogmáticos sobre la existencia o no del dolo eventual (Escobar y Monsalve, 2013). La referencia obligada en este sentido es la sentencia del año 2010 proferida por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia nacional (CSJ), que confirmó la condena de 18 años y 4 meses de prisión y otros, que por dos homicidios dolosos impuso el Tribunal Superior de Bogotá a una persona que conducía su vehículo a las cuatro de la madrugada en alto grado de embriaguez y a una velocidad “entre 65 y 97 km/h”, que al no atender la luz roja de un semáforo colisionó de manera violenta con otro vehículo en el que viajaban dos personas que murieron en el hecho (Corte Suprema de Justicia, Proceso 32964, 2010).

En dicha sentencia comentan Escobar y Monsalve (2013), la Corte adopta las teorías del riesgo no permitido para deducir el dolo eventual, señalando que en el caso concreto se produjo un riesgo que sobrepasa los límites permitidos en el tráfico, el cual se dejó librado al azar por el agente pues no realizó actividades encaminadas a evitar el resultado lesivo, destacando además que el Código Penal del año 2000 *supera* las teorías del consentimiento para adoptar una teoría de la probabilidad que se manifiesta en la representación del riesgo de producción de un resultado que se deja librado al azar, lo cual no impide que posteriormente equipare

el “dejar librado al azar” con la “indiferencia” que se entiende como parte de las teorías volitivas.

En relación con dicha teoría, Castaño (2012) señala en sentido crítico que la Corte, no obstante avocar la resolución del problema en perspectiva de la representación, pierde el claro hilo de la argumentación en el afán de justificar la penalidad de delito doloso para el presupuesto fáctico, toda vez que entremezcla una serie de elementos repulsivos entre sí, cuando si hubiera asumido en todo su contenido la teoría de la representación muy seguramente habría llegado a la conclusión de una imputación del resultado por culpa consciente y no por dolo eventual. En similar sentido Velásquez y Wolffhügel (2012) refieren que de dicha providencia no puede observarse un discurso dogmático coherente.

2.6. LA PUNIBILIDAD DEL DOLO DIRECTO Y EVENTUAL EN COLOMBIA

De Fernández Carrasquilla (2012) se puede llegar a interpretar que la doctrina actual no es unánime en la sustentación de una pena diferenciada para el dolo directo y el eventual, ya que amplios sectores de la misma se inclinan por la idea de que no se trata de una mayor o menor gravedad subjetiva solamente, sino que ambas modalidades constituyen dolo y desde luego incrementan objetivamente el riesgo de producción del resultado típico, ya que se obra con intención aceptando el riesgo de producción del resultado, aunque la probabilidad sea “suma” como lo describe Gimbernat (1990), pues dado que “el hombre sólo puede poseer un dominio relativo de la causalidad, nunca es totalmente seguro que el resultado se producirá”. No obstante lo anterior, se pueden identificar las siguientes líneas de tratamiento para la pena del dolo en las modalidades objeto de estudio:

2.6.1. Línea de la Pena Unitaria

Afirma Velásquez (2009) que en principio la distinción entre dolo directo y dolo eventual contemplada en el artículo 22 del Código Penal nacional no se plasma en ninguna diferencia en el campo punitivo, por lo que dicha división solo cumple un cometido académico, lo que se traduce en la práctica diaria en que un juzgador tenga que imponer la misma pena así la conducta del sujeto activo se haya realizado con dolo directo o eventual, independiente de los elementos configurativos del instituto.

Precisamente sobre este último aspecto se puede desprender de Manrique (2007) que la opción jurídica de agravar o disminuir el reproche sólo se basará en consideraciones de política criminal ajenas a la estructura conceptual del dolo, por lo que pensar en una disminución del dolo eventual frente al dolo directo conlleva el aclarar primero un rígido debate doctrinal como el que se da en Colombia, el cual no distingue aún y de forma plena entre dolo directo y eventual e incluso entre dolo eventual y culpa, lo cual es mal síntoma para lograr justificar por qué razón se debe reprochar de manera diferente en casos de intención directa y oblicua.

Así mismo y en términos de Terragni (2009), la teoría unitaria de dolo señala que si el dolo eventual es dolo, tiene que participar de los elementos que deben ser comunes a todas las formas de dolo, por lo que constituye un signo de falta de coherencia que gran parte de la doctrina y la jurisprudencia entiendan al dolo eventual como una categoría distinta a las del dolo directo, por lo que en lugar de insistir en señalar las diferencias que pueda haber entre las maneras en que aparece el dolo, hay que encontrar las notas generales.

Díaz Pita (2010) sobre el asunto en análisis comenta que un punto de partida en el que existe unanimidad doctrinal, es el hecho de que las conductas realizadas con dolo eventual merecen la misma pena que las conductas directamente dolosas, ya que el sujeto que actúa con dolo eventual “no es un descuidado que ha de poner

más atención en lo que hace”, toda vez que calificarlo como tal supone siempre, en palabras de Gimbernat (1990), “emplear un adjetivo que es absolutamente inadecuado -es más: que constituye una burla- para definir el contenido, el alcance y la gravedad de esos comportamientos”.

Sobre la posición en comento Fernández Carrasquilla (2012) referencia que surge entonces el problema de que, al admitir que el dolo eventual es menos grave que el directo, en los supuestos de merecimiento de la pena mínima de los tipos dolosos resultaría injusto aplicarla por igual en los casos de dolo directo y en los de dolo eventual, espinoso asunto frente al cual el honorable Tribunal Supremo de Venezuela decidió crear para tal supuesto (se trataba de imputar por dolo eventual un siniestro de tránsito que venía imputado por culpa) una pena intermedia entre la prevista para el homicidio intencional simple y el culposo (creación judicial libre de derecho penal, discutible que sea *in bonam partem* porque ante la imprevisión de pena legal procede la absolucón), considerándose que aún en Venezuela se discute si el código penal prevé o no el dolo eventual porque define el dolo como “intención” (Ferreira de Abreu, 2010).

2.6.2. Línea de la Pena Disminuida

Se puede interpretar de Sotomayor y Gallego (1999) que pese a la equiparación punitiva entre dolo directo y eventual contemplada por el artículo 22 de la legislación penal nacional del año 2000, no puede afirmarse que desde el contenido del injusto (Velásquez, 2009) nos encontramos ante dos situaciones jurídicas idénticas, toda vez que dogmáticamente resulta claro que los supuestos del dolo directo resultan más graves que los del dolo eventual, por lo que se hace necesario pensar en una atenuación de la pena para este último.

Así mismo y no obstante la aparente unanimidad doctrinal comentada *supra* por Díaz Pita (2010) sobre que las conductas realizadas con dolo eventual merecen la misma pena que las conductas directamente dolosas, Bustos (1984) propone una

excepción al defender la estructura no dolosa del dolo eventual, caracterizándola como una forma agravada de imprudencia, señalando que no hay justificación alguna material para asimilar los casos del llamado dolo eventual con los del dolo, toda vez que si la destrucción intencional de bienes jurídicos y la puesta en peligro más allá de lo permisible se diferencian entre sí, merecerán también diferente respuesta por parte del ordenamiento jurídico, como de hecho ocurre en la práctica: la penalidad asignada a los comportamientos realizados dolosamente es sensiblemente más grave que la penalidad con la que se puedan conminar los comportamientos imprudentes.

Por su parte Ferré y otros (2010) señalan que desde un punto de vista valorativo el injusto que se realiza con dolo eventual es algo menor que el de aquel que actúa con dolo directo, y algo mayor que el que lo hace con culpa consciente, motivo por el cual algunos autores consideran el dolo eventual como una forma de dolo “atenuada” o “debilitada”, sin consecuencias penológicas (Roxin, 2004) o postulando efectivamente una rebaja de la pena a imponer (Luzón, 2016). La postura de Roxin (2004) referencia que sólo si se considera que el dolo eventual contiene todo aquello que permite hablar de dolo puede legitimarse que a un caso de dolo eventual se le pueda aplicar la misma escala penal que a un caso de dolo directo, pero que si, en cambio, se ve en el dolo eventual una forma “debilitada” de dolo, esta legitimación pasa a ser dudosa, o al menos difícilmente compensable con meras ponderaciones en el ámbito de la determinación de la pena.

Sobre la postura anunciada de Luzón (2016), efectivamente este señala que el dolo eventual supone, en cuanto desvalor (subjetivo y objetivo de acción), una gravedad del injusto algo menor que las formas de dolo directo, al ser también menos intensa la voluntad, y además inferior la peligrosidad *a priori* que en dolo directo de 2º grado (donde hay conciencia de la seguridad de producción del hecho) y que en el directo de 1º grado por regla general (ya que en este el sujeto pone todo de su parte para lograr el fin), lo que puede ser tenido en cuenta en los tipos que no distinguen clases de dolo mediante la determinación de la pena, y por excepción, en algunos tipos la

menor gravedad frente al dolo directo ya es tenida en cuenta por la propia ley, castigando sólo la comisión con dolo directo, o al menos creando un tipo agravado para el supuesto de dolo directo y otro más benigno para el dolo eventual.

2.6.3. Línea de la Pena Mixta Indirecta

Velásquez (2009) al señalar que la división entre dolo directo y dolo eventual solo cumple un contenido académico que no se refleja en la penalidad, aconseja también que desde el punto de vista político criminal esta debería hacerse, pero que sin embargo, puesto que el legislador normalmente señala las penas al indicar unos máximos y unos mínimos dentro de los que debe moverse el juzgador, además de que se indica como criterio de dosificación “la intensidad de dolo” (Art. 61-3 del Código Penal del año 2000) (Navas, 2000), no cabe duda que el distingo tiene repercusiones en este ámbito.

En esta misma línea de pensamiento punitivo parecen coincidir y ubicarse los planteamientos esgrimidos por Fernández Carrasquilla (2012) cuando señala que a pesar de que la ley penal colombiana no asigna diferentes consecuencias punitivas según que el dolo sea directo o eventual, toda vez que la concepción mayoritaria apunta a señalar que la forma de imputación subjetiva es la misma (dolo) y el marco penal es idéntico, esto no impide que el juez registre su intensidad mayor o menor para efectos de tasar la pena en cada caso concreto dentro de ese marco legal, de conformidad con el citado artículo 61-3 del Código Penal vigente (intensidad del grado de participación interna).

Capítulo 3

LA PUNIBILIDAD EN EL ESTADO SOCIAL Y CONSTITUCIONAL DE DERECHO DE COLOMBIA

Este capítulo pretende suministrar a la investigación de un marco teórico que contenga las bases conceptuales necesarias sobre el ejercicio de la pena estatal en el horizonte específico del Estado Constitucional de Derecho nacional, ejercicio académico que se da en clara perspectiva de situar el problema de investigación planteado dentro de un coherente grupo de conocimientos jurídicos que guíen y acerquen el proceso letrado hacia la tradición teórica que se asumirá y por ende al conocimiento necesario que permita validar la hipótesis planteada, en el sentido de poder fundamentar de forma posterior una diferenciación disminuida en la punibilidad del dolo directo y el eventual en Colombia.

3.1. EL ESTADO SOCIAL Y CONSTITUCIONAL DE DERECHO

3.1.1. Estado de Derecho

Por “Estado de Derecho” en términos expresados por Falcón (2005), puede entenderse “aquella construcción del Estado en la que el poder se somete a la ley, al Derecho”. Villar (1996) por su parte señala que el concepto, tal como se le conoce hoy, nace en el ámbito jurídico-político alemán entre los siglos XVIII y XIX y tiene un origen claramente liberal, teniendo como tarea el aseguramiento de la libertad y propiedad del ciudadano y como objeto la promoción del bienestar del individuo, para de esa manera, conformar su carácter como “ente común” (*res publica*).

Si bien la mencionada noción del Estado de Derecho, complementa Villar (2007), tiene ancestros que pudieran llevarnos hasta la antigüedad griega y romana y la Edad Media, lo mismo que manifestaciones de la época de la Ilustración, sólo puede

decirse que se precisa a partir de la obra del alemán Robert Von Mohl (1872), quien determina entre las formas de Estado, el Estado de Derecho “de los tiempos modernos” señalando que “su esencia se sitúa en el hecho que protege y estimula el desarrollo de todas las fuerzas naturales, desarrollo reconocido por el pueblo como objetivo de la vida del individuo y el conjunto de la sociedad”. En interpretación a Falcón (2005), puede considerarse que el Estado de Derecho adopta distintas versiones a lo largo de la historia, desde el Estado Liberal de Derecho decimonónico, pasando por el Estado Democrático de Derecho, hasta llegar, a modo de síntesis y para todos los efectos del presente documento al actual Estado Social y Constitucional de Derecho consagrado entre muchas otras Cartas del mundo, por la Constitución Política de Colombia del año 1991.

3.1.2. Estado Social de Derecho

La aparición del Estado Social da inicio posteriormente al concepto de Estado Social de Derecho, categoría que fue introducida por el jurista alemán Hermann Heller (1987), quien en el año de 1930 plantea la tesis al formular la alternativa entre Estado de derecho y dictadura, en el entendido que el Estado de Derecho es insuficiente para hacer realidad el principio formalmente consagrado de la igualdad, pues el legislador no tiene en cuenta, dentro de tal Estado, las relaciones sociales de poder, convirtiendo así el derecho en una expresión de los más fuertes, proponiéndose entonces el Estado Social de Derecho el cual favorece la igualdad social real. Al respecto Villar (2007) comenta que esta situación trae como consecuencia la obligación de proteger derechos tales como el del empleo, el del arrendatario, el de la mujer y la juventud, el de seguridad social y asistencia médica, el de educación, etc., partiendo su aplicación desde principios como el de la dignidad humana, la igualdad, la prohibición de discriminación, la protección de la familia, el derecho a la vivienda, a la educación, obligación, entre otros.

Es de señalar que la intervención estatal general se dirige en términos textuales de Mir Puig (1994) a “crear condiciones que favorezcan la vida del individuo”, por lo

que parafraseando a López (2001), se profundiza en los derechos humanos legitimándose de este modo la acción punitiva sobre una base democrática y participativa que reconoce una finalidad garantista al Derecho Penal, por lo que el fundamento del castigo sale de la mera esfera normativa criminal en la que se encontraba, para posar su clara atención en valores supremos legítimos que se objetivizan a través de los principios constitucionales y que a su vez limitan la facultad sancionatoria, en el real entendió que el derecho de penas ya no puede seguirse sosteniendo solo en el principio de legalidad plasmado en la ley, sino que debe mirar siempre las premisas superiores como pilar de garantía, cimentados epistemológicamente en el postulado dogmático de la dignidad humana, condición de la que no puede despojarse el hombre en ninguna circunstancia, pues aún bajo el estigma de haber delinquido, dentro del sistema penal será sujeto de derechos y no objeto de sanción, evitando de esta manera cualquier forma de totalitarismo.

Con base en las anteriores premisas, comenta Falcón (2005) que si el Derecho criminal liberal permitió atribuir a la pena tanto una función de prevención como de retribución, el Derecho penal del Estado social no podía sino conferir a la pena la función de prevención, de lucha contra el delito, de combate de la delincuencia para frenar eficazmente, en el terreno de los hechos, una criminalidad que iba en aumento a lo largo del siglo XIX, siendo esta la etapa de la prevención especial, propia de la Escuela positiva partidaria de las medidas de seguridad más que de las penas, reconociéndose en primer lugar, que el principio intervencionista, característico de este tipo de Estado, podía conducir a un Derecho penal mucho más preocupado por su propia eficacia que por servir a todos los ciudadanos y a la sociedad, y en segundo lugar, que la pena a veces se constituía en un arma del Estado esgrimida contra el conglomerado, produciendo eficacia, sí, pero también “terror” penal, por lo que para evitar este riesgo, la sanción penal debía someterse a unas claras instrucciones de uso y funcionamiento contenidas en la Carta.

Borja (2001) comenta que la pena del Estado intervencionista se diferencia en algunos aspectos de la que ha plasmado el Estado Liberal conforme a su ideario,

en el entendido, primero, que de esta última forma, si los poderes públicos tienen encomendada la misión de garantizar las libertades formales de los ciudadanos y tutelar el respeto de las reglas de juego que marca la libre competencia en una economía de mercado, su actuación ante el fenómeno criminal es eminentemente represiva, es decir, recurrirá a la sanción penal una vez que el delito ya haya lesionado o puesto en peligro los bienes jurídicos tutelados relevantes para la convivencia humana, por lo que en cambio, en un Estado intervencionista, el propio poder público debe actuar como agente en la misma raíz del problema para intentar aportar la correspondiente solución, de ahí que no sea suficiente siempre “esperar” a que el hecho criminal haya atacado a la persona, bienes o derechos individuales, sino que tendrá que proteger a los ciudadanos y a la propia comunidad desde “antes” de que el delito se manifieste.

Es así como Borja (2001) explica que la clara concepción del Estado como Social implica otorgarle una función político criminal a la pena, teniendo esta labores de prevención del delito, toda vez que la criminalidad se contempla como problema social y el poder público está comprometido a resolver los conflictos que afectan al interés general para propiciar el desarrollo y el progreso de la comunidad, por lo que bajo esta clara perspectiva, la pena es concebida como uno más de los instrumentos de la política social encaminada a la prevención de los delitos para lograr así un mayor bienestar de la ciudadanía, aclarándose eso sí, que en el Estado social la intervención punitiva frente al fenómeno criminal no puede consistir en una mera retribución del hecho por el mal causado o una simple prevención general a través de la intimidación que supone para la ciudadanía la existencia de la pena, sino que el Estado está en el deber de reintegrar al individuo a la comunidad y evitar así la futura comisión de delitos, de ahí que desde la propia Constitución se ponga gran énfasis en la prevención especial a través de la resocialización como mecanismo que justifica la existencia de la pena.

3.1.3. Estado Constitucional de Derecho

Según Ortiz (2006), la denominación de “Estado Constitucional” se emplea para identificar un determinado modelo de Estado de Derecho, como aquel en que la Constitución Política alcanza una primacía cualificadora y un “carácter” prevalente, respecto sobre todo a los fines estatales y a las relaciones con los derechos de los ciudadanos en general, donde se cambia el paradigma de la primacía normativa por el de la supremacía de la Constitución Política. Para Arrieta (2009), el Estado Constitucional o proceso de constitucionalización del derecho se refiere al “fenómeno jurídico según el cual el ordenamiento legal de un país y por tanto el derecho en sí mismo considerado, debe estar regido en su interpretación y aplicación por la Constitución”.

En términos de Alexy (1993), el objetivo del proceso de constitucionalización del derecho no fue sino “el impulso básico del constitucionalismo contemporáneo, esto es, la real consolidación de modelos de Estado donde existe una constitución democrática que está por encima de las demás normas y que establece auténticos límites jurídicos al poder para la garantía de los derechos fundamentales”. Díaz (1992) explica en su caracterización del Estado de Derecho, que este incluye la garantía y la seguridad de los derechos fundamentales como una de sus calidades básicas, señalando Londoño y otros (2013) que desde la visión de Ferrajoli (2003), sin embargo, el amplio discurso de los derechos fundamentales aparece como característico de lo que él llama Estado Constitucional de Derecho, en donde tanto los denominados derechos fundamentales como los principios constitucionales son paradigmas que definen la validez del ordenamiento jurídico, por lo que en esta última forma de Estado existe una Constitución vinculante en lo formal y en lo sustancial.

Bajo la anterior perspectiva y según comenta Añon (2002), entre los contenidos de la Constitución Política los derechos fundamentales son la pieza fundamental, ya que este nuevo paradigma atribuye a los mismos el papel de ser la justificación más

importante del Derecho y del Estado y por tanto puede llevar a interpretar que ahora el Estado no es sino un claro instrumento de tutela de los mismos y como tal fundamento impone fines y objetivos que deben ser realizados (Ferrajoli, 1995), por lo que en perspectiva del mismo Añon (2002), uno de los rasgos que mejor podría llegar a definir y caracterizar el Estado Constitucional de Derecho es la clara orientación a la protección de los derechos al margen o incluso por encima de la ley, en el específico entendido que no se trata de la eficacia de los derechos en la medida y en los términos marcados en la ley, sino de la directa eficacia de los derechos en la medida y en los términos establecidos en la Constitución (Liborio, 1998).

3.1.4. Modelo de Estado de Colombia

El día 4 de julio del año 1991 entró en vigencia la actual Constitución Política de Colombia, documento que en palabras de la Corte Constitucional a lo largo de su jurisprudencia constante, “recoge ampliamente los postulados normativos propios del modelo de Estado Social de Derecho”, circunstancia que se comprueba no solo al repasar lo consagrado en la lista de los principios y de la Carta de derechos, sino también en la organización del aparato estatal, siendo su artículo 1º no solo un importantísimo precedente para el contexto del constitucionalismo colombiano, sino la clave normativa que irradia todo el texto fundamental (Corte Constitucional de Colombia, T-406, 1992). Dicho artículo refiere textualmente:

“DE LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES

ARTICULO 1. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.”

Del anterior artículo se deriva, en primer lugar, que la acepción “Estado de Derecho” se refiere en términos igualmente jurisprudenciales a que la actividad del Estado está regida por las normas jurídicas, es decir que se ciñe al Derecho, y segundo, que con el término “social” se señala que “la acción del Estado debe dirigirse a garantizarle a los asociados condiciones de vida dignas, es decir, con este concepto se resalta que la voluntad del Constituyente en torno al Estado no se reduce simplemente a exigir de éste que no interfiera o recorte las libertades de las personas, sino que también exige que el mismo se ponga en movimiento para contrarrestar las desigualdades sociales existentes y para ofrecerle a todos las oportunidades necesarias para desarrollar sus aptitudes y para superar los apremios materiales, adicional a que la definición del Estado colombiano como democrático entraña entre otros muchos otros importantes aspectos, que la voluntad de las mayorías no puede llegar al extremo de desconocer los derechos de las minorías ni los derechos fundamentales de todos los individuos” (Corte Constitucional de Colombia, SU-747, 1998).

En relación con dicho modelo de Estado, igualmente la jurisprudencia ha hecho referencia a 3 conceptos que se relacionan directamente, siendo estos los valores, los principios constitucionales y los derechos fundamentales. Frente a los *valores*, el Tribunal constitucional ha indicado que representan el catálogo axiológico a partir del cual se deriva el sentido y la finalidad de las demás normas (Corte Constitucional de Colombia, T-406, 1992). Sobre los *principios constitucionales*, la Corte Constitucional ha reconocido que estos consagran prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida y, en consecuencia, expresan normas jurídicas para el presente (Corte Constitucional de Colombia, C-1287, 2001). Y en relación a los *derechos fundamentales*, la jurisprudencia ha señalado que existe una nueva estrategia para el logro de la efectividad de los mismos, cual es la coherencia y la sabiduría de la interpretación y, sobre todo, la eficacia de los derechos que está asegurada por la Corte Constitucional (Corte Constitucional de Colombia, T-406, 1992).

Bermúdez y Morales (2012) interpretan que el modelo de Estado Social de Derecho implementado en Colombia se muestra como un Estado de tipo eminentemente democrático, donde se reconocen ampliamente los derechos individuales y colectivos (económicos, sociales, culturales), con la clara propuesta de la propiedad privada, pero sin obviar su importante función social, más la intervención del Estado en todos los asuntos de orden públicos y privados, ya que es él quien normaliza las acciones que se dan entre el gobierno y el ciudadano, para lo que se requiere una serie de requisitos como condición esencial para que este pueda darse, siendo estos en primer lugar, la creación de diferentes órganos independientes del poder del Estado, así como mecanismos esencialmente democráticos para la elección de la titularidad en los órganos de poder en los cargos públicos que así lo contemplen, poder institucionalizado y normas jurídicas (Estado de Derecho) creadas con la finalidad de integrar el Estado con toda la sociedad, siendo la integralidad de la nueva Constitución Política, como norma rectora y eje transversal de supremacía según su artículo 4º, la determinante de la conducta jurídica y de toda construcción normativa en el sentido de que establece claras normas para el correcto funcionamiento de lo que se conoce como modelo de “Estado Constitucional de Derecho”.

3.1.5. Supremacía de la Constitución

La Constitución Política de 1991 en su primer artículo declara que Colombia es un “Estado de Derecho y social”, en el entendido que la actividad del Estado está regida por las normas jurídicas, es decir que se ciñe al derecho, declarando la misma Carta en su artículo 4º que la norma jurídica fundamental es la Constitución Política, lo cual implica que toda la actividad que despliegue el Estado debe realizarse dentro del marco de la última, hablándose en esta situación y bajo términos jurisprudenciales, de un “Estado Constitucional de Derecho” (Corte Constitucional de Colombia, SU-747, 1998). El artículo 4º mencionado recurrentemente refiere textualmente:

“ARTICULO 4. La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.

Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades.”

La supremacía de la Constitución Política sobre el resto de prescripciones del sistema de derecho colombiano es un principio estructurante del orden jurídico, toda vez que en términos jurisprudenciales “el conjunto de prescripciones que integran el derecho positivo se ordenan en un sistema normativo, en virtud de la unidad y coherencia que le imprimen los valores, principios y reglas establecidas en la Constitución, o lo que es lo mismo, el orden jurídico de la sociedad política se estructura a partir de la Carta Fundamental” (Corte Constitucional de Colombia, C-415, 2012), por lo que “en el Estado de Derecho la Constitución se erige en el pilar de todo el sistema normativo, en el orden político y jurídico fundamental de la sociedad. La noción de supremacía de la Constitución surge a partir de este cuerpo normativo que contiene los principios, los valores, las reglas, los deberes y los derechos que imprimen unidad, coherencia y validez al resto de las disposiciones jurídicas de carácter vinculante” (Corte Constitucional de Colombia, C-560, 1999). En relación con el concepto de supremacía constitucional referido, el Tribunal constitucional nacional (Corte Constitucional de Colombia, C-400, 2013) ha señalado textualmente (está en negrilla en el texto original):

“...la Constitución como fuente suprema del ordenamiento jurídico ocupa el más alto rango dentro de la pirámide normativa y a ella debe estar subordinada toda la legislación.

(...)

“La posición de **supremacía** de la Constitución sobre las restantes normas que integran el orden jurídico, estriba en que aquélla determina la estructura básica del Estado, instituye los órganos a través de los cuales se ejerce la autoridad pública, atribuye competencias para dictar normas, ejecutarlas y decidir conforme a ellas las controversias y litigios que se susciten en la sociedad, y al efectuar todo esto, funda el orden jurídico mismo del Estado. La Constitución se erige en el marco supremo y último para determinar tanto la pertenencia al orden jurídico como la validez de cualquier norma, regla o decisión que formulen o profieran los órganos por ella instaurados. El conjunto de los actos de los órganos constituidos -Congreso, Ejecutivo y jueces- se identifica con referencia a la Constitución y no se reconoce como derecho si desconoce sus criterios de validez. La Constitución como **lex superior** precisa y regula las formas y métodos de producción de las normas que integran el ordenamiento y es por ello ‘**fuelle de fuentes**’, **norma normarum**. Estas características de **supremacía** y de máxima regla de reconocimiento del orden jurídico propias de la Constitución, se expresan inequívocamente en el texto del artículo 4.’

Las consecuencias que se derivan del principio de supremacía apuntan no sólo al reconocimiento de una norma jurídica como piedra angular filosófico-política que rige todas las actividades estatales y a la cual están subordinados todos los ciudadanos y los poderes públicos, sino que legitima además las normas jurídicas que se expidan congruentes con ella. Dicho de otro modo: la Constitución es norma fundante en una dimensión tanto axiológica (v. gr. establece principios, derechos fundamentales y pautas interpretativas), como instrumental (proporciona los mecanismos para lograr armonía y coherencia en la aplicación de la Constitución)...”

Es de referenciar que el concepto de la supremacía constitucional fue elaborado a nivel teórico principalmente por Kelsen (1974), quien en su obra *La Teoría Pura del Derecho*, explica que el ordenamiento jurídico se organiza normativamente en una jerarquía, por lo cual debe tener un punto de partida que lo fundamente, encontrando esta base en la Constitución, por lo que se puede afirmar que la Constitución es ley fundamental en primer lugar porque define el sistema de fuentes formales del derecho, y en segundo término y tal como asegura García de Enterría (1985), por tener una pretensión de permanencia, o de base estable de la organización de un Estado.

3.2. DOGMÁTICA DE LAS SANCIONES PENALES

3.2.1. Concepto de Pena

Tal como afirmara en su momento Sandoval Huertas (1998), la más antigua y muy juiciosa noción sobre la pena proviene de Beccaria (1764) quien la concibió como un “estorbo político” que pretende interponerse en el proceso de aparición de la conducta delictiva, “sin destruir la causa impelente”, empero y en claro sentir de Arboleda y Ruiz (2002), “prácticamente todos los autores posteriores al marqués italiano, han soslayado aquella concepción y, antes bien, con un criterio bastante diferente, coinciden en afirmar que la pena es un perjuicio (empleando ésta o alguna expresión muy próxima: mal, castigo, disminución, etc) que el Estado irroga al individuo o persona declarada penalmente responsable”. A nivel interno, el Maestro Reyes Echandia (1976), a su vez considera como pena en sentido jurídico “la coartación o supresión de un derecho personal que el Estado impone a través de su rama jurisdiccional a sujeto imputable que ha sido declarado responsable de infracción penal”.

Por su parte Fernández Carrasquilla (2012a) refiere que una tradición que se remonta a Grocio define la pena estatal, esquemáticamente, como un “mal que se inflige a una persona como consecuencia de una mala acción”, siendo un “mal”

porque implica daño a los bienes jurídicos del que la recibe y es “consecuencial” porque tiene necesariamente como presupuesto la realización culpable del un injusto típico, esto es, de un delito, tratándose pues, de una reacción institucional y formalizada que representa frente al delito una consecuencia característicamente sancionatoria de derecho público, consistiendo la pena en otras palabras, en un daño que se inflige institucionalmente a bienes jurídicos de la persona que cometió la conducta punible como reacción que debe ser proporcional al daño social de ésta.

Para Velásquez (2009), la pena es “la privación o restricción de bienes jurídicos impuesta por el órgano jurisdiccional competente mediante sentencia en firme a la persona que ha realizado un delito, acorde a las pautas legales correspondientes”, siendo tarea básica de la pena la protección de los bienes jurídicos, pues sin ella como medio de reacción jurídico penal la coexistencia humana en sociedad sería impensable, no obstante ello no significa que sólo se reduzca a fines preventivos. Es de resaltar de esta definición que cuando el autor refiere que la pena debe hacerse con *las pautas legales correspondientes*, el mismo hace referencia a que la actividad del juzgador se encuentra demarcada por el legislador, de tal manera que este debe observar toda una serie de postulados surgidos de las bases constitucionales del Estado Social de Derecho conformado democráticamente, y tener siempre como guía suprema el respeto a la dignidad de la persona humana, la legalidad, la seguridad jurídica y, sobre todo, el axioma de necesidad de pena o necesidad de intervención.

3.2.2. Características Constitucionales de la Pena

Señala Velásquez (2009) que como resultado de la definición anterior, así como de los diversos postulados superiores que la inspiran, se le puede atribuir a la pena las siguientes notas distintivas que la diferencian de otras sanciones imponibles en el ordenamiento jurídico:

- *Humana*

El Derecho Penal se inspira en el principio de dignidad de la persona humana, verdadera columna vertebral del Estado Social y Constitucional de Derecho, lo que en la práctica implica el respeto a la integralidad del ser humano, esto es, el imperativo según el cual se debe preservar a toda costa la indemnidad personal o la incolumidad de la persona como ser social (principio de humanidad, propiamente dicho), de tal manera que los medios utilizados por el legislador, para el caso, la pena, no atenten contra la dignidad concreta del individuo y se conviertan en un instrumento de sometimiento y desigualdad, lo que explica la prohibición de sanciones penales consistentes en tratos crueles, inhumanos y degradantes, así como la proscripción de la desaparición forzada, la erradicación de los apremios, las coacciones, las torturas, etc. (Constitución Política, arts. 1º, 5º, 12, 16, 28 y 34) y por su puesto la erradicación de la pena de muerte (Constitución Política, art. 11);

- *Legal*

El castigo debe sujetarse en todo al principio de legalidad de los delitos y de las penas (el más importante límite formal al ejercicio de la actividad punitiva del Estado) que, para el caso, comprende esta última expresión de dicho apotegma *nulla poena sine lege*, tanto en el plano de las prerrogativas o privilegios sustanciales, procesales como de ejecución penal, recordándose que estos privilegios han sido explícitamente reconocidos por el ordenamiento jurídico superior (Constitución Política, arts. 1º y ss., y 29, inc. 2º);

- *Determinada*

Como la pena está presidida por el postulado de determinación, de certeza o de taxatividad, el legislador está compelido a consignar en la ley sanciones penales claramente determinadas en lo que toca con su clase, duración, cantidad, monto, etc, lo que implica que las penas tienen que ser expresas, precisas, manifiestas, concretas, para que no haya duda alguna en lo atinente a sus alcances y contenidos (Constitución Política, art. 29);

- *Igual*

El castigo se aplica a todos los infractores de la ley penal, sin hacer distinciones de ninguna naturaleza en consideración a su edad, clase social, sexo, raza, etc., toda vez que este atributo de la pena estatal, sin duda, es una emanación del principio de igualdad material ante la ley penal (Constitución Política, art. 13);

- *Proporcional*

Según el postulado más general de la prohibición de exceso, la pena debe corresponderse con la gravedad y entidad de la conducta punible cometida, de tal manera que las sanciones graves se destinen para los delitos más atroces, y las más leves, para los de menor rango (Constitución Política, arts. 1º, 2º, 5º, 6º, 11 a 13);

- *Razonable*

La sanción penal imponible en el caso concreto debe ser fruto de una tarea de determinación judicial ajustada a las leyes de la prudencia, el equilibrio, la moderación y la sensatez, como que el derecho penal está inspirado en el principio de la razonabilidad (Constitución Política, arts. 1º, 5º, 11, 12, 16, 28, 29 y 34);

- *Necesaria*

En el seno de un derecho penal de garantías, inspirado en el respeto a la dignidad de la persona humana y dentro del marco trazado por el principio más general de la necesidad de intervención penal mínima o de necesidad (que postula que el derecho penal solo tutela aquellos derechos, libertades y deberes que sean imprescindibles para el mantenimiento y conservación del orden jurídico, frente a aquellos ataques que se realizan contra este considerados como los más intolerables), la sanción penal imponible solo puede ser aquella que sea indispensable para concretar en la realidad el programa político criminal que el legislador ha diseñado, y la que reporte

un mínimo daño posible para el penado, todo ello inscrito en el marco de la prevención de nuevos delitos (Constitución Política, arts. 1º, 2º, 5º y 12);

- *Judicial*

Como producto de que el derecho penal propio de un Estado Social y Constitucional de Derecho tiene que estar asentado sobre el postulado del Juez constitucional, legal o natural (límite formal al ejercicio de la potestad punitiva estatal), la imposición de la pena está reservada a los órganos jurisdiccionales competentes, a los tribunales de justicia debidamente constituidos, que deben aplicarla solo cuando medie la comisión de una conducta punible del agente, con lo que se mantiene las bases del orden jurídico y se logra el aseguramiento de la vida comunitaria, recordándose además que la imposición de la pena se debe hacer con base en el rito procesal ordinario, brindándole al reo la posibilidad de disfrutar de todas las garantías procesales (Constitución Política, art. 29, inc. 2º);

- *Individual*

Como la pena estatal es estrictamente personal y solo puede alcanzar a quien ha transgredido la ley penal en su calidad de autor o partícipe, más no terceros, así se encuentren ligados con el sujeto activo del comportamiento punible por vínculos de amistad, crédito político o religioso, sangre, afectos, etc., como lo impone el principio de culpabilidad o de responsabilidad subjetiva, lo que en otras palabras implica que la pena no puede trascender de la persona del delincuente (Constitución Política, arts. 6º, 16 y 29, inc. 2º);

- *Irrevocable*

La imposición de la pena está presidida por la idea de permanencia, de duración, de persistencia, en cuya virtud, una vez impuesta la sanción, debe cumplirse estrictamente sin que, en principio y salvo ciertos mecanismos mediante los que se

posibilita dicha situación, sea susceptible de revocación, modificación o suspensión (Constitución Política, art. 29, inc. 2º); y

- *Pública*

La imposición de las consecuencias jurídicas está presidida por la idea de difusión, de comunicación de ese hecho tanto al reo como a los asociados, por eso, desde la época del pensamiento penal ilustrado, se ha proclamado la necesidad de que las sanciones se hagan públicas, conocibles, de tal manera que no solo la opinión pública pueda enterarse del comportamiento de sus jueces, sino también el directamente afectado a quien se le debe notificar en debida forma para que pueda impugnar la decisión que las contiene en ejercicio de los recursos previstos al efecto por la ley procesal penal (Constitución Política, art. 29, inc. 2º).

Tomando en cuenta estas características constitucionales, Fernández Carrasquilla (2012a) infiere que a nivel interno y metodológicamente el código penal del año 2000 hace una nueva presentación o reordenación de las normas rectoras, al enunciar primero los principios relativos a las sanciones penales y las normas rectoras relacionadas con las funciones de las penas y las medidas de seguridad (Artículos 3, 4 y 5) y posteriormente los principios rectores de estricta legalidad y de igualdad (artículos 6 y 7) y la enunciación de los principios de acto, antijuricidad y culpabilidad (artículos 9 a 12). Así mismo, se puede deducir que el legislador en el artículo 34 *íbidem* acogió la partición que atiende a la importancia o rango interno de las penas, de ahí que señale separadamente que las penas que se pueden imponer con arreglo al código son principales, sustitutivas y accesorias privativas de otros derechos cuando no obren como principales.

3.2.3. Principios de las Sanciones Penales

Señala igualmente Fernández Carrasquilla (2012a) que al tenor del artículo 3º del código penal del año 2000, la imposición de las sanciones penales en Colombia

está regida por los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad (*nullum crimen sine necessitate*), tratándose sin duda de la implantación en el derecho penal positivo de los principios regulativos de la intervención de los derechos fundamentales que provienen de la Constitución y de la jurisprudencia constitucional, la cual ha señalado en relación con el referenciado artículo 3º que en el ejercicio de la facultad punitiva del Estado “el legislador debe propender a la realización de los fines sociales del Estado, entre ellos, los de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y de asegurar la vigencia de orden justo” (Corte Constitucional de Colombia, C-070, 1996).

- *Principio de Necesidad*

Afirma Pabón (2013) que se habla de la necesidad de las sanciones penales en lo tocante a su aptitud concreta para proteger determinado bien jurídico (orden preventivo general) y su eficacia para el cumplimiento de los fines esenciales de la pena (orden preventivo especial), misma que se determina por su correlación con toda la gama de mecanismos de control y contención de que se dispone en el ordenamiento jurídico vigente, por lo que en materia penal específica y en claros términos de la jurisprudencia, “la potestad legislativa de tipificación está sometida al control constitucional de las medidas, según la aptitud para la protección del bien jurídico tutelado, la necesidad de esa protección específica en contraste con otros medios preventivos igualmente idóneos y menos restrictivos de la libertad, o lo que puede significar lo mismo o complementar lo anterior, que el concreto principio de necesidad debe siempre entenderse en el marco de la prevención y conforme a las instituciones que la desarrollan” (Corte Constitucional de Colombia, C-070, 1996).

- *Principio de Proporcionalidad*

Afirman Arboleda y Ruiz (2002) que el principio de proporcionalidad de las sanciones penales tiene que ver con su graduación adecuada a la gravedad del

delito (lesividad de la conducta) y a la culpabilidad de su autor, aspectos que debe tener en cuenta el juez al momento de imponer la sanción penal, haciendo en todo caso una aplicación limitada de dicho principio, por virtud de que el legislador ha graduado de alguna forma las penas correspondientes a las conductas descritas como criminales mediante su tipificación legal. Al respecto la Corte Constitucional de Colombia ha señalado que “sólo el uso proporcionado del poder punitivo del Estado, esto es acorde con el marco de derechos y libertades constitucionales, garantiza la vigencia del orden social justo, fundado en la dignidad y la solidaridad humana, postulado del cual se puede inferir que el principio de proporcionalidad presupone la ponderación de bienes jurídicos constitucionales, sopesamiento que asume la forma de un juicio de proporcionalidad de los medios” (Corte Constitucional de Colombia, C-070, 1996).

Sobre dicho principio refiere Pabón (2013) que la proporcionalidad en cuanto característica y fundamento de la consecuencia penal (pena), se entiende como el imperativo normativo de adecuar la sanción a la real gravedad de la conducta realizada y a la responsabilidad del autor, postulado que también atiende al ejercicio del *ius puniendi*, en congruencia con el conjunto de derechos y libertades constitucionales, por lo que la proporcionalidad debe establecer una jerarquización de los bienes jurídicos protegidos penalmente, la cual tiene origen o fundamento constitucional, por lo que la desproporcionalidad de la pena tan sólo deviene ilegítima, si se verifica en perjuicio del sentenciado, lo que lleva a señalar que el principio guarda estrecha relación con el respeto a la dignidad de la persona, pues serán inhumanas las penas que no guarden proporción con la importancia y trascendencia de la lesión al orden jurídico, en referencia específica a la ubicación jerarquizada del bien tutelado, y la consecuente responsabilidad del agente (Bacigalupo, 1984).

De Cita y González (2017) se puede inferir que de las diferentes teorías jurídicas existentes, las Teorías de la Unión de la Pena (las cuales pretenden conciliar la necesidad o utilidad de la pena con su justicia) son las que en mayoría legitiman la

sanción penal en un Estado Social de Derecho, toda vez que “defienden el propósito de dar siempre un fin mayor a la pena, por lo que se basan tanto en la prevención general como en la prevención especial, despreciando los fines meramente retributivos y fijando un límite más o menos abstracto a las sanciones penales, tazado en razón de algunas condiciones, esto es, que el principio de proporcionalidad, más que buscar una adecuación entre el crimen y su sanción, busca compaginar los mandatos constitucionales y el reconocimiento de los derechos humanos iguales para todos, con la pena que corresponde al autor de un delito”.

- *Principio de Razonabilidad*

Indican Arboleda y Ruiz (2002) que este principio, entendido como lo hace también la Corte Constitucional (Corte Constitucional de Colombia, C-566, 1993), tiene que ver con “la necesidad y la proporcionalidad de la sanción respecto de la gravedad del hecho punible y de la culpabilidad de su autor, y con la protección que con la norma punitiva se busca para determinados bienes jurídicos reconocidos constitucionalmente y merecedores de la drástica respuesta punitiva” y por ende lo razonable es lo constitucionalmente admisible, es decir, aquello que es compatible con los mandatos superiores de la Carta, por lo que debe perseguir una finalidad legítima que, para efectos de las sanciones penales, se encuentra primordialmente establecida por el objetivo de respetar el libre desarrollo de la personalidad, ofreciendo siempre al condenado las condiciones necesarias para que acepte como regla de vida, con beneficio propio y para la comunidad, el respeto por las reglas de convivencia, seguridad y solidaridad, principio que en términos de González Amado (2011) desemboca en que “una pena razonable es aquella que resulta proporcional y adecuada a los supuestos de hecho que la originan”.

En relación con estos básicos principios Fernández Carrasquilla (2012a) señala que la proporcionalidad funciona en la ley para la determinación del marco penal y de las circunstancias de la punibilidad por parte del legislador y en la sentencia para la

escogencia de la pena concreta dentro del marco legal, con los criterios dosimétricos que la propia ley suministra, siempre con un amplio margen de discrecionalidad para el juez, por lo que en cambio, los principios de necesidad y razonabilidad son más abstractos y subjetivos y su incidencia práctica parece muy limitada y como dispositivo directo o inmediato para prescindir de la pena sencillamente no existe, por lo que la necesidad y la razonabilidad son principios regulativos o criterios orientadores, pero no dan lugar a categorías dogmáticas distintas a las tradicionales.

3.2.4. Funciones de la Pena

Referencia Pabón (2013) que desde los albores de la ciencia penal la doctrina ha enunciado los siguientes fines o funciones de la pena: prevención general e individual, restablecimiento del orden social, eliminación de la venganza privada, rehabilitación del delincuente, aflicción del delincuente y retribución del mal causado, tratándose entonces, de determinar los fines inmediatos, objetivos y empíricos de la sanción penal. Para el derecho positivo colombiano, el artículo 4º del código penal del año 2000 enuncia como funciones de la pena la de prevención general (procurar evitar de forma general que se cometan nuevas conductas punibles), retribución justa (compensación por el daño causado), prevención especial (procurar evitar de forma especial que se cometan nuevas conductas punibles), reinserción social (readaptación del delincuente a la vida social) y protección al condenado (respecto del imperio del derecho, de la organización jurídica estatal y de todos los derechos del penado y de todos los coasociados), aclarándose por parte del legislador en el mismo articulado que la prevención especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión (López, 2000).

3.2.5. Clasificación de las Penas

Comenta igualmente Pabón (2013) que según sus manifestaciones externas o materiales, la naturaleza del derecho y la forma e intensidad que asume dicha limitación, las penas se clasifican en privativas de la libertad, restrictivas de la libertad, pecuniarias y privativas de otros derechos, organización doctrinal que se la puede aplicar tanto a la legislación proveniente de 1980 como a la sistemática adoptada por el nuevo código, toda vez que según el mismo autor, la primera estatuye la prisión y el arresto como privativas de la libertad, la restricción domiciliaria y la expulsión del territorio nacional como penas que, si bien no suprimen la libertad de locomoción, sí la limitan o restringen de alguna medida; la pena de multa es el prototipo de aquella que afecta los derechos patrimoniales del sentenciado y, finalmente, una gama de sanciones que restringen derechos diferentes a los de la libertad y patrimonio, tales como los derechos ciudadanos o políticos o las facultades inherentes a la libertad de trabajo.

Complementando su idea, Pabón (2013) aclara que por su parte el código de 2000 sistematiza de mejor manera las diferentes clases de penas que es posible imponer de acuerdo con el principio de legalidad imperante, ya que de acuerdo con el artículo 34 y en referencia a la forma de consagración normativa, a la gravedad de la sanción y, en sentido material, al grado de autonomía en el proceso de imposición y aplicación judicial, las penas se clasifican en principales, sustitutivas y accesorias privativas de otros derechos cuando no obren como principales. Según el artículo 35 de la obra penal, son penas principales la privativa de la libertad de prisión, la pecuniaria de multa y las demás privativas de otros derechos que como tal se consagren en la parte especial. Así mismo el artículo 36 *íbidem* (penas sustitutivas) establece que la prisión domiciliaria es sustitutiva de la pena de prisión y el arresto de fin de semana convertible en arresto ininterrumpido es sustitutivo de la multa, y el artículo 43 enlista una serie de medidas sancionatorias, previstas en su mayoría como accesorias por el código de 1980, que bien pueden asumir la categoría de principales.

3.3. DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN PENAL

En un Estado Constitucional de Derecho la lucha contra la criminalidad puede optar por definir el conflicto como un delito, desarrollándose de esta forma una “Política Criminal” (Zúñiga, 2001), siendo esta en consecuencia “un poder de definición que ejerce en exclusiva el Estado, facultad que no solo se refiere a la creación de la norma que define el hecho como delito, sino que seguidamente y si esta norma es infringida, a la definición del infractor como delincuente”, por lo que según Bustos y Hormazábal (2004), se deben distinguir dos momentos en este proceso: El momento de la creación de la norma o *criminalización primaria*, o de definición del delito, y el momento de aplicación de la norma o de *criminalización secundaria*, o de definición del delincuente. Los procesos de definición del delito y del delincuente según los mismos autores, residen formalmente en diferentes instancias del poder estatal, así, la *criminalización primaria* o definición del delito (*ius puniendi*) corresponde al Poder Legislativo, y la *criminalización secundaria* o de definición del delincuente (*ius persecuendi*), al Poder Judicial.

En similar sentido comentan Arboleda y Ruiz (2002) que la determinación de la pena o en términos de Velásquez (2009), de la sanción penal, se manifiesta por dos vías distintas: la legislativa y la judicial, siendo la segunda parte de la primera al regirse por el principio de legalidad punitiva, pudiéndose afirmar de manera preliminar y en este orden que: a)- La determinación legislativa de la pena tiene relación con la competencia y autonomía que tiene el legislador para definir, a través de la política criminal trazada estatalmente, la regulación del sistema de individualización concreta de la pena, tanto cuantitativa como cualitativa y operacionalmente, lo mismo que los factores y reglas que precisan el marco punitivo penal, y b)- La determinación judicial de la pena, por su parte, es el señalamiento de las mencionadas consecuencias jurídicas de la conducta, llevada a cabo por el juez, en atención a la naturaleza, gravedad y forma de ejecución, elegida de las diversas posibilidades previstas por el legislador.

3.3.1. Principio de Legalidad Punitiva

Tomando las ideas centrales expuestas por Mir Puig (1994), puede referirse que el principio de legalidad contemplado en los textos constitucionales y los diferentes pactos internacionales de derechos humanos establece determinadas exigencias para la imposición de una sanción penal ajustada a derecho, demandando 3 aspectos que conforman las garantías fundamentales de los ciudadanos, cuales son una *garantía criminal* que exige que el delito se halle determinado por la ley (*nullum crimen sine lege*), una *garantía penal* que requiere que la ley señale la pena que corresponda al hecho (*nulla poena sine lege*) y una *garantía jurisdiccional* (*nulla pena sine iudicio*) que señala el requisito de una sentencia y un procedimiento ajustado a una ley, lo que implica que en la elaboración y aplicación de normas penales, no basta con la simple promulgación de normas formalmente válidas, sino que, como afirman Bustos y Hormazabal (2012), es necesario que las leyes sobre procesos de criminalización se desprendan del Estado constitucional para que sean también materialmente válidas.

Comentan Arboleda y Ruiz (2002) que de este paradigma del Estado moderno surge pues el principio de requisito de la ley no solo para definir la conducta delictiva en el precepto, sino además la definición de la pena y su régimen de ejecución de la sanción, destacándose primero, que la obvia finalidad del principio es limitar el ejercicio del poder del Estado, posicionando a los individuos en términos de igualdad frente al poder y sólo obligados por objetivos mandatos estatuidos por el legislador, y segundo, que el principio de legalidad responde al concepto de despersonalización o impersonalidad del poder y al de legitimidad racional, toda vez que no se trata que el poder no sea ejercido por los hombres (cosa inevitable), sino que los hombres que ejercen el poder lo hagan ajustándose al orden jurídico establecido en las normas legales, lo que se traduce de forma metafórica en la afirmación de que impera la legalidad y no la voluntad exclusiva de los gobernantes, ya que todos los actos estatales en cuanto manden a hacer u omitir deben tener apoyo en forma mediata o inmediata en la ley.

3.3.2. Libertad de Configuración del Legislador

Tal como lo ha establecido la Honorable Corte Constitucional, “la selección de los bienes jurídicos merecedores de protección, el señalamiento de las conductas capaces de afectarlos, la distinción entre delitos y contravenciones, así como las consecuentes diferencias de regímenes sancionatorios y de procedimientos obedecen a la Política Criminal del Estado en cuya concepción y diseño se reconoce al legislador, en lo no regulado directamente por el Constituyente, un margen de acción que se inscribe dentro de la llamada libertad de configuración” (Corte Constitucional de Colombia, C-198, 1997).

Respecto de la libertad de configuración, la sentencia C-1404 de 2000 señaló que “...el Congreso cuenta con la potestad genérica de desarrollar la Constitución a través de la creación de normas legales; ello incluye, por supuesto, la facultad de legislar sobre cuestiones penales y penitenciarias. No obstante, [...] dicha libertad de configuración del legislador encuentra ciertos límites indiscutibles en la Constitución, la cual no le permite actuar arbitrariamente, sino de conformidad con los parámetros que ella misma establece”. Es decir, “se trata de una potestad suficientemente amplia, pero no por ello ilimitada; y en materia penal y penitenciaria, estos límites son particularmente claros, por estar de por medio derechos fundamentales muy caros para la persona humana, como lo son la libertad personal y el debido proceso, así como valores sociales tan importantes como la represión del delito o la resocialización efectiva de sus autores”.

Así mismo agrega la Corte en el fallo citado que “entre los principales lineamientos que han sido señalados por la jurisprudencia constitucional para la acción del Legislador en estas áreas, se encuentra aquel según el cual las medidas que se tomen deben estar orientadas por los parámetros de una verdadera Política Criminal y penitenciaria, que sea razonada y razonable, y en ese sentido se ajuste a la Constitución. Quiere decir esto, que en desarrollo de sus atribuciones, el Congreso de la República puede establecer cuáles conductas se tipifican como delitos, o

cuáles se retiran del ordenamiento; puede asignar las penas máxima y mínima atribuibles a cada una de ellas, de acuerdo con su ponderación del daño social que genera la lesión del bien jurídico tutelado en cada caso” (Corte Constitucional de Colombia, C-1404, 2000).

3.3.3. Determinación Legislativa de la Pena

Señala el maestro Fernández Carrasquilla (2012a) que la determinación legislativa de la pena o proceso de criminalización primaria en los términos de Bustos y Hormazábal (2004), se entiende “como un proceso anterior y necesario a la individualización o concreción punitiva en la fase judicial”, siendo necesario aclarar que este primer momento no es una verdadera individualización de la pena en sentido estricto, por lo que en concepto del tratadista colombiano parece más apropiado darle siempre el calificativo de determinación, es decir, limitación y establecimiento del sentido y empleo de las instituciones jurídicas relacionadas con la pena y su individualización, a las cuales debe estar sometido el juez con discrecionalidad técnica, al momento de proferir sentencia condenatoria.

Con fundamento en lo anterior, Arboleda y Ruiz (2002) refieren en sus escritos que la determinación legislativa de la pena puede ser definida como “una actividad competente y autónoma del legislador, por medio de la cual efectúa en la ley”, considerando criterios político-criminales y constitucionales, la regulación de un sistema de individualización que comprende los aspectos cualitativo, cuantitativo y operativo de la pena, además de los factores y reglas que precisan el marco penal y los factores que permiten precisar la pena dentro de ese marco en el proceso judicial, todo ello con el propósito de satisfacer, a través de la pena, los diversos fines que el derecho penal debe cumplir en el paradigma del Estado Social y Constitucional de Derecho. Tal definición según Sandoval Huertas (1998), permite analizar la fase de la determinación legislativa de la pena, haciendo uso de varios criterios: a)- Orgánico, b)- Material, c)- Formal y d)- Del control, bajo los siguientes entendidos:

- *Orgánico*

Corresponde a la rama legislativa del poder público la función de la determinación normativa de la pena, tratándose bajo el sistema constitucional colombiano (Const. Pol., arts. 114 y 150, ords. 1º y 2º), de una actividad propia y autónoma, por cuanto el legislador tiene en forma exclusiva y excluyente, un amplio espacio y una clara competencia para establecer en la ley la naturaleza, las diferentes clases y el alcance de las penas correspondientes a los diferentes delitos y los lineamientos para la individualización.

En relación con este criterio es de señalarse que la Corte Constitucional expresó que “... dado que la aplicación de penas traduce la manifestación más intensa del poder estatal frente al individuo y a su libertad - ha llevado a reservar únicamente al Legislador la determinación de los comportamientos que ameritan sanción y el establecimiento de su naturaleza, alcance y de la respectiva dosimetría punitiva (CP arts. 150-2 y 29). A través del procedimiento democrático de adopción de las leyes, la sociedad tipifica las conductas reprochables y fija las condignas sanciones y en este quehacer histórico acoge y abandona distintas y sucesivas filosofías punitivas” (Corte Constitucional de Colombia, C-591, 1993).

- *Material*

Las normas jurídicas creadas en la fase concreta de la determinación de la pena son jerárquicamente superiores, en todo caso, que las determinaciones judiciales efectuadas por el fallador en la sentencia condenatoria de única, primera o segunda instancia, por lo que vale decir, la determinación e individualización judicial de la pena o las decisiones provenientes de su control jurisdiccional deben someterse estrictamente a dichas normas, por lo que precisamente los jueces al aplicar el derecho penal objetivo solo están sometidos al imperio de la Constitución y de la ley (CP arts. 4º y 230).

En este sentido refieren específicamente Arboleda y Ruiz (2002), que “la fase de la determinación legislativa desarrolla el principio de legalidad de la pena, lo que cumple con las funciones de primero, de dar al juez un marco teórico y jurídico vinculante, preestableciendo los factores y mecanismos que habrán de operar en el proceso de individualización punitiva con el fin de orientarlo en su labor y, a la vez, limitar su discrecionalidad judicial”, y segundo, de “brindar a los ciudadanos, antes de la comisión de un comportamiento consagrado como delito en el ordenamiento penal, de un marco de referencia motivacional, haciendo la pena previsible en sus aspectos cualitativo y cuantitativo, lo cual en concepto de los mismo autores, resulta una garantía propia del Estado de Derecho”.

- *Formal*

El sistema de individualización de las penas comúnmente hace parte del Código Penal y, por lo tanto, su creación exclusiva (a partir de la CP/91) tiene origen mediante el procedimiento legislativo (Velásquez, 2009), el cual es su fuente por naturaleza, sin desconocerse nunca que los fundamentos del sistema penal se encuentran y anclan en el texto constitucional, toda vez que como ha señalado la Corte Constitucional, “ha habido una constitucionalización de aspectos medulares del Derecho Penal, por cuanto la Carta incorpora preceptos y enuncia valores y postulados, particularmente en el campo de los derechos fundamentales, que inciden de manera significativa en el Derecho Penal y, a la vez, orientan y determinan su alcance” (Corte Constitucional de Colombia, C-646, 2001).

- *Del Control*

Las reglas del sistema de individualización, como normas constitucionales o legales, están sometidas al control de la Corte Constitucional (CP arts. 67-2 y 241-243), lo que supone que la determinación legislativa sea una actividad limitada, por cuanto el legislador no puede desconocer los derechos fundamentales al momento de fijar las directrices de individualización de la pena.

Por último y en palabras de Arboleda y Ruiz (2002), es importante destacar que la actividad de determinación legislativa, como ejercicio del control social penal al momento de crear una norma penal, obedece, en gran medida, a la valoración previa de las sanciones que corresponderían proporcionalmente a los diferentes comportamientos a consagrar o tipificar como hechos punibles, o de los ilícitos ya tipificados que vayan a ser reformados, teniendo en cuenta la vulneración de las condiciones sociales que representan dichos comportamientos en ese momento histórico demandado, y cuáles son los bienes jurídicos merecedores, capaces y dignos de protección penal.

3.3.4. Determinación Judicial de la Pena

Según Arboleda y Ruiz (2002), se denomina determinación judicial de la pena o criminalización secundaria en los términos de Bustos y Hormazábal (2004), a la fijación, que hace el juez en la sentencia, de la sanción penal aplicable al autor de un delito, asunto que en concepto de (Velásquez, 2009), no constituye un acto discrecional o caprichoso del juzgador, sino que es un procedimiento reglado jurídicamente, debidamente motivado y razonado, sometido en todo caso a una serie de postulados que tienen rango constitucional, de donde se infiere que la decisión judicial que lo contiene debe ser respetuosa de los principios constitucionales procesales o “garantías procesales”, que enmarcan los requisitos que deben reunir la investigación y el proceso penal para que la fase de “criminalización secundaria”, esto es, la definición judicial de la responsabilidad penal de una persona, lo que implica que el proceso judicial se encuentra también condicionado por los principios constitucionales y de derechos humanos que señalan los requisitos básicos que debe reunir la investigación criminal y el proceso penal para ser plenamente legítimo constitucionalmente (Zaffaroni, Alagía y Slokar, 2006), lo que implica la contención de garantías como el derecho a la presunción de inocencia y a no ser procesado ni juzgado dos veces por el mismo hecho, el derecho a no declarar contra sí mismo, el derecho a obtener decisiones ceñidas exclusivamente al ordenamiento jurídico etc. (Huertas *et al.*, 2007).

Arboleda y Ruiz (2002) de igual forma refieren que el proceso de determinación judicial de la pena consta de dos aspectos fundamentales, siendo el primero de ellos el que el juez determine el aspecto cualitativo de las penas, labor que implica precisar tanto las penas principales como las penas accesorias a través de los factores de procedibilidad de las penas, que sean aplicables al comportamiento declarado como punible por el fallador, para que una vez establecidas las penas y en segundo lugar, el juez precise su aspecto cuantitativo, para lo cual debe determinar con exhaustividad el marco penal genérico de cada una de las penas principales y accesorias mensurables vinculadas por las normas penales al hecho punible, las cuales son necesarias individualizar frente al delito objeto de sanción. En relación con las penas no mensurables, los mismos autores refieren que al ser imposibles precisarlas, el juez las aplicará directamente en la sentencia condenatoria, junto con las mensurables ya individualizadas.

Sobre dicho proceso de determinación judicial de la pena comentan Ferré y otros (2010) que una vez definido el marco penal aplicable, se debe poner en práctica una serie de reglas previstas en el código penal, a través de la llamada “dosimetría penal”, en el que el ámbito punitivo se divide en cuartos: un mínimo, dos medios y otro máximo, en los que atendiendo al número de circunstancias agravantes y atenuantes que concurran se determinará el cuarto que es de aplicación, y dentro de este espacio se individualizará definitivamente el tipo y entidad de pena, atendiendo a una serie de criterios que son aplicables tanto para los delitos dolosos como para los imprudentes, criterios que en opinión de los mismos autores reseñados, marcan el tránsito de la conminación penal abstracta, prevista por la ley, a la pena definitiva y concreta, que resulta de valorar una serie de elementos y circunstancias.

Al respecto es de reseñar que el código penal colombiano (art. 61, inc. 3º) brinda una serie de criterios para cumplir adecuadamente con esa tarea, citando que una vez establecido el cuarto o cuartos dentro del que deberá determinarse la pena, el sentenciador la impondrá ponderando los siguientes aspectos: la mayor o menor

gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, *la intensidad del dolo*, la preterintención o la culpa concurrentes, la necesidad de pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto. Para efectos del presente documento, se presentará teóricamente y de forma elemental cada una de estas circunstancias, haciendo especial énfasis en un apartado independiente a la “intensidad del dolo”, ya que esta resulta de marcada importancia para el desarrollo de la proposición teórica a construir y defender.

- *Gravedad de la Conducta*

Comenta Pabón (2013) que dogmáticamente la gravedad del hecho está referida a la afectación efectiva, sobre la lesión o peligro, que el acto desplegado ha tenido sobre el bien jurídico y la forma de dicha afectación, considerándose, pues, la naturaleza del bien, si es individual, estatal propiamente dicho o estatal colectivo y la jerarquía o prevalencia que el legislador ha otorgado a dicho bien, el orden sistemático de los intereses tutelados, el alcance y omnicomprensión de las descripciones comportamentales, así como los aspectos cualitativo y cuantitativo de la pena fijada, marcarán de manera inequívoca, la graduación de bienes para la subsiguiente determinación de la gravedad del comportamiento. Señala el mismo autor (Pabón, 2013) que el criterio de gravedad también implica el examen de circunstancias objetivas y reales, de índole espacial, temporal o modal, daño social y personal causado, entidad del bien jurídico vulnerado, etc.

- *Daño Real o Potencial*

Señala Velásquez (2009) sobre esta circunstancia que la alusión legal al “daño” no es otra cosa que la reiteración de la gravedad de la conducta, toda vez que se trata de una repetición conceptual innecesaria que solo busca poner énfasis en la amenaza efectiva o en la afectación del bien jurídico protegido, esto es, en la magnitud del injusto como pauta de individualización de la pena.

- *Causales de Agravación o Atenuación de la Punibilidad*

Sobre estas circunstancias de manera general Velásquez (2009) afirma que de la redacción legal se desprende, sin duda, que el codificador no dispone tener en cuenta las causales de incremento o disminución de la punibilidad propiamente dichas (obviamente, alude a las plasmadas en los arts. 55 y 58), sino atender a su “naturaleza”, lo que en otras palabras significa que se debe precisar la razón de ser de cada una de estas situaciones, su esencia, su sustancia, las características que le son inherentes, su origen, su especie, género o clase, es decir, la índole de cada una de ellas.

- *Necesidad de Pena*

Velásquez (2009) refiere que la expresión “necesidad de pena” (distinta al merecimiento de pena) hace alusión al principio de necesidad de intervención o de necesidad como límite al ejercicio del *ius puniendi* del Estado, acorde con el que la injerencia penal y la consiguiente imposición del castigo solo se justifica allí donde la intervención punitiva sea indispensable para mantener la organización política dentro de los linderos propios de una concepción democrática.

3.3.5. “Intensidad del Dolo” como criterio de Determinación

Sobre esta circunstancia específica comenta igualmente Velásquez (2009) que puesto que el texto legal concibe el dolo, la culpa y la preterintención como modalidades de conducta punible (art. 21), con lo que el contenido de la voluntad del agente forma parte de la acción y no de la culpabilidad, como creen las concepciones causalistas (arts. 22 a 24), la referencia a la “intensidad” de aquellas no es otra cosa que la expresión del *grado de injusto* como criterio que emerge de los postulados del acto y de lesividad, en el entendido que el legislador insiste (una vez más) en que la susodicha pauta es fundamental a la hora de individualizar la pena.

Sobre la misma circunstancia Pabón (2013) de una forma dogmática y citando a Sandoval Huertas (1998), comenta que el expreso factor “grado de culpabilidad” fue eliminado y en su reemplazo se menciona la “intensidad del dolo, la preterintención y la culpa concurrentes”, entendiéndose la expresión suprimida como “las diferentes manifestaciones que pueden tener las distintas formas de culpabilidad. Concretamente, pues los grados de culpabilidad son: el dolo directo, el dolo eventual, la culpa con representación, la culpa sin representación, la preterintención con representación y la preterintención sin representación”. Para el mismo autor por la nueva norma, al permitir la concepción naturalista del dolo y la culpa, se ha de inferir que la intensidad de dolo atañe a la voluntad aplicada al hecho y la intensidad de la culpa, al grado de infracción del deber objetivo del cuidado, por lo que se trata de un factor individualizador de la pena que no admite criterios absolutos, ni reglas métricas para su aplicación, pues se refleja en aspectos que se concatenan con la realización misma de la conducta que deberán ser valorados de acuerdo al acervo probatorio del proceso.

Capítulo 4

FUNDAMENTACIÓN DE UNA PUNIBILIDAD DISMINUIDA PARA EL DOLO EVENTUAL EN COLOMBIA

En este capítulo final se desarrolla la comprobación de la hipótesis planteada, en el sentido de demostrar teóricamente que sí es procedente una disminuyente de la punibilidad del dolo eventual frente al dolo directo en el marco del Derecho Penal de Colombia, en el entendido preliminar que a nivel interno el dolo eventual, asumiéndolo como un concepto dogmático y normativo, necesariamente debe ser tipificado respetando los principios, derechos y límites propios del derecho penal constitucional que acoge el sistema de penas nacional, constructo dogmático argumentativo que se debe soportar en la Constitución Política del año 1991 y el Código Penal del año 2000, documentos jurídicos que contienen todos los elementos político criminales que justificarían desde nuestro modelo de Estado Social y Constitucional de Derecho, la imposición de una penalidad disminuida para los casos cometidos con dolo eventual.

4.1. ESTADO DE LA “CRIMINALIZACIÓN PRIMARIA” DEL DOLO

En Colombia el legislador del año 2000 definió de manera expresa el dolo y sus variables, estableciéndose que “la conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización”, así como que también será dolosa la conducta “cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar”, siendo evidente de dicha definición que a nivel interno se manejan dos clases de dolo: el directo (“La conducta es dolosa...”) y el eventual (“También será dolosa...”) bajo una misma fórmula de punibilidad (Sabogal, 2014).

Igualmente se pudo establecer *supra* que dogmáticamente dicha definición del año 2000 modifica claramente la definición de dolo eventual, toda vez que como ya se indicó, el artículo 22 del estatuto penal señala que “También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar”, acogándose por ende la teoría de la probabilidad (Roxin, 1997) para definir el dolo eventual (Escobar y Monsalve, 2013), línea teórica de pensamiento que fue variada en el año 2010 por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia nacional (CSJ), que al confirmar la condena de 18 años y 4 meses de prisión y otros, que por dos homicidios dolosos impuso el Tribunal Superior de Bogotá a una persona que conducía su vehículo bajo alto grado de embriaguez y a una alta velocidad, adopta las teorías del riesgo no permitido para deducir el dolo eventual, señalando que en el caso concreto se produjo un riesgo que sobrepasa los límites permitidos en el tráfico, el cual se dejó librado al azar por el agente pues no realizó actividades encaminadas a evitar el resultado lesivo (Corte Suprema de Justicia, Proceso 32964, 2010).

Y es precisamente en el anterior marco teórico que los Jueces de la República de Colombia han tenido que moverse cuando tienen en frente un claro caso penal cometido con dolo, asumiendo que dogmáticamente se hace una diferenciación entre la figura en su modalidad directa y eventual, pero sin repercusiones reales y significativas en el merecimiento o aplicación diferenciada de la pena, paradigma de punibilidad vigente que resulta pertinente examinarlo para determinar su compatibilidad con la dogmática penal actual y el modelo de Estado en curso, decidiendo por último si se justifica su permanencia o si por el contrario surge la necesidad de un cambio de línea de pensamiento que incorpore y defienda una “Pena Disminuida” para los casos perpetrados con dolo eventual.

4.1.1. Perspectiva de la Definición Penal

El Derecho Penal y todas sus instituciones en el marco del modelo de Estado Social y Constitucional de Derecho, tal como se puede interpretar de Londoño y otros

(2013) y de Ferrajoli (2003), se encuentra muy anclado tanto a los derechos fundamentales como a los principios constitucionales sustantivos de Derecho Penal o “garantías penales”, los que enmarcan la política pública en lo criminal en su fase de “Criminalización Primaria”, esto es según la Comisión Asesora de Política Criminal (2012), en el momento de definición legislativa de los delitos y las penas, implicando en estas últimas, la carga de soportar una privación o disminución de bienes jurídicos tutelados, por lo que deben ser previstas e impuestas con las garantías que señala la Carta Política y los principios y límites penales que la integran, como lo representan los postulados de legalidad, proporcionalidad, culpabilidad, finalidad de la pena y de razonabilidad, entre otros, encontrándose bajo el anterior marco, que la figura del dolo y su concreta punibilidad en Colombia presenta el siguiente diagnóstico jurídico.

4.1.2. Desarticulación Dogmática

En primer lugar hay que señalar expresamente que la dogmática del dolo en Colombia ha presentado significativos virajes que la han desarticulado de sus orígenes y líneas de decisión, toda vez que la jurisprudencia de la CSJ del año 2010 como ya se referenció adopta las teorías del riesgo no permitido para deducir el dolo eventual, señalando que en el caso concreto se produjo un “riesgo” que sobrepasa los límites permitidos en el tráfico, el cual se dejó librado al azar por el agente pues no realizó actividades encaminadas a evitar el resultado lesivo, destacando además que el Código Penal del año 2000 *supera* las teorías del consentimiento para adoptar una teoría de la probabilidad que se manifiesta en la representación del riesgo de producción de un resultado que se deja librado al azar, lo cual no impide que posteriormente equipare el “dejar librado al azar” con la “indiferencia” que se entiende como parte de las teorías volitivas.

Dicha valoración dada por la Sala Penal de la CSJ en términos de Huertas (2011) no es justa para todos porque *primera facie*, no es producto de un consenso, pues no está sintonizada con los preceptos constitucionales sobre la materia, a saber:

debido proceso y Derecho penal de acto, toda vez que se condena al procesado por la gravedad de los hechos y la suma de infracciones que cometió, pero no porque se haya logrado probar que efectivamente él tenía el conocimiento de todos los elementos del tipo, podía prever como probable la realización del riesgo jurídicamente desaprobado y dejara librada al azar su no producción, concluyendo el mismo autor que la variación introducida por el alto tribunal nacional está por fuera de los diferentes límites de lo legal, porque, entre otros aspectos, desconoce disposiciones normativas establecidas por el legislador, aunado a que se estaría aceptando la aplicación de teorías –como la de Jakobs (2003) sobre el Derecho Penal del Enemigo– pensadas para un modelo de sociedad distinto al colombiano, donde los rasgos culturales, la idiosincrasia y el mundo de la vida son, totalmente diferentes.

4.1.3. Pena desde la Línea Unitaria

La punibilidad del dolo en Colombia se ubica claramente en la línea de la “Pena Unitaria”, toda vez que aunque el derecho de penas nacional reconoce una clara distinción conceptual entre dolo directo y dolo eventual que está contemplada en el artículo 22 del Código Penal, esta no se traduce en ninguna diferencia en el campo punitivo, por lo que dicha división solo cumple un cometido académico o meramente ilustrativo, lo que se plasma en la práctica diaria en que un juez penal tenga que imponer la misma pena así la conducta del sujeto activo de la conducta se haya realizado con dolo directo o eventual, independiente de los elementos configurativos del instituto (Velásquez, 2009), lo cual genera otros problemas dogmáticos como lo pueden representar el generado por la ya citada sentencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia del año 2010, donde claramente se mutan los institutos jurídicos penales del dolo y la culpa para adecuar una mayor punibilidad en asuntos que obedecen a otras naturalezas, tendiéndose incluso como refiere Huertas (2011) en sus estudios, a proscribir la disposición legal relacionada con la agravación del homicidio culposo por influjo de drogas o bebidas embriagantes.

4.1.4. Desconocimiento del Estado Constitucional

La punibilidad del dolo en Colombia bajo la línea de la “Pena Unitaria”, desconoce el principio de supremacía normativa impuesto por el artículo 4º de la Constitución Política de 1991, en el entendido que la criminalización primaria del instituto en el marco del modelo de Estado Constitucional de Derecho exige el deber de respeto de los y fines y principios superiores sustantivos relacionados con el Derecho Penal, lo que implica que no solo los delitos y las penas, sino también las figuras jurídicas que los relacionan y califican como el dolo deben ser previstas en la legislación con las garantías que señala la Carta, mandato que internamente no se cumple, toda vez que al emplearse una pena única para sancionar el dolo directo y el dolo eventual, se desconoce el principio de culpabilidad, derivado de artículo 29 superior y que en nuestro ordenamiento tiene las siguientes consecuencias: (i) El Derecho penal de acto; (ii) El principio según el cual no hay acción sin voluntad, que exige la configuración del elemento subjetivo del delito; (iii) El grado de culpabilidad es uno de los criterios básicos de imposición de la pena, de tal manera que a su autor se le impone una sanción, mayor o menor, atendiendo a la entidad del juicio de exigibilidad, es decir, la pena debe ser proporcional al grado de culpabilidad (Corte Constitucional de Colombia, C-365, 2012).

Así las cosas, es dable afirmar que la “Pena Unitaria” para el dolo directo y eventual en Colombia y desde el contenido del injusto (Velásquez, 2009), pone a las dos figuras en un plano de absoluta igualdad jurídica cuando en realidad no lo tienen frente a la sanción, situación que desconoce el mencionado principio de culpabilidad, el cual exige la aplicación de sanciones de mayor o menor entidad que resulten siempre proporcionales al juicio de exigibilidad, en el entendido que dogmáticamente está demostrado que los supuestos del dolo directo resultan más graves que los del dolo eventual, y por ende, necesitan una sanción mayor, frente a los supuestos del dolo eventual, que conllevan una gravedad del injusto algo menor que las formas de dolo directo, al ser también menos intensa la voluntad y además inferior la peligrosidad (Luzón, 2016).

4.1.5. Exceso de la Libertad de Configuración

Es de recordarse que la Corte Constitucional de Colombia ha señalado que en virtud de la cláusula general de competencia normativa que le corresponde al Congreso de la República, derivada de los artículos 114 y 150 de la Constitución, éste órgano dispone de la potestad genérica de desarrollar los mandatos superiores a través de la expedición de disposiciones legales, lo que incluye la facultad de desarrollar las políticas públicas, entre ellas el diseño de la política criminal del Estado, lo que comporta la determinación de los bienes jurídicos que merecen tutela penal, la naturaleza y el monto de las sanciones y el procedimiento a través del cual se imponen y ejecutan (Corte Constitucional de Colombia, C-1404, 2000). Con base en esta potestad, el legislador penal puede crear, modificar y suprimir figuras delictivas; introducir clasificaciones entre las mismas; establecer modalidades punitivas; graduar las penas que resulten aplicables; y fijar la clase y magnitud de éstas con arreglo a criterios de atenuación o agravación de las conductas penalizadas; todo ello de acuerdo con la apreciación, análisis y ponderación que efectúe sobre los fenómenos de la vida social y del mayor o menor daño que ciertos comportamientos ocasionen al conglomerado social (Corte Constitucional de Colombia, C-013, 1997).

No obstante, la misma Corte ha señalado en su jurisprudencia constante que tal potestad de configuración legislativa, por tratarse de una expresión del ejercicio del poder público no puede ser de forma ilimitada, comoquiera que en un Estado constitucional se encuentran excluidos los poderes absolutos en virtud del carácter vinculante de los valores superiores, los principios fundamentales y los derechos constitucionales, a los cuales se debe ajustar el ejercicio del poder público (Corte Constitucional de Colombia, C-108, 2017), por lo que el legislador del 2000 al no establecer una pena diferenciada para el dolo directo y eventual en el entendido que bajo los términos ya señalados son figuras dogmáticamente diferentes, desconoció los límites constitucionales al ejercicio de la potestad punitiva del Estado, en especial el relacionado con graduar las penas que resulten aplicables.

4.2. VALORACIÓN DE LA “PUNIBILIDAD UNITARIA” DEL DOLO

Con base en lo dicho hasta el momento, puede afirmarse que la punibilidad del dolo en Colombia bajo la línea de la “Pena Unitaria” la cual consagra una misma sanción indistintamente se cometa la conducta en la modalidad directa o eventual, no resulta compatible con los fundamentos y límites penales constitucionales relacionados con el principio de culpabilidad, derivado del artículo 29 superior y que exige entre otros, que se deben imponer sanciones penales en mayor o menor proporción, atendiendo siempre a la entidad del juicio de exigibilidad, es decir, la pena debe ser proporcional al grado de culpabilidad (Corte Constitucional de Colombia, C-365, 2012), circunstancia de la dogmática jurídico penal que no fue atendida por el legislador del año 2000 y que consecuentemente ha conllevado a que la misma desconozca abiertamente la Constitución Política (Ferreyra, 2016), en el entendido que consagrar una misma punibilidad para ambas modalidades de dolo, lo que supone un desconocimiento de los postulados supremos de un lado, y de los límites garantísticos de la dogmática penal y legal que sin lugar a dudas resultan guías idóneas para establecer programas político criminales enmarcados en el modelo de un Estado Constitucional de Derecho (Zúñiga, 2001).

Lo anteriormente señalado permite comprobar la hipótesis principal planteada, en el sentido pleno de poder afirmar que sí es procedente una disminuyente de la punibilidad del dolo eventual frente al dolo directo en el marco del Derecho Penal de Colombia, toda vez que el dolo eventual, asumiéndolo como un concepto dogmático pero sobre todo normativo diferente al directo, necesariamente debe ser tipificado respetando los principios, derechos y límites propios del derecho penal constitucional que acoge el sistema de penas interno, toda vez que la Constitución Política del año 1991 consagra un claro principio de culpabilidad que exige entre otros, que al autor de una conducta penal se le debe imponer una sanción, mayor o menor, atendiendo a la entidad del juicio de exigibilidad, que para el dolo directo y eventual es teóricamente diferente.

De esta manera resulta dogmáticamente evidente que al interior del Derecho Penal colombiano resulta necesario un cambio en el paradigma de punibilidad para el dolo, el cual sea plenamente respetuoso de los principios y límites jurídico penales superiores, así como de la dogmática especializada sobre la materia, en el entendido de que el legislador al implementar y dividir una figura de este tipo, debe proteger y respetar los derechos fundamentales y las garantías procesales de las personas que se vean inmersas en una problemática dolosa de orden penal, adecuación que llevará no solo a la consolidación del modelo de Estado, sino también a la necesaria actualización de la política pública en lo criminal, emergiendo el paradigma del “Derecho Penal Constitucional” con su línea teórica de la “Pena Disminuida” como marco de referencia jurídica y normativa para defender una diferenciación punitiva para el dolo eventual frente al dolo directo.

4.3. BASES PARA UNA “PUNIBILIDAD DISMINUIDA” DEL DOLO

En primer lugar es de reafirmar que el dolo directo y el dolo eventual son figuras penales que dogmáticamente contienen claras diferencias, en el entendido que tal como lo afirma y explica Velásquez (2009), los supuestos del dolo directo resultan más graves que los del dolo eventual, por lo que se hace necesario pensar y por ende sustentar una atenuación de la pena para este último, ejercicio jurídico que para el presente estudio se hará desde el modelo de Estado Constitucional de Derecho vigente desde el año 1991, el cual como se mencionó consagra el principio de culpabilidad mediante el cual al autor de una conducta penal se le debe imponer una sanción, mayor o menor, atendiendo a la entidad del juicio de exigibilidad, que para el dolo directo y eventual resulta teóricamente diferente. Así las cosas es menester señalar que con la llegada de la Constitución Política de 1991 y el desarrollo jurisprudencial sobre el dolo en sus diversas modalidades, resulta pertinente cambiar el paradigma de sanción con una “pena unitaria”, por el de la punibilidad con una “pena disminuida” que se soporte en los principios constitucionales y legales y la dogmática especializada.

4.3.1. El “Derecho Penal Constitucional”

En el modelo de Estado colombiano, al Derecho Penal le corresponde como *ultima ratio* la protección de los bienes jurídicos de la población pero siempre en el marco del respeto pleno de las garantías fundamentales tanto para las víctimas como para los procesados, siendo el legislador por medio de la política penal, al que le corresponde ofrecer el conjunto de respuestas jurídicas para hacerle frente al fenómeno criminal, tarea jurídica que debe anclarse de forma transversal en la Constitución Política y en el respeto de los principios constitucionales sustantivos y procesales del Derecho Penal, mandato que debe sobresalir en el momento de definición legislativa de los diferentes delitos, figuras penales y las penas, toda vez que se trata de una esfera del orden normativo en el que los derechos humanos y las garantías fundamentales se encuentran particularmente implicadas, ya sea desde el punto de vista de la sociedad en general, o desde el victimario o la víctima en particular, haciendo emergente la estrecha relación entre la Constitución Política y la Política Criminal, que parte siempre de la clara idea de la “constitucionalización” de aspectos medulares del Derecho Penal (Corte Constitucional de Colombia, C-038, 1995).

4.3.2. Soporte de la “Criminalización Primaria”

Cualquier tipificación de orden penal incluida la clasificación del dolo debe adoptarse en concordancia y pleno respeto del Estado Constitucional de Derecho consagrado en el artículo 4º superior y reconocido ampliamente por la diversa jurisprudencia constitucional (Corte Constitucional de Colombia, SU-747, 1998), lo que implica, primero, que el Estado ejerza de forma efectiva la tutela, protección y garantía de los derechos fundamentales consagrados tanto a las víctimas como a los presuntos y declarados victimarios, y segundo, que los principios valorativos que rigen los fundamentos político-criminales deben ingresar al sistema penal anclados siempre en los postulados que irradian de la Constitución Política de 1991, los cuales operan, de un lado, como bases y pilares sobre los cuales descansa y se apoya la

construcción jurídico-criminal, y de otro en concordancia con Bustos y Hormazabal (2004), como límites normativos formales y materiales de selección de la política penal de lucha efectiva contra la criminalidad, tratándose en todo caso de principios guías generalísimos y siempre idóneos de fundamentación jurídica.

Así las cosas, es más que evidente que la política criminal y el derecho penal no se encuentran definidos en el texto constitucional sino que corresponde al legislador desarrollarlos y, en el ejercicio de su atribución, “no puede desbordar la Constitución y está subordinado a ella porque la Carta es norma de normas (CP art. 4). Pero, en función del pluralismo y la participación democrática, el Legislador puede tomar diversas opciones dentro del marco de la Carta. Esto es lo que la doctrina constitucional comparada ha denominado la libertad de formación democrática de la voluntad o la libertad de configuración política del Legislador” (Corte Constitucional de Colombia, C-108, 2017).

4.3.3. Empleo de la Dogmática Penal

Interpretando a Borja (2003), la presencia de conocimientos dogmáticos sólidos sobre el instituto penal a tipificar permite construir de mejor forma la norma, toda vez que según Zúñiga (2001), la eficacia de los instrumentos de prevención y sanción están condicionados por la forma de entender el instituto en el marco de un contexto jurídico específico como lo es el colombiano, por lo que siempre los responsables de su formulación deben informarse ampliamente sobre la temática para luego tener la plena capacidad de valorarla adecuadamente, sin descartar, en términos de Luzón (2012), que para llevar a cabo las propuestas de reforma político criminales vigentes, se puede igualmente acudir a criterios técnicos que proporcione la dogmática o las ciencias penales, pero cuando se refiere al empleo de criterios ideológicos-valorativos (ya que la Política Criminal es precisamente política, no neutra), se debe apelar primero a la configuración constitucional y legal para posteriormente emplear otros criterios de las ciencias sociales.

4.3.4. Los Derechos Fundamentales

De Torres (2015) se puede desprender que en el marco del Estado Constitucional la plena concordancia de las instituciones penales creadas para hacer frente a la delincuencia con los derechos fundamentales debidamente consagrados debe constituir una exigencia indiscutible, dado que la Política Criminal y penal no debe formularse aislada del ordenamiento jurídico, sino que en todo momento debe vincularse a las normas superiores como la Constitución Política junto con los derechos y garantías allí consagrados. Interpretando a Demetrio (2015), el contenido de los derechos fundamentales delimitan al legislador para tipificar una sanción penal, lo que implica que la libertad de configuración (Corte Constitucional de Colombia, C-198, 1997) encuentra límite en el claro contenido esencial de la Constitución Política, documento que interpretando a Ferrajoli (2006), marca unas líneas programáticas generales que contienen un sistema de valores jurídicos y derechos fundamentales los cuales no pueden ser contradichos por el legislativo para fundamentar y limitar las diversas normas político penales.

Bajo los anteriores parámetros y en interpretación a Borja (2003), en el modelo de Estado constitucional nacional la consagración del dolo y consecuentemente de sus vertientes directo y eventual, no puede hacerse a costa del sacrificio de principios constitucionales como el de culpabilidad, toda vez que dicha extra limitación atenta contra los derechos fundamentales de los diferentes procesados penalmente, pues el respeto pleno de sus garantías básicas debe constituir uno de sus principios de carácter más que irrenunciable, razón clara por la que las institucionales penales tienen que guiarse por un muy cuidadoso equilibrio entre el necesario mantenimiento de unos mínimos en materia de política penal y el pulcro respeto de los derechos de todos los implicados en el proceso judicial, labor que interpretando a Hassemmer y Muñoz (2012), debe hacerse por medio de directrices y decisiones que a la vista de nuestro vigente contexto jurídico y político sobre criminalidad y su control, determinan la creación de instrumentos y directrices normativas para controlarla, prevenirla y reprimirla.

Tomando lo dicho y parafraseando a Ferrajoli (2006), la totalidad de los derechos fundamentales consagrados por la Constitución Política de Colombia de 1991 equivalen a “vínculos de sustancia y no de forma” que condicionan la validez de las normas jurídico penales producidas, los cuales expresan al mismo tiempo los claros fines a los que está orientado el paradigma del Estado Constitucional de Derecho estipulado en la Carta superior, el cual interpretando a Zúñiga (2001), sirve de guía al legislador para establecer cuándo utilizar la herramienta penal y cuándo deben privilegiar otros instrumentos de control menos ofensivos, lo que supone en todo momento el respeto a los principios, límites y valores jurídicos que lo soportan, junto con los derechos fundamentales que positiviza y los derechos humanos que incorpora, considerándose en planteamientos generales expresados por de Azzolini (2012), a la Constitución Política de 1991 como máxima expresión de los principios generales del Estado Constitucional y de los principios de limitación de la intervención penal.

4.3.5. Límites a la Libertad de Configuración

Jurisprudencialmente se ha reiterado que el legislador en materia penal tiene un amplio margen de apreciación y una libertad de configuración para determinar el contenido concreto del derecho penal, en desarrollo de la política criminal del Estado, facultad que se deriva de la cláusula general de competencia contemplada en los artículos 114 y 150 de la Constitución y que le permite crear o excluir conductas punibles, fijar la naturaleza y la magnitud de las sanciones, lo mismo que las causales de agravación o de atenuación de éstas, dentro del marco de la política criminal que adopte (Corte Constitucional de Colombia, C-238, 2005), siendo la Constitución un límite invariable y una fuente de inspiración y dirección del legislador en materias penales y también sancionatorias (Corte Constitucional de Colombia, C-365, 2012), por lo cual, la Carta Fundamental establece valores, preceptos y principios a los cuales debe ceñirse el legislador en la elaboración de normas penales (Corte Constitucional de Colombia, C-173, 2001). Veamos:

En primer lugar, hay que señalar el principio de necesidad de la intervención penal relacionado a su vez con el carácter subsidiario, fragmentario y de *última ratio* del Derecho penal. En segundo lugar, se encuentra claramente el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos de acuerdo con el cual, el Derecho penal está instituido exclusivamente para la protección de bienes jurídicos. En tercer lugar, está el principio de legalidad, de acuerdo con el cual, cuando haya lugar a una limitación, los requisitos deberán ser fijados por la ley. En cuarto lugar, el *principio de culpabilidad*, derivado de artículo 29 de la Carta Política. En quinto lugar, los principios de razonabilidad y proporcionalidad en materia penal, de acuerdo con los cuales deben ponderarse siempre las finalidades de prevención y represión del delito con derechos fundamentales de las personas como el derecho a la libertad y al debido proceso. Por último, el bloque de constitucionalidad y otras normas constitucionales que deben ser tenidas en cuenta en la redacción de las normas penales (Corte Constitucional de Colombia, C-365, 2012).

4.3.6. El Principio de Culpabilidad Constitucional

Dogmáticamente sobre el Principio de Culpabilidad, Mir Puig (2015) precisa en un sentido amplio que el término “culpabilidad” se contrapone al de “inocencia”, lógica que bajo la expresión “principio de culpabilidad” incluye diferentes límites del *ius puniendi*, que tienen de común exigir, como presupuesto de la pena, que pueda “culpase” a quien la sufra del hecho que la motiva. Conjuntamente con la definición antes glosada, Mir Puig (2015) extrae los siguientes principios derivados del término culpabilidad: - Principio de personalidad de las penas (que no se haga responsable a un sujeto por delitos ajenos); - Principio de responsabilidad por el hecho (y no por otros aspectos ajenos, como por ejemplo la personalidad del agente); y - Principio de imputación personal (al cual concibe el autor como el de culpabilidad en sentido estricto). Con lo dicho, se puede situar al Principio de Culpabilidad como un conjunto de garantías que proscriben la determinación de una responsabilidad objetiva, y que, como lo indica Muñoz Conde (2015), reduce las formas de imputación de un resultado al dolo y a la imprudencia.

A nivel interno y como ya se indicó, el Principio de Culpabilidad penal del artículo 29 de la Carta tiene las siguientes consecuencias: (i) El Derecho penal de acto, por el cual *“sólo se permite castigar al hombre por lo que hace, por su conducta social, y no por lo que es, ni por lo que desea, piensa o siente”*; (ii) El principio según el cual no hay acción sin voluntad, que exige la configuración del elemento subjetivo del delito. De acuerdo a este, ningún hecho o comportamiento humano es valorado como acción, sino es el fruto de una decisión; por tanto, no puede ser castigado si no es intencional, esto es, realizado con conciencia y voluntad por una persona capaz de comprender y de querer; (iii) El grado de culpabilidad es uno de los criterios básicos de imposición de la pena es, de tal manera que a su autor se le impone una sanción, mayor o menor, atendiendo a la entidad del juicio de exigibilidad, es decir, la pena debe ser proporcional al grado de culpabilidad (Corte Constitucional de Colombia, C-239, 1997).

4.4. HACIA UNA “PUNIBILIDAD DISMINUIDA” PARA EL DOLO EVENTUAL

Toda vez que teóricamente resulta más que contradictorio con el principio superior de Culpabilidad Penal que el artículo 22 de la ley 599 de 2000 no consagre una diferencia punitiva entre el dolo directo y el dolo eventual cuando jurídicamente se amerita, ya que desde la dogmática está demostrado que los supuestos del dolo directo son más graves que los del dolo eventual, resulta académicamente necesario corregir tal distanciamiento, considerándose como apropiado para el efecto, un cambio en el paradigma de punibilidad para la figura, planteando el de la “Pena Disminuida” para el dolo eventual frente al dolo directo, adecuación jurídica que no emerge automáticamente, sino que requiere un proceso claro de ingeniería y construcción teórica que se inicia y ancla en los principios y límites penales de la Constitución Política de 1991 junto con la dogmática general del Derecho Penal, ya que estos constituyen las fuentes más idóneas de construcción jurídica respetuosa del modelo de Estado, en el entendido que a nivel nacional opera una “constitucionalización” del Derecho Penal que se extiende a todas y cada una de las figuras o institutos creados para el procesamiento criminal.

De manera concreta, resulta una base más que fundamental de construcción jurídica el hecho de que la dogmática especializada haya afirmado que desde el contenido del injusto (Velásquez, 2009) el dolo directo y el dolo eventual no son dos situaciones jurídicas idénticas, ya que los supuestos del dolo directo resultan más graves que los del dolo eventual, planteamiento que es reforzado por Ferré y otros (2010) cuando señalan que desde un punto de vista valorativo el injusto que se realiza con dolo eventual es algo menor que el de aquel que actúa con dolo directo, por lo que según Luzón (2016), es de postularse con plena validez una disminuyente de la pena a imponer, ya que en palabras del mismo autor, el dolo eventual supone, en cuanto desvalor (subjetivo y objetivo de acción), una gravedad del injusto algo menor que las formas de dolo directo, al ser también menos intensa la voluntad y además inferior la peligrosidad *a priori* que en dolo directo, donde el sujeto activo pone todo de su parte para lograr el fin.

Dicho lo anterior, se hace necesario que esa teoría jurídica sea llevada a la práctica legislativa nacional, toda vez que el código del año 2000 efectivamente reconoció que el dolo directo y el dolo eventual son figuras con elementos diferenciadores, pero olvidó asignarle consecuencias desde la punibilidad a dicha clasificación, lo que en el día a día judicial representa que indistintamente se condene por dolo directo o eventual, la pena siempre va a ser la misma, lo que desconoce por sí solo la clasificación efectuada por la dogmática desde los contenidos propios del injusto, independientemente a que el mismo legislador haya consignado como criterio de dosificación “la intensidad de dolo” (Art. 61-3 del Código del 2000), toda vez que esta figura apunta a que el juez registre la intensidad mayor o menor del dolo pero solo para efectos de tasar la pena en cada caso concreto dentro del marco legal de movilidad, sin que represente dicha facultad una posibilidad directa para imponer una pena disminuida en los casos de eventualidad y que incluso resulta contrario al principio de legalidad, en el sentido de tratarse de un elemento que se concatena con la realización de la conducta y debe ser reglado por el legislador y no dejado al criterio subjetivo del juez.

4.4.1. Base Constitucional

La criminalización primaria del dolo en Colombia debe ser plenamente respetuosa de los postulados penales constitucionales como lo representa el citado principio de culpabilidad penal del artículo 29, y que como se ha dicho en multiplicidad de veces, exige que al momento de imponer una sanción, sea esta mayor o menor, se debe atender siempre a la entidad de juicio de exigibilidad, es decir, la pena debe ser proporcional al grado de culpabilidad (Corte Constitucional de Colombia, C-239, 1997), postulado que debe entenderse también extensible y exigible para el legislador, quien tiene en sus manos la facultad de tipificación no solo de los delitos y de las penas, sino también de los diferentes institutos que como el dolo intervienen activamente en la fijación de las penas, asignando consecuencias reales a cada uno de los postulados y divisiones dogmáticas que consagra y no solo dejando para efectos meramente académicos clasificaciones tan sensibles e importantes como la del dolo directo y eventual.

Al mismo tiempo, la tipificación primaria de una división del dolo directo y eventual en Colombia debe ser plenamente respetuosa de los principios penales que en la Constitución Política han sido consagrados, lo cual conlleva iniciar su tránsito legislativo ejerciendo no sola la libertad de configuración normativa, sino también la garantía a principios como la legalidad y culpabilidad (art. 29 superior), que conllevan a crear los delitos y penas en la norma y configurar las sanciones de acuerdo a la dogmática existente sobre las precisas materias, tratamiento que debe terminar con la expedición de normas validadas y ajustadas a los fines democráticamente constituidos, para que de esta manera la sociedad pueda tener el máximo grado de certeza y seguridad jurídica sobre las consecuencias de sus actos, y así mismo los juzgadores puedan contar con herramientas normativas que resulten plenamente compatibles no solo con la norma de normas, sino también con los desarrollos epistemológicos propios de las ciencias penales, sumatoria de factores que indudablemente redundará en el claro mejoramiento del *ius puniendi* estatal y en el modelo de Estado adoptado a través del ejercicio democrático.

4.4.2. Los Derechos Fundamentales

Los derechos fundamentales juegan un papel primordial en la defensa de una línea de “Pena Disminuida” para el dolo eventual frente al directo propuesto, toda vez que estos al ser piedras angulares del modelo de Estado Constitucional de Derecho (Ferrajoli, 2006), delimitan al legislador nacional al momento de diseñar las medidas de política penal, lo que implica que en la práctica la creación de delitos, penas y figuras penales no puede emprenderse a costa del sacrificio extralimitado o equívocamente fundamentado de las libertades y garantías básicas, respeto que debe iniciar incluso desde el mismo momento de establecer los objetivos y fines legislativos y que se debe potenciar en el momento de la creación normativa, por lo que el legislador nacional en línea epistemológica de sanción diferenciada para el dolo que se propone, no tiene una discrecionalidad absoluta para definir como debe ser el dogma de sanción, sino que por el contrario tiene el claro deber de respetar los derechos constitucionales de todas las partes involucradas, lo cual emerge en el mismo sentido como fundamento y límite del *ius puniendi* del Estado (Corte Constitucional de Colombia, C-038, 1995).

4.4.3. El Modelo de Estado

El Estado Constitucional de Derecho adoptado por la Carta del año 1991 para Colombia requiere aún la concreción de un sinnúmero de factores que permitan cumplir con plenitud sus objetivos de positivización, aunado a que el fenómeno criminal ha dejado de ser un aspecto eminentemente legal para ser también de orden constitucional y de contenido científico, por cuanto el texto superior como la dogmática especializada son fuente de derecho que incorporan los postulados y reglas de construcción político criminal que inciden significativamente en el que hacer penal, y que por lo tanto, figuras como el dolo, su divisiones internas y las consecuencias jurídicas particulares que estas generan, no pueden ser ajenas, ya que la lucha político criminal que en su aspecto jurídico represivo debe igualmente desarrollar y afianzar el Estado Constitucional.

Solo en la anterior medida es constitucionalmente válido que el Derecho Penal interno consagre una división para el instituto del dolo que implique disminuir la punibilidad para sus modalidades eventual frente al directo, dado que como dogmáticamente se ha comprobado, el injusto que se realiza con dolo eventual es algo menor que el de aquel que actúa con dolo directo, lo que reitera la clara y expresa prohibición en la libertad configurativa legislativa de cercenar de tajo los contenidos científicos del instituto y por ende de las garantías jurídicas que tal planteamiento conlleva, debiéndose reconocer siempre los derechos y garantías de la persona sometida al *ius puniendi* del Estado, lo cual no necesariamente inicia o pasa por el establecimiento de divisiones penales meramente decorativas, puesto que dicha lógica contraviene y debilita los valores, principios y derechos fundamentales en que se funda el Estado colombiano (Corte Constitucional de Colombia, T-718, 2015), adicionado a que los catálogos penales deben estar plenamente actualizados y desarrollados con base en los conocimientos que la doctrina y la dogmática vigente contienen.

La anterior adición resulta de vital importancia toda vez que la Carta superior no es en sí un tratado político criminal, por lo que el legislador ordinario puede y debe preferentemente hacer uso de los postulados generales del Derecho Penal o específicos de su disciplina político criminal si concluye que las circunstancias específicas de configuración legislativa así lo exige, tratándose entonces de una relación de preferencia constitucional armónica y no única o indeterminada, o lo que en otros términos significa que sí la política penal se genera en los parámetros concretos de un Estado Constitucional de Derecho, resulta más que obvio pensar que la justificación de su instrumentación debe darse siempre en los términos dogmáticos establecidos por el Derecho Penal, toda vez que lo contrario sería pensar que la Carta Política o el Derecho Constitucional contiene todas y cada una de las respuestas exigidas para la implementación y división con consecuencias jurídicas punitivas de una figura penal tan especializada como lo es el dolo, cuando resulta a todas luces en Derecho que eso no es así.

4.5. PROPUESTA DE *LEGE FERENDA*

Conforme a lo dispuesto en el artículo 21 del Código Penal vigente de Colombia se tiene que el dolo, la culpa y la preterintención son formas o modalidades de la conducta punible (Araque, 2015), normativa que en su artículo 22 sostiene la tradición de definir de manera expresa el dolo y sus variables en directo y eventual, división dogmática que como se pudo establecer, de forma concreta no acarrea ninguna consecuencia jurídica en la punibilidad, por lo que con base en todo lo argumentado en capítulos previos, se propone como *lege ferenda* que el mencionado artículo sea reformado y/o adicionado para que de forma final quede de la siguiente manera:

Artículo 22. Dolo. La conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización. También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar, **caso en el cual la pena a imponer se disminuirá hasta en la mitad de la misma en relación con su modalidad directa.** (Subrayado a adicionar)

Sobre la adición propuesta y de forma explicativa, esta pretende establecer una punibilidad diferenciada para las conductas de dolo directo y eventual en Colombia, en el entendido de adicionar para la consagración legislativa de este último un renglón final el cual señale que “*caso en el cual la pena a imponer se disminuirá hasta en la mitad de la misma en relación con su modalidad directa*”, frase que conserva la consagración típica original del dolo eventual, pero que le agrega una disminución en su punibilidad de “hasta la mitad” en relación con la pena que se impondría si la conducta fuera ejecutada en modalidad de dolo directo, proporción que se establece según discernimiento propio pero que en todo caso queda bajo el criterio de libertad de configuración otorgado al legislador en Colombia.

Es de señalarse que tal como refiere Cerezo (2004), la propuesta de *lege ferenda* que se propone para el instituto del dolo a nivel interno no es fruto de la improvisación o de una reacción política irreflexiva, sino por el contrario se soporta en un conocimiento previo y profundo del mismo, en el que por razones -incluso- de legitimidad, participa y de forma muy activa la Ciencia penal que estudia esta disciplina, correspondiéndole de forma básica el análisis de su rigurosa idoneidad político-criminal así como su formulación o reconfiguración técnica que resulte más adecuada para la óptima realización de sus fines legales y constitucionales, proceso que finalmente intenta (*lege lata*) ofrecer vías de interpretación que permitan superar las carencias técnicas del precepto, en el claro entendido que la interpretación y reconducción a través del sistema de los distintos preceptos jurídico-penales constituye el objeto tradicional de la Ciencia del Derecho penal (Gimbernat, 1999).

Así mismo es de indicarse que además de la simple corrección técnica en la punibilidad del dolo en Colombia, la propuesta de *lege ferenda* que se plantea da solución teórica a otro y más profundo problema que actualmente adolece nuestro derecho penal interno cual es en de la aplicación del dolo eventual y la culpa con representación en homicidios causados por accidentes de tránsito, toda vez que es de recordar una vez más que la CSJ del año 2010 adoptó las teorías del riesgo no permitido para deducir el dolo eventual o lo que en otras palabras significa que se está sancionando con dolo eventual las conductas penales que dogmáticamente se instalan en la culpa con representación, situación jurídica que se da gran parte por el vacío existente en la legislación interna para sancionar dichos homicidios, ya que configurarlos como culposos representan una pena muy leve para la real gravedad de los mismos, pero reconocerlos como dolosos eventuales no solo desborda la dogmática del instituto sino que instrumentaliza el derecho penal al emplear sus figuras con fines eminentemente punitivistas.

Incorporar en la legislación penal interna una punibilidad disminuida para el dolo eventual frente al dolo directo evita eternas y muchas veces erradas discusiones sobre cuál debe ser el tratamiento punitivo para los causantes de accidentes de tránsito bajo el influjo de bebidas alcohólicas u otras similares, en el sentido de que al incorporarse una categoría de punibilidad intermedia entre el dolo directo y la culpa con representación, dichos accidentes se anclarían en la misma, lo cual dogmáticamente resulta correcto, ya que en primer lugar, se sancionarían por dolo como desde la Ciencia del derecho penal corresponde, segundo, se haría por dolo eventual y no directo tal como los elementos de la configuración típica y dogmática señalan, y tercero se haría con una pena intermedia y proporcional al injusto que no conlleva los problemas que encierra imponer una pena tan rígida y estructuralmente fuerte como la del dolo directo, pero tampoco una tan laxa y en opinión de muchas víctimas y de la gran parte de la sociedad, tan leve como la de la culpa con representación agravada.

CONCLUSIONES

El término “dolo” ha tenido en la historia muchas acepciones, conociéndose en términos penales generales como “el conocimiento y voluntad de realizar el hecho al que refiere el tipo de la ley penal” (Kaufmann, 1960), siendo sus elementos desde el aspecto subjetivo del injusto típico de los delitos, el conocimiento de los hechos (elemento intelectual o cognoscitivo), la voluntad de realización de la acción (elemento volitivo o conativo) y la conciencia de la posible antijuricidad del hecho (Fernández Carrasquilla, 2012). En relación con su clasificación, Von Liszt (1914) divide el dolo en directo y eventual, implicando el primero que el autor del hecho tenga por seguro la producción del resultado, mientras que en el segundo, el autor tiene como probable o posible la producción de ese resultado. Jiménez de Asúa (1976) frente al dolo eventual señala que este se da “cuando el sujeto se representa la posibilidad de un resultado que no desea, pero cuya producción consiente, en última instancia, corriendo el riesgo de causarlo con tal de obtener el efecto que quiere ante todo”, siendo Boehmer en 1758 quien primero lo referencia en su obra “Elementos de Jurisprudencia Criminal”.

A nivel interno y frente al dolo eventual, Reyes Echandía (1997) refirió que en este el autor de la conducta punible prefiere la ejecución del hecho inicialmente previsto y querido, a pesar de concurrir la probabilidad de otro resultado antijurídico, a la renuncia de su pretensión básica, por lo que se está siempre ante un comportamiento doloso, aunque muy cercano al culposo, particularmente al de la culpa con representación. Jurisprudencialmente, la Sala de Casación Penal de la CSJ (2012) citó que este se genera cuando “una conducta implica un riesgo y puede causar otros, cuya producción no es impedimento para que continúe el comportamiento, destacando que en este tipo de dolo el resultado no excede el propósito del agente, porque actúa a sabiendas del riesgo que asume y de que el resultado lesivo se producirá, si no hace nada para evitarlo” (Corte Suprema de Justicia, Proceso 30485, 2012).

A nivel normativo el código penal de 1980 consagró por primera vez la figura del dolo eventual en Colombia cuando señala que “la conducta es dolosa cuando el agente conoce el hecho punible y quiere su realización, lo mismo cuando la acepta previéndola al menos como posible”, noción legal del dolo que esta edificada sobre los supuestos del *conocimiento* que el agente debe tener de la naturaleza de su conducta típica (la expresión “hecho punible” tiene tal alcance) y de la *voluntad* de ejecutarla, refiriendo la segunda parte de la misma norma a la modalidad del dolo eventual. Actualmente el concepto de dolo contiene una noción positiva bajo los siguientes términos: “Artículo 22. Dolo. La conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización. También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar”.

De la definición del año 2000 y según Sotomayor (2016), el dolo en Colombia exige *conocimiento* (“de los hechos constitutivos de la infracción penal”) y *voluntad* (“quiere su realización”) diferenciándose a su vez dos clases de dolo: el directo (“La conducta es dolosa...”) y el eventual (“También será dolosa...”) bajo una misma fórmula de punibilidad (Sabogal, 2014) y desprendiéndose que la incorporación del dolo eventual en la codificación vigente implicó el abandono de la teoría de la voluntad o del consentimiento, enfrentándose a una nueva realidad, siendo deliberado la supresión de expresiones relacionadas con el “querer, aceptar o conformarse”, apelándose al criterio de la “no evitación” en la fórmula de la producción “librada al azar” (Escobar y Monsalve, 2013).

No obstante lo anterior y por vía jurisprudencial, se han introducido nuevos elementos e interpretaciones al concepto de dolo eventual en Colombia, siendo las circunstancias fácticas relacionadas con los reiterados accidentes de tránsito las que mayoritariamente acaparan debates dogmáticos sobre el dolo eventual (Escobar y Monsalve, 2013), siendo referencia obligada la sentencia del año 2010 proferida por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia nacional (CSJ), que confirmó la condena de 18 años y 4 meses de prisión y otros, que por dos homicidios

dolosos impuso el Tribunal Superior de Bogotá a una persona que conducía su vehículo a las cuatro de la madrugada en alto grado de embriaguez y a una velocidad “entre 65 y 97 km/h”, que al no atender la luz roja de un semáforo colisionó de manera violenta con otro vehículo en el que viajaban dos personas que murieron en el hecho (Corte Suprema de Justicia, Proceso 32964, 2010).

En dicha sentencia comentan Escobar y Monsalve (2013), la Corte adopta las teorías del riesgo no permitido para deducir el dolo eventual, señalando que en el caso concreto se produjo un riesgo que sobrepasa los límites permitidos en el tráfico, el cual se dejó librado al azar por el agente pues no realizó actividades encaminadas a evitar el resultado lesivo, destacando además que el Código Penal del año 2000 supera las teorías del consentimiento para adoptar una teoría de la probabilidad que se manifiesta en la representación del riesgo de producción de un resultado que se deja librado al azar, lo cual no impide que posteriormente equipare el “dejar librado al azar” con la “indiferencia” que se entiende como parte de las teorías volitivas.

A nivel de la punibilidad, afirma Velásquez (2009) que la distinción entre dolo directo y dolo eventual contemplada en el artículo 22 del Código Penal nacional no se traduce en ninguna diferencia en dicho campo, por lo que la división solo cumple un cometido académico, lo que se traduce a que en la práctica diaria un juzgador tenga que imponer la misma pena así la conducta del sujeto activo se haya realizado con dolo directo o eventual, independiente de los elementos configurativos del instituto, interpretándose de Sotomayor y Gallego (1999) que pese a la equiparación punitiva entre dolo directo y eventual contemplada por el artículo 22 de la legislación penal nacional del año 2000, no puede afirmarse que desde el contenido del injusto (Velásquez, 2009) nos encontramos ante dos situaciones jurídicas idénticas, toda vez que dogmáticamente resulta claro que los supuestos del dolo directo resultan más graves que los del dolo eventual, por lo que se hace necesario pensar en una atenuación de la pena para este último.

Y es que la punibilidad del dolo en Colombia bajo la línea de la “Pena Unitaria” la cual consagra una misma sanción indistintamente se cometa la conducta en la modalidad directa o eventual, no resulta compatible con los fundamentos y límites penales constitucionales relacionados con el principio de culpabilidad derivado de artículo 29 superior y que exige entre otros, que se deben imponer sanciones penales en mayor o menor proporción , atendiendo siempre a la entidad del juicio de exigibilidad, es decir, la pena debe ser proporcional al grado de culpabilidad (Corte Constitucional de Colombia, C-365, 2012), situación que genera que al interior del Derecho Penal colombiano sea necesario un cambio en el paradigma de punibilidad para el dolo, el cual sea plenamente respetuoso de los principios y límites jurídico penales superiores, así como de la dogmática especializada sobre la materia, en el entendido de que el legislador al implementar y dividir una figura de este tipo, debe proteger y respetar los derechos fundamentales y las garantías procesales de las personas que se vean inmersas en una problemática dolosa.

De esta manera es dable afirmar que la clasificación del dolo debe adoptarse en concordancia y pleno respeto del Estado Constitucional de Derecho consagrado en el artículo 4º superior y reconocido ampliamente por la jurisprudencia constitucional (Corte Constitucional de Colombia, SU-747, 1998), lo que implica que el derecho penal se encuentra delimitado por el texto constitucional siendo el legislador quien debe desarrollarlo, pero en ejercicio de tal atribución “no puede desbordar la Constitución y está subordinado a ella porque la Carta es norma de normas (CP art. 4), sumado, primero, a que la presencia de conocimientos dogmáticos sólidos sobre el instituto permite construir de mejor forma la política penal para emplearlo (Zúñiga, 2001), segundo, a que los derechos fundamentales deben constituir una exigencia indiscutible, dado que parafraseando a Ferrajoli (2006), la totalidad de los mismos equivalen a vínculos de sustancia y no de forma que condicionan la validez de las normas jurídico penales producidas, y tercero, a que el legislador en su libertad de configuración debe tomar a la Constitución como un límite invariable en materias penales y sancionatorias.

Así las cosas y toda vez que resulta teóricamente contradictorio con el principio superior de culpabilidad penal que el artículo 22 de la ley 599 de 2000 no consagre una diferencia punitiva entre el dolo directo y el dolo eventual cuando jurídicamente se amerita, pensar y plantear una “Pena Disminuida” para el dolo eventual frente al dolo directo, toda vez que desde el contenido del injusto (Velásquez, 2009) el dolo directo y el dolo eventual no son dos situaciones jurídicas idénticas, ya que los supuestos del dolo directo resultan más graves que los del dolo eventual, idea que es reforzada por Ferré y otros (2010) cuando comentan que desde un punto de vista valorativo el injusto que se realiza con dolo eventual es algo menor que el de aquel que actúa con dolo directo, por lo que según Luzón (2016) es de postularse con validez una disminuyente de la pena a imponer, ya que en palabras del mismo autor, el dolo eventual supone, en cuanto desvalor (subjetivo y objetivo de acción), una gravedad del injusto algo menor que las formas de dolo directo, al ser también menos intensa la voluntad y además inferior la peligrosidad *a priori* que en dolo directo.

Solo en la anterior medida es constitucionalmente válido que el Derecho Penal interno consagre una división para el instituto del dolo que implique disminuir la punibilidad para sus modalidad eventual frente al directo, lo que reitera la clara y expresa prohibición en la libertad configurativa legislativa de cercenar de tajo los contenidos científicos del instituto y por ende de las garantías jurídicas que tal planteamiento conlleva, debiéndose reconocer siempre los derechos y garantías de la persona sometida al *ius puniendi* del Estado, lo cual no necesariamente inicia o pasa por el establecimiento de divisiones penales meramente decorativas como acontece con la del dolo en Colombia, puesto que dicha lógica contraviene y debilita los valores, principios y derechos fundamentales en que se funda el Estado colombiano (Corte Constitucional de Colombia, T-718, 2015), adicionado a que los catálogos penales deben estar plenamente actualizados y desarrollados siempre con base en los conocimientos que la doctrina y la dogmática vigente contiene y provee.

Con base en todo lo anterior y como propuesta de *lege ferenda*, se debe establecer para el derecho penal colombiano una disminución de la pena para el dolo eventual frente al dolo directo, proporción que debe ser definida únicamente por el legislador en el ejercicio de su libertad de configuración, para que de esta manera y con base en el empleo permanente de la dogmática y la Ciencia del derecho penal, no solo consolide el modelo de Estado de Derecho vigente, sino también supere de una vez por todas las carencias técnicas del instituto, y por ende también contribuya con propuestas solidas y aplicables a la solución de problemas jurídicos existentes como lo representa la aplicación del dolo eventual y la culpa con representación en homicidios causados por accidentes de tránsito, ya que al crearse una categoría intermedia de punibilidad, dichos accidentes se anclarían en esta, lo cual dogmáticamente resulta correcto, toda vez que como se mencionó, se sancionarían siempre por dolo como jurídicamente corresponde pero con la garantía de una pena proporcional al injusto que no resulte tan elevada como la del dolo directo pero tampoco tan leve o laxa como la de la culpa con representación.

BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, R. (1993). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

AÑÓN, M. (2002). Derechos Fundamentales y Estado Constitucional, En *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fradique Furió Ceriol*. Valencia: Universidad de Valencia - Departamento de Derecho Constitucional y Ciencia Política, 40.

ARAQUE, D. (2015). Consideraciones sobre la configuración del Dolo y el Error en el Derecho Penal colombiano, En *Revista Internacional de Derecho Penal Contemporáneo*. Bogotá: LEGIS, 53, (69).

ARBOLEDA, M. & RUIZ, J. (2002). *Manual de Derecho Penal (Partes General y Especial)* (3ª Ed.). Bogotá: Leyer.

ARRIETA, V. (2009). La Constitucionalización del Derecho y su Incidencia en Colombia, En *Revista Pensamiento Americano*. Medellín: Corporación Universitaria Americana, 2, (2).

AZZOLINI, A. (2012). *El Sistema Penal Constitucional. El Laberinto de la Política Criminal del Estado Mexicano*. Ciudad de México: Editorial Ubijus.

BACIGALUPO, E. (1984). *Manual de Derecho Penal*. Bogotá: Editorial Temis.

BECCARIA, C. (1983) [1764]. *De los Delitos y de las Penas* (trad. J. Jordá). Barcelona: Bruguera.

BERMÚDEZ, W. & MORALES, J. (2012). Estado Social de Derecho: Consideraciones sobre su Trayectoria Histórica en Colombia a partir de 1991, En *Revista Cuestiones Políticas*. Maracaibo: Universidad de Zulia - IEPDP-Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, 28, (48).

BORJA, E. (2001). *Ensayos de Derecho Penal y Política Criminal*. San José, C.R.: Editorial Jurídica Continental.

BORJA, E. (2003). *Curso de Política Criminal*. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch.

BUSTOS, J. (1984). Política Criminal y Dolo Eventual, En *Revista Jurídica de Cataluña*. Barcelona: Colegio de la Abogacía de Barcelona y la Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya, 2.

BUSTOS, J. & HORMAZÁBAL, H. (2004). *Nuevo Sistema de Derecho Penal*. Madrid: Editorial Trotta.

CARRARA, F. (1997). *Derecho Penal* (1º Edición): México: Editorial Harla.

CASTAÑO, R. (2012). *El Dolo Eventual y su Tratamiento en el Derecho Penal colombiano*. Medellín: Universidad EAFIT.

CEREZO, J. (2004). *Curso de Derecho Penal Español* (6º Ed.). Madrid: Tecnos.

CITA, R. & GONZÁLEZ, I. (2017). *La Proporcionalidad de las Penas en la Legislación Penal Colombiana*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.

COMISIÓN ASESORA DE POLÍTICA CRIMINAL, (2012). *Informe Final – Diagnostico y Propuesta de Lineamientos de Política Criminal para el Estado colombiano*. Bogotá D.C.: Ministerio de Justicia y del Derecho, Agencia Presidencial de Cooperación Internacional de Colombia y Unión Europea.

CONCHA, J. (1929). *Tratado de Derecho Penal* (7ª Edición). Bogotá: Librería Americana.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (5 de Junio de 1992) *Sentencia T-406*. [MP Ciro Angarita Barón]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (2 de Diciembre de 1993) *Sentencia C-566*. [MP Vladimiro Naranjo Mesa]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (14 de Diciembre de 1993) *Sentencia C-591*. [MP Eduardo Cifuentes Muñoz]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (9 de Febrero de 1995) *Sentencia C-038*. [MP Alejandro Martínez Caballero]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (22 de Febrero de 1996) *Sentencia C-070*. [MP Eduardo Cifuentes Muñoz]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (23 de Enero de 1997) *Sentencia C-013*. [MP José Gregorio Hernández Galindo]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (17 de Abril de 1997) *Sentencia C-198*. [MP Fabio Morón Díaz]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (20 de Mayo de 1997) *Sentencia C-239*. [MP Carlos Gaviria Díaz]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (2 de Diciembre de 1998) *Sentencia SU-747*. [MP Eduardo Cifuentes Muñoz]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (4 de Agosto de 1999) *Sentencia C-560*. [MP Carlos Gaviria Díaz]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (14 de Noviembre de 2000) *Sentencia C-1404*. [MP Carlos Gaviria Díaz]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (14 de Febrero de 2001) *Sentencia C-173*. [MP Álvaro Tafur Galvis]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (20 de Junio de 2001) *Sentencia C-646*. [MP Manuel José Cepeda Espinosa]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (5 de Diciembre de 2001) *Sentencia C-1287*. [MP Eduardo Cifuentes Muñoz]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (15 de Marzo de 2005) *Sentencia C-238*. [MP Jaime Araujo Rentería]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (16 de Mayo de 2012) *Sentencia C-365*. [MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (6 de Junio de 2012) *Sentencia C-415*. [MP Mauricio González Cuervo]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (3 de Julio de 2013) *Sentencia C-400*. [MP Nilson Pinilla Pinilla]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (24 de Noviembre de 2015) *Sentencia T-718*. [MP Jorge Iván Palacio Palacio]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (23 de Febrero de 2017) *Sentencia C-108*. [MP Luis Ernesto Vargas Silva]

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA (18 de Diciembre de 1958) *Proceso 2207-9*.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA – SALA DE CASACIÓN PENAL. (25 de Agosto de 2010) *Proceso 32964*. [MP José Leónidas Bustos Martínez]

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA – SALA DE CASACIÓN PENAL. (28 de Marzo de 2012) *Proceso 30485*. [MP Augusto Ibáñez Guzmán]

DEMETRIO, E. (2015). Constitución y Derecho Penal: El Derecho Penal visto desde sus Límites (Capítulo), En *Legalidad y Defensa Garantías Constitucionales del*

Derecho y la Justicia Penal (Director Nicolás González y Eduardo Demetrio). Madrid: Ediciones Jurídicas Castillo de Luna.

DÍAZ, E. (1992). *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*. Madrid: Taurus.

DÍAZ PITA, M. (2010). *El Dolo Eventual*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores.

DÍEZ RIPOLLÉS, J. (1990). *Los Elementos Subjetivos del Delito. Bases Metodológicas*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.

ESCOBAR, V., & MONSALVE, S. (2013). *El Dolo Eventual en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia: Periodo 1980-2011*. Medellín: Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

ESTRADA VÉLEZ, F. (1972). *Manual de Derecho Penal*. Medellín: Colección Pequeño Foro.

FALCÓN, F. (2005). Examen Crítico de los Diferentes Tipos de Estado y el Derecho de Castigar, En *FORO - Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2.

FEIJÓO, B. (2004). *El Dolo Eventual*. Bogotá: Centro de Investigación en Filosofía y Derecho de la Universidad Externado de Colombia.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, J. (2011). *Derecho Penal - Parte General – Principios y Categorías Dogmáticas*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, J. (2012). *Derecho Penal - Parte General – Teoría del Delito y de la Pena (Vol. 1)*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, J. (2012a). *Derecho Penal - Parte General – Teoría del Delito y de la Pena (Vol. 2)*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.

FERRAJOLI, L. (1995). *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y otros. Madrid: Editorial Trotta.

FERRAJOLI, L. (2003). Pasado y Futuro del Estado de Derecho (Capítulo), En CARBONELL, M. (ed.) (2003). *Teoría del Neoconstitucionalismo. Ensayos Escogidos*. Madrid: Trotta - Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

FERRAJOLI, L. (2006). *Sobre los Derechos Fundamentales y sus Garantías* (traducción de Miguel Carbonell, Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello). México: CNDH.

FERRÉ, J., NUÑEZ, M. & RAMIREZ, P. (2010). *Derecho Penal Colombiano – Parte General – Principios Fundamentales y Sistema*. Bogotá: Editorial Ibáñez.

FERREIRA DE ABREU, F. (2010). El Dolo Eventual en la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, En *Revista CENIPEC*. Mérida: CENIPEC, (*Ene-Dic*).

FERREYRA, R. (2016). El Principio de Subordinación como Fundamento del Estado Constitucional. Su regulación en Argentina, Brasil, Colombia, Ecuador y México, En *Revista de Derecho Político*. Madrid: Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), 95.

GAITÁN MAHECHA, B. (1963). *Curso de Derecho Penal General*. Bogotá: Editorial Lerner.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1985). *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Editorial Civitas.

GIMBERNAT, E. (1990). Algunos aspectos de la reciente doctrina jurisprudencial sobre los delitos contra la vida (dolo eventual, relación parricidio-asesinato), En *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Madrid: ADPCP. 1990.

GIMBERNAT, E. (1999). *Concepto y Método de la Ciencia del Derecho Penal*. Madrid: Tecnos.

GÓMEZ LÓPEZ, J. (2003). *Teoría del Delito*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.

GÓMEZ LÓPEZ, J. (2014). *Esquema de la Teoría del Delito*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.

GÓMEZ PRADA, A. (1952). *Derecho Penal Colombiano*. Bucaramanga: Imprenta del Departamento.

GONZÁLEZ AMADO, I. (2011). La Punibilidad, En *Lecciones de Derecho Penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, (395).

HASSEMER, W. (1990). Los Elementos Característicos del Dolo (Trad. DÍAZ PITA, María del Mar), En *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Madrid: Ministerio de Justicia, *III*, (915).

HASSEMER, W. & MUÑOZ, F. (2012). *Introducción a la Criminología y a la Política Criminal*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

HELLER, H. (1987). *Teoría del Estado. Supuestos Teóricos del Estado Actual*. México: Fondo de Cultura Económica.

HUERTAS, O. (2011). Dolo Eventual en Accidentes de Tránsito: Reflexión sobre el Caso Colombiano, En *Revista Diálogos de Saberes*. Bogotá: Universidad Libre, 34.

HUERTAS, O, et al. (2007). *El Derecho al Debido y las Garantías Judiciales en la Dimensión Internacional de los Derechos Humanos*. Bogotá D.C.: Grupo Editorial Ibáñez.

HRUSCHKA, J. (2005). *Imputación y Derecho Penal. Estudios sobre la Teoría de la Imputación* (Trad. Pastor Muñoz). Navarra: Editorial Aranzadi.

- JAKOBS, G. (2003). *Derecho Penal del Enemigo*. Madrid: Civitas Ediciones, S. L.
- KELSEN, H. (1974). *La Teoría Pura del Derecho*. México: Editora Nacional.
- LIBORIO, H. (1998). *Estado de Derecho. Problemas Actuales*, México: Fontamara.
- LONDOÑO, A, et al. (2013). *Debido Proceso Constitucional: Una Propuesta de Cara al Ciudadano desde la Constitución de 1991*. Medellín: Imprenta Universidad de Antioquia.
- LUZÓN PEÑA, D. (2016). *Derecho Penal – Parte General (3ª Edición)*. Buenos Aires: Editorial B de F.
- JESCHECK, H. & WEIGEND, T, (2002). *Tratado de Derecho Penal, Parte General* (Trad. OLMEDO, Miguel). Granada: Comares.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, L. (1976). *Tratado de Derecho Penal – Tomo V – La Culpabilidad (3ª Edición)*. Buenos Aires: Editorial Losada.
- KAUFMANN, A. (1960). El Dolo Eventual en la Estructura del Delito. Las repercusiones de la teoría de la acción y de la teoría de la culpabilidad sobre los límites del dolo, En *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Madrid: Ministerio de Justicia, II, (186).
- KORN, A. (1934). *Apuntes Filosóficos*. Buenos Aires: Colección Claridad.
- LÓPEZ, Z. (2001). El Hombre frente al Derecho Penal en un Estado Social de Derecho, En *Revista de Derecho*. Barranquilla: Universidad del Norte, 16, V. II.
- LUZÓN, D. (2012). *Lecciones de Derecho Penal – Parte General (2ª Ed.)*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

LUZÓN PEÑA, D. (2016). *Derecho Penal – Parte General (3ª Edición)*. Buenos Aires: Editorial B de F.

LOPEZ, J. (2000). *Antecedentes del Nuevo Código Penal*. Bogotá: Editorial Doctrina y Ley.

MANRIQUE, M. (2007). Responsabilidad, Dolo Eventual y Doble Efecto, En *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de la Universidad de Alicante, 30, (415).

MAURACH, R. (1962). *Tratado de Derecho Penal*. Barcelona: Ariel.

MAGGIORE, G. (1954). *Derecho Penal (Tomo 1)*. Bogotá: Editorial Temis.

MENDOZA, V. (1978). *Derecho Penal General*. Cartagena: Editorial Universidad de Cartagena.

MESA VELÁSQUEZ, L. (1974). *Lecciones de Derecho Penal (2º Ed.)*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

MUÑOZ CONDE, F. (2010). *Teoría General del Delito (3ª Edición)*. Bogotá: Editorial Temis.

MUÑOZ CONDE, F. (2015). *Derecho Penal Parte General (9º Ed.)*. Valencia: Tirant lo Blanch.

MIR PUIG, S. (1994). *El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*, Barcelona: Editorial Ariel.

MIR PUIG, S. (2015). *Derecho Penal – Parte General (10ª Edición)*. Madrid: Editorial Reppertor.

NAVAS, A. (2000). *Nuevo Código Penal – Ley 599 de 2000*. Bucaramanga: Editorial Limitada.

ORTIZ, J. (2006). Estado Constitucional y Derecho Administrativo, En *Derecho Constitucional para el Siglo XX – Tomo I* (Edición de Javier Pérez Royo, Joaquín Pablo Urías Martínez y Manuel Carrasco Durán). Navarra: Thomson Aranzadi.

PABÓN, P. (2013). *Manual de Derecho Penal – Tomo I – Parte General (9ª Ed.)*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.

PÉREZ, L. (1984). *Derecho Penal - Tomo I* (1º reimpresión). Bogotá: Temis.

PÉREZ BARBERÁ, G. (2011). *El Dolo Eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*. Buenos Aires: Ed. Hammurabi.

RAGUÉS I VALLÉS, R. (1999). *El Dolo y su Prueba en el Proceso Penal*. Barcelona: Bosch.

REYES ECHANDÍA, A. (1976). *La Imputabilidad*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

REYES ECHANDÍA, A. (1997). *Culpabilidad* (Segunda reimpresión de la 3º Ed). Bogotá: Temis.

ROXIN, C. (1997). *Derecho Penal, Parte General, T. I* (Trad. LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, DIAZ Y GARCÍA-CONLLEDO, Miguel y DE VICENTE REMESAL, Javier). Madrid: Civitas.

ROXIN, C. (2004). Acerca de la Normativización del Dolus Eventualis y la Doctrina del peligro del Dolo, En *Problemas Actuales de Dogmatica Penal*: Lima: Abanto.

RUIZ, S. (1969). *La Estructura del Delito en el Derecho Penal Colombiano*. Bogotá: Editorial Temis.

SABOGAL, M. (2014). *El Homicidio en Accidentes de Tránsito ¿Culpa Consiente o Dolo Eventual?*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.

SÁNCHEZ, E. (2007). *La Dogmática de la Teoría del Delito – Evolución Científica del Sistema del Delito* (Monografías de Derecho Penal No. 16). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

SANDOVAL HUERTAS, E. (1998). *Penología – Parte General y Especial* (1º Ed. Reimpresa). Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.

SILVA, J. (1987). Observaciones sobre el Conocimiento “Eventual” de la Antijuricidad, En *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Madrid: Ministerio de Justicia, 40, (3).

SOLER, S. (1992). *Derecho Penal Argentino*. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina.

SOTOMAYOR, J. (2016). Fundamento del Dolo y la Ley Penal: Una aproximación crítica a las concepciones cognitivo/normativas del dolo a propósito del caso colombiano, En *Política Criminal – Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*. Talca: Centro de Estudios Penales de la Universidad de Talca (Chile), 11, 22, (10).

SOTOMAYOR, J., & GALLEGO, G. (1999). El Dolo Eventual en el Código Penal colombiano: Entre limitaciones dogmáticas y exigencias político criminales, En *Revista Nuevo Foro Penal*. Medellín: Escuela de Derecho de la Universidad EAFIT, 60.

TERRAGNI, M. (2009). *Dolo Eventual y Culpa Consciente. Adecuación de la conducta a los respectivos tipos penales*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores.

TORRES, L. (2015). Política Criminal y Derechos Humanos en Chile: Notas y Desafíos Actuales, En *Revue québécoise de droit international* (RQDI). Montreal: Université du Québec à Montréal, *Hors-série (Mars. 2015)*.

VARELA, L. (2016). *Dolo y Error*. Barcelona: Editorial Bosch Penal.

VELASQUEZ, F. (2009). *Derecho Penal – Parte General* (4ª Edición). Bogotá: Librería Jurídica COMLIBROS.

VELÁSQUEZ, F., & WOLFFHÜGEL, C. (2012). De la diferencia entre dolo eventual y culpa consciente en la reciente jurisprudencia, En: *Cuadernos de Derecho Penal*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, 6.

VILLAR, L. (1996). *La Paz en la Doctrina del Derecho de Kant*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

VILLAR, L. (2007). Estado de Derecho y Estado Social de Derecho, En *Revista Derecho del Estado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 20.

VON LISZT, F. (1914). *Tratado de Derecho Penal* (Trad. de la 20ª edición alemana por Luís Jiménez de Asúa y adicionado con el derecho penal español por Quintiliano Saldaña, T. II). Madrid: Reus.

VON MOHL, R. (1872). Die Parteien im Staate, En *Encyklopädie der Staatswissenschaften* (2º Edition). Tübingen: Verlag der H. Laupp'schen Buchhandlung.

WELZEL, H. (1970). *Derecho Penal Alemán* (Trad. de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez). Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

ZAFFARONI, E. (1988). *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, T. III. Méjico: Cárdenas Editor y Distribuidor.

ZAFFARONI, E., ALAGÍA, A., SLOKAR, A. (2006). *Derecho Penal, Parte General*. Buenos Aires: Editorial Ediar.

ZUÑIGA, L. (2001). *Política Criminal*. Madrid: Editorial Colex.